

LA TIPIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES CONSAGRADOS EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

DINO CARLOS CARO CORIA**

1. GENERALIDADES

El ECPI, ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 27517 de 16 de setiembre de 2001, se compone de un complejo de normas de diverso carácter, en tanto «responde a un modelo de fusión de las diversas perspectivas jurídicas implicadas en el funcionamiento de la Corte».¹ Como observa Lorenzo Copello, el Estatuto prevé una serie de normas de contenido penal material que no sólo se limitan a la descripción de los crímenes de competencia de la Corte, sino que determinan los principios generales que regirán el ejercicio de su poder punitivo así como los criterios de responsabilidad criminal y penas aplicables.²

Los Principios Generales del Estatuto pueden clasificarse en tres grupos,³ el primero de ellos referido a los principios generales en sentido estricto,⁴ en segundo lugar se encuentran las normas que prevén la responsabilidad penal individual⁵ que a su vez están constituidas por elementos objetivos o *actus reus* y elementos subjetivos de responsabilidad criminal o *mens rea*. La tercera categoría esta compuesta por los fundamentos sustantivos de exclusión de responsabilidad penal,⁶ referidos tanto a las causas de justificación como a las de exculpación, así como a determinados presupuestos que afectan la punibilidad.

Dentro de este marco, se evaluarán los elementos del tipo del injusto del Derecho penal internacional previstos en el Estatuto de Roma (2), así como el tratamiento de los llamados crímenes internacionales en el Derecho penal peruano (3), de cara a establecer los principales lineamientos de una reforma de los delitos contra los Derechos Humanos del CP de 1991 (4).

2. ELEMENTOS DEL TIPO DEL INJUSTO EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La parte III del ECPI regula los «principios generales de Derecho penal», contexto en el que se establecen los presupuestos materiales sobre los que se asienta la responsabilidad penal por los crímenes en el contemplados y que conforman la primera Parte General completa del Derecho penal internacional.⁷ Ello es coherente con la adopción de un sistema de aplicación directa del Estatuto, independiente del ordenamiento interno de cada Estado, inclusive del Estado directamente involucrado, cuyas normas serán relevantes sólo en defecto de las previstas en el ECPI según el art. 21.1.c.

Como apunta Ragués i Vallès, se aprecia aquí la asunción de soluciones de compromiso entre el *common law* y los sistemas continentales,⁸ por un lado se admiten instituciones propias del modelo anglosajón, como el error de hecho y de derecho, y de otra parte las relativas al sistema romano germánico, por ejemplo la responsabilidad penal individual y no de las personas jurídicas. Asimismo, se trata de soluciones pragmáticas que permitieron arribar al consenso necesario para su aprobación, aunque por ello no siempre se asemejan a las

* Abreviaturas: art./arts.: artículo/artículos; CP: Código Penal; CPI: Corte Penal Internacional; ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional; lit./lits.: literal/literales; num./nums.: numeral/numerales.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

¹ LAURENZO COPELLO, Patricia. «Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma». Jueces para la Democracia. Madrid: 2000, N° 38, pp. 93-94.

² Íd.

³ AMBOS, Kai. «Principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». Actualidad Penal. Pamplona: 2000, N° 44, p. 926.

⁴ Complementando los de *nullum crimen y nulla poena* (arts. 22 a 24), el principio de *ne bis in idem* (art. 20) y el de la ley aplicable (art. 21).

⁵ Vid. arts. 25, 28, 30.

⁶ Vid. arts. 26, 27, 29, 31, 32, 33.

⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia. Ob. cit., p. 97.

⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «El Tribunal Penal Internacional. La última gran institución del siglo XX (I)». La Ley. Madrid: 2000, N° 5289, p. 4.

fórmulas propias de sistemas nacionales como el peruano, heredero de la tradición penal helvética, española y alemana.⁹

Pues bien, seguidamente se analiza la regulación en el ECPI de los criterios típicos de imputación del injusto personal, destacándose su compatibilidad con las previsiones de la parte general de nuestro CP vigente.

2.1. El sujeto activo individual

En cuanto a la capacidad de acción en el Derecho penal internacional, el art. 25 num. 1 y 2 se decanta por atribuírsela sólo a la persona natural. Con ello se adopta la creciente tendencia de considerar a la persona humana, y no sólo a los Estados, como sujeto de Derecho internacional.¹⁰

Se excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas o entidades colectivas. Durante el proceso de aprobación del Estatuto no prosperó el planteamiento contrario de Francia, entre otros motivos porque la admisión de la responsabilidad colectiva podía redundar en la impunidad de los autores individuales, pero sobre todo por la ausencia de un reconocimiento general de criterios comunes de imputación de responsabilidad a la persona jurídica, lo que en definitiva hace inaplicable este concepto complementario.¹¹

Como se sabe, en el sistema anglosajón rige como regla general la punición de dichas entidades, mientras que en los Estados eurocontinentales y de Latinoamérica se mantiene aún el principio *societas delinquere non potest*, no sin fisuras porque varios de ellos vienen estableciendo penas contra las personas jurídicas, especialmente en el ámbito del Derecho de la empresa y socioeconómico, donde tales sanciones parecen necesarias desde el punto de vista político criminal y motivan amplias justificaciones dogmáticas en orden a sustentar la capacidad de acción, de culpabilidad y de punición de las entidades morales.¹²

En el caso peruano, pese a que no se admite la sanción directa contra una persona jurídica, el art. 105 del CP establece consecuencias accesorias a la pena, en virtud de las cuales puede imponerse medidas cuando la entidad ha sido utilizada como medio de comisión o encubrimiento del delito. Este modelo, inspirado en los proyectos españoles de CP de 1980 y 1983, no equivale en rigor a admitir la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, sino únicamente la atribución de medidas limitativas como consecuencia del delito de una persona natural.¹³

Ahora bien, es de observarse que la especial gravedad de los crímenes del Estatuto conduce a la mayor parte de la doctrina a entender que suelen cometerse con la participación o tolerancia del Estado, lo que permite justificar una intervención complementaria desde el Derecho penal internacional. Como precisa Azabache Caracciolo las violaciones de los Derechos Humanos se presentan por lo general cuando la lesión o puesta en peligro resulta de la actuación de un agente del Estado, al amparo de su carácter oficial, o cuando fuera de los casos de autoría especial, el concreto autor obra con el consentimiento o aquiescencia de funcionarios o servidores públicos. Dicho de otro modo, «Las violaciones a los derechos humanos se definen por la posición de la concreta relación social desvalorada respecto a la capacidad operativa del

⁹ CARO CORIA, Dino Carlos. «¿Superación del pasado a través del Derecho penal?». Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia». A publicarse en *Thémis* N° 43, Vid. II/§8ss.

¹⁰ LIROLA DELGADO, Isabel, Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ. *La Corte Penal Internacional*. Barcelona: Ariel 2001, pp. 15ss.

¹¹ AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 930.

¹² HEINE, Günther. «La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales». *Anuario de Derecho Penal*. Lima: 1996, pp. 19ss. TIEDEMANN, Klaus. *Temas de Derecho penal económico y ambiental*. Lima: Idemsa, 1999, pp. 199ss. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2000, pp. 191ss. BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998, pp. 143ss.

¹³ MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: PUCP, 1999, pp. 171ss. CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: Idemsa 2001, pp. 247ss. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997, pp. 155ss.

Estado [...] resultan en un contexto de abuso de poder en que la indefensión de la víctima es manifiesta».¹⁴

Ahora bien, al no admitirse el *societas delinquere potest*, el ECPI no establece reglas de imputación de responsabilidad criminal a los Estados, alternativa discutible en el Derecho comparado a la luz del establecimiento de penas para las personas de Derecho Público en el CP francés de 1994 (art. 121-2). Empero, el ECPI tampoco consagra circunstancias agravantes por la condición de funcionario estatal, aunque como veremos luego sí establece criterios especiales de atribución para los jefes militares y superiores en el art. 28.

En todo caso, el art. 25.4 del ECPI deja a salvo la «responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional». Con ello no se refiere a una responsabilidad penal internacional, materia regulada hasta la fecha exclusivamente por el Estatuto de Roma, sino a las consecuencias que derivan de la aplicación del Derecho internacional público en general, frente a las acciones u omisiones de los Estados involucrados en graves violaciones de los Derechos Humanos.¹⁵

2.2. Reglas de autoría y participación criminal

2.2.1. Autoría directa, autoría mediata y coautoría

En el art. 25.3 del ECPI se establecen las reglas de autoría (lit. a) y participación (lits. b y c) del Derecho penal internacional, las que en términos generales concuerdan con la regulación prevista en el CP peruano.

Se distinguen las tres clásicas formas de autoría en el art. 25.3.a, la autoría directa o inmediata («por sí solo»), la coautoría («con otro») y la autoría mediata («por conducto de otro»). Nuestro Código Penal, acoge también estas formas de autoría, según el art. 23 son autores «el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente». En ese sentido, como señala Díaz y García Conlledo, es autor quien reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta con otros (coautor), domina el hecho, es decir determina objetiva y positivamente el curso del suceso.¹⁶

En cuanto al autor mediato, si bien éste ha sido concebido originariamente como aquél que realiza el hecho utilizando a otro como instrumento, el tratamiento que el Estatuto otorga a esta figura difiere de esta concepción clásica. Así, al identificar los requisitos clásicos de la autoría mediata precisa Velásquez Velásquez, entre otros, que el dominio del hecho debe tenerlo el hombre de atrás y que el instrumento o ejecutor material debe encontrarse subordinado a éste, por tanto los presupuestos de la punibilidad deben concurrir en el hombre de atrás y referirse solo a él.¹⁷

Antes bien, la concepción de la autoría mediata en el art. 25.3.a del Estatuto («por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable») es más amplia, susceptible no sólo de incluir los supuestos en los que el instrumento o ejecutor actúa atípicamente, de modo justificado o sin culpabilidad, sino también cuando es plenamente responsable. Se admite en consecuencia otra manifestación del dominio mediato del hecho, como la desarrollada por Roxin sobre la base del «dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas».¹⁸ En la

¹⁴ AZABACHE CARACCILO, Cesár. «Delitos contra los Derechos Humanos». En: Series Penales. Lima: IDL, 1991, p. 25.

¹⁵ MAZUELOS COELLO, Julio. Control social y dogmática penal. Sociedad y delito. Lima: San Marcos, 1995, pp. 160ss. GUTIERREZ CONTRERAS, Juan Carlos, Myrna Roxana VILLEGAS DÍAZ. «Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares». En: Varios Autores. Derecho penal: Implicaciones internacionales. Madrid: Colex, 1999, pp. 45-48.

¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en derecho penal. Barcelona: PPU, 1991, p. 691.

¹⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General. 3ª ed. Santa Fe de Bogota: Temis, 1997, p. 615.

¹⁸ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. 6ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 1998, pp. 267-278.

llamada figura del «autor detrás del autor»,¹⁹ el instrumento que ejecuta las órdenes dadas en el marco de un aparato de poder organizado es penalmente responsable a título de autor porque en estricto no le asiste causal alguna de exención de pena.

Pero ello deja intacta la «autoría mediata del hombre de atrás», quien mantiene un dominio del hecho que se funda en la intercambiabilidad o fungibilidad arbitraria de los receptores de la orden, la que conlleva a la ejecución automática de ésta («dominio del hecho por dominio de voluntad»). De esa forma, es también autor mediato quien en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo,²⁰ lo que concuerda con el sentido del art. 25.3.b del Estatuto que sanciona la conducta de quien ordena la comisión del crimen, y con la disposición del art. 28 que, como veremos luego, insta un supuesto de autoría por omisión de los jefes militares o del superior jerárquico.

Ahora bien, la regulación de la coautoría del art. 25.3.a del ECPI es poco clara al vincularse la expresión «Cometa ese crimen [...], con otro», con la alocución «sea éste o no penalmente responsable». Por definición, los coautores realizan de mutuo acuerdo y conjuntamente el hecho punible, son pues requisitos de la coautoría la decisión común del hecho, definido como el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho, y la intervención en la comisión a título de autor.²¹ De ello deriva el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones al plan global comúnmente acordado: todo lo que haga cada uno de los coautores será imputable a todos los demás.

Teniendo en cuenta estos presupuestos, la referencia en el Estatuto a una intervención conjunta en la que alguno de los participantes no es punible, parece limitarse a los casos en donde uno de los intervinientes ejecuta acciones delictivas *de motu proprio*, fuera del acuerdo común, delitos que sólo podrán imputarse a éste por ser ajenos a una realización conjunta dolosa. Si es ésta la orientación adoptada por el ECPI, la previsión de una no responsabilidad en tales casos dentro del art. 25.3.a es inadecuada, «se sitúa a la misma altura conceptos estructuralmente muy diferentes y que por tanto deberían ser tratados en diferentes párrafos o secciones».²²

2.2.2. Inducción, complicidad y «encubrimiento»

En materia de participación criminal, los supuestos contemplados en los lits. b, c y d del art. 25.3 del ECPI, podrían reconducirse a las clásicas formas de instigación, complicidad y encubrimiento.²³ Sin embargo, como ha puesto de relieve Schabas, desde la perspectiva de *common law* existe cierta redundancia entre los apartados b y c del art. 25.3, mientras el lit. b se refiere en la versión española a quien «ordene, proponga o induzca», el lit. c trata de quien «facilite, encubra o colabore de algún modo». En este último apartado se tradujo la palabra *abet* del *common law* como encubrir, cuando originalmente implica mucho más: «incentivar, incitar u ordenar a otro cometer un delito», de modo que comprende todos los comportamientos descritos en el art. 25.3.b.²⁴

Como se mencionó anteriormente, la punición de quien «ordene» en el contexto del art. 25.3.b no se fundamenta en las reglas de la participación delictiva, se trata de un supuesto de autoría mediata comisiva, superflua en este caso porque dicha forma de intervención deriva ya del lit. a *in fine* del art. 25.3. Antes bien, debe entenderse como una disposición complementaria a la responsabilidad por omisión del jefe militar o del superior civil prevista en el art. 28 del ECPI.

¹⁹ ROXIN, Claus. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». Revista Penal. Barcelona: 1997, N° 2, pp. 61-65.

²⁰ Una revisión de las críticas a esta postura puede verse en AMBOS, Kai. «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». Thémis. Lima: 1998, N° 37, pp. 181ss. Vid. también JAKOBS, Günther. «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994-5StR 98/94». Revista de Ciencias Penales. Madrid: 1999, Vol. 2, N° 1, pp. 264ss.

²¹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 745-746.

²² AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 931.

²³ LAURENZO COPELLO, Patricia. Ob. cit., p. 99.

²⁴ SCHABAS, William A. «Principios generales de Derecho penal». En: Ambos, Kai, Oscar Julián Guerrero. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: 1999, p. 288.

La proposición y la inducción a la comisión de un crimen también son punibles conforme al art. 25.3.b, siempre y cuando exista al menos tentativa, lo que descarta todo intento de entender estas disposiciones como casos de adelantamiento de la barrera criminal. Ni la proposición ni la inducción gozan de asidero expreso en el CP peruano, a diferencia por ejemplo del CP español de 1995²⁵, del StGB alemán²⁶ o del CP francés de 1994²⁷ que recurren a fórmulas disímiles.

La cercanía de las regulaciones hispana y germana al contenido de la instigación definida en el art. 24 del texto peruano, parece expresar una concordancia entre los conceptos de inducción e instigación, en el sentido de determinar dolosamente a otro a cometer un hecho antijurídico. Sin embargo, teniendo en cuenta el desarrollo de estos conceptos en el *common law*, la inducción puede entenderse como un «"paraguas" terminológico» que termina por abarcar a la instigación, al comprender toda conducta que conduzca a otra persona a cometer un delito.²⁸ Tal amplitud debe someterse en todo caso a las restricciones que derivan del ECPI, especialmente el elemento de intencionalidad (dolo) exigido por el art. 30, con lo cual la inducción punible será sólo aquella intervención dolosa para conducir a otro a cometer un delito, fórmula cercana al concepto clásico de instigación, de allí seguramente que pueda postularse una equiparación, en el marco del Estatuto, entre instigación e inducción.²⁹

En cuanto a la proposición, el art. 25.3.b del ECPI exige al menos la tentativa del delito propuesto, por ello no puede admitirse la definición del CP español, en cuyo seno la proposición puede entenderse como la tentativa de inducción,³⁰ dicho de otro modo la proposición es un modo de consumación adelantada respecto de la inducción, lo que explica su utilización limitada en la parte especial del Código español. Pero si en la proposición y en la inducción el ECPI exige la tentativa o la consumación y no se quiere admitir una redundancia superflua, podría concretarse la proposición como un supuesto de provocación pública, semejante al tipo de provocación del art. 315 pf. 2 del CP peruano, aunque en el caso de la norma internacional, reitero, se exige por lo menos el comienzo de ejecución. En otras palabras, el art. 25.3.b abarcaría tanto la inducción a un número determinado de personas («inducción»), como la provocación pública («proposición»).

Ahora bien, la jurisprudencia internacional ha sido favorable a admitir formas de participación posteriores a la consumación del crimen, en el caso Tadic la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia declaró en la sentencia de 7 de mayo de 1997 que la complicidad implica «apoyar la actual comisión, antes, durante, o después del incidente» y que el cómplice será responsable de todo aquello que naturalmente resulte de la comisión del acto en cuestión,³¹ siguiendo con ello la teoría inglesa de la «*concerned in the killing*».³²

Esta orientación no es de recibo en los sistemas de tradición romano-germánica, en los que la complicidad se admite sólo hasta el momento de la consumación,³³ aclarándose que cualquier promesa previa de auxilio posterior al hecho debe reputarse como mera complicidad síquica³⁴ o intelectual por haberse alentado el hecho.³⁵ En sistemas como el nuestro, la responsabilidad por actos ulteriores a la consumación formal del delito puede operar sólo a título de encubrimiento, concebido no como una modalidad de la participación delictiva sino como injustos autónomos regulados en la parte especial, como se aprecia por ejemplo en los tipos de

²⁵ Art. 17.2: «La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a cometerla».

Art. 28: «También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlos».

²⁶ «§ 26 Igual que el autor será castigado el inductor. Inductor es quien haya determinado dolosamente a otro a cometer un hecho antijurídico doloso».

²⁷ Art. 121-7. «[...] También son cómplices quienes, por medio de dádiva, promesa, amenaza, orden, o bien abuso de autoridad o de poder, hayan inducido a otro o le hayan dado instrucciones para que se cometa la infracción».

²⁸ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 932.

²⁹ SCHABAS, William A. Ob. cit., p. 290.

³⁰ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. 5ª ed. Barcelona: PPU, 1998, p. 404.

³¹ Prosecutor vs. Tadic (Case IT 94-I-AR72), pf. 692.

³² AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 933.

³³ MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 410. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general. 3ª ed. Lima: Grijley, 1997, p. 354. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho penal. Parte general. Lima: Santa Rosa, 2000, p. 332.

³⁴ JAKOBS, Günther. Parte general. Ob. cit., p. 815.

³⁵ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho penal. Parte general. 2ª ed. Lima: Eddili, 1987, p. 545.

encubrimiento real y personal de los arts. 404 y 405 del CP peruano, en los que la sanción del encubridor no depende de la que pueda imponerse al autor del delito previo. Esta es en cierto modo la tendencia del ECPI, como puede apreciarse en la tipificación como delitos contra la administración justicia (art. 70.1) de determinadas manifestaciones de encubrimiento.

Se ha sostenido que el ECPI no ha resuelto claramente esta cuestión en los apartados b y c del art. 25.3.³⁶ Pero no debe olvidarse la limitación fáctica que introduce el lit. c a las formas de complicidad, encubrimiento y colaboración, éstas deben significar una contribución objetiva «en la comisión o la tentativa de comisión del crimen». En el plano subjetivo, el partícipe debe tener el «propósito de facilitar la comisión de ese crimen», lo que implica una exigencia generalmente más estricta que el mero conocimiento.³⁷ Estas condiciones permiten entender entonces que la participación punible es sólo la que se realiza desde los actos preparatorios («incluso suministrando los medios para su comisión») hasta la consumación, pasando por el momento de la ejecución delictiva.

El encubrimiento del art. 25.3.c del Estatuto debe entenderse dentro de tales márgenes y no como una forma especial de intervención posterior al hecho. La distancia entre ésta concepción y el sentido que se dispensa al encubrimiento en la doctrina penal hispana, puede deberse únicamente a su asimilación con la palabra *abet* de la versión en inglés, entendida ampliamente, según se advirtió, como «incentivar, incitar un ordenar», o sea para denotar modalidades de instigación delictiva o casos de complicidad intelectual o síquica que muchas veces han sido calificadas como encubrimiento.³⁸

Por lo demás, puede interpretarse que el art. 25.3.c del ECPI es permeable a las clases de complicidad, primaria («sea cómplice») y secundaria («colabore de algún modo»), reconocidas en los pfs. 1 y 2 del art. 25 del CP peruano. Ello es compatible con la concepción amplia de la complicidad en la jurisprudencia penal internacional y la no exigencia de un grado cuantitativo de ayuda, al no recogerse la exigencia de una intervención «directa y sustancial» como la prevista por la Comisión de Derecho Internacional en el art. 2.3.d del Código de Crímenes Contra la Paz de 1996.³⁹ No obstante, tal amplitud se ve limitada por los principios de culpabilidad y responsabilidad individual que subyacen al ECPI, por lo que es de exigirse que la responsabilidad de cada participante se determine individualmente sobre la base de su contribución de hecho al crimen, excluyéndose formas de responsabilidad solidaria o vicarial.⁴⁰

2.2.3. Contribución al crimen colectivo

Tomando en cuenta el modelo de la Convención Internacional para la Supresión de los Atentados Terroristas,⁴¹ el art. 25.3.d del Estatuto criminaliza cualquier otra contribución intencional a la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

El ECPI no tipifica expresamente la conspiración para delinquir, que en el sistema del *common law* equivale al acuerdo de dos o más personas para cometer un delito, independientemente de la tentativa o consumación. Una solución similar a la del *common law* puede observarse por ejemplo en el art. 317 del CP peruano que sanciona como delito la asociación ilícita previendo inclusive una agravante cuando está destinada al genocidio, mientras que textos como CP español de 1995 (art. 17.1) prevén la conspiración como una forma de participación delictiva en la parte general.

Lo cierto es que la construcción del art. 25.3.d del Estatuto impide apreciar, en rigor, un supuesto de conspiración, se trata apenas de la contribución «de algún otro modo» al crimen colectivo. La necesidad de que exista tentativa cuando menos excluye la sanción de un mero acto preparatorio, por lo que nos encontramos ante un supuesto de complicidad

³⁶ SCHABAS, William A. Ob. cit., p. 290.

³⁷ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 932.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 410.

³⁹ SCHABAS, William A. Ob. cit., p. 289.

⁴⁰ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 933.

⁴¹ Anexo, art. 2.3, U.N. Doc. A/RES/52/164 (1998).

innecesariamente previsto pues ya está abarcado por la generalidad del apartado b del art. 25.3 del ECPI.⁴²

2.2.4. Responsabilidad por omisión del jefe militar y del superior civil

El art. 28 del ECPI establece el llamado principio de «responsabilidad de mando», reconocido ya en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso del General Tomoyuki Yamashita⁴³ y, posteriormente, en el Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra de 1948 (art. 86.2) y luego en los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia (art. 7.3) y Ruanda (art. 6.3), donde se estableció que la ejecución de un crimen por un subordinado «no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron».

A diferencia de sus antecedentes, el Estatuto de Roma otorga un tratamiento distinto al jefe militar (num. 1) y al superior civil (num. 2) en el art. 28, principalmente por razones vinculadas al grado de conocimiento o cognoscibilidad exigible para la responsabilidad penal. Sin embargo, en el plano estrictamente objetivo existe una semejanza estructural en cuanto al fundamento de dicha responsabilidad, en ambos casos se trata de la omisión de un deber de garante respecto de los actos del subordinado.

En esa línea de ideas, tanto en el caso de jefes militares como de superiores civiles, el art. 28 del Estatuto fundamenta la responsabilidad «en razón de no haber ejercido un control apropiado», sobre las fuerzas bajo su mando o subordinados, según el caso. La asunción de una concepción material del deber de garante se observa en el art. 28.1, no sólo se prevé la responsabilidad del jefe militar formalmente reconocido sino también de quien ejerce de facto dicha jefatura –como en los grupos paramilitares y grupos armados organizados no gubernamentales–⁴⁴, y en ambos casos se requiere un control efectivo de las fuerzas bajo el mando o autoridad. De forma similar, el apartado 2 del art. 28 limita la responsabilidad del superior civil a los casos en que ejerce autoridad y control efectivo sobre los subordinados, pero se exige además en el lit. b que los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo, exigencia quizás superflua porque ante actividades que no le competen no podrá observarse un efectivo control y autoridad sobre los subordinados.

En ese sentido, la posibilidad de control configura la base legal y legítima sobre la que descansa la responsabilidad del superior, lo que justifica su deber de intervención –deber de garante– y, finalmente, implica a juicio de Ambos la «equivalencia moral entre la falta de evitación del daño y la causación activa del mismo».⁴⁵ No se trata en consecuencia de un supuesto de responsabilidad vicaria o solidaria del superior, sino de hechos imputables a éste por la violación del deber de control de los subordinados, similar a los casos de «deber de control de una fuente de peligro por conducta de tercero», reconocidos en la doctrina hispano-germana⁴⁶ y abarcados dentro del marco del art. 13 del CP peruano que establece una fórmula general de omisión impropia o comisión por omisión.⁴⁷ En estas formas de omisión, como precisa Jescheck, es decisiva la idea de que la colectividad, teniendo en cuenta la ya existente posición de autoridad y control, confía en que el obligado domine los peligros provenientes de la persona que hay que vigilar.⁴⁸

Ahora bien, la omisión típica se concreta conforme al art. 28 apartados 1.b y 2.c, en la no adopción de las «medidas necesarias y razonables a su alcance», bien sea para prevenir o

⁴² LAURENZO COPELLO, Patricia. Ob. cit., p. 99.

⁴³ United States of America vs. Yamashita, en: In re Yamashita, 327 U.S. 1 (1945).

⁴⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia. Ob. cit., p. 99, n. 49.

⁴⁵ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 939.

⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho penal. Parte general. Granada: Comares 1993, p. 571. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 317. Específicamente en el caso de funcionarios públicos, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición». Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima: 2000, N° 9, pp. 389ss. MONTROYA VIVANCO, Yván. El delito de tortura en el Perú. Lima: IDL, 1998, p. 21.

⁴⁷ PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 535.

⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 571.

reprimir la comisión de los correspondientes crímenes o, en su caso «para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».⁴⁹ Si el crimen aún no se ha consumado, por ser inminente o hallarse en curso, no se establece el deber de evitar el resultado criminal, es suficiente desplegar los medios necesarios para prevenirlo en el sentido de ejercer el debido control sobre los subordinados, por lo que en estricto nos encontramos fuera de los casos típicos de una comisión por omisión, en la que hace falta observar una identidad estructural entre la acción y la omisión.⁵⁰ Tampoco podría sostenerse que se trata de meros supuestos de omisión pura o propia, más bien tipificados frente a crímenes consumados y donde surge el deber de persecución y sanción o de dar aviso a la autoridad.

El art. 28 del ECPI reprime de hecho situaciones en las que la omisión del deber de control equivale a la realización comisiva del crimen, por ejemplo cuando el superior tiene pleno conocimiento de las atrocidades cometidas por sus tropas. Aquí inclusive se ha puesto en duda la legitimidad de la responsabilidad del mando porque la delimitación entre una actuación omisiva y la participación es vaga, como en el caso Karadzic y Mladic,⁵¹ sugiriéndose en todo caso una prevalencia de la responsabilidad por comisión sobre la omisiva (principio de subsidiaridad) cuando las diferentes formas de conducta se hallan temporal y subjetivamente interrelacionadas.⁵²

Sin embargo, puede interpretarse que muchos de los casos vinculados a la prevención de crímenes mediante el debido control en el ECPI se asemejan a los denominados delitos de «omisión pura de garante» u «omisiones puras cualificadas», entendidos como omisiones intermedias, más graves que la omisión pura pero que no alcanzan la equivalencia con la comisión activa de los tipos de comisión por omisión.⁵³ Así puede suceder en los casos de conocimiento no actual pero actualizable, por ejemplo cuando el jefe militar debió saber que las fuerzas estaban cometiendo crímenes o se proponían a hacerlo (art. 28.1.a), cuando el debido control no era idóneo para evitar el crimen aunque si su gravedad, o si la omisión equivale a una contribución no esencial al crimen. En todos estos casos en los que está ausente una identidad estructural entre la acción y la omisión, la responsabilidad del mando deber ser atenuada sobre la base de reglas de estricta proporcionalidad y exclusión de la responsabilidad objetiva.

Un aspecto conflictivo en la responsabilidad de mando radica en la condiciones para la imputación subjetiva, mientras para el art. 28.1.a basta que el jefe militar «Hubiere sabido o [...] hubiere debido saber», el art. 28.2.a requiere que el superior civil «Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información». Este tratamiento disímil se originó en la propuesta de Estado Unidos a fin de limitar la responsabilidad del superior sólo a los casos de conocimiento actual de los crímenes de los subordinados, la misma que fue finalmente matizada con el planteamiento de Canadá, Alemania y Argentina, reemplazándose la fórmula que abría paso a la admisión de la negligencia del mando civil por la actualmente en vigor («caso omiso de información»)⁵⁴.

Existe claridad en torno a que el jefe militar responde por dolo directo («hubiere sabido») y dolo eventual («hubiere debido saber»), pero es aún discutible si ésta última expresión abarca a su vez los casos de imprudencia,⁵⁵ tesis que se vería avalada por el progresivo reconocimiento de una identidad estructural a nivel del tipo objetivo entre el ilícito doloso y el imprudente.⁵⁶ Pero de ese modo se estaría criminalizando por igual supuestos de dolo y culpa, además desde el punto de vista político criminal no se entendería porqué un Estatuto dirigido a reprimir «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» (art.

⁴⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia. Ob. cit., p. 99.

⁵⁰ REBOLLO VARGAS, Rafael. «Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código Penal español». En: Varios Autores. El nuevo Derecho penal español. Pamplona: Aranzadi, 2001, pp. 660ss.

⁵¹ Prosecutor vs. Karadzic y Mladic, sentencia de la Sala de Juicio de 17 de julio de 1995, pfs. 84, 94.

⁵² AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 939.

⁵³ Sobre estas formas de omisión, Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «La regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal español (artículo 11)». Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima: 1999, pp. 601-602.

⁵⁴ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., pp. 937-938.

⁵⁵ Admite la responsabilidad imprudente SCHABAS, William A. Ob. cit., p. 298.

⁵⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. «La imputación objetiva en los delitos imprudentes». Revista Derecho. Piura: 2000, Vol. I, pp. 195ss.

5.1 del ECPI) debe contemplar comportamientos que no se orientan expresamente a la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico.⁵⁷

En todo caso se reconoce que determinados crímenes del Estatuto exigen necesariamente una actuación dolosa, como el genocidio donde se precisa la especial intención de destruir el grupo (art. 6), tanto en los casos de mando civiles como de militares. Pero menos claro es el criterio de consenso que fija el art. 28.2.a para los mandos civiles, se criminaliza la omisión dolosa («Hubiere tenido conocimiento»), sin reinar acuerdo sobre la interpretación como configuración dolosa o culposa del texto «deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos».

Mientras un sector entiende que con ello se intensifica el requisito del conocimiento y por ende del dolo,⁵⁸ se ha entendido también que se asume aquí la doctrina del *common law* y de los juicios sobre crímenes de guerra consistente en «meter la cabeza debajo del ala» o del «ciego voluntario», en virtud del cual se establece una condición menos exigente que el dolo aunque mayor que la culpa, entre el conocimiento y la imprudencia. Pero con ello se hace más difícil la acusación y se ignora el sentido de la actual jurisprudencial penal internacional de los Tribunales de Ruanda y la ex-Yugoslavia sobre la responsabilidad de superiores civiles.⁵⁹

2.3. Regulación de la tentativa y formas de ejecución adelantada

2.3.1. La tentativa y el desistimiento

Puede entenderse que el ECPI considera como regla general que la responsabilidad criminal surge desde la tentativa y que los actos preparatorios son impunes. Ello se deduce del art. 25.3.f, según el cual puede sancionarse a quien «Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad».

De esta forma, es posible concluir que la responsabilidad penal requiere necesariamente del denominado «inicio de la ejecución», definido según el ECPI como la realización de actos que supongan un paso importante en la ejecución del crimen.⁶⁰ Como corolario de lo anterior, la etapa externa de preparación queda fuera del ámbito de criminalización del ECPI, al igual que la participación criminal en actos que no han llegado al estadio de ejecución.

En el Derecho penal español y alemán se considera que hay tentativa «cuando el autor de manera dolosa da comienzo a la ejecución del tipo penal, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad».⁶¹ Sin embargo, como puntualiza Ambos, en la interpretación del Estatuto sigue siendo problemática la determinación del concepto de «inicio de ejecución».⁶²

Frente al debate entre la teoría objetiva y subjetiva sobre el inicio de ejecución,⁶³ en el Derecho hispano se asume por lo general una postura objetivo-subjetiva, según la cual debe tomarse en consideración el plan del autor, pero valorándolo desde el criterio objetivo de la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la inmediatez temporal, es decir «cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o alguno de los elementos del

⁵⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia. Ob. cit., p. 99.

⁵⁸ SCHABAS, William A. Ob. cit., p. 300.

⁵⁹ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 938.

⁶⁰ Íd., p. 936.

⁶¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 589.

⁶² AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 936.

⁶³ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona: Praxis, 1999, pp. 278-279. La teoría objetiva se caracteriza por analizar los hechos desde el enfoque de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera que los actos por él ejecutados reflejen el peligro para un bien jurídico y consecuentemente el dolo con que se ejecuta la acción. Así, es el hecho mismo el que se valora quedando al margen la perspectiva del plan del autor. Por el contrario, la teoría subjetiva delimita el comienzo de ejecución tomando como guía el propio plan del autor, para establecer si éste ha tomado ya la decisión de ejecutar el hecho y comprobar si el acto efectivamente realizado representa ya un peligro para el bien jurídico.

tipo».⁶⁴ Esta perspectiva es compatible con el sentido del art. 16 del CP peruano, según el cual «En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo».

La no exigencia expresa de inmediatez en la norma nacional, como si se deduce directamente del §22 del StGB (CP alemán) o del art. 16.1 del CP español, parecería acercar su contenido a la definición del art. 25.3.f del ECPI, según la cual no hace falta que el delito se ejecute en parte –realizar uno o más elementos del delito–⁶⁵, sino realizar «actos que supongan un paso importante para su ejecución». La ausencia del requisito expreso de inmediatez en nuestra norma no ampara sin embargo la sanción de actos preparatorios o pertenecientes a la denominada «fase intermedia» –entre la preparación y la ejecución–, con ello se estaría renunciando a un Derecho penal de la lesividad y contrariando el sentido del art. 16 del CP que exige «comienzo de ejecución», es decir el ejercicio actual y no futuro de actos ejecutivos, con lo cual la inmediatez parece erigirse como una condición implícita que subyace a la norma peruana. En consecuencia, el concepto de tentativa del ECPI no sólo abarca sino que parece superar al previsto en el art. 16 del CP.

El ECPI permite identificar las formas de tentativa acabada e inacabada, así como el desistimiento y la interrupción accidental, lo que es compatible con las normas del CP peruano. La regulación del desistimiento en el art. 25.3.f permite diferenciar la tentativa inacabada («quien desista de la comisión de crimen») y la acabada («o impida de otra forma que se consuma»). La interrupción accidental fluye directamente de la expresión «aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad» de la citada norma del Estatuto. Como en el caso del CP peruano, el ECPI considera punibles la tentativa acabada e inacabada interrumpidas accidentalmente, aunque a diferencia del art. 16 de texto nacional, no prevé la opción de atenuar la pena en tales casos, pese a lo cual la reducción puede operar en el ámbito de la individualización judicial de la pena en virtud del menor disvalor de resultado de la tentativa frente al hecho consumado.

También como se aprecia en el art. 18 del CP peruano, se otorga en el ECPI efecto eximente al desistimiento, en tentativa inacabada y acabada como se mencionó. Para ello, el art. 25.3.f *in fine* del Estatuto establece dos requisitos acumulativos, desde el punto de vista objetivo es preciso que el desistimiento sea eficaz, es decir que el crimen no se consume, tanto porque el sujeto no sigue adelante con su ejecución o porque desarrolla otras medidas para evitarlo. A su vez, subjetivamente hace falta, que el autor renuncie íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

Como explica Lorenzo Copello,⁶⁶ la exigencia objetiva esta vinculada a la efectiva evitación del hecho, lo que a su juicio permite en los casos de codeinuencia sancionar a quien actuando como integrante de un grupo renuncia voluntaria y definitivamente a la realización de hechos típicos, pero sin evitar la consumación, lo que se condice con la naturaleza grave de los crímenes internacionales. La exención de pena en tales casos requeriría de una norma expresa como el art. 16.3 del CP español o el art. 18 del CP peruano, en los que basta el intento serio, firme y decidido de evitar el resultado.

2.3.2. La instigación al genocidio

Ahora bien, el art. 25.3.e establece una excepción a la impunidad de los actos preparatorios, en los casos de genocidio se sanciona la «instigación directa y pública» a su comisión, lo que concuerda con el art. III.c de la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio de 1948 ratificada por el Estado peruano.⁶⁷ Tal orientación es compatible a su vez con el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con el art. 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, ratificados por Perú, que prohíben toda forma de incitación a la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por motivos raciales, religiosos, de origen nacional, entre otros.⁶⁸

⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 339.

⁶⁵ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 936.

⁶⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia. Ob. cit., p. 98, n. 40.

⁶⁷ GIL GIL, Alicia. Derecho Penal Internacional. Madrid: Técno, 1999, pp. 325-327.

⁶⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. Marco jurídico de la libertad de prensa en el Perú. Lima: Ipsy, 2001, pp. 11-12.

El Estatuto prevé una fórmula de ejecución adelantada, en la que el acto semejante a una participación delictiva previa al comienzo de ejecución, se eleva a la categoría de crimen consumado.⁶⁹ Este adelantamiento de la barrera criminal no ha sido valorado homogéneamente en la doctrina penal, para un sector se trata de la tipificación de una conducta éticamente reprochable, pero carente del mínimo contenido de peligro necesario para justificar la intervención penal.⁷⁰ Además, como destaca Schabas, si bien se planteó ampliar la incitación consumada para los restantes crímenes del Estatuto, ello no prosperó principalmente por argumentos vinculados a la libertad de expresión.⁷¹

A diferencia del instigador-partícipe, no es necesario determinar en alguien la decisión de cometer o intentar cometer el delito –como se exige por ejemplo en el art. 24 del CP peruano–, pero es de resaltar que la exigencia de una instigación «directa» implica una injerencia o sugestión más meticulosa. Basta para la sanción que se incite directa y públicamente a cometer el genocidio, aún cuando no se ejecute, con lo que se abandona el principio de accesoriadad limitada que preside los lits. b, c y d del art. 25.3 del ECPI.⁷²

Como veremos más adelante, el CP peruano no regula expresamente la instigación pública a cometer el delito de genocidio, pero criminaliza con carácter general la apología del delito en el art. 316, mientras que la provocación pública únicamente para los delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas. A su vez, en concordancia con el art. III.b de la Convención contra el genocidio,⁷³ el CP establece otra forma de ejecución adelantada especial para el caso del genocidio no prevista en el ECPI, la asociación ilícita del art. 317 pf. 2, como circunstancia agravante del tipo básico descrito en el pf. 1 y dentro de los delitos contra la tranquilidad pública,⁷⁴ es decir al margen de una regulación específica de los delitos contra los Derechos Humanos.

2.4. Elementos del tipo subjetivo

2.4.1 El «elemento de intencionalidad» y elementos distintos del dolo

El art. 30 del ECPI condiciona la responsabilidad a la intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. La propia norma excluye esta regla cuando existe una disposición contraria, como sucede en los casos de responsabilidad imprudente del jefe militar del art. 28,⁷⁵ lo que expresa una tipificación de la culpa según la técnica de los *numerus clausus*, semejante a la prevista en el art. 12 pf. 2 del CP peruano. En tal sentido, si no se hace referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el art. 30.⁷⁶

La exigencia expresa de «intención y conocimiento» parece establecer un importante distanciamiento respecto de la forma como se viene concibiendo el dolo en la doctrina hispano-germana. No es del todo convincente que el Estatuto recurra al clásico elemento volitivo o de intención para diferenciar las conductas dolosas y las que, adoleciendo de tal requisito, se constituyan en negligentes, precisamente por el poco consenso doctrinal que esta concepción tiene en la actualidad.⁷⁷ Es así que actualmente se ha puesto en tela de juicio el papel de la voluntad como dato distintivo del comportamiento doloso, como precisa Ragués i Vallès la

⁶⁹ Vid. AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 935, para quien normalmente la diferencia entre una forma ordinaria de complicidad –como la instigación– y la instigación a que se refiere el art. 25.3.e del ECPI radica en que la primera se encuentra dirigida especialmente a cierta persona o grupo de personas en particular, mientras que la última se dirige al público en general.

⁷⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia. «Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia». En: Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, pp. 260ss.

⁷¹ SCHABAS, William A. Ob. cit., p. 291.

⁷² AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 935.

⁷³ GIL GIL, Alicia. Ob. cit., pp. 323-324.

⁷⁴ En ese sentido, la sentencia de la Corte Suprema de 05-04-99, R.N. N° 492-99.

⁷⁵ Vid. supra 2.2.4.

⁷⁶ PCNICC/2000/1/Add.2. Nueva York 2000, p. 6.

⁷⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia. Dolo y Conocimiento. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 189.

concepción de la voluntad como fundamento del dolo «ha sido abandonada –explícita o tácitamente– por la mayor parte de la doctrina».⁷⁸

Actualmente un sector de la doctrina alemana y española concreta el dolo mediante la renuncia al elemento volitivo (voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo). Este se circunscribe en los delitos de resultado, conforme a la teoría del riesgo, al sólo conocimiento del peligro concreto, no dominable o controlable por el autor, creado a través de su comportamiento ilícito.⁷⁹ De allí que obra con dolo quien conoce el peligro típico, mientras que actúa imprudentemente el que no se representa el peligro de su acción o se lo representa pero, debido a una errónea apreciación, no lo considera un peligro concreto.⁸⁰ Desde este punto de vista, lo que el sujeto «espere», «confíe» o «desea» carece de relevancia cuando se prueba que sabe que está realizando la conducta típica o, respecto del resultado, la ha previsto.⁸¹ Con esta teoría cognitiva se supera pues la diferencia entre culpa conciente y dolo eventual, se limita el ámbito de la culpa sólo a la inconsciente y el dolo eventual se erige como mero conocimiento de la probabilidad de afectación del bien jurídico, pero además se resta ya importancia a la diferencia entre las clases de dolo.⁸²

Pero una concepción cognitiva del dolo parece ajena al sentido del art. 30 del ECPI, si la intención se refiere a una mera conducta el sujeto debe querer el comportamiento incriminado (num. 2.a), pero respecto de la consecuencia provocada debe querer causar el resultado o ser conciente de que se producirá según el curso normal de los acontecimientos (num. 2.b). En relación al conocimiento, el art. 30.3 lo cifra en la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.

Como aprecia Lorenzo Copello, esta versión amplia de la «intencionalidad» permite abarcar no sólo al autor que obra con el fin de conseguir el resultado típico (dolo directo), sino también a aquél que, sin proponerse tal efecto lesivo, lo prevé como consecuencia segura (dolo de consecuencias necesarias) o posible de su acción (dolo eventual).⁸³ Sin embargo, una tal admisión de prácticamente todas las clases de dolo directo –de primer y segundo grado o de consecuencias necesarias– y eventual, es aún discutible si se toma en cuenta el desarrollo de estas categorías en el *common law*.

La duda reside especialmente en cuanto a la exigencia subjetiva respecto de resultados, un sector de la doctrina es favorable a la exclusión del dolo eventual en los supuestos del art. 30.2.b, allí el autor no es conciente del resultado o consecuencia sino tan sólo de su posibilidad.⁸⁴ De modo parecido se ha planteado la exclusión de los casos intermedios entre la culpa conciente y el dolo eventual, esto es, de la llamada *recklessness*⁸⁵ o elección conciente de correr un «riesgo sustancial e injustificado» que la conducta del sujeto convertirá en un elemento material del delito en cuestión.⁸⁶ En tales supuestos tampoco se estaría conciente que la producción del resultado tendrá lugar como precisa el apartado 2.b del art. 30.

⁷⁸ RAGUÉS I VALLE, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: Bosch, 1999, p. 18.

⁷⁹ Con diversos matices, FRISCH, Wolfgang. Vorsatz und Risiko. Köln: 1983, pp. 97ss. JAKOBS, Günther. Parte general. Ob. cit., pp. 312ss. PUPPE, Ingeborg. Vorsatz und Zurechnung. Heidelberg: 1992, pp. 71, 74. BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho penal. Parte general. 4ª. Madrid: 1997, pp. 224ss. LAURENZO COPELLO, Patricia. «El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». En: El DP español de fin de siglo y el DP latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo. Bogotá: 1999, pp. 174ss. Dolo y conocimiento. Ob. cit., passim. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Ob. cit., pp. 357ss. «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: 1996, pp. 795ss. FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo. «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo». Cuaderno de Política Criminal. Madrid: 1998, N° 65, pp. 269ss. CORCOY BIDÁSULO, Mirentxu. «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: 1996, pp. 289ss. En Perú, GARCÍA CAVERO, Percy. «Consideraciones críticas a la reforma penal de los delitos concursales». Cathedra. Lima: 1999, N° 5, pp. 241-242. Críticamente, ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. T. I. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997, pp. 440ss.

⁸⁰ CORCOY BIDÁSULO, Mirentxu. Ob. cit., p. 297. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992, p. 401.

⁸¹ FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo. Ob. cit., pp. 279ss.

⁸² BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., pp. 230-232.

⁸³ LAURENZO COPELLO, Patricia. «Hacia la Corte Penal Internacional». Ob. cit., p.100.

⁸⁴ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 940.

⁸⁵ Íd.

⁸⁶ FLETCHER, George P. Conceptos básicos de Derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 176.

Esta interpretación restrictiva del elemento de intencionalidad no siempre ha sido admitida en la jurisprudencia penal internacional, en la sentencia del Tribunal para la antigua Yugoslavia de 16 de noviembre de 1998 relativa al caso Celebici, se entendió la *recklessness* como un caso de actuación intencional. Antes bien, circunscribir el castigo a la exigencia de dolo directo de primer grado puede conducir a impunidades poco satisfactorias y a que, precisamente para evitar tales soluciones, los tribunales entiendan muy flexiblemente el concepto de «intención».⁸⁷ En esa perspectiva puede cobrar relevancia una interpretación de la intencionalidad bajo los parámetros de la postura cognitiva del dolo, en cuyo caso no hará falta un conocimiento en términos de certeza sino tan sólo de la probabilidad del resultado, en el sentido de conciencia del peligro concreto de su realización. Si la «existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso»,⁸⁸ es entonces posible objetivar el concepto de dolo aplicable al ECPI.

No es controvertida la equiparación en el apartado 3 del art. 30 del conocimiento con las expresiones «a sabiendas» y «con conocimiento», utilizadas por ejemplo en la responsabilidad de jefes militares (art. 28.1.a) o en los crímenes de lesa humanidad (art. 7.1), respectivamente. Hace falta todavía establecer el sentido de la intención general de delinquir o de la intención específica utilizada en las definiciones del genocidio (art. 6 *ab initio*) o del embarazo forzado (art. 7.1.g, 2.f), lo mismo que las palabras «voluntaria», «voluntariamente» y «sin motivo», usadas a lo largo del Estatuto.⁸⁹

Estos vacíos no han merecido una atención adecuada en el Proyecto de texto definitivo sobre los elementos del crimen, que apenas aclara que en los elementos de intencionalidad relacionados con juicios de valor («inhumanos», «graves»), no es necesario que el autor haya realizado un juicio personal de valor, a menos que se indique otra cosa.⁹⁰ En todo caso hace falta aclarar que muchos de los aspectos tratados en el Proyecto como elementos de intencionalidad⁹¹ pueden interpretarse más bien como elementos subjetivos diferentes del dolo, por ejemplo en el delito de genocidio del art. 6 la «intención de destruir total o parcialmente a un grupo» no conforma el dolo sino un elemento de tendencia interna trascendente⁹², el delito no se consuma con la destrucción del grupo sino con la realización objetiva de cualquiera de las conductas descritas en los apartados a, b, c, d y e, siempre que se obre con dolo y con la especial intención de lograr la futura destrucción.

2.4.2. El error de hecho y el error de derecho

Siguiendo estrictamente el modelo del *Common Law*, el art. 32 del ECPI diferencia los casos de error de hecho (*mistake of fact*) y error de derecho (*mistake of law*). Según el apartado 1 el error de hecho exime de responsabilidad siempre que haga desaparecer el elemento de intencionalidad. El error de derecho, conforme al apartado 2 y especialmente con relación a la competencia de la Corte, es irrelevante⁹³ salvo que elimine el elemento de intencionalidad, en cuyo caso tiene también efecto eximente.

No se acude a los criterios de error de tipo y error de prohibición que reconoce nuestro CP⁹⁴, el error es admisible en el Estatuto sólo si excluye la *mens rea*⁹⁵ o intencionalidad. De ese modo, se limita su relevancia jurídico penal a los casos en donde la ignorancia o falsa representación se vinculan a algún elemento del tipo delictivo, con lo que se restringe el ámbito del error de prohibición a los supuestos estructuralmente semejantes al error de tipo, esto es cuando la falta

⁸⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «El Tribunal Penal Internacional». Ob. cit., p. 6, n. 57.

⁸⁸ PCNICC/2000/1/Add.2. Ob. cit., p. 6.

⁸⁹ SHABAS, William A. Ob. cit., pp. 302-303.

⁹⁰ PCNICC/2000/1/Add.2. Ob. cit., p. 6.

⁹¹ Por ejemplo en materia de genocidio y embarazo forzado, Íd. pp. 7, 14.

⁹² GIL GIL, Alicia. Derecho penal internacional. Ob. cit., pp. 178ss.

⁹³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «El Tribunal Penal Internacional». Ob. cit., p. 4.

⁹⁴ Sin embargo, partiendo de categorías semejantes dentro del CP español, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error». En: Varios Autores. Cuestiones actuales de la teoría del delito. Madrid: Mc Graw Hill, 1999, pp. 83ss., advierte sobre la vuelta a la distinción entre error de hecho y error de derecho en relación al dolo, especialmente en la dogmática alemana a propósito de los aportes de Burkhardt y Kindhäuser.

⁹⁵ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 946.

de conciencia de la ilicitud repercute sobre la conciencia de realización del tipo, por ejemplo en el error de prohibición indirecto sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación⁹⁶ que, para un sector importante califica más bien como error de tipo negativo.⁹⁷ Como ilustra Ambos, al soldado que comete un crimen de guerra a causa de una agresión putativa contra su vida, incurre en un error de tipo de permisón, debiendo admitirse la ausencia de responsabilidad por error de hecho.⁹⁸

Por lo demás, el art. 32 del ECPI otorga relevancia al error de derecho en los casos del art. 33, es decir cuando existe una errónea valoración sobre la licitud de la orden del superior o del gobierno,⁹⁹ pero ello no cubre suficientemente los casos en los que, dentro del *Common Law*, se admite la relevancia del *mistake of law*,¹⁰⁰ entre los que se encuentran casos de error sobre una causa de exculpación que elimina la imputabilidad o culpabilidad, o sobre normas de justificación en general. De allí que sea previsible que en la aplicación de las reglas del error se recurra, en virtud del art. 21.1.c del Estatuto, a los principios generales de la ley nacional a fin de ampliar los supuestos de errores relevantes.¹⁰¹

3. TRATAMIENTO DE LOS CRÍMENES DEL ESTATUTO EN EL DERECHO PENAL PERUANO

3.1 Ideas preliminares

Los crímenes cuyo juzgamiento es de competencia de la CPI, se contemplan a partir del art. 5 del Estatuto, del universo de posibles infracciones al Derecho Internacional, se contempla un catálogo básico cuyo común denominador radica en su gravedad para la comunidad internacional, por significar una violación flagrante de normas de *ius cogens*.¹⁰²

Se describen en ese sentido los delitos de genocidio (art. 6), de lesa humanidad (art. 7) y los crímenes de guerra (art. 8). El art. 9 del ECPI estableció que los llamados «elementos del crimen», es decir la explicación sobre las condiciones de Parte Especial a tenerse en cuenta en la interpretación de los tipos penales, sería aprobada por la Asamblea de los Estados Partes, contándose a la fecha con un Proyecto de texto definitivo.¹⁰³ Adicionalmente, el art. 5.2 extiende la competencia de la Corte a los crímenes de agresión, aunque la condiciona a la aprobación de una disposición que defina los alcances de este ilícito, según los procedimientos previstos en los arts. 121 y 123.

Sin embargo, el ECPI no ha tipificado como crímenes internacionales otras infracciones graves que, a juicio de diversos sectores de la comunidad jurídica internacional, también merecen la máxima reprobación, como la amenaza de agresión, la intervención, el empleo de armas

⁹⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia. «Hacia la Corte Penal Internacional». Ob. cit., p. 100.

⁹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Honor y libertad de expresión. Madrid: Civitas, 1987, pp. 28-29. MIR PUIG, Santiago. «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español». La Ley. Madrid: 1991, T. I., p. 1030-1031. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «¿Error de tipo o error de hecho?». En: Varios Autores. El nuevo Derecho penal español. Pamplona: Aranzadi, 2001, pp. 225-227.

⁹⁸ AMBOS, Kai. «Sobre el fundamento de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma». Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima: 2000, N° 9, p. 55.

⁹⁹ SHABAS, William A. Ob. cit., pp. 312-313.

¹⁰⁰ FLETCHER, George F. Ob. cit., pp. 247-248.

¹⁰¹ AMBOS, Kai. «Principios generales». Ob. cit., p. 947.

¹⁰² Como precisan NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. Las obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, 2000, p. 83, «Si aplicamos este concepto a los tratados de derechos humanos observamos que los principales instrumentos internacionales en esta materia distinguen en su interior un grupo de normas mínimas no suspendibles en ninguna circunstancia ni lugar. Estas normas constituirían un verdadero *núcleo duro* de derechos humanos, absolutos e inderogables, que adquieren, desde un punto de vista jurídico, el valor de *ius cogens* o de normas imperativas de la Comunidad Internacional (en la medida que no admiten pacto en contra en ningún supuesto) y también, desde una perspectiva más amplia, el carácter de *aspiración ética* del mundo de nuestros días».

¹⁰³ PCNICC/2000/1/Add.2. Ob. cit. AMBOS, Kai. «"Elementos del crimen" así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional». La Ley. Madrid: 2000, N° 5212, pp. 1-4.

nucleares o biológicas, el terrorismo internacional, el tráfico de drogas, los delitos ambientales, el reclutamiento de mercenarios, la criminalidad organizada en general, entre otras.¹⁰⁴

En todo caso, el tratamiento en el derecho interno de los crímenes internacionales previstos *de lege lata* en el ECPI no ha sido exhaustivo hasta la fecha, pese a que el Estado peruano ha ratificado múltiples tratados internacionales que obligan a prevenir y sancionar estos ilícitos.¹⁰⁵ Este vacío punitivo se acentuó ante los múltiples hechos de violencia propiamente estatal,¹⁰⁶ paramilitar¹⁰⁷ y de grupos alzados en armas entre 1980 y 1997 principalmente, producto de lo cual hemos sido testigos de varias denuncias por delitos contra los Derechos Humanos, especialmente torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales¹⁰⁸, sin que exista hasta la fecha decisiones judiciales importantes que satisfagan la necesidad de prevención general frente a estos graves delitos.

El distanciamiento del Estado peruano de sus obligaciones internacionales alcanzó su máxima expresión, precisamente a raíz de los hechos de la Cantuta y Barrios Altos, cuando como en otras dictaduras latinoamericanas,¹⁰⁹ se pretendió dejar impunes estos delitos mediante las Leyes de amnistía N° 26479 de 15 de junio de 1995 y N° 26492 de 2 de julio de ese año, preceptos «carentes de efectos jurídicos» por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme ha declarado la sentencia de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de San José en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. Estado peruano).¹¹⁰

Estos hechos indudablemente escapan a la competencia temporal de la CPI en virtud del art. 11 del Estatuto, la misma que sólo podrá juzgar «crímenes cometidos después de la entrada en vigor» del Estatuto, es decir aquellos cometidos a partir del 12 de abril de 2002, fecha en que se completaron las ratificaciones requeridas por el propio Estatuto (art. 126.1), lo que concuerda plenamente con la garantía de la irretroactividad *ratione personae* que establece el art. 24.1 del Estatuto.

3.2 Tratamiento del genocidio en el proceso de reforma de 1984 a 1991

Ahora bien, el CP Maúrtua de 1924 no tipificó expresamente los crímenes internacionales previstos en el Estatuto, orientación que tampoco se adoptó a través de las diversas modificaciones de dicho texto legal o la legislación complementaria. Durante su vigencia, hasta abril de 1991, no se dio cumplimiento a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio que ya regía para nuestro país desde 1960.¹¹¹

Los primeros intentos de regular este ilícito se observan recién durante el movimiento de reforma penal de los años ochenta. Los Proyectos de CP de setiembre de 1984,¹¹² y octubre-

¹⁰⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «El Tribunal Penal Internacional». Ob. cit., p. 2. SUNGA, Lyal S. «La jurisdicción “ratione materiae” de la Corte Penal Internacional (arts. 5° a 10° del Estatuto de Roma)». En: Ambos, Kai y Julián Guerrero Oscar. Ob. cit., p. 237.

¹⁰⁵ NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. Ob. cit., *passim*.

¹⁰⁶ Como el caso del motín en los penales del Lurigancho y el Frontón en junio de 1986, Vid. CHIPOCO CÁCEDA, Carlos y otros. Los sucesos de los penales. Lima: IDL, 1986. Vid. también DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto. Memoria y batallas en nombre de los inocentes. Perú 1992-2001. Lima: IDL, 2001, *passim*.

¹⁰⁷ Como el caso de los grupos Rodrigo Franco y Colina, Vid. PIQUERAS LUNAS, Manuel y otros. Informe de la Comisión Investigadora de grupos paramilitares. Lima: 1990. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. La Cantuta: crónica de la investigación fiscal. Lima: Palestra 1998. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Amnistía vs. Derechos Humanos. Lima: 2001.

¹⁰⁸ Muchos de estos actos quizás serán desvelados por la Comisión de la Verdad, creada mediante el D.S. N° 065-2001-PCM de 4 de junio de 2001 a fin de «esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado», Vid. MÉNDEZ, J.E. «El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos», Debate Defensorial 3/2001, pp. 11ss. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. «Propuestas de la Defensoría del Pueblo para la instalación de una Comisión de la Verdad en el Perú», *ibid.*, pp. 313ss.

¹⁰⁹ AMBOS. Impunidad y Derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia-Bolivia-Perú-Chile-Argentina. Medellín 1997, *passim*.

¹¹⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Amnistía vs. Derechos Humanos. Ob. cit., pp.105ss.

¹¹¹ Adoptada el 9 de diciembre de 1948, entró en vigor el 12 de enero de 1951, y en Perú el 24 de mayo de 1960.

¹¹² Diario El Peruano de 3 al 5 de setiembre de 1984.

noviembre de 1984,¹¹³ no plantearon la criminalización específica de delitos contra los Derechos Humanos, a diferencia del Proyecto de CP de Agosto de 1985¹¹⁴ que, entre los «Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud» de la Sección Primera de la Parte Especial, incluyó en el Título II la sanción del genocidio (art. 117), planteamiento poco satisfactorio porque la ubicación sistemática del genocidio conducía a una concepción del bien jurídico tutelado a partir de los bienes jurídicos clásicos, en este caso la vida y la integridad sico-física, con lo que el genocidio debía apreciarse como una extensión de los delitos de homicidio, aborto y lesiones, principalmente, lo que dejaba de lado una fundamentación acorde con el sentido protector de los Derechos Humanos como atributos derivados de la dignidad de la persona.¹¹⁵ El principal acierto del Proyecto de 1985 radicó en el deseo de codificar otros delitos graves contra los Derechos Humanos, por ejemplo la discriminación, las detenciones ilegales, entre otros, dentro de la Sección Decimocuarta de «Delitos contra la Constitución» (arts. 330-341).

El Proyecto de CP de marzo-abril de 1986¹¹⁶ reprodujo el texto y ubicación del delito de genocidio (art. 116), así como la mencionada Sección Decimocuarta de «Delitos contra los derechos constitucionales» para comprender otras infracciones graves (arts. 309-320). A ello renunció el Proyecto de julio de 1990¹¹⁷ que apenas reguló en el Título II de la Parte Especial, fuera del marco de los delitos contra la vida y la integridad, el genocidio propiamente dicho (art. 128) y dos formas de protección adelantada, la instigación pública a cometer genocidio y la asociación ilícita para delinquir (art. 129), lo que concordaba plenamente con el sentido de la Convención contra el Genocidio de 1948 (art. III.b y c). Sin embargo, el Proyecto no propuso la sanción de otros delitos contra los Derechos Humanos, limitación que tampoco fue superada en el Proyecto de CP de enero de 1991,¹¹⁸ el cual reprodujo los textos del Proyecto de 1990 en los arts. 129 y 130, pero reubicando el genocidio como Capítulo V del Título I de la Parte Especial de «Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud», lo que significó un importante retroceso en la perspectiva de dotar a los Delitos de lesa humanidad de la necesaria autonomía sistemática.

3.3 Tipificación del genocidio y la desaparición forzada, y modificaciones posteriores

El texto original del CP de 1991 heredó estas deficiencias legislativas, institucionalizando la figura del genocidio dentro del Capítulo V del Título I de la Parte Especial de delitos «contra la vida, el cuerpo y la salud»,¹¹⁹ así como el delito de desaparición forzada entre los delitos terrorismo del Capítulo II del Título XIV de la Parte Especial, dedicado a los «Delitos contra la tranquilidad pública». Con ello se renunció a tipificar otras violaciones graves a los Derechos Humanos, como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales, pero lo más grave es que se partía de una concepción del genocidio y la desaparición como delitos aislados, asimilables a las figuras clásicas de la parte especial, sin autonomía propia desde el punto de vista del bien jurídico.¹²⁰

El CP tipificó en el art. 129 sólo el delito de genocidio,¹²¹ la sanción de la asociación ilícita se estableció en el art. 317, con una cualificación en el pf. 2 para el caso de la asociación para el genocidio. Pero con ello no se agotó totalmente los alcances de la Convención para la

¹¹³ Diario El Peruano de 20 y 30 de octubre de 1984, 3 y 4 de noviembre de 1984.

¹¹⁴ Diario El Peruano de 19 a 21 de agosto de 1985.

¹¹⁵ NÚÑEZ PAZ, Miguel Angel. «Genocidio y crímenes contra la humanidad». En: Varios Autores. Derecho penal: implicaciones internacionales. Madrid: Colex, 1999, pp. 149-150.

¹¹⁶ Diario El Peruano de 31 de marzo a 2 de abril de 1986.

¹¹⁷ Diario El Peruano de 17 de julio de 1990.

¹¹⁸ Diario El Peruano de 20 de enero de 1990.

¹¹⁹ El StGB (CP alemán) regula con la misma imperfección técnica el genocidio, en el § 220a, en la Sección Décimosexta de la Parte Especial de «Delitos contra la vida». De igual modo el nuevo CP colombiano de 2000 que lo prevé en el Capítulo Primero del Título I de «Delitos contra la vida y la integridad personal», en los arts. 101 y 102.

¹²⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Los delitos contra los Derechos Humanos en el nuevo Código Penal peruano». Anuario de Derecho Penal. Lima: 1993, p. 34. AZABACHE CARACCILO, César. Ob. cit., p. 35.

¹²¹ «Artículo 129.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:

1. Matanza de miembros del grupo.
2. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.
4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
5. Transferencia forzada de niños a otro grupo.»

prevención y la sanción del delito de genocidio, se omitió la regulación específica de la «instigación directa y pública a cometer genocidio» (art. III.c de la Convención), no necesariamente asimilable a la fórmula de la provocación del art. 315 del CP.¹²²

Por otra parte, el tipo de genocidio amplió en exceso el universo de grupos sobre los que podía recaer la acción típica. No sólo se contempló los supuestos de grupo nacional, étnico o religioso, sino también el de «grupo social», concepto que abarca cualquier grupo humano¹²³ y que por su indeterminación no previsto en la Convención¹²⁴ que se refiere más bien a los casos de «grupo racial», supuesto que si contemplaron los Proyectos de CP de 1985, 1986 y 1990, no así el Proyecto de 1991, donde por primera vez y sin explicación alguna por la ausencia de una exposición de motivos, se reemplazó la expresión «grupo racial» por la de «grupo social» que luego recogió el CP de 1991. De esta manera, si en general puede entenderse que el bien jurídico en el genocidio se concreta en la existencia del grupo atacado,¹²⁵ se abre con ello un amplio espacio de indeterminación alejado del *nullum poena sine lege certa*.

Tampoco fue afortunada la decisión del legislador de 1991 de ampliar el bagaje de delitos contra los Derechos Humanos, mediante la tipificación de la desaparición forzada como delito de terrorismo. Dicho tratamiento sistemático, si bien podía concordar con una concepción de la desaparición forzada como una manifestación del llamado «terrorismo de Estado»,¹²⁶ era inadecuado porque la tranquilidad pública se aprecia como un bien jurídico de carácter institucional,¹²⁷ de trascendencia colectiva, pero teleológicamente conectado al mantenimiento del orden social antes que a la protección de los Derechos Humanos.¹²⁸ Además, precisa Zúñiga Rodríguez, no puede hablarse en sentido técnico de terrorismo de Estado en un Estado democrático de Derecho como el que adopta nuestra Constitución, «no puede haber un Estado democrático que sea terrorista».¹²⁹

Por lo demás, el tipo de desaparición forzada ofrecía una serie de dudas, relativas a su relación con el tipo de secuestro del art. 152, mientras éste último protegía la libertad ambulatoria y el primero un bien distinto y universal vinculado a la identidad social de la persona¹³⁰ –no a la «tranquilidad pública» pese a su ubicación sistemática–, ambos ilícitos exigían por igual la privación de la libertad personal. Tampoco quedaba claro si la frase «ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición» del art. 323, implicaba la asunción de una fórmula de resultado en el sentido de que la consumación operaba con la desaparición de la persona, o si más bien bastaba la realización de actos idóneos para alcanzar dicho fin, en cuyo caso se estaría ante un tipo de peligro abstracto o de peligrosidad ex-ante del comportamiento. En el terreno de las consecuencias jurídicas, no se sabía a que clase de inhabilitación se refería el art. 323, frente a las posibilidades punitivas que establece el art. 36 del CP.

La reforma de estos delitos no se dejó esperar, aunque no por motivos técnicos, sino bajo el ropaje de «razón de Estado». Tras el autogolpe de 5 de abril de 1992, mediante el inconstitucional Decreto Ley N° 25475 de 6 de mayo del mismo año¹³¹, se aprobó una nueva legislación antiterrorista, cuyo art. 22 derogó expresamente todo el Capítulo de delitos de terrorismo del CP de 1991, el mismo que incluía el tipo de desaparición forzada, con lo que este comportamiento perdió por unos meses la debida desvaloración jurídico-penal, en un momento especialmente crítico para los Derechos Humanos y en los que se registraron los

¹²² AZABACHE CARACCILO, César. Ob. cit., p. 35.

¹²³ PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho penal. Parte especial. T. I. Lima: Ed. Jurídicas, 1994, p. 345.

¹²⁴ No obstante, a favor de tal inclusión BRAMONT-ARIAS TÓRRES, Luis A., María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de Derecho penal. Parte especial. 3ª ed. Lima: San Marcos, 1997, p. 132.

¹²⁵ GIL GIL, Alicia. Ob. cit., p. 189.

¹²⁶ AZABACHE CARACCILO, César. Ob. cit., pp. 44-48. GUTIERREZ CONTRERAS, Juan Carlos, Myrna Roxana VILLEGAS DÍAZ. Ob. cit., pp. 60-63.

¹²⁷ De ese modo, la sentencia de la Corte Suprema de 09-07-99, R.N. N° 1954-99.

¹²⁸ BRAMONT ARIAS, Luis A. «Aspectos legales del terrorismo». Debate Penal. Lima: 1988, p. 14. ANGELES GONZÁLES, Fernando, Manuel FRISANCHO APARICIO. Código Penal. Vol. VIII. Lima: Ed. Jurídicas, 1999, p. 3508.

¹²⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Los delitos contra los Derechos Humanos». Ob. cit., p. 30.

¹³⁰ MAZUELOS COELLO, Julio. Ob. cit., pp. 118-125.

¹³¹ RIVERA PAZ, Carlos. Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista. Lima: IDL, 1999, pp. 5ss. MINISTERIO DE JUSTICIA. Restituyendo el Estado de Derecho. Lima: Minjus, 2001, pp. 35-38.

más altos índices de desapariciones en el Perú.¹³² Uno de los casos más importantes suscitados en este periodo es el de La Cantuta.

El delito de desaparición forzada fue restituido recién mediante el art. 1 del Decreto Ley N° 25592 de 2 de julio de 1992,¹³³ norma que también estableció reglas procesales en los arts. 2, 3, 4 y 5, actualmente en vigor.¹³⁴ Dentro de este marco, el delito de desaparición fue tipificado siguiendo los lineamientos del art. 323 del CP reproduciendo con ello las dudas antes indicadas. Empero, se establecieron dos modificaciones importantes, por un lado se precisó que la pena de inhabilitación se concretaba a los supuestos de los num. 1 y 2 del art. 36, es decir la privación de la función, cargo o comisión y la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. De otra parte, en la descripción del comportamiento prohibido se precisó que debía ordenarse o ejecutarse «acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada».

Al exigirse la prueba de la desaparición se aclaró que estábamos ante un delito de resultado, pero esta prueba parecía exigir a su vez una condición objetiva de punibilidad susceptible de ser interpretada de modo que restringiera notablemente el ámbito de la criminalización. No obstante, era evidente que como consecuencia de la presunción de inocencia no era posible dar por probada la desaparición con la mera ausencia de la víctima, hacía falta mucho más, acreditar que la desaparición era atribuible a un funcionario o servidor público y que antes de la desaparición se había suscitado una ilícita privación de la libertad. De este modo, el añadido «debidamente comprobada» respecto de la fórmula del art. 323 del CP de 1991, era superfluo desde el punto de vista del tipo objetivo y la punibilidad.

Respecto de la pena privativa de libertad, cabe advertir que con el Decreto Ley N° 25592, la desaparición forzada podía sancionarse inclusive con cadena perpetua. Al señalar el art. 1 sólo la pena mínima de 15 años, regía plenamente el límite máximo señalado por el art. 29 del CP, que había sido modificado por el art. 21 del Decreto Ley N° 25475 de terrorismo para instaurar la privación de libertad de por vida.

3.4 Alcances de la Ley N° 26926 que incorporó el Título XIV-A de «Delitos contra la humanidad» en el Código Penal

La regulación de los delitos de genocidio y desaparición se mantuvieron de ese modo hasta la mitad del segundo gobierno de Fujimori. La aprobación de las leyes de amnistía en 1995, ratificadas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional,¹³⁵ las diversas iniciativas de sectores de la sociedad y la «sensación de paz» ante el control de los grupos subversivos, cuyo último hecho relevante se había realizado entre diciembre de 1996 y abril de 1997 con la toma de la embajada japonesa, permitieron un clima favorable para la revisión de los delitos contra los Derechos Humanos.

Ello condujo a la aprobación de la Ley N° 26926 de 21 de febrero de 1998 que, adoptando la propuesta de la doctrina peruana favorable a la creación de un Título propio que abarque las

¹³² DE LA JARA BASOMBRÍO, Ernesto. Ob. cit., pp. 57ss.

¹³³ «Artículo 1.- El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición *debidamente comprobada*, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1) y 2) del Código Penal.»

¹³⁴ «Artículo 2.- Las Dependencias de la Policía Nacional del Perú de todo el territorio de la República, pondrán de inmediato en conocimiento del Fiscal Provincial las denuncias sobre personas desaparecidas dentro de su circunscripción. »

«Artículo 3.- En cada Dependencia de la Policía Nacional del Perú se llevará un Registro de denuncias sobre personas desaparecidas, con la información que permita la identificación de las mismas.»

«Artículo 4.- Los Fiscales Provinciales investigarán las denuncias sobre personas desaparecidas, informando sobre el estado de las mismas al Fiscal Superior Decano del Distrito Judicial respectivo, quien a su vez informará al Fiscal de la Nación, el que procederá de acuerdo a sus atribuciones.»

«Artículo 5.- La Fiscalía de la Nación, remitirá, mensualmente al Congreso de la República y al Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, un informe sobre las denuncias de personas desaparecidas en todo el país.» Sólo el art. 5 fue modificado mediante la Ley N° 26877 de 19 de noviembre de 1997.

¹³⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Amnistía vs. Derechos Humanos. Ob. cit., pp. 84ss., 95ss.

más graves violaciones de los Derechos Humanos,¹³⁶ introdujo el Título XIV-A de «Delitos contra la humanidad» en la Parte Especial del CP¹³⁷, apostando por una regulación autónoma y conjunta de las más graves violaciones de los Derechos Humanos, decisión que merece una valoración positiva a luz del desarrollo de la dogmática sobre la materia que reivindica la existencia de un bien jurídico propio, distinto de los bienes individuales afectados que encuentran protección en otras normas del llamado Derecho penal clásico.¹³⁸ Se trata en buena cuenta de dispensar de una tutela especial a un bien jurídico institucional, referido a un marco jurídico previo, de garantía, para el desarrollo de los derechos individuales y colectivos a los que sirve.¹³⁹

Mediante la Ley se trasladó el delito de Genocidio del art. 129 del CP, el mismo que se derogó expresamente, al art. 319 del Capítulo I del citado Título XIV-A.¹⁴⁰ Sin embargo, la redacción del art. 319 es casi idéntica a la del art. 129, por lo que no se han superado las críticas antes expuestas, observándose sólo un cambio formal en la ubicación sistemática. Lo mismo cabe decir del delito de desaparición forzada, el cual fue trasladado, casi sin variación alguna de contenido, del art. 1 del Decreto Ley N° 25592 al Capítulo II del Título XIV-A del CP.

Se obvió con ello la orientación del art. II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,¹⁴¹ según la cual un elemento central del delito radica en la falta de información, la negativa a reconocer la detención o de informar sobre el paradero de la persona, impidiéndose el ejercicio de los recursos legales y garantías procesales. En esa misma dirección se incardina el ECPI en los apartados 1.i y 2.i del art. 7. Cabe anotar una sola modificación, como consecuencia de la reforma del art. 29 del CP, a través de la Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo N° 895 de 23 de mayo de 1998, Ley contra el terrorismo especial, se redujo el máximo de la pena privativa de libertad temporal a 35 años, modificación que afecta el límite máximo de la pena de la desaparición forzada que, como se indicó, fija tan sólo un mínimo de 15 años, además de la inhabilitación.

La novedad más importante de la Ley N° 26926 es que incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento el delito de tortura, en los arts. 321 y 322 del Capítulo III del Título XIV-A de la Parte Especial del CP,¹⁴² medida que en cierto modo vino a dar cumplimiento a las

¹³⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Los delitos contra los Derechos Humanos». Ob. cit., pp. 31-32. AZABACHE CARACCILO, César. Ob. cit., pp. 54-56.

¹³⁷ En la misma orientación se ubica el CP español de 1995 que dedica el Título XXIV de la Parte Especial a los «Delitos contra la comunidad internacional», en los arts. 605 al 616. El CP colombiano de 2000, si bien regula el genocidio y la desaparición forzada como delitos contra la vida y la libertad respectivamente, contempla en el Título II de la Parte Especial un extenso catálogo de «Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho internacional humanitario», en los arts. 135-164. A su vez, aunque el CP francés de 1994 regula en lugares diferentes la tortura y la discriminación, dedica el Título Primero de la Parte Especial a los «crímenes contra la humanidad», en los arts. 211-1 a 212-3.

¹³⁸ Vid. el Diario de Debates de 28-02-98 en <<http://www.congreso.gob.pe>>.

¹³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho penal. Parte especial. Barcelona: Ariel 1986, pp. 7, 368-369. GONZÁLES RUS, Juan José. «Delitos contra la comunidad internacional». En: Varios Autores. Curso de Derecho penal. Parte Especial. Vol. II. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 959ss. MUÑOZ CONDE, Francisco. Manual de Derecho penal. Parte especial. 11ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 652ss.

¹⁴⁰ «Artículo 319.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que, con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, social o religioso, realiza cualquiera de los actos siguientes:

1. Matanza de miembros del grupo.
2. Lesión grave a la integridad física o mental a los miembros del grupo.
3. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial.
4. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
5. Transferencia forzada de niños a otro grupo.»

¹⁴¹ Adoptada en Belém do Pará el 09-06-94, vigente desde el 29-03-96.

¹⁴² «Artículo 321.- El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.»

obligaciones derivadas de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁴³ y a la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura,¹⁴⁴ ambas ratificadas por el Estado peruano.

Dentro de este contexto se ha entendido que el delito de tortura protege el derecho fundamental a la integridad personal física, psicológica o moral,¹⁴⁵ entendida no como garantía constitucional meramente objetiva, sino en el clásico sentido de derecho subjetivo del individuo frente al Estado y componente esencial de la dignidad humana. Sin embargo, se ha criticado que el tipo de tortura del art. 321 tomaría distancia del sentido de las Convenciones antes citadas, mientras éstas parecen consagrar tipos de peligro concreto,¹⁴⁶ la norma del CP establecería un tipo de resultado lesivo¹⁴⁷, semejante al de los apartados 1.f y 2.e del art. 7 del ECPI,¹⁴⁸ con lo que sería necesario acreditar la producción efectiva de sufrimiento o aflicción síquica en la víctima, la anulación de su personalidad o la disminución de su capacidad física o mental.¹⁴⁹ Estos aspectos deben pues aclararse, especialmente en el terreno jurisprudencial, para una adecuada criminalización de la tortura.

3.5 El delito de discriminación según la Ley N° 27270

Pese a la ratificación de la Convención internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid,¹⁵⁰ este delito carece de regulación expresa en el Perú. La relevancia de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación ha conducido al legislador nacional a la aprobación de la Ley N° 27270 de 29 de mayo de 2000, denominada «Ley contra actos de discriminación». El art. 1 incorporó dentro del Título XIV-A de la Parte Especial del CP, el Capítulo IV denominado «Discriminación», dentro del cual se ha criminalizado la conducta de discriminación en el art. 323.¹⁵¹

Este texto fue aprobado por el Congreso de la República tras un largo debate en torno a los Proyectos de Ley N° 4173 de 29 de octubre de 1998 presentado por el Congresista Carlos Chipoco Cáceda, N° 4184 de 3 de noviembre de 1998 de los Congresistas Henry Pease García y Graciela Fernández Baca y N° 4337 de 10 de diciembre de 1998 elaborado por el Congresista Máximo San Román Cáceres. El planteamiento general de estas propuestas era más ambicioso que el de la norma aprobada, tanto con relación a las conductas criminalizadas, la ubicación sistemática y las consecuencias jurídicas del delito.¹⁵²

«Artículo 322.- El médico o cualquier profesional sanitario que cooperara en la perpetración del delito señalado en el artículo anterior, será reprimido con la misma pena de los autores».

¹⁴³ Adoptada en el seno de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, entró en vigor el 26 de junio de 1987 y en Perú el 6 de agosto de 1988.

¹⁴⁴ Adoptada el 9 de diciembre de 1985, entró en vigor el 28 de febrero de 1987 y en Perú el 28 de abril de 1991.

¹⁴⁵ MONTOYA VIVANCO, Yván. Ob. cit., pp. 21-22.

¹⁴⁶ Art. 1.1. de la Convención de la ONU: «todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales». Art. 2 de la Convención Interamericana: «todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales», «aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental». Antes bien, estas disposiciones toman como punto de partida la acción, si las restantes desvaloraciones pudieran entenderse como predicados de ésta, sería posible observar la presencia de tipos de peligro abstracto, en el sentido de comportamientos peligrosos para el bien jurídico desde una perspectiva *ex-ante*. Vid. sobre la actual delimitación del peligro abstracto, CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho penal del ambiente –delitos y técnicas de tipificación–. Lima: Gráfica Horizonte, 1999, pp. 485ss.

¹⁴⁷ Art. 321 del CP: «que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales», «lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental».

¹⁴⁸ Art. 7.2.e del ECPI: «Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control». Vid. además PCNICC/2000/1/Add.2. Ob. cit., p. 12.

¹⁴⁹ Íd. P. 23.

¹⁵⁰ Adoptada el 30 de noviembre de 1973, entró en vigor el 18 de julio de 1976 y en Perú el 1 de diciembre de 1978.

¹⁵¹ «Artículo 323.- El que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religioso o sexual, será reprimido con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas.

Si el agente es funcionario público la pena será prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas de inhabilitación por tres años conforme al inciso 2) del artículo 36°.»

¹⁵² <<http://www.congreso.gob.pe/ccd/proyectos>>.

Los Proyectos Nº 4173 y 4184 partían de una concepción bastante amplia de discriminación y de la necesidad de la intervención penal en éste ámbito. De modo radical, el Proyecto Nº 4173 llegó a proponer, inclusive, la sanción de comportamientos de peligro abstracto como la asociación para la discriminación, la incitación a la discriminación o la difusión de ideas discriminatorias, su amplia exposición de motivos reflejó el deseo de una intervención penal omnicompreensiva, similar a la prevista en el CP español de 1995 (art. 510 y ss.). Por el contrario, el Proyecto Nº 4337 propuso una injerencia estatal frente a la discriminación sin recurrir al Derecho penal.

Una posición intermedia ocupó el Proyecto Nº 4184, según el cual debía recurrirse también a sanciones administrativas, especialmente para los casos de discriminación laboral y en las relaciones de consumo, manteniendo una intervención penal limitada. Esta línea predominó en el texto sustitutorio de la «Ley contra la discriminación racial» que se incluyó en el Dictamen de 31 de mayo de 1999 de la Comisión de Derechos Humanos, Pacificación y contra la Discriminación Racial del Congreso de la República.¹⁵³ La Ley Nº 27270 recoge esencialmente los planteamientos de dicho texto sustitutorio, aunque introdujo algunos matices del Proyecto Nº 4184, entre ellos la agravante por la condición de funcionario público en el delito de discriminación.

El nuevo texto del art. 323 del CP introducido por la Ley, sanciona al que «discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual». Esta consideración de lo sexual como elemento típico, si bien concuerda con el mandato constitucional del art. 2.2, no se aprecia en los Proyectos Nº 4173 y 4184, ni en el texto sustitutorio de la Comisión, en los que la principal preocupación se concreta en la discriminación de origen racial o étnico. En todo caso, el debate en torno a la conveniencia político criminal de incardinar la discriminación de género en una norma general orientada a erradicar toda forma de discriminación, pasa como precisa Lorenzo Copello, por otorgar o no una eficacia simbólica al Derecho penal.¹⁵⁴

Es prematuro arribar a conclusiones definitivas en cuanto a la eficacia preventivo general del delito de discriminación, pero no puede perderse de vista la insuficiencia de una justificación fundada en la necesidad de que la norma penal satisfaga fines pedagógicos o simbólicos. De allí que por ejemplo la autora antes citada reivindica para el ámbito español, la necesidad de la intervención punitiva frente a la discriminación femenina en el trabajo.¹⁵⁵ De este modo, y teniendo en cuenta el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, es necesario identificar aquellos concretos ámbitos de nuestra realidad en los que se producen los más graves casos de discriminación de género, de forma que la norma penal pueda cumplir una función de prevención y tutela.

Sin perjuicio de esta necesidad *de lege ferenda, de lege lata* la propia construcción del tipo de discriminación ofrece pocas condiciones para un adecuado control. Se trata de un delito de resultado y de lesión del bien jurídico igualdad de trato, no es suficiente la realización de conductas encaminadas a la discriminación o anteriores a ésta, se requiere que la discriminación se materialice en contra de una persona o grupo de personas. Como es evidente, ello exige contar con una definición clara de «discriminación», lo que no aparece en el texto de la Ley Nº 27270 sino sólo para efectos administrativos.

El art. 2 de la Ley Nº 26772, modificado por el art. 2 de la Ley Nº 27270, señala que «Se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole». Esta definición bastante limitada sólo es eficaz para efectos de las sanciones administrativas que prevé el art. 3 de la Ley Nº 26772, también reformado por el art. 2 de la Ley Nº 27270, según el cual «Las personas naturales o jurídicas que, en el ejercicio de su actividad a través de sus funcionarios o dependientes, incurran en las conductas que impliquen discriminación, anulación, alteración de igualdad de oportunidades o de trato, en las ofertas de

¹⁵³ Íd.

¹⁵⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia. «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal». Jueces para la Democracia. Madrid: 1999, Nº 34, pp. 21-23.

¹⁵⁵ Íd., p. 23.

empleo, serán sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social; y cuando se refieran al acceso a centros de formación educativa, serán sancionadas por el Ministerio de Educación».

El citado art. dispone también que «La sanción administrativa será de multa no mayor de 3 Unidades Impositivas Tributarias o cierre temporal del local que no excederá de un año». Asimismo, que «En los casos antes mencionados se podrá sustituir la sanción de cierre temporal por el doble de la multa impuesta, si las consecuencias que pudieran seguir a un cierre temporal lo justifican. La sanción se aplica sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar a favor de la persona afectada».

No contar con un concepto claro de discriminación impide aplicar el tipo penal del art. 323 del CP en concordancia con el principio *nullum poena sine lege certa* o principio de determinación. Este problema podría ser atenuado acudiendo a los diversos instrumentos internacionales que definen la discriminación, aunque de modo heterogéneo y sin carácter vinculante para efectos penales. La expresión «discriminación» no parece erigirse como un elemento normativo del tipo que obligue a una remisión tácita a la legislación extra penal, sino más bien como un elemento descriptivo que obliga a una labor de concreción judicial.

Por otro lado, el establecimiento de sanciones administrativas frente a la discriminación, plantea el problema de su delimitación respecto del ámbito de aplicación de las sanciones penales, a fin de salvaguardar el principio de *ne bis in idem* que proscribe la sanción y persecución sancionatoria múltiple ante un mismo contenido de injusto¹⁵⁶. No se aprecian criterios claros de delimitación entre el ilícito penal y el administrativo, y dado que ambos protegen el mismo interés, ni siquiera es posible aplicar las reglas del concurso ideal de infracciones que, ante todo, precisan de una pluralidad de resultados para bienes jurídicos distintos.

Esta preocupación se intensifica con el contenido del art. 3 de la Ley 27270, según el cual «El Juez podrá aplicar la clausura temporal a que se refiere el artículo 105º del Código Penal, en los casos del delito tipificado en el artículo 323º, por el término que sumado a la sanción administrativa no exceda de 5 (cinco) años». Esta previsión no añade nada nuevo desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas del delito, las sanciones accesorias, y no sólo la clausura temporal, que prevé el art. 105 del CP son aplicables con carácter general, sin requerirse una autorización expresa o tasada en la Parte Especial. La norma instaura más bien un límite a la sanción de clausura temporal y, expresamente en contra del principio constitucional de *ne bis in idem*, establece la posibilidad de acumular dos sanciones, penal y administrativa, contra una persona jurídica por el mismo contenido de injusto.

El nuevo art. 323 del CP establece en el pf. 2 como circunstancia agravante la condición del autor de funcionario público, se entiende que en los términos del art. 425 del CP, en cuyo caso deja de ser aplicable la agravante genérica prevista en el art. 46-A del CP, a fin de no vulnerar la prohibición de doble valoración, principio que recoge expresamente el pf. 3 de éste último art. Aunque debe entenderse que el mandato de igualdad de trato vincula a todos los poderes públicos y que en ello radica el fundamento de la mayor pena en los delitos contra los Derechos Humanos,¹⁵⁷ la redacción utilizada para describir la cualificación podría cuestionarse.

No se exige, como sí lo hace el pf. 1 del art. 46-A del CP, que el delito se realice en el ejercicio de la función pública, con lo cual pueden avalarse sanciones agravadas por la sola condición de funcionario. De esa manera, el deber de garante de todo funcionario de salvaguardar el principio de igualdad en el ejercicio de sus funciones, se estaría extendiendo más allá del ámbito funcional, a su vida privada, en contra de un Derecho penal de acto.

Estas dudas, sumadas a la escasa entidad de las penas previstas en el art. 323 en relación a las establecidas para los otros «Delitos contra la humanidad» del CP, determinan un fundado escepticismo en torno al potencial preventivo general y protector del delito de discriminación. La solución penal adoptada poco aporta para superar la discriminación, por el contrario parece

¹⁵⁶ DE LEÓN VILLALBA, Javier. Acumulación de sanciones penales y administrativas. Barcelona: Bosch, 1998, pp. 455ss., 583ss.

¹⁵⁷ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Los delitos contra los Derechos Humanos». Ob. cit., p. 28.

más bien una medida simbólica, una «huida al Derecho penal» frente al reclamo social de adoptar medidas eficaces contra la discriminación en general.

3.6 Regulación prevista en el Código de Justicia Militar y en el Proyecto de julio de 2001

Las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la militar son muy sensibles en el Perú, especialmente desde la inconstitucional definición a favor de esta última de la contienda de competencia en el caso de la Cantuta.¹⁵⁸ La expansión de la jurisdicción militar para el juzgamiento de civiles, en casos de terrorismo, traición a la patria o terrorismo especial, parecía no hallar límites cuando se utilizó para controlar a ex-miembros de las fuerzas armadas o civiles que prestaban algún servicio para tales fuerzas,¹⁵⁹ o lo más grave, para encubrir torturas, desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, como las suscitadas en los casos de la Cantuta y Barrios Altos.

Este desvío de la jurisdicción militar ha sido reforzado por la tipificación dentro del Código de Justicia Militar, aprobado mediante el Decreto Ley N° 23214 de 26 de julio de 1980, de determinados comportamientos que no afectan bienes militares sino vinculados al Derecho penal clásico o a delitos contra los Derechos Humanos. En esa línea se inscribe el Título Primero («Del abuso de autoridad») de la Sección VI («De los delitos contra los deberes de función y de las infracciones en el ejercicio de mando o autoridad»), donde se aprecian normas como el art. 180 que califica como abuso de la autoridad militar la imposición de «tormento» o pena prohibida por la ley (num. 1), el empleo contra cualquier persona de violencia innecesaria (num. 9), el daño a las personas o cosas mediante el empleo injustificado de armas (num. 10). De modo similar, el art. 181 considera abuso de autoridad la privación indebida de la libertad personal (num. 1), cometer cualquier vejamen contra las personas, maltratarlas, lesionarlas o aplicarles apremios ilegales (num. 7) o el allanamiento ilegal de domicilio (num. 8).

Como puede advertirse, varios de estos actos tipifican como delitos comunes o «contra la humanidad» dentro del marco del CP de 1991. El art. 173 de la Constitución de 1993 restringe la jurisdicción militar para los «delitos de función» cometidos por los miembros de las fuerzas armadas y policiales, pero la parte especial del Código de Justicia Militar concreta dichos ilícitos de modo general desde la perspectiva del autor del hecho –militar o policía–, sin importar si los bienes jurídicos involucrados son de carácter común o vinculados a la actividad castrense. Esta dualidad normativa plantea un grave problema *de lege lata*, expresado en la posibilidad latente de conflictos de competencia ante graves violaciones de Derechos Humanos. De otra parte, un juzgamiento de estos hechos en sede militar, por no observar necesariamente las garantías del debido proceso, no excluiría la intervención complementaria de la Corte de acuerdo a lo previsto en los arts. 1 y 17 del ECPI.¹⁶⁰

La exclusión de la jurisdicción militar ante violaciones de los Derechos Humanos es un imperativo irrenunciable, debiendo acudir para ello a una concepción restringida del concepto de delito de función, que no parta de la calidad del autor, sino de los bienes afectados: son delitos de función los que lesionan o ponen en riesgo intereses estrictamente militares.¹⁶¹ De esta manera se hace necesaria una depuración del catálogo de delitos del Código de Justicia Militar, orientación que no permite el Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia Militar de julio de 2001,¹⁶² pues aún concibe el fuero militar como una extensión de las Fuerzas Armadas, sin incardinarlo dentro de la organización del Poder Judicial, y cifra el concepto de delito de función al margen de la necesidad de agravio a intereses militares (num. V del Título Preliminar), lo que tiene correlato en la parte especial del Proyecto de Código de Justicia Militar¹⁶³ que prevé como delitos castrenses verdaderas violaciones a los Derechos Humanos, según puede verse en los arts. 191 y siguientes que tipifican las formas del llamado «abuso de autoridad».

¹⁵⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. cit., pp. 215ss.

¹⁵⁹ ETO CRUZ/LANDA ARROYO/PALOMINO MANCHEGO. «La jurisdicción militar en el Perú». En: Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica. Lima 1997, pp. 379ss.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen. «Desafiando a la impunidad: un Tribunal Penal Internacional para el siglo XXI». En: Varios Autores. Derecho penal: implicaciones internacionales. Madrid: Colex, 1999, pp. 115-116.

¹⁶¹ SAN MARTÍN CASTRO. Derecho procesal penal. Vol. I. Lima 1999, pp. 103-105.

¹⁶² Publicado en El Peruano el 1 de julio de 2001.

¹⁶³ Íd.

El ECPI tipifica exhaustivamente los crímenes de guerra en el art. 8 a fin de reprimir las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (lit. a), las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (lit. b), así como en los conflictos que no son de índole internacional (lits. c, d, e y f). Estos ilícitos no merecen una desvaloración especial en el marco del CP de 1991 sino a partir de los delitos comunes. Sí han merecido parcial atención dentro del Código de Justicia Militar, en el Título Cuarto («De la violación del derecho de gentes») de la Sección III («De los delitos contra la seguridad y el honor de la nación»), especialmente en el art. 95. Del mismo modo cabe poner de relieve los delitos de «saqueo, devastación, sabotaje y secuestro» del Título Séptimo de la Sección IV de «Delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado», sobre todo los arts. 138 y 139.

Estos lineamientos se mantienen en el Proyecto de Código de Justicia Militar de julio de 2001 que tipifica la «Violación el derecho de gentes» a partir del art. 96, así como los delitos de «Saqueo, devastación, sabotaje y secuestro» en los arts. 150 y siguientes. Antes bien, ni esta propuesta *de lege ferenda* ni la regulación vigente satisfacen todavía las expectativas sancionadoras previstas en el ECPI.

4. NECESIDAD DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL FRENTE A LA RATIFICACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como puede observarse tras esta revisión, el modesto tratamiento de los «Delitos contra la humanidad» previsto en el CP de 1991 no agota el sentido de los crímenes del ECPI. Si bien el delito de genocidio del art. 319 del CP es estructuralmente similar al crimen del genocidio del art. 6 del ECPI, los vacíos de punición se amplifican en cuanto a los crímenes de lesa humanidad del art. 7, mientras el CP reprime adicionalmente la desaparición forzada, la tortura o la discriminación, el Estatuto de Roma criminaliza además el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, el crimen de apartheid, entre otros «actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física», como precisa el art. 7.1.k del ECPI. Como también se advirtió, el déficit de regulación interna es también significativo en materia de crímenes de guerra, donde además hace falta trasladar el grueso de la regulación sobre la materia del Código de Justicia Militar al CP.

Si se atiende al carácter sólo complementario de la CPI, en defecto de la jurisdicción interna de los Estados Partes, y tomando en cuenta la ratificación del Estatuto de Roma por parte del Estado peruano,¹⁶⁴ no puede soslayarse la importancia de reformar a mediano plazo el catálogo de conductas típicas y consecuencias jurídicas en los delitos contra los Derechos Humanos del CP vigente, a fin de hacerlos compatibles con los preceptos del ECPI. Como se precisó, ésta tarea implica limitar los alcances de la jurisdicción militar a través de una depuración del Código de Justicia Militar, sobre la base de una concepción restringida de delito de función, entendido como la lesión o puesta el peligro de intereses estrictamente militares o castrenses.

¹⁶⁴ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. La Corte Penal Internacional y los países andinos. Lima: 2001, pp. 29ss.