



Romy Alexandra Chang Kcomt^(*)

Debate en torno a la **Imprescriptibilidad** de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad

¿Es posible su aplicación retroactiva?

“(…) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD NO ES SÓLO UNA EXIGENCIA JURÍDICA QUE IMPLIQUE EL CONOCIMIENTO PREVIO DE LOS DELITOS Y PENAS, SINO QUE TAMBIÉN SUPONE QUE EL ESTADO NO PODRÁ IMPONER PENAS QUE NO ADMITA EL PUEBLO, ES DECIR, SIRVE COMO UNA GARANTÍA POLÍTICA PARA EL CONTROL POR PARTE DE ÉSTE AL ESTADO.”

La Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad fue aprobada en 1968 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrando en vigencia en el Perú el 9 de noviembre de 2003⁽¹⁾.

La adhesión por el Estado Peruano ha supuesto una discusión respecto de si ella debe ser aplicada de forma retroactiva a hechos cometidos antes de su entrada en vigencia, más aún cuando (en el caso peruano) ésta fue aprobada con una reserva, estableciéndose en su artículo único lo siguiente: “De conformidad con el artículo 103 de su Constitución Política, el Estado Peruano se adhiere a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 26 de Noviembre de 1968, para los crímenes que consagra la Convención, *cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú*”.

En tal sentido, la citada Convención establece:

“Artículo I.- Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de Agosto de

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia de Padilla & Chang Abogados.

(1) El 7 de Mayo de 2003, el Congreso aprobó su adhesión mediante Resolución Legislativa 27998 del 12 de junio, la que fue promulgada el 2 de Junio y ratificada por el Presidente de la República el 15 de Julio del mismo año.

Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?



1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de Diciembre de 1946, sobre todo las 'Infracciones Graves' enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometido tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron

cometidos”.

“Artículo IV.- Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por Ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los Artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”.

El presente trabajo busca reflexionar en torno a la posibilidad de que los jueces peruanos puedan aplicar retroactivamente la citada Convención a hechos que ocurrieron antes de la adhesión efectuada por el Perú, así como respecto de la validez o invalidez de los argumentos utilizados para legitimar tal aplicación.

1. El principio de legalidad como límite al *ius puniendi*

El principio de legalidad constituye uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Moderno, habiendo, incluso, sido elevado a la categoría de derecho fundamental⁽²⁾. Supone el establecimiento de limitaciones al poder punitivo orientadas a garantizar la libertad del ciudadano, como es el caso de la prohibición de la retroactividad, la misma que se afecta con lo establecido en la Convención objeto de análisis.

En sus inicios⁽³⁾, implicaba “(...) impedir que la pena, o mejor la condena penal, sea utilizada en la contingencia de la lucha política, y

(2) ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2da. edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Civitas, 1997; p. 143. El autor hace referencia al derecho de la ex Unión Soviética en la que se abolió el principio de legalidad en 1917, retomándose en 1958.

(3) El aforismo formulado por Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, (...) *no hay delito, no hay pena sin ley* es el antecedente de lo que hoy se entiende como principio de legalidad. Este principio fue consagrado en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 1789: (...) *la Ley no debe establecer más que las penas estricta*



Romy Alexandra Chang Kcomt

según el cambio de las circunstancias, como instrumento de humillación del adversario⁽⁴⁾, por lo que su instauración buscaba contener los abusos de quienes detentaban el poder según cada contexto histórico. A partir de aquí, con el devenir de los años, puede decirse que son dos sus fundamentos⁽⁵⁾:

El fundamento político-criminal, que se sustenta en la función de motivación a la que está llamado este principio respecto a los ciudadanos (relacionado a la función de prevención de la pena), lo que implica que el mensaje normativo deba ser claro (*Lex Stricta*), expresado en una norma (*Lex Scripta*) y anterior a la comisión del hecho punible (*Lex Praevia*); y, el fundamento político-democrático, que se sustenta en el principio de división de poderes y en el monopolio de la criminalización por parte del Poder Legislativo, lo que otorga seguridad jurídica e impide la arbitrariedad del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

En tal sentido, el principio de legalidad no es sólo una exigencia jurídica que implique el conocimiento previo de los delitos y penas, sino que también supone que el Estado no podrá imponer penas que no admita el pueblo, es decir, sirve como una garantía política para el control por parte de éste al Estado.

La Constitución Peruana lo contempla como garantía del derecho fundamental a la *libertad y seguridad personales* en el artículo 2, 24, d; así como en el artículo 103, en el que se contempla la garantía de que la ley penal sólo tiene efecto retroactivo cuando favorece al reo: “d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté *previamente calificado en la ley*, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, “(...). *La ley*, desde su entrada en

vigencia, *se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)*”. Este principio también está contenido en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Peruano, el que establece: “Nadie será condenado por un acto no previsto como delito o falta por la *ley vigente al momento de su comisión*, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”; y en el artículo 6, que dispone: “*La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible*. No obstante, *se aplicará la más favorable al reo*, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales (...)”.

Asimismo, se encuentra recogido en diversas normas internacionales, entre las que se encuentran: el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁽⁶⁾, el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que reconoce el principio de legalidad y de no retroactividad), el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1968⁽⁷⁾, el artículo 7 del Convenio de Roma de 1950 (aplicable en el ámbito europeo)⁽⁸⁾, entre otras.

y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley (...); representando una de las mayores conquistas de la Revolución Francesa. MIR PUIG. Santiago. Derecho Penal. Parte General, 7ma. Edición. Buenos Aires: B. de F., 2005; p. 114.

- (4) PALAZZO, Francesco. *Estado constitucional de derecho y derecho penal (Consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994)*. En: *Revista Penal*, No. 2. Barcelona: Praxis en colaboración con las universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, 1998; p. 49.
- (5) GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1996; pp. 69 y 70.
- (6) (...) 2) *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (...)*.
- (7) 1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. (...)*.
- (8) 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 (...)*.

2. Crítica al denominado recurso a la retroactividad en el Derecho penal internacional

Ahora bien, no obstante el reconocimiento normativo de la vigencia del principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad que éste conlleva, existen algunas disposiciones normativas internacionales sobre las que se pretende justificar la aplicación retroactiva de normas que no favorecen al reo. Así, se tiene el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1968, el que (luego de recoger en el numeral 1 el principio de legalidad) en el numeral 2 establece: “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*”; en igual línea, el artículo 7 del Convenio de Roma de 1950 (luego de regular en su primer párrafo el principio de legalidad) también dispone: “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*”.

En virtud de las normas expuestas, un gran sector de la doctrina establece argumentos que sustentan una excepción a lo dispuesto por el principio de legalidad, justificando la aplicación retroactiva de delitos establecidos según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; encontrándose el mayor asidero para las posturas defensoras del recurso a la retroactividad en el Derecho Internacional orientado a la construcción de un orden normativo tendente a sancionar a los individuos con carácter autónomo de los Derechos internos⁽⁹⁾; el que utiliza para ello la formulación de tipos penales que se sustentan en principios

y derechos fundamentales de las fuentes del Derecho Internacional, los mismos que se traducen en el establecimiento de ciertos deberes de la comunidad internacional, a fin de asegurar la vigencia de tales principios y valores⁽¹⁰⁾. Entre estos principios se tiene el de jurisdicción universal, la imprescriptibilidad o la no procedencia de ciertas inmunidades; estableciéndose una distinción en relación con los delitos de carácter puramente interno.

Así, en relación al recurso a la retroactividad, Fernández (a partir del examen de la jurisprudencia emitida por diversos Tribunales que aplicaron sentencias contra criminales nazis) indica que el más recurrente de los argumentos esbozados fue de corte iusnaturalista y de derechos humanos, según el cual los acusados habrían violado principios jurídicos fundamentales reconocidos por todos los pueblos civilizados de la tierra, los que ya habrían existido al momento de la comisión de los hechos (derechos preexistentes). El Tribunal de Nüremberg entendió el principio de irretroactividad de la ley como un principio de justicia en el sentido de un hecho de confianza subjetivo, y en sentido objetivo como expresión de un orden jurídico dinámico, que no tendría su fuente en el derecho positivo, sino en el derecho consuetudinario y natural, y que se debe adaptar “(...) mediante permanente ajuste a las necesidades de un mundo cambiante (...)”⁽¹¹⁾. Esta misma argumentación fue seguida sin más por los Tribunales de los procesos subsiguientes a los Juicios de Nüremberg⁽¹²⁾.

(9) El antecedente directo del recurso a la retroactividad se encuentra en la aplicación de normas *ex post facto* realizada en el *juzgamiento* de los criminales nazis en los llamados *juicios de Nüremberg*; respecto al que recayeron severas críticas. Para mayor detalle y referencias históricas véase: DEL CARPIO, Juana. Las Víctimas ante los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009; pp. 25-38.

(10) ZIFFER, Patricia. *El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad*. En: *Estudios sobre Justicia Penal*. Libro-homenaje a Julio B.J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005; p. 753.

(11) FERNÁNDEZ PONS, Xavier. *El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo*. En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, p. 2. Se cita también el caso *Polyukhovich vs. Commonwealth of Australia and another, Australia, High Court*. Volumen XCI, International Law Reports, 1991; p. 49.

(12) Cfr. AMBOS, Kai y Nils MEYER-ABICH. *La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania*. En: *Revista Penal*, No. 24, Julio, 2009, pp. 6 y 7.



Romy Alexandra Chang Kcomt

No obstante lo expuesto, lo planteado a favor del recurso a la retroactividad ya ha sido seriamente cuestionado por diversos autores, entre los que se encuentran Maurach y Zipf, para quienes el restablecimiento de la prohibición de retroactividad luego del Tercer Reich constituyera uno de los más esenciales anhelos de la reforma legal efectuada por las fuerzas de ocupación⁽¹³⁾. En igual línea, Arnold señala que la prohibición de la eficacia retroactiva, contenida como garantía propia del Estado de Derecho, mantiene una doble relación especial con el modelo del Derecho Penal del Estado de Derecho liberal-clásico, pues se trata de un principio jurídico-constitucional y de una teoría del Estado que actúa en el interior del derecho penal, a la vez que se trata de una pieza fundamental de la Carta Magna del derecho penal en cuanto derecho⁽¹⁴⁾. Este autor afirma que, al margen de que la prohibición de eficacia retroactiva se entienda como Derecho natural o no (véase postulado o principio de Derecho Internacional), en el contexto del Estado de Derecho liberal clásico es un derecho humano fundamental que ha encontrado también su expresión en el Derecho Internacional. La prohibición de la eficacia retroactiva es incluida en el ámbito de la restricción jurídica del poder político y constituye una fuerte limitación al ejercicio de este poder.

Considero que este modo de entender la mencionada prohibición debe verse también bajo el punto de vista de una confianza del ciudadano digna de protección; pero, ante todo, debe ser entendida como protección frente a la arbitrariedad *ex post*, lo que supone reivindicar la seguridad jurídica como garantía de libertad. En todo caso el auténtico fundamento del principio de legalidad no es el de culpabilidad, por lo que la prohibición de retroactividad no permite declarar inaplicable una ley mediante la alegación de un derecho suprapositivo; la prohibición de la eficacia retroactiva se refiere únicamente al Derecho positivo: el pensamiento de la prohibición de la

arbitrariedad *ex post* excluye que el Derecho Penal de un Estado de Derecho se “vengue”, tras la pérdida del poder político por parte de quienes gobiernan.

En esta línea, un Derecho Penal garantista, propio de un Estado constitucional moderno supone que el mismo nunca sea utilizado como instrumento en manos de la política. Así, la prohibición de la eficacia retroactiva no puede sacrificarse en nombre del Estado de Derecho en función de los intereses de la política⁽¹⁵⁾.

De lo expuesto, se concluye que aplicar retroactivamente normas penales supone una actuación indiscutidamente autoritaria que desnaturaliza los postulados esenciales y la razón de ser de un Estado de Derecho. No obstante ello, la doctrina ha ensayado algunos planteamientos orientados a legitimar la aplicación retroactiva de la Convención objeto de estudio; los que se expondrán en los siguientes puntos, a efectos de analizar su viabilidad o no en el modelo de estado vigente en el Perú.

3. ¿Ostenta la Convención un rango supraconstitucional?

Se ha buscado defender la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad otorgándole un rango

- (13) (...) *el restablecimiento de la prohibición de retroactividad, luego del colapso del Tercer Reich, perteneció al grupo de los más esenciales anhelos de la reforma legal llevada a cabo por las fuerzas de ocupación (...). En dolorosa oposición a esto, afectando gravemente el sentimiento jurídico de la opinión pública, estuvo, por supuesto, el dictado del KRG 10 (...) concebida para crear, como mar sin orillas, tipos penales para castigar con fuerza retroactiva crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad (...).* MAURACH Reinhart y Heinz ZIPF. *Derecho Penal. Parte General II. Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible*, 7ma. edición alemana. Traducción de Jorge Bofill y Enrique Aimone. Buenos Aires: Astrea, 1994; p. 196.
- (14) ARNOLD, Jörg. *La superación del pasado en la RDA ante las barreras del Derecho Penal del Estado de Derecho*. En: Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española)- Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000; pp. 313 y 314.
- (15) *Ibid.*; p. 315.

Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?

supraconstitucional que haría que se encuentre por encima de la prohibición establecida en el artículo 103 de la Constitución Peruana, que establece que la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo⁽¹⁶⁾. Ayudaría a reforzar este argumento lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano respecto de la naturaleza de los tratados internacionales: “22. Tal como lo dispone el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados *por el Estado peruano*, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado”⁽¹⁷⁾.

No obstante ello, no se puede concluir a partir de lo expuesto que la Convención ostente la condición de rango constitucional, haciéndose necesario analizar la totalidad del texto constitucional. Así, de lo establecido en el mismo, y de las modificaciones efectuadas por la Constitución de 1993 a la ya derogada Constitución de 1979, puede deducirse que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú no ostentan rango constitucional alguno; prueba de ello es el artículo 200.1 que prevé la Acción de Inconstitucionalidad, regulando que la misma “(...) procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, *tratados*, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales *que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*”; deduciéndose de ello que los tratados no pueden tener rango constitucional, habida cuenta de que, caso contrario, no se permitiría que fueran sometidos a control constitucional.

Lo mismo puede deducirse de la derogación efectuada por la Constitución de 1993, del artículo 105 previsto en la de 1979, la que establecía: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Hoy en día, esta previsión de constitucionalidad ya no existe, de lo que se deduce que el legislador de 1993 ha buscado no otorgarle esa calidad

a los tratados sobre derechos humanos. En igual línea, fue derogado el artículo 101 de la Constitución de 1979, el que establecía: “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”; evidenciándose con ello el ánimo del legislador de 1993, en considerar a los tratados como infraconstitucionales.

Esto mismo también se evidencia en lo establecido por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del Pleno Jurisdiccional, en la que se establece que dentro del ordenamiento jurídico peruano se encuentran diversas categorías normativas, dentro de las que existen también subsecuentes grados; constituyendo los tratados de derechos humanos el tercer grado dentro de la categoría de normas constitucionales y normas con rango constitucional; no pudiendo, por tanto, ostentar un rango supraconstitucional. Mientras que, en el caso de los tratados que no versan sobre derechos humanos (tratados internacionales), éstos apenas ostentarían un rango supralegal. Así, el Tribunal Constitucional Peruano establece:

“En nuestro ordenamiento existen las siguientes categorías normativas y su subsecuentes grados:

a) Primera categoría

Las normas constitucionales y las normas con rango constitucional

1er. grado: La Constitución.

2do. grado: Leyes de reforma constitucional.

3er. grado: Tratados de derechos humanos.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 206° de la Constitución es la norma que

(16) Artículo 103 de la Constitución Política: (...) *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.*

(17) Resolución emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, en sesión de Pleno Jurisdiccional, el 8 de noviembre de 2005, con ocasión del expediente 5854-2005-PA/TC.



Romy Alexandra Chang Kcomt

implícitamente establece la ubicación categorial de las denominadas leyes constitucionales. De allí su colocación gradativamente inferior en relación a la Constitución en sí misma.

b) Segunda Categoría

Las leyes y las normas con rango o de ley.

Allí aparecen las leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley⁽¹⁸⁾.

Por lo expuesto, no puede decirse que la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ostente rango supraconstitucional alguno que legitime una derogación implícita del artículo 103 de la Constitución, que regula la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales que no favorezcan al reo. No pudiéndose en virtud de este argumento sustentar una aplicación retroactiva de la misma a hechos cometidos antes de la adhesión efectuada por el Estado peruano.

4. ¿Es posible sustentar la aplicación retroactiva de la Convención sobre la base de la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal?

Un sector de la doctrina menciona que la prescripción es una institución de naturaleza procesal, por lo que no se encuentra sujeta a lo dispuesto por el principio de legalidad, debiendo evaluarse bajo la luz del principio *tempus regit actum*, característico del Derecho Procesal.

La naturaleza jurídica de la prescripción, en tanto influye en un tratamiento diferenciado de la prohibición de retroactividad, debe ser analizada. Así, existen posiciones que señalan que

si la respuesta a esta interrogante es que la prescripción es de naturaleza procesal, sí podría aplicarse retroactivamente un cambio normativo desfavorable; mientras que si se tratara de una institución de derecho material, regiría la prohibición de retroactividad penal (*lex previa*). En efecto, como lo destaca Lascano, "(...) la consecuencia más importante de la admisión de la naturaleza material de la prescripción de la acción penal radica en que las modificaciones legislativas de los plazos o condiciones de la prescripción no pueden aplicarse en forma retroactiva si perjudican al imputado; mientras que, si la prescripción tuviese naturaleza procesal, las reformas de su regulación podrían siempre aplicarse retroactivamente (...) "⁽¹⁹⁾. Es decir, un sector doctrinal considera que la relevancia en la distinción de la prescripción, sea como postulado material o procesal, radica en la posibilidad o imposibilidad de la aplicación retroactiva benigna o perjudicial de cualquier modificación legislativa sobre la materia.

A efectos de diferenciar cuándo en Derecho Penal se está frente a una institución material y cuándo frente a una procesal, Roxin utiliza como criterio la denominada *vinculación al acontecer del hecho*, es decir, se tiene en cuenta el hecho ilícito en su acontecer; de modo que cuando "(...) la circunstancia correspondiente pertenezca a la situación del hecho, o bien cuando tendría que ser calificada como resultado del hecho en caso de que la culpabilidad se refiera a ella (...)" se está ante una *institución material*, porque "(...) el autor hace depender en su caso su actuación de la confianza en que concurren o

(18) Resolución emitida por el Tribunal Constitucional Peruano, en sesión de Pleno Jurisdiccional, el 24 de abril de 2006, con ocasión del expediente 047-2004-AI/TC. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley 27971).

(19) LASCANO, Carlos Julio. *Extinción de acciones y de penas*. En: Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Volumen II. Buenos Aires: Hammurabi, 2002; pp. 655 y 656.

Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?

no concurren esas circunstancias (...)”⁽²⁰⁾, como por ejemplo en el caso de las ofensas proferidas por los litigantes en sus intervenciones ante el juez, prevista en el artículo 133, inciso 1 del Código Penal⁽²¹⁾, exención que pertenece al derecho material por constituir una circunstancia que pertenece al hecho (una injuria). Por contraposición, en las *instituciones procesales*, las circunstancias no se encuentran vinculadas al hecho “(...) se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho (...)”⁽²²⁾.

Al respecto, cabe mencionar que la Constitución peruana establece un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, que (a grandes rasgos) se caracteriza por tener como elementos inseparables, en constante interacción recíproca: “(...) a) El objetivo social, b) la concepción ascendente o democrática del poder, y c) la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho (...)”⁽²³⁾. Es decir, un modelo de Estado basado en la Supremacía de la Constitución, la división de poderes y la tutela de los derechos fundamentales⁽²⁴⁾, en el que todos los poderes del Estado deben emanar del pueblo en una democracia y donde el imperio de la ley resulte de la expresión de la voluntad popular (postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho)⁽²⁵⁾. Del mismo modo, este diseño conlleva a que el poder punitivo del Estado no sea absoluto, debiendo estar limitado para evitar arbitrariedades contra el ciudadano⁽²⁶⁾.

A mi parecer, el sustento de la prescripción debe partir necesariamente del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho y del fin resocializador que éste asigna a la pena, toda vez que resultan insuficientes las justificaciones que se sustentan en el debilitamiento de la seguridad en materia probatoria o en razones de política criminal, que algunos autores brindan⁽²⁷⁾ (las mismas no tienen un anclaje constitucional y no gozan de la relevancia suficiente para fundamentar *per se* una limitación a la potestad punitiva del Estado).

Cabe recordar que el Derecho Penal constituye la *última ratio*, es decir, aquella última instancia de control de las relaciones sociales, por ser la rama del derecho que aplica las sanciones más graves. Esto, sobre todo, en la medida que “(...) las leyes penales en un Estado democrático de Derecho solamente se justifican porque prestan tutela a valores que resultan esenciales para las reglas mínimas de la convivencia (...)”⁽²⁸⁾, de manera que la intervención penal (esto es, la respuesta jurídica violenta al delito)⁽²⁹⁾ debe reducirse al mínimo posible⁽³⁰⁾.

(20) ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, *Óp.Cit.*; pp. 988 y 989.

(21) Artículo 133 del Código Penal.- *No se comete injuria ni difamación cuando se trata de: 1. Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez. (...).*

(22) ROXIN. Parte General; *Óp.Cit.*

(23) GARCÍA Pelayo M. Citado por: CASCAJO CASTRO, José Luis. *Los fines de la pena en el orden constitucional*. En: Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Madrid: Marcial Pons, 1996; p. 260.

(24) ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (Prólogo). En: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara, 2001; p. 19

(25) GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*, 3era. edición. Madrid: Civitas, 2001; p. 32.

(26) Respecto al Programa Penal Constitucional, véase por todos: GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, *Óp.Cit.*; pp. 43 y siguientes.

(27) Véase: SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Buenos Aires: La Ley, 1945; p. 510.

(28) Auto del Tribunal Supremo Español del 9 de Febrero de 1998, citado por ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (director). *Derecho Penal*. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; p. 205.

(29) *Ibid.*

(30) En esta línea, respecto al principio de mínima intervención, González-Cuellar señala que se sitúa en el corazón mismo del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio; estableciendo la doctrina que (...) *el marco de la más amplia prohibición de exceso exige la sustitución, si fuera posible, de la medida más gravosa por otra menos lesiva que asegure igualmente la consecución del fin (...)*. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990; p. 190.



Romy Alexandra Chang Kcomt

Si bien la Norma Fundamental no señala expresamente cuáles son los fines de la pena, a partir de que establece como principios del régimen penitenciario la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad (artículo 139, numeral 22) puede deducirse que dicha finalidad es fundamentalmente preventiva. Así también lo establece el Tribunal Constitucional al señalar:

“(…) Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática (...)”⁽³¹⁾.

Partiendo de esta base constitucional, resulta coherente entonces que el Código Penal establezca que la finalidad de la pena es preventiva, protectora y resocializadora (artículo IX del Título Preliminar); lo cual ha de entenderse siempre dentro

del marco del respeto por la dignidad del ser humano, así como de “(...) los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad (...)”^{(32)y(33)}, límites del Derecho Penal en un Estado de Derecho como el peruano.

Ahora bien, las razones esgrimidas por la doctrina como el fundamento de la prescripción son variadas. Bustos y Hormazabal señalan que existe un desvanecimiento de la facultad punitiva del Estado debido al transcurso del tiempo⁽³⁴⁾; Chinchilla afirma que la pena (el poder Estatal) tiene implícitos límites al momento en que se legislan y sancionan conductas prohibidas, por lo que es posible “(...) regular la pervivencia del poder Estatal de coartar los derechos fundamentales de los ciudadanos, para que (dicho poder) no sea irrestricto en el tiempo (...)”⁽³⁵⁾; Roxin considera que en el caso de la prescripción, “(...) el castigo estaría contraindicado a efectos preventivos, porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad social y no contribuiría en nada a la estabilización de la paz jurídica (...)”⁽³⁶⁾. En sede nacional, Hurtado considera no sólo el paso del tiempo, sino la seguridad jurídica como elementos para fundamentar la prescripción penal⁽³⁷⁾.

Estas razones, cuyo denominador común es el transcurso del tiempo, fundamentan en su conjunto la prescripción. Una persecución eterna del delito en nada viabiliza la finalidad

(31) Resolución emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de Julio de 2005, con ocasión del expediente No. 0019-2005-PI/TC. Fundamentos 37-38.

(32) MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994; p. 37.

(33) Resolución emitida por el Tribunal Constitucional el 21 de Julio de 2005, con ocasión del expediente No. 0019-2005-PI/TC. Fundamentos Jurídicos 35, 40 y 41.

(34) BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de derecho penal*. Volumen I, Madrid: Trotta, 1997; p. 230.

(35) CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. *La Prescripción de la Acción Penal en Costa Rica. Análisis jurisprudencia y exégesis legal con referencias al proyecto de reforma de esta normativa*. San José: IJSA, 2000; p. 20 y 21.

(36) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Óp.Cit.*; pp. 988-991.

(37) HURTADO POZO. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ra. Edición, Lima: Grijley, 2005; p.331 (párrafo 891).

Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?

preventiva de la pena, puesto que, desde el punto de vista de la prevención general, el paso del tiempo calma la conmoción social y devuelve la paz jurídica; y, desde el punto de vista de la prevención especial, el paso del tiempo llega incluso a tornar inservible la imposición de una pena⁽³⁸⁾. Desde el punto de vista político-criminal, resulta claro también que el transcurso del tiempo incide en la necesidad de pena, haciendo que ésta disminuya hasta llegar a desaparecer.

En cuanto a si se trata de una institución material (sustantiva), procesal, o de naturaleza mixta (material y procesal), puede reseñarse que quienes consideran que se trata de una institución de naturaleza *material* señalan que “(...) extingue la potestad represiva y su regulación corresponde al Derecho Penal de fondo (...)”⁽³⁹⁾. Los que consideran que es de naturaleza *procesal* aducen que se trata de una “(...) causa que impide el desarrollo pleno y normal del proceso, por lo que todo lo que se refiere a la acción penal debe ser considerado de naturaleza procesal (...)”⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾. Atendiendo al criterio de *vinculación al acontecer del hecho* al que antes se hizo referencia, Roxin afirma que la prescripción constituye una institución procesal, en tanto el autor de un delito no hace depender su actuación ilícita de la pena o el plazo de prescripción de la acción penal. Puntualmente afirma este autor que “(...) nadie puede confiar en que no será castigado porque no se va a producir la prescripción, (...) pues se trata de circunstancias de las que nada se puede afirmar en el momento del hecho y de las que nadie puede fiarse (...)”⁽⁴²⁾.

Asumiendo una posición mixta, Jescheck y Weigend señalan que el fundamento de la prescripción es material, pero sus

efectos procesales⁽⁴³⁾. En esta misma línea, Bustos y Hormazabal señalan que si se parte de que tanto el Derecho Penal material cuanto el procesal guardan relación con el poder punitivo del Estado, “(...) el problema de la naturaleza penal o procesal penal de la prescripción, se desvanece (...)”⁽⁴⁴⁾. Añadiendo que “(...) El problema de la naturaleza de la prescripción está ligado al principio de la necesidad de pena. El transcurso del tiempo afecta directamente la potestad punitiva del Estado. Tiene la prescripción, en consecuencia, una vinculación directa con un principio de carácter básico material en el sistema penal, que informa tanto al derecho penal sustantivo como al derecho procesal penal (...)”⁽⁴⁵⁾.

En el Perú, San Martín se ha manifestado expresamente sobre este asunto considerando que “(...) la importancia práctica de adscribirse a una u otra posición (en relación con la naturaleza jurídica de la prescripción) tiene su razón de ser en el hecho de la admisión de la retroactividad. Un sector considera que si se considera la prescripción como una institución material, al concebirse como una cuestión perteneciente a los presupuestos de la penalidad (teorías material y mixta), no es posible la aplicación retroactiva de la una ley más perjudicial, lo que si se podría hacer si

(38) Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Óp.Cit.* Respecto al paso del tiempo y su efecto en el agente, véase: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2da. edición. Lima: Grijley, 2003; p. 394.

(39) En esta línea se encuentran: NÚÑEZ, Ricardo C. Citado por LASCANO. *Extinción de acciones y de penas, Óp.Cit.*; p. 655. En la misma línea, BRAMONT señala que se trata de una institución de naturaleza material porque *constituye una causa de exclusión de la pena*. Cfr. BRAMONT-ARIAS, Luis A. y Luis A. BRAMONT-ARIAS TORRES. *Código Penal Anotado*, 4ta. Edición. Lima: San Marcos, 2001; p. 295.

(40) MEDINA CEPERO, Juan Ramón. *El Tratamiento Procesal Penal de la Prescripción de Delito*. Madrid: Dykinson, 2001; pp.1 y 42.

(41) Un resumen de las diversas teorías y posturas lo encontramos en: CHINCHILLA CALDERÓN. Rosaura. *La Prescripción de la Acción Penal en Costa Rica, Óp.Cit.*; pp. 101 y siguientes.

(42) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Óp.Cit.*; p. 989.

(43) JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 5ta. edición. Granada, 2002; p. 982.

(44) BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de derecho penal. Óp.Cit.*; p. 230.

(45) *Ibid.*



Romy Alexandra Chang Kcomt

se asume la concepción procesal. Tal posición empero no es correcta, porque aún cuando se considere a la prescripción un impedimento procesal, vinculado a la persecución o al derecho de ejecución penal, *en tanto la nueva ley más perjudicial altera el sentido jurídico criminal del proceso al modificar las condiciones del derecho de penar del Estado y afectar, por ende, el status del imputado y las bases del debido proceso, no se puede aplicar retroactivamente*. Rige en estos casos el brocardo *tempus comissi delicti* y no el *tempus regis actum* (...)⁽⁴⁶⁾.

Considero que, incluso asumiendo a la prescripción como una institución de naturaleza procesal, en la medida en que afecta derechos básicos de los ciudadanos, no podrá ser aplicada de forma retroactiva (garantía del Estado de Derecho). En tal sentido, la distinción dogmática sobre la naturaleza de la prescripción (de cara a los alcances del principio de legalidad y la garantía de no retroactividad de las normas penales) no legitima una aplicación retroactiva de normas desfavorables.

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional Peruano no ha hecho suya esta posición, al haber establecido que las normas de carácter procesal se aplican de forma inmediata, conforme el principio *tempus regit actum*; no siendo relevante un análisis de cierta posible afectación de derechos básicos de los ciudadanos. Esta interpretación (a mi parecer incorrecta) da lugar a dudas ilegítimas en torno a la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. El Alto Tribunal señala:

“7. Precisada esta regla general, debe aclararse que, tratándose de normas de derecho penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti comissi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2° de la Constitución, literal “d” del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas.

8. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

9. En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribire el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento,

(46) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, *Óp.Cit.*; p. 395. (énfasis agregado).

Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?

como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse⁽⁴⁷⁾.

La interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional Peruano tampoco se condice con el artículo 103, numeral 2 de la Constitución Política, que establece: “La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”. Dicho artículo no distingue entre la aplicación de normas materiales o procesales, consignando únicamente las normas en materia penal favorables al reo; en tal sentido, sería absurdo de cara al principio de interpretación más favorable de las leyes que restringen derechos, crear una distinción (perjudicial al inculpado) donde la norma no la establece; más aún cuando incluso el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal establece de forma expresa que la retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno. En igual línea, en relación a la prohibición de retroactividad de normas, Caro Coria establece: “Uno de los fundamentos político-criminales de este principio, radica en el hecho de que, la proyección y abstracción mental que puede efectuar un potencial delincuente antes de cometer el hecho punible, pasa por evaluar las consecuencias jurídicas que acarreará su conducta, según las normas vigentes en dicho momento. Si las consecuencias de su conducta fueran inciertas o variables, perdería sentido la prevención general y la función de motivación de la norma penal⁽⁴⁸⁾”.

Lo expuesto, también ha sido establecido por el Tribunal Constitucional Español, el que ha señalado que la ampliación de los plazos de prisión provisional no es aplicable retroactivamente, pese a la naturaleza procesal de éstos⁽⁴⁹⁾.

De lo expuesto, en cuanto a los *efectos* de la prescripción de la acción penal, una vez transcurrido el plazo ordinario y extraordinario de prescripción de la acción penal, el delito cometido deja de ser susceptible de persecución penal, en tanto la actuación delictiva deja de ser considerada como perseguible por el Estado. La Corte Suprema del Perú resalta que, transcurridos los plazos de prescripción establecidos en la ley penal, ésta “produce *ipso iure* su efecto liberatorio, opera de pleno derecho y obliga a ser declarada aún de oficio⁽⁵⁰⁾”.

Por otro lado, especial referencia merece lo acontecido en Alemania, dado que la posibilidad de aplicar retroactivamente normas referidas a la prescripción de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad tiene allí su antecedente. Al respecto, Maurach y Zipf puntualizan que esta ampliación no se dio en ningún supuesto cuando los plazos de prescripción ya estaban cumplidos, sino que constituyeron un adelantamiento del legislador para evitar la prescripción de los crímenes cometidos en dicha época⁽⁵¹⁾. La declaración de imprescripción, tanto en el caso de genocidio cuanto en el asesinato, fueron hechas antes de que se cumplan los plazos previstos para tales crímenes. Así, la retroactividad que se discutió en Alemania con relación a los crímenes nazis no se situó en el debate por aplicar retroactivamente la imprescriptibilidad a hechos ya prescritos, sino que la discusión

(47) Resolución emitida por el Tribunal Constitucional Peruano el 10 de diciembre de 2003, con ocasión del expediente 2196-2002-HC-TC.

(48) CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre el Principio de Irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado [referencia de 7 de noviembre de 2011], p. 6. Disponible en web: <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Benef-Penit.pdf>

(49) STC 32/1987 del 10 de marzo de 1987.

(50) Ejecutoria suprema de fecha 31 de Mayo de 1994, Expediente No. 903-93, Lima (Normas Legales, Tomo 233, octubre, 1995, pp. J49-J51). Citada por: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Óp.Cit.; p. 280.

(51) MAURACH Reinhart y Heinz ZIPF. *Derecho Penal. Parte General II*. Óp.Cit.; p. 969.



Romy Alexandra Chang Kcomt

se centró (y sigue estando unánimemente planteada así) en saber si la ampliación de los plazos de prescripción que aún no se habían cumplido, podían ser ampliados; aunque esto contraviniera el principio de legalidad en lo referente a la prohibición de aplicación retroactiva de normas penales.

En esta línea, cabe mencionar que incluso Roxin (quien desde la opinión minoritaria atribuye una naturaleza jurídica procesal a la prescripción) señala que: “tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pues al producirse la prescripción, el autor queda impune y puede confiar en ello (por ejemplo: dejando de tener en su poder material de descargo)⁽⁵²⁾; ni siquiera en cuanto a crímenes graves y execrables como los cometidos en la Alemania de los nazis; debiendo precisar en este punto que, en mi opinión, tampoco deviene en sostenible la aplicación retroactiva en el caso de plazos de prescripción aún no vencidos; en tanto esto implica una vulneración de los fundamentos del Estado de Derecho⁽⁵³⁾.

En tal sentido, a la luz de lo expuesto, resulta claro que la garantía de la legalidad, en el extremo de no retroactividad de normas penales, no puede ceder frente a argumentos que se sustentan en un principios y valores de un derecho internacional; en tanto ello supondría la arbitrariedad proscrita en un Estado Social y Democrático de Derecho como es el regulado en la mayoría de ordenamientos jurídicos.

5. ¿El “derecho a la verdad” puede legitimar una aplicación retroactiva?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido realizando esfuerzos en diversos fallos, para fundamentar su recurso, en un primer plano, a la tipificación retroactiva y, en un segundo plano, a la declaración de imprescriptibilidad de hechos calificados (*ex post facto*) como crímenes de lesa humanidad, sobre la base de del “derecho a la verdad”⁽⁵⁴⁾.

En el Perú, el desarrollo del “derecho a la verdad” puede verse en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, como la emitida con ocasión del expediente No. 2488-2002-HC/TC, Fundamentos 8 y 17, en el que se señala una doble dimensión de este Derecho. Así, se hace referencia a la dimensión *colectiva*, de la que se extrae el derecho de la sociedad a conocer la ocurrencia de una grave violación a los derechos humanos; y a la dimensión *individual*, de la que se deriva el derecho de los familiares de las víctimas a que se determinen las responsabilidades y sanciones que correspondan a los autores y partícipes de tales violaciones⁽⁵⁵⁾.

(52) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Óp.Cit.*; p.165 (énfasis agregado)

(53) Para STRATENWERTH es muy discutida la prolongación del término de la prescripción en los delitos violentos de la época del nazismo mediante la aplicación retroactiva de normas, en tanto la prohibición de retroactividad se extiende a todas las condiciones procesales de punibilidad, concluyendo que aún cuando en el caso de la prescripción, ésta no se encuentra sujeta al ámbito de la calculabilidad de los efectos de la acción del individuo, la prolongación posterior de la prescripción está sometida a la *prohibición general de arbitrariedad*. STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 2da edición. Traducción de Gladys Romero, Madrid: Edersa, 1982; pp. 30 y 31.

(54) El “derecho a la verdad”, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es un concepto que ha evolucionado durante los últimos años en el sistema interamericano. Inicialmente, la Comisión consideró que se trataba del derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos, derivado de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales, conforme al artículo 25. La interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente la Comisión considera que el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares y también a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se basa no sólo en el artículo 25, sino también en los artículos 1(1), 8 y 13 de la Convención. En: <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=156&IID=2>, Fecha de consulta: 2 de noviembre de 2011.

(55) Para mayor detalle sobre las consecuencias de ambas dimensiones, véase: LANDA ARROYO, César. Voto en discordia en la resolución emitida por el Tribunal Constitucional con ocasión del expediente No. 3173-2008-PCH/TC, Asunto Teodorico Bernabé Montoya, Fundamento 17.

Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?

No obstante lo expuesto, estas construcciones no aclaran por qué el Estado y la víctima en un delito común no estarían ejerciendo un “derecho a la verdad” cuando se denuncia, persigue y sanciona los crímenes cometidos, por ejemplo, por los cárteles de drogas, bandas de secuestrados, violadores de niños, contaminadores del ambiente y, en general, por cualquier otro delito; máxime cuando en estos supuestos también se ejerce un derecho a conocer la verdad sobre hechos injustos y dolorosos. Así pues, no se evidencian razones válidas que sustenten el reconocimiento de un “derecho a la verdad” autónomo cuando se trata de crímenes de lesa humanidad, que sea diferenciable del Derecho que tienen el Estado y las víctimas de delitos comunes de perseguir el delito.

En esta línea, sería insuficiente argumentar una distinción en que los ataques a los Derechos Humanos son casos distintos, debido a que los mismos constituyen crímenes graves, mientras que los crímenes comunes no; puesto que tal respuesta permitiría sustentar únicamente una diferente proporción de la reacción punitiva (persecución del delito) pero no a diferenciar el “derecho a la verdad” del “derecho del Estado y de las víctimas a denunciar, perseguir y sancionar un delito común”.

Tampoco podría diferenciarse el “derecho a la verdad” del derecho común a perseguir delitos, en función al *tipo de verdad* que se pretende alcanzar, pues una diferenciación de este tipo resultaría ilegítima en un Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, la sentencia condenatoria que se fije contra cualquier individuo, ya sea un delincuente común o un violador de los Derechos Humanos, deberá basarse siempre y sin excepción en una *verdad jurídica*. San Martín, haciendo referencia al contenido que debe cumplir toda sentencia, señala: “(...) la sentencia constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o de ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente. Es por eso que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que

permita al juzgador la creación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación (...)”⁽⁵⁶⁾.

No se identifica pues una diferencia material (de fondo) entre el “derecho a la verdad” referido a las violaciones a los Derechos Humanos y el derecho que *tiene* el Estado y las víctimas a denunciar, investigar y sancionar cualquier otro delito. En todo caso, habiendo sido reconocido por vía jurisprudencial, es tarea de los Tribunales Internacionales y del Tribunal Constitucional delimitar concretamente los alcances de este *autónomo derecho a la verdad*, a fin de establecer diferencias de fondo que permitan distinguirlo del derecho común del Estado y de las víctimas a perseguir ataques de relevancia penal, distintos a los delitos contra los derechos humanos.

Actualmente, tal como se encuentra reconocido, el “derecho a la verdad” no ofrece certeza sobre su *autonomía*, sino que, por el contrario, pareciera transmitir que en unos casos el derecho de unas víctimas (las de un atentado contra los derechos humanos) es de mayor valor que el de otras (las de un crimen común); lo cual termina desnaturalizando la finalidad protectora de la víctima. No existiría justificación material válida para afirmar que el “derecho a la verdad” de algunos sujetos, goce de mayor protección que el de otros.

En el “derecho a la verdad”, más que rasgos autónomos, se identifican características propias del derecho a la *tutela judicial efectiva*⁽⁵⁷⁾, con la particularidad de estar referido a las obligaciones internacionales que

(56) Ejecutoria Suprema del 11 de noviembre de 1999. Exp. N° 3947-99 Ayacucho. Citada por: SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2da edición. Lima: Grijley, 2003, p. 722.

(57) VESCOVI, refiriéndose al derecho de acción (lo que incluye la acción penal), enseña que éste es un *poder de reclamar la tutela jurisdiccional*, definiéndolo como “(...) el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poder en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: la



Romy Alexandra Chang Kcomt

surgen del compromiso del Estado de perseguir los crímenes contra los Derechos Humanos. Por tanto, el reconocimiento de su autonomía no significa una jerarquización frente a otros derechos; sino, en todo caso, un reforzamiento del nivel fundamental que alcanza este derecho, en cuanto a la obligación del Estado de perseguir y sancionar la comisión de un delito (particularmente en el ámbito de los Derechos Fundamentales). Una interpretación de este tipo permite armonizar el “derecho a la verdad” y el Derecho que tienen el Estado y las víctimas de delitos comunes de perseguirlos, haciéndolos parte de un único derecho-obligación (derecho de las víctimas y obligación del Estado).

Adicionalmente, un ensayo hipotético llevando al extremo el razonamiento que legitima la aplicación retroactiva de la imprescripción al amparo del Derecho a la verdad, conlleva a concluir que si existiera una jerarquización especial de determinados Derechos Fundamentales que legitime su aplicación retroactiva, tendría que admitirse, por ejemplo, que la creación de una nueva agravante del delito de asesinato (artículo 108 del Código Penal Peruano) pueda ser aplicada, bajo la misma lógica, retroactivamente.

De lo expuesto, se concluye que el “derecho a la verdad” no es absoluto ni jerárquicamente superior y que, por tanto, la pretensión de justificar la aplicación retroactiva de la Convención sobre imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad por encima de las garantías de la legalidad no tiene justificación.

6. ¿La Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos legitima la aplicación retroactiva de la Convención?

También se defiende la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad sobre la base de lo establecido en algunas resoluciones de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo, dentro de las que se destacan las siguientes:

sentencia. Es decir, que consiste en reclamar un derecho ante el órgano jurisdiccional y obtener, como resultado, el proceso, que debe terminar con una sentencia. O sea, que la finalidad es tener acceso a la jurisdicción, es el famoso derecho de acceso al tribunal, a ser escuchado, a que se tramite un proceso para dilucidar la cuestión planteada (...). Cfr. VESCOVI, Enrique. Teoría general del Proceso. Bogotá: Temis, 1984; p. 73.

6.1. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)

En el fundamento 41 de la sentencia del 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: “(...) 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 reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...)”.

En dicha resolución se resalta el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, quien plasmó su convicción “(...) de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores (así como de otros participantes) *constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales (...)*”.

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre leyes de amnistía aprobadas en el Perú y dirigidas

Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?

a conseguir la impunidad de quienes hubieren cometido determinados delitos durante los años 1980 y 1995. Así, una vez iniciadas las investigaciones por actos acontecidos el 3 de noviembre de 1991, fecha en la que un escuadrón perteneciente al servicio de inteligencia (Grupo Colina) irrumpió en una vivienda de Barrios Altos, eliminando a varias personas en la creencia de que eran integrantes del grupo terrorista Sendero Luminoso; el Estado Peruano aprobó la Ley de Amnistía No. 26479 (la que entró en vigor el 15 de junio de 1995, ni bien iniciadas las investigaciones), la misma que exoneraba de responsabilidad a los responsables de violaciones de derechos humanos incurridas en el periodo comprendido entre 1980 y 1995. Al haber sido dicha norma inaplicada por una jueza del Poder Judicial (Dra. Antonia Saquicuray), por violar las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana imponía al Perú; el Estado emitió una segunda Ley de Amnistía (Ley 26492), que declaró que la amnistía prevista en la Ley 26479 no era revisable en sede judicial y que era de obligatoria aplicación; ampliando el alcance de la misma a hechos incluso no denunciados. Así, dichas normas establecen:

Artículo 1 de la Ley 26479:

“Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley”.

Ley 26479:

“Artículo 1.- Entiéndase que la amnistía otorgada por la Ley N° 26479, según lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocido por el artículo 44 de la Constitución Política y, entre otros Tratados sobre la materia, el numeral 1 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 2.- Precítese que dicha amnistía, en cuanto es un derecho de gracia cuya concesión corresponde exclusivamente al Congreso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 102 de la Constitución Política, no es revisable en sede judicial.

Artículo 3.- Interpretese el artículo 1 de la Ley No 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los Órganos Jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado, se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente de conformidad con el artículo 6o de la Ley precitada.”

Al respecto, considero que lo señalado en este caso por la doctrina de la Corte Interamericana no permite sustentar una aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad. Ello porque, mientras en el primer caso se trataba de normas creadas *ad hoc*, orientadas a conseguir la impunidad de los hechos delictivos acontecidos; en el segundo caso no se trata de la creación de norma alguna, sino de una regulación establecida mucho antes de que los supuestos actos delictivos acontecieran (legislación preexistente); y que constituye una práctica regular en muchos países conforme a sus regímenes democráticos (la mayoría de países prevé plazos de prescripción para los delitos). En esta línea, al no tratarse de una amnistía encubierta o norma orientada a la impunidad, difícilmente se podría deducir sobre la base de esta resolución emitida por la Corte



Romy Alexandra Chang Kcomt

Interamericana, que la Convención sobre Imprescriptibilidad deba aplicarse de forma retroactiva; máxime si se toma en cuenta la reserva efectuada por el Estado Peruano respecto de su aplicación para los hechos posteriores a su adhesión: no existe aquí incumplimiento alguno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como sí existió en el caso Barrios Altos, no siendo de aplicación para la imprescriptibilidad la doctrina de la Corte.

6.2. Caso Bulacio vs. Argentina

En un posterior fallo del 18 de setiembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

“(...) En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos (...)”.

(...) Además, conviene destacar que el Estado ha aceptado su responsabilidad internacional en el presente caso por la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, que consagran los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, respectivamente, en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares (supra 31-38). Asimismo, esta Corte ha tenido como probado (supra 69.C.6) que a pesar de haberse iniciado varios procesos judiciales, hasta la fecha más de doce años después de los hechos nadie ha sido sancionado como responsable de éstos. En consecuencia, se ha configurado una situación de grave impunidad (...)

(...) La Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares (...)

(...) A la luz de lo anterior, es necesario que el Estado prosiga y concluya la investigación del conjunto de los

hechos y sancione a los responsables de los mismos (...).”

El caso Bulacio, al igual que en el caso Barrios Altos, implica la vulneración de normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos; lo que generó impunidad al evitar dar sanción a quienes eran responsables de la comisión de atentados contra los derechos humanos. Este supuesto, sin embargo, no es de aplicación a la pretendida aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad, en tanto la regulación de la prescripción en el ordenamiento interno peruano no constituía una norma orientada a buscar la impunidad, sino una norma establecida con mucha anterioridad a la citada Convención; siendo que la reserva con la que el Perú se adhirió a esta última, evidencia aún más la imposibilidad de incurrir en vulneración alguna establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo expuesto, la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este caso no legitima una aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad.

6.3. Caso Tiradores del Muro (Streletz, Kessler u Krenz vs. Alemania y KHW vs. Alemania)

El punto conflictivo en este caso era si se podía castigar a quienes daban órdenes de disparar a personas que intentaban pasar al otro lado del muro, así como a quienes efectivamente dispararon contra ellas; ello, a pesar de que el artículo 27.2 de la Ley de Frontera Alemana permitía el uso de armas de fuego para evitar la perpetración de un hecho considerado delito grave.

En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que la Ley de Fronteras no justificaba las conductas de los investigados, dado que la interpretación que venía haciéndose de la misma vulneraba de manera

Debate en torno a la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad ¿Es posible su aplicación retroactiva?

flagrante los derechos humanos; utilizando el argumento de la existencia de un derecho no escrito superior al derecho positivo, para justificar la aplicación retroactiva de una interpretación no favorable de la citada; pero sin afectar la prohibición de irretroactividad de las leyes penales no favorables (lo que se aplica retroactivamente no es la ley penal desfavorable, sino una interpretación desfavorable de esta última).

Por esta razón, la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de este caso, no es de aplicación al problema de la retroactividad de la Convención sobre Imprescriptibilidad materia de análisis en el presente trabajo; más aún cuando las disposiciones sobre prescripción vigentes en el Perú de forma previa a la citada Convención no vulneran de forma flagrante los derechos humanos, sino que constituyen una práctica usual en la mayoría de Estados Democráticos.

Por tanto, como se observa, en el caso de las normas de prescripción ya preestablecidas en el ordenamiento interno peruano (antes de la adhesión del Perú a la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y

de Lesa Humanidad), éstas no constituyeron una fórmula de amnistía o una medida legislativa creada para la impunidad; sino que, al momento de su creación (mucho antes de la comisión de los hechos delictivos) fueron creadas por el legislador, en virtud de la necesidad de pena que determinadas conductas merecían en ese momento a la sociedad, y de cara a las funciones que la pena ostenta en un Estado Social y Democrático de Derecho como estipula la Constitución Peruana. Por estas razones, no es de aplicación la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a efectos de legitimar una aplicación retroactiva de la misma, a hechos ocurridos con anterioridad de la adhesión efectuada por el Perú.

7. Reflexión final

Por los argumentos expuestos, y a la luz de los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho, respetuoso del principio de legalidad como límite al *ius puniendi*, no es posible aplicar retroactivamente la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad a hechos que ocurrieron antes de la adhesión efectuada por el Perú. De esta manera, no son válidos los argumentos fundamentados en un Derecho Internacional, ni es de aplicación la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 