

6. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

EXTRADICIÓN

AMPLIACIÓN DE EXTRADICIÓN DE ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI. I. FUNDAMENTO DE LA EXTRADICIÓN. PRINCIPIO DE IDENTIDAD DE LA NORMA, DOBLE INCRIMINACIÓN Y MÍNIMA GRAVEDAD. II. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL TRATÁNDOSE DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. III. IMPROCEDENCIA DE APLICAR EL ARTÍCULO 100 DEL CÓDIGO PENAL PARA SOSTENER LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL EMANADA DEL DELITO DE PECULADO. ARTÍCULO 100 DEL CÓDIGO PENAL PRETENDE EVITAR LA IMPUNIDAD DE QUIENES EVADAN LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA CHILENA. SOLICITUD DE EXTRADICIÓN POR EL DELITO DE PECULADO, RECHAZADA.

HECHOS

La Corte Suprema revoca parcialmente el fallo dictado respecto de ampliación de extradición de Alberto Fujimori Fujimori, sólo en cuanto había concedido la extradición solicitada por el delito de Peculado cometido en contra de la Administración Pública del Estado Peruano, y en su lugar declara que ella queda denegada.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Extradición (rechazado)*

ROL: *7009-2017, de 5 de junio de 2017*

PARTES: *República del Perú con Alberto Fujimori Fujimori*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- 1. El fundamento de la extradición radica en la comunidad de intereses de todos los Estados para asegurar la persecución de los delitos poniendo a los imputados que se hallaren en sus respectivos territorios a disposición de los titulares penales de los órganos de la jurisdicción de otros Estados, siempre que concurran los presupuestos que lo hacen admisible y eficaz, y que se consignan en los tratados o en el derecho consuetudinario. Sus motivos prácticos se concretan en la necesidad de no dejar impunes delitos de cierta importancia y en llevar obligadamente a los responsables a rendir cuentas*

a un proceso en marcha o a enfrentar las decisiones tomadas en uno ya concluido. Asimismo, se ha señalado que el instituto en estudio se encuentra afecto a una regla esencial, cual es la de la legalidad, que se manifiesta en el principio de “identidad de la norma”, “doble incriminación” y “mínima gravedad”, cuya satisfacción resulta necesaria para que opere (considerandos 1° y 2° de la sentencia de la Corte Suprema)

- II. *Se ajusta a derecho la decisión del tribunal a quo en orden al carácter de lesa humanidad de los delitos de homicidio calificado y asociación ilícita para delinquir por los cuales se requiere la ampliación de la extradición de Alberto Fujimori Fujimori, conclusión que priva de sustento a la alegación sobre la extinción de la acción penal ejercida en la causa iniciada por denuncia N° 02-2007 en el país requirente, habida cuenta que tales ilícitos merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular al contravenir no solo los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que además suponen una negación de la personalidad del hombre. En definitiva constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes, por lo que se ha de reconocer su carácter de imprescriptibles, así como la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales, prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema)*
- III. *La particular redacción del artículo 100 del Código Penal chileno da cuenta que pretende regular una hipótesis de suyo excepcional, como es la extensión de la vigencia de la acción penal o de la pena cuando el responsable se ausenta del territorio de la República, de modo que se trata de una ley en la cual el elemento territorialidad de su vigencia ha sido reforzado expresamente, al tener como expresos destinatarios o sujetos pasivos a personas que vayan a ser juzgadas en él, consagrando de esta manera el particular interés del legislador nacional de evitar la impunidad de quienes evadan la acción de la justicia chilena. En tales condiciones, aplicar en la decisión del caso de autos el artículo 100 del Código Penal para sostener la vigencia de la acción penal emanada del delito de peculado significa extender los términos de una disposición concebida exclusivamente para evitar la impunidad por delitos que deben ser juzgados en Chile, a quien lo será en un país diverso, extensión de su sentido proscrita por el principio de legalidad penal, ya que “la letra de la ley no debe ser sobrepasada nunca cuando está en juego la imposición*

de una pena” –Gimbernat O.–. Por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal no puede tener aplicación en el caso en estudio, motivo por el cual no será considerado para el cómputo del término extintivo de la acción penal emanada del delito de peculado, el que se encuentra vencido a la fecha en que ella se dirigió en contra del imputado (considerandos 10° a 12° de la sentencia de la Corte Suprema)

Cita online: CL/JUR/3617/2017

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 100 del Código Penal.*

CORTE SUPREMA:

Santiago, cinco de junio de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de las referencias que se leen en sus motivos 73° y 75° al artículo 100 del Código Penal, así como el párrafo final del considerando 77° y el razonamiento 79°, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente

1°. Que como ha señalado este tribunal, el fundamento de la extradición radica en la comunidad de intereses de todos los Estados para asegurar la persecución de los delitos poniendo a los imputados que se hallaren en sus respectivos territorios a disposición de los titulares penales de los órganos de la jurisdicción de otros Estados, siempre que concurran los presupuestos que lo hacen admisible y eficaz, y que se consignan en los tratados o en el derecho consuetudinario. Sus motivos prácticos se concretan en la necesidad de no dejar impunes delitos de cierta importancia y en llevar obligadamente a los responsables a rendir cuentas a un proceso en marcha o a enfrentar las decisiones tomadas en uno ya concluido. (SCS rol N° 1858- 2010).

2° Que, asimismo, se ha señalado que el instituto en estudio se encuentra afecto a una regla esencial, cual es la de la legalidad, que se manifiesta en el principio de “identidad de la norma”, “doble incriminación” y “mínima gravedad”, cuya satisfacción resulta necesaria para que opere (SCS rol N° 2058- 2010).

3° Que tales aspectos se encuentran adecuadamente justificados por el señor Ministro instructor, conforme se advierte en los motivos 10° a 15° de la sentencia en alzada, restando pronunciarse sobre la vigencia de la acción penal correspondiente a los delitos por los cuales se ha formulado el requerimiento de autos.

4° Que sobre este último aspecto, esta Corte comparte lo afirmado por el sentenciador de primera instancia, referido al carácter de lesa humanidad de los delitos de homicidio calificado y asociación ilícita para delinquir por los cuales se requiere la ampliación de la extradición de Alberto Fujimori Fujimori, conclusión que priva de sustento a la alegación sobre la extinción de la acción penal ejercida en la causa iniciada por denuncia N° 02-2007 en el país requirente, habida cuenta que tales ilícitos merecen una reprobación tan

enérgica de la conciencia universal al atender contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular al contravenir no solo los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que además suponen una negación de la personalidad del hombre. En definitiva constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes, por lo que se ha de reconocer su carácter de imprescriptibles, así como la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales, prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

5° Que, sin embargo, en lo referido al delito de peculado materia del requerimiento, resulta necesario tener en consideración que según dispone el artículo V del Tratado Bilateral sobre Extradición vigente entre Chile y Perú, no será procedente la extradición “1° Cuando los delitos, aunque cometidos fuera del país de refugio, hubieren sido perseguidos y juzgados definitivamente en él, o hubieren sido objeto de amnistía o indulto en dicho país; 2° Cuando, según las leyes del país requerido, la pena o acción se encontraran prescritas; 3° cuando el delincuente sea perseguido y juzgado por el mismo hecho en el país

requerido”. Tal regulación impuso al señor Ministro Instructor, conforme expresa en el razonamiento 73°, el análisis de la defensa de prescripción de la acción penal referida al delito de peculado bajo la luz de lo dispuesto en los artículos 94, 95, 96, 100 y 101 del Código Penal, dando aplicación de esta manera a la disposición que establece que “Cuando el responsable se ausentare del territorio de la República, sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años” (artículo 100).

6° Que sin embargo esta Corte tiene en consideración para resolver lo pertinente que las disposiciones aludidas se insertan en el marco regulatorio referido a la vigencia de la ley penal y que, como normas sancionatorias que son, importan el ejercicio de la soberanía del Estado, de manera que su validez aparece limitada en el espacio por la extensión dentro de la cual se reconoce en la comunidad internacional el ejercicio de la soberanía (Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akal /Iure, pág. 112).

De esta manera, ni aún el ejercicio que supone el análisis encomendado para los fines de la extradición –una suerte de ficción que se impone con fines de cooperación internacional entre Estados, con miras a la salvaguarda del orden público amenazado por la comisión de ilícitos de cierta entidad, de modo que se reconoce el interés común de facilitar su persecución, juzgamiento y eventual sanción– permite olvidar dicho aspecto, por lo que los términos

de los preceptos que regulan la vigencia de la acción que se pretende hacer valer han de ser sometidos al examen que impone la sujeción estricta al principio de legalidad penal, y aquilatando la incidencia que una norma como la del artículo 100 del Código Penal tiene en la decisión del caso.

7° Que realizando el ejercicio de determinar si la acción penal proveniente del delito de peculado se encuentra vigente, el tratado sobre extradición que regula la materia impone que tal tópico se resuelva conforme las normas nacionales. Así, entonces, resulta necesario discernir si todas las normas consideradas por el señor Ministro Instructor son aplicables en la especie, para lo cual debe determinarse la extensión precisa, el valor exacto y los límites de su aplicabilidad a casos concretos (Gimbernat O., *Concepto y método en la ciencia del derecho penal*, Tecnos, pág. 44, citando a Pannain, *Manuale de Diritto Penale*).

8° Que no cabe duda que la formulación de las disposiciones que contienen los artículos 94, 95, 96 y 101 del Código Penal resultan lo suficientemente genéricas para permitir discernir su aplicabilidad en el caso concreto. Es así como ellas establecen el plazo para que opere, su forma de cómputo (lo que se modifica en la forma que prescribe el artículo 100), si ha incurrido en conductas punibles en el período necesario para que opere la misma y la calificación y naturaleza de los hechos punibles o delictuosos. En tales condiciones, el simple recurso al criterio gramatical de interpretación permite determinar el ámbito de su aplicabilidad, al regular

su forma, el momento desde el cual tales términos corren, sus modalidades de interrupción y suspensión y las personas respecto de las cuales ellas operan.

Todas estas disposiciones, en cuanto leyes penales, se encuentran generalmente sometidas al límite de la territorialidad, que reconoce entre sus excepciones la situación en comento, sin que surja de su tenor o finalidad una restricción diversa que deba ser considerada.

9° Que, sin embargo, una situación distinta es la que plantea el artículo 100 del Código Penal, que teniendo en vista los fines de eficacia de la persecución penal, impone la duplicación los plazos de prescripción. Al efecto, esta Corte Suprema ya ha señalado que su fundamento reside en que dicha institución corre en la medida en que el Estado quiera y pueda perseguir el delito e imponer la pena; y se justifica porque cuando el afectado sale del territorio estatal, su persecución se dificulta. Por ello, hay mayores facilidades para eludir la acción de la justicia, imposibilitando el desarrollo del procedimiento, toda vez que existe una garantía propia de un Estado de Derecho, que es la imposibilidad de realizar el juzgamiento en ausencia del acusado, por lo que es lógico que se hagan exigencias temporales más estrictas para la consolidación de la situación jurídica del inculcado (SCS rol N° 3744-07).

10° Que en efecto, la particular redacción de tal precepto da cuenta que pretende regular una hipótesis de suyo excepcional, como es la extensión de la vigencia de la acción penal o de la pena

cuando el responsable se ausenta del territorio de la República, de modo que se trata de una ley en la cual el elemento territorialidad de su vigencia ha sido reforzado expresamente, al tener como expresos destinatarios o sujetos pasivos a personas que vayan a ser juzgadas en él, consagrando de esta manera el particular interés del legislador nacional de evitar la impunidad de quienes evadan la acción de la justicia chilena.

11° Que en tales condiciones, aplicar en la decisión del caso de autos el artículo 100 del Código Penal para sostener la vigencia de la acción penal emanada del delito de peculado significa extender los términos de una disposición concebida exclusivamente para evitar la impunidad por delitos que deben ser juzgados en Chile, a quien lo será en un país diverso, extensión de su sentido proscrita por el principio de legalidad penal, ya que “la letra de la ley no debe ser sobrepasada nunca cuando está en juego la imposición de una pena” (Gimbernat O., “Concepto y método en la ciencia del derecho penal”, Tecnos, pág. 45).

12° Que, por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 100 del Estatuto Penal no puede tener aplicación en el caso en estudio, motivo por el cual no será considerado para el cómputo del término extintivo de la acción penal emanada del delito de peculado, el que se encuentra vencido a la fecha en que ella se dirigió en contra del imputado, esto es, el 23 de junio de 2006. Para ello se tiene en particular consideración que la fecha de comisión del delito de

peculado que la sentencia que se revisa ha fijado es el 27 de junio de 1996, careciendo de incidencia en la conclusión expuesta la pérdida del término de extinción que medió entre esa data y la fecha de ocurrencia de nuevos delitos, que el mismo fallo fija en el 16 de noviembre de 2000, toda vez que desde este último evento y la fecha en que el procedimiento se dirigió contra el requerido, había transcurrido con creces el plazo que la ley chilena establece para la prescripción de los simples delitos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos, II y VIII del Tratado de Extradición entre Chile y Perú; 1° de la Convención de Extradición suscrita en Montevideo del año 1933 y 644, 653 y 654 del Código de Procedimiento Penal, se revoca la sentencia apelada de veinte de febrero de dos mil diecisiete, escrita a fojas 151 y siguientes sólo en cuanto por su numeral 3) concede la extradición solicitada por el delito de Peculado cometido en contra de la Administración Pública del Estado Peruano, y en su lugar declara que ella queda denegada.

Se confirma, en lo demás apelado, el aludido fallo.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Rol N° 7009-2017.

EXTRADICIÓN PASIVA, DOBLE INCRIMINACIÓN Y PRESCRIPCIÓN

NICOLÁS ACEVEDO VEGA

Universidad de Chile

El reciente fallo dictado por la Segunda Sala de la Corte Suprema, rol 7009-2017, tuvo por objeto resolver un recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución del ministro instructor Ricardo Blanco, que acogió una solicitud de ampliación de extradición de Alberto Fujimori Fujimori presentada por la República de Perú. Dicha solicitud de ampliación se refería a los delitos de homicidio calificado, asociación ilícita y peculado cometidos por el imputado mientras estaba al mando de la presidencia de Perú. La Corte Suprema confirmó parcialmente la resolución de primera instancia, en orden a afirmar la imprescriptibilidad de los delitos de homicidio calificado y asociación ilícita para delinquir, en virtud de su calificación como crímenes de *lesa humanidad*. Sin embargo, rechazó la ampliación de la extradición respecto del delito de peculado, toda vez que la acción penal referida a éste se encontraría prescrita. La decisión se fundó en la inaplicabilidad en el presente caso del artículo 100 del Código Penal, referida al cómputo del plazo de prescripción en casos de ausencia del imputado del territorio del país.

Como puede advertirse, el fallo se centra en la institución de la prescripción de la acción penal, como presupuesto de punibilidad del hecho, en orden a permitir la concesión de la extradición. En relación a los delitos de homicidio calificado y asociación ilícita para delinquir, la Corte confirma un criterio jurisprudencial ya asentado en nuestros tribunales, correspondiente a la imprescriptibilidad de los crímenes de *lesa humanidad*. En efecto, una vez afirmado el cumplimiento de los principios de identidad de la norma, doble incriminación y mínima gravedad, compartiendo así el razonamiento del Ministro instructor, la Corte se centra en exponer los argumentos relativos al carácter imprescriptible de los delitos ya referidos. En este sentido, se afirma la imposibilidad de reconocer la extinción penal respecto a delitos cuya investigación y sanción se encuentra exigida por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, la Corte reitera un argumento que ha sido ampliamente desarrollado en otros fallos, así como también por nuestra doctrina¹, y que tiene apoyo en ciertas disposiciones legales².

Ahora bien, es en relación a la punibilidad del delito de peculado, donde la Corte desarrolla más extensamente su argumentación. Al respecto, debe precisarse

¹ Por todos: véase POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, RAMÍREZ GUZMÁN, María, MATUS ACUÑA, Jean, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*, (Santiago, 2004), p. 583.

² Véase artículo 250 del Código Procesal Penal, inciso final.

que el análisis de la posible prescripción de la acción penal viene impuesto por el Tratado Bilateral sobre Extradición entre Chile y Perú, que en su artículo 5° numeral 2 exige que la acción penal o la pena no se encuentren prescritas, según las leyes del país requerido. Así, el instrumento referido obliga al Estado requerido a determinar si se cumple el plazo de prescripción, conforme a su legislación. Cabe destacar que esta regla es, en relación a los diversos instrumentos de derecho internacional, contingente, toda vez que se aparta de otras reglas que establecen una solución distinta (Artículo 5 del Tratado de Extradición con Bolivia, o artículo 19 del Tratado sobre Extradición de Montevideo, por señalar dos ejemplos). Pues bien, conforme al Tratado referido, la Corte Suprema debió analizar la posible aplicación de la disposición del artículo 100 del Código Penal, regla que establece la obligación de computar un día por cada dos días de ausencia del territorio de la República. Dicha disposición tiene relevancia en el presente caso, toda vez que, de considerarse solamente el plazo de prescripción de cinco años, este se encontraría vencido, por haber transcurrido ese tiempo desde la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción (16 de noviembre de 2000, fecha en la que se interrumpe el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y se inicia nuevamente su cómputo) hasta la fecha en la que el procedimiento se dirigió en su contra (23 de junio de 2006). Pues bien, precisamente en ese período el imputado permaneció en Japón, hasta su posterior viaje a Chile, donde fue detenido a solicitud del país requirente. De aplicarse la disposición del artículo 100 a este tipo de supuestos, sobre la base de su estancia en Japón, el plazo de prescripción aumentaría, lo que determinaría, bajo nuestro ordenamiento, la vigencia de la acción penal respecto al delito de peculado.

Parte importante de la perplejidad, en torno a la posible aplicación del artículo 100 al momento de analizar la extradición pasiva viene dada por lo discutible que resulta consagrar la exigencia de punibilidad del hecho desde la perspectiva del Estado requerido. En efecto, si el fundamento de la extradición se encuentra en un sistema de auxilio a la justicia extranjera, lo que debería primar es el análisis de la punibilidad del hecho conforme a las leyes del Estado requirente, pero no de la legislación del Estado requerido³. Una consideración de este tipo sólo podría fundarse en la afirmación de peligrosidad del delincuente para el orden social de ambos Estados⁴, argumento que debería ser rechazado al intentar reconstruir la justificación de una institución como la extradición. Pero más allá de esta crítica *de lege ferenda*, es claro que *de lege lata* existe una obligación por parte del Estado requerido de analizar la posible prescripción de la acción penal conforme a sus disposiciones normativas.

³ Al respecto, véase COPETE LIZARRALDE, Álvaro, *La extradición*, (Bogotá, 1945), pp. 77-78.

⁴ *Ibíd.*

El fundamento de la norma establecida en el artículo 100 del Código Penal no es claro. Se trata de una norma que no tiene disposición análoga en otras legislaciones, y cuya incorporación parece encontrar explicación en el intento por asimilar la prescripción penal a su homóloga civil⁵. La Corte se inclina, no obstante, por una de sus justificaciones más aceptables, como lo es aquella vinculada a los fines de eficacia del sistema penal. En efecto, como señala Cury, la regla encuentra justificación en la dificultad que supone para su persecución penal la salida del territorio nacional por parte del responsable⁶. En este sentido, los órganos de persecución no tienen competencias autónomas para llevar a cabo diligencias necesarias sin la cooperación de las autoridades extranjeras⁷.

Lo anterior permite explicar por qué es admisible una interpretación del artículo 100 en supuestos de extradición pasiva. El fallo de primera instancia le otorga efectos jurídicos a la salida del responsable del territorio del Estado requerente, para aumentar el plazo de prescripción, impidiendo así la declaración de prescripción del delito. Esto permite mantener intacto el fundamento de aplicación de este artículo, correspondiente a la eficacia de la persecución penal. En efecto, si el Estado requerido debe analizar el hecho, como si éste se rigiera por las leyes chilenas, es claro que la ausencia del responsable del lugar de comisión del delito supuso una afectación de la eficacia de la persecución penal por parte de las autoridades peruanas, que bajo nuestra legislación exigiría aumentar el plazo de prescripción penal. La Corte, sin embargo, concluye que la disposición del artículo 100 no puede tener aplicación en el presente caso, toda vez que esta tiene aplicación en los casos en los que el responsable es juzgado en nuestro país, de forma que la disposición aludida constituye una hipótesis especial que emana del principio de territorialidad de la ley penal. El argumento desarrollado por la Corte se funda en la idea de que el marco regulatorio de las normas referidas a prescripción, tienen –por regla general– una validez que aparece limitada al ámbito de extensión en el que se ejerce su soberanía. Si bien esta es la regla general, la Corte afirma que este principio reconocería como excepción el análisis de la punibilidad del hecho cometido en el extranjero, en el contexto del análisis de la extradición pasiva. Sin embargo, según el máximo tribunal, esta excepción no se extendería a la norma referida en el artículo 100, toda vez que su redacción da cuenta de que ella se refiere exclusivamente a delitos cometidos en el territorio nacional.

Ahora bien, esta conclusión no tiene mayor fundamento. En efecto, el ejercicio que impone el análisis de la punibilidad del hecho, obliga a analizar un hecho cuya

⁵ YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo, *La prescripción penal*, (Santiago, 2005), p. 56.

⁶ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II, (Santiago, 1994), p. 436.

⁷ WINTER ETCHEBERRY, Jaime, Extensión del artículo 100 y paralización del procedimiento, en *Gaceta Jurídica* 383, (2012), p. 206.

realización tuvo lugar en el territorio de otro Estado, bajo la legislación chilena. El extender la aplicación de las normas que originalmente regulaban supuestos de territorialidad de la ley penal, a un hecho punible cometido en el extranjero, es el elemento común al ejercicio interpretativo que impone el análisis de la punibilidad del hecho en la extradición pasiva. Ni la norma del artículo 100 –referida a la ausencia del territorio–, ni la del artículo 99 –referida a la interrupción de la prescripción, producto de la comisión de un delito, que en este caso, también se cometió en el extranjero– ni cualquier otra norma referida a la prescripción, dan cuenta de una supuesta neutralidad en relación a su aplicación en supuestos de extradición. El criterio debiese ser la aplicación de todas esas normas, pues así lo exige el instrumento internacional respectivo.

Por otra parte, podría también plantearse la pregunta sobre si –con independencia de la aplicabilidad o no aplicabilidad del artículo 100– existe otro argumento que hubiera llevado a la conclusión de declarar punible el hecho incriminado. Ciertamente eso es lo que ocurre en el presente caso. El hecho incriminado bajo la legislación peruana tiene relación con la utilización de dineros fiscales por parte del Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional peruano, por expresa instrucción de Fujimori, para vender un bien inmueble a favor de éste, quien actuaba por intermedio de un tercero que figuraba como comprador. Pues bien, el Estado requirente subsumió dichos hechos en el delito del artículo 387 del Código Penal peruano⁸, a título de cómplice. Dicha disposición consagra una figura típica que, por su amplitud, parece comprender tanto la figura del artículo 233 de nuestro Código Penal (peculado, bajo nuestra doctrina), como la de los incisos primero y segundo del artículo 235 del mismo Código (distracción de fondos y desfalco). Pues bien, es posible señalar que bajo nuestra legislación los hechos incriminados podrían haberse subsumido bajo la figura del artículo 235, en su variante de omisión de reintegro del inciso segundo (“desfalco”, de acuerdo a cierta interpretación, que permite reconstruir el injusto del artículo 235 de forma autónoma a la del artículo 233⁹), imputable a Alberto Fujimori en calidad de partícipe. Cabe señalar que la penalidad del desfalco se encuentra remitida a las sanciones del artículo 233, que tiene una pena de crimen. Lo anterior, en tanto, al tratarse de un delito asociado a una pena compuesta por varios grados, el más alto (en este caso, presidio mayor en su grado medio) determina su calificación como crimen o simple delito¹⁰,

⁸ Artículo 387 del Código Penal peruano: “*Peculado.- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)*”.

⁹ Véase: MAÑALICH RAFFO, Juan, La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales, en *Política Criminal* 7, N° 14, (2012), p. 371.

¹⁰ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, (Santiago, 2005), p. 390.

considerando además que al momento de pronunciarse sobre la extradición, la penalidad del delito debe ser juzgada en abstracto¹¹.

Sin embargo, el fallo de primera instancia entiende que los hechos no pueden subsumirse bajo la figura del artículo 233, como había afirmado el requirente, ni tampoco del artículo 235, sino del artículo 239 (fraude al Fisco, entendida como una hipótesis de administración desleal), que tiene una penalidad de simple delito, calificación que no es controvertida por la Corte Suprema. Mas la subsunción de los hechos en el delito de fraude al Fisco, por intervención a título de autor, nada dice respecto a la posibilidad de una simultánea imputación por participación en el delito de desfalco cometido por el funcionario que tiene a su cargo la administración del dinero. La imposición conjunta de una sanción por ambas hipótesis típicas supondría una redundancia punitiva, que debería resolverse conforme a las reglas del concurso aparente. Dado que ambas figuras se vinculan con la administración o inversión¹² de fondos públicos, a través de comportamientos que se encuentran en una relación de interferencia¹³, la decisión debería resolverse a mi juicio a través de un concurso aparente por consunción a favor de la figura del inciso segundo del artículo 235, pues la considerable mayor penalidad de ésta (según la ley vigente al momento de cometerse los hechos) refleja adecuadamente el juicio de desaprobación jurídica referida al contenido de significación delictiva del artículo 239. Lo anterior, sin perjuicio de que la intervención en el desfalco sea a título de partícipe. Así, teniendo el hecho punible del inciso segundo del artículo 235 una pena abstracta de crimen, el plazo de prescripción no habría vencido, lo que determina la punibilidad del hecho. El problema, por tanto, es uno de doble incriminación, que repercute a su vez en el análisis de la punibilidad del hecho.

Todas estas consideraciones nos llevan a disentir del razonamiento de la Corte, en orden a afirmar que la acción penal emanada del delito de peculado se encuentra prescrita. Por consiguiente, sería a nuestro juicio incorrecta la afirmación de la prescripción del delito de peculado, rechazando la solicitud de ampliación de la extradición, formulada por Perú en relación a ese delito. En efecto, la aplicación del artículo 100 no solo tiene sentido cuando el plazo de prescripción de la acción penal supone un supuesto de ejercicio del poder punitivo del Estado en el que se cometió el delito, sino también cuando nuestro país debe analizar si el hecho

¹¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, RAMÍREZ GUZMÁN, María, MATUS ACUÑA, Jean, ob. cit., p. 148.

¹² Véase MAÑALICH RAFFO, Juan, *La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*, ob. cit.

¹³ Véase MAÑALICH RAFFO, Juan, El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles, en CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERDMAN NIEDMANN, Jorge (Coordinadores), *El derecho penal como teoría y como práctica*, (Santiago, 2016), pp. 501-547.

cometido en el extranjero es punible bajo nuestra legislación nacional. Al mismo tiempo, es posible afirmar que el análisis de la doble incriminación del hecho debería haber determinado la subsunción de los hechos bajo la figura del inciso segundo del artículo 235, teniendo la acción penal emanada de ese delito un plazo de prescripción de 10 años, plazo que no se encontraba vencido en el presente caso.