

## Algunas reflexiones a propósito de la intención de regular la imprescriptibilidad para algunos delitos en la Constitución Política del Perú

Alexei Dante SÁENZ TORRES\*

*A propósito de las propuestas legislativas que plantean instaurar la imprescriptibilidad de algunos delitos graves en nuestro ordenamiento jurídico, el autor expone diversos argumentos y problemas a tener en cuenta en el debate de la regulación de esta institución en la Constitución, ponderando soluciones que van desde su innecesariedad hasta su excepcionalidad.*

RESUMEN

### MARCO NORMATIVO

- **Constitución Política del Estado:** arts. 41 y 139 inc. 13.
- **Código Penal:** arts. 29, 78 y 80-89.

**PALABRAS CLAVE:** Imprescriptibilidad / Acción penal / Ejecución de la pena / Delitos de corrupción / Crímenes de lesa humanidad / Delitos contra el medio ambiente

**Fecha de envío:** 14/11/2016

**Fecha de aprobación:** 21/11/2016

La historia contiene innumerables ejemplos sobre hechos con relevancia penal que no tienen por qué prescribir o por qué ser considerados imprescriptibles<sup>1</sup> (sobre todo los casos de exterminio, delitos de lesa humanidad, genocidio, desapariciones forzadas, y, últimamente, se incluye entre ellos a los delitos de corrupción; por otra parte, se tiene la tendencia a extender la imprescriptibilidad a delitos comunes tales como violación sexual de menores de edad).

\* Profesor ordinario e investigador de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el pregrado y el posgrado. Profesor contratado en el posgrado de la Universidad de San Martín de Porres, en el pregrado de la Universidad Nacional Federico Villarreal y en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Profesor en la Academia de la Magistratura. Quiero dedicar este artículo al Primer Colegio Nacional Benemérito de la República Nuestra Señora de Guadalupe, fundado un 14 de noviembre de 1840, por sus 176 años y a la Promoción G-1986 a la cual tengo el honor de pertenecer.

1 SÁENZ TORRES, Alexei Dante. "El retorno a la imprescriptibilidad de la persecución penal". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 3, 2002, pp. 317-337. Además, nuestra posición en torno a la prescripción, su concepto, su naturaleza, su clasificación, sus efectos y otros temas los tratamos en SÁENZ TORRES, Alexei Dante. *La prescripción penal*. Tesis para optar el grado de Magíster, Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2012.

Con esta grave calificación de las consecuencias, se persigue también los delitos de la Segunda Guerra Mundial, la guerra de Bosnia, la guerra de Irak (la primera y la segunda), los conflictos de Guatemala y otros países de Centroamérica, los sucesos de Afganistán, o los abusos de los Talibanes, o las matanzas en el África; en el caso peruano, la experiencia del subsistema anticorrupción, y los casos de derechos humanos en todo Centroamérica y Sudamérica (llama la atención ver, por ejemplo, a Videla reconociendo los delitos que cometió o el caso de Telmo Hurtado sobre la matanza de niños, ancianos y adultos en Accomarca<sup>2</sup>).

De las distintas teorías de la pena, la teoría retributiva de la pena presenta los mayores cuestionamientos a la prescripción penal, por lo que si se asume esta teoría se tendría que concluir con la inexistencia de la prescripción o la imprescriptibilidad, que para efectos prácticos es lo mismo; de allí que en algunos de los códigos penales se asumió esta teoría y otros regularon la prescripción (aplicando el eclecticismo legislativo), cuyas consecuencias jurídicas fueron: establecer como regla general la prescripción de la gran mayoría de las infracciones penales (delitos y faltas: prescripción de la persecución penal) y las sanciones penales (pena: prescripción de la ejecución de la pena) y, excepcionalmente, la imprescriptibilidad de determinados delitos de mayor gravedad (por ejemplo, los tipos de lesa humanidad). Con esta concepción se legitimó la actuación de los Tribunales de Núremberg y Tokio, básicamente, atendiendo a las consideraciones políticas y al poder de los vencedores de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, al asumir un esquema preventivo clásico acerca de la función del Derecho Penal, se rechaza a la imprescriptibilidad, pues constituye un obstáculo para la misma. Al respecto, me he opuesto a la imprescriptibilidad desde esta perspectiva, prefiriendo asumir un modelo de fortalecimiento de la prescripción, por las siguientes razones:

1. Los plazos de prescripción para los delitos de lesa humanidad y otros delitos similares son muy prolongados, por lo cual el plazo que tiene el Estado para la persecución de la acción o para la ejecución de la pena es relativamente extenso.
2. Si el imputado volviera a cometer otros delitos, entonces, o bien se le interrumpe los plazos de prescripción o bien se vuelve a contar un nuevo plazo por el nuevo tipo penal (por lo que el Estado amplía su capacidad de persecución en atención al *ius puniendi*).
3. Si a esto se agrega el considerar la necesidad de adecuar las nuevas consecuencias jurídicas referidas a las diversas reformas penales producidas en los últimos veinticinco años sobre la prescripción penal, pues ello ha implicado una serie de incrementos de los plazos de prescripción de la persecución penal como de la ejecución de la pena.

Por ende, si se considera las nuevas circunstancias agravantes genéricas tales como por la condición del sujeto activo que se valen de su rol para realizar estos tipos penales (artículo 46-A), la reincidencia (artículo 46-B), la

2 Diario *El Comercio*, que en una sección, del día domingo 15 de abril de 2012, bajo el epígrafe “Videla admite crímenes de dictadura argentina”, se señala que se hizo esta confesión en el libro del periodista argentino Ceferrino Reato, sobre el robo de bebés y el asesinato de siete u ocho mil personas durante los años 1976 y 1983. Así como también, las declaraciones de Telmo Hurtado, en la audiencia del día martes 12 de abril de 2012, ante la Sala Penal Nacional, en el Penal Castro Castro, véase el diario *La República*, edición del 13 de abril de 2012.

habitualidad (artículo 46-C), la circunstancia agravante por el uso de menores en la comisión del delito (artículo 46-D), la circunstancia agravante cualificada por el abuso de parentesco (artículo 46-E), los concursos (artículos 48 y 50), el incremento de los márgenes de la pena privativa de la libertad (artículo 29), la exclusión de algunos tipos penales para la aplicación de la atenuante genérica en los casos de imputabilidad restringida (artículo 22), y las modificaciones penales referidas a las faltas; entonces, es necesario redefinir las consecuencias jurídicas aplicables a la prescripción de la persecución penal y de la ejecución de la pena.

Entonces, si el objetivo sigue siendo el de prevenir la comisión de delitos, ¿toda imprescriptibilidad, acaso, no rompe con esta finalidad? Y, por tanto, cabe preguntarse, ¿no se está cayendo en un rezago de las viejas concepciones retribucionistas extremas al sostener la imprescriptibilidad de los delitos?

El debate aún continúa aunque con posturas y enfoques más contemporáneos; desde el esquema preventivo general, se ha optado por asumir la imprescriptibilidad de manera excepcional. Así, Bustos<sup>3</sup> señalaba que “la necesidad de la pena no es un planteamiento en abstracto, sino en concreto, luego no se puede generalizar respecto de todo hecho delictivo; es necesario considerar la naturaleza y las circunstancias de los diferentes tipos de delitos. En este sentido, hay tipos penales que por su propia naturaleza no pueden dejar de ser abarcados por la necesidad de la pena, pues ello significaría desvirtuar el sentido y función del Derecho Penal. Tal es el caso de ciertos tipos penales básicos que atentan contra la expresión más elemental de los derechos

fundamentales. Se trata de tipos penales como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas. En estos casos, la pena aparece siempre como necesaria, ya que su necesidad está en función no de un individuo, sino de la humanidad y de la historia de todo un pueblo. Luego, tales delitos no pueden ser amnistiados, ni indultados ni tampoco ser prescriptibles. Aceptar una tesis contraria sería el reconocimiento y aceptación de la arbitrariedad y autoritarismo en las relaciones sociales”.

A continuación, agrega Bustos, que la responsabilidad debería extinguirse “por prescripción de la persecución penal y de la pena; sin embargo, en los delitos contra la humanidad no podrá tener lugar la amnistía, ni el indulto ni la prescripción”.

Además, siendo Bustos postulador de un Derecho Penal mínimo y defensor implícito de los derechos humanos, no resulta coherente postular un retribucionismo perpetuo a nivel de la categoría de necesidad de pena, puesto que ello deviene en el fondo no en una afección de las relaciones sociales, sino en una venganza sustentada en “razones de Estado”, es decir, en criterios políticos. Entonces, cabría preguntarle a Bustos: ¿qué mayor arbitrariedad y autoritarismo que perseguir perpetuamente a una persona con el único fin de vengar un tipo penal, aun en los casos de mayor gravedad?

Ante tales argumentos, pienso que las penas con plazos altos de por sí ya justifican una persecución penal, y no habría la necesidad de incluir la imprescriptibilidad en un Estado que respeta los principios democráticos, más aún si ahora existen los medios de colaboración

3 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “La extinción de la responsabilidad criminal”. En: *Debate Penal*. Año 1, N° 31, 1987, pp. 373-374.

internacional como la extradición, la asistencia judicial, la expulsión, etc., que hace viable una persecución a nivel global.

Empero, esta opinión debe tener en cuenta los dos aspectos que hoy en día han obligado a redefinir gran parte de las instituciones de la ciencia penal: por un lado, la consolidación de los derechos fundamentales en el sistema jurídico constitucional y, por otro lado, la actividad y rol que desarrollan las organizaciones criminales en este mundo global. De esto se deriva la urgente necesidad de adecuar la legislación penal al respeto de los **derechos fundamentales**<sup>4</sup> que es una necesidad de todo el sistema penal, así como afrontar la lucha contra las **organizaciones criminales**; y la prescripción no puede estar ajena a tales redefiniciones.

Por tanto, la redefinición de la prescripción debe estar orientada por estos dos aspectos de una nueva política criminal, donde la imprescriptibilidad es admisible, aunque de modo muy excepcional.

En el Derecho comparado, los códigos han ido avanzando poco a poco en la regulación de la imprescriptibilidad; así, se tuvo en primer

**Los plazos de prescripción para los delitos de lesa humanidad y otros delitos similares son muy prolongados, por lo cual el plazo que tiene el Estado para la persecución de la acción o para la ejecución de la pena es relativamente extenso.**

lugar el viejo Código para el Gran Ducado de Toscana, que estableció expresamente en su artículo 95 que “contra las condenas no se dará prescripción”.

El hoy llamado “principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad”, con efectos retroactivos *in malam partem*, fue consagrado por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad<sup>5</sup>.

En el Derecho Internacional Público, se tiene el artículo I de dicha Convención, la que establece los crímenes que son considerados imprescriptibles, así como dispone que no importa la fecha de la comisión del delito, es decir, se aplica cualquiera haya sido la fecha de realización del delito (o para los delitos luego de la entrada en vigencia o para los delitos realizados con anterioridad a la entrada en vigencia); así se diferencian los siguientes supuestos:

- a) Los crímenes de guerra, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (del 8 de agosto de 1945), y de estas las

4 CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. *Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal. A propósito del caso Lucchetti-Montesinos en la resolución de la Corte Suprema*. Grijley, Lima, 2006, pp. 95 y 117. Este autor está de acuerdo con la imprescriptibilidad para este tipo de delitos, asumiendo criterios de prevención general y utilizando un lenguaje de corte funcionalista; y no se debe dejar de mencionar que para este autor se justifica la prescripción desde su óptica material jakobsiana, al señalar: “En mi opinión, la prescripción, como causa de extinción de la acción penal regulada en sus plazos, condiciones y circunstancias, debe verse en un contexto normativo y social concreto. La prescripción por transcurso del tiempo convierte al injusto en un “asunto pasado”, y sin la persecución de la infracción de la norma (delito) se extingue el derecho de persecución del Estado, porque el tiempo extingue la necesidad del restablecimiento de la vigencia de la norma y ella se restablece por el transcurso del tiempo, por sí misma”.

5 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución N° 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968. Entra en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII. Véase: Derechos Humanos Recopilación de Instrumentos Internacionales. Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948-1988. Centro de Derechos Humanos de Ginebra, Naciones Unidas, Nueva York, 1988, pp. 147-150.

“infracciones graves” enumeradas en la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; y

- b) Los crímenes de **lesa humanidad** cometidos tanto en tiempo de guerra, según la definición dada por el Tribunal Militar de Núremberg, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos, debido a la política del *apartheid* y el delito de genocidio<sup>6</sup>; todos estos actos serán imprescriptibles aun cuando no constituyan una violación del Derecho interno del país donde fueron cometidos.

Posteriormente, los principales códigos penales europeos han considerado de manera excepcional la imprescriptibilidad de la persecución penal de algunos delitos y la imprescriptibilidad de la ejecución de algunas penas<sup>7</sup>, y ahora algunos Estados latinoamericanos están modificando (adaptando) su legislación al incorporar esta excepción.

En Alemania, la posición mayoritaria ha considerado la aplicación retroactiva del aumento de los plazos de la prescripción<sup>8</sup>, en oposición a la declaración de la imprescriptibilidad. Sin embargo, el BGH alemán opina que “el acortamiento del plazo de prescripción opera retroactivamente, según el § 2 III (BGH 21, 367 [370])”<sup>9</sup>.

En este artículo, se considera que no hay contradicción entre ambas posiciones, sino que están vinculadas entre sí, pues de un lado con respecto a la primera se tendría que decir que cada vez que un caso está a punto de prescribir, entonces será necesario modificar nuevamente los plazos y hacerlos de aplicación retroactiva, con lo cual se tiene una cadena de modificaciones hasta que de alguna manera se constate que ya no hay la probabilidad de que algún criminal se libere de ser procesado (esta fue la postura que se adoptó en Alemania, en el §79b). Por otro lado, nos conduce a este resultado de manera más rápida la segunda opción. Así en Alemania no prescriben, ni el

6 La Convención de prevención y sanción del delito de genocidio, adoptada y abierta a firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General, en su resolución N° 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948, fue ratificada por el Perú por Resolución Legislativa N° 13288, del 28 de diciembre de 1959. En el artículo II se define al genocidio como: “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 de 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 los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Y en el artículo III se castiga los siguientes actos: a) el genocidio (obviamente doloso); b) la asociación para cometer genocidio; c) la instigación directa y pública a cometer genocidio; d) la tentativa de genocidio; e) la complicidad en el genocidio”. Un excelente artículo sobre este delito es el que escribió BELTRÁN BALLESTER, Enrique. *El delito de genocidio (estudio del artículo 137 bis del Código Penal español)*. 1978, p. 54 y ss.; este artículo fue elaborado en 1978, con el ya derogado Código Penal español y, por eso, afirmaba que se admitía la prescripción del delito de genocidio, pues dicho código penal no se manifestaba; sin embargo, a la fecha, esto ha variado pues el Código Penal español de 1995 considera en su artículo 131, inciso 4, la imprescriptibilidad del genocidio (artículo 607, Título XXIV, Delitos contra la Comunidad Internacional).

7 A pesar de esta tendencia, el Proyecto de Código Penal Internacional en su artículo X no recoge el principio de imprescriptibilidad, aunque indica la posibilidad de llegar a esta consecuencia cuando se trate de la pena de prisión o cadena perpetua.

8 De opinión contraria, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4ª edición, Comares, Granada, 1993, p. 125, véase la nota a pie n° 42; y en la 5ª edición, manteniendo las mismas ideas y citas, pero se agrega que: “partidario de la aplicación de la prohibición de la retroactividad a las disposiciones sobre prescripción sin consideración a su carácter procesal o jurídico-material”. (2002), p. 149, nota a pie n° 57.

9 Ídem.

genocidio ni el asesinato de los § 220 y 211 del StGB (respecto de la persecución y de la ejecución véase §78 [2] y 79 [2]), y tampoco los delitos con penas de cadena perpetua, y menos aún el cumplimiento de las medidas de seguridad (§79[4]).

Maurach precisó que “la imprescriptibilidad del genocidio y del asesinato constituye un ulterior argumento para la teoría procesal de la prescripción”<sup>10</sup>.

Por otro lado, Carrara afirmó que “las doctrinas modernas están de acuerdo en que, aun cuando se admita, según la distinta naturaleza y gravedad de los delitos, alguna diferencia en el tiempo necesario para prescribir, ya no se reconocen los delitos llamados imprescriptibles, es decir, exceptuados para siempre de este beneficio, a causa de su atrocidad”<sup>11</sup>.

Posteriormente, Zaffaroni ha señalado que “no es en modo alguno satisfactoria la respuesta de que los crímenes de guerra son imprescriptibles porque así lo dispone la costumbre y la

respectiva convención internacional. Esa no es una respuesta científica; no lo sostendría un positivismo jurídico razonable, pues se trataría de una proposición puramente formal. Además, si bien es improbable que se derogue la ley internacional, no es imposible y, por ende, en tal caso, automáticamente sería menester reconocer que las acciones por crímenes de guerra y de lesa humanidad serían prescriptibles”<sup>12</sup>.

El Código Penal de Suiza ha regulado la imprescriptibilidad de algunos delitos en el artículo 101, entre estos se tiene al genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y delitos graves entre otros supuestos<sup>13</sup>.

El Código Penal de Austria establece la imprescriptibilidad genérica; así, para los casos de la persecución, no considera a la clase de delitos, sino el monto y gravedad de la pena conminada, de allí que la persecución por la pena, del §51, 1) dispone que: “las acciones punibles sancionados con pena privativa de la libertad de diez a veinte años o perpetua,

10 MAURACH, Reinhart; GOSSEL, Karl H.; y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Traducción de J. Bofill Genssch, Astrea. Buenos Aires, 1995, p. 971.

11 CARRARA, Francesco. *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*. Traducción de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 175, véase la nota 1, último párrafo.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”. En: *Nueva Doctrina Penal*. 2000/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 439.

13 Código Penal de Suiza. Libro Uno: Disposiciones generales. Primera parte: Los crímenes y delitos. Título sexto: De la prescripción.

Artículo 101.- Imprescriptibilidad.

1. No existe ninguna limitación del derecho a enjuiciar a los delitos de:

a. El genocidio (artículo 264);

b. Crímenes de lesa humanidad (artículo 264-a, párrafos 1 y 2);

c. Crímenes de guerra (artículo 264-c, párrafos 1-3; 264-d, de los párrafos 1 y 2; 264-e, de los párrafos 1 y 2; 264-f, 264-g, de los párrafos 1 y 2 y 264-h);

d. Delitos graves que hayan causado o amenazan causar un peligro para la vida y la integridad física de un gran número de personas como un método de extorsión o coacción, en particular, mediante el uso de medios de destrucción masiva, la causa de las catástrofes, o como parte de una toma de rehenes.

2. El juez puede atenuar la pena, si la acción penal está prescrita en virtud de los artículos 98 y 99.

3. Los apartados 1, letras A, C y D, y el apartado 2 se aplican si el derecho de enjuiciar o ejecutar la sentencia no habrían prescrito al primero de enero de 1983, en conformidad con la legislación vigente hasta ese momento. El apartado 1, letra b, se aplica si al momento de la entrada en vigencia de la enmienda o modificación del 18 de junio de 2010 de la presente ley, la acción penal o la pena no había prescrito en virtud de la ley hasta en aquel entonces vigente.

no prescriben”, y para la ejecución de la pena, el §59, 1), expresa que: “la ejecución de una pena privativa de libertad perpetua o por más de diez años, y el internamiento en un centro de infractores mentalmente anormales o reincidentes peligrosos, no prescriben”.

**No habría la necesidad de incluir la imprescriptibilidad en un Estado que respeta los principios democráticos, más aún si ahora existen los medios de colaboración internacional como la extradición, la asistencia judicial, la expulsión, etc.**

El Código Penal de España reguló la imprescriptibilidad del delito de genocidio y de su pena (artículo 131, numeral 4, y el artículo 133, numeral 2) originariamente; empero, en los últimos años se ha ampliado estos supuestos a otros casos más: “4. Los delitos de lesa humanidad y genocidio y **los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso**”. Y se señala también que “**Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona**”. Con relación a la imprescriptibilidad de la pena, también se han incorporado modificaciones tales como las impuestas por delitos de lesa humanidad, genocidio, por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614 del Código Penal, no prescribirán en ningún caso. Se agregó recientemente a las penas impuestas por el delito de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona.

En América se tiene el Código Penal de Puerto Rico que considera la imprescriptibilidad de la acción penal para ciertos delitos regulados en el artículo 100, tales como los delitos graves de primer grado, genocidio, crimen de lesa humanidad, asesinato, secuestro y la agravante de secuestro de menores, malversación de fondos públicos, falsificación de documentos públicos y todo delito grave tipificado en dicho código o en ley especial cometido

por un funcionario o empleado público en el desempeño de la función pública.

No hay que olvidar, que dicho código no regula la prescripción de la ejecución de la pena, por lo cual se concluye

que la ejecución de la pena es imprescriptible.

También el Código Penal de Cuba dispone la imprescriptibilidad de la acción penal para los delitos que tienen pena de muerte y los delitos de lesa humanidad (artículo 64, numeral 5); en cuanto a la prescripción de la ejecución de la pena, considera únicamente a los delitos de lesa humanidad (artículo 65, numeral 5).

En el Perú no se tenía regulación acerca de la imprescriptibilidad, aunque sí hubo algunas propuestas legislativas (anteproyectos y proyectos de ley). Actualmente, ya se cuenta con una regulación; así, se tiene la Convención de la Imprescriptibilidad y el Estatuto Penal de Roma, los cuales forman parte del Derecho interno.

Una fuente remota la encontramos en el Proyecto de Vidaurre, en la Ley N° 31; asimismo, el Anteproyecto del Código Penal del año 1927, artículo 70, se refiere a la imprescriptibilidad: “La pena de presidio e inhabilitación perpetua, no prescriben en ningún tiempo”; el Proyecto del Código Penal de setiembre de 1984, artículo 93 *in fine*, señala la no prescripción para los delitos de terrorismo. Otro que regula la misma figura es el Anteproyecto del Código Penal de 2004, artículo 88, último párrafo, y el Anteproyecto de Código Penal de 2010, artículo 88.

Es relevante recordar aquí que, a raíz del Proyecto de Ley N° 521/85-S, presentado por el senador Delgado Barreto, en torno a la interpretación del artículo 282 de la Constitución de aquel entonces, se emitió un dictamen

que fue aprobado por el Senado, el 11 de diciembre de 1986. Así, se propuso que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales que cometieran delitos comunes cuando no estén en servicio, tales como el genocidio, las torturas, el arresto secreto, el desaparecimiento forzado de personas, el homicidio calificado, la violación sexual, serían imprescriptibles (artículo 1 del proyecto); mientras que en el artículo 7, literal b), se expresaba para estos delitos: “la acción penal como la pena impuesta son imprescriptibles”<sup>14</sup>.

En el caso peruano, a pesar de haberse aprobado y suscrito la Convención de prevención y sanción del delito de genocidio en 1959, no se modificó el texto del Código Penal de 1924. Tampoco, en el Código Penal de 1991, se consideró a dicha Convención, por lo cual cabe preguntarse: si alguien realiza un injusto penal calificado como genocidio (artículo 129 del Código Penal) cuya pena es no menor de 20 años, ¿a los cuántos años prescribirá la persecución penal o la ejecución de la pena?

La respuesta, antes de la entrada en vigencia de la Convención sobre Imprescriptibilidad o del Estatuto Penal de Roma, se encontraba en los artículos 80 y 29 del Código Penal, pues el genocidio tiene una pena privativa de libertad temporal no menor de 20 años, aunque no se precisa el máximo, y la prescripción para estos casos, tanto de la persecución penal como de la ejecución de la pena, será indefectiblemente a los veinte años.

Pero, ¿se podría decir que para estos casos no existe diferencia entre la prescripción

ordinaria y la extraordinaria? Creo que este plazo taxativo, que algunos denominan prescripción absoluta, opera tanto para los casos de prescripción de la persecución penal ordinaria como para la extraordinaria. En lo que respecta a la prescripción de la ejecución de la pena, no habría problema alguno, aunque, claro está, si se imponen penas privativas de libertad superiores a los veinte años, estas solo se reducirían a este plazo, con lo cual se diría que resulta recomendable este tipo de prescripción.

Así, se deja sentado que la interpretación propuesta no solo se justifica por basarse en los criterios que nos brinda el método sistemático, sino también considerando los principios del Derecho Penal, como el de última ratio, entre otros (tal vez el más saltante es el principio de lo más favorable al reo o al procesado).

Así, todas las condenas que se hayan dictado por delito de terrorismo o terrorismo agravado (antes “traición a la patria”) ameritan que se les pueda aplicar las reglas de la prescripción.

A propósito de este tema, se debe recordar el caso de la matanza de los penales, que fue el que puso en cuestión la falta de adecuación del Código Penal de 1924, pues a los que cometieron tales injustos se les procesó por el delito de asesinato. Hubo la posición de algunos que exigían que se procese a los responsables por el delito de genocidio amparándose en la Constitución de 1979 (artículos 101 y 105), ya que la Convención sobre el genocidio es un tratado y este prevalece sobre el Código Penal. Otra posición, consideró que

14 Véase los archivos del Congreso de la República, específicamente el Proyecto de Ley N° 521/85, del aquel entonces senador Dr. César Delgado Barreto. El Dictamen de la Comisión de Justicia N° 14-C/JUS-86, del 11 de diciembre de 1986, que aprobaba el proyecto sustitutorio de las Comisiones de Constitución y Justicia, entre ellos el artículo 7, con algunas modificaciones irrelevantes en relación a la imprescriptibilidad. Pero también se presentó un Dictamen Conjunto de Minoría de las Comisiones de Justicia, elaborado por el entonces senador Javier Diez Canseco, de fecha 2 de diciembre de 1986, que entonces ubicaba la regla en el artículo 10 como una Disposición Común, la cual de forma genérica se refería a que la acción y la pena son imprescriptibles. Entonces, dado que incrementó la lista de delitos, la consecuencia era que los supuestos de imprescriptibilidad también aumentaron.

como el genocidio no se recogió en el Código Penal de 1924, las conductas que constituían genocidio solo podían haber sido sancionadas como aspectos de cualquier otro delito común (por ejemplo, asesinato). Como esta fue la posición que primó, luego se creyó necesaria la tipificación en el Código Penal del artículo 129 [Proyectos del Código Penal: octubre-noviembre del año 1984, artículo 112; (agosto de 1985, artículo 117; marzo-abril de 1986, artículo 116; julio de 1990, artículos 128 y 129; enero de 1991, artículos 129 y 130].

En el Perú hubo un pronunciamiento en el que se aplicó la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, esto fue lo que aconteció en el “caso de Mantilla”<sup>15</sup>, donde se declaró infundada la excepción de prescripción solicitada.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este aspecto en diversas resoluciones, sentando el criterio que en materia de delitos de lesa humanidad la persecución penal es imprescriptible. A continuación, es importante destacar la *ratio decidendi* de la sentencia dada en el Expediente N° 03693-2008-PHC/TC<sup>16</sup>, emitida en el año 2011, que señaló:

“17. De este modo, como ya lo ha sentado este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N° 00218-2009-PHC/TC, referida a la pretendida prescripción de la acción penal de un coprocesado del accionante, una interpretación conforme con la Constitución de las normas de prescripción de la acción penal a la que ha arribado este Tribunal implica

dejar de contabilizar todo el lapso en que se sustrajeron los hechos de una efectiva investigación, a través de órganos judiciales incompetentes y leyes de amnistía inconstitucionales. A su vez, en caso que se determine que tales hechos constituyen crímenes de lesa humanidad, no opera el plazo de prescripción de la acción penal. Así lo ha reconocido este Tribunal constitucional (Exp. N° 024-2010-PI/TC) (...)”.

“19. Conforme consta de los actuados judiciales adjuntados al expediente de hábeas corpus, se sigue proceso contra el favorecido por delito de asesinato (fojas 14), previsto en el artículo 152 del Código Penal de 1924 –vigente en el momento en que se habrían cometido los hechos delictivos–, con pena de internamiento (...) en principio, una prescripción de la acción penal de veinte años, que se reduciría a la mitad, en aplicación del artículo 148 de dicho cuerpo normativo, por haber tenido al momento de la comisión de los hechos menos de 21 años”.

“20. Sin embargo, según lo interpretado por este Tribunal, los obstáculos para el procesamiento de los hechos fueron recién removidos por el Estado en enero de 2002, cuando se anuló el proceso seguido ante el Fuero Militar. En efecto, conforme a lo ya mencionado *supra*, no pueden contabilizarse los plazos de prescripción de la acción penal cuando el ordenamiento jurídico o el accionar del Estado representen un obstáculo para el procesamiento de hechos tan graves como los que motivan

15 Señalado en el auto emitido por el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial, Expediente N° 2007-00935-62, que, con fecha del 19 de agosto del 2009, declaró infundada la prescripción de la acción penal.

16 Resolución recaída en Expediente N° 3693-2008-PHC/TC, emitida el 5 de mayo de 2011, que declara infundada por unanimidad la demanda presentada por la parte. En este sentido, también se tiene la sentencia emitida en el Expediente N° 00218-2009-PHC/TC, emitida el 11 de noviembre de 2010, declarara infundada por voto mayoría, véase los fundamentos 7, 13, 14, 17 y 19 como *ratio decidendi*; también se tiene la sentencia del Exp. 0024-2010-PI/TC, emitida el 21 de marzo de 2011, que declara fundada la demanda por voto en mayoría.

el proceso penal que se cuestiona en la demanda. Ahora bien, cualquiera que sea la opción interpretativa que se tome, esto es, considerar la imprescriptibilidad de los delitos que se imputan, o bien la aplicabilidad de las normas de prescripción, a partir de enero de 2002, a la fecha, la acción penal se encuentra todavía vigente, por lo que la demanda debe ser desestimada (...).”.

Es interesante el comentar las dos posibilidades que ambiguamente plantea el Tribunal Constitucional, al considerar que si no opera la imprescriptibilidad (apreciación contingente), otorga una salida “opcional”, que a la larga puede ser la salida a todos estos casos, ya que considera que si se han removido los obstáculos, el plazo se vuelve a computar, es decir, que estaría suponiendo un supuesto de suspensión del plazo de prescripción; al respecto considero que esta aparente salida es contingente, puesto que con ella no se daría seguridad jurídica al ordenamiento constitucional penal.

La posición asumida tendría que ser previa apreciación correcta de los hechos de manera uniforme, es decir, si se trata de un delito diferente al de lesa humanidad, la regla debiera ser la prescripción (regla general), en cambio, y de manera excepcional, si se trata de delitos de lesa humanidad, la regla restrictiva es la imprescriptibilidad (excepción).

Así es oportuno preguntarse: ¿qué hacer con el supuesto de suspensión fáctica de la prescripción para cualquier tipo de delito, cuando el Estado es el que pone trabas para llevar a cabo un proceso penal justo?

Se responderá a esta interrogante, señalando que si se trata de un delito de lesa humanidad

se tiene una regla excepcional a aplicar, pero si se trata de otro tipo de delito, común o contra el Estado como corrupción de funcionarios, se carece de solución; así sobre este supuesto aún hay que seguir debatiendo, aunque una alternativa puede ser aplicar una interpretación analógica, pues si para los casos más graves se ha planteado esta solución, con mayor razón para los más graves que no tengan connotación internacional, o de lo contrario se producirá la postura de seguir incrementando los delitos a la regla de la excepción (como ahora se pretende con la imprescriptibilidad para los delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos).

Por ello, es oportuno recordar lo que postuló Zaffaroni, al decir que “no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza, en razón de una intolerable irracionalidad en caso contrario. No hay una irracionalidad intolerable en el ejercicio de una acción penal contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años; solo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El Derecho Penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos; por el contrario: si lo hiciese sufriría un grave desmedro ético”<sup>17</sup>.

En la actualidad, el tema de la imprescriptibilidad sigue siendo de relevancia, incluso estuvo presente en la agenda política de las elecciones presidenciales del año 2011 y 2016<sup>18</sup>; así, en los últimos años, diversos sectores han planteado que se debe incorporar esta figura para los delitos contra la Administración Pública

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. cit., p. 445.

18 El Proyecto de Ley N° 119/2016-CR, del 23 de agosto de 2016; Proyecto de Ley N° 121/2016-CR, del 24 de agosto de 2016, y el Proyecto de Ley N° 127/2016-CR del 24 de agosto de 2016.

y los delitos contra el medio ambiente<sup>19</sup>, a fin de que sean imprescriptibles<sup>20</sup>.

Finalmente, en un último caso relevante, nuestra Corte Suprema de la República sentó criterio a favor de la imprescriptibilidad, pues en el pedido de extradición del ciudadano peruano Francisco Morales Bermúdez Cerruti (Expediente de extradición pasiva N° 23-2012) por parte de Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal número cinco de la República de Argentina, la Sala Penal Permanente con fecha 15 de marzo de

2012 resolvió mediante ejecutoria por unanimidad la improcedencia de tal solicitud, teniendo como uno de los fundamentos de la *ratio decidendi* que los hechos imputados constituyen la calificación del delito de secuestro, por lo que estos “se condicen con los alcances del delito de lesa humanidad”, siendo relevante que la imprescriptibilidad haya sido el único criterio que ha permitido que la Sala Suprema deje la posibilidad que la jurisdicción nacional puede hacerse cargo de dichos hechos imputados<sup>21</sup>.

- 19 El Proyecto de Ley N° 4634/2014-CR, propuesto por la congresista Elsa Anicama Ñañez, de fecha 22 de junio de 2015.
- 20 Se tiene un recuento de 72 proyectos de ley presentados desde el año de 1996 a la actualidad, siendo el primero el del congresista Elferes Vidarte Correa, Proyecto de Ley N° 1445, de fecha 14 de junio de 1996, al plantear que se incorpore un párrafo en el artículo 80, con el siguiente texto: “En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo para la acción penal es imprescriptible”. Véase así los 72 proyectos de ley, iniciando con el Proyecto de Ley N° 1445-1996; N° 2275-1996; N° 1522-2001; N° 1671-2001; N° 1672-2001; N° 105/2001-CR; N° 119/2001-CR; N° 896/2001-CR; N° 1236/201-CR; N° 2094/2002-CR; N° 2121/2002-CR; N° 2162/2002-CR; N° 2055/2002-CR; N° 5144/2003-CR; N° 5166/2003-CR; N° 07781/2003-CR; N° 9415/2004-CR; 9478/2004-CR; N° 9621/2004-CR; N° 9745/2004-CR; N° 10632/2004-CR; N° 11178/2004-CR; N° 11801/2004-CR; N° 12295/2004-CR; N° 12891/2004-CR; N° 13051/2004-CR; N° 13077/2004-CR; N° 574/2006-CR; N° 953/2006-CR; N° 1082/2006-CR; N° 2415/2007-CR; N° 1567/2007-CR; N° 1801/2007-CR; N° 1954/2007-CR; N° 2400/2007-CR; N° 3711/2009-CR; N° 4633/2010-CR; N° 079/2011-CR; N° 90/2011-CR; N° 091/2011-CR; N° 00134/2011-CR; N° 133/2011-CR; N° 00151/2011-CR; N° 00203/2011-CR; N° 238/2011-CR, y N° 00286/2011-CR. En la doctrina nacional incluso se ha escrito sobre “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción” (SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”. En: *Cuestiones de Derecho Penal, proceso penal y política criminal*. AA.VV., Ara Editores, Lima, 2010, pp. 481-493), título que, sin embargo, no desarrolla el tema propuesto, sino que se refiere solo a la posibilidad de señalar las “bondades” de la Ley N° 26641, y a acoger las propuestas que propone el profesor Manuel Abanto en el año 2003; sin embargo, le recuerdo al autor de este artículo que se fije en mi tesis para la obtención del título de abogado que sustenté en el año de 1996, en la cual se postuló muchas de las ideas que resalta.
- 21 El fundamento décimo cuarto textualmente refiere: “**Décimo cuarto:** Que, en consecuencia, sobre la base de los antecedentes jurídicos y fácticos expuestos, este Supremo Tribunal llega a la conclusión que los hechos imputados contra el requerido Morales Bermúdez Cerruti, y que se han tipificado como delito de secuestro, se condicen con los alcances del delito de lesa humanidad, por tanto, su persecución es imprescriptible, en concordancia con el artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, del 26 de noviembre de 1968 –al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo ha confirmado el carácter consuetudinario de la regla de imprescriptibilidad, sino que, además, ha afirmado que la imprescriptibilidad constituye una norma de *ius cogens*, en efecto, en el caso La Cantuta, la Corte ha señalado que “(...) Aun cuando el Estado no haya ratificado dicha Convención (sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad), esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace de tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, el Estado no puede dejar de cumplir esta norma imperativa (...)” [Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, par. 225, pág. 108]–, los Convenios de Ginebra de 1949; la Ley de crímenes de guerra belga de 1993 –que consagró la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad–, así como la vasta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras fuentes del Derecho Penal Internacional que acoge al Derecho no convencional o *ius cogen*, en virtud a la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados”.

El tratamiento y regulación de la imprescriptibilidad, indudablemente, requiere para su legitimidad de una reforma constitucional, pues implica el cambio de paradigma de la tradición nacional, que ha sido la regulación de un sistema de prescripción penal, a un sistema mixto que implica la regulación de la prescripción como regla general para la gran mayoría de delitos y la introducción de la imprescriptibilidad por excepción para un determinado grupo de delitos<sup>22</sup>.

El debate político requerirá de centrar la discusión en la necesidad de evaluar si se deben o no reformar los artículos 41 y 139 inciso 13, de la Constitución vigente o de al menos uno de los dos artículos, en atención a que se tiene dos reglas constitucionales que regulan a la institución de la prescripción penal.

Así, el debate permite distinguir las siguientes problemáticas alternas:

1. La opción bipartita de algunos penalistas y defensores de derechos fundamentales (derechos fundamentales y Derecho

**El debate político requerirá de centrar la discusión en la necesidad de evaluar si se deben o no reformar los artículos 41 y 139, inciso 13, de la Constitución vigente o de al menos uno de los dos artículos.**

Penal Internacional), que utilizando argumentos de derechos fundamentales avalados por las reglas de Derecho Penal Internacional sostuvieron la imprescriptibilidad para determinados delitos de lesa huma-

nidad, por ejemplo, teniendo en cuenta que la Constitución de 1993 estableció la regla para la valoración e incorporación de normas jurídicas contenidas en tratados y convenciones suscritas y ratificadas por el Estado peruano<sup>23</sup>.

2. La opción clásica de Derecho Penal tradicional de quienes consideran que la discusión es solo penal y bastaría con modificar el artículo 80 *in fine* del Código Penal.
3. La opción múltiple que permite establecer la naturaleza constitucional, penal, penal internacional y de derechos fundamentales; así el debate requiere de reformas constitucionales partiendo por la modificación de los artículos 41 y 139 inciso 13, de la Constitución vigente y tomar en cuenta los aportes de las constituciones de otros países, así como considerar lo

22 Al reconocer esta necesidad no considero adecuado recurrir al Derecho Penal del enemigo cuando existen fórmulas ya reguladas por otros Estados basados en necesidades fácticas de hacer frente al crimen organizado; por ello, no comparto el fundamento señalado por Ugaz (UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José. "La imprescriptibilidad como posibilidad desde el Derecho Penal". En: OTÁROLA PEÑARANDA, Fredy. *La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2014, p. 106), ya que este discurso serviría para llevar al proceso a personas consideradas enemigas, ya desde el estatus de procesados, y a otros que al realizar delitos que no sean imprescriptibles, pero sean graves no sean considerados enemigos, sino ciudadanos; por ello, el hacer frente al flagelo de la delincuencia de corrupción sea organizada o no, amerita dotar al Estado con mecanismos propios de una democracia, es decir, con un debido proceso como estándar de calidad, ello a fin de evitar más adelante las indemnizaciones a cargo del Estado, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

23 En esta línea de defensa de los derechos fundamentales de la humanidad se encuentra Ninanquispe, quien aborda la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad. En: NINANQUISPE GIL, Karim. *El principio de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad*. Editorial e imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2002.

regulado por los tratados y convenciones internacionales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los códigos penales de otros países, y las sentencias emblemáticas de las cortes internacionales.

Sin embargo, si se asume esta tercera opción se viabiliza una ampliación de la discusión para considerar otras opciones, o mejor dicho para abordar el tema sin los límites de la sola imprescriptibilidad excepcional, no solo para los casos en que esté de por medio la afectación al patrimonio del Estado por delitos de corrupción, sino que podría ir más allá, al incluir otros supuestos como las fórmulas que impliquen ampliar los supuestos de imprescriptibilidad de la corrupción a los *extranei* (por ejemplo, los particulares que incentivan la corrupción, o que se benefician de ella), también se pueden comprender las formas de corrupción entre los privados (corrupción privada)<sup>24</sup>, tipo de delincuencia sobre el cual aún se está ignorando sus efectos y

perjuicios al Estado, o abordar el tema de la imprescriptibilidad en los delitos contra el medio ambiente, por citar algunos casos<sup>25</sup>.

4. La opción ética como fundamento central para la imprescriptibilidad de los delitos contra el Estado y contra la ciudadanía, postulada por Bernalles, al señalar que: “la corrupción rompe, corroe, destruye las bases de lo que los ideólogos liberales llamaban ‘el pacto social o el contrato entre gobernantes y gobernados’”; agregando el mismo autor dos elementos de carácter moral: el primero referido a “la confianza brindada a quien, como ciudadano, designo o elijo para que me gobierne, es decir, para que me otorgue protección legal y reconozca el ejercicio de mis derechos” y el segundo, “la seguridad de que los funcionarios al mando de instituciones cuya gestión implica manejo de fondo y de recursos sabrán dirigirlas con honestidad, utilizando su poder no para servirse, sino para servir”<sup>26</sup>.

- 24 La discusión de esta propuesta sí resultaría novedosa, ya que en el Derecho Penal comparado aún no se ha implementado la regulación de la imprescriptibilidad para la delincuencia de corrupción privada; aunque ello ameritaría considerar una reflexión, una cosa es comprender a los partícipes en los delitos contra la Administración Pública y otra es regular la imprescriptibilidad para la delincuencia de corrupción privada, que es a la que me refiero; así lo relevante sería conocer cuáles serían los delitos a los que alcanzaría la imprescriptibilidad; sin embargo, conforme se apreció en los integrantes tanto de la Comisión de Justicia como de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, la intención solo sería comprender a los *extranei* beneficiarios o promotores de las conductas de corrupción. Al respecto, es relevante lo regulado en el D. L. N° 1243 sobre la inhabilitación perpetua, pues a nivel de la discusión legal ese sería el marco de imprescriptibilidad para los delitos de acarrear la corrupción pública, comprendiendo tanto a *intraanei* como a *extranei*; asimismo, se ha planteado incorporar la imprescriptibilidad de los delitos la seguridad nacional y traición a la patria por parte de la congresista Úrsula Letona, aunque aún no la ha materializado en un proyecto de ley (LOAYZA, Jorge. “Imprescriptibilidad de delitos de corrupción incluiría a particulares”. En: *La República*. “Sección Política”, p. 13 (del 9 de noviembre de 2016).
- 25 Sobre este supuesto a nivel constitucional comparado, la Constitución de Bolivia resulta relevante, pues ha incorporado la imprescriptibilidad para los delitos contra el medio ambiente en el artículo 347.I, véase el anexo 1 de este artículo y, por si fuera poco, también en dicho país se ha regulado la imprescriptibilidad a nivel legal, específicamente en la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, artículo 44.II, cuyo texto señala: “Los delitos relacionados con la Madre Tierra son imprescriptibles”. El Perú no ha sido ajeno a esta propuesta, pues en el Congreso anterior se planteó la incorporación de la imprescriptibilidad en la Constitución para los delitos contra el medio ambiente, a través de la modificación del artículo 68, cuya propuesta expresó que: “Los Delitos contra el Medio Ambiente regulados por Ley, son imprescriptibles” (Proyecto de Ley N° 4634/2014-CR, propuesto por la congresista Elsa Anicama Ñañez, de fecha 22 de junio de 2015).
- 26 BERNALES, Enrique. “La imprescriptibilidad de los delitos contra el patrimonio del Estado”. En OTÁROLA PEÑARANDA, Fredy. Ob. cit., pp. 89-90. Luego, el mismo Bernalles describiendo las características de una corrupción estructural señaló como conclusión que: “la recuperación de los valores inherentes a la vida familiar y

Uno de los temas subyacentes a la propuesta de regulación del artículo 41 de la Constitución es que los proyectos solo establecen los fundamentos de una clase de prescripción, como es de la persecución penal o de la acción penal y no de la prescripción de la ejecución de la pena<sup>27</sup>.

De la mano con el anterior aspecto está el considerar que los países que han regulado la prescripción de la ejecución de la pena no tienen el mismo sistema de prescripción para la persecución penal, situación que no sucede en el Perú, pero sí, por ejemplo, en España, por ello las formas de afectación de asumir un sistema de imprescriptibilidad no generan las mismas consecuencias para un modelo de prescripción de persecución penal distinto al de la prescripción de la ejecución de la pena.

Así pues, los fundamentos elaborados por los diversos congresistas parten de un error, el cual es considerar que los modelos de prescripción de todos los países son iguales, y eso es un error, por lo cual los presupuestos de imprescriptibilidad tampoco son idénticos

**Los presupuestos de imprescriptibilidad no son idénticos cuando se trata de la imprescriptibilidad de la persecución penal o de la imprescriptibilidad de la ejecución de la pena.**

cuando se trata de la imprescriptibilidad de la persecución penal o de la imprescriptibilidad de la ejecución de la pena.

Otro tema que constituye un contrasentido es: si ahora se regula la

imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, ¿qué sucederá con los otros casos de imprescriptibilidad que están contenidos en tratados y convenciones<sup>28</sup>, mas no en la Constitución (por ejemplo, el genocidio, los delitos de lesa humanidad, etcétera)?

Por ello, si se toman en cuenta las distintas fórmulas del Derecho Constitucional comparado<sup>29</sup>, se tendría que optar entre las fórmulas que han precisado de manera específica los delitos para los cuales se consideran imprescriptibles o el hecho de hacer una mención genérica dejando a la ley penal que contemple estos casos, aunque algunos han establecido fórmulas variadas de este último caso, como lo ha realizado el sector justicia al proponer un último párrafo al artículo 41 de la Constitución que a la letra dice: **“La ley establece los casos en que no existe plazo de prescripción**

una educación en la que el Estado provea de óptimas condiciones para la formación de niños, adolescentes y jóvenes. Se trata de exigencias fundamentales de la lucha contra la corrupción que afecta a la sociedad en su conjunto y, en consecuencia, al Estado. La receta es: leyes punitivas y reformas institucionales, las que sean necesarias, pero también el desarrollo socioeconómico para una vida digna en una sociedad y un Estado sanos” (BERNALES, Enrique. “Causas sociales de la corrupción”. En: *El Comercio*. “Opinión”, p. 38 (14 de noviembre de 2016).

27 Véase la opinión de Baclini, en Argentina que tilda de incoherente y contradictoria la imprescriptibilidad. BACLINI, Jorge C. *Prescripción penal*. Editorial Juris, 2005, p. 92. Por otro lado, los hermanos Poveda, en la doctrina colombiana sostienen el carácter excepcional de la regulación de la imprescriptibilidad, tanto para la pretensión como para la potestad de ejecución de la pena. POVEDA PERDOMO, Alberto y POVEDA PERDOMO, Abelardo. *La prescripción de la pena*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014, p. 70.

28 Constituyó un acierto del Proyecto de Código Penal 2016 la regulación de la imprescriptibilidad para los delitos contra el Derecho Internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario para la prescripción de la persecución penal (artículo 113.2) y para la prescripción de la ejecución de la pena (artículo 119, segundo párrafo).

29 Véase el anexo propuesto en este artículo que contiene las propuestas constitucionales sobre la imprescriptibilidad de Paraguay, Bolivia y Ecuador.

**para delitos de corrupción y delitos que se cometan en contra del patrimonio del Estado”.**

En todo caso, será el debate el que determine la mejor fórmula, empero si se va a realizar una modificación constitucional, esta no será en el artículo 41, sino tendrá que ser en el artículo 139, numeral 13, de la Constitución, como un segundo párrafo, pero no solo para salvar el tema de ubicación sistemática que solo se incluya a los delitos de corrupción, sino a todos los restantes delitos que ameritan imprescriptibilidad.

Por lo cual, en todo lo demás que corresponda al artículo 139, numeral 13, no será necesario realizar reforma alguna, pues para los casos en donde se haya resuelto judicialmente como prescritos, sea que se trate de un caso de persecución penal o de un caso de prescripción de la ejecución de la pena, al transcurrir el plazo de prescripción alcanzarán el efecto de cosa juzgada y ya no serán perseguibles por parte del Estado.

Otro de los aspectos que resulta factible de plantear en la discusión es qué va a pasar con la prescripción de la reparación civil, considerando que el Código Penal vigente establece en su artículo 100 que “la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal” si se tratase de la prescripción de la persecución penal, pues al establecer que un delito es imprescriptible entonces es coherente mantener la imprescriptibilidad de la acción civil para ver si corresponde o no una reparación civil; sin embargo, hay que dejar en claro que acreditar la responsabilidad civil implica mantener la documentación correspondiente a la posible o probable reparación civil, mientras tanto ¿qué ocurrirá con los bienes embargados o gravados en general por parte del Estado?, ello impedirá acceder al derecho de sucesiones u otros derechos de los herederos o es que se acudirá a la pérdida de dominio, ya que no

tiene sentido mantener los bienes gravados al cuidado del Estado de parte de un prófugo cuya persecución penal por el delito imputado es imprescriptible.

Otro caso es el de la reparación civil ya determinada en una sentencia condenatoria, donde se puede ejecutar dicha sentencia en torno a los bienes gravados o incautados, por lo cual algunos dirían que se produce la prescripción de la reparación civil con las reglas del Código Civil; sin embargo, no se debe olvidar que las reglas de la prescripción de la ejecución de la pena son las mismas que las reglas de la prescripción de la persecución penal, es decir, mientras no se haya ejecutado la pena la reparación civil subsiste, por ello mientras el condenado prófugo esté vivo queda latente el poder realizar la materialización del pago de la reparación civil o buscar un garante para dicho pago, por lo cual también esto tiene que ser materia de la discusión para poder enmarcar las modificaciones a las reglas penales contenidas en el Código Penal vigente sobre la prescripción de la ejecución de la pena y de la reparación civil.

En todo caso, el debate se abrió y serán los congresistas los que tengan la responsabilidad de regular este supuesto con seriedad, profundidad, responsabilidad y altura, aunque esta vez contarán con las alertas de los colectivos, de la academia e incluso de la sociedad en general, a fin de que no solo quede como una promesa electoral incumplida del plan de gobierno o que solo está contenida en un papel; en otro momento me pronunciaré por las fórmulas legislativas.

## Bibliografía

- BACLINI, Jorge C. *Prescripción penal*. Editorial Juris, 2005.
- BERNALES, Enrique. “Causas sociales de la corrupción”. *El Comercio*. “Opinión”, p. 38 (14 de noviembre de 2016).

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “La extinción de la responsabilidad criminal”. En: *Debate Penal*. Año 1, N° 31, 1987.
- CARRARA, Francesco. *Programa del curso de Derecho criminal. Parte general*. Traducción de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944.
- CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. *Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal. A propósito del caso Lucchetti -Montesinos en la resolución de la Corte Suprema*. Grijley, Lima, 2006.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4ª edición, Comares, Granada, 1993.
- MAURACH, Reinhart; GOSSEL, Karl H.; y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Traducción de J. Bofill Genzsch, Astrea. Buenos Aires, 1995.
- NINANQUISPE GIL, Karim. *El principio de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad*. Editorial e imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2002.
- OTÁROLA PEÑARANDA, Fredy. *La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2014.
- POVEDA PERDOMO, Alberto y POVEDA PERDOMO, Abelardo. *La prescripción de la pena*. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2014.
- SÁENZ TORRES, Alexei Dante. “El retorno a la imprescriptibilidad de la persecución penal”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 3, 2002.
- SÁENZ TORRES, Alexei Dante. *La prescripción penal*. Tesis para optar el grado de Magíster. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2012.
- SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”. En: *Cuestiones de Derecho Penal, proceso penal y política criminal*. AA.VV. Ara Editores, Lima, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”. En: *Nueva Doctrina Penal*. 2000/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

## Tratados

- Derechos humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales. Cuadragésimo Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948-1988. Centro de Derechos Humanos de Ginebra, Naciones Unidas, Nueva York, 1988.
- Convención de prevención y sanción del delito de genocidio, adoptada y abierta a firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948, ratificada por el Perú por Resolución Legislativa N° 13288, del 28 de diciembre de 1959.
- Convenios de Ginebra de 1949.
- La Ley de crímenes de guerra belga de 1993.
- Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

## Documentos

- Dictamen de la Comisión de Justicia N° 14-C/JUS-86, del 11 de diciembre de 1986, que aprobaba el proyecto sustitutorio de las Comisiones de Constitución y Justicia, entre ellos el artículo 7 con algunas modificaciones irrelevantes en relación con la imprescriptibilidad.
- Proyecto de Ley N° 521/85 del aquel entonces senador Dr. César Delgado Barreto.

- Proyecto de Ley N° 1445 de fecha 14 de junio de 1996, presentada por el congresista Elferes Vidarte Correa.
- Ley N° 26641 (Ley de la contumacia y la prescripción).
- Proyecto de Ley N° 4634/2014-CR, propuesto por la congresista Elsa Anicama Ñañez, de fecha 22 de junio de 2015.
- Proyecto de Ley N° 119/2016-CR, del 23 de agosto de 2016.
- Proyecto de Ley N° 121/2016-CR, del 24 de agosto de 2016.
- Proyecto de Ley N° 127/2016-CR, del 24 de agosto de 2016.
- LOAYZA, Jorge “Imprescriptibilidad de delitos de corrupción incluiría a particulares”. *La República*. “Sección Política”, 9 de noviembre de 2016.

### Sentencias

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 218-2009-PHC/TC, de fecha 11 de noviembre de 2010, aprobada por decisión dividida, con los votos singulares de los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0024-2010-PI/TC, de fecha 21 de marzo de 2011, aprobada por mayoría, con los votos singulares de los magistrados Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Calle Hayen.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 03693-2008-PHC/TC, de fecha 5 de mayo de 2011, aprobada por unanimidad.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, del 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.
- Exp. N° 2007-00935-62, sentencia de Máximo Agustín Mantilla Campos emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 19 de agosto de 2009.
- Extradición Pasiva N° 23-2012, sentencia de Morales Bermúdez emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 15 de marzo de 2012.