

§ 6 Aplicación de la ley penal en el espacio

I. Derecho penal internacional. 1. Introducción 2. Función 3. Poder represivo, jurisdicción, competencia. 4. Derecho penal material o derecho procesal penal. 5. Principios del derecho penal internacional. 6. Legislación nacional. II. Principio de territorialidad. 1. Fuentes y límites. 2. Territorio. 3. Lugar de comisión de la infracción a. Diferentes teorías. b. Solución legal y su interpretación c. Misiones diplomáticas. d. Principio de matrícula o del pabellón e. Actos de participación III. Principio de competencia real. IV. Principio de personalidad activa. 1. Noción y justificación 2. Agente nacional. 3. Identidad de normas. 4. Entrar en la República. 5. Factibilidad de extradición V. Principio de personalidad pasiva. VI. Principio de competencia universal o de competencia de reemplazo o de sustitución VII. Principio de administración de justicia por representación VIII. Extradición. 1. Noción y clases. 2. Principios. 3. Etapas de procedimiento. 4. Formas especiales de extradición. a. Condicionada o restringida. b. Anticipada. c. Diferida o temporal. d. Concurrencia de extradiciones. e. Reextradición. 5. Improcedencia. 6. Revocatoria. 7. Regulación legislativa. IX. Aplicación de la ley penal extranjera. X. Aplicación de sentencias extranjeras. XI. Caso de funcionario o empleado nacional que delinca en el extranjero. XII. Excepciones estatuidas en el art. 4.

I. Derecho penal internacional

1. Introducción

Los progresos de los medios de comunicación han estrechado las relaciones entre los pueblos y los Estados¹⁹⁰. Las distancias se han acortado y el desplazamiento tanto de personas como de cosas se ha ampliado e intensificado. Con frecuencia, los actos efectuados en un país están relacionados con otro debido a un factor personal o material. Los comportamientos adquieren una dimensión internacional, por lo que los Estados concernidos pueden estimarse interesados y competentes para reprimir a los responsables¹⁹¹. 586

De manera soberana y considerando el aspecto foráneo del acto, cada Estado determina bajo que condiciones someterá al responsable a su poder punitivo. Con este objeto, recurre a los criterios denominados de conexión o relación (*Anknüpfungspunkte*). El conjunto de normas (arts. 1 al 5) en los que están regulados constituye el llamado derecho penal internacional (*internationales Strafrecht*). 587

2. Función

Esta última denominación no es del todo exacta¹⁹², puesto que las reglas en cuestión no son normas convencionales o consuetudinarias relativas a las relaciones entre Estados¹⁹³. Son más bien normas de derecho penal interno¹⁹⁴, estatuidas por cada Estado en virtud de su *ius puniendi*, sea teniendo 588

¹⁹⁰ SCHULTZ, 1963a, p. 305.

¹⁹¹ HUET/KOERING-JOULIN, 1994, p. 24.

¹⁹² SCHULTZ, 1953, p. 31; HAFTER, 1946, p. 48; OEHLER, 1983, p. 1; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem. §§ 3-7 N° 1; JESCHECK, 1965a, p. 76 ss.; FIERRO, 1977, p. 3 y 7.

¹⁹³ SCHULTZ, 1967a, p. 307.

¹⁹⁴ Cfr. LOMBOIS, 1979, p. 13 ss., propone llamarlo “derecho penal extranacional”; Cfr. también SCHULTZ, 1982 I, p. 101; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 18 I N° 1.

en cuenta el aspecto del acto que lo vincula con el extranjero, sea de acuerdo con una convención internacional.

- 589 Por el contrario, el llamado derecho internacional penal (*Völkerstrafrecht, materielles internationales Strafrecht*) está conformado por las disposiciones que reprimen las violaciones al orden público internacional o al derecho de gentes (crímenes contra la humanidad, crímenes contra la paz, crímenes de guerra)¹⁹⁵.
- 590 En las reglas del derecho internacional penal, se prevé en que casos la ley penal nacional es aplicable. En este punto, tienen la función de fundamento del derecho punitivo del Estado (*strafgewaltbegründende Funktion*), el cual amplía, de esta manera, su poder coactivo previendo que su derecho penal también se aplicará a delitos cometidos fuera de sus fronteras (*Ausdehnung der Strafgewalt*). Sin embargo, no se debe sobrestimar este aspecto, ya que el Estado sólo es soberano sobre su territorio.
- 591 En derecho internacional no hay normas que regulen los límites de la soberanía de los Estados en materia penal. La delimitación se determina a través de las decisiones que cada uno de éstos, en función de su poder discrecional, establece respecto a la extensión del ámbito de aplicación de su derecho penal. Las normas que dictan, por lo tanto, fijan sólo de manera indirecta “el límite del dominio de los derechos penales de los demás países”¹⁹⁶.
- 592 Este poder no es absoluto, en la medida que debe respetarse la regla del derecho internacional que prohíbe el abuso de derecho (*Verbot des Rechtsmissbrauchs*) y, así mismo, sólo tomar en consideración los hechos sobre los cuales se tiene un interés legítimo para intervenir judicialmente¹⁹⁷.
- 593 Los jueces cuando aplican su derecho penal nacional sólo se limitan a concretar la soberanía del Estado. En algunas ocasiones, sin embargo, el legislador les ordena tener en cuenta el derecho penal foráneo. Por ejemplo, cuando admite la aplicación de la *lex mitior*. De este modo, las normas del

¹⁹⁵ MERLE/VITU, 1997, N° 287; PRADEL, 2003 N° 52.; Cfr. HUET/KOENIG-JOULIN, 1994, p. 25 ss. No se gana en precisión buscando una noción general que comprenda el derecho penal internacional y el derecho internacional penal. Otorgar a la primera denominación un sentido amplio y otro restrictivo no es satisfactorio, ver TRIFFTERER, 1985, p. 1484.

¹⁹⁶ SCHULTZ, 1960a, N° 1208, p. 2.

¹⁹⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 18 I N° 1.

derecho penal internacional tienen el papel de límite (*Kollisionsrecht*)¹⁹⁸ y la función de establecer qué derecho penal se aplica en el caso concreto (*Strafanwendungsrecht*).

Sin embargo, las reglas del derecho penal internacional no están destinadas, sobre todo, a solucionar conflictos entre las leyes promulgadas por los diversos Estados. Constituyen, más bien, el fundamento del ejercicio de su poder punitivo. A pesar de la similitud de la denominación, el derecho penal internacional es en substancia distinto al derecho internacional privado¹⁹⁹. 594

El fin principal es el de excluir la impunidad de los responsables de comportamientos delictuosos. Con este fin, da poca importancia al hecho que puedan multiplicarse los conflictos positivos de competencia. Tanto mejor si dos o más Estados pretenden ejercer su poder punitivo respecto a un caso particular (*kollisionsbegründende Normen*)²⁰⁰. 595

La amplitud y frecuencia de estos conflictos de competencia positivos están condicionados por los criterios empleados por el legislador. Así, éste puede optar por organizar la lucha contra la criminalidad sobre la base de una cooperación estrecha con los otros Estados, en lugar de hacerlo inspirado en la desconfianza respecto a éstos. En este caso, ampliaría el dominio de aplicación de su poder punitivo, mientras que en el primero lo restringiría²⁰¹. Para regular dichos conflictos es indispensable jerarquizar los factores de conexión y las competencias a las que sirven de fundamento. 596

3. Poder represivo, jurisdicción, competencia

Fijar los límites del poder represivo del Estado no es lo mismo que establecer los lindes de su poder jurisdiccional (*Gerichtsbearbeitung*). En virtud de este último, el Estado somete a las autoridades judiciales nacionales el procesamiento de un imputado. Estas autoridades, en función de su poder jurisdiccional, base de todo procedimiento penal, aplican o dicen el derecho (*ius dicere*). Por lo general, el poder punitivo y el poder jurisdiccional coinciden ya que cada uno de los Estados trata de hacer valer el primero mediante sus propios órganos judiciales. Sin embargo, en raros casos, el poder 597

¹⁹⁸ SCHULTZ, 1963a, p. 307.

¹⁹⁹ Cfr. SCHULTZ, 1960a, N° 1208, p. 2.

²⁰⁰ ESER, 1985, p. 1359.

²⁰¹ Ver JESCHECK, 1965a, p. 78, nota 26.

jurisdiccional falta a pesar de que se trate de aplicar la ley penal material (p. ej., en el caso del diplomático extranjero que comete una infracción en el territorio nacional)²⁰².

- 598 Así mismo, es indispensable distinguir entre el poder represivo del Estado y la competencia de los órganos judiciales nacionales. Esta competencia implica la aptitud de un órgano judicial para abocarse en exclusiva a un litigio. Los criterios de conexión del derecho penal internacional nada tienen que hacer con los criterios de la delimitación de la competencia *ratione loci* entre los tribunales y que determinan el foro.

4. Derecho penal material y derecho procesal penal

- 599 Las opiniones doctrinarias divergen respecto a la índole de las normas del derecho penal internacional. El criterio mayoritario sostiene que en general esas normas forman parte del derecho penal material y, por tanto, no al derecho procesal penal²⁰³.
- 600 En la medida en que dichas normas fijan el dominio de aplicación del poder punitivo del Estado, pueden ser consideradas como normas penales primarias. Sin embargo, tienen un carácter secundario cuando estatuyen si el juez nacional debe aplicar al hecho concreto el derecho nacional en razón de uno de los factores de conexión. En ningún caso, por consiguiente, estas normas prescriben a las personas que actúen o se abstengan de obrar de cierta manera. Este papel lo desempeñan las normas penales que individualizan los comportamientos punibles. A estas normas primarias están vinculadas las normas secundarias²⁰⁴ de aplicación de la ley.
- 601 En el derecho nacional se ha admitido este criterio, puesto que las normas del derecho penal internacional están previstas en el Código. Pero, carece de importancia la ubicación de dichas medidas en el ordenamiento jurídico, ya que lo que más bien importa es el papel que realmente desempeñan. Así, el CdePP contenía también reglas de este tipo, las cuales fueron derogadas al dictarse el actual Código²⁰⁵. En el art. 23 del NCPP, respecto a la competencia territorial, se dice: “Si el delito es cometido fuera del territorio nacional y deber ser juzgado en el Perú conforme al Código”.

²⁰² JESCHECK /WEIGEND, 1996, § 18 I N° 3.

²⁰³ SCHULTZ, 1967a, p. 309.

²⁰⁴ Cfr. HART, 1963, p. 103 ss., en particular p. 105.

²⁰⁵ SAN MARTÍN CASTRO, 2003, vol. I, p. 25.

En la legislación extranjera, el dominio espacial de aplicación de ley penal es regulado, ya sea en los códigos penales, en los de procedimientos penales o en las constituciones²⁰⁶. Por lo que no faltan autores que consideran preferible reconocer el carácter complejo de las normas que lo regulan²⁰⁷. 602

5. Principios del derecho penal internacional

Como hemos señalado con anterioridad, el legislador no puede decidir de manera arbitraria qué casos están sometidos a su poder punitivo. Su decisión será correcta y oportuna en la medida en que tenga en cuenta la existencia de un vínculo entre la situación de hecho y sus legítimos intereses de protección jurídica. En la actualidad, de acuerdo con su soberanía territorial, fijan como criterio básico el principio de territorialidad (*Territorialitätsprinzip*) y lo complementan con otros, fundamentados en cada uno de los factores que vinculan el comportamiento, cometido fuera del territorio nacional, a su Estado²⁰⁸. Estos factores de conexión son la nacionalidad de la víctima (Principio de personalidad pasiva, *Individuallschutzprinzip*), la nacionalidad del autor (principio de personalidad activa, *aktives Personalitätsprinzip*, *Heimatprinzip*), el interés del Estado (principio de competencia real, *Staatsschutzprinzip*), el interés común de los Estados (principio de la competencia universal, *Weltrechtsprinzip*). 603

Algunos de estos criterios (en general, el territorial y el de la competencia real) son utilizados para establecer una competencia principal, mientras que la fundamentada en los demás es calificada de secundaria²⁰⁹ o subsidiaria. 604

Ambas formas de competencia son originarias y son indispensables para fundamentar una delegación para reprimir los actos cometidos en el extranjero. Ésta consiste en una demanda de las autoridades del Estado en que la infracción ha sido cometida a las autoridades del lugar en el cual se encuentra el autor de la conducta punible, para que sea perseguido y reprimido por el Estado requerido. Éste, al aceptar la solicitud, ayuda al Estado 605

²⁰⁶ Su incorporación en los Códigos procesales se basó en la concepción, preconizada en el siglo XVIII, que sostenía que los códigos penales serían parecidos en todos los países y que las normas que estudiamos deberían determinar sólo la competencia de los jueces. Consultar: OEHLER, 1983, p. 30.

²⁰⁷ ZLATERIC, 1968, p. 22, dice: “es de naturaleza mixta o compleja: material o procesal, lo que tienen de común es que pertenecen al derecho público”.

²⁰⁸ TRECHSEL, 2008, vor Art. 3 N° 1.

²⁰⁹ SCHULTZ, 1967a, p. 311.

requeriente a ejercer su obligación de castigar al responsable (competencia por representación o, para evitar confusiones terminológicas, competencia por delegación, *stellvertretendes Strafrecht*)²¹⁰.

- 606 Si bien los Estados, como lo señalamos antes, deciden soberanamente sobre los límites de aplicación de sus leyes penales, no debe olvidarse la compleja interrelación económico-política del mundo, que determina la dependencia de los países más débiles de los poderosos, y la influencia que de éstos ejercen en todos los dominios. Muchos casos pueden darse como ejemplo, desde simples desconocimientos de las decisiones judiciales de un Estado²¹¹, hasta los graves cuestionamientos o violaciones de las reglas de derecho internacional y humanitario.

6. Legislación nacional

- 607 El CP de 1863 no contenía disposición alguna sobre el dominio de aplicación de la ley penal. Fue en el Código de enjuiciamientos en materia penal, en donde figuraron, por primera vez, algunas normas al respecto. En los nueve incisos de su art. 2 se enumeraban, de manera desordenada, los casos que estaban “sujetos a la jurisdicción criminal de la Nación”. En el inc. 1, se consagraba el principio territorial; en los incs. 4 y 5, se regulaba el caso de delitos cometidos en naves nacionales; en los incs. 3, 6 y 7, preveía el principio real o de defensa; en el inc. 8, el principio personal; en el inc. 9, el principio universal y, en el inc. 2, el caso de diplomáticos nacionales que en el ejercicio de sus funciones delinquieran en el extranjero. Además, se

²¹⁰ SCHULTZ, 1967a, p. 325 ss.; COLOMBINI, 1983, p. 52 ss.; MARKEES, 1986, p. 6 ss.; BOUZAT/PINATEL, 1970, II, p. 1627; Cfr. ATF 118 IV 305/JdT 1995 IV 66.

²¹¹ Se ha citado con frecuencia el llamado Caso Cutting. En 1886 Cutting, ciudadano norteamericano hizo publicar en un periódico de Texas (EE.UU.) un artículo difamatorio en agravio del mexicano Emigio Medina. Encontrándose tiempo después en la Ciudad Paso del Norte (México), fue detenido y condenado a un año de prisión. El enjuiciamiento y la condenación de Cutting tuvieron lugar conforme al art. 198 del Código Penal mexicano, que estatuye el principio denominado de personalidad pasiva (una forma de principio real o de defensa). El gobierno norteamericano protestó no sólo porque el tribunal juzgador no ofrecía - en su opinión - todas las garantías necesarias, sino también “porque la pretensión de las autoridades mexicanas atentaba contra los derechos de los EE.UU de establecer su competencia penal según el lugar de ejecución del delito y la nacionalidad del delincuente”. El incidente terminó con la sumisión de las autoridades mexicanas, lo que constituyó una “capitulación simulada”. Cfr. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 107 ss. Cfr. OEHLER, 1983, p. 420. Casos más graves se han continuado presentando sobre todo debido al desarrollo de delitos internacionales y de los medios con los que se les combate.

señalaban, en el art. 9, algunas circunstancias en que “cesa la jurisdicción nacional” y, en el art. 7, quienes eran los jueces competentes en el caso de delitos cometidos en país extranjero, alta mar o aguas de ajena jurisdicción. Al elaborar el Código de Procedimientos en Materia Criminal en 1920, nuestro legislador no conservó todas estas disposiciones. En los arts. 9 y 10, se limitó a regular en sentido amplio, el principio real (delito “contra un peruano o contra la seguridad del Estado, falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales”); y, señaló de manera diferente las condiciones de represión para estas infracciones.

Los arts. 6, 7 y 8 del CdePP de 1940 son semejantes a las disposiciones del Código de 1920, notándose en ellos, con mayor claridad, la influencia francesa²¹². El texto de dichos artículos no estaba en completa armonía con lo dispuesto en los arts. 4, 5 y 6 del CP de 1924 y los cuales figuraban en el Proyecto de 1916 (arts. 4, 5 y 6). 608

El principio de territorialidad sigue siendo el pivote sobre el que gira el sistema del derecho penal internacional. Su aplicación general está prevista en el art. 1, salvo las excepciones contenidas en el derecho internacional. En el pf. 2 de esta disposición, recordando la vieja idea de los territorios flotantes, se fijan las condiciones en las que la ley penal nacional también se aplica a los delitos cometidos en naves o aeronaves. 609

Los diversos casos de aplicación de la ley penal nacional a los delitos cometidos en el extranjero son enumerados en los diversos acápite del art. 2. Así, de manera clara, se prevé el principio real o de defensa en el número 3. Con cierta relación a este criterio, se regulan separadamente los casos de atentados contra la seguridad, la tranquilidad pública, de conductas tipificadas como lavados de activos - según la modificación prevista por el DLeg N° 982, del 21 de julio de 2007-, y del funcionario o servidor público que delinque en el desempeño de su cargo. En el inc. 4, se dispone bajo que condiciones se aplica la ley penal nacional cuando el delito es cometido contra un peruano (principio de la personalidad pasiva) o por un peruano (principio de la personalidad activa). Por último, en el art. 5, se regula la competencia asumida por el Estado peruano mediante tratados internacionales. 610

²¹² Cfr. Code d’instruction criminelle, arts. 5 y 7.

- 611 En el art. 3, se dispone que se aplicará la ley penal nacional cuando, por no haber accedido al pedido de extradición el Estado peruano debe reprimir al responsable²¹³. La regulación es complementada, primero, mediante el art. 4, en el que se prevén diversas excepciones a la aplicación de la ley peruana, en virtud de los incs. 2, 3, 4 y 5 de la misma disposición Segundo, por el art. 5, en el que se estatuye el principio de la ubicuidad para resolver los problemas relativos a la determinación del lugar donde se reputa cometido el delito.
- 612 En cuanto al derecho internacional, hay que tener en cuenta, por ejemplo, lo dispuesto en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889²¹⁴ y el Tratado de La Habana de 1928 (“Código Bustamante”)²¹⁵, cuyas disposiciones, a la vez que no concuerdan de manera exacta, entre sí, tampoco corresponden a los principios admitidos en el Código.
- 613 De modo que en nuestro país hay una multiplicidad de normas sobre el dominio de aplicación de la ley penal. Las reglas estatuidas en los tratados internacionales se aplicarán a todos los casos relacionados con los países contratantes y las normas del Código regirán para los demás. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero. Además, la legislación peruana cuenta con una Ley de aeronáutica Civil que regula qué norma es aplicable a las infracciones cometidas a bordo de aeronaves²¹⁶. El NCPP, Libro Séptimo dedicado a “La Cooperación Judicial Internacional”, prevé reglas sobre la extradición, la asistencia judicial internacional, las diligencias en el exterior, el cumplimiento de condenas, la entrega vigilada y la cooperación con la Corte Penal Internacional. Estas disposiciones derogan implícitamente las establecidas por la Ley de Extradición N° 24710)²¹⁷.

²¹³ Ley N° 24710, del 27 de junio de 1987, a la fecha tácitamente derogada por el NCPP, cuyo Libro VII “La Cooperación Judicial Internacional” se encuentra vigente en todos los distritos judiciales del Estado).

²¹⁴ Ratificado por Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Perú (RLeg., del 25 de octubre de 1889). El Tratado de 1940, no ha sido ratificado por el Perú. Ver Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado, p. 173 ss.

²¹⁵ Son estados parte: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú (RLeg N° 6462, del 31 de diciembre de 1928).

²¹⁶ Ley N° 27261, del 10 de mayo de 2000; ya el Código Bustamante se refería a esos casos, no así nuestro Código.

²¹⁷ Los Tratados de Montevideo y de la Habana (Código Bustamante) también contienen reglas sobre esta institución; el Gobierno peruano ha firmado diversos tratados bilaterales de extradición; así por ejemplo con Bélgica, España, Estados Unidos, Reino Unido, etc.

II. Principio de territorialidad

1. Fuentes y límites

Según el principio de territorialidad, la ley penal se aplica cuando delito ha sido cometido en territorio nacional, sin tener en consideración la nacionalidad del autor o el carácter de los bienes jurídicos lesionados. 614

En el art. 1 del Código vigente, de modo más preciso que en el art. 4 del CP de 1924²¹⁸, se establece, expresamente, que: “La ley penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República”. De esta manera, se deja de hacer referencia, como sucedía en el código derogado, sólo al hecho de que “será reprimido todo el que cometa una infracción en el territorio de la República...”²¹⁹. 615

El florecimiento del nacionalismo y del Imperio, durante el período de la Revolución Francesa, determinó la consagración en la legislación de Europa continental del principio territorial, como la regla fundamental para la determinación del dominio de aplicación de la ley penal²²⁰. Fue preconizado por diversos filósofos de la Ilustración, en especial por Montesquieu y Rousseau. La regulación del principio de territorialidad se inicia en la legislación francesa y, luego, se difunde en el derecho de los demás países, mediante la afirmación estricta de que la justicia penal es territorial. 616

La preeminencia del principio territorial en el derecho inglés, por el contrario, tiene sus raíces en el sistema acusatorio, según el cual el jurado de acusación estaba autorizado para conocer sólo lo que sucedía en su condado²²¹. 617

En el derecho europeo y, por lo tanto, en el nuestro, el principio territorial se basa en la soberanía del Estado (*Grundsatz der Gebietshoheit*), una de cuyas expresiones es dictar leyes penales²²². 618

²¹⁸ CORNEJO, 1926, p. 14.

²¹⁹ El acápite primero del art. 2 del Código de Enjuiciamientos en Materia penal de 1863 estatúa que están sujetos a jurisdicción criminal de la nación “los peruanos y extranjeros que delinquen en el territorio de la República”. Tampoco se refería, pues, de manera expresa a que la ley aplicable es la peruana.

²²⁰ Cfr. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 5; OEHLER, 1983, p. 110 ss.; ZLATERIC, 1968, p. 157.

²²¹ DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 5 ss.

²²² HART, 1963, p. 31, dice, con razón, que “el sistema jurídico de un Estado moderno se caracteriza por un tipo especial de soberanía e independencia territoriales”; Cfr. JESCHECK, 1965a, p. 85.

- 619 El fundamento jurídico de este principio es, generalmente, de orden procesal, represivo e internacional²²³. Así, se estima que facilita la indagación de las pruebas, permite restaurar en corto plazo el orden público en donde el delito ha sido cometido y hace más eficaz el efecto ejemplarizador de la pena.
- 620 El primer deber del Estado, mencionado en la Constitución (art. 44, inc. 1), es el de “defender la soberanía nacional”. En el dominio penal, el Estado trata de imponer un determinado orden para asegurar la protección de ciertos bienes que considera importantes. La violación de una de sus disposiciones es considerada como una desobediencia a su autoridad y cuya sanción sólo a él corresponde. La aplicación irrestricta de este principio, conduciría a desconocer todo hecho delictuoso cometido fuera del país y a no tener en cuenta los precedentes judiciales extranjeros²²⁴.

2. Territorio

- 621 La amplitud del dominio de aplicación del principio territorial depende de lo que se comprenda por “territorio” y de la manera cómo se determine el “lugar de comisión de la infracción”.
- 622 El territorio²²⁵ es, sobre todo, circunscrito mediante normas internacionales. Éstas constituyen la base de las disposiciones de derecho público interno que regulan su extensión. En ningún caso, el Estado puede de manera unilateral establecer el ámbito de su dominio geográfico, el mismo que está constituido por la superficie del globo terrestre enmarcada por los límites estatales, el subsuelo, el mar territorial y el espacio aéreo que cubre tanto al suelo como al mar. A este espacio se limita la validez del orden jurídico y fuera de él queda el “extranjero”.
- 623 En el art. 54 Const. se establece que el territorio “comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre”. Respecto al dominio marítimo se dispone que está constituido por “el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley”. Además, estatuye que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjui-

²²³ DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 11.

²²⁴ DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 12 ss.; en relación con el derecho anglosajón, Cfr. OEHLER, 1983, p. 30 ss.

²²⁵ GRÜTZNER, 1964, p. 16; KINDHÄUSER, 2006, Vor §§ 3-7, N° 13; VELÁSQUEZ, 2010, p. 200.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 87 ss.

cio de las libertades de comunicación internacional, sobre su dominio marítimo y sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente, de conformidad con la ley y con los tratados internacionales ratificados.

La expresión territorio de la República del art. 1 debe comprenderse en este sentido amplio. El mismo que ya era supuesto en otras normas legales. Por ejemplo, en el DS N° 781, del 10 de agosto de 1947, referente al mar territorial, se estatuyó que “la soberanía y la jurisdicción nacional se ejercerán también sobre el mar adyacente a las costas del territorio nacional...” (art. 28). Con esta última expresión se hacía alusión, sin duda, sólo a la superficie terrestre, a la que también se designaba con el término territorio²²⁶. Un acto de soberanía nacional es, sin ninguna duda, la aplicación de la ley penal a los actos delictuosos cometidos en embarcaciones que se encuentran en esta zona marítima. 624

El empleo de la expresión dominio marítimo, en lugar de mar territorial, ha sido determinado por razones doctrinales y, en especial, por preocupaciones de política internacional. Esto se evidenció en la discusión que tuvo lugar en torno a la conveniencia o no de que el Perú suscribiera el acta final de la Convención del mar. La respuesta negativa del Gobierno se inspiró en la noción estricta (física y normativa) de mar territorial²²⁷. 625

La extensión del mar territorial²²⁸ fue señalada por el Estado peruano en 200 millas (art. 3 del DS N° 781). Se ratificó el contenido de este Decreto en la Declaración de la Zona Marítima (Santiago de Chile, 18 de agosto de 1952) y en la que se expusieron los fundamentos económicos y sociales. Esta extensión no es reconocida por todos los países; pero en ella es indispensable que el Estado peruano ejerza soberanía y jurisdicción para “reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo dicho mar se encuentran” (art. 2 del DS antes mencionado)²²⁹. Los fines específicos que justifican la decisión peruana 626

²²⁶ Ley de Aeronáutica Civil N° 15720, del 28 de octubre de 1965 y su reglamento aprobado por DS del 28 de diciembre de 1965.

²²⁷ Cfr. GARCIA BELAUNDE, 1984, p. 22.

²²⁸ NOVAK/GARCÍA-GORROCHANO, 2001, p. 202 ss.

²²⁹ Sobre mar territorial, consultar: GARCIA BELAUNDE, 1989, p. 159 ss., en particular, p. 178 ss., y los autores citados; HERRERA PAULSEN, 1970, p. 59; PAREJA, 1973, p. 202 ss. En el plano internacional se discute mucho sobre su extensión: La Conferencia Panamericana reunida en Panamá en octubre de 1939, la fijó en 300 millas; la Convención Interamericana de neutralidad, reunida en Río de Janeiro en setiembre de 1941, recomendó que se fijara en 12 millas. Cfr. GARCIA BELAUNDE, 1984, p. 20 ss.

permiten, de otro lado, que admita un criterio distinto en relación con la represión penal. En el Tratado de Montevideo de Derecho penal internacional de 1889, se señalaban cinco millas²³⁰. La noción de mar territorial de una extensión de 200 millas ha sido reafirmada por el Perú, negándose a suscribir la Convención del mar de 1982, aprobada en la Tercera Conferencia Mundial sobre el Derecho del Mar (1973), en la que se distingue una zona contigua que no debe superar las 24 millas y una zona territorial de 12 millas, además de una zona económica exclusiva hasta las 200 millas. Sobre la tercera se reconoce al Estado ribereño una soberanía modal o funcional (arts. 3, 33 y 57).

- 627 Respecto a la navegación de naves extranjeras hay que considerar, conforme a la fórmula “salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional” del art. 1, el denominado “paso inocente”. En términos de la Convención del Mar, por ejemplo, se trata del hecho de “atravesar mucho mar sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala” (art. 18, inc. 1, lit. a). El carácter de inocente, según el art. 19 de esta misma Convención, significa que “no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño”.
- 628 En cuanto al espacio aéreo, el gobierno peruano declaró, mediante RS del 15 de noviembre de 1921, tener derecho absoluto sobre la parte que cubre su territorio y sus aguas territoriales (Reglamento de la Aviación civil y Comercial. Por Resolución Suprema del 17 de setiembre de 1936, se adhirió a la Convención Internacional de Navegación Aérea de París de 1919 (CINA), renovada en 1929 y 1933, en la que se reconocía tal derecho²³¹. En

²³⁰ El art. 12 de dicho Tratado estatuye que “se declaran aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de 5 millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada Estado”. Esta norma ha sido reproducida en el Tratado de 1940 del cual el Perú es signatario; pero, que aún no ha ratificado.

²³¹ En la Convención de Chicago del 7 de setiembre de 1944, se reafirmó los términos de la Convención de París relativos a la soberanía nacional en el espacio aéreo. En su art. 1, se dice que cada Estado tiene soberanía total y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio. Declaración que es precisada en el art. 2, en el que establece que “se consideran como territorio de un Estado las áreas terrestres y las aguas territoriales subyacentes a ellas que se encuentren bajo soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado”. La Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), creada por dicha Convención, ha propiciado convenios internacionales para reprimir los actos ilícitos que se ejecuten contra la aviación comercial. El “Convenio sobre las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves”, Tokio, 14 de setiembre de 1963, y aprobado por el gobierno mediante DL N° 22092, del 21 de febrero de 1978. El Convenio sobre piratería aérea, La Haya, 1970. El Convenio sobre la sanción de actos de violencia contra la persona cometidos a bordo de aeronaves, Montreal, 1971.

el art. 2 de la Ley de Aeronáutica Civil de 1965, se estatuye claramente que: “La República del Perú ejerce soberanía exclusiva sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y aguas jurisdiccionales comprendidas dentro de las 200 millas”.

La referencia al espacio aéreo en el Código es indirecta; así, en el art. 1, último párrafo, cuando se alude al “espacio aéreo donde ningún Estado ejerce soberanía” en relación con los delitos cometidos a bordo de aeronaves nacionales privadas, se supone que el Estado ejerce soberanía en el espacio aéreo. En qué consiste el mismo es una cuestión determinada a nivel internacional y declarada en el derecho público interno. Así, con claridad, se dice, en el art. 54 Const. que “el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas”.

3. Lugar de comisión de la infracción

Se trata de localizar el delito en el espacio; dicho de otra manera, de fijar el lugar donde se le reputa cometido. Para lo cual es indispensable tener en cuenta la índole de la conducta punible. En el caso del delito formal o de mera actividad (*Tätigkeitsdelikt*), su realización se agota con la acción ilícita (comisión u omisión). No requiere, por lo tanto, de la producción de un resultado diferenciado del comportamiento del agente (p. ej., el secuestro). Por el contrario, el delito material o de resultado (*Erfolgsdelikte*) implica que el autor, mediante su acción, sí lo produzca. Es el caso por ejemplo del homicidio, consistente en atacar a una persona y provocarle la muerte.

Respecto al primero, la localización en el espacio se complica cuando el comportamiento del agente se materializa en varios lugares. En otras palabras, cuando los elementos constitutivos del delito se dan en espacios diferentes. Así, cuando el delincuente desplaza a la persona raptada por diversos sitios o si el violador hace sufrir el acto sexual a la víctima en una estancia diferente de donde la puso en incapacidad de resistir.

En cuanto al delito material, puede suceder que el lugar donde la víctima fue atacada físicamente a y el lugar donde fallece no coincidan Este caso es el llamado delito a distancia (*Distanzdelikt*) y su localización espacial plantea muchas dificultades.

a. Diferentes teorías

- 633 Mediante diversos criterios, se ha tratado de resolver este problema. Según la teoría de la acción (*Handlungs- oder Tätigkeitstheorie*), se reputa que el delito ha sido cometido en donde el agente la ha ejecutado. En favor de este planteamiento se considera que la voluntad criminal se manifiesta en este sitio y que ahí es donde se pueden hallar con relativa seguridad las pruebas para el juzgamiento del responsable. En oposición a esta concepción, de acuerdo con la teoría del resultado (*Erfolgstheorie*), dicho lugar es donde éste se ha producido. Este factor constituiría el elemento decisivo en la medida en que su realización conlleva la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Por último, de conformidad con la teoría de la ubicuidad (*Ubiquitätstheorie*), el delito es reputado cometido tanto en donde el agente ha obrado, como en donde el resultado ha tenido lugar. Sin embargo, ninguno de estos criterios ha permitido superar todas las dificultades. El problema reside, sobre todo, en la imprecisión de las expresiones acción y resultado.
- 634 Para superar dichas dificultades, se han ideado diferentes soluciones, teniendo en cuenta las características específicas de los delitos. Así, considerando que el resultado típico (la muerte en el homicidio) está precedido de un efecto inmediato, primera consecuencia del acto delictuoso que puede ser ya considerado como resultado (la lesión causada por el homicida), se propone que se reputa cometido el delito donde se haya producido el efecto inmediato (teoría de la acción a distancia, *Zwischenwirkungstheorie*). También, se ha propuesto que se tenga por lugar de comisión todo sitio donde se hubiera desarrollado el hecho punible; es decir, en donde se realicen total o parcialmente los elementos materiales de la infracción, así como donde se han producido el efecto inmediato o el resultado final (teoría de la ubicuidad absoluta). De modo que basta que el delito concierna de cualquier modo al territorio nacional. Este criterio multiplica necesariamente los conflictos positivos de competencia. Su aplicación irrestricta da lugar a situaciones absurdas, por ejemplo en relación con los llamados delitos de tránsito (*Transitverbrechen*). Así, debería considerarse lugar de comisión del delito de injurias todos y cada uno de los territorios por los cuales transita la carta de agravios remitida desde Pekín a Lima²³².

²³² Cfr. SCHULTZ, 1977 I, p. 103; así mismo en caso de un mensaje por internet que transita por varios países antes de llegar a destino.

b. Solución legal y su interpretación

A diferencia del CP de 1924, en el que no se optaba expresamente por uno de los criterios antes expuestos, en el vigente se acepta el principio de la ubicuidad²³³. Según su art. 5, el “lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos” 635

De manera correcta se consideran también los casos de participación delictuosa, aunque si se hubiera omitido la referencia expresa no se hubieran alterado significativamente los alcances de la disposición. Por el contrario, constituye una insuficiencia importante el que se haga referencia a los “efectos” del comportamiento, en lugar de limitarse al “resultado”. Del texto legal, se deduciría, en consecuencia, que el legislador ha escogido la teoría de la ubicuidad absoluta. Lo que no concuerda con la breve explicación dada en la exposición de motivos. En ésta, se dice que la “novedad consiste aquí en aceptar el criterio de la ubicuidad para determinar el lugar de comisión del delito, pudiendo ser aquel sitio en que se produjo la acción u omisión o el de la manifestación del resultado”. Esta diferencia en relación con el texto legal se debe quizás a que la exposición de motivos no fue, en realidad, redactada con referencia al texto definitivo. El texto vigente figura en los Proyectos de 1990 (art. 10) y 1991 (art. 5), mientras que en el art. 3 del Proyecto de octubre de 1984, donde se reguló por primera vez el citado principio, se establecía “así como donde se produjo o debería producirse el resultado”. Esta fórmula fue conservada en los Proyectos de 1985 (art. 4) y 1986 (art. 4). Si bien dicha referencia a los “efectos” es confirmada en el art. 2, numeral 2, en la medida en que en esta norma se establece que los atentados contra la seguridad o la tranquilidad pública deben producir “sus efectos en el territorio de la República”, resulta más significativo para no admitir el principio de ubicuidad absoluta el hecho de que, al fijar el momento de comisión del delito, se establezca, en el art. 9, que “es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca”. Como en el caso de la localización de la conducta punible, la mención del resultado se hizo también en el Proyecto de 1984. En su art. 6, se considera cometido el delito “en el momento de la acción u omisión, aunque otro sea el del resultado”. Por las razones indicadas antes, nos parece que el art. 5 debe ser interpretado en el sentido del principio de ubicuidad restrictiva. 636

²³³ GARCÍA CAVERO, 2008. p. 193 ss.; VILLAVICENCIO, 2006, p. 194.

- 637 El factor decisivo es que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o totalmente, sea ejecutado en el territorio nacional. Poco importa que se trate de un caso de consumación o de tentativa. Respecto a esta última, se admite también que el delito se debe reputar cometido en el lugar donde, según el plan delictivo, el resultado debería haberse producido.
- 638 En el caso de omisión propiamente dicha, basta que el agente hubiera dejado en forma parcial de realizar el comportamiento ordenado de manera implícita por el tipo legal en cuestión. Sin embargo, no debe comprenderse, mediante una simple interpretación literal del art. 9, que también la omisión es cometida donde produce sus efectos, aun cuando éstos no constituyan elementos del tipo legal del delito de omisión propia. Así, no puede considerarse como lugar de comisión, el sitio donde el menor de edad reside y no recibe la pensión alimenticia de parte de su padre, sino el lugar donde éste omite cumplir con su obligación legal (art. 149). Caso diferente es el de la omisión impropia, en la que mediante su abstención el agente (garante) realiza el tipo legal de un delito material. El lugar de comisión es tanto donde el agente omite obrar, como donde el delito se consuma.
- 639 Los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito no son considerados, en general, para determinar el lugar de comisión. Por ejemplo, en cuanto a la alteración o supresión de la filiación de un menor (art. 145), el fin del agente de alterarla o suprimirla es sólo un elemento subjetivo del tipo legal. En consecuencia, para su consumación, no es indispensable que el delincuente alcance su objetivo. Igualmente, los actos realizados para materializar este fin no son elementos constitutivos de este delito y, por tanto, no pueden ser utilizados para establecer cualquier factor de relación o de conexión.
- 640 Actualmente, debido al desarrollo de la informática, se plantean cuestiones interesantes respecto a la comisión de delitos mediante este medio técnico, en particular por intermedio de internet (p. ej., estafas, amenazas, injurias). A pesar de sus peculiaridades, no hay grandes dificultades en aplicar el principio de territorialidad. Así, debe considerarse como lugar de comisión del delito el sitio donde el agente actúa (p. ej., escribe y envía el mensaje electrónico injurioso) o donde el resultado se produce. Sin embargo, la aplicación del principio de territorialidad en su sentido absoluto produciría el efecto no deseado de considerar como competentes a todos los Estados donde la información ha sido difundida. Para evitar esto, deberían conside-

rarse sólo los casos en los que el resultado típico se ha materializado (p. ej., donde la víctima de una estafa vía internet, se encuentre en el momento de efectuar el acto de disposición patrimonial perjudicial)²³⁴.

c. Misiones diplomáticas

Los locales de las misiones diplomáticas de los Estados acreditados eran considerados como territorio extranjero. Así, las parcelas del territorio nacional, ocupadas por éstas, eran tratadas como si fueran territorio del Estado representado ante el gobierno peruano. Esta ficción ya no es aceptada, pues, llevada a sus últimas consecuencias tendría que reconocerse también que el Estado foráneo fuera soberano sobre el subsuelo y el espacio aéreo relativo al territorio ocupado por su misión. De acuerdo con el criterio vigente, se estima que es una cuestión concerniente a la aplicación de la ley penal en cuanto a las personas²³⁵. El derecho nacional es aplicable en principio a los actos delictivos cometidos en los locales de las misiones; pero la competencia de las autoridades nacionales para ejercer su poder coercitivo es suspendida, mientras perdure la inmunidad que se les reconoce. 641

d. Principio de la matrícula o del pabellón

También se admitía, tradicionalmente, que las naves o aeronaves constituían una extensión del territorio nacional (teoría de los territorios flotantes)²³⁶. Esta ficción es, hoy en día, rechazada y siempre fue muy criticada. Su admisión crea mucha confusión; pues, tendría que considerarse -en caso de nave- como territorio nacional la superficie de agua sobre la que navega, también la que la rodea y el espacio aéreo que la cubre. Aun cuando se afirme que la noción de territorio flotante no debe ser comprendida en un sentido naturalista sino jurídico, no deja de ser fuente de dificultades. 642

De lo que se trata es de reconocer que es necesario, debido a los caracteres propios de estos medios de transporte y el desarrollo que han alcanzado, establecer un tratamiento especial para los casos en que se cometan infracciones a bordo. Para lograrlo no es indispensable recurrir a la ficción de los territorios flotantes. Tampoco es correcto pensar que de lo que se trata es de “determinar si el delito se tendrá por cometido en el interior o en el 643

²³⁴ Cfr. SCHWARZENEGGER, 2000, p. 124.

²³⁵ Cfr. *infra* N° 918 ss.

²³⁶ MAURACH/ZIPE, § 11 N° 14; BRAMONT ARIAS, 1950, p. 154-155.

extranjero”²³⁷. Lo que interesa más bien es fijar la conveniencia de que la ley penal nacional se aplique o no en tales casos.

- 644 En el art. 1, segunda parte, lo que hace en realidad el legislador peruano es, primero, reafirmar la regla de que su ley penal se aplica siempre a todos los actos cometidos en su territorio (suelo, mar territorial, espacio aéreo); segundo, admitir la teoría del pabellón²³⁸, para reprimir, en todos los casos, los comportamientos delictivos cometidos a bordo de naves o aeronaves nacionales públicas y, cuando sean efectuados en alta mar a bordo de naves o aeronaves nacionales privadas, a causa de que ningún Estado tiene soberanía sobre esta zona marina porque es “*res nullius*”²³⁹. Mediante la última regla, el legislador es consecuente con el criterio que le sirve de punto de partida (principio territorial), ya que deja en manos de los otros Estados la represión de las infracciones que se cometan en las naves nacionales que se hallen en las aguas territoriales de éstos. Además, debe tenerse en cuenta que el Estado peruano puede invocar cualquiera de los otros principios (real o de defensa, personalidad activa o pasiva, universal) para reprimir algunas de las infracciones que se cometan en naves o aeronaves nacionales que se hallen en el mar o espacio territorial de otro países.
- 645 En caso de naves, el reconocimiento de la jurisdicción del Estado ribereño para aplicar su ley a las infracciones cometidas a bordo de naves privadas peruanas que surcan sus aguas territoriales, supone que el Estado peruano se arroga la potestad de aplicar su ley a los responsables de delitos realizados a bordo de naves extranjeras que se encuentran en aguas territoriales del Perú.
- 646 Este criterio, estatuido también en la legislación vigente, nos parece incorrecto y no conforme a la orientación mayoritaria en la legislación extranjera. No resulta clara la manera de cómo se reafirmaría la soberanía nacional declarando la aplicación de la ley peruana a un crimen de lesiones cometido, a bordo de una nave mercante panameña, por un marinero griego en agravio de un libio. Tampoco es evidente el perjuicio que sufriría la soberanía nacional si no se afirma su competencia para reprimirlo conforme la ley del Perú. Más racional y práctico es limitar la aplicación de la

²³⁷ SOLER, 1976a. T.I., p. 154; su criterio puede ser, tal vez, correcto de acuerdo con las disposiciones de la ley argentina que comenta.

²³⁸ Este principio figuraba ya en el art. 8 del Tratado de Montevideo de 1889.

²³⁹ Definida en el art. 86 de la Convención del Mar; en el art. 92 se dispone que las naves navegarán bajo pabellón de un solo Estado y en el art. 87, la libertad de navegación en alta mar.

ley nacional a las infracciones, cometidas a bordo de naves extranjeras que se encuentren en aguas peruanas, que por sus consecuencias se relacionan con intereses del país. En la Convención sobre el Derecho del Mar, art. 27, se señalan los casos siguientes: primero, cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño; o sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial; segundo, cuando el capitán o un agente diplomático del Estado del pabellón de la aeronave haya solicitado asistencia a las autoridades locales; tercero, si es necesario para la represión del tráfico de drogas (otro ejemplo es la fórmula empleada en la Ley de Aeronáutica civil, art. 5)²⁴⁰.

Respecto a las aeronaves, hay que destacar que, en oposición a la solución unitaria adoptada por el legislador nacional, por las diferencias que existen entre la circulación aérea y la marítima, los problemas que surjan por la comisión de un delito a bordo de una aeronave no pueden ser resueltos de manera idéntica en todos los aspectos²⁴¹. La efectiva aplicación del principio territorial, por ejemplo, es poco practicable por la imposibilidad o gran dificultad que existe en ciertas circunstancias para saber en qué espacio aéreo se encontraba la aeronave al cometerse la infracción; como por el hecho de que las aeronaves sobrevuelan zonas en donde nadie ejerce soberanía y, por último, a que el Estado al que pertenece el espacio aéreo se desinteresa con frecuencia en ejercerla²⁴². Por esto, hizo bien el legislador al establecer, en la Ley de Aeronáutica Civil, el principio de la nacionalidad de la aeronave. Regla que, además, es con frecuencia admitida en la actualidad²⁴³.

Según el art. 5 de esta ley, “se someterán también a las leyes del Perú y serán juzgados por sus tribunales, los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos a bordo de una aeronave civil peruana en los siguientes casos: 1.- Cuando el vuelo se efectúa sobre alta mar o en espacio aéreo no sujeto a la soberanía de ningún Estado; 2.- Durante el vuelo sobre territorio extran-

²⁴⁰ Este criterio fue aceptado en el Código Bustamante. Así, en su art. 2, se exige que debe existir una “relación entre el hecho delictuoso y el país y sus habitantes o perturbar su tranquilidad”. También figura en el art. 19 de las Normas penales de las Convenciones sobre el Derecho del mar de Ginebra 1958; consultar: OEHLER, 1983, p. 305 ss.; GRÜTZNER, 1964, p. 24 ss.

²⁴¹ MEYER, 1957, p. 605.

²⁴² MEYER, 1957, p. 605 ss.

²⁴³ Según ZLATERIC, 1968, p. 195, no se le debe asimilar al “principio del pabellón” porque las aeronaves, a diferencia de las naves, no enarbolan bandera. Ver: Convención de Tokio de 1963. Conforme al art. 96 de la Constitución de 1979, “la nacionalidad de las naves y aeronaves se rige por la ley y los tratados”.

jero, excepto en aquellos casos en que se lesione la seguridad o el orden público del Estado subyacente, o se cause daños a las personas o a los bienes que se encuentren en la superficie de dicho Estado”. En el art. 6, se estatuye que “los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos a bordo de una aeronave civil extranjera en vuelo sobre territorio peruano, se regirán por las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto en los siguientes casos, en que se aplicará la ley peruana: 1.- Cuando tales actos o hechos lesionan la seguridad del Estado o el orden público del Perú; 2.- Cuando como consecuencia de tales actos o hechos se causen daños a las personas o a los bienes de terceros en territorio peruano; y 3.- cuando se trate de un delito, y se hubiera realizado en la República el primer aterrizaje posterior a su comisión, excepto en el caso de pedido de extradición”²⁴⁴.

- 649 Debemos destacar, en primer lugar, el carácter general de estas disposiciones. Se refieren no sólo a los delitos cometidos a bordo, sino también a hechos ocurridos y actos realizados. Es decir, que comprenden también, por ejemplo, los actos jurídicos civiles que se lleven a cabo a bordo; las violaciones que cometan los pasajeros a los reglamentos internos de la aeronave, y los comportamientos indisciplinados realizados por los miembros del equipaje²⁴⁵.
- 650 En segundo lugar, el legislador trata de hechos o actos sucedidos a bordo de una aeronave y durante el vuelo. Por lo que *-contrario sensu-* se debe deducir que la ley nacional se aplicará siempre que los actos sean cometidos cuando se hallen en aeropuerto nacional, según el principio territorial.
- 651 En doctrina y en las convenciones internacionales, se ha tratado de fijar desde qué momento se considera que la aeronave se encuentra en vuelo. Según la Convención de Tokio, una aeronave está en vuelo desde el momento en que “la fuerza motriz es empleada para despegar hasta el momento en que el aterrizaje ha terminado”. Esta regla aparece ya en el art. 1, inc. 21, de la Convención internacional de Roma de 1952 y en el anexo 6 de la Convención de Chicago de 1944²⁴⁶.

²⁴⁴ Ver: arts. 2 y 5 de la Ley de Aeronáutica Civil.

²⁴⁵ Algunos autores recomiendan, en parte con razón, que los atentados contra el reglamento interno de la aeronave o los actos de indisciplina de los miembros del equipaje sean siempre reprimidos por el Estado cuya nacionalidad tiene la aeronave. Arguyen que tales disposiciones son “*sui generis*” y de naturaleza “rigurosamente nacional”. Cfr. MEYER, 1957, p. 616 ss.

²⁴⁶ Cfr. GRÜTZNER, 1964 p. 27.

Teniendo en cuenta las reglas establecidas en la Ley de Aeronáutica Civil, 652
tampoco es necesario distinguir -como se hace en doctrina- entre delitos cometidos mediante aeronaves y los ejecutados a bordo de aeronaves. Un ejemplo de los primeros, puede ser el “impedir o perturbar, intencionalmente, la circulación pública” por el aire, sobrevolando en aeronave un aeropuerto (delito contra las comunicaciones públicas, art. 268). En este caso, es evidente que se aplicará la ley nacional en virtud del principio territorial.

En tercer lugar, subrayemos que las reglas de la Ley de aeronáutica Civil se 653
refieren sólo a las aeronaves civiles peruanas o extranjeras; y no a las aeronaves públicas. El art. 2, inc. a del CJMP (DLeg N° 956, del 11 de enero de 2006) estatuye la competencia de los tribunales militares nacionales sobre infracciones cometidas en alta mar o a bordo de naves y aeronaves militares o policiales peruanas.

Son naves o aeronaves públicas peruanas las militares y las destinadas en 654
exclusividad al servicio del poder público, tales como: correos, aduanas y policía. Todas las otras serán reputadas civiles peruanas (p. ej., art. 19 de la Ley de Aeronáutica Civil). La nacionalidad de las últimas está determinada por su inscripción en el Registro Público de aeronaves del Perú²⁴⁷.

De lo expuesto, pareciera que las aeronaves del Estado destinadas exclusi- 655
vamente al servicio de correos estuvieran fuera del régimen establecido por la Ley de Aeronáutica Civil. Sin embargo, en esta misma norma se estatuye que “las aeronaves del Estado, distintas de las aeronaves militares, de aduana o de policía, serán tratadas como aeronaves civiles y estarán sometidas a las disposiciones de presente ley”²⁴⁸.

En el Código Bustamante se emplea una terminología semejante a la del CP 656
de 1924. Se hace referencia a “aeronaves de guerra” y “aeronaves mercantes” y se establece la regla de la nacionalidad de la aeronave para ambos casos (arts. 300 y 301); limitando su aplicación para las “mercantes” a los casos en que las infracciones tengan “relación con el país y sus habitantes (o) perturban su tranquilidad” (art. 301, *in fine*).

²⁴⁷ Art. 20 de la Ley de Aeronáutica Civil. Normas sobre el establecimiento de tal registro, se estatuyen ya en el convenio de París de 1919, en el de Madrid de 1926 y en los de la Habana de 1928 y de Chicago de 1944. Cfr. CLAISSE, en Jurisprudencia argentina, N° 4600, del 25 de setiembre de 1974, p. 2 y 5.

²⁴⁸ Art. 19, inc. 4; esta regla establece una excepción en relación con el art. 19, pf. 2, que considera, pues, entre las naves estatales también a las consagradas exclusivamente al servicio de correos.

- 657 Las reglas de la Ley de Aeronáutica Civil son más precisas sobre este punto. En los arts. 5 y 6, se enumeran las condiciones que deben presentarse: a) daños a la seguridad o al orden público; y b) daños a las personas o a los bienes que se encuentren en la superficie del Estado.
- 658 El art. 6, inc. 3, señala además otro caso en que se aplicará la ley nacional a los delitos cometidos en aeronaves extranjeras que sobrevuelan el territorio peruano, “si hubiera la aeronave realizado en la República el primer aterrizaje posterior a su comisión”²⁴⁹.
- 659 De este somero análisis de las disposiciones de la Ley de Aeronáutica Civil, hay que concluir, que la regla fundamental -a diferencia de lo que sucede con las naves en que predomina el principio territorial- es que se aplica el principio de nacionalidad de las aeronaves civiles, conforme al cual se someterá a los agentes de infracciones cometidas a bordo de éstas a la ley del Estado en donde estén inscritas. Sólo en las situaciones especiales enumeradas por la ley, se aplicará por excepción las disposiciones legales del Estado en cuyo espacio aéreo vuela la aeronave.
- 660 En el Código, la misma regla es aplicada a las naves y aeronaves; ignorándose así normas como las admitidas en las convenciones internacionales. Deben, por el contrario, perfeccionarse tales reglas y tratar de aplicarlas al caso de las naves para limitar, de manera prudente, la intervención de los órganos jurisdiccionales peruanos y la aplicación de la ley penal nacional.

e. Actos de participación

- 661 En el art. 1, no se hace referencia a los actos de los participantes para determinar el lugar de comisión del delito. De modo que hay que entender que la expresión “todo el que comete un hecho punible” se refiere tanto al que actúa solo, como a todos los que en conjunto intervienen en el acto delictivo. Por el contrario, en el art. 5, se dice “el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar”. La redacción de esta disposición sólo pone en evidencia los casos de participación, implícitos en el texto del art. 1, sin aportar criterios para resolver los diversos problemas que se plantean en razón a la diversidad de formas que asume la participación delictiva (principal y secundaria).

²⁴⁹ Sobre los inconvenientes de admitir esta solución, MEYER, 1957, p. 638 ss.; y Resoluciones de la Séptima Conferencia Interamericana de Estados americanos de Montevideo de 1933.

Los coautores y el autor mediato participan en el delito a título principal. 662
Los primeros, sin necesidad de cumplir actos de ejecución, se asocian a la decisión inicial de cometerlo o a la ejecución de éste con tal intensidad que aparecen como autores. De la noción mixta de participación de los coautores, se deduce que cada uno responde por lo que los otros han realizado, de modo que el delito cometido en coautoría es reputado como ejecutado en el lugar donde uno de los coautores ha ejecutado uno de los elementos del tipo legal.

El mismo criterio debe ser aplicado respecto al coautor que no lleva a cabo 663
ningún acto de ejecución (coautor intelectual), como al autor mediato, a quien se le imputa el delito cometido por un tercero sin dolo, que él ha utilizado como intermediario material.

Tratándose de las formas accesorias o secundarias de participación, com- 664
plicidad e instigación, se ha considerado que deben someterse los comportamientos que éstos cometan en el extranjero al derecho penal nacional, sólo cuando la conducta principal sea ejecutada en territorio peruano. Sin embargo, resulta más coherente aplicar el principio de territorialidad, pues, si el cómplice o instigador actúa en el extranjero y el delito se ejecuta, por el autor principal o el instigado, en territorio nacional, se le aplicará la ley nacional porque el “resultado” de su comportamiento se ha producido en éste. Pero, una cuestión queda pendiente por contestar. ¿Es justificado reprimir al participante secundario que actúa en el extranjero a pesar de que el comportamiento principal no es típico de acuerdo con el derecho del Estado en donde obró? Para resolver este conflicto, se ha propuesto que se prevea la regla de la doble incriminación²⁵⁰.

A diferencia de otras legislaciones, el Código peruano no prevé el recono- 665
cimiento de las sentencias extranjeras que hayan sido dictadas respecto a responsables de delitos cometidos en el territorio nacional. De modo que el principio de territorialidad (art. 1) estatuye que las autoridades peruanas podrán perseguirlos de nuevo, sin considerar si han sido absueltos o condenados y, en este último caso, que hayan cumplido total o en parte la pena

²⁵⁰ SCHULTZ, 1987, p. 13. Es interesante indicar que, según el art. 113-5 del CP francés, el cómplice, en territorio francés, de un crimen o delito cometido en el extranjero, es reprimido por las autoridades francesas si, por un lado, el crimen o delito es penado tanto por la foránea como por la francesa y, por otro, si ha sido comprobado en una decisión firme de la jurisdicción extranjera. Según PRADEL, 2003, N° 231, “la iniciativa de la persecución debe proceder de las autoridades extranjeras, pero el hecho de que el cómplice haya actuado en Francia no excluye la represión”.

impuesta. De la misma manera, procederán cuando ésta haya prescrito o haya sido remitida.

- 666 Esta regulación va demasiado lejos y constituye una expresión de desconfianza frente a la administración de justicia de los demás Estados. Una consecuencia evidente del carácter injusto de este criterio es el hecho de que no se prevea la imputación de la pena impuesta en el extranjero y cumplida total o parcialmente. Por el contrario, tratándose de la competencia secundaria fundada en los otros criterios de conexión, el Código reconoce de manera amplia las sentencias o decisiones dictadas en otro país en contra de los delincuentes que han obrado en el extranjero (art. 4, inc. 3).

III. Principio de la competencia real

- 667 El principio de la competencia real (también llamado principio de la realidad, de la cuasi- territorialidad o de la protección estatal; *Real- oder Staatsschutzprinzip*) dispone que la ley penal nacional se aplica al autor de una infracción cometida en el extranjero, cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico cuyo titular es el Estado. En el ámbito del derecho internacional, la competencia basada sobre este principio se justifica sin mayor dificultad. Si se admite de manera amplia que lo decisivo es que los bienes jurídicos atacados merezcan la protección del Estado, se podría pensar que el principio real o de defensa se desprende del principio de la personalidad pasiva²⁵¹, puesto que se debe aplicar la ley de la víctima a todo delito cometido en su agravio. Contra este criterio, se puede afirmar que este último constituye, más bien, un aspecto del principio de la competencia real²⁵², en la medida en que éste sería una ampliación de la protección del Estado en favor de los intereses de los nacionales²⁵³.
- 668 En la doctrina y legislación, se tratan por separado estos dos casos; se habla del principio de personalidad pasiva cuando el acto atenta contra bienes de nacionales particulares. Este es el criterio admitido por nuestro legislador.
- 669 El principio real o de defensa ha sido justificado invocando la idea de que el Estado tiene el derecho de recurrir a la legítima defensa frente a los ataques

²⁵¹ Lo admitió en particular BINDING, 1885, p. 394; MERLE/VITU, 1997, N° 290.

²⁵² Cfr. COLOMBINI, 1983, p. 47; la doctrina alemana se habla también de “Schutzprinzip” (principio de protección) para designar los dos principios, cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 18 II N° 4.

²⁵³ BINDING, 1885, p. 427; respecto a la correlación entre el principio protector personal (personalidad pasiva) y el principio protector estatal, SCHULTZ, 1967a, p. 319.

de que sea víctima²⁵⁴. Si bien es cierto que la idea es en parte correcta, en cuanto supone que el Estado busca protegerse y conservar tanto su integridad como su estabilidad, no es menos cierto, también, que es innecesario utilizar la expresión legítima defensa, que tiene una significación precisa en derecho penal.

En realidad, el Estado se arroga la potestad de reprimir -aun cuando hayan sido cometidos fuera de su territorio- los ataques dirigidos contra él, debido a que teme que el país en el que actúa el delincuente, por falta de interés o deficiencias legislativas, no persiga y castigue con la oportunidad y severidad requeridas este tipo de infracciones²⁵⁵. Así, se estima que, siendo nacional el interés defendido, no es posible confiar ni en la ley foránea, ni en una jurisdicción extranjera para asegurar su protección²⁵⁶. Esta manera de concebir el principio real o de defensa ha sido muy criticada por considerarse que desnaturaliza la función del derecho penal, en la medida en que todo ataque contra el Estado cometido en el extranjero no justifica su intervención. Este efecto es atenuado debido a que no tiene la función de regla principal en nuestro sistema penal²⁵⁷. 670

A diferencia de la técnica detallista empleada en el CP de 1924 (art. 5, inc. 1), en el Código vigente (art. 2, numerales 1 a 3) se mencionan de manera general los delitos reprimibles de acuerdo con el principio real o de defensa. Con este objeto, se utilizan las expresiones empleadas al designar los Títulos de la parte especial. De esta manera, en el pf. 2, se citan los ataques contra la seguridad, la tranquilidad públicas y, conforme al DLeg N° 982, del 21 de julio de 2007, los actos de lavados de activos. En el pf. 3, los agravios contra el Estado, la defensa nacional, los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario. Por el contrario, en el pf. 1, se prevé un caso particular en el que los intereses son afectados por funcionarios o 671

²⁵⁴ ZLATERIC, 1968, p. 200. Cfr. MERLE/VITU, 1997, N° 313.

²⁵⁵ Cfr. LOMBOIS, 1979, p. 388. Ver: Art. 338 de nuestro Código, según el cual será reprimido con la pena privativa de libertad no mayor de cinco años, quien practique -en territorio peruano- actos destinados a alterar por la violencia el orden político de un Estado extranjero. Cfr. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 314; JESCHECK, 1965a, p. 86; GERMANN, 1954, p. 246; SCHWANDER, 1966, N° 67 ss.

²⁵⁶ LOMBOIS, 1980, p. 59.

²⁵⁷ La opinión extrema en relación a la importancia de este principio la sostuvo BINDING; quien llegó a considerarlo como criterio fundamental del “derecho penal internacional” y a los demás como casos especiales de su aplicación. Consultar: JESCHECK, 1965a, p. 86; DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 87.

servidores públicos que, en el desempeño de su cargo, cometen cualquier delito. Sólo respecto a los hechos punibles mencionados en el pf. 2, se limita la intervención del Estado a los casos en que los ataques enunciados deben producir “sus efectos en el territorio de la República”.

- 672 Los delitos comprendidos en esta enumeración general son numerosos y diversos en cuanto a su gravedad. Para mayor precisión, hubiera sido conveniente, a imitación de otras legislaciones, aludir directamente a los Títulos de la parte especial. Así, el Título XII, “Delitos contra la seguridad pública”, comprende los Capítulos I (Delitos de peligro común, arts. 272 a 279), II (Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, arts. 280 a 285), III (Delitos contra la salud pública, subdividido en dos Secciones: I (Contaminación y propagación, arts. 286 a 295) y II (Tráfico ilícito de drogas, arts. 296 a 303). El Título XIV, Delitos contra la tranquilidad pública, abarca los delitos contra la paz pública (arts. 315 - reunión tumultuaria, 316 - apología de un delito, 317 - agrupación delictuosa, 318 - profanación de un muerto), el de terrorismo (arts. 319 a 324). El Título XV, Delitos contra el Estado y la defensa nacional, está dividido en las Secciones: I (Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, arts. 325 a 334), II (Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado (art. 335 a 343), III delitos contra los símbolos y valores de la patria, arts. 344 y 345). El Título XVI, Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional, está constituido sólo por la Sección I, Rebelión, sedición y motín (arts. 346 a 350). Por último, el Título X, Delitos contra el orden financiero y monetario, contiene la Sección II, Delitos monetarios (arts. 252 a 261).
- 673 Para comprender cabalmente los alcances del art. 2, respecto al principio real o de defensa, debemos considerar que de acuerdo con el art. 4, el delincuente no será perseguido cuando la acción penal se halle extinguida conforme a la legislación nacional o de acuerdo con la del Estado en donde se cometió la infracción; cuando se trate de delitos políticos o hechos conexos con ellos o cuando el procesado haya sido absuelto en el extranjero; o, condenado, haya cumplido la pena, o, ésta se hallare prescrita o le hubiera sido remitida. Es decir, que podrá ser perseguido, fuera de estos casos en que no haya sido procesado en el extranjero, sólo, cuando no hubiera cumplido totalmente la pena que se le hubiese impuesto. En este caso, se renovará el juicio ante los tribunales de la República y se computará la parte de pena cumplida.

- La excepción en favor de los delitos políticos o hechos conexos con éstos²⁵⁸ limita bastante la aplicación del principio real. No sólo en relación con las infracciones “contra la seguridad del Estado” que son objetivamente delitos políticos (según el bien jurídico violado), sino también, de conformidad con el criterio subjetivo aceptado entre nosotros, con los hechos punibles comunes. Además, hay que considerar que el art. 2, inc. 3, amplía la excepción a éstos cuando son cometidos en conexión con los delitos políticos. Una restricción importante es la prevista en la Constitución. Según su art. 37, último párrafo, no se consideran delitos políticos “el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo”. 674
- La razón de ser del principio real o de defensa es la protección del Estado. Si se le atribuyera un ámbito demasiado amplio, se comprenderían muchos delitos cometidos en el extranjero y, en consecuencia, se debilitaría bastante el principio de territorialidad, el cual dejaría de ser el pivote principal del sistema. Sobre todo, en la medida en que se habla de efectos en lugar de resultado con relación a los delitos contra la seguridad y la tranquilidad pública. El exceso en que incurre el legislador es evidente, porque si fuera la producción del resultado la condición para limitar el número de los comportamientos punibles de esta índole comprendidos por el principio real, el pf. 2 del art. 2, sería una referencia superflua al principio de territorialidad, en aplicación del criterio de la ubicuidad. 675
- Una deficiencia de la regulación adoptada reside en que la referencia a los Títulos de la parte especial determina que se aplique la ley nacional a casos sin mayor importancia para la protección del Estado; por ejemplo, la perturbación de la paz de los muertos o los agravios a los símbolos de la patria. 676
- Si el fin del principio real o de defensa es el de proteger al Estado, en razón a la falta de confianza en la acción represora del Estado extranjero, las excepciones previstas resultan un tanto incoherentes debido a que se excluye la aplicación de la ley nacional cuando se dé la prescripción de la acción, se trate de delitos políticos y fiscales, el responsable haya sido absuelto o haya cumplido con la condena impuesta en otro país. 677

²⁵⁸ Esta expresión es un reflejo de la influencia positivista del Proyecto Ferri de 1918.

IV. Principio de la personalidad activa

1. Noción y justificación

- 678 Conforme al principio la personalidad activa (*aktives Personalitätsprinzip*), se aplicará la ley penal nacional a todo nacional, que hubiese cometido un delito fuera del territorio de la República. Las razones expuestas en favor de este principio son numerosas y variadas. Algunas constituyen “la manifestación de un nacionalismo intenso, que obliga al nacional a seguir los mandatos de su derecho sin consideración del lugar donde se encuentre. También puede ser la expresión de una fuerte voluntad política tendiente a controlar el comportamiento de los súbditos aún en el extranjero [...] Además, el principio la personalidad activa puede ser invocado con el fin de evitar que el nacional cometa crímenes en el extranjero y, protegido por el principio de la no extradición de los nacionales, se refugie en su patria sin el riesgo de ser reprimido”²⁵⁹.
- 679 Este criterio se justifica cada vez menos en la medida en que se acepta la extradición de los nacionales, muchas veces con la restricción de que la persona concernida consienta²⁶⁰. En la Constitución, art. 37, no se menciona expresamente el caso de los nacionales. Admitida de manera amplia en el primer párrafo de esta disposición, se le excluye, primero, “si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza” (inc. 2) y, segundo, cuando se trata de “perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. No se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo”.
- 680 La regulación del principio la personalidad activa ha sido simplificada en el Código vigente, en la medida en que se derogan las disposiciones del CdePP que modificó las reglas establecidas en el CP de 1924. El Código procesal hacía, en gran medida, del principio la personalidad activa el pilar principal del sistema de aplicación de la ley penal en el espacio. En el Código vigente se vuelve, de manera correcta, a colocar el principio de territorialidad en el centro de este sistema.
- 681 El principio la personalidad activa está previsto, de la misma manera y junto al principio de la personalidad pasiva, en el art. 2, inc. 4. Esta norma establece que la ley penal nacional se aplica a todo delito cometido en el

²⁵⁹ SCHULTZ, 1967a, p. 315; idem, 1987, p. 18; STRATENWERTH, 2000b, AT I, § 5 N° 11.

²⁶⁰ Cfr. GAUTHIER 1982, p. 283 ss.

extranjero, cuando es perpetrado “[...] por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República”.

El carácter subsidiario del principio de personalidad activa fue admitido desde la elaboración de la mayor parte de códigos europeos entre 1810 y 1850. Una excepción importante la constituían los sistemas austriaco y alemán, los cuales le daban la prioridad. Esto constituía la expresión extrema de un acentuado nacionalismo o de una fuerte voluntad política²⁶¹. 682

Se trata de una particular concepción del Estado, cuyos sostenedores dejan de lado su elemento material o territorial y lo conciben, sobre todo, como un grupo de personas sometidas a una autoridad común. Donnedieu de Vabres describió bien este criterio diciendo: “La ley es el instrumento de esta voluntad soberana. El juez es el instrumento de esta voluntad. De la vinculación de estas proposiciones, se deduce que la ley sigue a los súbditos del Estado cuando habitan fuera de su territorio y celebran contratos o cometen delitos; y, que los jueces del Estado son aptos para conocer de todos estos casos”²⁶². 683

De esta manera los súbditos de un Estado tendrían un deber de lealtad en relación con el derecho de su país. Algunos autores y legisladores llegan a admitir que éste deber subsiste aun cuando su comportamiento, en el lugar donde actúe el nacional, no sea considerado delictuoso²⁶³. Hoy en día, este criterio es rechazado en general. En Alemania, se afirma que “se trata de una parte de la camisa de fuerza ideológica con la que el nacional-socialismo quiso someter a las personas desde la cuna hasta la tumba” y que hoy en día debe más bien exigirse “el derecho a vivir en una sociedad de acuerdo con las costumbres y leyes en ella vigentes”²⁶⁴. 684

También se ha tratado de justificar la admisión del principio de la personalidad activa afirmando que la aplicación de la ley nacional implica un reforzamiento del derecho de la nación y de los valores que protege. Todas estas razones son vagas y conducen a la aplicación indiscriminada de la ley nacional a los actos cometidos en el extranjero. 685

²⁶¹ ZLATERIC, 1968, p. 212.

²⁶² DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 78.

²⁶³ Code d'instruction criminelle de Francia, art. 689 y art. 113-6 del CP francés de 1992.

²⁶⁴ JESCHECK, 1965a, p. 79 ss.

- 686 Actualmente, se admite con más frecuencia una razón práctica y más precisa. Se trata, por un lado, de hacer respetar la regla *aut dedere, aut judicare* e impedir que el delincuente nacional permanezca impune y, por otro, de asegurar la igualdad de tratamiento de los delincuentes nacionales, sin interesar donde hayan actuado.
- 687 Cuando no se admite la extradición de nacionales, como sucedía durante la vigencia de la Ley de extradición de 1888, se considera que el principio la personalidad activa viene a ser la contrapartida de esta prohibición. Grützner sostuvo que esta razón práctica era suficiente para aceptar tal principio en una Convención europea sobre la unificación de disposiciones concernientes a la jurisdicción. Oehler, por el contrario, rechaza esta opinión y cree que el fundamento lo da el simple hecho de que el delincuente no haya sido castigado en el extranjero. En su opinión, los preceptos jurídicos del lugar determinan primariamente la conducta de los individuos; pero, su violación hace que las normas nacionales abarquen su comportamiento²⁶⁵. En la práctica, el principio de personalidad pasiva ha tenido la función de complemento a la regla de la no extradición de nacionales. Esta función del principio de la personalidad activa impide que el país natal se convierta en asilo de delincuentes; con lo que adquiere una gran importancia en la política criminal de un Estado. De esta manera, va más allá que la regla de la competencia por substitución, pues, conforme a ésta es indispensable que se rechace la extradición solicitada por la autoridad competente de un Estado extranjero (art. 3).

2. Agente nacional

- 688 El elemento de la situación, creada en el extranjero y que permite al Estado considerarse autorizado a intervenir, es la nacionalidad del agente. Es decir, “el vínculo de carácter político y jurídico que liga a una persona con un Estado determinado”²⁶⁶. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona (art. 1, inc. 21, Const.). Nadie puede ser despojado de ella. En el art. 52, se establece que son peruanos los nacidos en el territorio de la República (*jus solis*) y los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos (*jus sanguinis*), inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Así mismo dispone que lo son también los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

²⁶⁵ OEHLER, 1983, p. 451 ss.

²⁶⁶ PAREJA, 1973, p. 355.

La nacionalidad de la persona concernida es aquella que poseía en el momento de cometer, sin importar que también sea titular de otra. Esta condición es expresada de manera clara en el texto legal, al estatuir que la ley penal peruana se aplica cuando el delito es perpetrado por un peruano. 689

El empleo estricto de esta regla significa que la ley nacional se aplicará aun cuando el agente o la víctima hayan perdido, con posterioridad a la comisión del delito, la nacionalidad peruana. Esta cuestión era, en particular, importante en la medida en que no se admitía la extradición de nacionales. En todo caso, no existiendo más la circunstancia que originaba el interés del Estado para aplicar su ley nacional, la regla debe ser la extradición del responsable de la conducta punible y, si no fuera pedido por otro Estado, las autoridades nacionales deben reprimir conforme a su ley y de acuerdo con la regla *aut dedere aut punire*. 690

Cuando el autor adquiera la nacionalidad peruana después de cometido el delito en el extranjero, la ley penal nacional podrá ser aplicada, si es que la infracción puede dar lugar a extradición 691

Aparece, pues, como relevante la existencia del vínculo de la nacionalidad en el momento en que se inicia la acción represiva²⁶⁷. Esta es una nueva razón para rechazar -como lo hemos hecho antes- el criterio de que el principio la personalidad activa se fundamenta en la existencia de un deber de lealtad o una particular concepción del Estado o del nacionalismo. 692

3. Identidad de normas

Debido a que el Estado substituye a otro Estado (en cuyo territorio se cometió el delito) para reprimir al delincuente, se explica que se establezca como condición la regla de la denominada identidad de las normas²⁶⁸. El hecho cometido debe ser delito y su autor merecer una pena tanto según la ley nacional, como conforme a la del país en que tuvo lugar. 693

El art. 2 dice: “siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió”. En el mismo sentido, el NCPP, en su art 517, inc. 1, señala que “no procede la extradición si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requiriente como en el Perú”. 694

²⁶⁷ Este es el criterio admitido en art. 113-6, del CP francés. Cfr. PRADEL, 2003, N° 233 ss.

²⁶⁸ Cfr. LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 6, N° 4 b.

- 695 Esta manera de formular la condición presupone admitir que la aplicación de la ley no se realiza en abstracto, sino teniendo en cuenta el conjunto de disposiciones, materiales y procesales, que son aplicables al caso concreto. No se podría, sin contradecir los fundamentos de nuestra legislación, perseguir penalmente a alguien que ha cometido, en país extranjero, un comportamiento típico en circunstancias que, según la ley de éste, justifican su conducta. Así mismo, cuando en el país donde cometió el delito, el responsable no puede ser reprimido porque el lesionado no se ha querellado según lo prevé la ley foránea, a pesar de que no lo exija la ley peruana. La razón de esta interpretación es lograr que el agente no sea tratado con más severidad de lo que pueda serlo en el Estado donde cometió la infracción.
- 696 Algunos autores son partidarios de que se limite la aplicación de la identidad de reglas a los casos de aquellos nacionales que hayan residido bastante tiempo en el país extranjero y que, por tanto, se hayan familiarizado con las costumbres y hábitos vigentes allí, no debiéndose tener en cuenta para los que van a otro país a cometer actos delictuosos previstos sólo en su ley nacional²⁶⁹. Quienes sostienen este criterio, tienen presente algunas situaciones como la del aborto. Las mujeres interesadas en que se les interrumpa el embarazo y habitando en Estados, en donde se reprime dicho comportamiento como delito, viajan a países en los que se autoriza dicha interrupción bajo ciertas condiciones²⁷⁰.
- 697 Nuestra legislación no contempla el caso en que el nacional fuera la víctima o el autor de un acto delictuoso en territorio no sometido a soberanía alguna. Este hecho quedaría impune debido a que no se daría la condición de la “identidad de reglas”²⁷¹, salvo que existiera otro elemento de conexión que fundamente la competencia del Estado peruano.

4. Entrar en la República

- 698 El delincuente debe, según el art. 2, inc. 4, *in fine*, ingresar “de cualquier manera al territorio de la República”. El juzgamiento en ausencia está excluido, al menos, cuando el proceso comprende un sólo inculpado. Uno de

²⁶⁹ Cfr. GRÜTZNER, 1964, p. 41.

²⁷⁰ Ver §§ 5, inc. 9 y 8 del CP alemán.

²⁷¹ Este problema ha sido planteado en Alemania y resuelto en el Código Penal: §. 7, N° 1 y 2: “El derecho penal alemán rige para los hechos cometidos en el extranjero [...] si en el lugar de comisión es amenazado con una pena o si tal lugar no se halle sometido a soberanía penal”.

los principios de la administración de justicia, previstos en el art. 139, inc. 12, Const., es el de “no ser condenado en ausencia”. En caso de un proceso con dos o más inculpados, el ausente puede ser juzgado (por permitirlo la ley procesal) y absuelto (por no prohibirlo la Constitución)²⁷².

El ingreso del delincuente en territorio nacional debe ser, en principio, voluntario; de esta manera acepta someterse a la autoridad judicial nacional. Sin embargo, no existen razones valederas para que escape a la represión cuando su entrada se produce por una causa de fuerza mayor o debida al azar; por ejemplo, por ser desviada hacia un aeropuerto nacional la nave en que viaja con otro destino. Lo que sí está excluido es que el responsable sea obligado –de manera ilegal- a retornar al país para ser juzgado (p. ej., mediante un secuestro). 699

5. Factibilidad de extradición

El art. 2, inc. 4, prevé además que “el delito esté previsto como susceptible de extradición según la ley peruana”. En el art. 517 del NCPP se prevén los casos en los cuales la extradición será improcedente. Entre otros motivos, ésta será rechazada cuando no se cumpla con el principio de doble incriminación o la pena conminada por el delito atribuido sea menor a un año de pena privativa de libertad, en ambas legislaciones (inc. 1). Estas razones fueron previstas también en el art. 6 de la derogada Ley de Extradición. Así se producía el rechazo cuando la “pena conminada al delito fuese inferior a un año de prisión” (inc. 5); esto significaba que sólo podían ser competentes las autoridades peruanas cuando el delito cometido por el nacional en el extranjero sea una infracción de cierta gravedad. 700

V. Principio de la personalidad pasiva

De acuerdo con el principio de personalidad pasiva (o principio de cuasi personalidad o de protección individual; *passives Personalitäts- oder Individualschutzprinzip*) la ley penal nacional es aplicable a los delitos cometidos -fuera de territorio nacional- en agravio de un nacional. Así, lo estatuye el art. 2, inc. 4, *in initio*, al referirse al delito “perpetrado contra peruano”. 701

²⁷² Ver: DLeg. N° 125, del 12 de junio de 1981, Ley N° 26441, del 26 de junio de 1996, y CdePP, arts. 318 al 322; Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, 2003, vol. II, p. 1363 ss.

- 702 En opinión de Binding, este principio constituye un aspecto del principio real o de defensa y su fundamento está tanto en la afirmación de la soberanía estatal, como en la necesidad de procurar a los nacionales una amplia protección²⁷³. Este criterio ya no es admitido, puesto que la concepción de nacionalidad en que se basa ha sido superada. Además, para algunos autores su admisión va contra la facultad jurisdiccional de los otros Estados²⁷⁴. Su fundamento es sobre todo de orden pragmático, en relación con la desconfianza que inspira la justicia extranjera cuando se trata de proteger las víctimas que no son sus nacionales²⁷⁵. Muchas veces, estas personas se encuentran en situación crítica²⁷⁶ debido a la xenofobia, dificultades de comunicación y de asistencia. La finalidad sería, por lo tanto, proteger mejor a los nacionales que sean víctimas de delitos cometidos en el exterior²⁷⁷. Al respecto, Stooss explicó que si el Estado extranjero no garantizaba la protección penal, debido a un vacío en su legislación, a la dejadez de las autoridades u otras razones, debería ser aplicada la ley nacional²⁷⁸. En todo caso, en el ámbito del derecho internacional, la justificación de este principio es muy discutida²⁷⁹.
- 703 Por estas consideraciones, se le atribuye un papel subsidiario. Los efectos del principio de personalidad pasiva están limitados por las mismas condiciones del principio de personalidad activa. Debido a la técnica legislativa de regular en conjunto estos dos principios, en el art. 2, inc. 4 del Código, no se prevé, como se hacía en el Código derogado, que el autor deba ser un extranjero.
- 704 En este Código, el carácter subsidiario del principio de personalidad pasiva resultaba con claridad del hecho de que se daba más preferencia a la extradición del delincuente. Aun cuando este no es el caso respecto al art. 2, inc. 4, hay que interpretar esta regla en el sentido de que el Estado peruano, en caso de que se le pida la extradición, debe preferir la entrega del responsable en vez de juzgarlo²⁸⁰. Sólo en el caso de que el Estado en cuyo territorio se ha cometido la infracción se desinteresara en perseguir al delincuente, el Estado peruano debe juzgarlo y condenarlo conforme a su legislación

²⁷³ BINDING, 1885, p. 127.

²⁷⁴ OEHLER, 1983, p. 416; KOHLER, J., 1917, p. 72, 97; BERTHOLDY, 1926, p. 41.

²⁷⁵ SCHULTZ, 1967a, p. 318; *idem.* 1987, p. 13.

²⁷⁶ SCHULTZ, 1987, p. 14.

²⁷⁷ OEHLER, 1970 p. 119.

²⁷⁸ STOOSS, 1984d, p. 13; SCHULTZ, 1963a, p. 312.

²⁷⁹ SCHULTZ, 1974b, p. 378.

²⁸⁰ Conforme se establecía en el art. 7 de la derogada Ley de extradición

VI. Principio de la competencia universal o de la competencia de reemplazo o de sustitución

En sentido amplio, el principio de competencia universal o principio de universalidad del derecho de castigar (*Weltrechts- oder Universalitätsprinzip*) significa que todo Estado puede juzgar y condenar un delincuente sin tener en cuenta su nacionalidad o el lugar de comisión de la infracción. No conocemos legislación en la que haya sido admitido de tal manera. En su versión extrema, la “competencia del juez sería determinada por la sola preocupación de una justicia pronta y eficaz; el lugar de arresto es el factor determinante; por tanto, es el juez de este lugar quien es competente. Todos los jueces del mundo tienen la pretensión de asumir la represión; ellos no son más considerados los órganos de una soberanía en particular, sino más bien de una represión universal”²⁸¹. En cuanto a su fundamento, se trataría de reconocer una solidaridad sin fallas entre los Estados, la misma que permite al juez del lugar de arresto reprimir todas las infracciones que conoce, aún aquellas cometidas en el extranjero por extranjeros contra extranjeros.

En doctrina y legislación, por el contrario, se le reconoce un campo de aplicación restringido. Este dominio es el de ciertos actos graves que atentan contra intereses o bienes generales o intereses estatales. Se trata de crímenes mundiales, amenazando el interés común de todos los Estados²⁸². Los bienes protegidos pueden ser de orden material (red telefónica, moneda), o consistir en “valores inmateriales que son el patrimonio moral de la humanidad”²⁸³ (respecto a la trata de personas, piratería). Es decir, son los denominados delitos contra el derecho de gentes o delitos internacionales.

La admisión del principio universal significa, en buena cuenta, la aceptación de la competencia del *judex de apprehensionis* y no es necesario buscarle un fundamento en la filosofía. Lo importante es que existe un interés común en la represión de aquellos actos que constituyen una grave criminalidad. Entre los Estados se da un sentimiento de solidaridad y

²⁸¹ LOMBOIS, 1979, p. 19; PRADEL, 2003, N° 224.

²⁸² Según DONNEDIEU de VABRES, 1928, p. 143, esta forma del principio universal es cercano al sistema realista. No es en la circunstancia posterior al delito, la presencia del delincuente no castigado, que reside la competencia universal, sino en la índole del delito mismo y en sus consecuencias.

²⁸³ DONNEDIEU de VABRES, 1928, p. 144.

de conveniencia, cuya finalidad es impedir la impunidad del autor de uno de esos actos²⁸⁴.

- 708 Entendido así, este principio es sobre todo subsidiario. El Estado competente no lo es en virtud de uno de los elementos en que se basan los demás principios: territorial, real, de personalidad activa o pasiva.
- 709 En nuestro ordenamiento jurídico, este principio es admitido en la medida en que, en el art. 2, inc. 5, se estatuye que la ley penal nacional se aplica a los casos en que el “Perú esta obligado a reprimir conforme a tratados internacionales”. De modo que la competencia de las autoridades peruanas está determinada por la ratificación del convenio internacional, sin importar si existe uno de los tradicionales elementos de conexión con el extranjero. Así, se mejora la técnica legislativa porque ya no es más necesario indicar, respecto a cada delito concernido, que será reprimido conforme a la ley penal nacional cuando es cometido en el extranjero. Entre estos tratados, limitémonos a mencionar los referentes a trata de personas, tráfico de armas, etc.
- 710 También hay que tener en cuenta los casos en que el legislador prevé en el Código o en alguna ley especial la competencia universal de las autoridades peruanas.
- 711 En relación con los actos terroristas -fenómeno grave y de magnitud internacional-, no se ha impuesto la aplicación del principio universal. Su origen y carácter político han impedido que se piense en tal solución; por el contrario, se ha modificado la regulación de la extradición de los responsables de tal actividad. Así, el art. 37, último párrafo, Const. dispone que quedan “excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos” y de que no “se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo”. Esta referencia encuentra su desarrollo procesal en el art. 517, inc. 2, lit. e, del NCPP, en el cual se señala que “están fuera de la consideración de delitos políticos los actos de terrorismo”. Esto último se encontraba previsto en el art. 7 de la derogada Ley de extradición.
- 712 Dada la gravedad de la infracción, se tiene por superfluo exigir que se dé la “identidad de normas” o “doble incriminación”. Esto ha permitido a algún jurista considerar que estamos frente a una violación del principio de la legalidad. Según ellos, el inculpado, en el momento de actuar, no podrá prever la aplicación de la ley que se le quiere aplicar²⁸⁵.

²⁸⁴ SCHULTZ, 1963a, p. 312; ZLATERIC, 1968, p. 223; DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 169; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 18 III 5.

²⁸⁵ Cfr. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 165.

Debido a que su fundamento legal es la obligación asumida por el Estado peruano en un convenio internacional, la competencia que origina es principal. No está condicionada a la doble incriminación del delito, ni a que éste sea susceptible de extradición. 713

VII. Principio de la administración de justicia por representación

En doctrina se distingue, aunque no siempre de manera clara, la competencia universal propiamente dicha (*Weltrechtsflegeprinzip*) de la competencia de reemplazo, de substitución o por representación (*stellvertretende Strafrechtspflege*)²⁸⁶. Esta última es distinta de la primera “en la medida en que la decisión de persecución no ha sido tomada aisladamente por el Estado que reivindica su competencia, pero sobreentiende una cierta tolerancia, sino que depende del acuerdo del otro Estado que es el más directamente interesado en la represión de la infracción; por ejemplo, el Estado en donde la infracción ha sido cometida”. En la práctica, la diferencia se reduce a dos aspectos ya mencionados: necesidad de una doble incriminación y subsidiaridad en relación con la extradición. 714

Este principio se ha desarrollado con ocasión de la discusión del problema de saber si deben castigarse y de qué manera las infracciones cometidas en el extranjero²⁸⁷. En un inicio se le concibió para los casos en que no se concedía la extradición de un delincuente que había cometido un delito en otro país, y se estimaba que desarrollaba todos sus efectos en relación con la no extradición de nacionales. Esta manera de concebir el principio de la administración de justicia por representación producía confusión por cuanto entraba en pugna con el principio de la personalidad activa. Ante este problema, se sostuvo que “al final este principio sólo significa que el [nacional], el cual ha cometido un delito en el extranjero, será juzgado y condenado -bajo ciertas circunstancias- conforme a las leyes nacionales. Si se trata sólo de una administración de justicia por representación o de un propio poder punitivo del Estado que reprime, es una cuestión secundaria”²⁸⁸. 715

²⁸⁶ Sobre esta materia, Cfr. OEHLER, 1983, N° 143 ss., 802 ss.; COLOMBINI, 1983, p. 49.

²⁸⁷ GRÜTZNER, 1960, p. 403.

²⁸⁸ HAFTER, 1946, p. 51; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 197, sostuvo, igualmente, que la pena se impone por representación en caso de los nacionales no entregados por vía de extradición y de los diplomáticos nacionales que delinquen en el ejercicio de sus funciones. BRAMONT ARIAS, quien cita a Jiménez de Asúa, parece ser de la misma opinión, 1950, p. 142.

- 716 En Alemania, se ha sostenido que según el principio aquí analizado, el derecho germano es aplicable al extranjero que delinquiró fuera del territorio nacional si ha sido detenido, y aun cuando la ley autorice su extradición, o ésta no haya sido solicitada por el Estado interesado o no haya sido concedida o no fuera viable. De esta manera, ha sido consagrado en el § 7, N° 2, inc. 2²⁸⁹.
- 717 Se habla de administración de justicia por representación cuando se persigue un acto cometido en el territorio nacional y que sólo es delito conforme a la ley extranjera. La persecución penal es realizada en interés del Estado extranjero²⁹⁰. Otro caso, en el que se hace referencia a este principio, es el de ciertas infracciones leves cometidas en el territorio nacional; pero, respecto a las cuales el Estado se limita a realizar una investigación preliminar y, luego, solicita al Estado de donde es originario el delincuente que lo sancione. Un ejemplo lo constituye el art. 101 de la ley suiza sobre la circulación terrestre (1958)²⁹¹. Concebido de esta manera, este principio adquiere una gran importancia sobre todo en Europa, donde se producen movimientos de población intensos, masivos y temporales (motivados por el turismo o la búsqueda de oportunidades de trabajo).
- 718 En el Código, art. 3, se prevé la competencia por substitución para los casos en que, “solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero”. De acuerdo con la manera como, hoy en día, se regula la extradición, esta regla no puede ser considerada como compensación a la no extradición de los nacionales. Además, concierne sólo a los delitos que pueden dar lugar a extradición. Todas las demás formas a que hemos hecho referencia no son consideradas.

VIII. Extradición

1. Noción y clases

- 719 Mediante la extradición el Estado requirente solicita al Estado requerido la entrega de una persona que se encuentra sometida a proceso penal ante sus

²⁸⁹ Ver. art. 10, inc. 2, del CP italiano.

²⁹⁰ Ver GRÜTZNER, 1960, p. 403.

²⁹¹ Por esta razón, SCHULTZ, 1977, T.I, p. 87, considera que el Estado ejercerá su derecho a castigar en virtud de este principio, sólo cuando el Estado en que se cometió la infracción lo solicita y que es, en la mayor parte de los casos, un sustituto de una extradición no concedida. Cfr. BUSSY-RUSCONI, comentarios al art. 101.

tribunales de justicia o que ya ha sido condenada como autor o partícipe de un hecho punible. Se trata de un acto de cooperación interestatal que se encuentra en estrecha relación con la aplicación de la ley en el espacio. Por esto, se la menciona expresamente en el art. 2, inc. 4²⁹².

En sus inicios, la extradición constituía un acuerdo entre soberanos que se entregaban sus enemigos políticos. Esta índole contractual supervivió hasta después del siglo XVII, a pesar de que se amplió a los delitos de derecho común. Su regulación comenzó con la dación de la ley belga sobre extradición de 1833. Uniformizándose el régimen de la extradición para todos los justiciables de un mismo país y estatuyéndose algunas garantías a favor de la persona concernida²⁹³. En esa época, fueron establecidos los principios básicos, por ejemplo, la doble incriminación, la exclusión de los delitos políticos, los cuales serían afirmados en numerosos tratados bilaterales. Después de la Segunda Guerra Mundial, se llevaron a cabo esfuerzos para instaurar un sistema convencional multilateral²⁹⁴. 720

La extradición es considerada actualmente como un procedimiento de cooperación judicial internacional en materia penal de tercer grado, ya que produce una afectación directa y grave sobre la libertad física y ambulatoria del sujeto extraditable. 721

Tradicionalmente, en la doctrina y el derecho interno, se distingue, según la posición que asumen los Estados que intervienen, entre extradición activa y extradición pasiva. La primera consiste en el procedimiento empleado por el Estado requirente para solicitar a otro Estado la entrega de una persona procesada o condenada. La segunda, es el procedimiento que debe desplegar el Estado requerido para tramitar un pedido de extradición, hasta la entrega del extraditable al Estado que lo solicita. 722

2. Principios

El principio de especialidad, previsto en el art. 520, incs. 1 y 2, del NCPP, es el fundamento básico de la extradición. Garantiza que la persona requerida sólo sea procesada, acusada o condenada por los hechos delictivos que motivan la extradición. De modo que si el Estado requirente descubriese con posterioridad a la concesión de la extracción, la existencia de otros he- 723

²⁹² GRÜTZNER, 1960, p. 1 ss.

²⁹³ HURTADO POZO, 2005, p. 275

²⁹⁴ BLANCO CORDERO/SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2000, p. 3 ss.

chos delictivos cometidos con anterioridad, deberá pedir la ampliación de la extradición mediante la formalización de un nuevo requerimiento para poder reprimirla.

- 724 De acuerdo con el principio de la prioridad de los tratados internacionales, la extradición será concedida teniendo en cuenta lo dispuesto en éstos y sólo de modo complementario por el derecho interno de los Estados. Es decir, el régimen de la extradición está definido en los tratados bilaterales o multilaterales y, sólo respecto a lo no previsto en éstos, se aplicará el derecho nacional, conforme lo dispone el art. 508 del NCPP. Así mismo, en el art. XIII, inc. 3, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se señala que si “un Estado Parte que supedita la extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto a los delitos a los que se aplica el presente artículo”.
- 725 De manera excepcional la extradición puede basarse en el principio de reciprocidad²⁹⁵. Por su carácter subsidiario respecto a los tratados y a la ley, no constituye un límite a la concesión de la extradición. La única condición para poder invocarla es que se respeten los derechos humanos (art. 508, inc. 1, del NCPP). Además, debe comprobarse su práctica bilateral o unilateral precedente. Según el art. 513, inc. 2, del NCPP, tanto la Fiscalía de la Nación como el Ministerio de Relaciones Exteriores deben sustentar ante el Poder Judicial cuáles han sido los casos en que dicho principio fue invocado por el Estado peruano y que fueron aceptados por el país extranjero (involucrado en un procedimiento de extradición) y, viceversa, cuáles fueron los casos en que el país extranjero lo invocó y que fue aceptado por el Perú.

3. Etapas del procedimiento

- 726 La extradición se realiza a través de una secuencia de etapas que deberán cumplirse tanto en el país requirente (extradición activa) como en el país requerido (extradición pasiva). Estas etapas son:
1. Ubicación y captura de la persona extraditable.
 2. Envío y recepción de la solicitud de extradición.
 3. Procedimiento judicial de evaluación de la solicitud de extradición.
 4. Decisión gubernamental y entrega del extraditable al Estado requirente.

²⁹⁵ ES del 18 de marzo de 1998. Exp. N° 09-97, en ROJAS, 1999, p. 615.

En cada una de estas etapas intervienen diferentes autoridades administrativas, judiciales, diplomáticas o gubernamentales. Ellas interactúan de manera simultánea o sucesiva y con arreglo a sus competencias funcionales específicas. Sin embargo, la etapa resolutoria de la extradición no siempre es competencia de la autoridad judicial. Es más, el *iter* histórico de la extradición muestra que dicha fase ha tenido como actor preeminente al Gobierno central del Estado requerido. La condición del actor resolutorio de la extradición (autoridad judicial o gubernamental) identifica a la extradición como procedimiento administrativo, judicial o mixto. Según esta última modalidad de extradición, en la etapa resolutoria intervienen las autoridades judicial y gubernamental. 727

4. Formas especiales de extradición

Los tratados y el derecho interno han regulado varios casos especiales²⁹⁶, entre los que destacan: 728

- La extradición condicionada o restringida.
- La extradición anticipada o abreviada.
- La extradición diferida o temporal.
- La concurrencia de extradiciones.
- La reextradición.

a. *Condicionada o restringida*

Una extradición es condicionada o restringida cuando, al concederla, se establece que el Estado requirente y sus autoridades judiciales no deben aplicar determinadas penas como la pena de muerte o la de cadena perpetua. Se da, así mismo, una forma de extradición condicional, cuando se hace depender la entrega de la persona reclamada del hecho que el Estado requirente anule la condena que le impuso en ausencia y sea nuevamente procesada con las garantías del debido proceso. 729

Al respecto, el art. 10 del Tratado Bilateral de Extradición entre la República del Perú y el Reino de España de 1989²⁹⁷, establece que: “No se concederá la 730

²⁹⁶ ORTS BERENQUER, 2004, p. 83 ss.

²⁹⁷ Tratado Bilateral de Extradición entre la República del Perú y el Reino de España, suscrito el 28 de junio de 1989, aprobado por el Congreso de la República mediante RLeg N° 25347, del 31 de octubre de 1991. Vigente desde el 31 de enero de 1994.

extradición cuando los hechos que la originan estuviesen castigados con la pena de muerte, con pena privativa de libertad a perpetuidad, o con penas o medidas de seguridad que atenten contra la integridad corporal o expongan al reclamado a tratos inhumanos o degradantes”.

b. Anticipada o abreviada

- 731 En esta modalidad, el extraditable se allana o manifiesta su conformidad, ante las autoridades judiciales del país requerido, de ser extraditado al Estado requirente. La particularidad de este caso consiste en que el acuerdo del *extraditatus* permite que el órgano competente resuelva sin más trámite si la entrega procede o no²⁹⁸.
- 732 Ejemplo de esta modalidad de extracción se encuentra en el art. XII del Tratado bilateral de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos de 2000²⁹⁹, el cual sostiene: “Si el reclamado manifiesta a las autoridades competentes de la Parte Requerida que consiente en ser extraditado, dicha Parte podrá conceder su extradición sin mayores trámites y tomará las medidas permitidas por su legislación para expedir la extradición”.

c. Diferida o temporal

- 733 Este caso se presenta cuando el extraditable se haya sometido, en el Estado requerido, a un proceso penal en trámite o a la ejecución de la pena privativa de libertad que ya se le ha impuesto. La solicitud de extradición es atendida normalmente luego de concluido el proceso o una vez que se ha cumplido la pena. No obstante, el Estado requerido puede también decidir una entrega temporal al Estado requirente, bajo el compromiso formal de que éste le devuelva al extraditado una vez que haya concluido el proceso penal o se haya ejecutado la pena que motivo el requerimiento. Al respecto, el art. 19 del citado Tratado de extradición entre Perú y España señala: “Si la persona reclamada se encontrare sometida a procedimiento o condena penal en la Parte requerida, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas esas responsabilidades en dicha Parte, o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con la Parte requirente”.

²⁹⁸ VALLE RUESTRA, 2004, p. 251.

²⁹⁹ Tratado de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos, suscrito el 02 de mayo de 2000, aprobado por el Congreso de la República mediante RLeg N° 27428, del 22 de febrero de 2001. Ratificado el 05 de marzo de 2001.

d. Concurrencia de extradiciones

Se produce cuando varios Estados requieren la entrega de una misma persona por un mismo delito o por la comisión de delitos diferentes. Los tratados y el derecho nacional establecen criterios de prioridad que el Estado requerido debe seguir para decidir a cual Estado requirente concede la extradición. Se suele tomar en cuenta la preexistencia de un tratado de extradición, la gravedad de los delitos que sustentan los pedidos, la oportunidad de la presentación de las solicitudes o la nacionalidad del extraditable. 734

e. Reextradición

El Estado que requirió y obtuvo la extradición de una persona es, a su vez, requerido luego por otro Estado para que la extradite. El Estado inicialmente requirente se convierte en Estado requerido. No se trata del mismo procedimiento ni de una secuela o complemento del mismo, sino de un nuevo procedimiento promovido por la nueva demanda de extradición. 735

Los acuerdos internacionales de la materia establecen reglas que condicionan el pedido y su resolución a la anuencia o intervención directa del Estado requerido original. Esto es, el otrora Estado requirente y ahora Estado requerido, no puede resolver el pedido de extradición sin consultar y obtener el consentimiento del Estado de quien obtuvo inicialmente la entrega del *extraditurus*. 736

Esta exigencia deriva del principio de especialidad. No se trata de un acto de cortesía interestatal sino de una garantía de control para el Estado requerido y, así mismo, de una obligación del Estado que recibe un extraditado. El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889³⁰⁰, en su art. 28, dispuso la siguiente regla: “Si después de verificada la entrega de un reo a un Estado, sobreviniese respecto del mismo individuo un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder o no al nuevo pedido, a la misma Nación que verificó la primera entrega, siempre que el reclamado no hubiese sido puesto en libertad”. 737

5. Improcedencia

Los arts. 37, inc. 6, Const. y 517 del NCPP, prevén algunas causales de improcedencia. En el inc. 1 de este último, se establece que el Estado peruano 738

³⁰⁰ Celebrado durante el Congreso Internacional Sudamericano de Montevideo de 1889. Fue suscrito en Montevideo el 23 de enero de 1889, aprobado por el Estado peruano mediante resolución legislativa del 25 de octubre de 1889.

puede rechazar la extradición cuando: primero, no se cumpla con el principio de doble incriminación o la pena conminada para el delito que determina el requerimiento de entrega sea menor a un año de pena privativa de libertad; segundo, cuando el Estado requirente no tuviere jurisdicción o competencia para el procesamiento del imputado, o si éste ya hubiese sido absuelto, condenado, indultado, amnistiado, o beneficiado por alguna otra gracia de similar naturaleza; tercero, cuando hubiese prescrito la acción penal o la pena en alguno de los dos Estados.

739 En el inc. 2, se dispone que el pedido de extradición puede ser rechazado: primero, por razones de violación de garantías procesales como el debido proceso; segundo, cuando el caso sería de conocimiento de un tribunal de excepción; o, tercero, si el delito fuere exclusivamente militar, contra la religión, político o conexo con él, de prensa, o de opinión; o si el hecho imputado sólo fuere perseguible a instancia de parte o se tratase de una falta; y, cuarto, cuando se trata de delitos tributarios, salvo que hayan sido cometidos para ocultar ingresos provenientes de otro delito, mediante una declaración falsa u omisión dolosa.

740 En el inc. 3, se excluye la extradición cuando la demanda ha sido presentada por consideraciones discriminatorias de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas; o cuando ella colisione con intereses esenciales del Perú de su seguridad y de orden público; o si el Estado requirente no brinde la seguridad suficiente de que no aplicará la pena de muerte al extraditable, pese a que el hecho delictivo materia de extradición tenga conminada dicha pena.

6. Revocatoria

741 Es una medida de corrección y equivale a un acto de desistimiento de parte del Estado requirente ante el Estado requerido, por el que solicita no se continúe con el trámite de su pedido de extradición. Por su carácter excepcional, las causales de revocación son siempre taxativas. Por lo general, se refieren a circunstancias de error en torno a la legislación invocada, a la identidad del individuo reclamado o al desinterés del Estado requirente para obtener la entrega del extraditado.

742 La revocatoria puede producirse también después de que el Estado requerido haya concedido la extradición, pero cuando aún no se haya materializado la entrega del *extraditatus*.

7. Regulación legislativa

El antecedente legal más representativo de la extradición en el Perú es la Ley de Extradición del 23 de octubre de 1888. Sus disposiciones fueron completadas mediante los arts. 345 a 348 del CdePP. En estas normas, se adoptó un modelo mixto para la tramitación de las solicitudes de extradición y se otorgó al Poder Ejecutivo la competencia para decidir la entrega de un extraditabile, colocando al Poder Judicial como una instancia fundamentalmente consultiva sobre la legitimidad del requerimiento. 743

Otro antecedente importante fue la derogada Ley N° 24710, del 27 de junio de 1987³⁰¹. Reguló de modo más detallado la extradición e incorporó importantes innovaciones. Por ejemplo, al no prever, en su art. 6, ninguna restricción relativa a la nacionalidad del extraditabile, permitió la extradición de nacionales. En su art. 8, se reconoció la vigencia del principio de administración de justicia por representación, cuando se denegara la solicitud formulada por el Estado requirente³⁰². En este supuesto, se preveía someter al *extraditatus* a un proceso penal ante autoridades judiciales nacionales, para lo cual se debía solicitar los elementos de prueba pertinentes al Estado requirente donde se perpetró el delito. Esta ley mantuvo un modelo mixto, al conceder al Consejo de Ministros la competencia exclusiva para decidir la entrega de la persona requerida. 744

Sin embargo, el régimen para la tramitación de las solicitudes de extradición era bastante complejo³⁰³. Tal defecto se concretiza en particular en las normas reglamentarias contenidas en el DS N° 044-93-JUS, del 14 de diciembre de 1993. Así, para el procedimiento de extradición activa se preveían hasta diecisiete etapas³⁰⁴. 745

En el CPP de 1991, no se incluyeron disposiciones sobre la extradición. Lo contrario sucedió en el NCPP, en el que se mantiene un esquema tradicional. Así, se regulan por separado los presupuestos, requisitos y trámites correspondientes a los procedimientos de extradición pasiva (arts. 516 a 524) y de extradición activa (arts. 525 a 527). 746

³⁰¹ MAZUELOS COELLO, 1995, p. 188 ss.

³⁰² Sobre los alcances del principio de administración de justicia por representación, Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La Justicia Penal en España. Aranzadi Editorial. Pamplona. 1998, p.224

³⁰³ Sobre dicha tramitación, HUGO VIZCARDO, 2001, p. 211 ss.

³⁰⁴ MAZUELOS COELLO, 1995, p. 151 ss.

- 747 Merece destacarse de que no se excluye la extradición de nacionales (art. 516). Esta regla, inicialmente prevista en la derogada Ley N° 27410, es compatible con los compromisos bilaterales más recientes sobre la materia suscritos por nuestro país. Así, en el art. 6, párrafo inicial, del Tratado de Extradición Peruano - Coreano, del 5 de diciembre de 2003, se señala que: “Los nacionales de la parte requerida podrán ser extraditados”. De igual manera, se declara, en art. III del Tratado Peruano - Boliviano, del 27 de agosto de 2003, que: “La extradición no será denegada por razón que la persona reclamada sea nacional del Estado requerido”.
- 748 En cuanto al modelo resolutivo de las solicitudes de extradición, en el NCPP se conserva el esquema mixto de la legislación anterior. De modo que las instancias judiciales mantienen la condición de órganos de tramitación y consulta. La facultad de extraditar es de competencia exclusiva de los órganos correspondientes del Poder Ejecutivo (art. 514). De allí que la resolución que emite la Sala Penal de la Corte Suprema, en los casos de procedimientos de extradición (activa o pasiva), tiene un carácter meramente ilustrativo (art. 514, inc. 2). Sin embargo, es vinculante para el Gobierno cuando la Corte Suprema pronuncia una resolución consultiva negativa (art. 515).
- 749 Lamentablemente, esta regulación formal del trámite de la extradición mantiene los excesos de los que adolecía la anterior legislación. Por ejemplo, se prevén las siguientes etapas del proceso de extradición pasiva:
- Recepción de la solicitud por la Fiscalía de la Nación.
 - Remisión al Juez de Investigación Preparatoria para que dicte el mandato de detención en vista de la extradición.
 - Diligencia preparatoria con citación del Fiscal Provincial y del extraditable, a quien se tomará declaración por la que puede contradecir la solicitud formulada o su legitimidad.
 - Audiencia de control de la extradición dentro de los 15 días.
 - Remisión del cuadernillo a la Sala Penal de la Corte suprema.
 - Traslado al Fiscal Supremo; y luego, con la opinión de éste, determinación de la fecha de audiencia.
 - Realización de la audiencia con informes orales.
 - Resolución de la Sala Penal dentro de los 5 días.
 - Remisión de opinión consultiva, luego de 3 días de notificada, al Ministerio de Justicia.

- Emisión de Resolución Suprema del Consejo de Ministros y comunicación de la misma a la Fiscalía de la Nación y al Estado requirente por vía diplomática.
- El Estado requirente debe trasladar al extraditado dentro de los 30 días siguientes a la comunicación. Este plazo podrá prorrogarse por 10 días más; al vencimiento de esta prórroga se pondrá en libertad al extraditado.

La complejidad descrita no es menor para la tramitación de la extradición activa. Conforme a los arts. 525 y 526 del NCPP, el procedimiento consta de cuatro etapas fundamentales:

- La emisión, de oficio o a pedido de parte, del auto de requerimiento de extradición y la conformación del cuaderno de extradición por parte del juez de la investigación preparatoria (o juez penal). En dicha resolución, se deberá precisar con claridad los hechos imputados, su calificación jurídica, los elementos de convicción que concurren y que vinculan al imputado, la declaración de ausencia o contumacia, así como la orden de detención con fines de extradición, de ser el caso (art. 525, inc. 2). Una vez emitida la resolución, el juez formará el cuaderno de extradición conteniendo, entre otros, con la documentación que es detallada en el art. 518 (pfs. 1 y 2), anexando los elementos de convicción que acreditan que el procesado ha sido ubicado en el país requerido; precisándose, además, las normas de derecho interno aplicables al caso y el Tratado que pudiere existir (art. 526, inc. 1).
- La elevación del cuaderno de extradición a la Sala Penal de la Corte Suprema y traslado a la Fiscalía Suprema, y puesta en conocimiento de las demás partes, fijándose la fecha de realización de la audiencia. Llevada ésta a cabo, la Sala Penal Suprema, en el término de 5 días, deberá emitir la resolución consultiva correspondiente (según dispone el art. 9, del DS N° 016-2006-JUS³⁰⁵). Si el pronunciamiento de la resolución consultiva es desfavorable, se devolverá el cuaderno de extradición al órgano jurisdiccional inferior. Por el contrario, de ser favorable, dicha resolución deberá ser notificada a las partes, y en el término máximo de 3 días se remitirá el cuaderno al Ministerio de Justicia (art. 526, inc. 3).

³⁰⁵ DSN° 016-2006-JUS, del 17 de septiembre de 2007, sobre normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados. Dicha norma fue modificada por el DS N° 010-2008-JUS, del 8 de julio de 2008.

- La remisión o traslado de lo actuado hacia el Poder Ejecutivo.
 - La emisión y publicación oficial de la resolución suprema que aprueba o desaprueba la extradición activa, y la presentación formal de la misma ante el Estado requerido. Al Poder Ejecutivo le corresponde demandar, a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema Suprema, formalmente al Estado concernido, la extradición del procesado, acusado o condenado que se encuentra en su territorio (art. 525, inc. 1). A este nivel se conformará una comisión presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la cual informará sobre la materia. Será, luego, en Consejo de Ministros, donde se acuerde el resultado de la extradición activa, emitiéndose la resolución suprema que corresponda (inc. 4). Si ésta es denegatoria, aunque la ley no lo señala expresamente, debe admitirse, interpretándose sistemáticamente, el art. 522, inc. 1, por lo que la Fiscalía de la Nación deberá de comunicar tal hecho a la INTERPOL. Por el contrario, si la resolución suprema es favorable a la extradición activa, deberá disponerse la traducción de las piezas procesales principales del cuaderno de extradición (inc. 5, concordado con el art. 11 del DS N° 016-2006-JUS). La Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Poder Ejecutivo, deben presentar, formalmente, la solicitud de extradición ante el Estado en cuyo territorio se encuentra el procesado, acusado o condenado por la justicia peruana.
- 750 El NCPP también contempla formas especiales de extradición como la extradición anticipada (art. 521) y la reextradición (art. 519).
- 751 Sin embargo, llama la atención que el legislador nacional no haya reproducido la disposición que contenía el art. 8 de la derogada Ley N° 24710, la cual permitía la administración de justicia por representación, en caso de denegatoria de la extradición pasiva requerida. Por tanto, hay que admitir que en caso de negarse la extradición de una persona, su juzgamiento por autoridades judiciales peruanas sólo procedería con arreglo a lo estipulado en los tratados bilaterales o multilaterales. Así, por ejemplo, en el art. 5 del Tratado de Extradición con Panamá de 2003³⁰⁶ y en el art. 6 del Tratado de

³⁰⁶ Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República de Panamá. Suscrito el 08 de setiembre de 2003. Aprobado por RLeg N° 28387, del 12 de noviembre de 2004 y ratificado por DS N° 079-2004-RE, del 3 de diciembre de 2004. Vigente desde el 08 de julio de 2005.

Extradición con Paraguay de 1997³⁰⁷, se estipulan normas para la instauración del procedimiento penal por la parte requerida en caso de rechazo del pedido de extradición.

También es cuestionable que no se hayan incluido disposiciones, similares a aquellas previstas en la Ley N° 24710 y en el DS N° 044-93-JUS, para regular la revocación de la extradición. Esta omisión constituye un grave vacío (arts. 513 a 527) que ha debido ser subsanado por el art. 10 del DS N° 016-2006-JUS, sobre Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados. 752

En el Título II, de la Sección VII, del Libro Séptimo del NCPP, se regula el procedimiento de detención y entrega de personas³⁰⁸, el cual concierne y es equivalente a un requerimiento de extradición promovido por los órganos competentes de la Corte Penal Internacional (arts. 557 a 561). Al respecto es de precisar que la tramitación establecida es muy similar a la configurada para los pedidos de extradición. Ahora bien, en caso de concurrencia de solicitudes de extradición con pedidos de detención y entrega formulados por la Corte Penal Internacional, el NCPP, en coherencia con los compromisos acordados por el Estatuto de Roma, declara la preeminencia del pedido del órgano jurisdiccional supranacional (art. 561). 753

IX. Aplicación de la ley penal extranjera

Por aplicación de la ley penal extranjera, se comprende -en sentido estricto- el hecho de que el juez nacional aplica al caso que juzga la ley extranjera en lugar de la ley nacional. En sentido amplio, se entiende no sólo esta forma directa de aplicación, sino también el hecho de tener en cuenta la ley penal extranjera en el momento de aplicar la ley penal nacional. En este caso, la ley extranjera condiciona -de cierta manera- la aplicación de la ley nacional. Un ejemplo es la regla de la doble incriminación o identidad de reglas como condición para reprimir al nacional que ha cometido un delito fuera del Perú³⁰⁹. Nos parece preferible hablar a este respecto de reconoci- 754

³⁰⁷ Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República del Paraguay. Suscrito el 17 de octubre de 1997. Aprobado por RLeg N° 28247, del 07 de junio de 2004 y ratificado por DS N° 064-2004-RE, del 05 de octubre de 2004. Vigente desde el 29 de noviembre de 2005.

³⁰⁸ SAN MARTÍN CASTRO, 2003, Vol. II, p. 1491.

³⁰⁹ Cfr. ZLATERIC, 1968, p. 294.

miento de la ley extranjera y, en cuanto al primer caso, de acuerdo con la opinión dominante, de aplicación directa³¹⁰.

- 755 En la doctrina y legislación, impera el criterio de la inaplicabilidad de la ley penal extranjera. Los tribunales nacionales no pueden aplicar sino la ley penal nacional, es decir, la *lex fori*. Esta regla no es muy antigua, se considera que alcanzó su vigencia en los primeros años del signo XIX y tuvo en Binding uno de sus más decididos defensores. Antes se admitía con frecuencia la aplicación de la ley extranjera; este criterio fue defendido por Bartolo, Grotius Carpzov. En algunas legislaciones se le aceptó a través del principio de la *ley mitior*.
- 756 En la época moderna, Feuerbach defendió la aplicación de la ley extranjera. En el presente siglo, fue Donnedieu de Vabres quien provocó un fuerte movimiento a su favor.
- 757 Diferentes teorías fueron concebidas para justificar la aplicación de la ley penal extranjera: la Escuela holandesa del siglo XVII sostuvo el criterio de la “cortesía internacional”; algunos alemanes hablaron de “representación de intereses”³¹¹ y otros, de “comunidad de intereses de diferentes Estados soberanos”³¹², Donnedieu de Vabres se refirió al “ejercicio de la soberanía territorial”³¹³.
- 758 Los argumentos que se esgrimen a su favor son numerosos. Entre éstos podemos señalar: representa una garantía a la libertad individual (en el sentido de *nullum crimen, nulla poena sine lege*); permite aplicar la ley que mejor se adecua a la infracción o al medio en que fue cometida; evita la arbitrariedad en la determinación de la ley aplicable e, igualmente, las desigualdades que pueden presentarse al juzgar a los copartícipes³¹⁴.
- 759 Los argumentos en su contra son de orden teórico y práctico. En los de orden teórico, se dice que la aplicación de la ley extranjera representa un atentado contra la dignidad y la soberanía del Estado y, en los de orden

³¹⁰ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, T.II., p. 760.

³¹¹ GRÜTZNER, 1960, p. 400.

³¹² BEMMELN, 1960, p. 615.

³¹³ Respecto al derecho local y al voluntad del legislador que hace suya la ley extranjera, Cfr. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 182.

³¹⁴ Cfr. SCHWANDER, 1960, p. 576 ss.

práctico, que comporta inconvenientes para la administración de justicia, en cuanto al conocimiento de la misma y a la imposición por parte de ésta de una sanción desconocida por la legislación nacional³¹⁵.

Como ya lo hemos expresado, en la legislación moderna prima el principio de que en el territorio de un Estado la ley aplicable es sólo la ley penal nacional. Este es el caso de nuestra legislación penal y la del Tratado de Montevideo (1889) y del Código Bustamante (1928), suscritos por el Perú. El art. 304 de este último estatuye que “ningún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás” 760

El Tratado de Montevideo no contiene una disposición general parecida a ésta. Por el contrario, admite la posibilidad de que se aplique la ley extranjera, cuando el delincuente mediante la infracción afecte a diferentes Estados. Según el art. 4, “se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas” 761

La ley extranjera es reconocida, en el art. 2, inc. 4, cuando prevé la doble incriminación y ordena que se tenga en cuenta si la pena impuesta en el extranjero ha prescrito o ha sido remitida, circunstancias que se determinarán conforme a la ley del Estado donde se impuso la sanción. 762

Esta misma solución ha sido adoptada en el Código Bustamante en relación con la prescripción de la pena (art. 313); y en cuanto a la prescripción de la acción, se dispone que es de aplicación la ley del Estado al que corresponde conocer. El Tratado de Montevideo (1889) -ratificado por nuestro gobierno- no contiene disposición alguna que establezca el reconocimiento de la ley extranjera. 763

X. Aplicación de sentencias extranjeras

Como en el caso de la aplicación de la ley extranjera, se distingue la fuerza ejecutiva de la sentencia extranjera del simple reconocimiento de sus efectos. En el primer caso, el Estado que detiene al delincuente haría efectiva la condena impuesta por un tribunal extranjero. En el segundo, el Estado no podría, por ejemplo, perseguir al delincuente si es que un tribunal extranjero -por el mismo hecho- lo ha juzgado y absuelto. 764

³¹⁵ BINDING, 1885, p. 372 ss.; Cfr. GRÜTZNER, 1960, p. 408 ss.; ZLATERIC, 1968, p. 302.

- 765 En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones parten del desconocimiento de la fuerza ejecutiva de las sentencias extranjeras. Dicho criterio se sustenta en la afirmación de que la sentencia es expresión de la soberanía del Estado y que reconocerla implicaría inclinarse ante una voluntad extranjera³¹⁶. Lo que no significa que se proclame el total desconocimiento de la resolución extranjera o se le tenga por inexistente.
- 766 La legislación peruana sigue esta concepción. Así, el art. 4, inc. 3, reconoce plena validez a la sentencia extranjera absolutoria y, por lo tanto, las autoridades peruanas no podrán reprimir a la persona absuelta en virtud de los principios real, de la personalidad activa, de personalidad pasiva y de un tratado internacional. Así mismo, cuando la sentencia es condenatoria y ha sido totalmente ejecutada. Si lo ha sido parcialmente, el reconocimiento es limitado en la medida en que sólo se tiene en cuenta la parte de la pena ya cumplida en el momento de la fijación de la pena en el nuevo proceso. Es decir, que el Estado peruano no ejecutará la pena impuesta en el extranjero, sino que juzgará al procesado y, de condenarlo, computará la parte de la pena cumplida³¹⁷.
- 767 Además, reconoce plena validez a la resolución que dispone la remisión de la pena o declara su prescripción
- 768 La no ejecución de la sentencia penal extranjera es admitida ampliamente en el Código Bustamante. En el art. 436, se dice: “Ningún Estado contratante ejecutará las sentencias dictadas en uno de los otros en materia penal, en cuanto a las sanciones de ese orden que impongan”. La salvedad que se hace en último lugar es debido a que en el artículo siguiente se admite la ejecución de la parte de la sentencia extranjera referente a la responsabilidad civil y a sus efectos sobre los bienes del condenado (art. 437). La única excepción que hace en relación con las penas es la contenida en su art. 311. Según esta disposición, “la pena de interdicción civil tendrá efecto en los otros Estados mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exige la legislación de cada uno de ellos”.

³¹⁶ Cfr. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 178 ss.; ZLATERIC, 1968, p. 328. También se arguyen razones prácticas concernientes a las diferencias que hay en los sistemas de penas. En Alemania, se alegan razones de orden constitucional, consultar: OEHLER, 1983, p. 605 ss.

³¹⁷ Corresponde al tribunal determinar, autónomamente, la correspondencia entre la pena impuesta -parcialmente cumplida- y la pena prevista por la legislación nacional. No creemos que se pueda deducir del sistema peruano la extinción de la acción penal, debido a que las penas sean cualitativamente diferentes; contra: BRAMONT ARIAS, 1950, p. 173.

En doctrina, se reclama hace mucho tiempo la aplicación de la sentencia extranjera. Algunos juristas, como Donnedieu de Vabres³¹⁸, han negado que sea la mejor solución, el nuevo juzgamiento del delincuente y afirmado que sería conveniente reconocer su fuerza ejecutiva, lo que se adecua mejor al deber de colaboración internacional. Además, sostienen que no implicaría un atentado contra la soberanía del Estado, ya que para su aplicación es necesario que el mismo Estado la autorice legalmente. 769

En los congresos internacionales se ha sostenido este criterio. Así, ya en el Congreso Internacional de derecho penal de Bucarest (1929) se aprobó que a toda sentencia penal extranjera -dictada por autoridad competente- debe reconocérsele eficacia, conforme a las necesidades de la cooperación internacional. De manera más clara y en armonía con el criterio dominante en la doctrina, el IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (La Haya, 1964) afirmó en sus resoluciones que: “En principio, conviene recomendar que las decisiones penales adoptadas en un Estado sean reconocidas en otro Estado. Este reconocimiento no es incompatible con la idea de la soberanía. En efecto, el nacionalismo excesivo que separa lo pueblos ha cedido terreno en numerosos casos y en especial en materia penal a una voluntad de cooperación conforme a la solidaridad internacional. Así mismo, las dificultades prácticas a que dan lugar las sentencias extranjeras pueden ser superadas gracias a los aportes recientes del Derecho comparado”. 770

La intensificación de ciertas formas delictivas a nivel internacional; por ejemplo, el tráfico de drogas, ha hecho necesaria la adopción de nuevos criterios en relación con la cooperación de los gobiernos. Es el caso de los convenios sobre cumplimiento de condenas penales suscritos por nuestro país, los Estados Unidos y el Canadá (6 de junio de 1979 y 22 de abril de 1980), aprobados por las Leyes N° 23124 y N° 23125 del 9 de julio de 1980. 771

La legislación más avanzada en el dominio de la aplicabilidad de la sentencia extranjera, es la de los países nórdicos. En 1948, Suecia, Noruega y Dinamarca se pusieron de acuerdo con relación a la multa, la confiscación y la reparación de daños. En la actualidad rige entre ellos, además en Finlandia e Islandia, un acuerdo más amplio. Un claro ejemplo de estos convenios es la Ley sueca del 22 de mayo de 1963, referente a 772

³¹⁸ DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 324.

ciudadanos y residentes, la cual contiene un cuadro de equivalencia de las penas y contempla también los casos de la condena y de la liberación condicional.

XI. Caso de funcionario o empleado nacional que delinca en el extranjero

- 773 De acuerdo con el art. 2, inc. 1, se aplica la ley peruana “a todo delito cometido en el extranjero”, cuando el “agente es funcionario o servidor en el desempeño de su cargo”.
- 774 En general, se sostiene que se trata de un caso particular del principio real o de defensa, ya que mediante tales actos, el funcionario o servidor obra directamente contra los intereses del Estado³¹⁹. A pesar de esta estrecha relación existente, es preferible invocar el deber especial que tienen los funcionarios o empleados en relación con el Estado que los nombra. La violación de este deber constituye el factor decisivo que explica la intervención del Estado interesado³²⁰. Este criterio se pone en evidencia cuando se exige que el delito haya sido cometido “en el desempeño [del] cargo”. No se trata de uno de los delitos contra la seguridad del Estado, ya que en este caso se invoca el principio real o de defensa. En principio han de comprenderse, las infracciones previstas en el Título XVIII, Capítulo II, “Delitos cometidos por funcionarios públicos”, pero también otras como la de falsificación de documentos (art. 427)³²¹. Esto se desprende de la referencia que el legislador hace a la comisión de “todo delito”, como en el Código derogado a “infracciones de cualquier especie”.
- 775 Esta expresión evita dudas en la interpretación de la expresión “en el desempeño de su cargo”. La amplitud de la última frase hace casi inútil la referencia general a todo delito. Se descartan las dudas que hubieran si se interpreta “en el desempeño de su cargo” en el sentido de que el delito debe ser cometido “con ocasión del cumplimiento de los actos propios a la función o servicio” y no en que sea realizado “durante el ejercicio del cargo o mientras dure la prestación de los servicios al Perú”.
- 776 En caso de que el servidor público incurra, en el extranjero y en tanto se encuentre en funciones, en un delito de prevaricato o de falsificación de

³¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 18 III 3. Cfr. NÚÑEZ, 1974, p. 95.

³²⁰ OEHLER, 1983, p. 394.

³²¹ Cfr. CORNEJO, 1926, p. 28.

documentos (al realizar uno de los actos de su cargo) el Estado peruano podrá reprimirlo conforme a la ley peruana. Tratándose de un delito de violación o de lesiones, cometido mientras el autor es servidor público y en el marco de su vida particular, el primer interesado en la represión es el Estado del país donde se cometió la infracción. Si éste no puede sancionar al autor debido a su inmunidad diplomática, por ejemplo, el Perú deberá perseguirlo de acuerdo con el principio de la personalidad activa. Si se trata de un empleado al servicio del Perú, pero de nacionalidad extranjera, deberá ser sometido a extradición, en caso de haber ingresado al Perú y haber sido detenido.

La *ratio legis* del art. 2, inc. 1, es el interés del Estado en reprimir a sus servidores que han violado, aun en el extranjero, sus deberes especiales como tales. La competencia que se irroga el Estado respecto a la represión del funcionario o servidor públicos es absoluta, ya que excluye la aplicación de alguna de las excepciones prevista en el art. 4. 777

XII. Excepciones estatuidas en el art. 4

De acuerdo con el sistema de nuestro Código, el Estado peruano ejerce de manera exclusiva su derecho a sancionar a quienes hayan cometido una infracción en su territorio. Su extinción depende sólo de lo que disponga la ley nacional; por ejemplo, por prescripción Si el agente hubiese sido castigado por esta misma infracción en el extranjero, los tribunales nacionales tienen aún expedita su facultad de perseguirlo penalmente. 778

En algunos ordenamientos jurídicos, se reconoce al Estado también esta exclusividad, según el principio real o de defensa; por esto, se le denomina *cuasi territorial*³²². No sucede esto en el nuestro. El art. 4, por el contrario, dispone que la ley nacional no se aplicará basándose en este principio, así como en los la personalidad activa y pasiva, cuando la acción penal se halle extinguida conforme a una u otra legislación; se trate de delitos políticos o de hechos conexos a éstos y cuando el acusado haya sido absuelto en el extranjero o, condenado, haya cumplido la pena o ésta hubiera prescrito, o le hubiera sido remitida. 779

El caso de la prescripción de la acción penal y de la pena es un problema de aplicación de la ley penal extranjera y lo hemos tratado antes. Señalemos 780

³²² CP suizo, art. 4.

aquí que el inc. 3 del art. 4, no indica si la prescripción o la remisión de la pena se determinan de acuerdo con la ley penal nacional o a la extranjera. Es un caso de aplicación de la ley más favorable (nacional o extranjera)³²³.

- 781 Sin embargo, este no es el criterio admitido en el Tratado de Montevideo y el Código Bustamante. Es sus arts. 14 y 312, respectivamente, se estatuye que la prescripción se rige por las leyes del país al cual corresponde conocer el delito; sólo el Código Bustamante contiene una norma expresa respecto a la pena. Se trata del art. 313 que dice: “La prescripción de la pena se rige por la ley del Estado que la ha impuesto”³²⁴.
- 782 En el acápite referente a la ejecución y reconocimiento de sentencias extranjeras, hemos tratado los casos señalados en el inc. 3 del art. 4. Recordemos, tan sólo, que lo discutido en este dominio es el “efecto internacional de los derechos adquiridos del inculpado, que se ha beneficiado de una absolución, de una remisión o que ha cumplido la pena, a no volver a ser perseguido por el mismo hecho (*ne bis in idem*)”³²⁵.
- 783 El legislador peruano ha admitido un criterio amplio en cuanto a los delitos políticos, en la medida en que se refiere también a los hechos conexos con éstos (art. 4, inc. 2). El criterio determinante para saber qué infracciones revisten esta calidad es de carácter objetivo (según el bien jurídico violado). Pues, si se hubiese seguido hablando, como en el Código derogado, art. 6, inc. 2, de delitos políticos-sociales (según el fin político del agente)³²⁶, hubiera sido inútil la referencia a los “delitos conexos”³²⁷. En todo caso, el criterio imperante en la doctrina y en la legislación es bastante amplio, lo que está en armonía con el extenso reconocimiento al derecho de asilo.
- 784 Esta concepción fue admitida en la antigua Ley de extradición de 1888, en la que se hace referencia a delitos que tuvieran un carácter político o se hubieran perpetrado en conexión con ellos. Aún de manera más general en el DL N° 18692, del 21 de diciembre de 1970, se concedió amnistía por

³²³ Cfr. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 173.

³²⁴ El Tratado de Montevideo de 1940, no ratificado por el Perú, se refiere a ambos casos en una misma disposición: art. 16.

³²⁵ Cf. DONNEDIEU DE VABRES, 1928, p. 303.

³²⁶ En el art. 13 de su Proyecto de CP italiano de 1921, FERRI, 1921, establece que “son delitos político-sociales aquellos cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo”.

³²⁷ Es interesante observar que en la Ley N° 23215, del 28 de julio de 1980, el Gobierno concede amnistía e indulto a los inculpados, acusados y sentenciados por “hechos de naturaleza político-social o conexos subordinados a éstos” (arts. 1 y 2).

“delitos políticos-sociales y conexos”. En este sentido, el Parlamento se refirió, en la Ley N° 23215 del 28 de julio de 1980, a “hechos de naturaleza político-social o conexos, subordinados a éstos” (art. 1). Los alcances de esta expresión fueron limitados por la enumeración de casos que hizo el Parlamento en el art. 2 de esta misma ley de amnistía. Pero, en la derogada Ley de extradición de 1987, art. 7, se vuelve a la terminología empleada en la de 1888. En la Constitución de 1993, art. 37, último párrafo, al establecerse los delitos que están excluidos de la extradición, se habla de delitos políticos y hechos conexos, indicando en seguida que no están comprendidos el genocidio, magnicidio y terrorismo. Este apartado constitucional ha sido recogido y desarrollado por el art. 517, inc. 2, lit. e, NCPP, en el cual se señala que “están fuera de la consideración de delitos políticos los actos de terrorismo, los delitos contra la humanidad y los delitos respecto de los cuales el Perú hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar”.

El único caso en que nuestro legislador admite el derecho exclusivo de perseguir a determinados autores de delitos cometidos fuera del territorio nacional, es el de los funcionarios o empleados al servicio del Estado que, en el ejercicio de sus cargos, ejecutaran una infracción en el extranjero (art. 2, inc. 1). 785

