

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



Título

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

En búsqueda de una solución a los problemas dogmáticos y político-criminales que plantea la muy difundida estrategia procesal de alcanzar la prescripción extraordinaria para lograr la impunidad en los delitos castigados con pena privativa de libertad de poca cuantía, así como los que merecen penas diferentes a la privativa de libertad

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO PENAL**

AUTOR

ALBERTO ISMAEL BEINGOLEA DELGADO

ASESOR

YVÁN FIDEL MONTOYA VIVANCO

Agosto 2020

RESUMEN

En los procesos contra delitos castigados con penas menores, la estrategia general de las defensas técnicas, es presentar todo tipo de recursos dilatorios, con el objetivo de alcanzar el plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal durante el juicio, antes de la sentencia y lograr así la impunidad del defendido. Esta es una antigua realidad peruana a la cual el derecho debe dar respuesta y con ese objetivo se desarrolla la tesis. La hipótesis es que la prescripción de la acción penal, tal como está legislada en el Perú y también en otros países, tiene una gran incoherencia intrasistémica, debido a su inadecuada importación, a la errada percepción que de ella tuvieron y tienen quienes la diseñaron y aplicaron a lo largo del tiempo y a la escasa investigación que se ha realizado sobre ella. Utilizando un método dogmático histórico, la tesis parte de la normativa actual y rastrea cada elemento de la institución desde sus orígenes, evalúa su transformación a lo largo de la historia, define fundamentos y naturaleza jurídica, analiza los problemas principales, recurriendo también al derecho comparado y llega a conclusiones que reafirman la hipótesis y que permiten concretar dos objetivos: en el plano dogmático, demostrar el error conceptual bajo el cual está legislada en la actualidad la prescripción de la acción penal, proponiendo una teoría distinta, acorde a su naturaleza jurídica y fundamento, que ponga fin a la permanente legislación contradictoria que lleva pendularmente a la institución de un extremo a otro, entre defensores de la persecución y garantistas; y en el plano político criminal, partiendo de esta nueva visión del instituto prescriptor procesal y sus fines, propone alternativas para obtener un mejor rendimiento del mismo, con la pretensión de impedir la problemática que originó la investigación.

ÍNDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	6
1. HISTORIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.....	24
1.1 NACIMIENTO Y PRIMEROS AÑOS: LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A ACUSAR	27
1.2 LA CODIFICACIÓN FRANCESA Y LA PRESCRIPCIÓN MODERNA: LA APARICIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	42
1.3 ITALIA Y LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN: LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL ..	56
1.4 LA INSTITUCIÓN EN EL PERÚ	64
2 . ENTENDIENDO LA INSTITUCIÓN	109
2.1 FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	115
2.1.1. EL OLVIDO DEL HECHO	119
2.1.2. FALTA DE NECESIDAD DE LA PENA	126
2.1.3. SEGURIDAD JURÍDICA	139
2.1.4. DIFICULTAD PROBATORIA	146
2.1.5. DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE 156	
2.1.6. AUTOLIMITACIÓN DEL ESTADO	167
2.1.7. POSICIÓN PERSONAL: RETIRO DEL DERECHO O FACULTAD POR INACCIÓN DEL TITULAR DE LA ACCIÓN ...	181
2.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	195
2.2.1. INSTITUCIÓN DEL DERECHO PENAL MATERIAL.....	198
2.2.2. INSTITUCIÓN MIXTA	212
2.2.3. INSTITUCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL.....	218
2.2.4. POSICIÓN PERSONAL: INSTITUCIÓN PROCESAL.....	231
2.3 UNA MIRADA AL DERECHO CIVIL ADVIRTIENDO LA DIFERENCIA ENTRE UNA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y UNA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y ENCONTRANDO PUNTOS DE COINCIDENCIA ENTRE ESTA ÚLTIMA Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	236

2.4 HACIA UN CAMBIO EN LA COMPRESIÓN DE LA INSTITUCIÓN	248
3 . ENTRANDO AL PROBLEMA: LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN Y LOS PROBLEMAS DE IMPUNIDAD QUE DE ELLO SE DERIVAN	268
3.1 EL UNIVERSO DONDE SE DESENVUELVE LA INSTITUCIÓN: EL PROCESO PENAL	274
3.2 LA APARICIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA INSTITUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PROCESAL	283
3.3 LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	296
3.4 LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL: UNA RESPUESTA A LA INTERRUPCIÓN	331
3.4.1. EL DERECHO A SER PERSEGUIDO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE	347
3.5 LA SUSPENSIÓN EN EL PERÚ: UN NUEVO ESCENARIO PARA UNA ANTIGUA DISPUTA.....	358
4 . LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL PERÚ	383
4.1 LA INSTITUCIÓN EN EL PERÚ	384
4.2 TOMA DE POSICIÓN Y PROPUESTA NORMATIVA	410
4.3 PROPUESTAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN.....	427
4.3.1. DESPENALIZACIÓN DE DELITOS SANCIONADOS CON PENAS MENORES.....	428
4.3.2. ELIMINACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA	429
4.3.3. CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DESDE EL MOMENTO EN QUE LA ORDINARIA FUE INTERRUPTIDA Y NO DESDE EL MOMENTO EN QUE SE COMETIÓ EL INJUSTO	431
4.3.4. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL POR ACTOS DILATORIOS DE LA DEFENSA.....	433
4.3.5. ELIMINACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA	435
4.3.6. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR ACTOS DE PROCEDIMIENTO	436
CONCLUSIONES.....	439





Para Charo, quien estimuló y acompañó, todos estos años, mis ilusiones de volver a las aulas universitarias, en busca de lo que el destino me negó cuando fui joven.

INTRODUCCIÓN

La prescripción en materia penal es conocida desde la antigüedad. Consiste en el efecto destructor que tiene el paso del tiempo sobre la acción penal o la ejecución de la pena.

Se trata de una institución muy discutida en la doctrina desde siempre, pues en las posiciones extremas, se enfrentan, por un lado, quienes sostienen que el derecho y deber del Estado de castigar a quien delinque, debe tener un límite y por tanto, concluir en algún momento, pues es ajeno a la humanidad aceptar una situación de persecución eterna; y por el otro, quienes postulan que no puede fomentarse prácticas que alienten a la comisión de delitos o una vez cometidos, a su impunidad. Existiendo su figura en casi todas las legislaciones, parece claro que ganaron los primeros.

Cuando nos referimos a la prescripción en materia penal, existen dos posibilidades: la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. La primera, extingue la posibilidad de accionar contra el agente por el hecho cometido, la segunda en cambio, extingue la posibilidad de aplicar la sanción impuesta al final del proceso. En ambas encontramos el rasgo característico de la prescripción, es decir, el efecto jurídico que produce el paso del tiempo, en estos casos, un efecto extintivo. Ambas se encuentran consagradas en el Código Penal Peruano de 1991¹. Siendo la motivación de este trabajo,

¹ Código Penal Peruano de 1991.
Artículo 78°.- Causales de extinción de la acción penal.

combatir el mal uso que se le viene dando a la prescripción de la acción penal en la práctica judicial peruana, sólo a este campo se circunscribe mi estudio y no al de la prescripción de la pena. Consignemos aquí simplemente que la prescripción de la pena es una figura que impide que se cumpla una pena judicialmente impuesta debido al paso de un tiempo determinado. Figura ampliamente discutida y discutible que no trataremos en esta tesis y que en el Perú tiene desarrollo legal en los artículos 85°, 86°, 87° y 88° del Código Penal de 1991.

La prescripción de la acción penal, tema central de estas reflexiones, es una Institución que determina que transcurrido un determinado tiempo, se extingue la capacidad del Estado para investigar judicialmente un delito y fundamentalmente, para perseguir a quien presuntamente lo haya realizado. Está legislada en el Perú en el Código Penal de 1991, entre los artículos 80° y 84° y en el 91°. Sistemáticamente, estas normas están ubicadas dentro del Título V del Libro Primero, referido a la “Extinción de la Acción Penal y de la Pena”. También hay varios artículos del Nuevo Código Procesal Penal donde se legisla sobre la materia, el 6°, 334°, 336°, 339°, 450°, 460°, 483° y 517°, siendo de gran relevancia el inciso 1° del artículo 339, que para algunos modifica un mandato del Código Penal, para otros, no. Y hay finalmente algunos Acuerdos Plenarios que generan observancia obligatoria para los jueces en su aplicación, a saber el Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116, el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116, el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-

La acción penal se extingue:

1. Por muerte del imputado, **prescripción**, amnistía y el derecho de gracia... (artículo modificado por el art. 1 de la Ley No. 26993 del 24 de noviembre de 1998).

Artículo 85°.- Extinción de la ejecución de la pena

La ejecución de la pena se extingue:

1. Por muerte del condenado, amnistía, indulto y **prescripción**...

116, el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 y el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116, éste último, el más relevante en la actualidad, al introducir una norma extralegal.

Los plazos de prescripción para la acción penal han sido cambiantes en el tiempo, a veces muy largos, a veces muy cortos. Cuando estamos frente a tiempos reducidos, aparecen con vigor las exigencias de quienes ven en esta institución, un vehículo para la impunidad. La figura de la interrupción de la prescripción de la acción penal, apareció como un intento de neutralizar la amenaza de una prescripción impertinente. En sus formas más antiguas, ésta tenía que ver, haciendo una interpretación negativa de la antigua legislación alemana, con la comisión de un nuevo delito, figura que ha sobrevivido hasta hoy en varios países, entre ellos el Perú.

Pero la nueva institución tomó real forma bajo otro supuesto: el procesal. Una actividad destinada a la persecución del delito o del autor o a su juzgamiento, interrumpía el conteo del tiempo para computar la prescripción de la acción penal. Esta novedad consagrada en la legislación francesa² y difundida por el impulso conquistador de Napoleón Bonaparte, recibió el rechazo doctrinal italiano, siendo Francesco Carrara, quien en 1869 diera formal nacimiento a la oposición a la interrupción de la prescripción penal por actos de procedimiento. (Carrara 1976: 55-52)

Pero este debate, suponía otro anterior que no se tuvo en cuenta. En su nacimiento en Roma, la prescripción implicaba la imposibilidad de acusar, es decir, de iniciar proceso. De esta forma, no tendría cabida una prescripción durante el proceso. Con una concepción así, en la actualidad podría alegarse prescripción durante el proceso solo para determinar que

² La primera versión de la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal apareció en el Código de Instrucción Criminal de Francia de 1808.

éste nunca debió comenzar, pues antes de su inicio, ya se había cumplido el plazo, deviniendo todo lo actuado en nulo. Pero con la aparición del derecho procesal, se teorizó y adquirió relevancia el concepto de acción penal y entonces, en algún momento, la prescripción del derecho a acusar, se convirtió en prescripción de la acción penal. La diferencia no es poca, pues el derecho a acusar muere con el inicio del proceso, mientras que la acción penal sobrevive el momento inicial y le da sostén todo el tiempo ya que no solo sirve para impulsar el proceso, sino para mantenerlo vivo sosteniendo los actos procesales que corresponden al acusador.

Queda claro entonces que estamos ante un debate que se produce bajo unos supuestos distintos a los que existían en el momento del nacimiento de la prescripción. Ahora no discutimos sobre la posibilidad de iniciar el proceso, sino sobre la posibilidad de que este continúe y llegue a su fin. En el concepto anterior se evitaba que nazca la acción penal, en el actual, la pretensión es además, su muerte si llegó a nacer. Es justificada por esta novedad que se incorpora la interrupción del conteo del plazo prescriptorio, para así solucionar el exceso, lógica derivación de la prescripción de la acción y no de la acusación, de liquidar la acción en pleno juicio. Es decir, la aceptación general de que lo que prescribía era la acción penal, suponía la posibilidad de paralizar un juicio comenzado y truncar la justa expectativa del Estado de llegar a una condena contra un imputado. Esa consecuencia negativa no se deseaba y se solucionó con la interrupción.

Pero apareció el jurista italiano Francesco Carrara, para evidenciar en su trabajo que dicha medida, podría generar excesos del aparato judicial, perjudiciales a los reos en su desigual disputa con el Estado, ya que el plazo prescriptorio podría ser extendido por los operadores de justicia, arbitraria e injustamente por un tiempo indefinido, interrumpiendo la

prescripción cada vez que una autoridad decidiese hacerlo. De esta forma la interrupción “...hace depender la suerte del acusado de la buena o mala digestión de un funcionario público o del partido político al que uno u otro pertenezcan...” (Carrara 1976: 59). Esta crítica caló en la comunidad jurídica que encontró dos fórmulas de solución.

La primera, de creación alemana, limitó las actividades procesales con poder para Interrumpir la prescripción de la acción penal, a sólo algunos actos dictados por el Juez. Esto limitaba, pero no evitaba la posibilidad de abuso por parte del Estado. La segunda, de creación italiana, en un retroceso al éxito alcanzado por los defensores del castigo para los criminales, consagró lo que hoy se conoce como la prescripción extraordinaria de la acción penal.

Según esta figura, incorporada también en nuestras leyes,³ no obstante surgir alguna causa para la interrupción del plazo prescriptorio, sigue corriendo uno paralelo, pero ininterrumpible, que logrará a su fin, inevitablemente, la prescripción de la acción penal. Como se aprecia, volvieron las cosas a un estado anterior al que hubo antes de la aparición de la interrupción del plazo prescriptorio de la acción penal. En nuestro país, esta prescripción extraordinaria se cumple cuando el plazo legal es excedido en un cincuenta por ciento.⁴

El temor de los defensores era que el Estado usara de la interrupción de la prescripción de la acción penal, para perseguir indefinida, arbitraria y abusivamente a una

³ La prescripción extraordinaria de la acción penal no estaba contemplada en el Código Penal Peruano de 1863. Aparece en el último párrafo del artículo 121° del Código Penal de 1924 y ahora se mantiene en el último párrafo del artículo 83° del Código Penal de 1991.

⁴ Código Penal Peruano de 1991.

Artículo 83°. -...Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

persona. Pues bien, en el Perú ocurre lo contrario, pues lo que existe es un abuso de los imputados, quienes usan la prescripción extraordinaria al amparo de la paquidémica lentitud con que funciona nuestro Poder Judicial y nuestro Ministerio Público, para terminar con su persecución. Una rápida mirada a la historia de los procesos judiciales en el Perú, nos confirma que aspirar a que pasen cuatro o cinco años sin llegar a la sentencia, es algo perfectamente justificado y normal. Ni qué decir de lograr el paso de tres años que es el plazo para una prescripción extraordinaria en delitos que no son castigados con pena privativa de libertad, o con pena máxima de dos años. Esa es la razón por la que la principal estrategia de defensa para estos delitos menores, suele ser la búsqueda de llegar a la prescripción.

Por esta circunstancia, desde una perspectiva de política criminal, consagrar estas figuras típicas como delitos, resulta hoy en el Perú un absurdo, pues difícilmente logran ser castigadas. Al abrir procesos contra quienes violentan estas normas, tan solo se genera una pérdida de tiempo y esfuerzo por parte de un Poder Judicial sobre cargado de trabajo y una pérdida de dinero para el Estado. Una ineficiencia total.

Pero aún más graves pueden ser algunas consecuencias colaterales. Cuando un comportamiento es catalogado como delictivo, es porque la sociedad no lo desea. La tipificación de una conducta como delictiva, es la traducción que hace una sociedad determinada de unos valores que quiere fomentar y por tanto, de determinados comportamientos que quiere desalentar y contra los cuales debe protegerse. Cuando en una sociedad se desvalora determinadas conductas, pero no se logra castigar su ejecución, se incumple con la finalidad de prevención general de la norma penal.

En el Perú por ejemplo, la difamación es considerada un delito y es sancionada, en su forma agravada, hasta con tres años de pena privativa de la libertad. Nuestra colectividad consagra como un bien jurídico defendible el honor y lo protege penalmente. Pero en la práctica se observa todo lo contrario a lo que los legisladores quisieron. Conocidos personajes de la televisión nacional difaman abiertamente, sin ser castigados. Llevados a los Tribunales, salen triunfantes, reivindicando su conducta, cuando en realidad quedaron libres por el efecto, pernicioso en este caso, de la prescripción extraordinaria, después que un abogado conocedor del proceso, lo prolongó el tiempo suficiente para invocarla.

Frente a estas situaciones, frecuentes en nuestra sociedad, el derecho debe encontrar alguna respuesta. Desde una perspectiva dogmática, existe una disputa histórica que no encuentra al momento un término medio entre la necesidad de defenderse de la sociedad y la de la seguridad jurídica que merecen los individuos que viven en ella. En los últimos años, el tratamiento normativo de la suspensión de la prescripción en el Nuevo Código Procesal Penal y su posterior limitación temporal por un Acuerdo Plenario de la Corte Suprema, evidencian que la disputa continúa. Desde una perspectiva de política criminal, existe un problema generado por una realidad judicial, que debido a la legislación hecha a espaldas de su real lentitud, envía a la población en general y a la juventud en particular, mensajes equivocados sobre lo que es o no legalmente correcto.

Pienso que para resolver este problema no basta un cambio en las leyes, sino que es necesario tratar de cuestionar el concepto mismo que tenemos de la prescripción de la acción penal como institución del derecho, a fin de encontrar respuestas sostenidas más allá de los cambios legales que son siempre temporales. Ha sido esa la motivación principal de este trabajo. Por ello, la gran hipótesis con la que inicio y que se pretende convalidar al

final del trabajo es que la prescripción de la acción penal, tal como está legislada en el Perú y también en otros países, tiene una gran incoherencia intrasistémica, debido a la mala percepción en el diseño de la institución, a su inadecuada importación y a su escasa investigación.

A lo largo de las siguientes páginas irán surgiendo varias sub hipótesis que habrá que ir convalidando: la institución apareció en el marco de un proceso adversarial, donde tenía plena lógica, trasladándose al modelo inquisitorio y al mixto donde las lógicas son diferentes; la institución nació como prescripción del derecho a acusar y luego se convirtió sin adaptación en prescripción de la acción penal; como consecuencia de lo anterior, esta prescripción, que nació para detener la acusación, se convirtió en un herramienta para detener la sentencia; la prescripción de la acción penal, siendo una institución que opera sobre el accionar del perseguidor, es percibida como una institución en beneficio del perseguido y así es legislada en consecuencia; la interrupción de la acción prescripción por nueva falta del delincuente, fue un aporte posterior que se incorporó lejos de la lógica inicial romana; la interrupción de la prescripción por razones procesales, aporte francés, no fue hija de la Revolución sino de la posterior administración belicista de Napoleón Bonaparte, necesitada de represión efectiva; la prescripción extraordinaria de la acción penal nació como respuesta política a un problema de carga procesal que tenían en Suiza; la prescripción extraordinaria de la acción penal nació como una respuesta de Carrara a la interrupción introducida por el Código de Procedimientos de Francia de 1808; la prescripción extraordinaria de la acción penal llegó al Perú sin explicación ni razonabilidad, cambiando abruptamente la vieja tradición nacional; las disputas entre garantistas que abogan por la prescripción y represores que no la valoran, a lo largo de los tiempos, genera

normativas enfrentadas que se corrigen mutuamente desdibujando la institución y su mejor rendimiento; los defensores del derecho fundamental a ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable han logrado que un sector relevante de la doctrina y mucha jurisprudencia, encuentren en la prescripción de la acción penal el realizador de ese derecho.

Todas estas sub hipótesis demostradas o desechadas a lo largo del trabajo nos irán llevando a la convalidación de la tesis central, que así demostrada, evidenciaría la incoherencia intrasistémica de la prescripción de la acción penal, como principal causa de los problemas político criminales que genera, al permitir que una gran parte de las defensas en nuestros tribunales, se base en la estrategia de alargar los procesos para alcanzar el tiempo de prescripción. Para ello, el marco teórico del problema lo encuentro en la cuestión dogmática.⁵

Es indispensable ingresar por la dogmática a este análisis. Inicialmente traté de trabajar el tema desde la política criminal, para tratar de encontrar soluciones a los casos de impunidad que se generan, sobre todo en delitos de baja sanción, por la utilización de una prescripción que es percibida como un beneficio para el imputado. Siendo la concepción generalizada, que el imputado puede alcanzar la prescripción como un beneficio, mi primera intención fue abordar la institución por la política criminal para evitarlo, pero luego me percaté que fue un error. La prescripción de la acción penal es hoy una institución muy mal entendida y desnaturalizada con sus permanentes cambios legislativos, así que no es

⁵ “El verdadero objeto de la dogmática penal –como las dogmáticas jurídicas en general- son las cuestiones jurídicas del derecho penal y no en primer término las normas. Por lo tanto, la misión primordial de esta disciplina es averiguar y determinar el contenido del Derecho Penal, a través de su estudio normativo... extrae los principios generales que rige la norma y los grupos racionales que de ellas se forman y desentraña las valoraciones políticas, constitucionales e internacionales en que esas normas descansan o se inspiran”. (Villavicencio 2007: pp. 25-26).

por el lado cambiante de la política criminal, siempre atenta a las necesidades de coyuntura, como se puede lograr soluciones, pues lo que obtendríamos es un mayor grado de confusión, como por ejemplo ha ocurrido con el artículo 339.1º del Nuevo Código Procesal Penal y sus interpretaciones vía Acuerdos Plenarios, que en atención a razones político criminales, cree haber encontrado una manera eficaz de combatir la impunidad, pero entre otras cosas no será tal, porque el costo ha sido confundir más la institución. Creo que primero hay que entenderla, para entonces reordenarla, creando categorías dogmáticas sólidas que puedan ser usadas adecuadamente, en beneficio de la lucha contra la criminalidad y el respeto a la dignidad de las personas.⁶ Para eso, la forma correcta es ingresar al estudio de esta institución, es por la dogmática.

Pero no servirá una dogmática positivista, según la cual se lee los artículos del código para tratar de darles una explicación, aunque no exista demasiada coherencia en el texto de la norma.⁷ No es útil una dogmática que todo lo explica, aunque la explicación no tenga la capacidad de abarcar todo el fenómeno que pretende explicar y sin rubor completa la tarea con la enumeración de excepciones. Esa dogmática soberbia y mecanicista no sirve.⁸

Se necesita entrar a una dogmática que explique a fondo la institución, no quedándose solamente en la descripción de lo que es hoy, a partir del texto de la ley, sino que hurgando en el origen de esas leyes, encuentre la razón de ser del nacimiento de cada uno de sus

⁶ “La dogmática penal y la política criminal no podían ser entendidas como dos disciplinas independientes, sino que debía existir entre ellas una estrecha vinculación mediante la normativación de las categorías dogmáticas basándose en las finalidades políticas – criminales”. (García Caveró 2008: 256).

⁷ “... la dogmática es la reconstrucción científica del derecho vigente, no de la mera ley... los dogmáticos legalistas que, en holocausto de la libertad, creen que la ley lo ha agotado todo y que sólo debe interpretarse gramaticalmente ésta, se aproximan más a los prácticos de los siglos XVI y XVII que a los dogmáticos modernos.” (Jiménez de Asúa 1964: 82).

⁸ “...exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros, los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas...”. (Hurtado 2016: 313).

elementos y características, para de esa forma descubrir la razón y el origen de las incoherencias que hoy toleramos.⁹ Recién desde allí, habrá solidez para plantear soluciones con vocación de permanencia, que puedan traducirse en reformas normativas.

El profesor Percy García Cavero explica bien el sentido de la dogmática al que recurrimos, que no se agota en la norma, sino que la informa a partir de arquetipos:

La vinculación dogmática penal a la ley positiva tuvo lugar concretamente con el planteamiento dogmático de Binding, quien parte de las normas para explicar metódicamente el sistema penal. No obstante, hay que precisar que la importancia del Derecho positivo para la construcción dogmática no significó que la dogmática penal se limitara a ser un conjunto de deducciones de lo dispuesto en la legislación positiva, sino que la elaboración dogmática partió siempre de premisas que, si bien no estaban recogidas en el Derecho positivo, resultaban vinculantes por su plausibilidad racional. De alguna manera, podría decirse que la evolución de método dogmático responde al esfuerzo por sistematizar racionalmente el Derecho positivo a partir de ciertos puntos de partida de carácter suprapositivo (García Cavero 2008: 245-246).

Y tomada la decisión del enfoque dogmático, una segunda decisión para la elaboración de este trabajo es la utilización de un análisis dogmático histórico. Son muchas y diversas las posiciones sobre la materia, las que, generalmente, se basan en la interpretación particular del autor de turno, sin mayor fundamento que la propia visión del derecho que cada autor tiene, a modo de utopía personal. El afán de este trabajo, sin desconocer la imprescindible cuota de subjetividad que acompaña a un esfuerzo de esta naturaleza, es arribar a soluciones sostenibles y para ello, hace falta utilizar un sistema dogmático histórico. Es a partir de la historia que tenemos que hacer dogmática, para

⁹ “Las normas penales son punto de partida de la reflexión jurídico-penal, pero no necesariamente el punto de llegada...Se trata, en definitiva, de la elaboración de un edificio conceptual, al que se da comúnmente el nombre de Dogmática”. (Polaino 2005: 8-9).

entender los fenómenos y poder conceptualizarlos mejor. No se trata de simplemente explicar las normas actuales, sino de comprenderlas en su racionalidad histórica y para eso hay que irnos al pasado.¹⁰ Al hacerlo se descubrirá de inmediato que la interrupción, la suspensión, la prescripción extraordinaria y varias de las figuras relacionadas con la prescripción de la acción penal, nacieron en etapas distintas y por distintas circunstancias. Eso explicará muchas de las actuales incoherencias, pues se ha pretendido dar soluciones a problemas nuevos con herramientas del pasado, sin adaptarlas, porque en principio, no se les comprendió. A partir de encontrar la razón de ser de la institución, de sus características y de cada una de sus figuras adheridas posteriormente, se puede armar con paciencia un todo coherente.

En adición, es bueno recordar a Roxín quien nos recuerda que “... el sistema es un elemento irrenunciable de un derecho penal propio del Estado de derecho...” (2008: 216) Lograr una coherencia intrasistémica, debiera ser una tarea fundamental de la dogmática, porque es la coherencia la que permite que el derecho ofrezca una sola mirada lógica y global a cada fenómeno, con una vocación totalizadora que tenga una explicación lógica para cada extremo del problema abordado por la institución.¹¹ Hoy, la prescripción de la acción penal ofrece una imagen confusa, articulada en unos preceptos normativos que no terminan cumpliendo sus supuestos objetivos, porque se neutralizan entre ellos o se aplican de diferente manera, entre otras razones, porque aparecieron en diferentes momentos en la

¹⁰ “... para que en ese sentido el ordenamiento jurídico lo podamos utilizar y hacer fructificar, antes es necesario que lo comprendamos en su dimensión histórica.” (García Caveró 2008: 257).

¹¹ “Según esto, la ciencia del derecho penal debe, en primer lugar -y en esto somos absolutamente de la misma opinión que la escuela clásica-, transmitirle a los jóvenes juristas ansiosos por aprender, el conjunto de principios jurídicos de acuerdo a un método lógico-jurídico. Esta tarea sólo la puede satisfacer si, por un lado, expone el sistema cerrado de conceptos y propósitos jurídico penales fundamentales, pues sólo en el sistema reside la garantía de dominio seguro de una materia que día a día va engrosando el volumen de sus particularidades”. (Von Liszt 2014: 15-16).

agenda político criminal o se les usa para alcanzar fines distintos a aquellos para los cuales fueron creados, es decir, sin claridad en el concepto o valor jurídico que deben defender.¹²

Por ello, ante la confusión que vive la institución, la decisión es abordarla desde una dogmática histórica, que le de sustento, pero además, con pretensiones de ordenamiento sistémico, cosa que solo puede lograrse armando una teoría general de la prescripción, que sea congruente en sí misma y consecuente con el sistema represivo.¹³

Por todas estas razones, además, no sirve una dogmática que simplemente observe y describa, se requiere una dogmática que critique y construya, que genere teoría sobre la cual articular un sistema normativo coherente.¹⁴ Para alcanzar las metas político criminales que me llevaron a este trabajo, en concordancia plena con el pensamiento de Claus Roxín,¹⁵ es necesario primero diseñar una sólida teoría sobre la cual ofrecer soluciones. Esto en realidad, no es algo que piense solo para el tema que se tratará en el presente trabajo, sino que es mi convicción sobre lo que debe ser la dogmática jurídica, porque “... cuando la ciencia jurídica reduce un derecho a un sistema lógico de conceptos, lo que hace simplemente es poner al descubierto y elevar a reflexión lo que este derecho es verdaderamente en sí...” (Nino 1980: 71).

¹² “Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del derecho penal ha de ser estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas. Pues si la solución sistemática correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la corrección material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades...” (Roxín 2008: 127).

¹³ “... finalmente la dogmática lleva a cabo la elaboración de un sistema conceptual, como actividad encaminada a la realización de las funciones de interpretación, aplicación y cambio del derecho positivo vigente, sistematizando el derecho.” (Guevara 2011: 122).

¹⁴ “... puede afirmarse que la dogmática tiene doble función, una declarada y otra latente y oculta. La primera. La “oficial” consiste en describir el derecho positivo. La segunda, es la de reconstruir el sistema legal despojándolo de sus imprecisiones...” (Hurtado y Prado 2011: 56).

¹⁵ “... para mí se trata de convertir las premisas de un Estado liberal y social de derecho en categorías dogmáticas y en soluciones de problemas jurídicos...” (Roxín 2000b: 58).

Algunas cuestiones previas, antes de continuar, que me parece importante tratar antes de ingresar al desarrollo del trabajo, tal cual está configurado. La primera es que la Constitución peruana no define la prescripción de la acción penal, pero la da por sentada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al considerar que una de sus consecuencias es la cosa juzgada¹⁶ y ampliar el plazo prescriptorio para el caso de funcionarios públicos que delinquen contra el patrimonio estatal.¹⁷

La segunda es que se ha generalizado la expresión prescripción del delito o prescripción criminal. En realidad, el delito no prescribe, el paso del tiempo no puede borrar un hecho del pasado, por más que éste pueda ser olvidado. Un suceso ocurrido nadie lo puede borrar, fue, por tanto existió y existe en tanto perdura en la mente de quienes lo recuerden. Lo que puede prescribir es el derecho a acusar o la acción penal o la pretensión de acusar o la pretensión de ejercer la acción penal. Es decir, prescribe la herramienta que el Estado otorga al ofendido para poner en movimiento la maquinaria represiva estatal, porque se la da para ser utilizada dentro de un tiempo determinado, pero jamás prescribe el delito, eso es un imposible y por tanto, la expresión es incorrecta.

Otras expresiones incorrectas son interrupción de la acción penal y suspensión de la acción penal. La prescripción, es la consecuencia jurídica del paso del tiempo, ocurre en un momento determinado, que es cuando transcurre el tiempo determinado en la norma. Por

¹⁶ Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

... inciso 13°.- La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

¹⁷ Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 41°.- Declaración Jurada de bienes y rentas.

Los funcionarios y servidores públicos... El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

tanto, pensar en su interrupción o suspensión, solo sería posible en el momento de su realización, entendida como un impedimento prácticamente imposible. Lo que se interrumpe o suspende es el cómputo del plazo prescriptorio, es decir, se detiene el conteo del tiempo que se hace para llegar a la prescripción. Por un tema práctico se usa os términos de interrupción de la prescripción y suspensión de la interrupción, pero queda anotado que son incorrectos.

La tercera es que comencé y terminé de escribir la primera versión de esta tesis el año 2009. Durante el tiempo que ha pasado, ha habido en el Perú y en el mundo, nueva producción legislativa, jurisprudencial y dogmática, que han enriquecido mucho el debate sobre el tema, inclusive generando, desde mi óptica, nuevos problemas. Sigo sintiendo sin embargo, como hace una década, que los puntos aquí tratados y la perspectiva desarrollada, son relevantes.

La cuarta apunta a precisar la discordancia que hay alrededor de esta institución, entre la percepción de la ciudadanía y la de la comunidad jurídica. El lego en derecho comúnmente se enfurece con su sola existencia, sintiéndola como generadora de impunidad para los delincuentes. Se repele la idea de que un infractor de la ley, quede libre por la incapacidad de las autoridades encargadas de la persecución, derrotadas por un abogado lo suficientemente hábil para alargar el proceso o sustraerse de la investigación. Pero por otro lado, los hombres de derecho, en su mayoría, ni siquiera discuten la conveniencia de su existencia, antes bien, hay gran coincidencia entre la jurisprudencia y doctrina, que felicitar su presencia, aunque las razones sean muy distintas. Leyendo diferentes textos sobre la materia me ha asaltado la impresión que todos saben que está allí, sin muy bien por qué,

pero la dan por sentado y la usan de diferentes formas, a veces para aprovechar grietas en la administración de justicia, a veces para disimular sus ineficiencias.¹⁸

La quinta cuestión previa que deseo dejar claro de entrada, es que no todos tuvieron prescripción y que no todos tienen prescripción extraordinaria.

Terminadas estas cuestiones previas, reitero que en esta tesis pretendo demostrar que el pobre rendimiento de la prescripción de la acción penal, es debido fundamentalmente al desconocimiento de su real naturaleza jurídica, aquella con la que nació hace muchos años en el marco de un proceso penal adversarial, distinto al actual, en donde el proceso era impulsado de manera privada a partir del interés del ofendido en buscar justicia, a partir del castigo del ofensor. Lo que hoy conocemos como prescripción de la acción penal, nació con presupuestos muy diferentes, pues no solo había un modelo procesal diferente, sino que además era el derecho de un actor diferente (la víctima del delito y no el Estado) y podía ocurrir en una etapa diferente (solo antes del juicio, jamás durante el mismo).

Para lograrlo y tras establecer la mirada dogmática histórica y propositiva con que se abordará el problema, la tesis comienza con una revisión de la historia, porque a su luz vamos a tratar de explicarlo todo. La idea es entender el nacimiento de lo que hoy llamamos prescripción de la acción penal, cuál fue su objetivo, cuál su razonabilidad y en qué coyuntura se produjo. Pero además, entender el nacimiento de cada uno de los elementos de la prescripción actual, para entenderlos en su originalidad y evaluar su rendimiento dentro del conjunto. Adicionalmente, resultará relevante descubrir cómo es que

¹⁸ “Una primera constatación, de cara al abordaje de tal determinación, es que ésta se ve conflictualizada, en primer lugar, por la absoluta vaguedad del Código penal cuando legisla respecto de dicho tópico; y, en segundo lugar, por la desatención del tema por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, más allá de algunos atisbos racionalizadores en la literatura nacional...” (Brousset 2013: 3).

llega a nuestra legislación cada uno de estos elementos, en que condición, de dónde vino y en qué momento llegó, para evaluar si tenía lógica la importación normativa o doctrinaria y cuál fue su aceptación dentro de nuestro sistema. Si se entendió la lógica de la legislación extranjera, de la realidad jurídica en la que se desenvolvía y si la situación era similar a la nuestra. Descubriremos en ese punto que la prescripción extraordinaria llegó de la mano de un abogado que no era penalista, tomada de una realidad distinta a la nuestra y producto de un debate ajeno, que no fue debidamente debatida, que no fue mínimamente explicada, no siquiera en la exposición de motivos del nuevo código que la contuvo y que fue aprobada en paquete, como consigna política de un gobernante, Augusto Leguía, que se encontraba en proceso electoral y usó en su campaña el nuevo Código, que debía aprobarse rápido, utilizando inclusive su pequeña exposición de motivos dentro del capítulo correspondiente a Justicia en su plan de gobierno.

Terminada la mirada histórica internacional y local, en el segundo capítulo se repasa la doctrina, para hurgar entre las diferentes miradas que ha habido y hay sobre los fundamentos de la institución y su naturaleza jurídica. Con ello queda completa una mirada total que permita abordar la problemática de la institución con todas las herramientas necesarias a disposición.

En el tercer capítulo es que la tesis aborda los factores que han contribuido a desnaturalizar la institución. Premunido de las herramientas generadas en el capítulo anterior, tras fijar su fundamento y naturaleza jurídica y conociendo el nacimiento histórico de cada uno de los componentes de la actual prescripción de la acción penal, se procede a estudiar la problemática en la actualidad, aislando lo que se considera factores distorsionantes para entenderlos, explicarlos y juzgarlos. Primero se analiza los cambios

ocurridos en el proceso penal, para establecer los universos distintos en los que ha tenido que operar la institución y luego el nacimiento del concepto de la acción penal, que fue fundamental para la configuración de la actual prescripción, que había nacido para operar sobre la acusación y no sobre la acción. Después de ello, el capítulo aborda elementos actuales de la institución y para ello, se incorpora una nueva herramienta de análisis, el derecho comparado, sin dejar de lado los elementos que alumbran todo el trabajo, como son la mirada desde la dogmática e historia, así como la definición del fundamento y naturaleza de la institución. Para comenzar esta parte del trabajo, la tesis se detiene especialmente en la interrupción y la prescripción extraordinaria, que fueron durante años las dos caras del conflicto, pero termina tratando la suspensión, que desde el año 2004 fue incorporada en la disputa doctrinal, con la aparición de su nueva figura normativa en el Nuevo Código Procesal Penal, aumentando un nuevo episodio al tratamiento pendular que sufre la institución desde hace más de doscientos años. Como un asunto relevante, este capítulo aborda el tema del derecho a ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable, derecho fundamental vinculado a la prescripción por una parte importante de la doctrina.

Terminada la mirada sobre la institución y sus inconvenientes, la tesis dedica el capítulo cuarto a describir cómo es actualmente en el Perú, evaluarla con mirada crítica e intentar armar lo que tendría que ser la prescripción de la acción penal, presentando inclusive una propuesta legislativa.

1. HISTORIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Friedrich Karl von Savigny fue el fundador de la escuela histórica del derecho en Alemania. Para él, el derecho se construye a través de la historia y no de la dogmática, por eso a diferencia de sus predecesores alemanes, cuando desarrolló sus estudios sobre el derecho romano, abandonó las elucubraciones conceptuales para centrarse en los hechos alrededor de los cuales se produjeron y actuaron sus instituciones. Construye así una ciencia del Derecho a partir de la historia y su verificación fáctica, no de la racionalización presuntuosa y cambiante de las normas, desde lo que llama el espíritu del pueblo y no desde la ley.

Entiende que las normas, son producto de la concreción de la observación humana de una realidad construida a lo largo del tiempo. Por tanto, para entender la norma, es indispensable entender el proceso histórico que le dio nacimiento y justificó su existencia.

Luego surgirían otras muchas corrientes de pensamiento. El mismo Rudolf von Ihering, en teoría, superando su propuesta, convirtió a la historia en la base para explicar su sociología del derecho, con lo cual, terminó convalidando la idea de su predecesor, en el sentido que la historia, debe tener un lugar fundamental dentro de la ciencia jurídica, convirtiéndose en herramienta irremplazable para entender el Derecho.

Esto que resulta irrefutable para el *common law*, lo es también para nuestro sistema jurídico romano germánico, pues aunque no haya obligación de seguir los antecedentes, la forma más rendidora de entender el derecho positivo es a través de la historia, que nos enseña como fluía la vida sin la existencia de determinada norma y cuánto mejoró o empeoró tras su aparición; o cómo se empleaba antes una determinada figura legal y si resultaba mejor o peor que su utilización en la manera actual; o para qué nació, o qué problema resolvió o si nunca sirvió para resolver problemas. Conocer ese pasado, dentro de un sistema que privilegiando la ley escrita, puede empujarnos a un enfoque exclusivamente dogmático, completa la mirada, para a la luz de la experiencia, buena y mala, evaluar las situaciones y problemáticas jurídicas en la actualidad.

Por otro lado, dentro de la dinámica evolutiva humana, el Derecho tiende a mantenerse vigente, como garantía de continuidad de las cosas importantes y sin embargo, la realidad cambiante reclama soluciones nuevas, para situaciones nuevas. Tomar instituciones del pasado, generadas bajo supuestos distintos, obliga a conocer aquellas situaciones y las actuales, para comprendiendo bien la institución en su contexto original o pasado, pueda aplicarse sin peligro de que haya una mala adaptación.

Por eso además, sin la historia resulta muy difícil la comprensión del Derecho vigente, pues al ubicarnos en la realidad de la sociedad que dio origen a una institución determinada y entender sus razonamientos, podemos entender mejor las instituciones jurídicas de la actualidad. Entender por qué apareció, para qué apareció y que interés defendía, es esclarecedor dentro de la tarea de comprender si sirve o no, si está bien aplicada o no, para resolver la problemática nuestro tiempo.

El proceso inquisitivo y el adversarial, el bicameralismo y el unicameralismo, las personas jurídicas y las personas naturales, el matrimonio y la unión de hecho, la compraventa y la permuta, todas ellas son instituciones que no podrían entenderse en toda su dimensión, sin un análisis con perspectiva histórica.

Y es que las instituciones jurídicas no nacen de la noche a la mañana, no son contemporáneas, son históricas. No importa si su origen es muy remoto o reciente, tienen un proceso, una realidad que les dio vida y un desarrollo en el tiempo. Por eso entenderlas, requiere una perspectiva histórica, no para noticiarla como un régimen jurídico del pasado sino para comprenderla en su desarrollo histórico y juzgarla adecuadamente o adaptarla de la manera más rendidora para lo que toca. En ese sentido, la historia dota al jurista de una visión crítica incomparable.¹⁹

Por eso, para una mejor comprensión de la prescripción de la acción penal, que estudiaremos en este trabajo, comenzaremos por descubrirla a lo largo de la historia, en qué contexto apareció, en qué realidad social y en qué realidad jurisdiccional. Cuáles eran los presupuestos de la comunidad sobre las inconductas individuales, sus eventuales castigos y la manera de imponerlos. Para qué fue creada, atendiendo a qué problema en particular, cómo se puso en práctica y cuál fue su rendimiento.Cuál era la lógica y cuál el funcionamiento del sistema sancionador, así como cuál fue la manera en que la institución se engarzó en dicho sistema.

¹⁹ “...La consideración histórico jurídica de una norma nos aclara, en primer lugar, cuál era el problema de orden que se había planteado antes, qué cuestión de orden social se pretendía resolver con dicha norma. Nos muestra también los puntos de vista éticos o las consideraciones sobre su conveniencia, sobre las que se basó la solución adoptada... Y esta experiencia vale no sólo para cada una de las normas jurídicas, sino también para el trazado de sistemas jurídicos o para la formación de conceptos y categorías jurídicas... para explicar el origen de una norma jurídica determinada o de un concepto, es preciso tener en cuenta una visión completa del pensamiento jurídico y de la situación del Derecho en el que dicha norma surgió...” (Coing 1982: 255).

Y luego, por supuesto, cómo fue heredada por otros pueblos, si hubo adaptaciones o fue simple incorporación y cómo rindió. Esta herencia y su funcionamiento, habrá que examinarla a la luz de los sistemas penales que los herederos desarrollaron, pues como veremos, no fueron los mismos. Y así, avanzaremos a lo largo de la historia, subrayando cada cambio, cada adición y cada sustracción, hasta llegar a la actualidad. En este proceso, pretendemos comenzar a entender a la institución en su esencia, desconectada de la problemática vigente, para poder evaluar con otra perspectiva y sin deformaciones, si la actual conexión entre ella y la realidad jurídica imperante, ha sido la más adecuada y en cualquier caso, como mejorarla.

1.1 NACIMIENTO Y PRIMEROS AÑOS: LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A ACUSAR

Unas líneas previas aclaratorias. Lo que se desarrollará de inmediato, es el surgimiento de la prescripción del derecho a acusar, concepto distinto al de la prescripción de la acción penal, que para efectos de facilitar la narrativa de la historia los trataremos como similares, en oposición al concepto de prescripción de la pena. De esta prescripción del derecho a acusar surgirá muchos años después la prescripción de la acción penal y es bueno hacer la precisión desde el inicio, porque entender su diferencia, será clave para comprender las dificultades actuales de la institución que estudiamos, así como una de las razones de la confusión que hay alrededor de ella.

Hay referencias de su existencia durante el período de la Grecia clásica, por algunas noticias que nos llegan de Demóstenes y Lipias (Vela 1990: 30-31 y Yusseff

1987: 7-8). Cuando Esquines acusó a Demóstenes de no tener derecho a ciertos honores que éste estaba recibiendo, el famoso orador griego respondió con estas palabras:

Cuando era posible imponerme un castigo según las leyes [...] lo dejaste pasar. En cambio, cuando soy inocente en todos los aspectos, por las leyes, por el tiempo transcurrido, por la prescripción, por haber sido juzgado muchas veces ya acerca de todos los asuntos, por no haber quedado convicto de ninguna injusticia contra vosotros [...] ¿ahora me sales al paso? (Demóstenes y Esquines 1969: 605).

La cita nos parece clarísima, Demóstenes hace directa referencia al demoledor paso del tiempo para evitar una acusación válida, aunque el uso de la palabra prescripción, nacida al parecer en el inicio de la Roma imperial, hace dudar sobre si es que se le concebía como cosa distinta. En todo caso, la cita parecería probar que al menos la idea ya existía.

Aporta mucho Claudio Zapata, citando a Harris en “*The law of Athens*”. Según esta información, existe evidencia de una ley propuesta por el orador ateniense Arquino en el año 403 a.C., que da testimonio sobre un procedimiento incidental previo, consistente en excepciones que podían oponerse a la demanda, entre las que estaba la extemporaneidad de la presentación de la misma. Este procedimiento preparatorio, llamado *anácrisis*, no veía el fondo del asunto, sino cuestiones procedimentales. Durante el mismo, el emplazado podía presentar unas excepciones, denominadas *paragrafai*, que debían estar contenidas en una estipulación contractual o en una ley (2018:5).

Avanzando en el tiempo, encontramos una alusión interesante durante la Roma republicana, dentro de un discurso de Cicerón, defendiendo a Rabirius de una acusación de los Diunviro: “*Causam suscepisti antiquiorem memoria tua, quo causa ante mortua este, quom tu natus esse*” (sostienes una causa más antigua que tu memoria, derivada de una muerte producida antes que nacieras) (Yusseff 1987: 8). Sin embargo, si en algo coinciden todos, es que no se conoció la prescripción durante la República Romana (La Rosa 2008: 11; Pedreira 2017: 437-438; Zapata 2018: 6) y que la primera referencia cierta, el primer documento escrito que subsiste y contiene la primera construcción sistematizada de la prescripción de la acción penal, al menos en Roma, proviene de los primeros años del Imperio: la *lex Iulia de adulteriis*, promulgada en tiempos del emperador Augusto en el año 18 a.C. Esta ley dictaba que si en cinco años el ofendido por un delito de *adulterium*, *stuprum* o *lenocinium*,²⁰ no ejercía su derecho denunciando el delito, perdería tal derecho a acusar, pues la acción penal quedaría prescrita.

Esta primera norma prescriptiva conocida, es entonces, siguiendo la lógica de lo que hoy conocemos como una prescripción extintiva en materia civil, un castigo para la negligencia o desinterés del ofendido, para garantizar una estabilidad jurídica en la sociedad. Así lo considera Vincenzo Manzini cuando explica la inexistencia de la prescripción de la pena, pues la lógica de la prescripción sería simplemente la de

²⁰ El *adulterium* era la relación sexual ilícita de una mujer casada, *stuprum*, la relación sexual ilícita con una mujer sin vínculo matrimonial y *lenocinium*, el lucrar con la prostitución de la mujer. Claudio Zapata sin embargo, citando a Maldonado de Lizalde, informa que fueron más los delitos incluidos en esta ley, la cual conocemos solo por quienes la comentaron. Cita el atentado contra el honor de una doncella (*adtemptata pudicitia*), violación (como especie de *stuprum*), incesto (*incestus*) y homosexualidad (*stuprum cum masculo*). (Zapata 2018: 7).

castigar la negligencia de quien debía proceder como acusador de un delito, lo que hoy llamaríamos, delitos perseguidos por acción privada (1948: 139).

Para poner esta norma en contexto, habría que entender las preocupaciones de Augusto con respecto a la familia cuando comenzó el Imperio. Terminada la República, descubrió el primer emperador que había un importante descenso en la natalidad, lo que tenía correlato con el descenso en el número de matrimonios. Para un imperio naciente como el romano, esto no era bueno, por eso generó toda una legislación tendiente a aumentar los matrimonios como vehículo para aumentar el número de ciudadanos. Las normas básicas para lograr este fin fueron la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papilia Poppaea Nuptialis* (Fonseca 2017: 180-181). Es dentro de este diseño del derecho de familia agustiniano que aparecen disposiciones sancionadoras, como las que hemos visto dentro de la *lex Iulia de adulteriis*, con el objetivo de proteger la estabilidad de las familias. Estas normas castigadoras, confundidas en todo el andamiaje de la familia, buscaban evitar rompimientos familiares o antiguas formas de solución definitiva, contraria al objetivo poblacional imperial.

En el Derecho Romano, el Estado reprimía de oficio solo aquellos crímenes que se consideraban ofensas públicas, dejando las vulneraciones a derechos sufridos por los privados, en manos de ellos mismos, ya sea para hacer justicia por propia mano²¹ o para pedir al Estado que intervenga en su reparación. Es en este último supuesto que aparece la *lex Iulia de adulteriis*, que tiene como uno de sus objetivos,

²¹ Por ejemplo, antes de la *lex Iulia de adulteris*, el padre o el marido estaban legitimados para dar muerte a la mujer infiel y a su amante. (Torrent 2016: 239-241).

eliminar la reacción privada contra los delitos, para entregar a los ciudadanos el derecho a solicitar justicia del Estado. En el caso concreto, se quiere evitar que el *pater familias* tome lícitamente la vida de su mujer infiel o la de su hija con el amante, remplazándolo por un derecho a acusar. La voluntad política es inocultable. En ese marco se introduce la figura de la prescripción, como una forma de evitar una persecución eterna, que a manera de venganza, tuviese a la administración de justicia en permanente espera. Para ello, la ley le da al ofendido privado, un tiempo dentro del cual puede usar su derecho a acusar. De no hacerlo, se le retira tal derecho.

La decisión político criminal es clara, pues es de notar que solo para estos delitos sexuales contra la familia se creó esta novedad jurídica. En el diseño legal del emperador, el acento no está en la prescripción, está en el fortalecimiento de la familia y la eliminación de conflictos a su alrededor. Y frente a aquellos casos en donde a pesar de todo el desincentivo, igual se viola la ley, deja Augusto en manos del ofendido la decisión sobre la necesidad del castigo, a condición que si desea activar la maquinaria sancionadora estatal, deberá hacerlo dentro del tiempo que la ley le otorga. La prescripción es el mecanismo para privarlo de este derecho si incumple el plazo.

Conviene hacer un paréntesis para entender bien el fenómeno a la luz de la historia del proceso, ya que al principio, lo que pudiéramos considerar derecho penal, estaba demasiado entremezclado con elementos que hoy consideraríamos de carácter civil. La separación de materias, se va dando a lo largo de la historia y está íntimamente ligado a la transformación de la lógica procesal. Si el primer paso fue la legitimación de la venganza privada, el segundo fue prohibirla y reemplazarla por el

derecho de la víctima a acusar, que luego pudo ampliarse a otros privados legitimados por el Estado. Esto genera un proceso adversarial, donde dos partes se enfrentan y el Estado imparcial dicta derecho.

Pero después, se produce un cambio de paradigma y contemplando las conductas ilícitas que atentan contra particulares, el Estado asume que ameritan un reproche social, con lo que se cambia la perspectiva de lo individual a lo colectivo, el problema deja de ser privado y pasa a ser público, con lo que lo que fue originalmente derecho del ofendido, pasa a ser función estatal. Así, se va desplazando a la víctima de la relación para reemplazarla por el Estado mismo, en tanto representante de la sociedad, generando un sistema inquisitivo en donde el Estado hace todo, acusa, investiga y juzga, generando una desproporcionada relación procesal entre él y el acusado. Y en un estadio posterior, se crea la ficción de un Estado y dos personas distintas, un órgano asume todas las funciones del persecuidor y otro las del Juzgador, en un intento por restablecer una relación procesal de paridad. La historia del derecho romano, abarca casi íntegramente este largo desarrollo.²²

Para cerrar el paréntesis, es importante apuntar el papel del iniciador del proceso en todo este devenir histórico. Más allá de cual sea el modelo procesal, la fase de juzgamiento requiere de un disparador, alguien que le de impulso, alguien que la active y que por tanto, aparece en términos de nuestros días como titular de la

²² “...Sin remontarnos más allá del derecho romano, claro es que la historia de éste muestra el ritmo normal de desarrollo que se encuentra en los demás pueblos y que el paso del sistema vigente en el primer tiempo de la satisfacción al ofendido al verdadero y propio derecho punitivo, ocurrió en cuanto la sociedad civil reclamó la correspondencia de una enmienda por la perturbación de la paz, o aplicó o amenazó más tarde la pena, en nombre de la comunidad popular...” (Guarneri 1952: 47).

acción penal. Sea este el ofendido, otro privado legalmente habilitado, el Estado juzgador u otro órgano específico del Estado, hay un sujeto procesal, un acusador, que debe estar premunido de determinadas características, la más importante, por ser la que daría origen al proceso, la de determinar si hay o no razón para darle inicio y al mismo tiempo, que es pasible de inconductas procesales que ameriten sanciones.²³ Considerar este tema será importante para las conclusiones del presente trabajo.

Volvamos a los tiempos de Augusto. Hay que mirar el cuadro completo para entender la lógica de la incorporación de este instituto a la nueva normativa sancionadora. Apareció en el marco de un proceso de lógica adversarial, en el que una de las partes, en función de la ofensa recibida, tenía el derecho de acusar a su agresor para iniciar el mismo, derecho que se extinguía si no lo ejercía dentro del plazo previsto. Esta consecuencia a la demora era un castigo a su negligencia o una forma de poner fin al derecho que no quiso hacer valer. Una prescripción que llamo extintiva y que funcionaba como un requisito de procedibilidad. Una prescripción cuyos efectos, no podían de ninguna manera plasmarse después del momento de la acusación, pues solo servía para eliminar tal derecho a acusar. Es decir, iniciado el proceso, dejaba de contarse el plazo de prescripción, pues el ofendido, había ejercido su derecho a acusar, dentro del tiempo correspondiente.

²³ “...Es, pues, acusador, el sujeto del proceso que condiciona y limita la actividad y decisión del órgano jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción penal, proponiendo una concreta pretensión punitiva, aunque tal condición no se pierde por la circunstancia de que en casos concretos y particulares considere que no hay mérito para acusar...” Citando a Carlos Rubianes (GÓMEZ 2007: 545).

Para efectos de las conclusiones del trabajo, estas consideraciones son muy importantes, las resumo. Lo que hoy conocemos como prescripción de la acción penal, nació como una prescripción del derecho a acusar. Por tanto, en esa lógica, era inimaginable lo que hoy conocemos como prescripción extraordinaria, porque la finalidad del instituto, desaparecía una vez iniciado el procedimiento. Esta institución además, fue implementada en la lógica de un proceso adversarial, en donde el ofendido se enfrentaba a su agresor, con la pretensión de un castigo estatal, por tanto, si no cumplía la condición temporal, perdía el derecho a acusar, como una sanción a su accionar negligente o como una simple consecuencia a su derecho legítimo de no acusar. No había necesidad de tener herramientas como la interrupción del plazo prescriptorio, no se había pensado en tener otra como la suspensión. Las razones de una eventual prescripción, nada tenían que ver con las conductas del perseguido, sino más bien, con la diligencia del acusador y en todo caso, era un claro instrumento procesal, para evitar el proceso.

En aquella realidad procesal nació la prescripción de la acción penal, hay que considerar que creció y se desarrolló en toda una etapa de transición, en la que convivían dos lógicas procesales, que respondían a los delitos cometidos, que podríamos llamar públicos y privados.²⁴ Precisamente con el advenimiento del Imperio es que comienza este cambio y es en ese momento en el que surge la institución, limitada a un pequeño grupo de ilícitos contra la familia y la vida sexual.

²⁴ “El *imperium* romano abarcaba a la vez, en punto a materias penales, el procedimiento penal público y el penal privado: del primero se hacía uso cuando se trataba de daños inferidos a la comunidad, y la forma en que se realizaba era la de la inquisición; el segundo se usaba en los casos de daños contra los particulares individuos, y era un procedimiento contradictorio entre dos partes, dañado y dañador, bajo un pie de igualdad, sometidas ambas al arbitraje de un magistrado.” (Mommsen 1999: 123).

En los siguientes dos siglos y medios, hubo pocos cambios. Los delitos no prescribían, por lo que la prescripción contenida para los comprendidos en la *Lex Iulia de Adulteriis* fue una excepción, a la que se sumaron unas pocas más en los años siguientes: sin duda el *peculatus*,²⁵ con alguna discusión el *falsum testamentario*²⁶ y Edoardo Volterra incluye algunos delitos privados introducidos por el Pretor, como injurias y corrupción procesal (2017: 483).

Una observación importante para esta pequeña nueva gama de delitos cuya acción era pasible de extinguirse por prescripción, es que hay alguna figura como el peculado, que dista de ser un delito que afecta a un privado, de manera que hay una primera inclusión de figuras delictivas de perjuicio colectivo, perseguidas de oficio por el Estado.²⁷ Pronto se altera uno de los supuestos para la aplicación de la prescripción.

Terminando el siglo III el Imperio se hallaba en una importante crisis, al extremo que el Emperador Diocleciano se vio obligado a compartir el poder, creando la Tetrarquía, gobierno de dos emperadores principales llamados Augusto y dos menores llamados César. Pero no solo requirió hacer reformas políticas para afrontar el mal momento, sino también militares y jurídicas. Entre las últimas, compartiendo

²⁵ Muy cercano a lo que actualmente conocemos como peculado. Consistía en malversar o apropiarse indebidamente de dinero público o destinado al culto.

²⁶ Durante el siglo II consistía en abrir el testamento de un asesinado antes del trámite legal, que entre otras cosas exigía someter a torturas a los esclavos del occiso. Yusseff defiende la tesis, la rechaza Zapata, diciendo que la norma es posterior y que se trataba de un delito imprescriptible. A mi parecer, resuelve Volterra, señalando que la prescripción era solo para el heredero *extraneus*, figura romana parecida al heredero voluntario actual. (Yusseff 1987: 24; Zapata 2018; Volterra 2017: 481-483).

²⁷ Tratando el tema Manzini contradice doblemente su tesis original sobre la institución. Indica que se usó para asegurar que los procesos penales no se extendieran en el tiempo, razón distinta a la original y además, que podía ser alegada cuando el proceso ya hubiera comenzado, asemejándose a la actual prescripción extraordinaria, desconocida en ese entonces. (1948: 487).

el poder con Maximiano, introdujeron una norma en el año 293 d.C. que cambiaría para siempre el rostro de la institución que estudiamos, decretando un plazo de prescripción general de veinte años para la presentación de acusación para todos los delitos, salvo para los que ya hemos visto, nacidos por norma propia y que prescribían a los cinco o un año y para aquellos que expresamente se declaraban como imprescriptibles, parricidio, apostasía y suposición de parto (Pedreira 2017: 438, Silva 2005: 309, Thomas 2017: 505).

Es interesante en este punto resaltar las dudas expresadas por Edoardo Volterra, quien sospecha que el texto conteniendo el mandato de prescripción en la norma de Diocleciano y Maximiano sería posterior, que se habría introducido años después al documento, por los compiladores de Justiniano en el siglo VI, cambiándole el sentido. Basa su teoría en que su investigación, encuentra muchas referencias al delito de *falsum*, y a prescripciones fiscales, pero ninguna a alguna prescripción del *falsum*. Sostiene entonces que dichas disposiciones deben haber sido posteriores y deben haberse incorporado luego a los textos antiguos, práctica que se sabe, realizaban los compiladores por orden imperial.

Añade que “...Al margen de la así denominada *longi temporis praescriptio*, que es una institución de Derecho privado y que no rige para los delitos, no encontramos de hecho una sola clase de juicios para los que tuviese valor esta norma; únicamente las causas con el Fisco, que prescribían por el transcurso de veinte años...” (2017: 481). Con esto, admite al menos que durante el bajo Imperio, se había añadido los delitos tributarios a la agenda de las acusaciones prescriptibles, pero no para todos los demás, como es aceptado por la mayoría.

En suma, tiene tres fuertes discrepancias con las teorías mayoritarias sobre la prescripción imperial. Primero, que no es cierto que la prescripción general haya aparecido en el siglo IV. Segundo, que esas prescripciones generales, primero de 20 y luego de 30 años, no eran aplicables a la totalidad de las causas penales, sino solo a las consideradas de ofensa privada. Y tercero, que la aplicación de la prescripción, si vencía el plazo para acusar, era a criterio del juzgador y no ha pedido de parte.²⁸ Tres puntos que refuerzan la teoría que en su nacimiento y primeros años, fue una institución pensada en sancionar a quien premunido de un derecho para movilizar el aparato represor del Estado, lo pierde por negligente o en todo caso, retirársele el derecho por libre decisión de no usarlo.

Lo que no se discute, es que en el año 424, Teodosio II sancionó en Bizancio la prescripción general para todos los delitos, subiendo el plazo a 30 años. Allí si el paradigma cambió, ya no era la prescripción puntual para algunos delitos de persecución privada y con plazos diferentes, ahora era una prescripción para todos y con el mismo plazo general, salvo excepciones (Herrera 1988: 296; Silva 2005: 309), con lo que queda jaqueada la tesis de la sanción al ofendido negligente o la extinción del derecho por libre decisión de no usarlo, pues pasa a ser el mismo Estado el titular de la persecución y acusación en la mayoría de los supuestos.

Nótese en todo caso, que durante muchísimos años, haciendo excepción de la Atenas clásica, y hasta la República romana, se consideró que la persecución de los

²⁸ “...Todo indica, por lo tanto, que la *praescriptio criminum* era la mayor parte de las veces aplicada por el magistrado mismo, sin necesidad de que viniese opuesta por el imputado; por lo demás, también en este último caso aparecía siempre como un acto del magistrado, que declaraba inadmisibile la *accusatio*, y no ya como una pretensión contraria al demandado, dirigida a eludir la condena...”. (Volterra 2017: 487).

delitos era imprescriptible. Recién en los albores del Imperio apareció en el repertorio procesal de Occidente para quedarse. Temprano comenzó su sometimiento a modificaciones, demostrando capacidad de adaptación, siendo lo primero la generalización de la institución: Es decir, si al aparecer la prescripción del derecho a acusar fue la excepción a la regla general de imprescriptibilidad, 300 años después o 400, si vamos a seguir la tesis de Volterra, pasó a ser norma general la prescripción y excepción los delitos de persecución imprescriptible.

Sobre esto último, es bueno destacar que fueron exceptuándose de la aplicación de la prescripción a las persecuciones de los delitos considerados más graves y que esta razón, ha servido para ver en la Institución, una norma práctica en la lucha contra la delincuencia, que permite descartar las persecuciones inútiles por la poca gravedad del injusto y continuar con la persecución de las conductas más lesivas, sancionando inclusive su imprescriptibilidad.²⁹ Una muestra más de lo atractiva que resulta la institución para distintos fines y lo fácil que genera percepciones erradas.

Pero lo que hasta aquí queda claro, citando a Mariano La Rosa, es que "... se estima que la prescripción en el derecho romano se fundó en la idea de castigar la negligencia o la malicia del acusador..." (2008: 10), idea que suscribo a pesar de la desinformada opinión de Carrara que muchos han seguido.³⁰

²⁹ Esta posición es recogida hoy por la legislación internacional de Derechos Humanos para la cual los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles.

³⁰ "Nadie ha pensado nunca en basar la prescripción penal sobre los principios de la buena fe o del castigo de la negligencia..." (Carrara 1976: 61). Opinión similar tiene en la actualidad Gonzalo Yusseff quien dice que "no es posible estimar a la prescripción penal como una sanción impuesta a la negligencia del acusador, ni tampoco como una prescripción adquisitiva de la impunidad por parte del reo." (1987: 32).

Con la caída del Imperio de Occidente, los sistemas jurídicos de los invasores comienzan a inter relacionarse con el romano en un proceso largo. Al principio y durante siglos, el derecho germánico, mucho menos evolucionado que el romano, que aun basaba en ordalías la determinación de la culpabilidad de un imputado, no usaba la prescripción. Siendo un derecho consuetudinario, puede encontrarse algunos viejos usos nórdicas, que limitaban temporalmente la venganza privada, pero esto no se vio reflejado ni en los costumbres de la administración de justicia en los territorios conquistados, ni en las normas escritas que produjeron tras la asimilación inicial del derecho del imperial, durante más de mil años (Pedreira 2004: 44; La Rosa 2008: 12).

Distinto fue el caso de los visigodos, pueblo que se distinguió del resto de invasores bárbaros, por tratar de ordenar sus leyes a la usanza romana. Desde temprano, a su llegada a territorio galo, emitieron el *Codex Euricianos* y muy poco después la *Lex Romana Visigothorum*, una compilación de normas de tiempo del emperador romano Teodosio II, convenientemente explicadas para su adaptación a la realidad de pueblos diferentes. Ya luego, en territorio español, fue producido su texto jurídico fundamental, el *Liber Iudiciorum*, promulgado probablemente en el año 654, testimonio cabal de la romanización experimentada por su derecho. En él, se fijaba un plazo de prescripción para el inicio de juzgamiento de treinta años, para todos los delitos (Pedreira 2004: 44; La Rosa 2008: 13; Zapata 2018: 8).

El derecho canónico impuso una prescripción general, para todos los delitos, cuyo plazo era de veinte años, siguiendo la regla del imperio occidental tardío. La disposición puede encontrarse en las Decretales del Papa Gregorio IX, título 25 del

libro II. No hay más referencia legal a ella, pero se aplicó (Pedreira 2004: 45; La Rosa 2008: 13; Zapata 2018: 8).

Así, con las excepciones destacables de los germánicos y de los ingleses, la prescripción del derecho a acusar se mantuvo por toda Europa durante la edad media, con un plazo prescriptorio general de veinte años, a veces treinta, y aplicada a casi todos los delitos, dejando fuera a los más graves, para los que la regla era la imprescriptibilidad. Es la norma seguida por todos los Estados italianos, dato que interesa, pues veremos que allí se va a originar aparentemente, casi mil quinientos años después, el nacimiento de lo que conocemos hoy como prescripción extraordinaria (Zapata 2018: 8).

En Francia en cambio, siendo aquella la norma general, comenzaron algunas modificaciones vía legislativa que fueron haciendo incoherente la legislación penal. Así, el Parlamento de París decretó la prescripción de veinte años para la persecución de delitos que eran considerados imprescriptibles. Tales modificaciones, inauguraron una habitual mala práctica legislativa, de alterar arbitraria e inconexamente el andamiaje legal construido por un Estado. Esta mala práctica, común de ver hoy en día en nuestros países, genera incoherencias dentro del sistema, tal como la que aquellos franceses medievales lograron, con un catálogo prescriptivo según el cual, quedaba eliminada la imprescriptibilidad para el parricidio, pero se mantenía para la usura (Zapata 2018: 8).

El caso alemán es sumamente importante para todo lo que ocurriría en los últimos tiempos con la institución que estudiamos. Como se ha visto, los germanos

no aceptaron la prescripción, cosa que se mantuvo hasta el siglo XVI, con posterioridad a la *Lex Carolina*, norma fundamental del gobierno de Carlos V que pretendió unificar la normativa penal y su aplicación judicial en el Imperio, pero que no incluyó la prescripción.

La primera referencia de aceptación pacífica, es que la figura de la prescripción aparece en Prusia el año 1620, aunque siempre excluyendo a los delitos graves, considerados imprescriptibles, lo que ha sido una marca desde entonces del derecho alemán. Siendo tarde su incorporación en el derecho germano, éste será capaz de llenar a la prescripción de un contenido distinto al original, con el que se había mantenido dieciséis siglos en escena. Primero, incorporó el concepto de que la institución tenía base y fundamento en la presunta enmienda del delincuente y segundo, como consecuencia, se puso como requisito para declararla, que el perseguido no haya tenido un mal comportamiento. Con esta lógica, por vía jurisprudencial comenzó a construirse la noción de que no podía concederse la prescripción cuando había un comportamiento del imputado, que evidenciaba su falta de arrepentimiento y por tanto, su necesidad de corrección. Estas inconductas se manifestaban en huir del país, o cometer un nuevo delito o aprovechar de los frutos de su acto ilícito. Por tanto, si evidenciaba falta de arrepentimiento, merecía pena y no se concedía la prescripción. Tales adiciones a la figura que estudiamos ocurrieron desde fines del siglo XVIII, incorporándose a la legislación positiva por primera vez en el código de Prusia del año 1794. Si siempre la figura fue una modalidad procesal para evitar el inicio del proceso, los alemanes, la llenaron de carga subjetiva, relacionándola con la necesidad de pena e inclinándola por tanto al derecho

sustantivo, posición con la que deslindarían radicalmente doscientos años más tarde tras la debacle nazi. El tema cobrará relevancia más adelante con el nacimiento de la interrupción, pues veremos luego como se toma esta falta de corrección o arrepentimiento, no como justificación para negar la prescripción, sino como causal para la interrupción del conteo del plazo.

Este fue en líneas generales el desarrollo de la prescripción del derecho a acusar, desde sus orígenes, en el inicio del Imperio romano, hasta las puertas de la Ilustración. En todos esos siglos la realidad cambió: cambió el modelo procesal; cambió la concepción de los delitos privados, hacia delitos públicos, pues ya no solo importaban a la víctima, sino a la sociedad y por tanto el ofendido era el colectivo y no el individuo, con lo cual, el Estado se convertía en perseguidor de casi todos los delitos; cambió el concepto de acción procesal, desligándose del derecho material como un instituto independiente; apareció el garantismo, producto del pensamiento iluminista. Este nuevo mundo, que en materia legal se inauguró con el esfuerzo codificador de Napoleón, terminó de confundir el concepto inicial de la institución prescriptora, que entró así, con mal pie, a la modernidad jurídica.

1.2 LA CODIFICACIÓN FRANCESA Y LA PRESCRIPCIÓN MODERNA: LA APARICIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El Código Penal Francés de 1791, en el título VI de la primera parte, incorporó legislativamente, en dos artículos, la figura que estudiamos (en un tercero incorporó

la figura de la prescripción de la pena).³¹ Años más tarde, el Código de Instrucción Criminal de 1808, en sus últimos artículos, consagró definitivamente la institución, elevando ligeramente los plazos y rodeándola de las características con las que ha sido conocido en los siguientes dos siglos.³²

Aunque no es materia de este trabajo, ya que comenzamos a mirar el aporte de la codificación napoleónica a la institución, debo apuntar que aquí nace la prescripción de la pena, instituto no conocido hasta entonces, como diferente a la

³¹ Código Penal Francés de 1791.

TÍTULO VI

De la prescripción en materia criminal

Artículo 1º.- No podrá ser intentada acción criminal alguna en razón de un crimen después de cumplidos tres años, con tal que en dicho intervalo no hubiere habido persecución de él.

Artículo 2º.- Cuando hubiere comenzado la persecución en razón de un crimen, nadie podrá ser perseguido por él después de cumplidos seis años, si en dicho intervalo ningún jurado de acusación declaró haber lugar a acusar al sujeto, sea que éste haya estado o no implicado en la persecución realizada.

Los plazos establecidos en el presente artículo y el precedente comenzarán a correr desde el día en que la existencia del crimen haya sido conocida o legalmente constatada.

³² Código de Instrucción Criminal Francés de 1808.

LIBRO SEGUNDO

De la Justicia.

TÍTULO VII

De algunos objetos de interés público y de seguridad general

CAPÍTULO V

De la Prescripción

Artículo 637º.- La acción pública y la acción civil que resulten de un crimen que merezca la pena de muerte, o penas aflictivas perpetuas, o de cualquier otro crimen que merezca pena aflictiva o infamante, prescribirán después de diez años cumplidos, contados desde el día en que el crimen de haya cometido, si en ese intervalo no se ha hecho ningún auto de instrucción ni practicado ninguna diligencia.

Si en ese intervalo se hubieren practicado algunos autos de instrucción o de diligencia, no seguidos de sentencia, la acción pública y la acción civil, no prescribirán, sino después de diez años cumplidos, contados desde el último auto, aun con respecto a personas que no estuvieren implicadas en dicho auto de instrucción o de diligencia.

Artículo 638º.- En los dos casos expresados en el artículo anterior, y según las distinciones de épocas que se establecen en él, se reducirá la duración de la prescripción a tres años cumplidos, si se tratare de un delito que deba castigarse correccionalmente.

Artículo 639º.- La acción pública y la acción civil por una contravención de policía, prescribirán después de un año cumplido, contando desde el día que se hubiere cometido dicha contravención, aun cuando haya habido acta, embargo, instrucción o diligencia, si en ese intervalo no ha habido condena: si ha habido una sentencia definitiva de primera instancia de tal naturaleza, que pueda ser atacada por la vía de la apelación, la acción pública y la acción civil prescribirán después de un año cumplido, contando desde el día de la notificación de la apelación que se hubiere interpuesto.

prescripción de la acción penal, con un plazo de veinte años desde producida la sentencia condenatoria.

Para comprender esta innovación absoluta y las posturas asumidas sobre la prescripción de la acción, es bueno reflexionar sobre los autores de estos cuerpos normativos, en especial del Código de 1791. Acababa de estallar la Revolución francesa. En los cuadernos de los Estados Generales ya podía leerse las demandas populares sobre la administración de justicia, uno de los pilares de la revolución: igualdad ante la ley, eliminación de la arbitrariedad judicial para la determinación de la responsabilidad y los castigos, sistema de jurados, en general, eliminación del abuso y dulcificación de las penas. Acababa de terminar un régimen caracterizado por la monstruosidad de su aparato represivo. Instruidos por los más grandes pensadores de la libertad, estamos frente a hombres que escuchando estas demandas, escribieron la famosa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y estaban a punto de sancionar la Constitución de la Francia que reemplazaba al antiguo régimen. En el magnífico texto de la Declaración, hasta hoy los principios penales que limitan el poder punitivo del Estado alumbran al mundo. Por eso no debe extrañar el tono general de los cuerpos normativos que produjeron, a despecho del difícil momento criminal que vivía Francia. En cada espacio se advierte el principio de mínima intervención y como una de sus consecuencias, se delineó el doble concepto de la prescripción en materia penal, por un lado con la novedosa creación de la prescripción de la pena y por otro con una prescripción de la acción, más severa para el perseguidor.

Volviendo a la prescripción de la acción penal, en estos importantes textos normativos se toma postura sobre una serie de discusiones históricas sobre la institución, inclusive con discrepancia entre ambos códigos. En coincidencia, se indica con claridad que lo que prescribe es la acción. El Código Penal le llama acción criminal y el Procesal diferencia la acción pública de la acción civil derivada del crimen, pero en todo caso, prescribe la acción penal, ya no el derecho a acusar, como fue en un principio, tema muy importante para las conclusiones de este trabajo, al que dedicaremos unas líneas en el siguiente apartado.

Ambos códigos indicaron la prescripción para todos los delitos, yendo en contra de la postura general de los pensadores de la ilustración y de la casi totalidad de la legislación occidental existente, que mantenía la imprescriptibilidad para los delitos más graves.³³ Los códigos de la Francia revolucionaria consagraban la prescripción de la acción para todos los delitos, sin excepción, incluidos los más graves, sancionados con pena capital.

Los dos también, consagraron la idea de que la prescripción penal sólo se produce por el paso del tiempo y sin ningún otro requisito, con lo que la exigencia germana de la reforma del delinciente para que ocurra la prescripción, queda de lado. Esto refuerza el carácter procesal de la institución.

Con respecto a los plazos prescriptorios, el código sustantivo opta por un plazo general de diez años, sin hacer diferencia entre delitos, cosa ligeramente corregida

³³ En este punto habría que recordar que algunos de los más importantes legisladores de la Asamblea francesa dieron la pelea por abolir la pena de muerte. Derrotados, lograron al menos limitarla a la muerte del condenado, pero eliminando todas las brutales consecuencias posteriores que antes había e incluyéndola en el reparto de delitos cuya acción y pena eran prescriptibles.

por el procesal, que hace una diferencia entre tres grandes rubros, de diez, seis y un año de prescripción. Todos estos plazos, incluyendo los mayores, son bastante menores que los plazos generales que manejaba occidente hasta ese momento.

Otro tema que produjo respuestas diferentes fue el del inicio del cómputo del plazo prescriptorio. Considero que con una mejor percepción de la naturaleza de la institución, el código material consideró que debía contarse desde que se tuvo noticia del ilícito, mientras el adjetivo, volviendo a la vieja tradición, ordenó que fuese desde el momento de su comisión.

Finalmente, para lo que nos interesa en este punto, el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, legisló por primera vez sobre la interrupción de la acción penal por actos del procedimiento, aunque no lo llamara exactamente así. En realidad, el antecedente estuvo en el Código Penal de 1791, pues allí determina un beneficio para el perseguidor diligente, estableciendo que la persecución del ilícito, previo a la acusación, duplicaba el plazo prescriptorio. Refiriéndose a lo que hoy llamaríamos investigación preliminar. No es una interrupción, pues no se detiene el conteo para comenzar de nuevo, sino que simplemente se sigue contando el paso del tiempo, fijando la meta mucho más allá, en lo que se convierte más bien en una suerte de antecedente de la prescripción extraordinaria, aunque en el corto plazo, fue el antecedente de la interrupción de la prescripción.

En este extremo me resulta muy interesante llamar la atención sobre el momento durante el cual, considera este Código Penal, debe transcurrir el plazo prescriptorio y dentro del cual puede operar esta circunstancia premial. No ubica el

supuesto después de iniciado el proceso de juzgamiento, sino antes, porque esta es una institución que servía para impedir el inicio del proceso, no para terminarlo una vez comenzado. Por tanto es lógica la disposición. Hay un tiempo para ejercer el derecho de someter a la justicia a un sospechoso de delito, de manera que si dentro de ese tiempo comienza el juzgamiento, desaparece la amenaza de la prescripción. Iniciado el juicio, no hay razón para la prescripción pues ya ocurrió el acontecimiento que el paso del tiempo podría evitar. Sin embargo, si antes de llegar al final del plazo, el titular de la acción penal evidencia su intención de provocar un juicio, a través de un acto de procedimiento previo a la acusación, a lo que el código llama persecución, entonces procede aumentar dicho plazo prescriptivo, a fin de dar tiempo para que las investigaciones puedan realizarse y lleguen con éxito al inicio del juicio. No estoy de acuerdo con el modelo, en el extremo que no concuerdo con la figura de la interrupción ni de la prescripción extraordinaria y creo que aquí correspondería una suspensión o simplemente el fin de la prescripción, como se explicará cuando se trate el tema, pero apunto que fuese cual fuese la solución legal, interrupción, suspensión, prescripción o prescripción extraordinaria, concuerdo con la elección del momento, pues es allí donde se evidencia la voluntad del perseguidor de ejecutar la acción penal y por tanto, cesa la necesidad de amenaza para impelerlo a actuar.

Discrepo más bien de la posición que tomó poco después el Código de Instrucción Criminal. Aquí nació formalmente la interrupción de la prescripción de la acción penal. Pero no la originó en la posibilidad de interrumpir el conteo para seguir en camino a alcanzar la acusación e iniciar el proceso, sino que la basó en la

destrucción, si fuera el caso, del propio proceso judicial, ya que el supuesto podría darse una vez comenzado el mismo, al señalar que los actos tras los cuales debe reiniciarse el conteo del plazo, pueden ser de instrucción o de diligencia no seguidos de sentencia, que son ya parte del juzgamiento. Así, aunque en la práctica es difícil pensar que desde la última diligencia hasta la sentencia pudieran transcurrir diez años, en teoría, la prescripción podría ocurrir dentro del juzgamiento y evitar la sentencia, con lo que esta prescripción fue transformada para siempre. Su objetivo ya no sería impedir el inicio del proceso sino el dictado de sentencia. Dejó de ser un requisito de procedibilidad, para convertirse en una causal de sobreseimiento. Siento que es en este momento que muere la prescripción del derecho de acusar y nace la prescripción de la acción penal, siendo la institución transformadora, la novísima interrupción, asesina y a la vez partera. Otro punto medular para las reflexiones y conclusiones de este trabajo.

Este modelo francés ocurre en el marco de la teorización de la acción, como derecho procesal independiente del hecho ilícito, con vida propia. En Francia nace formalmente el concepto de prescripción de la acción penal, sepultando a la prescripción del derecho a acusar. Y como consecuencia, en Francia también nacerá pronto el concepto de interrupción. El Código Penal de 1971 establece una figura premial para el perseguidor que actúa procesalmente dentro del plazo, en fase de investigación, alargando el plazo prescriptorio, lo que es razonable pues ha mostrado su diligencia y su disposición a actuar para que se produzca el juicio. Es decir, este texto sustantivo crea dos plazos prescriptorios paralelos, debiendo aplicarse el más largo si el perseguidor mostraba su diligencia. No se pone en un supuesto posterior al

inicio del juicio, porque hasta entonces el plazo prescriptorio duraba hasta la acusación, producida la cual, se cumplía con la facultad otorgada. Pero a renglón seguido, el Código de Instrucción Criminal de 1808, cambió todo. Creó la Interrupción y ubicó la circunstancia originadora de la misma, inclusive después del inicio del proceso, con lo que en definitiva, dio nacimiento a la prescripción de la acción penal, en sustitución de la prescripción del derecho a acusar.

Este es un cambio violento a la lógica de la institución. Al principio el Estado le dio a la víctima el derecho a acusar, si no lo hacía dentro del plazo otorgado, perdía el derecho. Luego cambia el paradigma, ya el ofendido no tiene credenciales para accionar y lo reemplaza el Estado, pero además, surge el concepto de acción penal, que excede a la acusación, abarcando todos los impulsos procesales dentro del juicio. Siendo así, la prescripción pasó a ser una institución que liquidaba la acción y como tal, podía ocurrir durante el juicio, razón por la cual, debía crearse algo que lo impida y así nació la interrupción.³⁴

Cualquiera sea la fórmula, parece que, conforme a la observación crítica de Pedreira, la interrupción habría nacido de la idea que aquí defendemos, esto es, que la prescripción es una sanción a la negligencia del titular de la acción penal o cuando menos, el retiro de la facultad por no ser usada en el tiempo indicado. En consecuencia, si se realiza actos encaminados a realizarla, debe detenerse el conteo

³⁴ No debe confundirse con las consecuencias de la comisión de un nuevo ilícito por parte del perseguido del derecho germano, ya que la consecuencia para ellos era el fin de la prescripción, no su interrupción. Aunque distintas, los germanos incorporaron consecuencias sobre la prescripción por la inconducta del perseguido, lo que iba a difundirse en diferentes legislaciones hasta la actualidad, incluida la nuestra. Son entonces razones subjetivas para liquidar la prescripción. Los franceses diseñaron razones procesales para interrumpirla.

del tiempo, porque no hay mérito a sanción por negligencia ni a retiro del derecho o facultad por falta de interés.³⁵

Desde entonces, se entiende por interrupción de la prescripción de la acción penal, a un hecho que es capaz de detener el conteo del tiempo para alcanzar la prescripción, para volver a contarlo desde cero al terminar el motivo de la interrupción. Es decir, presentada la circunstancia interruptora, el cómputo del plazo cesa y si es posible que vuelva a correr, lo hará otra vez como si recién se hubiese cometido el injusto.

Mirando un poco la causa interruptora, el antecedente alemán que causaba no la interrupción, sino el fin de la prescripción, pero que fue tomado luego por distintas legislaciones del siglo XIX y XX, incluyendo la nuestra, es que la interrupción podía ser causada por el agente del delito. Hoy se expresa en que el presunto delincuente haya cometido un nuevo delito. Si esto ocurriese, estaríamos ante un sujeto que no se ha re sociabilizado y así, considerando la prescripción como una herramienta para definir si es necesaria la pena, cesaría la justificación para detener la persecución, con lo que el conteo del plazo prescriptorio se debe detener. Es el carácter material del aporte el que me lleva a la discrepancia. Dentro de esta herramienta procesal, que está dada en función de otorgarle un plazo al perseguidor, la conducta del perseguido debería ser irrelevante.

³⁵ “Tales concepciones, en la actualidad, han sido prácticamente abandonadas por la doctrina científica. No obstante, la importancia histórica de las mismas ha favorecido la admisión en materia penal de mecanismos como la interrupción y la suspensión de la prescripción criminal, un cuestionable legado del que no resulta fácil desembarazarse a estas alturas...” (Pedreira 2004: 140).

La legislación francesa que analizamos, dio nacimiento a la interrupción de la prescripción, pero bajo otro supuesto, el procesal. Siendo una institución nacida para otorgar un plazo a los perseguidores, la causa interruptora debía ser generada por ellos. Es lo que se llama la interrupción de la acción penal por actos del procedimiento. A primera vista parece lógico y si hay que aceptar la interrupción, sería por estos supuestos, ya que si la prescripción castiga la ineficiencia del Estado en la persecución, un acto procesal destinado a darle inicio, elimina tal circunstancia y debe anular el tiempo transcurrido como computable para la prescripción. Inclusive, si se estimase que las causas de la prescripción están en el olvido del delito o la dificultad probatoria, la puesta en marcha de la maquinaria represora hace que dichas causas desaparezcan³⁶.

Desde entonces, con una causal u otra, muchas veces con las dos,³⁷ la interrupción comenzó a aparecer en las legislaciones de diferentes países y llegó a nuestros días, desde mi punto de vista, como elemento perturbador, aunque lógico desde la perspectiva de una prescripción que ya no se agotaba con el inicio del proceso judicial y que podía generar consecuencias después de iniciado el mismo.

Esta figura de la interrupción, parecía completar lógicamente el sentido de la prescripción de la acción penal. Sin embargo, la respuesta en contra fue fulminante. El maestro de Pissa, Francesco Carrara fue el más notable combatiente contra la posibilidad de que un acto procesal interrumpiese el plazo prescriptorio de la acción

³⁶ Si el Estado realiza un acto tendiente a la persecución del delito, es obvio, por un lado, que no se ha producido el olvido del mismo y por el otro, que tiene elementos que le permitan probar la falta.

³⁷ En el Perú, el Código Penal de 1991 ordena la interrupción de la prescripción de la acción penal por actos del Estado perseguidor (actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales) en el primer párrafo del artículo 83º por razones imputables al perseguido (comisión de un nuevo delito doloso) en el tercer párrafo del mismo artículo.

penal. En setiembre de 1869, sostuvo que se presta para un uso arbitrario, para abusar del poder, ya que los jueces podrían tener entrampado a un ciudadano por tiempo indeterminado so pretexto de una investigación criminal. Sostiene también que si la prescripción sirve para agilizar la acción judicial, no puede darse a los jueces un arma procesal para combatirla. Agrega que la interrupción consagra una desigualdad jurídica entre delincuentes que debieran ser tratados igual, pues algunos se podrían beneficiar de la prescripción y otros no y más aún, que generaría para un reo sentenciado, una posición más cómoda que para uno sin sentencia, puesto que el primero tiene fecha cierta para el fin de su pena, en cuanto el segundo podría sufrir una persecución eterna. No escatima razones en contra.³⁸

Por todas estas consideraciones, concluye Carrara con que la interrupción de la acción penal es inconveniente, pues de existir, supondría una derogación tácita de la prescripción. Para él, si en su definición político criminal, un Estado opta por la prescripción, no tendría cabida la figura de la interrupción. Resume el problema en el siguiente dilema: o hay prescripción o no la hay. La interrupción supondría lo segundo.

Para ubicar mejor el contexto de las iras intelectuales del maestro italiano, habría que fijar que se producen como respuesta a la publicación de los códigos penales de España en 1870 y Alemania en 1871. Ambos cuerpos legislativos,

³⁸ “...no se puede (a mi juicio) admitir la teoría de la interrupción de la prescripción, que hace a esta medida puramente facultativa del acusador público... Después, es claro que esta idea es hija de una errónea ilación del Derecho civil. Pero la prescripción penal, no es como la civil, fundada sobre la protección de los diligentes y el castigo de los negligentes. Sería ridículo que, para castigar la negligencia de un juez, se liberase al culpable y se dejara indefensa a la sociedad...” (Carrara 1976: 73).

incorporaban la prescripción de la acción y también la interrupción de la misma, tal como había hecho el Código de Instrucción Criminal de Francia.

El Código español, alejándose de su vieja tradición de llamarle prescripción del derecho a acusar, ya la llama prescripción de la acción penal. La considera para todos los delitos, ninguno es imprescriptible, les da diferentes plazos de prescripción, según su gravedad y comienza a contarlos desde la consumación del acto ilícito. Ordena además, que si hay alguna cuestión previa, prejudicial o de competencia, de cuya resolución dependa la continuación del caso penal, el conteo del plazo prescriptorio quedará suspendido, hasta que se decida sobre el particular.

Y en lo que nos interesa, define la interrupción de la prescripción sobre bases procesales, con términos mucho más amplios que el texto francés, indicando que cualquier actuación judicial tiene poder interruptor, al no hacer referencia a que esta actuación deba o no tener relación con un eventual imputado. Pero por otro lado, siguiendo la línea gala, en el sentido de habilitar la posibilidad de que la institución pase las barreras del inicio del juicio, ya que los actos interruptores pueden dirigirse tanto a la averiguación (fase de investigación) como al castigo del delito (fase de juzgamiento).³⁹

³⁹ Código Penal español de 1870

TITULO IV

De la extinción de la responsabilidad criminal y civil.

CAPITULO PRIMERO

SECCIÓN PRIMERA

De la extinción de la responsabilidad criminal.

Artículo 199º.- La prescripción de la acción penal se interrumpe por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito.

El plazo seguirá corriendo, cuando desde la actuación a que se refiere el párrafo anterior transcurrieren tres años sin practicarse nuevas actuaciones.

En cuanto a lo primero, se trató de una generalidad que sería reprobada por los comentaristas, comenzando por Carrara y no muy seguida en otras legislaciones. En cuanto a lo segundo, fue una idea que planteada por el Código de Instrucción Criminal de Francia, los españoles tomaron de inmediato. El Código Penal que sancionaron el año 1822 ya disponía que el inicio del proceso interrumpía la prescripción (no la liquidaba como antaño) y aunque al año ese cuerpo legal fue derogado, lo cierto es que el nuevo concepto ya estaba instalado en la mentalidad jurídica hispana.

Había sido sepultada la idea original de que prescribe el derecho a acusar. Y este pensamiento fue creciendo, pues en el siglo XIX, se encontraba en construcción el actual concepto de acción procesal, uno de los más importantes del derecho moderno, pues como señala Eduardo Couture, la separación del derecho y de la acción "...más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil. La doctrina admitió casi sin reservas esta nueva concepción, y sobre ella elevó sus construcciones futuras..." (Couture 1958: 64). Esto ya se reflejaba en los trabajos legislativos de la época y, aunque el maestro procesalista escribía sobre el derecho civil, lo cierto es que los penalistas tomaron de inmediato la noción para transportarla al derecho procesal. Premunidos de estas nuevas nociones, se sancionaba con entusiasmo que prescribía la acción, una categoría claramente diferenciada.⁴⁰

⁴⁰ Entre 1856 y 1857 se produjo el famoso debate Bernhard Windscheid y Theodor Mütther, con la publicación de sus respectivos libros, que terminaría con la victoria del primero, afirmando la independencia de la acción

Para cerrar el análisis de aquella norma española, tiene una consideración dura, señalando que el plazo vuelve a correr, no cuando termina el acto interruptor, sino tres años después de él.

En cuanto al Código alemán, que vio la luz un año después, resultó muy parecido al ibérico, pero con una importante diferencia. Al igual que el español, trabajó sobre el concepto de prescripción de la acción penal, lo consagró para todos los delitos, con plazos diferenciados según su gravedad, contados desde la comisión del injusto, que deben suspenderse si el inicio o continuación del proceso depende de una definición preliminar en otro y, en la única y gran diferencia con respecto a la figura española, donde los plazos son interrumpibles por cualquier acto del juez, los alemanes precisaban que aquellos actos eran solo los dirigidos contra el autor.⁴¹

Carrara enfila contra ambos las críticas que resultaría ocioso repetir, aunque concede a los alemanes que su fórmula es mejor, pues si la ley debe consagrar la interrupción del plazo prescriptorio, es preferible que al menos sea más acotada, como la regla germana, que establece la interrupción solo contra aquel a quien se dirigió la actividad procesal. No obstante esta observación, combatió las posiciones de ambos países. No se sabrá si fue debido a él, pero en las muchas modificaciones

procesal, como una categoría autónoma del derecho material que podía ser sustento de su pretensión. La vieja idea romana que identificaba el derecho y la acción había sido desechada.

⁴¹ Código Penal alemán de 1871 (original)

PRIMERA PARTE

Sobre castigos de crímenes, delitos y transgresiones en general

CUARTA SECCIÓN

Razones que excluyen o mitigan el castigo.

Artículo 68º.- Cualquier acción del juez dirigida contra el autor del delito interrumpe el período de prescripción.

La interrupción tiene lugar solo con respecto a la persona con quien se relaciona la acción.

Un nuevo período de limitación comienza después de la interrupción.

que se hicieron de inmediato al código español a fin de adaptarlo a la Constitución que se había sancionado casi en simultáneo, se incluyó la de precisar que el procedimiento causante de la interrupción, debía dirigirse contra el culpable.⁴²

Así, Carrara mantuvo esta posición crítica hasta el final de su vida, sin alcanzar a ver lo que pienso fue la plasmación legislativa de la solución que inspiró, como una posición intermedia entre la naciente interrupción y quienes la repelían, una solución que se difundiría con rapidez en diferentes países, inclusive el nuestro, y que este trabajo combate: la prescripción extraordinaria.

1.3 ITALIA Y LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN: LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL

Según Daniel Pastor, la prescripción extraordinaria de la acción penal fue una solución intermedia al problema histórico que surgió, cuando apareció la interrupción de la prescripción en diferentes códigos europeos y se enfrentó a la postura de los integrantes de la escuela clásica italiana encabezados por Carrara, tal como ya hemos reseñado (Pastor 1993: 68).

Precisa también el autor argentino, que en el camino, como una solución a las observaciones planteadas por Carrara, diferentes legislaciones fueron limitando los actos procesales capaces de interrumpir la prescripción, a los que figurasen en

⁴² Código español reformado en 1870:

Artículo 133º.-... El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiese cometido el delito; y si entonces no fuese conocido, desde que se descubra y empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo. Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquel termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento, a no ser por rebeldía del culpable procesado.

catálogos cerrados y que además, sólo pudieran ser ejecutados por un Juez (Pastor 1993: 65-68).

Sin embargo la solución no parecía ser suficiente. A pesar de la garantía que suponía restringir las actividades procesales para interrumpir la prescripción, la crítica italiana en el sentido que ésta había sido en la práctica derrotada continuaba. La interrupción en sí misma posibilitaba una actuación maliciosa del Juez, dándole armas para prolongar la persecución y el juzgamiento. El sesgo garantista de esta crítica es evidente, como lo es también que sus autores estaban viendo a la institución desde la perspectiva del perseguido.

La solución fue la pronta aparición de lo que hoy conocemos como prescripción extraordinaria. No he encontrado explicaciones documentales sobre cómo se perfiló la figura ni las razones que la originaron, pero conociendo la historia anterior y viendo su aparente partida de nacimiento, no es difícil suponerlas.

Me voy a permitir exponer los hechos para, a partir de ellos, ensayar una presunción.

Primero, nadie se opuso con más vigor a la interrupción de la prescripción que Francesco Carrara.

Segundo, en su obra “Opúsculos de Derecho Criminal”, el maestro italiano, frente a los defensores de la interrupción que argüían su necesidad basada en la capacidad dilatoria de un imputado adinerado, para alcanzar la prescripción, escribió una fórmula transaccional: “... tomo la objeción desde la raíz y respondo que, si

tienen esos temores, para disiparlos bastará prolongar el tiempo ordinario de la prescripción, sin necesidad de hacerla arbitraria...” (Carrara 1976: 77).⁴³

Tercero, Carrara tuvo una fuerte relación con Giuseppe Zanardelli, jurista y político italiano, veinte años menor que él. En el campo jurídico, ambos eran representantes de la escuela clásica, en el económico defendían ideas liberales, en el humanitario dieron al mismo tiempo peleas fundamentales como la abolición de la pena de muerte y en el político, fueron ambos militantes de la izquierda y Diputados.

Cuarto, Carrara influyó decididamente en la elaboración del primer código italiano, pero también del segundo, cuya presentación en sociedad, alcanzó a ver un año antes de su muerte, aunque no vivió para su promulgación. Este segundo código, decisivo para la juridicidad italiana, fue llamado el código Zanardelli, en honor al amigo de Carrara, quien lo impulsó desde su cargo como Ministro de Justicia.

Quinto, y este es el dato definitivo, la primera vez que apareció la fórmula de lo que hoy conocemos como prescripción de la acción penal, fue precisamente en el código Zanardelli, el Código Penal italiano de 1889. Allí nació.

⁴³ En este párrafo encuentro la primera y más lógica explicación a la prescripción de la acción penal. Carrara explica que combate la interrupción del plazo de prescripción porque es poner en manos de funcionarios públicos un arma que puede ser arbitrariamente usada. Desde su óptica garantista, él percibe la institución desde la perspectiva del perseguido y por tanto, no acepta que el mismo no tenga certeza sobre el tiempo de su persecución, que puede ser larga o corta, pero cierta. Termina la idea con estos argumentos: “...No me perturbo cuando veo que el transcurso de la prescripción pasa de tres a cinco años, o de cinco a diez, o de diez a quince, e inclino la frente ante la ley que así lo ordena; pero me conmuevo hasta el fondo de mi alma y pierdo toda mi fe en la justicia pública, cuando veo que se deja a la libre potestad de un hombre (que bien puede ser mi enemigo y perseguidor), el hecho de que, después de veinte, treinta o cuarenta años, quede aún viva contra mí una acción penal que, según las previsiones legislativas, hubiera debido extinguirse en cinco o diez años. Dictad una ley más rigurosa, si os place, pero cuyo rigor sea indefectible e idéntico para todos. Jamás podremos alabar una ley que a veces es benigna y a veces rigurosa, según el arbitrio del que debe ejecutarla”. (1976: 77). Mi tesis es que con este argumento nació la prescripción extraordinaria.

La presunción es sencilla. En 1869 Carrara escribió en sus Opúsculos, vigorosas críticas a la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, dedicando todo un capítulo a destruirla. Inclusive, como hemos repasado, en sus alegatos llegó a plantear una solución, para él satisfactoria, según la cual se alargue el plazo prescriptivo a condición de impedir el arbitrio de un perseguidor. Sostenía que era preferible fijar un lapso mayor de tiempo para la prescripción, opero legal, conocido e inamovible, que dejar en manos del agente fiscal la posibilidad de hacer eterno e incalculable el plazo prescriptivo repitiendo actos de interrupción. Y con estos antecedentes, veinte años más tarde, aparece la prescripción extraordinaria de la acción penal en un código que él influenció en gran medida y que sería el que lograría la unidad legislativa penal italiana. Entonces, la prescripción extraordinaria de la acción penal, que vio la luz en aquel código italiano, fue hija de su impulso o al menos del trabajo de quienes con él deben haber tratado el asunto, en la intención de encontrar una salida intermedia al problema de la interrupción que era defendida por la mayoría.

El concepto de la prescripción extraordinaria, no estaba insinuado en ningún texto anterior de la región. Ni en los decretos extraordinarios de 1774 de los que informa el propio Carrara; ni en el código Leopoldino de 1786 de Toscana que aspiraba regir en Italia; ni en el llamado primer código penal italiano, el código Sardo, que los Saboyas dieron en 1839 para el Reino de Cerdeña y fue extendido en 1859 para la naciente nación. A decir verdad, en estos cuerpos normativos penales italianos, previos al definitivo Código Zanardelli, se legislaba sobre la prescripción

de la acción penal, pero existía la interrupción, de manera que no tendría ninguna razón de ser una figura como la prescripción extraordinaria.

Y si en Italia no existía el problema legislativo planteado por la interrupción, en otros países, donde sí existía la figura, tampoco he encontrado nada parecido a la prescripción extraordinaria, salvo si se quiere, en el propio Código Francés de 1791, que en su fórmula creadora, prescribe una extensión de plazo y no un plazo nuevo, que es la distinción práctica decisiva entre la prescripción extraordinaria y una prescripción ordinaria con interrupción del plazo. En el primer caso, el conteo del tiempo no se detiene, sigue contando, solo que el final se fija más allá del original. En el segundo, el conteo del tiempo se detiene y comienza a contarse nuevamente el plazo original, como si nunca hubiese comenzado. En ambos casos el resultado es similar: el plazo prescriptorio se extiende.

Este es un tema no muy desarrollado. Tras las decisivas propuestas del Código Penal francés, que en materia de prescripción tomaba partido, decidía polémicas y fijaba un rumbo orientador, pasaron dieciséis años antes de la promulgación del Código Criminal de 1808, que hizo modificaciones y ajustes definitivos para la institución, con lo que terminó de configurarse lo que sería un modelo para el mundo. Pues bien, uno de estos cambios, tal vez el más importante, consistió precisamente en la creación de la interrupción del plazo, tal como la conocemos hasta nuestros días, que cambiaba la fórmula original del Código Penal, según la cual los actos de procedimiento alargaban el plazo original de prescripción, sin detener su conteo.

Detengámonos en este tema medular un instante. La lógica de ambos textos franceses era que ya no prescribía el derecho a acusar, sino la acción penal. Estando en pleno desarrollo, ya aceptada, la nueva concepción de la acción procesal, esta comenzaba a influenciar en todas las mentes jurídicas de Europa. Reconocida ahora su vida propia, diferente del derecho sustantivo que podía darle justificación, dotarla de elementos vitales era una lógica consecuencia. Por tanto, en lo que toca a nuestro tema, quedaba claro que la acción penal, no se agota en la simple acusación que inicia el proceso, sino que más bien nace con ella y dando origen al proceso, lo acompaña e impulsa en cada momento, terminando su existencia a la par del proceso mismo. Y por tanto, si durante todo ese tiempo vive, en cualquier momento, durante ese período, puede verse afectada. De esta forma, algo parecía haber sido impensado desde su nacimiento en la ya lejana Roma, se convirtió en algo natural, a saber, que la prescripción podía darse durante el proceso.⁴⁴

Como se aprecia, a diferencia de alemanes y españoles, los italianos no tomaron la interrupción de la prescripción de la acción penal consagrada por los franceses y más bien, retrucaron con una respuesta legislativa que inauguraba absolutamente una figura que correría por Europa y llegaría al Perú, supuestamente vía Suiza, con la misma fórmula original italiana: la prescripción extraordinaria.⁴⁵

⁴⁴ La prescripción que busca limitar el tiempo para que el ofendido use su derecho a buscar justicia para su causa, carece de sentido cuando éste expresa su intención y de hecho comienza a ejercer el derecho o la facultad recibida, por tanto, jamás debería operar una vez iniciado el proceso. Por eso esta propuesta francesa es uno de los puntos centrales con el que discrepo y frente al cual se hará propuestas de modificación en las conclusiones del presente trabajo.

⁴⁵ Código Penal italiano de 1889

TÍTULO IX

De la extinción de la acción penal y de la pena

Completando la información sobre este cuerpo legislativo, la prescripción, siguiendo la línea de los demás, era para todos los delitos, con plazos diferenciados por la gravedad criminal, comenzaba a computarse desde la comisión del acto punible y se consideraba la suspensión del conteo del plazo si la acción penal no podía iniciar o continuar a la espera de una autorización especial, o la resolución de una cuestión referida a otro juicio.

Según esta nueva figura, a pesar de existir un plazo prescriptorio, de producirse la interrupción del mismo por razones establecidas en la ley, seguirá corriendo un plazo paralelo, un poco más largo pero indestructible, que llegará inexorablemente a su fin, momento en el que surtirá sus efectos destructores, extinguiendo la acción penal.

Es decir, como la queja era por la incertidumbre que podía generar la interrupción de la prescripción en términos de duración del proceso, se buscó una forma de definir con certidumbre el plazo máximo del mismo asegurando la prescripción, aunque en un tiempo ligeramente ampliado. Se buscó contentar a las dos partes en contienda doctrinaria, eliminando por un lado los efectos reales de la

Artículo 93°.- El curso de la prescripción de la acción penal se interrumpe por la condena en contradictorio (juicio) o en ausencia (contumacia).

Interrumpen la prescripción, la orden de detención, incluso la que no tiene efecto por la acción de imputado, y cualquier orden de un juez dirigida contra él, y le notificación legal, por un hecho que se le atribuye; ***pero el efecto de la interrupción mandato o medida no puede extender la duración de la acción penal por un tiempo que exceda en un medio agregado de los términos respectivamente establecido en el artículo 91.***

Si la ley establece un plazo de prescripción más corto que un año, el curso de la prescripción se interrumpe por cualquier acto del procedimiento; pero si en el plazo de un año desde el día en que comenzó la prescripción, de acuerdo con el artículo 92, no se ha pronunciado la sentencia, la acción penal prescribe.

La prescripción interrumpida comienza a correr nuevamente desde el día de la interrupción.

La interrupción de la prescripción es efectiva para todos los partícipes del delito, incluso si los actos que interrumpen no se dirigen contra él.

interrupción a cambio de ampliar en la práctica el plazo prescriptorio. Pienso que ganaron los seguidores de Carrara⁴⁶.

Y es que citando al maestro italiano, en el caso de la prescripción el problema político criminal está centrado en definir si debe o no debe existir la misma. En términos de Carrara, al consagrarse la prescripción extraordinaria se está optando por la primera tesis. Pero al mismo tiempo, se está anulando el fin que se había logrado con la interrupción, que no era otro que evitar castigar al perseguidor diligente, haciendo que resurjan los problemas anteriores que precisamente originaron como respuesta la aparición de la interrupción. Es una larga disputa entre quienes piensan que lo trascendental es abogar por quienes tienen la obligación de perseguir el delito, pues no hay derecho alguno a no ser perseguido, contra quienes defienden los derechos individuales, considerando uno de ellos el de no ser perseguido eternamente. Perseguir o prescribir. En medio de esta disputa, las innovaciones al instituto han intentado siempre encontrar el punto medio sin éxito, generando cada una de ellas la reacción de uno de los bandos en contienda. En contrario y parafraseando a Carrara, frente a la prescripción extraordinaria lo que cabría preguntar ahora es más bien si debe o no debe existir la interrupción de la prescripción.

Una crítica inmediata a la novedad es que hace inviable el mandato que contienen todas las legislaciones sobre interrupción, en el extremo de la nueva cuenta. Es unánime el mandato que ocurrido el hecho interruptor, la consecuencia es

⁴⁶ El efecto práctico de esta institución ya no es interrumpir el plazo prescriptorio, sino ampliarlo, con lo cual se cumple el objetivo de los seguidores del maestro italiano, de lograr extinguir la acción de todas formas por el paso del tiempo, al margen de cuánto sea el tiempo fijado.

que se regresa a cero la cuenta, la que debe iniciarse a contar normalmente, una vez terminado el acontecimiento que terminó con el conteo. Ahora bien, si en ese momento comienza un nuevo conteo de todo el plazo, pero a la vez, ha continuado operando el conteo de un tiempo igual al total más su mitad, es un hecho que tendremos dos plazos corriendo, con distinto final. Cual termine primero dependerá de cuánto tiempo transcurrió antes de la interrupción, si fue menos de la mitad, entonces llegará primero la prescripción ordinaria, haciendo inviable la extraordinaria y si fuese más de la mitad el tiempo transcurrido al interrumpirse la prescripción, entonces sería inútil el nuevo conteo que manda la norma porque primero se cumpliría el plazo extraordinario. No encuentro razonabilidad a tener dos plazos distintos corriendo en paralelo, sobre todo cuando queda en evidencia que la utilización de uno u otro dependerá de las circunstancias y no de una supuesta decisión de política criminal, que en todo caso, aparecería como mal tomada.

Pero en el tema de fondo, la sola existencia de la prescripción extraordinaria desnaturaliza la institución, tanto, que como veremos luego, al menos en Perú, se sigue produciendo normatividad que continúa con el movimiento pendular que impide que la institución rinda en un sentido o en otro, una batalla legal sin fin que reactualiza permanentemente la pregunta de Carrara, sobre si se quiere o no a la prescripción de la acción penal dentro del sistema.

1.4 LA INSTITUCIÓN EN EL PERÚ

El Derecho occidental nace en el Perú con la llegada de los españoles. Basado al inicio en las bulas de Alejandro VI y en instituciones como las capitulaciones y los requerimientos, se constituyó una verdadera estructura feudal. Terminada la primera etapa de las conquistas, siguió un esfuerzo ordenador a partir de la recopilación de diferentes normas, siendo una de las primeras “Las Nuevas Leyes” dictada por Carlos V en 1542 y “Las Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones” de 1573 bajo el reinado de Felipe II (Basadre 1937: 217-253).

En general, bajo el reinado de los Habsburgo el esfuerzo fue recopilador, es decir, de ordenar y sistematizar normas dispersas. Estas recopilaciones no solo provinieron de la Corona, también del Consejo de Indias y de los propios Virreyes, teniendo Francisco de Toledo una actuación pionera en el Perú (Basadre 1937: 217-253).

Las recopilaciones, tenían un fuerte predominio del derecho canónico y del derecho romano, de manera que puede intuirse que en nuestra materia, el concepto de prescripción sería el de la prescripción del derecho de acusar, con un plazo general para todos los delitos, que era el tratamiento coincidente de esos dos ordenamientos jurídicos. Ciertamente en cuanto a que prescribía el derecho a acusar, pero no en cuanto a un plazo único prescriptorio, ya que la prescripción se consideraba solo para algunos delitos y con plazos diferentes entre ellos. Cuenta Jorge Basadre Grohmann, que en el momento de la Emancipación, los territorios de Indias debían aplicar el derecho castellano siguiendo un orden de tiempo. Así, era de aplicación la ley nueva frente a las recopiladas. Y entre las recopiladas, da una larga lista de siete, siendo la última de ellas, “Las Siete Partidas”, muy antiguo documento jurídico, que

no solo tuvo aplicación en el Perú, sino que la tuvo de primera importancia, pues a pesar del lugar que ocupaba en la lista de aplicación, fue el más recurrido por los jueces, sobre todo en materia procesal. En aquellos primeros años de la República, en que todavía regían Las Partidas y la Nueva Recopilación, la normativa local de diferentes fuentes, solo reformaba las leyes españolas de manera dispersa y desordenada, siendo mayor la confusión en materia procesal penal. (Basadre 1983: 253, tomo IV).

En “Las Siete Partidas”, dictadas durante el reinado de Alfonso X, conocido como Alfonso el Sabio, presumiblemente el año 1265, la Partida Séptima era dedicada a la materia penal y allí, no hay un tratamiento general de la prescripción, un asunto que llama poderosamente la atención. Como se ha repasado con anterioridad en este trabajo, ya el Rey visigodo Recesvinto en el año 654, con el “*Liber Ludiciorum*”, había dispuesto sobre territorio hispano, la regla de la Roma tardía de un plazo prescriptorio general para los delitos. A pesar de los muchos años transcurridos, del final del dominio visigodo y de la invasión musulmana, esta regla general de prescripción era comúnmente aceptada en la península. Más aun, poco tiempo atrás, durante el reinado de Fernando III, padre de Alfonso, se había editado el “Fuego Juzgo”, una traducción romance del “*Liber Ludiciorum*” que se impuso como norma fundamental de los reinos de Castilla, León y las otras tierras conquistadas, que heredaría Alfonso. Fue a la par de la imposición de la lengua castellana, una de las herramientas utilizadas en la búsqueda de la unidad. En este trabajo, se contemplaba un plazo general de prescripción para el derecho de acusar de treinta años y

cincuenta para fugitivos, lo que era un claro castigo para el perseguido.⁴⁷De forma tal, que con los años, los españoles incorporaron en su legislación la idea germana de castigar la conducta del imputado, aunque no eliminando la prescripción como los alemanes, sino ampliando su plazo. Probablemente de allí nos viene esta herencia.

Es pues extraño, que siendo el derecho visigodo, el romano y el canónico, todos ellos como se ha visto, con un tratamiento global de la prescripción, fuentes para la elaboración de “Las Siete Partidas”, sin embargo, este monumental trabajo de los juristas de Alfonso el Sabio, que terminaría siendo muy longevo y decisivo para el derecho de la América conquistada y por supuesto del Perú, haya desechado la regla general y vuelto al tratamiento inicial romano, de legislar la prescripción por separado para cada figura delictiva, de manera que no la consideraba para algunas y para otras sí, y entre ellas, con plazos diferenciados. El histórico documento fijaba plazos prescriptorios para el robo, hurto, adulterio, falsedades, estupro, incesto y deshonor. Y era tan singular el tratamiento, que no solo diferían los plazos, sino además, el día de inicio del cómputo prescriptor para cada delito.⁴⁸

Un apunte final sobre esta materia. Muy a pesar de todo lo dispuesto sobre prescripción en su texto legislativo, Alfonso X dio un edicto obligando a que todo proceso criminal, debiera llegar a sentencia en un máximo de dos años y que aquellos individuos que estuviesen ese tiempo en prisión, sin sentencia, debían ser puestos en libertad de inmediato (Carrara 1976: 77). De forma tal, que aquí

⁴⁷ Fuero Juzgo. Título II, Leyes I y II.

⁴⁸ “... El sistema del descubrimiento, por su parte, encuentra su primer antecedente en las Siete Partidas, en la regulación del hurto cometido por el oficial al Rey o al Consejo, el que debía demandarse dentro del plazo de cinco años desde que conocían el delito, a diferencia de los demás ilícitos, donde la regla era que el *dies a quo* lo fijaba el momento en que el delito se había cometido...”. (Parra 2019: 325-363).

podríamos encontrar un antecedente interesante para otro de los postulados de este trabajo, en el sentido que una cosa es la prescripción de la acción y otra el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Esta tendencia se reforzó durante el siglo XVIII, cuando comenzando la dinastía de los Borbones, Felipe V promovió en las universidades la enseñanza del Derecho castellano y en 1713, dispuso que se aplicaran éstas, así como las otras leyes del reino, por encima de las romanas (Basadre 1937: 310).

Durante ese siglo el mundo sufriría una serie de cambios, incluido el campo del Derecho, en el que el producto final sería la legislación francesa que ya hemos visto. Sin embargo, en el Virreinato peruano, estos conocimientos nuevos eran de difícil acceso y en todo caso, de nula plasmación en el derecho positivo, pues en la península, la Corona mantenía con firmeza el viejo derecho español. Todas las discusiones que animaron el mundo jurídico europeo durante la Edad Moderna, eran de difícil acceso para América. Sin embargo, si hay algo que los regímenes autoritarios no logran nunca encadenar son las ideas y así, las nuevas teorías jurídicas comenzaron a llegar al nuevo mundo, para de allí trasladarse a la tozuda España, empeñada en mantener sus tradiciones medievales.

Jorge Basadre Ayulo cuenta que el entusiasmo académico peruano hizo que se intentase enseñar en la Universidad las nuevas doctrinas, pero que enterada la Monarquía, lo frenaba de inmediato, guardando celosamente un derecho antiguo que le aseguraba tranquilidad a la Corona, en tiempos de cambios y revoluciones:

A fines del siglo XVIII empezaron a ser establecidas en las universidades las cátedras de Derecho Natural y de Gentes con el fin de difundir el pensamiento de Grocio y Pufendorf, dejándose de lado el iusnaturalismo. Estas cátedras fueron suprimidas por el emperador Carlos IV por considerarse que encerraban principios revolucionarios, pero esta suspensión no llegó a eliminar el interés por tales estudios. Los principios jurídicos enseñados en las Indias marcaban el compás de España con un atraso en grado extremo ya que en pleno siglo XVIII eran utilizados los textos de los comentaristas del siglo XVI y el sistema de glosas para analizar los textos legales vigentes. En el año 1804, en Francia era introducido el Código Civil de Napoleón Bonaparte, que marcaba un nuevo rumbo en el Derecho, mientras que en España un año después seguía vigente el viejo régimen jurídico recopilatorio conforme al texto de la Novísima Recopilación de 1805 preparada con el mismo molde de la Nueva Recopilación, sin insertar en este texto grandes novedades en muchas disciplinas y materias” (2001: 472-473).

Con todo lo narrado, sabemos que al llegar la independencia, en el Perú se conocía la prescripción, aunque admitida para algunos delitos solamente. Era un instrumento procesal que impedía el inicio del juicio, siempre y cuando el perseguido no hubiese cometido un nuevo delito.

Así ingresó la prescripción a nuestra vida jurídica republicana, como un derecho del imputado, ya que, siguiendo la línea alemana, que nos llegó a través de España, si el imputado cometía una falta, desaparecía la prescripción. Era pues un castigo a su conducta, si durante un plazo determinado no se le iniciaba juicio y él se portaba bien, entonces se le libraba del proceso, caso contrario, se le juzgaría sin importar el plazo transcurrido. Al mismo tiempo, la culminación del plazo era una sanción a la negligencia o desinterés del ofendido, que había recibido el derecho a acusar. A pesar que ya habían sido sancionados los revolucionarios códigos

franceses, sus innovaciones, entre otras las relativas a esta materia, no estaban en nuestro ordenamiento legal por las razones ya explicadas.

El Gobierno independiente del Perú, confirmaría tácitamente estas reglas en el Estatuto Provisional, firmado por el general José de San Martín el 8 de octubre de 1821. Entre otras cosas importantes y entregando el poder judicial a la que llamó Alta Cámara de Justicia, ordenaba que las leyes que debían regir y ser aplicadas por los jueces republicanos, debían ser las españolas que estaban vigentes al momento de la independencia,⁴⁹ con lo cual, las reglas de la prescripción serían las españolas, las que se aplicarían por varios años más, hasta la aparición de legislación peruana en la materia, recién en 1863. Y así, nuestra primera prescripción de la acción penal, que en rigor era prescripción del derecho de acusar, comenzó siendo un híbrido, situación que en concepto de esta tesis, se mantiene hasta la actualidad.⁵⁰

Otro tema interesante para comprender la figura en los primeros años de la República, es entender cómo era el proceso. Tras el Estatuto provisional, San Martín encargó a una comisión de juristas la redacción de un reglamento para el funcionamiento de los tribunales de justicia, en tanto existiese un código en la materia. Este documento, llamado “Reglamento Provisional dado por el Supremo

⁴⁹ Estatuto Provisional de 1821

SECCIÓN ÚLTIMA

Artículo 1º.- Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el Gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este Estatuto, y con los decretos o declaraciones que se expidan por el actual Gobierno.

⁵⁰ “...la recepción del Derecho penal europeo en general, en varios momentos de la codificación penal peruana, desde el siglo XIX y hasta la actualidad, quizás no ha dejado de manifestarse como un simple "desembarco de textos o modelos", es decir sin adaptarse las instituciones extranjeras a las exigencias y limitaciones de nuestro sistema jurídico y de la realidad nacional...” (Caro 2002: 200) En: CARO, Dino. “¿"Superación del pasado a través del derecho penal"? -Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia-”, en Themis, N° 44, Lima, 2002. Págs. 197 a 214, pág. 200.

Delegado del Perú para el régimen de los Tribunales de Justicia en los Departamentos libres ínterin se establece el Código permanente del Estado”, firmado por Bernardo de Torre Tagle el 10 de abril de 1822, dedicó su sección cuarta a fijar el procedimiento en materia penal, diseñando un proceso con un tono claramente adversarial, en donde se establecía que la querrela podía interponerla directamente el ofendido ante el Juez y aunque se reconoce también al Fiscal y hasta al propio Juez la capacidad de iniciar proceso, queda claro que la víctima tenía el derecho a acudir directamente a tribunales a enfrentar a su agresor y solicitar del Estado un castigo.⁵¹ Siendo el supuesto similar al romano del siglo I, la prescripción en sus mismos términos tenía sentido.

Por ello es que ni el Estatuto Provisional ni el Reglamento Provisional contiene disposición alguna sobre la prescripción. Al igual que en los inicios del Imperio romano, la legislación española trataba la prescripción por separado en las normas relativas a los delitos, por tanto, no debía estar en ninguna ley general. Y siendo el mandato del nuevo gobierno que regían las disposiciones de la Colonia, la prescripción debía hallarse en cada una de las normas que tipificaban los delitos para cuyas persecuciones se estableció un plazo prescriptorio. Tales disposiciones, había que buscarlas en las recopilaciones españolas, fundamentalmente en las Leyes de

⁵¹ Reglamento provisional dado por el Supremo delegado para el régimen de los tribunales de justicia, en los departamentos libres, ínterin se establece el código permanente del Estado

SECCIÓN CUARTA

Artículo 97º.- Para consultar con la seguridad individual de los súbditos del Estado en las causas criminales, se interpondrán las querellas por el ofendido o por el Agente Fiscal ante el Juez de Derecho según la diversidad del crimen, y uno y otro firmarán el pedimento. En los pueblos distantes de la capital del partido se interpondrá ante los Alcaldes, Gobernadores y Tenientes.

Artículo 98º.- El querellante prestará el juramento de calumnia y no se admitirá recurso en otra forma.”

Artículo 99º.- Queda abolido todo juicio criminal por anónimos y demandas ocultas. Esto no impide a los jueces que persigan de oficio los crímenes y delincuentes, y actúen el sumario que lo esclarezca.

Indias de 1680, la Nueva Recopilación de Felipe II, la Novísima Recopilación de Carlos IV y sobre todo en la Partida Séptima de Alfonso X.

Desde entonces, comenzó el camino por dotar al país de una legislación propia en materia criminal. Muy temprano, en 1828, Manuel Lorenzo Vidaurre publicó en Boston un proyecto de Código Penal para el Perú, que fue muy aplaudido por los entendidos, pero que no prosperó (Vidaurre 1828). En esta propuesta, planteaba en un artículo la prescripción penal. De manera equivocada sentenciaba que prescribían los crímenes, no la acción ni el derecho a acusar, pero en dato interesante, ordenaba que un acto procesal eliminara la prescripción, al estilo del Código Penal francés.⁵² Importante notar cómo frente a la posibilidad de la interrupción, que ya estaba en diferentes legislaciones del mundo, este pensador peruano seguía la línea original del ordenamiento sustantivo galo, indicando, desde mi punto de vista de manera correcta, que si se produce la acusación, desaparece la posibilidad de la prescripción.

La siguiente aparición de la prescripción en creación local, correspondió a la corta experiencia de la Confederación Peruano-Boliviana. Bajo el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz, rigió el Código Penal boliviano entre enero de 1837 y julio de 1838. Se trata de un cuerpo legislativo confuso, lleno de deficiencias y de tratamiento desordenado. Dedicó a la prescripción un capítulo de seis artículos. Dentro de su ineficiencia, llama a la institución prescripción de las penas y de la satisfacción, refiriéndose con ello a la prescripción de la acción penal y de la acción

⁵² Proyecto Vidaurre

Ley 31^o.- Los crímenes no reiterados prescriben a los tres años: los atracásemos a los diez: la acción civil a los veinte: no hay prescripción, si hubo sumaria por acusación o delación.

por la reparación civil que genera el hecho ilícito. Da una serie de plazos de manera muy enredada, pero en lo que nos interesa, define a la institución como la pérdida del derecho de acusar, con lo que concordaríamos, pero se contradice en otro artículo señalando que todos tienen el derecho de lograr la prescripción.⁵³

Importante es anotar que contempla la figura de la interrupción, con lo que sería el primer antecedente en el país. Considera razones procesales y subjetivas como causas interruptoras, a saber, el inicio del juicio o la comisión de nuevo delito, debiendo el plazo reiniciar desde que cese el procedimiento o desde la comisión del nuevo ilícito.⁵⁴

Con esos antecedentes inmediatos comienza su camino la legislación penal de 1863. La definición del plazo prescriptorio, que no preocupa a este trabajo, es sin embargo un tema para el que basta una decisión de quien define la política criminal

⁵³ Código Penal Santa Cruz 1837

TÍTULO 2°

De las penas

CAPÍTULO V

De la prescripción de las penas y de la satisfacción, y del asilo de los extranjeros en la República.

Artículo 103°.- La prescripción de las penas y de la satisfacción a que son responsables los delincuentes, es la extinción del derecho que concordó la ley para acusarlos o denunciarlos y para exigir de ellos la reparación de los daños que hubieren causado con su delito o culpa. Para los reos ausentes o rebeldes, o para los prófugos la prescripción de las penas es el olvido y perdón de ellas.

Artículo 108°.- Toda persona sin distinción de clase, ni de fuero tiene el derecho de prescribir las penas y la satisfacción, en los términos y con los requisitos prevenidos en este capítulo.

⁵⁴ Código Penal Santa Cruz 1837

TÍTULO 2°

De las penas

CAPÍTULO V

De la prescripción de las penas y de la satisfacción, y del asilo de los extranjeros en la República.

Artículo 105°.- Estos términos son fatales y corren de momento a momento, y se interrumpen: Primero porque en su curso se hubiere intentado la acusación o la denuncia conforme a las leyes: Segundo porque en su curso y antes de haberse cumplido el término respectivo se cometa cualquier delito o culpa. La interrupción de los términos interrumpe también la prescripción de las penas y de la satisfacción; y empezarán a contarse en el primer caso de este artículo, desde que se hubiere abandonado todo procedimiento criminal, y en el segundo desde la fecha del segundo delito o culpa. La demanda civil por la satisfacción no interrumpe la prescripción de las penas.

del Estado. Pero había asuntos teóricos no resueltos y los hay todavía, de hecho, son el corazón de este trabajo. No estaba definida la situación de qué es lo que prescribía, si el derecho a acusar como sostenían las leyes antiguas aún entonces vigentes, o la acción penal como señalaba la legislación francesa, o el delito como glosó el proyecto de Vidaurre o la pena como sentenciaba el Código de Santa Cruz. Tampoco quedaba claro si debía existir la interrupción del plazo prescriptorio, como en el código procesal francés o el de Santa Cruz o en su defecto, los actos procesales dirigidos a la persecución del delito extinguían la prescripción, como en el código sustantivo francés o en el proyecto Vidaurre o en la antigua Roma. Y por supuesto, estaba el tema de si debía o no tener efecto en la prescripción la comisión de nuevo delito.

Así las cosas, comenzó en el país la vieja práctica de formar comisiones congresales, inútiles e ineficientes para la elaboración de códigos. Informa Basadre que en 1853, bajo exigencia del Presidente José Rufino Echenique, el Congreso aprobó una ley formando una comisión para la elaboración de un Código Penal. Poco después, caído el Presidente, el nuevo gobierno encabezado por Ramón Castilla convocó a la llamada Convención Nacional para la dación de lo que sería la Constitución de 1856. La Convención creyó apropiado nombrar otra comisión para que revise la propuesta del Código Penal y redacte uno de Enjuiciamientos Penales en concordancia con el primero. Terminado su trabajo, antes de votarlo, el Congreso aprobó una nueva Constitución en 1860 y entonces, creyó oportuno nombrar una nueva comisión que revise la propuesta del Código de Enjuiciamientos y analice el texto del Código Penal a la luz de la nueva Constitución y las observaciones de la

Corte Suprema. Finalmente, la voluntad de Castilla hizo que los textos se aprobasen en 1862 a pesar de voces discrepantes que querían extender el debate (Basadre 1983: 252-255, tomo IV).

En todos esos años, el tema medular de la discusión política y jurídica giraba alrededor de la pena de muerte, de manera que dudo se haya dedicado demasiado tiempo a los temas referentes a la prescripción ni a pensar demasiado las discordancias profundas que habían a su alrededor. De hecho, a juzgar por las propias palabras de José Simeón Tejada, integrante de la última comisión, las normas parecen haber sido una copia aplicada de la reciente legislación española, este es un fragmento de sus discurso: "...El código español ha servido de una luminosa guía en este trabajo y la comisión juzga propio de su sinceridad rendirle aquí el homenaje debido confesando que, después de meditados estudios, ha creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia..." (Basadre 1983: 254, tomo IV).

El primer Código Penal peruano fue entonces el de 1863. Dedicó a la prescripción la Sección Séptima del Libro Primero (Parte General) bajo el título "De la Prescripción en Materia Penal", con cuatro artículos, de los que dos fueron dedicados a la prescripción que estudiamos.

En este importante texto legal se establecen diferentes plazos prescriptorios, según el tipo de pena impuesta y que el cómputo comienza con la comisión del delito. Y en cuanto a las preguntas planteadas, toma posición. Define que lo que prescribe es el derecho a acusar, manteniéndose leal al derecho antiguo y no

contempla la interrupción del plazo prescriptorio. Finalmente, en cuanto a las inconductas del perseguido, señala que si durante el plazo prescriptorio comete un delito de similar o mayor castigo, la prescripción se elimina.⁵⁵

Este último extremo, sancionar al perseguido por su conducta quitándole la prescripción, abonaría en la tesis (que no comparto) de que la prescripción era considerada un derecho del reo. Por otro lado, la fórmula legal no hace ninguna referencia a efectos de actos procesales o de persecución sobre la prescripción y tal como está redactada, define que producida la acusación, desaparece la prescripción, con lo que cualquier pretensión de que esta opere dentro del juzgamiento carece de sentido. Más aun, acudiendo a otras razones no procesales, las consecuencias legales que acarrearía la comisión de nuevo delito, sería dejar sin efectos la prescripción, no se menciona todavía la interrupción. Estos dos temas, desatarán un importante debate.

La polémica se desata en simultáneo con el nacimiento, pues este Código Penal llegó de la mano del Código de Enjuiciamientos en Materia Penal. El documento adjetivo, contradice el supuesto de la norma material en más de un artículo, por ejemplo, indica en una disposición referente a las pruebas, que se invalida la prueba

⁵⁵ Código Penal Peruano de 1863.

Artículo 95°.- El derecho de acusar prescribe:

Por delitos que merezcan pena de muerte, a los ocho años.

Por delitos que merezcan penitenciaria o cárcel, a los cinco años.

Por los demás delitos en que el ministerio fiscal tiene obligación de acusar, a los tres años.

Por los delitos en que no debe intervenir el ministerio fiscal, a los cien días entre presentes, y al año entre ausentes.

Por las faltas a los treinta días.

Artículo 97°.- El término de la prescripción comienza a contarse: para las acusaciones desde el día que se comete el delito, para las penas desde que se interrumpe su ejecución.

Si antes de vencido el término comete el reo otro delito de la misma especie, o que merezca igual o mayor pena, la prescripción queda sin efecto.

material si no se descubre al responsable dentro del plazo prescriptorio, en clara alusión de que vencido el plazo prescriptorio, ya no tiene sentido la continuación del juicio.⁵⁶ El problema, es que el supuesto nos ubica dentro del proceso, con lo cual, si esto es posible, dentro de las diferentes interpretaciones que se pueda dar al texto, la más racional es que la acción puede prescribir, aunque no lo declare así la norma definidora, durante el juicio. Lo que conlleva otra consecuencia modificadora, si la prescripción se da dentro del proceso, entonces lo que prescribe es la acción penal y ya no el derecho a acusar. Supone un cambio total del panorama.

Este fue probablemente el tema de mayor debate. Terminado el siglo, se publicaron dos importantes obras, donde se puede apreciar precisamente esta polémica. Una es el “Diccionario penal de jurisprudencia y de legislación peruana” de Marco De la Lama (1889) y el otro es la “Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú” de José Viterbo Arias (1900).

Sobre la pregunta central de qué es lo que prescribe, ambos abandonan el viejo concepto de prescripción de la acusación y aunque no utilizan el término de prescripción de la acción penal, aceptado ya por una parte importante de la colectividad jurídica internacional, se le infiere con claridad por la consecuencia de

⁵⁶ Código de enjuiciamientos en materia penal de 1863

LIBRO SEGUNDO

De las diligencias del juicio criminal

SECCIÓN TERCERA

De las diligencias del plenario

TÍTULO II

De las pruebas

Artículo 100º.- La prueba material puede consistir en el mismo cuerpo del delito, en sus vestigios o en los instrumentos con que se cometió. Esta prueba se invalida, si no se descubre al delincuente durante el término de la prescripción.

sus interpretaciones.⁵⁷ Sin embargo, casi de inmediato, el término exacto de prescripción de la acción penal se usó en la Ley del 21 de setiembre de 1901, que modificó sólo en ese extremo el artículo pertinente del Código penal, cambiando la expresión “El derecho de acusar prescribe”, por “La acción penal prescribe”, fórmula que se mantiene hasta hoy y que supuso un cambio profundo en la institución, aunque no se haya analizado en la doctrina la tremenda modificación dogmática que suponía.⁵⁸

Otro tema en el que los tratadistas concuerdan es en cuanto a la existencia de la interrupción, pero es vía interpretación, porque no se encuentra la palabra en el texto de los códigos. Recordemos que para el cambio de siglo, la interrupción es ampliamente aceptada en el mundo, pues ya tenía casi cien años de introducida por Francia y era tratada en diferentes códigos, referentes occidentales, como los de España y Alemania. De hecho, ya se le encuentra en el anteproyecto peruano de 1878.⁵⁹

⁵⁷ “... La prescripción de esta tiene lugar, aun cuando se haya interpuesto la acusación; así se deduce de la ley que declara que la prueba material se invalida, si no se descubre al delincuente durante el término de la prescripción (Art. 100 Cód. Enj. Crim.). La absolución de la instancia deja abierto el juicio durante el término de la prescripción del derecho de acusar (Art. 109 Cód. Enj. Crim.)” (De la Lama 1889: 561).

“... somos del sentir que legalmente se debe contar la prescripción desde la última diligencia del juicio paralizado y computarla según el artículo 95^o” (Viterbo 1900: 537).

⁵⁸ Ley del 21 de setiembre de 1901 (no numerada)

“El Congreso... Considerando

Que es necesario uniformar la jurisprudencia práctica en la parte relativa a la prescripción penal.

Ha dado la ley siguiente:

Artículo único.- Modifíquese el artículo 95 del Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 95°.- La acción penal prescribe:...”

⁵⁹ Código Penal del Perú. Proyecto de Reforma 1878

LIBRO PRIMERO

Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas.

TÍTULO III

De las penas

CAPÍTULO 11

De la extinción de la responsabilidad penal

Discrepan en cuanto al *dies a quo*, ya que De la Lama fundamenta la prescripción en la negligencia del titular del derecho a acusar y como consecuencia de ello, plantea una modificación legislativa para que la prescripción comience a correr desde que el ofendido tiene noticia del delito y del perpetrador, de modo que pueda proceder a ejercer su derecho de acusar⁶⁰(de acuerdo con su idea); mientras Viterbo entra en polémica, defendiendo la posición del código, de contar el plazo desde la comisión del delito.⁶¹

Finalmente, aplaude también Viterbo la disposición del código de eliminar la prescripción cuando el imputado haya cometido nuevo delito, en posición cada vez más popular, que retira la mirada del perseguidor para posarla sobre el perseguido. Una de las razones de que hoy tantos confundan esta institución creyéndola un derecho del investigado, como veremos más adelante.

Artículo 100º.- La responsabilidad penal se extingue:

... 5º.- Por la prescripción del delito...

Artículo 111º.- El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se cometió el delito; y si no fuese conocido entonces desde que se descubra e inicie el juicio para el descubrimiento del hecho y de su autor.

Esta prescripción **se interrumpirá** desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo desde que el referido procedimiento termine sin ser condenado el reo o se paralice por cualquiera otra circunstancia. (el resaltado es mío).

⁶⁰ "... puede preguntarse con justicia si la prescripción de la acción pública puede empezar antes de que el delito sea conocido de la policía administrativa o judicial. Hay delitos cuya existencia no puede ser conocida sino mucho tiempo después del acontecimiento... Al cabo de cierto número de años el delito es reconocido y probado ¿Es justo, ejemplar, útil, que el tiempo solo haya traído la impunidad? Lo es tanto menos a medida que la acción de la justicia ha podido sufrir este atraso únicamente por un exceso de culpabilidad. Creemos, pues, que sería importante no hacer correr la prescripción de la acción pública sino desde el momento mismo en que el delito llegara a conocimiento de la autoridad destinada a ejercerla o a hacerla ejercer" (De la Lama 1889: 558).

⁶¹ "... Ninguna de las legislaciones que estudiamos en este libro, con excepción del Código español reformado de 1870, hace distinción entre los delitos manifiestos y los ocultos para señalar la fecha en que debe comenzar el término de la prescripción: todos lo ponen de hecho en las mismas condiciones; y a nuestro juicio con razón bastante; porque si el lapso del tiempo borra los efectos de un delito de todos conocido, con mayor razón debe bastar para que la justicia social se abstenga de proceder contra el autor de otros, de todos ignorado y cuyas consecuencias no se dejan sentir..." (Viterbo 1900: 539).

Ambos juristas serían convocados en el año 1900, para integrar la Comisión que generaría el anteproyecto de 1900-1902. Desde su promulgación, el código de 1863 evidenció una serie de problemas en su ejecución, lo que unido a la aparición de la reforma del código penal español de 1870, legislación de la cual bebían la mayoría de juristas nacionales, hizo que muy pronto surgiese el empeño por reformarlo. No es en vano que los tres presidentes peruanos de mandato más o menos estable, entre la dación del código y la guerra del Pacífico, firmasen Decretos Supremos nombrando Comisiones reformadoras.⁶² Lo hizo José Balta el 17 de marzo de 1871, sin ningún resultado; Manuel Pardo el 18 de octubre de 1873, cuyo resultado fueron dos proyectos que se entregaron al año siguiente; y Mariano Ignacio Prado el 3 de julio de 1877, cuyo resultado fue el Anteproyecto entregado el 12 de diciembre de 1878, acompañado de una extendida y detallada presentación. Este último texto, mereció especial expectativa, debido a la calidad de sus responsables, el Presidente, Juan Antonio Ribeyro, había sido tres veces Ministro de Estado y Presidente del Consejo de Ministros, tres veces Presidente de la Corte Suprema y estaba ocupando por una década el Rectorado de San Marcos (cargo que ocuparía de 1868 a 1886, el periodo más largo de la Universidad decana de América). Y el Secretario, Ramón Ribeyro, promesa de la vida peruana quien llegó a ser también Ministro de Estado, Presidente de la Corte Suprema y Rector de San Marcos.

Este texto de 1878 proponía cambios decisivos que tomaban posición respecto a algunas de las polémicas de la época sobre la prescripción. La primera es que

⁶² Para repasar los intentos por reformar el Código Penal de 1863, ver: Armanza 2001, Caro 2002 y Hurtado 1979.

indicaba que prescribía el delito, ya no el derecho de acusar como rezaba la norma que recién sería modificada en ese extremo por ley del año de 1901. Con esto se sigue la línea del nuevo Código español de 1870, que abandonando su vieja tradición en este punto, se acercó a la francesa. Inclusive repitió la fórmula usada por la norma modificatoria del código hispano. El cambio no es solamente de terminología, como ya se ha explicado, pues mientras la posibilidad de aplicar la prescripción del derecho a acusar termina con el inicio del juicio, la mal llamada prescripción del delito, entendida en una interpretación teleológica como prescripción de la acción penal, permite que se produzca no solo antes, sino también durante el procedimiento sancionador. Finalmente, en otro aporte significativo, el proyecto determina que la interrupción de la prescripción procede por un acto procesal, que sería cuando el procedimiento se dirija contra el culpable.

Es de suponer que el conflicto bélico con Chile, que comenzó de inmediato, paralizó toda polémica y preocupación jurídica sobre la materia que estamos estudiando. Muchos de los protagonistas de estos debates cambiaron el código por el fusil y el asunto no reapareció hasta años después.

Sin embargo, antes de abandonar el Perú del siglo XIX, es de notar la ausencia total de la figura de la interrupción o al menos de la palabra, en el Código Penal de 1863, incorporada por la doctrina y la jurisprudencia, aunque en forma polémica. Llama la atención porque el debate tenía casi un siglo de existencia en Europa y en la segunda mitad del siglo, generaba encendidas polémicas, que derivarían inclusive, en 1889, en la aparición de la prescripción extraordinaria. Huelga apuntar, que la prescripción extraordinaria tampoco estuvo presente en los comentarios de la

academia peruana decimonónica. Curiosa la ajenidad a este último tema en los libros repasados, considerando que cuando fueron publicados, ya existía la figura y estábamos a muy poco tiempo de incorporarla dentro de nuestra legislación penal. Parecería que no apareció entonces producto de ningún debate. Como veremos, la figura que Europa tardó cien años en construir, con marchas y contramarchas (al margen mis discrepancias), el Perú la haría suya en un abrir y cerrar de ojos, sin mayor discusión.

La preocupación por el ordenamiento penal volvió con el nuevo siglo. Bajo el gobierno de Eduardo López de Romaña, el 27 de enero del año 1900, se nombró una nueva comisión encargada de proveernos de una legislación penal que sustituya a la de 1863. Dos años después, esta comisión produjo lo que se conoce como el Anteproyecto de 1900-1902, que en materia de prescripción, la novedad más importante, fue un artículo en el que se afianzaba la percepción equivocada, de que la prescripción era un derecho del perseguido, obligando al Juez a premiar al imputado si se presentaba antes del final del plazo prescriptorio, disminuyéndole la pena.⁶³En lo que respecta a la interrupción repitió la fórmula del texto de 1878, al igual que en otros extremos. Mantuvo la fórmula de la ley de 1901 que modificando el artículo 95° del Código Penal, definió que lo que prescribía era la acción penal. Para terminar con aquél anteproyecto, interesante es anotar que no incluyó nada parecido a la prescripción extraordinaria, que como hemos visto, ya había sido incluida por Italia

⁶³ Anteproyecto de 1900-1902

Artículo 19°.- Si reo se presentase pasada la mitad del tiempo de prescripción, el juez deberá tener en cuenta dicho lapso para hacer una disminución prudencial de la pena.

en su código de 1889. Sin mayor suceso, el 7 de marzo de 1903 la comisión fue desactivada y su trabajo olvidado.

La prescripción extraordinaria llegó a la normativa peruana años después, de la mano del Doctor Víctor Maúrtua Uribe. Iqueño, nacido en 1865, dos años después de la dación del Código Penal que su futura propuesta iba a reemplazar. Se recibió como abogado en la Universidad de San Marcos en 1890, en consecuencia, durante su formación universitaria se había producido en Europa el debate alrededor de la interrupción de la acción penal y la promulgación del código italiano que dio nacimiento a la prescripción extraordinaria de la acción penal. Poco tiempo después de su graduación, como miembro del Partido Civil, ingresó a la actividad política y periodística. Luego, con el Doctorado en Jurisprudencia, incursionó en la enseñanza como profesor adjunto de Derecho Penal en su casa de estudios, única actividad en su biografía que podría presentarlo como un penalista. La cátedra penal le duró poco, pues el mismo año, en 1900, mientras se formaba una nueva comisión reformadora del Código Penal, a él lo nombraron Cónsul General en México, con lo que inició una carrera diplomática en la que se distinguió como un reputado internacionalista. Los siguientes años lo llevaron por diferentes lugares del planeta en misiones diplomáticas, seguramente absorbiendo novedades jurídicas diversas.

En este punto, tratando de comprender al personaje, el más importante de la historia que interesa a esta tesis, viene bien las definiciones de algunos ilustres intelectuales sobre él. El profesor José Hurtado Pozo sostiene que:

[...] su actividad diplomática en Europa y en América Latina, su aguda inteligencia, su insaciable curiosidad intelectual y su conocimiento de

idiomas extranjeros (francés e italiano con seguridad), le permitieron conocer los dos proyectos de código penal más modernos, por entonces, y a redactar, a su vez, un buen código penal, a pesar que no era un especialista (1987: 49).

Luis Alberto Sánchez por su parte, no solo da testimonio de su inteligencia, sino además de su osadía, un rasgo importante para entender a quien sin ser especialista, acomete una empresa tan grande como la elaboración de un Código Penal y además, novedoso y rupturista de la vieja tradición hispana: “Era locuaz, estudioso, tremendamente osado” (1987: 25). Luis Jiménez de Asúa, tampoco escatima elogios a quien llama “...el inteligentísimo peruano...” (1926: 34).

De regreso al Perú, Maúrtua dictó Filosofía del Derecho e Historia del Derecho peruano, tras lo cual, fue electo diputado por Ica, cargo que ejerció entre 1915 y 1919... y aquí comenzó la gesta del nuevo texto penal peruano.

Comenzando su experiencia parlamentaria, se dio la Ley N° 2101, el 27 de enero de 1915, en virtud de la cual, se nombraba una nueva comisión bi cameral, para redactar los nuevos códigos penal y de procedimientos. Una curiosidad de esta comisión, integrada por cinco Diputados y tres Senadores, de cuyas calidades personales e intelectuales es difícil dudar, pues salvo Maúrtua y Jiménez, todos los demás fueron al menos una vez Presidente de alguna Cámara legislativa, además de otros importantes cargos, es que ninguno era reconocido por sus dotes de penalista. Se distinguía cada uno de ellos por otras cualidades y conocimientos, pero salvo la cátedra que dictó como adjunto Maúrtua en su juventud, no había antecedente destacado en la biografía de los comisionados en esa área del Derecho.

Correspondió al Senador Mariano Cornejo la ponencia del Código de Procedimientos Penales y a Víctor Maúrtua la del código sustantivo. Cumplieron pronto el encargo y así, al año siguiente, en 1916, el Proyecto de Maúrtua estaba listo. El 6 de setiembre de 1917, la Comisión Principal de Legislación de la Cámara de Diputados emitió un dictamen aprobándolo, habilitando a que la Comisión Codificadora del Código de Procedimientos hiciera las enmiendas necesarias para la concordancia de ambos textos y sancionó que entre en vigencia el 18 de marzo de 1818. No ocurrió. Se pasó la fecha sin que el Pleno votase el dictamen e increíblemente, en 1919 se promulgó el de Procedimientos (Jiménez de Asúa 1926: 33).

Mientras estos hechos ocurrían en Perú, en Europa se producía la Gran Guerra, con lo cual, las discusiones académicas no prosperaban demasiado. Pero vaya si habían corrido en años anteriores. Sin embargo, en Suiza, país neutral, el proceso de unificación jurídico penal nacional, comenzado años atrás, continuaba avanzando.

En 1893 Carl Stooss presentó un anteproyecto de Código Penal, que fue base de largos estudios para concluir en el código de 1937, que él no vería. La idea era hacer un código para la realidad helvética, que lograrse la unificación de la legislación nacional, donde se aplicaba en cada Cantón un derecho local. El notable jurista había comenzado trabajo años antes y lo continuaría por muchos más, convirtiéndose cada uno de sus productos parciales, en fuente de información para el mundo jurídico.⁶⁴El

⁶⁴ “Uno de los textos que mayor importancia tiene para nosotros, es el código penal suizo. Desde las postrimerías del siglo pasado, Karl Stooss encaró la unificación de la legislación penal de Suiza, que se hallaba escindida en una legislación federal y una legislación local o cantonal. Más de cuarenta años llevó esta tarea, que culminó en la sanción del código único, que entró en vigencia el 1° de enero de 1942. La tarea

esfuerzo suizo no se detuvo y diversas comisiones trabajaron para perfeccionar la propuesta inicial, elaborando varios documentos, los anteproyectos de 1908, 1915, 1916 y el proyecto de 1918. Cada uno de ellos en rigor, manteniendo las innovaciones importantes de Stooss, quien incorporaría una serie de elementos nuevos a la ciencia penal, lo más valioso, su sistema dualista para la sanción, introduciendo a la par de la pena, una medida de seguridad, no en atención a la culpabilidad sino a la peligrosidad del agente.

Son muchas las características de los proyectos de Stooss que han merecido atención y estudios, pero no está entre ellas su tratamiento de la prescripción de la acción penal, que en novedad para la época, incorpora la prescripción extraordinaria, no como creación propia, sino como copia del Código Penal italiano de 1889, que en rigor, tampoco había generado demasiado estudio sobre el particular.

Una teoría desarrollada por el Juez César San Martín en entrevista personal, es que los suizos introdujeron la prescripción extraordinaria como un factor de regulación del proceso y de eliminación de carga para el Poder Judicial. Considerando el momento en el que estaban, de nacimiento de un derecho unificado, la cantidad de procesos viejos, iniciados bajo las normas cantonales, perturbaría el objetivo unionista y de implantación de la nueva legislación. Entonces, para no tener tantas causas pendientes en un momento en el que necesitaban ser especialmente eficientes y evitar problemas posteriores, habrían decidido incorporar la figura de la

de Stooss había comenzado con una labor comparatista en 1890 e introdujo durante su elaboración las medidas de seguridad, como recurso preventivo diferenciado de la pena. Los sucesivos proyectos que se fueron elaborando en ese dilatado período fueron tomados en cuenta por numerosas legislaciones...” (Zaffaroni 1980: 385).

prescripción extraordinaria, con la que de inmediato, generarían una enorme descarga procesal. Se habría impuesto la figura pensando en el interés de la correcta funcionalidad del aparato estatal y no por una razón de derecho.

Se dice entonces que Maúrtua tomó este modelo de Suiza, separándose así de la tradición española y de la figura alemana. Pero como hemos visto, antes del proyecto de Stooss, se sancionó el código Zanardelli, y siendo la fórmula legal casi exacta, hay dos alternativas: o Stooss importó la novísima figura de Italia y de Suiza la tomó Maúrtua, como es de común aceptación, o el legislador peruano la extrajo directamente de la fuente italiana, como enseña escuetamente, sin mayor explicación, José Hurtado Pozo.⁶⁵

Así que la prescripción extraordinaria llegó al Perú desde Suiza o desde Italia, las nulas referencias al respecto hacen difícil saberlo a ciencia cierta, aunque viendo la cantidad de elementos que el código peruano tomó del italiano, no habría razón para no coincidir con Hurtado en que la fuente de la norma prescriptora peruana fue la original, la de Zanardelli. En todo caso, siendo evidente que el código italiano fue una fuente secundaria, frente a la principal que fue la helvética, haber encontrado la misma norma en la propuesta suiza, tiene que haber convencido al Diputado iqueño sobre su conveniencia.

Repasemos el primer trabajo de Maúrtua, el proyecto de 1916. Al hacerlo, ya debía haber tenido a la vista el Código Penal italiano de 1889, el proyecto original de

⁶⁵ Refiriéndose al Código Penal peruano de 1924, respecto al Código Penal italiano de 1889: "...Se nota, igualmente, la influencia italiana, pero de manera atenuada, en la regulación de las penas de multa (arts. 21 a 24 C.P.; art. 91 C.I.) e inhabilitación (arts. 27 y 28 C.P.; art. 20 C.I.), del desistimiento activo y del delito frustrado (arts. 95 y 97 C.P.; arts. 61 y 62 C.I.) y en la prescripción (arts. 120 a 124 C.P.; arts. 91 a 94 y 96 C.I.)..." (Hurtado 1979: 55).

Stooss de 1893 y el siguiente anteproyecto suizo de 1908. No hay forma de saber si también los de 1915 y 1916, porque no hay testimonio alguno al respecto, en ninguna parte detalla Maúrtua sus fuentes. Pero además, porque es sumamente incierta la fecha de elaboración de cada uno de esos cuerpos legales. Por un lado, el proyecto suizo de 1915 fue publicado en enero de 1917 y el proyecto de 1916, con la única fecha cierta de su introducción, en noviembre de ese año. Por otro lado, tampoco se sabe con exactitud la fecha en que Maúrtua terminó su trabajo, debido a que no está fechado y recién hay noticias ciertas de él en una publicación hecha el 16 de agosto de 1917 por el diario La Prensa, por el debate parlamentario de ese mismo año y por la publicación que hizo la Cámara de Diputados en 1918. El documento periodístico no es igual al texto editado por el Congreso, lo que podría obedecer a que, titulado como documento parlamentario, puede haber sido un borrador previo o la elaboración periodística posterior al debate en la Cámara. En todo caso, hay diversas referencias a que el texto estaba terminado desde fines de 1916.⁶⁶En todo caso, para lo que nos interesa es irrelevante, porque desde su primer proyecto, Stoos presentó la prescripción extraordinaria, tal cual acababa de ser creada en Italia.

En cuanto a los aportes que hizo Maúrtua a la legislación peruana en el campo que estudiamos, en el proyecto de 1916, se interrumpe la prescripción por actos de juzgamiento, pero siempre que el imputado hubiese sido legalmente notificado, lo que ubicaría a la prescripción como un derecho del procesado, pues si lo mirase desde la óptica del ofendido, este conocimiento sería irrelevante. Esta mala percepción de la institución, desde los derechos del acusado, se refuerza con lo que

⁶⁶ Para detalles sobre estas fechas ver Hurtado 1979: 21-22.

prescribía en su artículo 100º, señalando el carácter irrenunciable de la prescripción. Este error común ya lo hemos apuntado, si la prescripción obedece a una inacción del titular de la acción, entonces la institución actúa sobre los derechos o facultades de ese sujeto procesal, siendo indiferente la posición del otro. Es decir, es correcto que el perseguido no puede renunciar a algo que no tiene, pero es innecesario señalarlo, pues abre la posibilidad al debate. Sería como normar que el procesado puede renunciar a la mala actuación de una prueba de cargo.

Volviendo a un tema medular en el presente trabajo, el proyecto de 1916, incorpora la figura de la interrupción de la prescripción por actos de procedimiento. Como se ha expuesto, esta figura ausente en el Código de 1863, era sin embargo aceptada por la doctrina y aplicada en tribunales. Y había aparecido sin discusión en los proyectos de 1878 y 1900-1902.

Pero no solo consagraba la vieja figura de la interrupción, conocida en otras latitudes, sino que incluía también, lo que fue su respuesta internacional, la prescripción extraordinaria de la acción penal, una novedad total en el derecho nacional.

Sin mayor debate previo, sin ningún antecedente conocido, sin ninguna explicación posterior y sin ningún documento informativo, la prescripción extraordinaria hizo su aparición en la escena jurídica nacional. Maúrtua no era un penalista, era un internacionalista, no litigaba, de manera que no conocía de primera mano, ni cómo funcionaba la institución, ni cuáles serían las complicaciones de los jueces. No hay manifestaciones ni estudios de la academia al respecto. Una reforma,

debiera partir de una necesidad social a la que acude el Derecho para su solución. Aparentemente, en este caso, se tomó una norma propia de otro mundo, nacida de una discusión de la que estuvimos ajenos, para instalarla entre nosotros. Es válido cuestionar la importación por parecer la improvisada imitación de una realidad ajena. He aquí otro tema fundamental en el planteamiento del problema de la presente tesis.

Entregado su proyecto, en 1917 Maúrtua demandó al Congreso celeridad para debatirlo, no encontrándose registro en los debates, de ninguna referencia a la prescripción extraordinaria de la acción penal, que era una importante novedad. Ese año, mientras continuaba su labor parlamentaria y defendía su proyecto, se desempeñó como director del diario Excelsior y al año siguiente, como Ministro de Hacienda del Presidente Pardo. Durante ese tiempo, la propuesta de nuevo Código Penal no avanzó, no se debatió, pero seguro él no lo había olvidado. Terminada la guerra en Europa fue enviado en 1919 como Ministro plenipotenciario, primero a Holanda, desde donde se incorporó a la delegación peruana acreditada en las Conferencias de Paz que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial y luego a Suiza, donde asistió a las reuniones inaugurales de la Sociedad de Naciones.

Su presencia en el viejo continente y en particular en Suiza donde seguían los trabajos por un Código Penal moderno, debe haber servido para exponer y a la vez, actualizar sus propuestas. De hecho, el 25 de junio de 1919, encontrándose en París, se debatió su proyecto en la Sociedad de Prisiones. El tema central giró alrededor de su sistema de penas, que copiaba a la propuesta suiza, novedosa y audaz, pero criticada por no parecer suficientemente disuasiva. En esa línea:

[...] se objetó a Maúrtua si podía disponer en el país de los elementos que su delicado e innovador instrumento exigía. Cautó y reservado se mostró Maúrtua en aquella ocasión, como no lo estuvo en el ardor de su polémica en la que se pronunció sobre tantos puntos, criticando entre otros, la interpretación dada a sus reglas sobre prescripción, no dedicando sin embargo ninguna palabra al funcionamiento de la liberación condicional (Zavala 1941: 89).

Es de lamentar que en este punto, Carlos Zavala no nos ofrezca más información, siendo la única referencia que se tiene sobre alguna defensa de Maúrtua a su propuesta sobre la prescripción.

Este nuevo periplo por el viejo continente tiene que haber dotado a Maúrtua, que ya había hecho de la aprobación del proyecto un tema personal, de herramientas nuevas que serían convenientemente usadas en los meses y años siguientes.

Ya se ha referido que en 1919, contra cualquier orden lógico, el Congreso de la República había aprobado el Código de Procedimientos, que entró en vigencia comenzando el año 1920,⁶⁷ sin un nuevo Código Penal, pues el proyecto de Maúrtua, presentado con mucha anticipación, no fue votado. Recién el 27 de diciembre de 1921, el Parlamento volvió a interesarse en el tema y sancionó la ley N° 4460, encargando a una comisión parlamentaria la revisión del proyecto. Los comisionados, en lo que los historiadores consideran un acierto, tuvieron la razonable iniciativa de convocar al propio Víctor Maúrtua para que se integre al grupo de trabajo, siendo a la larga, el principal modificador de su primera propuesta.

⁶⁷ Sobre la fecha, Jorge Basadre Ayulo indica que entró en vigencia el 5 de enero. (Basadre 1993: 35). Mientras Jorge Basadre Grohmann señala que fue promulgado el 18 de marzo (Basadre 1983: 416, tomo IX).

Para realizar esta tarea de mejora, Maúrtua parece haber estado preparado. Su proyecto había sido debatido en la Universidad de París y en la misma ciudad, en la Sociedad General de Prisiones, en este último caso, con especialistas de diferentes países, en diálogos que deben haber enriquecido al autor (Basadre 1983: 417, tomo IX). En su presencia como representante diplomático en la Conferencia de Versalles, logró que revisaran el proyecto otros juristas europeos (Basadre 1993: 35). Jiménez de Asúa ensaya una disculpa a su primera crítica al proyecto, contando que según su pariente Aníbal Maúrtua, la injusta dureza de su juicio apenó al peruano y lo habría llenado de ganas de superación, lo que lo habría llevado a consultar nuevos textos y trabajos que habían aparecido en esos últimos años, para mejorar el suyo (1926: 34).

Dejando de lado la jactanciosa historia que cuenta el maestro español, lo que es cierto es que para la elaboración del producto final, para la incorporación de modificaciones que Jiménez de Asúa llama “una capa de más audaces instituciones” (1926:34), el sagaz diplomático peruano ya contaba entre otros documentos, con los proyectos suizos de 1915, 1916 y hasta el de 1918, además del proyecto positivista del italiano Enrico Ferri, el código argentino de 1921 y el sueco de 1918.⁶⁸

Este trabajo finalmente dio sus frutos. Tras los añadidos de Maúrtua, la comisión hizo algunos añadidos, en nuestro tema, fijando plazo especial para la prescripción de un delito anterior a otro en juzgamiento (Jiménez de Asúa 1926: 34-35) y llevado al pleno del Congreso, fue votado y aprobado, sin debate, a través de la

⁶⁸ El código peruano de 1924 también tuvo influencias menores de los más antiguos códigos uruguayo y holandés.

ley N° 4868 del 10 de enero de 1924, que dispuso su promulgación para el 28 de julio de aquel año (Basadre 1983: 416, tomo IX).

Una primera crítica que habría que hacer a la entrada en vigencia del Código es el nulo debate, periodístico y parlamentario, que le precedió. Entre otras cosas, ello nos impide conocer las razones que habrían existido para la incorporación de la prescripción extraordinaria de la acción penal, de la que además, no se dice nada en la breve exposición de motivos del código, ni siquiera de la interrupción. Es decir, se incorporaban dos figuras fundamentales dentro de la institución de la prescripción de la acción penal y no merecieron ninguna explicación formal. No la hubo.

Es a partir de la construcción histórica, que puede presumirse cómo debe haber entrado la prescripción extraordinaria al radar jurídico de Maúrtua, un internacionalista que aunque inteligente y audaz, no era penalista y sumado a las críticas posteriores, coronadas con la derogación por vía normativa, se puede concluir que el colectivo jurídico peruano no aceptó o no entendió la lógica particularísima de esa nueva figura, cuya incorporación a nuestra realidad resultó ilógica, innecesaria e incoherente. Llegó como un gran avance dogmático, pero nadie la discutió seriamente, simplemente se aceptó. Parece haber sido una aprobación de fe, una consigna, hecha por un Congreso disciplinado, durante el oncenio de Leguía, quien estaba empeñado en construir “la patria nueva”.

El drama está bien retratado por Carlos Caro:

El código Maúrtua incorporó novedosas instituciones penales, principalmente en la parte general, en materia de penas y reglas de imputación. En la misma línea de los proyectos suizos antes citados, se

adoptó la orientación pluralista o ecléctica de la política criminal, entre los extremos de la concepción clásica derivada del modelo del Código Penal italiano de 1889 y los postulados de la escuela positivista expresada en el Proyecto Ferri de 1921. Sin embargo, ello no denota que la reforma penal de 1924 estuviera determinada por un cambio en la concepción jurídica nacional, la recepción de las fuentes extranjeras se redujo casi a la importación de normas foráneas, no fue producto de la evolución interna de la legislación y de las ideas penales existentes en el medio, ni una respuesta adecuada a las condiciones de nuestro país, de allí que para Hurtado el código es comparable con un “mosaico asimétrico elaborado con diversos materiales”, cuyo único factor común se cifra en su procedencia del derecho eurocontinental (Caro 2012: 202).

Fue el caso de la prescripción extraordinaria, importada, prácticamente impuesta, desconocida, ajena y en apenas quince años separada de la legislación nacional por la ley N° 9014, del 23 de noviembre de 1939, fecha a partir de la cual, ingresaría y saldría varias veces hasta la promulgación del Código Penal vigente, de 1991, en que con prácticamente la misma fórmula legal, volvió para quedarse hasta nuestros días.

El Código Penal de 1924 legisló la prescripción penal en el Título XV del Libro Primero, con doce artículos. Lo hizo siguiendo las tendencias más modernas de su época.

En lo referente a la prescripción de la acción penal, la considera como una de las razones para que cese la posibilidad de iniciar acción penal o pronunciar condena

y siguiendo la técnica del código anterior, determina los plazos prescriptorios a partir del tipo de pena de cada delito, aunque eleva considerablemente los plazos.⁶⁹

Hay algunas marcadas diferencias respecto al código que sustituyó. En primer término, sancionando que la prescripción impide la posibilidad de dictar condena, da por establecido que los efectos de ésta alcanzarán inclusive casos ya judicializados, tema que ya había sido zanjado legislativamente en el año 1901, al cambiar en la fórmula la expresión “derecho de acusar” por “acción penal”. Por otro lado, al fijar los plazos prescriptorios no menciona el que correspondería a los delitos castigados con pena de muerte, con lo que quedaba claro, que éstos eran imprescriptibles. La consagración de delitos imprescriptibles, es también otra novedad codificada.

Pero lo más relevante para nuestro trabajo es que aparece no sólo la interrupción de la acción penal por actos procedimentales, sino también la prescripción extraordinaria, en texto muy parecido al actual. En el artículo 121° *in fine* del Código Penal de 1924, está el nacimiento formal de la figura que combató, en la legislación nacional, como clara consecuencia de la interrupción de la acción

⁶⁹ Código Penal Peruano de 1924.

Artículo 118°.- La posibilidad de iniciar acción penal o de pronunciar condena, cesa:

1. Por muerte del imputado;
2. Por amnistía;
3. Por autoridad de la cosa juzgada;
4. Por prescripción;
5. Por renuncia del agraviado en los delitos de acción privada.

Artículo 119°.- La acción penal prescribe:

1. A los veinte años por delitos que merezcan internamiento;
2. A los diez años por delitos que merezcan penitenciaría o relegación;
3. A los cinco años por delitos que merezcan prisión o expatriación;
4. Al año por los demás delitos.

penal: “...Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad.”.⁷⁰

Con respecto a la interrupción de la prescripción, dice que ocurre frente a actos judiciales de instrucción o juzgamiento, es decir, por razones procesales iniciadas por los perseguidores. Sobre la sanción al reo que comete nuevo delito, a diferencia del texto anterior, lo restringe a la reincidencia, lo que habría sido una incorporación posterior al proyecto de 1916 y ya no lo considera causal de eliminación de la prescripción sino simplemente de interrupción del plazo prescriptorio.⁷¹ De esta forma se mantiene la influencia de razones subjetivas sobre la prescripción, lo que solo se entiende desde la perspectiva del justiciable y no del agente estatal.

Pero lo modernísimo, es que tal como lo anunciara en el proyecto de 1916, consagra la figura de la prescripción extraordinaria, en la forma en que existe hasta hoy, cuando el término ordinario de prescripción sobrepase en una mitad. Prescripción extraordinaria poderosa, pues en ese código, superaba inclusive las barreras de la suspensión del plazo.⁷² Esta disposición sin embargo, fue el epicentro de una permanente actividad pendular normativa, rápidamente abrogada, luego restituida, derogada de nuevo y finalmente devuelta por el Decreto Legislativo N°

⁷⁰ Código Penal Peruano de 1924.

Artículo 121°.- La prescripción de la acción se interrumpe por los actos judiciales de instrucción o de juzgamiento. Después de la interrupción comenzará a correr un nuevo plazo de prescripción. Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad.

⁷¹ Código Penal Peruano de 1924.

Artículo 125°.- La prescripción de la acción y de la pena se interrumpen por la reincidencia.

⁷² Código Penal Peruano de 1924.

Artículo 122°.- Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquiera cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que éste quede concluido, **salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior.**

121 el 12 de junio de 1981, que reprodujo el párrafo original tal cual, en fórmula que con ligeros matices de redacción, se mantiene hasta hoy en el artículo 83 *in fine* del código peruano vigente.

Dos últimos aportes de este código. Incorpora el concepto del delito continuo para determinar el *dies a quo* y declara que la prescripción es irrenunciable,⁷³ circunstancia con la que difiere respecto a la legislación actual y que parece importante de resaltar, pues aunque estoy de acuerdo con ello, el solo hecho de positivizar el concepto, comunica al cuerpo social el mensaje de que podríamos estar ante un derecho del imputado, que, en este caso, se le estaría negando.

Volviendo al tema relevante para nuestro trabajo, el código consagra no sólo la interrupción de la prescripción, sino también la prescripción extraordinaria. De hecho las primeras reacciones de los jueces, noticiada por Jiménez de Asúa, ante información del propio Maúrtua, fueron negativas. Y es que tanto ellos como los abogados litigantes y los juristas universitarios, siguieron operando con los conceptos previos, propios de una legislación distinta, heredera de la española. Maúrtua más bien se había alejado de la tradición hispana para seguir la línea helvética y la italiana. El problema de dicho giro, es que con la sola traslación de unas normas no se trasplanta un Derecho, que supone mucho más que el texto de una ley, necesita la asimilación de la realidad jurídica que pretende incorporar y la adaptación al conflicto propio que desea resolver, para lo cual, la existencia de un

⁷³ Código Penal Peruano de 1924.

Artículo 120º.- La prescripción de la acción criminal comenzará a contarse desde el día en que se cometió el delito, o, si este fuese continuo, desde el día en que terminó.

Artículo 129º.- La prescripción es irrenunciable.

problema sin solución en la legislación local, debiera ser el punto de partida. Dos supuestos entonces, entendimiento de la realidad foránea y de su lógica jurídica y presencia de un conflicto nativo irresoluto. Nada de lo anterior aparece informado en este caso, como tampoco hay testimonio de alguna explicación o algún aprendizaje, que dieran contenido a la nueva figura normativa y le permitiesen una correcta interiorización dentro del Derecho nación, ni siquiera en la exposición de motivos del código. Soy de la idea que allí comienzan los problemas para una institución legal, que a punto de no ser comprendida, sufre permanentes cambios, traducidos en marchas y contramarchas legislativas, cosa que en la prescripción extraordinaria peruana, ocurre hasta nuestros días.

Como ya se ha expuesto, la Ley N° 9014, del 23 de noviembre de 1939, introdujo modificaciones significativas, que alteraron absolutamente la propuesta original. Con un carácter severo y favorable a la represión, amplió los plazos prescriptorios, fijó y aumentó los supuestos para la interrupción procesal de la prescripción y, lo más importante, eliminó la prescripción extraordinaria.⁷⁴ Comenzaba así la versión local de lo que he llamado movimiento pendular en cuanto

⁷⁴ Ley No. 9014

Artículo 6°.- Modifíquese el artículo 119 del Código Penal en los términos siguientes:

“La acción penal prescribe:

1. A los 25 años por delitos que merezcan internamiento.
2. A los 15 años por delitos que merezcan penitenciaría o relegación.
3. A los 8 años por delitos que merezcan prisión o expatriación.
4. A los 3 años por los demás delitos.

Cuando la ley castigue un delito con penas alternativas, la prescripción solo podrá computarse en el acto de juzgamiento.”

Artículo 8°.- Modifíquese el artículo 121 del Código Penal, el que quedará en los términos siguientes: “El término de la prescripción de la acción penal se interrumpe por la orden judicial de detención o de citación para la instrucción o el juzgamiento y las diligencias procesales que les sigan.

En los delitos en que no procede la detención el término se interrumpe por la simple interposición de la denuncia.

Después de la interrupción comenzará a correr un nuevo plazo de prescripción...”

a la legislación sobre la prescripción y más puntualmente, sobre la prescripción extraordinaria de la acción penal.

Es verdad que se había sancionado una nueva Constitución, la de 1933 y que los grandes debates penales de aquellos años, continuaban alrededor de la pena de muerte, razón por la que la legislación variaba en un sentido y en otro, pero la afectación a la institución que estudiamos, como consecuencia de lo anterior o como legítima polémica doctrinal independiente, era evidente.

Así, tras la dación de un código con determinadas inclinaciones garantistas, su casi inmediata corrección en sentido contrario, ciertamente más duro y adverso al reo, no fue debido a la imposición de un gobierno que comenzaba, sino a uno que se iba. Un mes antes de la dación de la Ley N° 9014 se habían producido las elecciones para elegir al sucesor de Oscar Benavides, siendo electo Manuel Prado Ugarteche, un civil que tomaría el mando apenas dos semanas después. No tiene mucho sentido que un Gobierno de salida, sancione una norma tan fuerte, si no hubiera una aceptación del entrante. Aceptación que además, no solo parece haber sido del mandatario entrante, sino de un sector importante de la colectividad jurídica y de la sociedad en general, pues dichas correcciones se mantuvieron más de una década.

No obstante lo anterior, el retorno de la prescripción extraordinaria se debió al Gobierno de Manuel Prado y Ugarteche, pero también cuando estaba de salida. El 22 de junio de 1945, es decir, a un mes del final de su mandato, el Congreso de la República vía insistencia, lo que evidencia alguna posición discrepante del Ejecutivo, quien hizo observaciones al texto aprobado a finales de 1944, promulgó la Ley N°

10203. Esta ley derogó los artículos de la Ley N° 9014, que cambiaban el texto de la prescripción de la acción penal y de la pena, devolviendo su vigencia a los artículos originales del código. Es importante reparar en las fechas contenidas en esta norma legal, que evidencian las posiciones encontradas y el movimiento pendular de la legislación en la materia. La norma abrogatoria, fue sancionada por el Congreso el 28 de enero de 1941, es decir, cuando apenas tenía un año de vigencia la ley que había eliminado del código la prescripción extraordinaria. Derogada por un Gobierno de salida, el siguiente, a poco de instalado, la quiso recuperar. Sin embargo al parecer no era clamor unánime pues el Ejecutivo la observó, con lo cual, no pudo ser promulgada y recién el 30 de diciembre de 1944, casi cuatro años más tarde, el Legislativo firmó la insistencia, que supone no aceptar las observaciones del Ejecutivo y ordenar la promulgación tal cual se votó. Tanto tiempo de demora en la insistencia, certificaría la falta de acuerdo alrededor de la institución. Finalmente, el Presidente firmó la ley, como está indicado en uno de sus últimos actos presidenciales.⁷⁵

⁷⁵ Ley N° 10203

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA PERUANA Ha dado la ley siguiente:

Artículo Único.- Deróguese los artículos 6°, 7°, 8°, 9°, 10° y 11° de la Ley N° 9014 quedando vigentes las disposiciones contenidas en el Código Penal.

Deróguese, igualmente, la última parte del artículo 5° de la misma Ley.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para su promulgación.

Dada en la Sala de Sesiones del Congreso, en Lima, a los veintiocho días del mes de enero de mil novecientos cuarenta y uno.

E. Montagne, Presidente del Senado/ Carlos Sayán Álvarez, Presidente de la Cámara de Diputados/ Raúl Pinto, Senador Secretario/ Fernando Luis Castro Agustí, Diputado Secretario.

Al Señor Presidente Constitucional de la República.

Lima, 30 de diciembre de 1944

Señor:

El Congreso en uso de sus facultades y después de haber considerado las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Ley que deroga los artículos 6°, 7°, 8°, 9°, 10° y 11° de la Ley N° 9014 quedando vigentes las disposiciones contenidas en el Código Penal, y que deroga, igualmente, la última parte del artículo 5° de la misma Ley, ha resuelto insistir en ella y, en consecuencia, la devuelve al Ejecutivo, para su promulgación y cumplimiento.

Así las cosas, la prescripción extraordinaria volvió a tener vigencia a mediados de 1945 por poco más de veinte años. El Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, comandado por el General Juan Velasco Alvarado, volvió a eliminarla del firmamento jurídico peruano, a través del Decreto Ley N° 17106. Esta norma, dada a penas al mes del golpe de Estado que instauró el Gobierno dictatorial, tenía como claro objetivo luchar contra la corrupción, endureciendo condiciones para los delitos cometidos por funcionarios de la administración pública y favoreciendo delaciones, pero además, modificando los artículos pertinentes a la prescripción de la acción penal. En estas últimas modificaciones, se incluía la eliminación de la prescripción extraordinaria, al no hacer referencia alguna a ella en la corrección normativa.⁷⁶

Esta nueva modificación duró lo que el Gobierno que le dio origen. Tras la Constitución de 1979, vientos nuevos soplaron sobre la vida nacional y recuperada la

Le comunicamos a Ud. para su conocimiento y demás fines.

Dios guarde a UD.

F. Diez Canseco, Presidente del Senado/ Carlos Sayán Álvarez, Diputado Presidente/ Rómulo Jordán C., Senador Secretario/ J. Teves Lazo, Diputado Secretario.

Al Señor Presidente Constitucional de la República

Lima, 22 de junio de 1945.

Cúmplase, comuníquese, regístrese, publíquese y archívese.

MANUEL PRADO/ Manuel Cisneros.

⁷⁶ Decreto Ley N° 17106

Artículo 2°.- Modifíquese el artículo 119 del Código Penal en los términos siguientes:

“La acción penal prescribe:

1°- A los 25 años por delitos que merezcan internamiento.

2°- A los 20 años por delitos que merezcan penitenciaría o relegación.

3°- A los 10 años por delitos que merezcan prisión o expatriación.

4°- A los 3 años por los demás delitos.

Cuando la ley castigue un delito con penas alternativas, la prescripción solo podrá computarse en el acto de juzgamiento.”

Artículo 3°.- Modifíquese el artículo 121 del Código Penal el que quedará en los términos siguientes:

“El término de la prescripción de la acción penal se interrumpe por la orden judicial de detención o de citación para la instrucción o el juzgamiento y las diligencias procesales que lo sigan.

En los delitos en que no proceda la detención el término se interrumpe por la simple interposición de la denuncia.

Después de la interrupción comenzará a correr un nuevo plazo de prescripción.

Si no pudiera iniciarse o perseguirse la acción penal sino después de autorización especial, o después de resuelta una cuestión prejudicial, quedará en suspenso la prescripción y no volverá a correr sino desde el día en que se dé la autorización o se resuelva la cuestión prejudicial”.

democracia, el Gobierno encabezado por Fernando Belaúnde, entre otras enmiendas legales, devolvió de inmediato la figura de la prescripción extraordinaria de la acción penal. El nuevo Ministro de Justicia, Doctor Felipe Osterling, se puso al frente de un movimiento de ordenamiento, modernización y democratización legal, urgente para adaptarla la normativa nacional a la nueva Constitución, que culminaría con el Código Civil de 1984, pero que iniciaría de inmediato, logrando que el Parlamento delegue facultades legislativas al Ejecutivo, herramienta con la cual, se dio el Decreto Legislativo N° 121, el 12 de junio de 1981.

La norma dada al amparo de las facultades legislativas, construyó una prescripción de la acción penal, con una serie de originalidades: fijó plazo prescriptorio para los delitos castigados con pena de muerte, con lo que eliminó la imprescriptibilidad; mantuvo la técnica de precisar taxativamente los actos procesales que pueden interrumpir la prescripción, donde introdujo los actos del naciente Ministerio Público; y regresó al espíritu de los artículos derogados del código hasta ese entonces vigente, reduciendo los plazos prescriptorios, volviendo en general a los previstos en el código original (aunque los aumentó a la mitad si el agraviado es el Estado) y en lo referente a nuestro tema, reviviendo la figura de la prescripción extraordinaria, con la misma redacción que tuvo en el Código de 1924.⁷⁷

⁷⁷ Decreto Legislativo No. 121.

Art. 2, Modifíquese los artículos 119 y 121 del Código Penal en los siguientes términos:

“Artículo 119º.- La acción penal prescribe:

1. A los veinticinco años por delitos que merezcan pena de muerte.
2. A los veinte años por delitos que merezcan internamiento;
3. A los diez años por delitos que merezcan penitenciaría o relegación;
4. A los cinco años por delitos que merezcan prisión o expatriación;
5. Al año por delitos que merezcan multa o inhabilitación.

El plazo de la prescripción se aumentará en una mitad tratándose de delitos en agravio del Estado.

Estas marchas y contra marchas legislativas, esta manera pendular con que se ha tratado la prescripción en el Perú, no es más que la reproducción de una disputa doctrinal ocurrida a nivel internacional. Aparentemente el Código Penal de 1991 habría detenido esta situación, pues desde el retorno de la figura en 1981, la reprodujo tal cual en su cuerpo normativo y no ha vuelto a ser retirada de la legislación nacional. Sin embargo, como veremos más adelante, el debate y el movimiento pendular ha continuado a través del tratamiento de la interrupción y de la suspensión, trasladándose la disputa también al plano de las fuentes normativas, pues ya no se plasma la opinión dominante solo en leyes, en donde el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 ha aportado a la polémica, sino en jurisprudencia y hasta en los acuerdos plenarios, en donde los Jueces Supremos reunidos, toman acuerdos que difunden como doctrina legal, que resulta de obligatoria observación por todos los jueces para resolver.

Por tal razón el Código Penal de 1991, que toma posición firme respecto a diferentes aristas de la institución, no logró zanjar ni remotamente el problema. Surgido de la necesidad de una realidad violenta y estando pendiente una adaptación estructural a la Constitución de 1979, el Gobierno entrante de Alberto Fujimori debió sentir el apremio de su promulgación y en ella deben haber estado de acuerdo todos,

Cuando la ley castigue un delito con penas alternativas, el plazo para la prescripción solo se computará en el acto de juzgamiento al apreciarse las circunstancias del delito.

Artículo 121. La prescripción de la acción penal se interrumpe:

1. Por denuncia del Ministerio Público;
2. Por dictarse auto de apertura de Instrucción;
3. Por emitirse acusación escrita del Ministerio Público.
4. Por expedirse auto que dispone pasar a juicio oral.
5. Por dictarse resolución señalando fecha y hora para iniciarse el juicio oral;
6. Por interponerse recurso de apelación o de nulidad;
7. Por expedirse orden judicial de citación o de captura.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad.”

pues recibió facultades delegadas de un Congreso adverso, con las cuales se evitó el camino parlamentario y se promulgó, sobre la base de un proyecto de enero de ese año, el 8 de abril de 1991, a través del Decreto Legislativo N° 635.

El Código Penal de 1991, se refiere a la prescripción de la acción penal en ocho artículos.⁷⁸ Con respecto al código anterior, una novedad saltante es la vinculación del plazo prescriptorio con la cuantía de la pena y ya no con el tipo de pena, de acuerdo con corrientes modernas, pero colocando un plazo general máximo de prescripción. Además, fija por primera vez reglas prescriptoras para el concurso de delitos.⁷⁹

Se introduce además elementos subjetivos, al reducir a la mitad los términos prescriptorios en función a la edad del agente,⁸⁰ aumentarlos al doble si se trata de un funcionario público⁸¹ y permitir que el mismo imputado pueda renunciar a la

⁷⁸ Artículos 78°, 80°, 81°, 82°, 83°, 84° y 91°. Además, el código se refiere a ella en conjunto con la prescripción de la pena en los artículos 88° y 88-A°, este último recientemente incorporado por Ley N° 3°838, del 4 de agosto del 2018.

⁷⁹ Código Penal Peruano de 1991.

Artículo 80°.- Plazos de prescripción de la acción penal.

La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica. (artículo modificado por el art. 4 de la ley No. 28117 del 10 de diciembre de 2003).

⁸⁰ Código Penal Peruano de 1991

Artículo 81°.- Reducción de los plazos prescriptorios.

Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún años o más de sesentaicinco años al tiempo de la comisión del hecho punible.

⁸¹ Artículo 80° del Código Penal Peruano de 1991, ya citado.

prescripción.⁸² Esta última incorporación, es la típica decisión que se traduce en la errónea percepción de que la institución es un derecho para el presunto delincuente y ya no una sanción para su perseguidor, como nació en el Perú o al menos una autolimitación del Estado, como venía siendo en la normativa peruana. Ya está apuntado que tal diferencia en la concepción de la figura, es relevante para este trabajo.

El carácter personalísimo de la prescripción, importante también para un análisis posterior, queda fortalecido con la innovación que consagra que el cómputo del plazo prescriptorio, así como sus suspensiones o interrupciones, es personal.⁸³

En lo que respecta a la interrupción, no hay mayor novedad respecto a lo que ya estaba vigente antes. Es decir, se acepta que la prescripción puede interrumpirse por cusas imputables al reo y también por actos procesales, que tal como ya lo consignaba el Decreto Legislativo N° 121, pueden provenir del juez o del Ministerio Público, durante la investigación o abriendo o continuando el proceso. La prescripción de la acción penal, venció definitivamente a la prescripción del derecho a acusar, que reinó a lo largo del siglo XIX en nuestra legislación, con lo cual, la prescripción puede operar inclusive dentro del juicio, cuando ya el titular de la acción penal cumplió largamente con su obligación o facultad de iniciar e inclusive

⁸² Código penal peruano de 1991

Artículo 91°.- Renuncia a la prescripción de la acción

El imputado tiene derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal.

⁸³ Código Penal Peruano de 1991.

Artículo 88°.- Individualización de la prescripción

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible.

continuar el proceso sancionador, con la expectativa de obtener una sentencia sobre el injusto imputado al procesado.

Y finalmente, se mantiene la figura de la prescripción extraordinaria, que el Decreto Legislativo N° 121 había devuelto al ordenamiento jurídico nacional en 1981, en el sentido que toda acción penal prescribirá, si hubo interrupción, cuando el término previsto para la prescripción ordinaria exceda en una mitad.⁸⁴ Lo primero que llama la atención es la continuidad de la fórmula, que al ser casi exacta a la usada en el Código Penal de 1924, lo es del artículo del proyecto suizo y del Código Penal italiano de 1889, del que fue tomado. Ha pasado más de un siglo y Zanardelli con esta disposición vive entre nosotros.

De allí que sea muy importante entender cuál fue el contexto en que esta figura apareció, que por cierto fue muy distinto al cual existía en el Perú cuando la incorporamos. Aquella nació como respuesta a una disputa doctrinal. La nuestra no tuvo justificación alguna y parece basarse en lo que pudo haberle parecido a su importador, un internacionalista que estuvo por aquellos lares, cumpliendo tareas diplomáticas, mientras tenía el encargo de elaborar y luego enmendar una propuesta de código. Hurtado Pozo señala que el Código Penal peruano de 1924, donde entre

⁸⁴ Código Penal Peruano de 1991.

Artículo 83°.- Interrupción de la prescripción de la acción penal.

La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.

otras muchas novedades se incorpora la prescripción extraordinaria, es producto de un conjunto de circunstancias debidas al azar.⁸⁵

Si esto fuese así, tal como el presente repaso histórico parece evidenciar, estaríamos frente a una figura legal importada sin mayor reflexión, que no era necesaria y que ha sobrevivido los últimos cien años en el Perú, con una vigencia intermitente, incorporada y desincorporada de la legislación, aceptada y rechazada, pero en general, incomprendida, razón por la cual, hasta la fecha no termina de acomodarse ni de rendir adecuadamente dentro del diseño político criminal de la Nación y continúa generando polémica.

Dos comentarios para concluir la mirada a la legislación actual en la materia. Primero, apuntar que este código es mucho más minucioso al detallar el inicio del cómputo prescriptorio.⁸⁶ Segundo, con respecto a la suspensión de la acción penal, señalar que el código actual prácticamente reproduce el artículo 122 del código de 1924, pero con la importantísima diferencia de omitir su último párrafo, aquel que

⁸⁵ “El tercer factor es de naturaleza fortuita; mejor dicho, se trata de un conjunto de circunstancias debidas al azar. En el caso peruano, estas circunstancias se dieron en la personal del autor del proyecto: Víctor M. Maúrtua era más bien un diplomático y especialista en Derecho internacional que un penalista... Si el legislador helvético hubiese tan sólo redactado sus proyectos en alemán, la influencia suiza hubiese sido mínima o inexistente. Maúrtua debió tomar conocimiento del Código Penal holandés, mientras fue representante del Perú en la Haya.” (Hurtado 1987: 49).

⁸⁶ Código Penal Peruano de 1991

Artículo 82°.- Inicio de prescripción de la acción penal.

Los plazos de la prescripción de la acción penal comienzan:

1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa;
2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó;
3. En el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y
4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

otorgaba a la prescripción extraordinaria fuerza para avanzar, inclusive habiendo suspensión.⁸⁷ Esto ya no es posible, lo que parece correcto.

Luego por vía jurisprudencial, con acuerdos plenarios de la Corte Suprema y con el Nuevo Código de Procedimientos Penales ha habido importantes cambios en el modelo prescriptorio, que interpretando la suspensión, afectan la dinámica perversa que había entre interrupción y prescripción extraordinaria, pero siendo temas de actualidad, quedará para tratarlo en el capítulo correspondiente.



⁸⁷ Código Penal Peruano de 1991.

Artículo 84°.- Suspensión de la prescripción de la acción.

Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.

2. ENTENDIENDO LA INSTITUCIÓN

Definir la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal es una cuestión de suma importancia para entenderla y aplicarla correctamente. Al respecto se ha escrito mucho pero con frecuencia, esclarecido poco. Parecería un tema sencillo, pero como apunta Claudio Zapata, no lo es: “La prescripción penal con su aparente simpleza, resulta ser uno de los institutos más controvertidos e inasibles, lo que es una circunstancia ampliamente reconocida por los tratadistas” (Zapata 2018: 9-10).

Necesitamos pensar correctamente la institución de la prescripción de la acción penal. Necesitamos pensarla a partir de entender bien su fundamento y a raíz de ese fundamento, fijar con claridad su naturaleza jurídica, porque sólo así podremos entender cuáles de sus muchas modificaciones en el tiempo fueron acordes a su propia naturaleza y cuáles la fueron desnaturalizando. Con paciencia hay que desenredar la madeja, para ordenarla correctamente.

¿Cuál es el fundamento real de la prescripción de la acción penal? Debemos encontrar un fundamento que englobe todas las posibilidades. Pongamos como ejemplo preliminar la autolimitación estatal, fundamento al que algunos autores recurren habitualmente. Según ella, la prescripción sería la forma en que el Estado voluntariamente limita sus capacidad de ejercer perseguir el delito en el tiempo en un intento garantista de disminuir la

desproporción de fuerzas con el imputado. Pero se debe considerar, que la acción penal no la ejerce solamente el Estado, también la ejerce un particular en diferentes casos señalados por la ley. En estos supuestos, la teoría de la autolimitación estatal no funcionaría como fundamento jurídico de la prescripción de la acción penal, pues no sería aplicable para el actor particular que aunque lo impulsa, carece del *ius imperium*. De esta forma, debemos descartar dicha teoría, pues para encontrar el fundamento jurídico de la prescripción de la acción penal, éste debe poder englobar todos los supuestos, especialmente los promovidos por actores privados, pues es precisamente en las querellas donde más se utiliza la prescripción de la acción.⁸⁸

Debemos encontrar entonces un fundamento distinto a la mayoría de los que se repiten desde hace mucho, ya sea materiales o procesales, cada uno de los cuales parece atendible tras una primera lectura, pero que analizados con algún detenimiento, descubren pronto su incapacidad para explicar en su integridad la prescripción de la acción penal, ni abarcar todos los casos. O tal vez podamos explicar alguno de los habitualmente expuestos, pero llenándolo de un contenido explicativo suficiente.

Así, como veremos más adelante, la mayoría de los autores coinciden en que se trata de una institución de naturaleza mixta, porque exponiendo, incluso superficialmente, algunos fundamentos de carácter procesal y otros de carácter sustantivo, aceptan la

⁸⁸ En España existe el acusador particular, pero también existe el acusador popular. Hay allí una dinámica distinta. Creo que estamos de vuelta con respecto a la formulación del proceso que nació con la Revolución Francesa y la Ilustración y que ante la reaparición cada vez más fuerte de la víctima, que había sido desplazada, nos volvemos a encaminar a una lógica acusatoria en donde el sujeto pasivo del delito va a reclamar mayor presencia, si no recuperar el lugar que tuvo en el litigio en los albores de su nacimiento. Pero al margen de esta cuestión, hay que encontrar una coherencia lógica a la prescripción, sea cual fuese el supuesto represivo, pues hoy no la tiene.

capacidad explicativa de diferentes teorías, provenientes de ambos lados y concluyen en que la institución comparte las dos naturalezas.

Una peor versión de los que definen la naturaleza mixta, material o procesal de la institución a partir de alguno de sus elementos analizados con simpleza, es la de quienes aún hoy esgrimen el ligero argumento de que la prescripción de la acción penal es material si se encuentra normada en el código sustantivo o es procesal si lo está en el adjetivo o que es mixta porque se encuentra su regulación en ambos códigos. Cualquier conocedor del derecho sabe que no es infrecuente hallar normas procesales en los códigos penales, o normas sustantivas en el adjetivo. De manera que ese no puede ser un punto de análisis serio.

Para definir la naturaleza de la institución, debemos descubrir primero si se trata de una que afecta lo referido al delito, a su consecuencia jurídica o si más bien apunta a regir algún aspecto de su persecución.

El tema no es menor, pues si estuviésemos ante alguno de los primeros dos supuestos, es decir, si afecta al delito o a su consecuencia jurídica, se trataría de una institución material, ya que de esto versa precisamente dicha materia; en tanto que si estuviésemos ante la tercera hipótesis, sería una institución procesal, pues la persecución del delito se realiza dentro del proceso y siguiendo las reglas de éste. Sin embargo, veremos al analizar a diferentes autores que esta aparente sencilla diferencia, no es de pacífica aceptación y encontraremos así las más dispares teorías.

Por otro lado, para definir su fundamento, conviene también tener claridad sobre cuál es el propósito de la pena, pues si anulamos la acción penal, que es el mandato del código

cuando se cumple el plazo prescriptorio, hacemos imposible la eventual fijación de la pena o de la absolución. Habría que preguntarse entonces ¿por qué es conveniente que desaparezca la acción penal si en el código dice, repitiendo a la doctrina, que cometido un hecho típico, la consecuencia jurídica es la sanción? ¿Por qué algo que era bueno hacer en la teoría, luego resulta mejor no hacerlo si pasa un determinado tiempo? ¿Qué habría cambiado en dicho tiempo?

En realidad, lo que en fondo importa es descubrir cuál es la finalidad del Derecho Penal ¿castigar, restituir, resocializar, prevenir? porque así podremos encontrar una respuesta para la prescripción de la acción penal (y para cualquier otra institución jurídico penal), que engarce a la institución de manera lógica en el sistema, de forma que contribuya a alcanzar los objetivos del mismo y dotar de coherencia sistémica a la disciplina que estudiamos. Como veremos, esta es una pretensión no alcanzada. Si existiese tal coherencia, por ejemplo, en el tema que estudiamos, las definiciones del fundamento de la institución permitirían a diferentes juristas arribar a ciertas conclusiones similares sobre su naturaleza y viceversa. Veremos que no es así y no solo a nivel de doctrinario, sino también legislativo y jurisprudencial, las diferencias son sobre fundamentos, naturaleza y relaciones entre ambas.

Repasando autores, apreciaremos que son muchos los que tratan sobre fundamentos y naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, en algunos casos solo para reproducir explicaciones antiguas, en otros con posiciones innovadoras, algunos sosos o

demasiado simples, otros sumamente interesantes, hay de todo, como señala Eugenio Zaffaroni.⁸⁹

El máximo intérprete de nuestra Constitución no presta gran ayuda al respecto, pues en diferentes textos, hemos encontrado varias razones y de toda índole, para fundamentar la institución, con lo que deberíamos alinear a nuestro Tribunal Constitucional entre quienes sostienen que el fundamento para es múltiple y por tanto, la naturaleza mixta.

De manera que es mejor volver a los autores. Hay quienes comienzan definiendo la naturaleza jurídica de la institución, para desde allí abordar sus fundamentos. Pero hay quienes hacen el ejercicio de mirar primero los fundamentos de la prescripción de la acción penal, para una vez que se acepta uno o más de ellos, alinearse como consecuencia entre quienes piensan que la institución estudiada es material, procesal o mixta.

El profesor español Félix Pedreira defiende esta metodología con vigor (2004), sosteniendo que es la única forma seria de tomar posición, pues solo conociendo el fundamento que le da origen, se puede ubicar la naturaleza de la prescripción de la acción penal, pues sería su lógica consecuencia.⁹⁰ Así, si el fundamento fuera la imposibilidad probatoria, estaríamos ante una institución procesal, pero si fuese por ejemplo el olvido del hecho y por tanto, la imposibilidad de efectuar la prevención general, estaríamos ante una institución material.

⁸⁹ “...La prescripción en el derecho penal es una cuestión que se halla seriamente debatida, puesto que se le han asignado los más dispares fundamentos, tanto a la prescripción de la pena como de la acción, buscándose algunos de ellos en el derecho penal y otros fuera de él...” (Zaffaroni 2000: 881).

⁹⁰ “Para conocer la naturaleza jurídica, hay que saber la razón o razones que fundamentan la institución... si se basa en que debe o no debe tener lugar la pena, o en que debe o no debe tener lugar el proceso...” (Pedreira 2004: 122).

El razonamiento es que si el fundamento de la prescripción de la acción penal reside en alguna circunstancia que altera las consideraciones del delito o la determinación de la pena, pongamos por ejemplo, alguna alteración del tipo o la falta de necesidad de la pena, pues estaríamos frente a una institución de carácter material, que afectaría directamente el núcleo de lo defendido en el principio de legalidad.

Si por el contrario se descubre que la prescripción de la acción penal se origina en alguna circunstancia que altera la realización del proceso, por ejemplo, impide su inicio o dificulta la actividad probatoria, pues estaríamos ante una institución de carácter procesal.

Y si por último, se encuentra que las causas de la prescripción son tanto del primer, como del segundo grupo, es decir, por un lado alteran la determinación del delito y/o de la pena y dificultan la realización del proceso, pues se trataría de una institución de carácter mixto, pues tendría ambas naturalezas.

Pero una vez más, veremos que no es tan simple, porque no son pocos los que ante la aceptación de uno o más fundamentos, defienden una naturaleza jurídica que no corresponde a la que aquí señalamos como lógica consecuencia.

Una última consideración. El asunto de la definición de la naturaleza jurídica no solo atiende a necesidades teóricas, sino también prácticas del Derecho, pues de la definición que se elija, dependerá un tema tan importante como la aplicación de la ley en el tiempo, es decir, si una norma que modifica la prescripción de la acción penal puede aplicarse retroactivamente o no. Este ha sido un argumento muy discutido en sedes judiciales y foros académicos a propósito de las persecuciones internacionales a violadores de derechos

humanos, habiendo disputa alrededor de la aplicación de normas supra nacionales, frente a recursos procesales presentados por las defensas. Abordaremos el tema más adelante.

Al aceptar la metodología de Pedreira, corresponde en este momento del trabajo abocarnos al estudio de los múltiples fundamentos que se han esgrimido, tanto en sede nacional como extranjera, para justificar la existencia de la acción penal. Terminada esta tarea, podremos seguir con el estudio de la naturaleza jurídica de la institución, en la intención de avanzar en el mejor entendimiento de la misma.

2.1 FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

A pesar de todo lo expuesto, hay sin embargo quienes prestan poca atención a los fundamentos doctrinarios de una institución jurídica, pues no encuentran en ello ninguna finalidad práctica.

De hecho así lo advirtió hace años Vincenzo Manzini, a pesar de haber logrado una estupenda esquematización de los fundamentos que él encontró para la prescripción de la acción penal, señalando que una vez que una institución jurídica forma parte de la ley, al operador del derecho poco le importa de dónde vino ni cuál fue la razón de su incorporación (1948). Esta opinión ya la había adelantado Von Feuerbach, precisamente respecto a la prescripción, sosteniendo que a nadie le interesaba por qué se aplicaba, lo que él consideraba un error (1989: 88).

Aunque por diferentes razones, Ramón Ragués i Vallés realiza igual advertencia. Él considera que cuando existe acuerdo en que algo debe ser de

determinada manera, poco importa cuáles son las razones de dicho acuerdo, más aun si fuese unánime. En ese sentido, advierte que con respecto a la conveniencia de la existencia de la prescripción penal, ya sea de la acción o de la pena, casi no hay discusión, con lo cual, existe poco interés por sus fundamentos. Sin embargo, el mismo jurista rebate dicha postura⁹¹.

Más drástico nos parece Von Feuerbach. Señala que la prescripción de la acción penal, es una simple adaptación del derecho civil y por tanto, forzando nuestra interpretación, podríamos alinearlos entre quienes indican que el fundamento de la prescripción de la acción penal es la seguridad jurídica, pues es el fundamento también de la institución civil. Me parece sin embargo, que esta conjetura mía tampoco reflejaría su real pensamiento: "...Lo que pueda decirse de los fundamentos jurídicos de su introducción en el sentido político o material es una conjetura fundada y no probada..." (1989: 88).

Como ya hemos establecido, para nosotros descubrir el fundamento de una institución jurídica es sumamente importante para entenderla a cabalidad. En el caso concreto de nuestro estudio, entender los fundamentos y razón de ser de la institución de la prescripción de la acción penal, puede ayudar a resolver muchos de los problemas de hermenéutica jurídica que hace tiempo nos plantea y que obliga a interpretaciones y reinterpretaciones, inclusive contradictorias, como hemos

⁹¹ "... a tal argumento puede replicarse que conocer el fundamento de una figura legal no sólo es necesario para determinar su razón de ser, sino que también es imprescindible para resolver –sin caer en la arbitrariedad- los concretos problemas interpretativos que en la práctica puede plantear su aplicación" (Ragués i Vallés 2004: 17-18).

apreciado no hace mucho, con el Nuevo Código Procesal Penal y los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de Justicia.

Sostengo, y esta es una de las motivaciones de la tesis, que si tuviésemos claridad y acuerdo sobre los fundamentos de la institución, nos ahorraríamos las marchas y contra marchas que desde hace muchos años damos sobre la materia en el mundo entero y que han tenido en el Perú moderno significativas incongruencias, ya no en el terreno académico, sino, lo que es preocupante por sus consecuencias, en el que genera derecho, a través de normas, doctrinas de obligatoria observancia para los operadores judiciales y jurisprudencia.

Se trata, citando nuevamente a Pedreira, de “una institución con la que todos parecemos estar de acuerdo pero no terminamos de saber por qué” (2004: 123). Y como hemos abordado ya, todos están de acuerdo con ella, sin saber muy bien de dónde vino, cómo ni por qué. Precisamente en esto radica muchas veces el drama del derecho peruano.⁹²

Para poder apreciar de forma correcta el problema planteado y las posibilidades de solución, es oportuno primero, repasar los fundamentos que en diferentes momentos se han dado a la prescripción de la acción penal. Argumentos que ya he adelantado, en su gran mayoría resultan poco eficientes. Los repasaremos sin embargo, recordando a algunos de quienes los han defendido.

⁹² “El impulso hacia la importación mecánica de derecho foráneo se encuentra propiciado por el incipiente desarrollo alcanzado -precisamente debido a su situación socio-económica- en el área de las investigaciones sociológicas y jurídicas, referentes a la realidad delictiva, a las causas de su existencia y a los medios más idóneos para combatirla y controlarla” (Hurtado 1979: 35).

Abordaremos de esta manera teorías clásicas y teorías modernas, conocidas las cuales, podemos arribar a nuestras propias conclusiones. Dentro de las primeras, las más usadas han sido la del olvido del delito, la falta de necesidad de la pena (fundamentalmente por perder su carácter correctivo o intimidatorio) y la dificultad probatoria. Dentro de las segundas está la de la autolimitación del Estado (mayoritariamente por razones de política criminal, aunque también por razones puramente doctrinarias), la de seguridad jurídica y la del derecho a un proceso de duración determinada.

Hay que precisar que no necesariamente un fundamento excluye a otro y bien pueden aceptarse más de uno. Sin embargo, llama la atención que a lo largo de los últimos años en que se ha escrito sobre esta materia, se han esgrimido siempre los mismos fundamentos, repitiéndose, unos más que otros, desde su aparición en las codificaciones europeas de fines del siglo XVIII, a pesar de su poca capacidad para explicar la institución. Este trabajo no será una excepción en cuanto a la enumeración de los mismos fundamentos que se repiten desde hace mucho, pero se hará con el objeto de entenderlos y rebatirlos, con la idea de ir hacia una explicación distinta a las habituales, que cubra todos los supuestos y respete las consideraciones históricas que dieron sentido a su nacimiento, es decir, que explique para qué nació y si todavía puede ser de utilidad.

Algunos argumentos sin embargo han sido abandonados pronto. Es nuestro interés volver a exponerlos, en nuestro afán por encontrar en ellos o contra ellos, hipótesis más rendidoras para explicar la prescripción de la acción penal.

Lo cierto es, como desarrollaremos más adelante, que en la mayoría de los textos repasados, cada una de estas razones son descritas y analizadas sin demasiada profundidad, dándose por sentada su verdad, por presuponerlas lógicas. Como intentaremos demostrar, sin embargo, se trata de explicaciones insuficientes pues entre otros defectos, tal vez el principal, no alcanzan para explicar todas las posibilidades de la prescripción de la acción penal. Cuando esto es detectado por algún autor, el problema se resuelve o señalando que hay excepciones o adjuntando algún otro fundamento que explique la prescripción cubriendo el vacío no cubierto por el fundamento elegido como principal.

Ha sido por lo general, un trabajo poco prolijo. La cantidad de autores que explican la institución a partir de varios fundamentos, es grande e incluye a distinguidos pensadores en materia de Derecho Penal, lo que advierte sobre la poca importancia que se le habría otorgado a este tema. Lo iremos viendo a lo largo de las siguientes páginas, descubriremos a algún autor defendiendo un fundamento y líneas después lo volveremos a encontrar defendiendo otro.

Pasemos a la revisión detallada de estos fundamentos.⁹³

2.1.1. EL OLVIDO DEL HECHO

Esta teoría nos dice que la razón de la prescripción de la acción penal está en que el tiempo transcurrido, hace que se extinga la memoria social del delito, de manera que castigarlo ya no parecería un acto de justicia sino de venganza,

⁹³ En Perú, Alonso Peña Cabrera ya se ha abocado a la tarea de hacer un listado con los fundamentos de la acción penal (2007: 240-241) (2011: 30).

por cuanto “simplemente deja de interesar a la conciencia social” (Quirós 1935: 252, Maurach 1962: 968).

Es un fundamento al que se apelaba años atrás, de los primeros cuando se empezó a explicar los fundamentos de la prescripción de la acción penal. Al repasarlo, parece ineludiblemente unido al argumento de falta de necesidad de la pena, pero hemos preferido mantenerlo separado en este trabajo, primero para hacer notar su antigüedad, pero más importante, para marcar esa sutil diferencia que hay entre ambos.

Quando hablamos de la falta de necesidad de la pena podemos estar invocando diferentes causas para llegar a esa falta de necesidad, una de las cuales puede ser sin duda el olvido del hecho. Pero cuando antiguos tratadistas invocaban el olvido del hecho no tenían en mente la consecuencia de aplicar inconvenientemente una pena, sino la falta de necesidad de actuación del derecho penal, pues ante el olvido, no habría por qué poner en funcionamiento la maquinaria represora del Estado.

No es infrecuente encontrar autores que estableciendo el fundamento de la prescripción de la acción penal en razones materiales, citan ambas a renglón seguido, es decir, el olvido del hecho y la falta de necesidad de la pena, expresando con claridad o haciendo entender que el segundo deviene del primero, con lo cual, ya no serían dos fundamentos diferentes sino uno, la falta de necesidad de la pena, originada por el olvido del hecho.

Este razonamiento lo encontramos ya en el siglo XIX. El maestro italiano Francesco Carrara señala que con el paso del tiempo la gente olvida y el castigo ya no puede servir de ejemplo para los demás, con lo que la pena ya no es necesaria y se justifica la prescripción:

[...] la pena debe conminarse como sanción del precepto [...] y el fin de su aplicación es... restablecer el equilibrio que fue trastornado y devolver la tranquilidad a los ánimos de los ciudadanos, restituyéndoles la opinión de seguridad que quedó vacilante al efectuarse la lesión del derecho [...] la pena debe cesar cuando cesa el fin para cuya consecución había sido legalmente constituida (1976: 64).

En nuestro país, Cornejo, explicando el Código Penal de 1924, detalla los muchos argumentos que en su época alegaban los defensores de la prescripción de la acción penal, coincidiendo uno de ellos con el razonamiento que aquí observamos: "...al transcurso de un tiempo, variable según la gravedad del delito, se amengua el interés social para la represión porque desvanecida la alma que causa una infracción, desaparece la razón política de su sanción. El olvido, que todo lo cubre, sube también al delito..." (1936: 472).⁹⁴

En España, el profesor Luis Rodríguez Ramos, quien piensa que el fundamento de la prescripción de la acción penal es múltiple, basado en explicaciones constitucionales, materiales y procesales, cuando explica los fundamentos sustantivos de la institución señala entre otras cosas lo siguiente:

⁹⁴ Esta no era sin embargo la posición de Cornejo, quien defendía la prescripción de la acción penal, fundamentándola en la falta de necesidad de pena, pero basándose en un elemento subjetivo, que sería la falta de peligrosidad del autor.

“...disminución de la necesidad de pena con el paso del tiempo, al borrarse en la memoria social los hechos y disminuir el interés por la pena...” (2003: 755). Aunque añada otros supuestos para explicar la falta de necesidad de la pena, que trataremos luego en lugar más oportuno, en lo que nos interesa, también une el olvido del hecho a la falta de necesidad de la pena, como dos partes inseparables del mismo fundamento.

Como estos autores citados, hay otros que al evaluar los fundamentos de la prescripción de la acción penal, citan causas múltiples, entre otras, el olvido del hecho y la falta de necesidad de la pena, pero sin el detenimiento de los anteriores (Binder 1993; Cruz 2012).

Caso especial resulta la postura de los profesores alemanes Hans-Heinrich Jeschek y Thomas Weigend, quienes señalan que el fundamento de la prescripción de la acción penal son estos dos, el olvido del hecho y la falta de necesidad de la pena, con lo que explica la institución desde una perspectiva material. Pero a renglón seguido señala que sus efectos son procesales, razón por la cual comparte ambas naturalezas jurídicas (2002: 982). Tema que veremos más adelante.

Aunque más llamativa resulta la posición del peruano Raúl Pariona, quien coincide en que los fundamentos de la prescripción de la acción penal son el

olvido del hecho y la falta de necesidad de la pena, pero considera a la misma de naturaleza puramente procesal (2010: 151).⁹⁵

Dejando así constancia de las posiciones de quienes encuentran esta unidad de acción entre ambos conceptos para fundamentar la prescripción de la acción penal, hemos decidido para esta tesis, mantener separados los dos fundamentos y no unirlos, no solo respetando una línea habitual en trabajos similares precedentes, sino porque existen quienes apelan solo al olvido del hecho o solo a la falta de necesidad de la pena como fundamento suficiente para la prescripción de la acción penal.

Es decir, para quienes alegan el olvido del hecho como fundamento suficiente, no hace falta llegar a la teoría de la pena, sino basta quedarse en la razonabilidad de la utilización del derecho penal como última ratio, o apelar al principio de mínima intervención, para entender que no es necesario utilizarlo cuando la sociedad ha olvidado lo ocurrido. Ante el olvido, la situación sale de los contornos del derecho punitivo.

Ya en 1889 encontramos dicho argumento en una tesis sobre la materia defendida en la Universidad de San Marcos (García 1889) y no es de extrañarse, pues como ya establecimos, el olvido del hecho es de los primeros fundamentos que se utilizó para justificar la institución. El doctorando que suscribió la tesis en referencia, tuvo entre su bibliografía el trabajo de José Viterbo, quien en 1900 escribió, comentando el Código Penal de 1863: "...restituidas las cosas a su

⁹⁵ En este artículo se considera a la institución como una sanción al Estado por su inacción, lo que abona a la tesis defendida en este trabajo.

antiguo ser, por ese movimiento de reintegración espontánea de que está dotado todo organismo, la necesidad desaparece y el derecho se extingue...” (1900: 515). Defiende así la restitución del derecho sin que haga falta la intervención del aparato penal y con ello, justifica la prescripción, aunque en ese entonces era distinta, pues prescribía el derecho a acusar, estamos en épocas anteriores al concepto mismo de acción, como ya hemos visto.

Acercándonos a nuestro tiempo, Alonso Peña Cabrera Freyre, quien cree que es una institución con un fundamento material y otro procesal, indica que el material es que el paso del tiempo hace diluir la alarma social, con lo que entendemos hace referencia al olvido del hecho (2011: 27). Mientras que Pablo Sánchez, tras explicar fundamentos procesales, añade como fundamento el olvido del hecho (2004^a: 357). Similar posición tiene en España Serrano Gómez (1995: 427).

Incluso en el Perú de hoy, podríamos citar una sentencia del Tribunal Constitucional en un proceso de Hábeas Corpus, en donde se explica el fundamento de la prescripción de la acción penal, recurriendo al viejo argumento del olvido del hecho: “...la prescripción...desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el

supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella...”⁹⁶

Según hemos apreciado, quienes defienden este fundamento sostienen que el solo paso del tiempo hace olvidar el delito, lo que hace innecesaria la actuación del derecho penal al no tener nada que repararse ante la sociedad, lo que justificaría la prescripción para dar formal fin al asunto.

Pienso que el argumento no es válido, pues obedece a una concepción superada. Hoy se entiende que es insuficiente por cuanto la razón última del derecho penal, no está en el castigo al culpable, sino en reponer el equilibrio social lastimado por el delito, comunicando a todos que la conducta sancionada es rechazada y lograr así la protección de la sociedad.

Bajo esta perspectiva de prevención general, poco importa si la sociedad recuerda o no la ofensa, importa que no vuelva a ocurrir y se entiende que la sanción es el arma con que cuenta el Estado para asegurarse de ello.

Por otro lado, Ragués i Vallés, quien no acepta los plazos diversos para la prescripción y postula un plazo único pues vincula la extinción a la falta de necesidad de castigar por el paso del tiempo y no a la gravedad del injusto, señala con acierto que la resocialización tácita que supone el argumento del paso del tiempo, no es una regla. Por esta última razón es que concluye en que no puede ser aplicada a todos, pues algunos son más peligrosos que otros. Y frente

⁹⁶ Expediente N.º 0616-2008-HC/TC Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 8 de setiembre de 2008. Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz.

al argumento que dicha prescripción se pierde por la comisión de un nuevo delito, se opone señalando que la reincidencia no modifica la calidad del injusto anterior (Ragués i Vallés 2004: 40).

Un elemento adicional a considerar es la forma subjetiva como se establece el plazo prescriptorio. Ligarlo, como ocurre en la actualidad al plazo máximo de la pena conminada en el Código Penal, adicionalmente a otras pautas normativas, nos pone a muy diferentes plazos, de manera que algunos serán relativamente cortos y otros muy largos. Esta diversidad de plazos no permite establecer con seriedad que el delito haya sido olvidado, pues si bien puede ocurrir esto en plazos muy largos, difícilmente ocurra en plazos cortos, como por ejemplo aquellos que dan origen a las querellas, que es en donde más se recurre a la institución generando impunidad.

Además, si el fundamento jurídico es el olvido del delito, lo que tendría que hacerse es preguntar a la víctima si lo ha olvidado. Difícilmente la respuesta será positiva, con lo cual, el argumento no es correcto.

Estamos entonces frente a un fundamento antiguo, que no rinde lo suficiente ni para abarcar todos los supuestos, ni para justificar la desaparición de la actividad represiva del Estado frente a un hecho punible.

2.1.2. FALTA DE NECESIDAD DE LA PENA

Se dice que si transcurre un tiempo prolongado entre el hecho delictuoso y el proceso, la ejecución tardía de la pena dejaría de ser correctiva para el delincuente y ya no tendría un carácter intimidatorio para los demás, lo que es hasta hoy la función social estelar de la pena. El principal defensor de esta tesis es Francesco Carrara en su Opúsculo XIII (1976: 55-92).

Además, hay quienes sostienen que el tiempo transcurrido suprime la necesidad del castigo y lo convierte en ilegítimo (Manzini 1948: 139, Quirós 1935: 252; Vela 1990: 41). Inmejorablemente expresado por Polaino: "...La necesidad de la sanción penal es, a la vez, fundamento y límite de la pena: se impone una pena en la medida en que la sociedad necesita, como condición de la vida comunitaria, tutelar bienes, prevenir futuros delitos, contribuir a la consecución de un orden de seguridad jurídica, etc.: sólo la pena necesaria es una pena justa" (Polaino 2008: 54).

En el apartado anterior, atendimos a aquellos que justifican la prescripción de la acción penal en la falta de necesidad de la pena, debido al olvido del delito. Ahora atenderemos otras consideraciones que también desembocan en la falta de necesidad de la pena, pero no porque el paso del tiempo haya borrado en el colectivo social la imagen del delito, sino porque el tiempo transcurrido, generó otras consecuencias que hacen inútil la sanción.

No volveremos a tratar aquí entonces las propuestas de Rodríguez Ramos o Jescheck, pero sí dedicaremos hacia el final, líneas adicionales al pensamiento de Carrara, quien se convirtió en el principal defensor de la prescripción de la

acción penal, alegando precisamente que el tiempo destruía la necesidad de la pena.

Un grupo interesante de autores que justifican la prescripción de la acción penal en la falta de necesidad de la pena, postulan por esa misma razón, que algunos delitos no deberían prescribir, pues a pesar del tiempo transcurrido, la pena sigue siendo necesaria, dada la naturaleza y peligrosidad del sujeto activo del delito o, en versión más moderna, la gravedad del acto delictivo, que ha dado nacimiento a la imprescriptibilidad de algunos delitos.

Como vimos en una cita de pie de página anterior, Ángel Cornejo postulaba en 1936, razones puramente subjetivas para justificar la falta de necesidad de la pena y fundamentar en ella la aplicación de la prescripción de la acción penal: "...No puede, pues, atribuirse a la prescripción un valor absoluto y general. Debiera más bien, atenderse a las mismas condiciones subjetivas que se valoran al imponer la pena y no otorgar este beneficio sino a los delincuentes que no constituyen un peligro social." (1936: 473).

Vale decir, frente al mismo delito cometido, frente a la misma conducta típica, antijurídica y culpable y frente al mismo transcurso de tiempo transcurrido, el autor plantea un trato diferente, en función a las condiciones subjetivas de cada imputado. Nos hace pensar de inmediato que esto fue escrito en tiempos en que el derecho penal de autor tenía prestigio y aplausos de importantes sectores de la comunidad jurídica mundial.

Corresponde a un paradigma del pasado. En el siglo XVIII, Cesare Beccaria adelantaba la idea, que era sostenida poco después por Jeremy Bentham. En materia penal, había terminado la era del litigio entre partes y aparecía el Estado como perseguidor y castigador de inconductas que pasaban a ser reprochables por la colectividad y no solo por el ofendido. De esta manera, estos autores consideran que el Estado, titular de la represión, tiene la tarea de combatir y extinguir el crimen y para ello, debe perseguir y castigar sin excepción al peligroso, mientras que al mismo tiempo, tiene la obligación de resocializar al delincuente menor. Así, la prescripción se presenta como una herramienta útil para la plasmación de la política criminal del Estado, de manera que habrá prescripción por falta de necesidad de la pena cuando transcurre el tiempo en delitos menores, pero imprescriptibilidad de la acción para la persecución de delitos graves:

[...] los delitos atroces, de los que persiste larga memoria entre los hombres, una vez que estén probados, no merecen prescripción alguna en favor del reo que se haya sustraído con la fuga; pero los delitos menores y oscuros deben quitar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano, pues la oscuridad en que han quedado envueltos durante largo tiempo los delitos, suprime el ejemplo de impunidad (Beccaria 2006: 33-34).

Aquí para defender la prescripción penal, la mirada está puesta en el delincuente, su poca peligrosidad y/o arrepentimiento y por tanto la falta de necesidad del Estado de reprimirlo. Por eso es que Bentham, también rechaza la prescripción para delitos graves, pero la aplaude para los menores, aunque en

rigor, sería más cercano a su postura señalar que la rechaza para delincuentes graves y la aplaude para delincuentes menores:

[La prescripción debería]... tener lugar sin inconveniente en los delitos de temeridad y de negligencia, delitos que resultan de una falta exenta de mala fe. Después del accidente se ha visto la circunspección del delincuente, y ya no es un hombre temible. Su perdón es un bien para él, y no es un mal para nadie. Se puede también extender la prescripción a los delitos no consumados, a tentativas que han fallado. El delincuente en el intervalo ha sufrido en parte la pena; porque temerla ya es sentirla. Por otra parte se ha abstenido de delitos semejantes; se ha reformado a sí mismo, se ha hecho un miembro útil a la sociedad, y ha recobrado su salud moral sin usar del remedio amargo que la ley le había preparado para curarle. Pero si se tratara de un delito mayor, por ejemplo, de una adquisición fraudulenta, capaz de hacer rico a un hombre, de una poligamia, de un estupro violento, de un robo con fuerza armada, sería odioso, sería funesto, el permitir que pasado un cierto tiempo pudiese la maldad triunfar sobre la inocencia. Fuera de transacciones con malvados de esta clase, y que la espada vengadora de la ley esté siempre suspendida sobre su cabeza. El espectáculo de un delincuente que protegido por las leyes que ha violado, goza en paz del fruto de su delito, es un cebo para los malhechores, un objeto de dolor para los hombres de bien, y un insulto público a la justicia y a la moral (1829: 300).

Con estas diferencias personales, debido a la peligrosidad del imputado, los citados autores fundamentan la conveniencia de la prescripción para delitos menores en la falta de necesidad de la pena.

Ya en tiempos más modernos, hay otros autores que defienden este fundamento, pero no por razones subjetivas como los antiguos, sino más bien objetivas, mirando al hecho injusto y no a su autor. Entre ellos, los hay quienes blanden la falta de necesidad de la pena como el principal o único argumento para explicar la prescripción de la acción penal (Oré 2011: 495; Pagano 2002:

69; Valdivieso 2011: 239; Vinelli 2015: 221), destacando la posición de Ragués i Vallés, quien luego de criticar varios de los fundamentos ofrecidos, éste incluido, termina por aceptarlo: "... la función del derecho penal es contribuir a la preservación de un determinado modelo de sociedad... la sanción de hechos que se perciben ya como una parte del pasado no es necesaria para el mantenimiento del orden social presente." (2004: 47)

Su posición la reafirma criticando al sistema español:

... el juicio sobre si concurre tal necesidad en un hecho concreto se lleva a cabo en dos momentos distintos. En primer lugar se analiza si, respecto de tal hecho, la imposición de una pena puede ser todavía útil para contribuir al mantenimiento de un determinado orden social... Este límite debería fijarse con plazos absolutos de prescripción, similares a los existentes en ordenamientos como el alemán o italiano, no susceptibles de prolongación mediante eventuales actuaciones procesales... En segundo lugar... la posibilidad de prolongar los plazos de prescripción... manifiesta la previsión de que las investigaciones todavía pueden tener éxito... en un sistema como el español, que carece de plazos absolutos de prescripción, plantea el problema de que permite mantener vivos procedimientos por hechos que, a partir de un momento, ya no es necesario castigar por haber perdido toda su actualidad... (2004: 67).

Su compatriota Manuel Cerrada, explora sobre las diferentes circunstancias que podrían explicar la prescripción para cada delito, lo que explicaría la existencia de delitos imprescriptibles, pero reafirma su convicción en que la falta de necesidad de pena es el fundamento más rendidor para explicar el instituto, precisamente por la existencia perturbadora de la imprescriptibilidad:

... es por tanto la falta de la necesidad de pena, por haber transcurrido un tiempo más o menos largo desde la comisión del delito, lo que

determina que tal castigo impuesto por el Estado no vaya a poder cumplir ya con sus fines de prevención general o especial, y en consecuencia que se permita la posibilidad de prescripción del delito. Y, en sentido contrario, cuando se trata de crímenes de mayor gravedad, que no pueden ser olvidados –o se considera que no deberían serlo– o simplemente respecto de los que exista un interés político manifiesto en que puedan ser castigados con independencia del tiempo transcurrido, la necesidad subsistente de imponer una pena –ya se funde ésta en una necesidad real sentida por la población o en una decisión meramente impuesta por el poder–, será lo que justifique la imprescriptibilidad... (2017: 111).

También vale la pena apreciar la posición del chileno Claudio Zapata, pues precisa que la falta de necesidad de la pena es el fundamento por consideraciones prácticas de política criminal: “...es la necesidad del castigo la que finalmente tiende a explicar mejor, aunque no de forma exclusiva, la existencia y función general de la prescripción en el marco del derecho y el proceso penal. La necesidad de la pena está condicionada por los criterios de utilidad y racionalidad de la misma...” (2018: 38).

En sede nacional, podríamos ubicar a la profesora Romy Chang, sosteniendo la tesis de la falta de necesidad de la pena. Ella considera que la prescripción de la acción penal tiene que ser entendida en el marco del modelo de Estado que abrazamos en la actualidad y a partir de allí, comprendiendo que para nosotros la pena tiene un carácter resocializador, entender que si éste objetivo no puede cumplirse, entonces es innecesaria su aplicación y por tanto, se justifica la caída de la acción penal que lo perseguiría:

...A mi parecer, el sustento de la prescripción debe partir necesariamente del modelo de Estado Social y Democrático de

Derecho y del fin resocializador que éste asigna a la pena... Cabe recordar que el Derecho Penal constituye la última ratio, es decir, aquella última instancia de control de las relaciones sociales, por ser la rama del derecho que aplica las sanciones más graves... (2011: 333).

No debe entenderse esta postura como la de una consecuencia a la política criminal del Estado, cosa que ella misma rechaza en su escrito, sino la consecuencia natural de un modelo de Estado, que tiene a la pena como un instrumento de resocialización del reo. Por tanto, si le es imposible cumplir dicho fin, desaparece la necesidad de su imposición. A pesar de ello, cabe hacer aquí el mismo apunte crítico que se hará cuando analicemos las posiciones de quienes consideran que el fundamento es la autolimitación del Estado como consecuencia de una necesidad coyuntural de política criminal y es que en ambos casos, se desconoce la antigüedad de la institución, necesitada por tanto de un fundamento que explique su existencia a través del tiempo y no solo en el momento actual. No basta una explicación práctica, sino una que sea suficientemente rendidora para la construcción de una teoría del Derecho. No existía el Estado Social y Democrático de Derecho y ya existía la prescripción... tiene que ser otra la fundamentación entonces.

Quien por el contrario sí cree que la falta de necesidad de pena tiene motivaciones político criminales es el argentino Julio Maier, quien postula que la prescripción de la acción penal, como las excusas absolutorias "...no eliminan el delito y solo están fundadas en consideraciones político-criminales que tornan innecesaria la imposición de una pena..." (2002: 119).

Hay otro grupo importante de autores, que encuentran que la prescripción de la acción penal tiene una naturaleza mixta, pues comparte fundamentos sustantivos y adjetivos y encuentran en la falta de necesidad de la pena el fundamento material más importante (Calle 1921: 7; Colomer 2008: 587; García Caveró 2012: 723; Hassemer 1984: 303; Mir Puig 2013: 387-414; Quispe 2013: 16; Rodríguez 2003: 755; Villa Stein 2014: 614).

De razonamiento similar es San Martín, con la diferencia que a pesar de reconocer en la falta de necesidad de la pena un fundamento de la institución, se rehúsa a considerarla de naturaleza mixta y sostiene que es procesal: "...Pese a esta doble justificación, radicada en razones tanto de Derecho material como procesal –falta de necesidad de pena y peligro de decisiones erradas como consecuencia de las dificultades probatorias-, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica es del caso considerar que la prescripción está concebida como un impedimento procesal..." (2014: 354). En este trabajo ahondaremos en su pensamiento más adelante.

Curioso es apuntar, cómo con el mismo razonamiento y coincidiendo en los fundamentos jurídicos de la prescripción de la acción penal, Santiago Mir Puig llega sin embargo a una conclusión exactamente inversa a la del juez peruano, concluyendo que a pesar del fundamento procesal, que reconoce "...las dificultades de la prueba que determina el transcurso del tiempo..." (2011: 781), la institución es de naturaleza material. Posición con la que coinciden Luis Bramont Arias y Luis Bramont-Arias Torres (2003: 295).

También es peculiar la opinión de quienes sostienen que el fundamento es la falta de necesidad de la pena, pero considerando que el efecto es la prescripción de la acción, sostienen que es una institución de naturaleza mixta, al tener su fundamento en el derecho material y sus consecuencias en el procesal: “... ligada al principio de necesidad de la pena... afecta directamente a la facultad punitiva del Estado... informa tanto al Derecho Penal sustantivo como al Derecho procesal penal...” (Bustos 2004: 746, tomo II).

Líneas aparte merece Francesco Carrara, quien como ya se estableció, blandió este argumento como justificación jurídica de la existencia de la prescripción, para defenderla cuando la sintió en peligro ante la aparición normativa de la interrupción del plazo prescriptorio.

El maestro italiano veía frente al castigo tardío, la posibilidad de una reacción contraria de la colectividad, al surgir un sentimiento de solidaridad o compasión ante el penado.⁹⁷ Nos recuerda a la posición de Beccaria con respecto a la necesidad de una pena impuesta y cumplida con prontitud.⁹⁸

Si el imputado ha sufrido persecución o ya ha recibido suficiente sanción moral por su delito o la gente ya se olvidó del mismo o cualquier circunstancia parecida, la pena resulta innecesaria para los fines que fue constituida. La falta de necesidad de la pena sería entonces el fundamento jurídico de la institución:

⁹⁷ “... después de un largo periodo de tiempo... resulta presenciando el drama de la pena una generación que no presenció el drama del delito, por ello es evidente que al castigar, en esta condición de ánimos, se despertarán en el público sentimientos de compasión ante el condenado, y vendrá a producirse un efecto totalmente opuesto a aquel para el cual estaba destinado el castigo...” (Carrara 1976: 64).

⁹⁸ “... que no perjudique a la prontitud de la pena, que hemos visto es uno de los principales frenos a los delitos...” (Beccaria 2006: 33).

...la pena debe conminarse como sanción del precepto... y el fin de su aplicación es... restablecer el equilibrio que fue trastornado y devolver la tranquilidad a los ánimos de los ciudadanos, restituyéndoles la opinión de seguridad que quedó vacilante al efectuarse la lesión del derecho... la pena debe cesar cuando cesa el fin para cuya consecución había sido legalmente constituida... (Carrara 1976: 64).

Pensamos incorporar como un apartado diferente, el de quienes consideran la enmienda o sufrimiento del delincuente, como fundamento jurídico para la prescripción de la acción penal (Binder 1993; Serrano 1995; Calle 1921), pero no encontramos sustento suficiente en volumen para tratarlo por separado. Este argumento, en realidad, termina siendo una de las justificaciones posibles del fundamento jurídico que sería la falta de necesidad de la pena, por lo que para él, valdrían los señalamientos realizados en el apartado anterior, con la diferencia de que aquél tiene su razón de ser en la sociedad, la expectativa de sanción que ella pudiese tener y la prevención general, mientras que éste, del sufrimiento del perseguido, tiene que ver con el individuo, la subjetividad del mismo y la prevención especial. Adicionalmente, si la consecuencia jurídica del delito es la pena, no puede ser que la razón para justificar un instituto que elimina el proceso que puede llevar a ella, se base en una simple presunción legal, ya que cumplido el plazo prescriptorio, nada obliga a que el imputado esté arrepentido.

En suma, la falta de necesidad de la pena está frecuentemente ligada a los argumentos anteriores, el del olvido del hecho y el sufrimiento y enmienda del delincuente, razón por lo que no pocos autores los funden en uno sólo.

Considero que estas justificaciones para la prescripción que estudiamos no revisten mayor solidez técnica y parecería más justificable su análisis sociológico que jurídico. Sin embargo, el Derecho, riguroso y técnico, debe ser también un instrumento al servicio de la colectividad. En tal sentido, es un hecho indiscutible la existencia de una extraña reacción social, que suele convertir al victimario en víctima cuando el suceso ofensivo deja de ser reciente y el paso del tiempo lo aleja de la memoria grupal. Frente a esta realidad, frente a este sentir ciudadano, la actuación del derecho penal puede resultar inconveniente y esta es la razón por la que un sector encuentra en la falta de necesidad de la pena, el fundamento jurídico de la prescripción de la acción penal.

No estoy de acuerdo. Para oponernos a estas tesis que pretenden justificar jurídicamente la prescripción de la acción penal, podríamos comenzar con el argumento ya señalado, en el sentido de que la falta de carácter intimidatorio de la pena para los demás, no necesariamente asegura la protección de la sociedad ni la readaptación del delincuente.

Por otro lado, el gran problema de esta tesis es determinar cuándo deja de ser necesaria la pena. Imaginémonos una fecha. ¿Querría decir que un día antes de la fecha la punición es necesaria y un día después ya no? En este punto, compartimos plenamente la observación de Sánchez Mercado: "...El injusto no puede desaparecer de un día para otro. Un día antes se puede condenar a cadena perpetua y al siguiente no. La necesidad de pena no puede dar saltos tan bruscos..." (2010: 484).

Roxín por su parte, sustentando la naturaleza procesal de la prescripción, apunta que la falta de merecimiento de pena no tiene nada que ver con el hecho, lo que me lleva a pensar sobre qué es lo que debería ocurrir si a pesar de transcurrido el plazo prescriptorio, las particularidades del hecho o del sujeto hacen que siga vivo el injusto y por tanto sea necesaria la pena. En ese caso, siendo obligación normativa para cualquier operador del derecho acatar y de ser el caso, aplicar la prescripción, quedaría claro que el fundamento no sería la falta de necesidad de la pena. Se trata pues, de otro argumento insuficiente para explicar la existencia de la prescripción de la acción penal.

Además, no son pocos quienes piensan que la pena es el mecanismo que la sociedad tiene para reafirmar el Derecho violentado. Pensadores como Kant o Hegel así lo han sostenido y en el mundo jurídico moderno, es uno de los pilares del pensamiento del alemán Günter Jackobs: “...La pena marginaliza el significado del hecho. En cuanto marginalización de un contraproyecto ejecutado, también la pena debe ser ejecutada...” (1998: 34).

Es decir, siguiendo la tesis jackobsiana, violentada la norma, el solo paso del tiempo no eliminaría la necesidad de restituir la normalidad jurídica y eso ocurriría solo con la aplicación de la sanción, prevista en la misma norma. En palabras de Daniel Pastor: “... el castigo de un hecho punible y perseguible, por tardío que sea, siempre será un acto estatal de reafirmación de la vigencia del derecho...” (1993: 30).

Para terminar este punto, Carrara basa su posición de fundamentar la institución en la falta de necesidad de la pena, porque rechaza el castigo tardío. Sostiene que una pena que tarda en llegar, no tiene ninguna posibilidad de éxito ni en términos de prevención particular, ni en términos de prevención general. Ya no corrige al autor ni enseña a terceros que olvidaron o no conocieron del injusto. Pero en rigor, quienes así piensan, atacan la pena, no la acción penal. Sostienen la inconveniencia del castigo, no necesariamente del proceso y por tanto, la razón no debería esgrimirse contra la prescripción de la acción penal, sino contra la prescripción de la pena.

Un apunte final al respecto, es bueno tener claro que no necesariamente el ejercicio de la acción, termina en ejecución de pena.

2.1.3. SEGURIDAD JURÍDICA

Según esta teoría, el fundamento de la prescripción penal sería la seguridad jurídica, es decir, por un lado, la garantía que todos los ciudadanos deben tener sobre los límites persecutorios del Estado y la tranquilidad que da saber cuáles son éstos y sobre ello poder prevenir o asumir consecuencias. Por otro, la necesidad de terminar con la incertidumbre social generada ante la indefinición de la situación de un imputado al transcurrir un tiempo prolongado.

En el fondo, aunque algunos autores así lo señalan expresamente y otros no, este fundamento termina siendo la consecuencia natural de otros aquí expuestos, es decir, se trata de un solo andamiaje lógico jurídico. El paso del

tiempo, debilitaría la posibilidad probatoria, disminuiría la potencialidad intimidadora o correctiva de la sanción y haría que se olvide el injusto. De esta forma, el orden social dañado por el hecho punible, quedaría restituido por el transcurrir de los años. Frente a este supuesto, extinguida en la práctica la memoria del injusto y la posibilidad procesal de su reconstrucción, la pena aparece como innecesaria y sin embargo, siendo la norma penal de obligatorio cumplimiento, en cualquier momento podría imponerse, si no existiese algún recurso jurídico para impedirlo. De allí nacería la necesidad de la institución que estudiamos y este sería su fundamento: los ciudadanos deben tener la certeza de que la intervención penal del Estado, la más violenta que es capaz de ejercerse legalmente contra los ciudadanos, sólo será usada en casos necesarios y que ante los supuestos de falta de necesidad por el paso del tiempo, no sería posible emplearla, siendo el instrumento que viabiliza esto y le da forma jurídica la prescripción de la acción penal. De esta forma, la ciudadanía gozaría de seguridad jurídica. Este sería el fundamento de la institución.

Según esta mirada, el fundamento en estudio es uno que deriva de otros y termina siendo su consecuencia. El propio Carrara, varias veces ya citado, firmó

esta posición⁹⁹. También lo hizo en Perú, Alonso Peña Cabrera¹⁰⁰ y más recientemente Kelin Quispe¹⁰¹ y en obra conjunta, Cárdenas y Villegas.¹⁰²

Otros fundamentan la prescripción de la acción penal en la seguridad jurídica desde el prisma de los derechos humanos. Así, Félix Pedreira explica que la institución se fundamenta en la exigencia de certeza y seguridad jurídica, pues razones de política constitucional, hacen contrario a la dignidad humana tener a alguien en zozobra por una probable persecución (2004: 147-156).

Argumento similar parecería abrazar Santiago Mir Puig, quien luego de explicar que para él es una institución fundamentada en la falta de necesidad de la pena, que sería el fundamento material y en las dificultades para la prueba que sería un fundamento procesal que no altera la naturaleza material de la institución, añade: "...en ésta puede también jugar un papel la consideración de las expectativas que crea en el sujeto la falta de persecución del hecho durante un determinado plazo..." (2011: 781). Esas expectativas creadas en el sujeto, que nos servirán para explicar una de nuestras ideas centrales, sobre la confusión que se ha creado alrededor de esta institución, no sería sin embargo otra cosa que la

⁹⁹ "...la pena debe conminarse como sanción del precepto... y el fin de su aplicación es... restablecer el equilibrio que fue trastornado y devolver la tranquilidad a los ánimos de los ciudadanos, restituyéndoles la opinión de seguridad que quedó vacilante al efectuarse la lesión del derecho... la pena debe cesar cuando cesa el fin para cuya consecución había sido legalmente constituida" (Carrara 1976: 64).

¹⁰⁰ "... hace diluir la alarma social... y... dificulta la actividad probatoria... lo que a la postre, tiende a afectar la seguridad jurídica..." (Peña Cabrera 2011: 67).

¹⁰¹ Señalando dos fundamentos típicos en su artículo: "... se sustenta en la falta de necesidad de pena por el lapso del tiempo (criterio material) y en que el paso del tiempo ofrece dificultades probatorias que aumenta el riesgo de un error judicial (criterio procesal)", remata señalando como consecuencia de lo expuesto la realización de la autolimitación del Estado y de la seguridad jurídica. (Quispe 2013: 16).

¹⁰² Tras referirse a la falta de necesidad de la pena y a las dificultades probatorias, concluyen: "... todo ello coadyuvará a una mayor seguridad jurídica, por lo que el fundamento último de la prescripción reside en la seguridad jurídica..." (Cárdenas y Villegas 2013: 124).

necesidad de seguridad jurídica que todos reclaman en la sociedad, incluyendo los delincuentes.

Hay también quienes explican que la seguridad jurídica es fundamento de la prescripción de la acción penal, simplemente por razones de política criminal. Con esos argumentos podemos citar a Francisco Muñoz Conde y Mercedes García¹⁰³ y en el Perú, a Domingo García Rada¹⁰⁴ y Víctor Prado Saldarriaga¹⁰⁵.

No son por supuesto los únicos autores que acuden a la seguridad jurídica para fundamentar la existencia de la prescripción de la acción penal. Sin gran explicación adicional, también la invocan, entre otros, los españoles Luis Rodríguez Ramos (2003) y Vicente Martínez Prado (2011), el argentino Francesco Pagano (2002) y los locales Jorge Rosas Yactayo (2005), José Luis Castillo Alva (2008), Marco De la Cruz (2003), Manuel Frisancho (2013), José Burgos (2011), Renzo Vinelli (2015) y Daniel Pisfil (2015).

Tampoco parece ésta ser una tesis suficiente para justificar y dar fundamento a la prescripción de la acción penal. Si la idea es que se busca dar seguridad jurídica con su aplicación, la sola diferencia de plazos prescriptorios que existe, anula esta ambición.

¹⁰³ “...es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos. Su fundamentación radica, pues, más en razones de seguridad jurídica, que en consideraciones de estricta Justicia material. Se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo, una vez que transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito...” (Muñoz Conde y García 2010: 404).

¹⁰⁴ Quien tras condenar la incertidumbre jurídica señala: “...el fundamento de la prescripción reside en el Derecho Positivo... Es la legislación de cada país la que ha creado esta ficción jurídica estableciendo que el transcurso del tiempo libera al autor de un delito...” (García Rada 2008: 68).

¹⁰⁵ “... el fundamento esencial de la prescripción responde a una necesidad político criminal de controlar el ius puniendi a partir de su ejercicio temporal razonable y a favor de la seguridad jurídica de los ciudadanos” (Prado 2009: 172).

En efecto, vemos en la actualidad que los plazos de prescripción tienen directa relación con la pena conminada, lo que hace que de delito a delito, el tiempo que deba transcurrir sea muy variado. El problema aumenta, pues somos testigos de la manera como las penas son permanentemente cambiadas por el Congreso de la República, sobre todo ahora que la demanda por la sobre penalización es creciente. De esta forma, es común que de un día para otro cambien las penas para diferentes delitos, lo que hace muy difícil para el ciudadano de a pie, saber cuáles son las penas conminadas y por tanto, cuáles los plazos prescriptorios.

Si a eso añadimos las diferentes consideraciones legales que hay para variar tiempos para la sanción, en razón de la persona (por ejemplo la edad del agente activo) o de la gravedad del delito, configuramos un panorama en donde la certeza sobre cuál es el plazo prescriptorio en un caso concreto es muy difícil y con ello, es imposible lograr seguridad jurídica.

Por otro lado, si este argumento fuese válido, la imprescriptibilidad de determinados delitos, haría inexistente la seguridad jurídica en esos casos pues siguiendo tales reflexiones, nunca pararía la persecución, fuente de la inseguridad. Concepto errado de la seguridad jurídica.

Más bien acierta en ese extremo Manuel Cerrada, quien postula que para efectos de la seguridad jurídica, sirven igual los distintos plazos prescriptorios y la imprescriptibilidad, pues de los que trata, no es de que el realizador del ilícito tenga una fecha cierta del fin de su persecución, sino de que la colectividad sepa

a qué atenerse, sea que prescriba en un tiempo corto, largo o no prescriba nunca y remata: tanta certeza y seguridad aporta que el delito prescriba como que no. “... Es más, se mire como se mire, lo que mayor certeza aporta es la imprescriptibilidad, que asegura que en todo caso el crimen podrá ser perseguido mientras su autor viva...” (2017: 111).

Temas como este y otros vinculados a la lesividad de la conducta, analizan Sánchez Mercado (2010: 485) y Ramón Ragués i Vallés (2004: 28-29) para oponerse a considerar la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción de la acción penal.

Así, en los hechos concretos, debido a la incierta y cambiante aplicación de la prescripción de la acción penal, la inseguridad jurídica puede ser aún mayor, de manera que el argumento no rinde para explicar la prescripción. Pensamos por ejemplo en casos donde frente al mismo hecho delictivo, dos coautores reciban trato distinto debido a la prescripción. Esto ocurriría, por ejemplo, si uno de los coautores fugase y lograra mantener su anonimato, mientras el otro es capturado. Así, se abriría proceso solo contra uno y no contra el otro, pues ni siquiera existiría noticia de su participación. Con el paso del tiempo prescriptorio, mientras el procesado puede haber sido ya condenado, el fugado puede retornar, confesar y alegar para él la prescripción de la acción. Más aun, podría alegar la prescripción y ver cómo continúa el proceso hasta llegar a una eventual condena para su compañero, a quien se le habría interrumpido el plazo prescriptorio en función al proceso abierto. Es decir, uno formalmente impune y el otro

soportando la represión estatal sin poder alegar el mismo trato que a su compañero de fechorías.

La diferencia de trato que plantea el ejemplo, elimina la posibilidad de basar la prescripción de la acción penal en la seguridad jurídica, pues ésta no puede justificar tratos distintos, menos cuando en el ejemplo se plantea un desequilibrio a favor del más hábil para el delito o de quien siendo más pudiente puede acceder a comprar su anonimato. En este caso, la ley premia al mejor delincuente, a quien tiene mayor capacidad de eludir a los órganos represivos del Estado, lo que siendo legal, es contrario a la seguridad jurídica, que consiste precisamente a ser capaces de prever lo que ocurrirá y no depender de factores subjetivos y además, contrarios al derecho.

No hay pues seguridad jurídica que se garantice con la prescripción. En todo caso, siendo la seguridad jurídica un bien jurídico individual, es también en su dimensión social un bien jurídico colectivo, que como tal, se ve afectado ante la desigualdad subjetiva de la ley. Las diferencias que impone la realidad no deben afectar la visión ideal del derecho, que debe velar por la igualdad de todos ante la ley.

Tanta certeza y seguridad aporta que el delito prescriba como que no. Es más, se mire como se mire, lo que mayor certeza aporta es la imprescriptibilidad, que asegura que en todo caso el crimen podrá ser perseguido mientras su autor viva. Fundar la posibilidad de prescripción del delito en la necesidad de certeza sólo sirve para poner en un plano de igualdad al delincuente y al Estado que debe

castigarlo. Esa igualdad de partes, propia del Derecho civil, de carácter privado y fundada en la siquiera pretendida equivalencia de las contraprestaciones objeto de las obligaciones civiles, es inadmisibles en el Derecho penal, donde ha de tenerse presente que el Estado se encuentra en una situación legítima y el delincuente (sin perjuicio de que su culpabilidad haya de ser probada tras el debido proceso en que se respete la garantía procesal de la presunción de su inocencia) en una situación ilegítima.

2.1.4. DIFICULTAD PROBATORIA

Dejamos de lado los fundamentos que justificaban una prescripción de la acción penal de naturaleza material, para mirar aquellos más recurridos para entenderla desde la perspectiva procesal.

Sostienen los defensores de esta tesis, que el paso del tiempo atenta contra la comprobación de la verdad sobre los hechos al aumentar la dificultad en la actividad probatoria y por tanto, hacer difícil la determinación de culpabilidad del investigado, pues aunque el paso del tiempo tiene una influencia extrínseca al proceso en sí, debilita el rigor de la persecución cuanto mayor es el plazo transcurrido.

Por un lado, las pruebas basadas en testimonios, se apoyan en la capacidad de memoria de los sujetos, la cual, como es sabido, se debilita con el paso del tiempo, entorpeciendo el recuerdo exacto de sucesos apreciados mucho tiempo atrás. Por otro lado, las pruebas materiales, suelen deteriorarse o perderse por el

paso del tiempo. En suma, la actividad probatoria, esencial en el proceso, debido a la extinción o modificación de los elementos de convicción personales y reales, pierde fuerza, decae y hace inútil el esfuerzo procesal.

Claudio Zapata, citando al brasileño Jorge Santos, indica que este argumento se remonta hasta el año de 1685, con la publicación de la obra “*De bigamie praescriptionis*” del jurista alemán Christian Thomasius (2018: 25). El dato es interesante, pues siendo nuestra idea que la institución nació con un carácter netamente procesal, aunque con un fundamento jurídico distinto al que analizamos en éste acápite, durante el medioevo fue variando su razonabilidad para ubicarlo como una institución sustantiva a partir de fundamentos distintos, para luego retomar su naturaleza procesal de la mano de otro argumento.

Cuando nos referimos al poder destructor que tiene el paso del tiempo con respecto a la actividad probatoria, no sólo se enfoca esto desde la perspectiva del perseguidor, quien debido a ello podría provocar un error judicial debido a la falta de certeza jurídica. Y es que también hay quienes lo han enfocado desde el punto de vista del perseguido, pues por la misma razón, de la destrucción o deterioro del material probatorio, puede ver seriamente afectado su derecho a defensa, debido a la dificultad para reunir pruebas de descargo.

Este último argumento, contrariamente a lo que pudiera pensarse ha tenido defensores desde mucho tiempo atrás. Efectivamente, explicar la prescripción penal, desde la dificultad probatoria, como una afectación al derecho a defensa del perseguido, tiene un invencible tinte garantista, más propio de tiempos

modernos. Sin embargo, ya en el siglo XVIII, Gaetano Filangieri sustentaba así esta posición: “No hay cosa más difícil que defenderse de una acusación cuando se intenta muchos años después del delito. El tiempo, que borró de la memoria las circunstancias que le acompañaron, priva al acusado de los medios de justificarse, y ofrece al calumniador astuto un velo para cubrir sus meditaciones imposturas...” (1882: 442, tomo IV).

Inclusive antes, aunque no por la misma razón, pero sí en el mismo sentido, Carrara sostenía que la prescripción defiende principalmente al inocente (1976: 55-92). La razón es que pasado el tiempo, el inocente carece de memoria de lo que pudo hacer en los tiempos de cometido el crimen, pues él no lo cometió y ante tal desventura, la prescripción acudiría en su defensa para evitar la injusticia de una mala defensa por el transcurso del tiempo. La lógica es la misma y permite fundamentar la prescripción de la acción penal, en la dificultad probatoria, pero desde la perspectiva del imputado y no del titular de la acción.

Cualquiera sea la perspectiva, la del perseguidor o la del perseguido, lo cierto es que este fundamento se basa en la dificultad de probar los hechos que genera el paso del tiempo. Era la tesis de Karl Binding, quien sostenía que el paso del tiempo impedía juzgar con certidumbre y antes la de Cesare Beccaria, quien solicitaba un plazo legal para la recolección de pruebas por ambas partes y que concluido dicho plazo sin éxito, debía presumirse que las pruebas no existían o era imposible hallarlas (Beccaria 2006: 33-35).

Además de los citados, en sede nacional podemos encontrar a entusiastas defensores de esta postura. Por citar antiguos y modernos, ya en 1935, podemos encontrar el trabajo de Francisco Quirós (1935: 245-258), quien aunque menciona el olvido del hecho, carga todo el peso del fundamento sobre la dificultad probatoria y después del milenio, trabajos como los de Reiner Chocano (2006) o Salvador Herencia, quien resume bien esta posición: “El fundamento de esta medida es que el paso del tiempo dificulta la investigación así como la recolección de pruebas y testimonios” (2005: 40).

Por otro lado, la mayoría de quienes encuentran en la dificultad probatoria una fundamentación jurídica para la existencia de la prescripción de la acción penal, la acompañan de otro fundamento, de carácter sustantivo, usualmente la falta de necesidad de pena, con lo que convierten a la institución en una de carácter mixto como veremos más adelante. Es decir, según este criterio, los fundamentos serían los dos.

Esta tesis la podemos encontrar antes y ahora, en el Perú y en el extranjero. En nuestro país ya hemos hecho referencia al aporte de Juan José Calle, quien al argumento material de la falta de necesidad de pena, añadía el del sufrimiento del imputado y a ambos, sumaba el fundamento procesal que aquí estudiamos (1921: 7).

También es antiguo el aporte de Hans Welzel, quien hallaba los fundamentos de la prescripción penal en la falta de interés estatal y la dificultad probatoria (1987: 357).

Y así, siempre podemos encontrar con ligeras variantes defensores de esta posición pluri justificante, como el alemán Winfried Hassemer: "...La consideración como una u otra figura depende de si (desde el punto de vista jurídico material) se argumenta con la anulación de la necesidad de pena tras el paso del tiempo, o (desde el punto de vista jurídico procesal) con razones derivadas de las dificultades probatorias y por ello, al mismo tiempo, con que aumente el peligro de error judicial..." (1984: 303); el peruano Percy García Caveró: "...La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la acción penal que se sustenta en la falta de necesidad de pena por el paso del tiempo (criterio material) y en que el paso del tiempo ofrece dificultades probatorias que aumenta el riesgo de un error judicial (criterio procesal)..." (García Caveró 2008: 723); o el mexicano Ignacio Colomer: "...el plazo del tiempo hace más difícil la prueba de los hechos delictivos (fundamento procesal) y la posibilidad de imposición de la pena (fundamento material)..." (2008: 587).

Se trata tal vez de la posición más repetida y aceptada por la doctrina universal a lo largo de los últimos años. Sin embargo, es interesante descubrir que al aceptar como fundamentos jurídicos de la prescripción de la acción penal la falta de necesidad de la pena y la dificultad probatoria, quienes adscriben a esta tesis tienen entre sí, una mirada distinta de su naturaleza jurídica. Hemos señalado que siendo los argumentos de naturaleza distinta, la consecuencia pacífica sería señalar a la institución una naturaleza mixta, sin embargo, hay importantes juristas que se niegan a tal consideración y suscriben la postura material o procesal, aunque discrepando entre ellos. Y aunque el análisis de la

naturaleza jurídica de la institución lo veremos más adelante y ya hemos tratado esta discrepancia en el apartado sobre la necesidad de la pena, me parece oportuno un párrafo en esta sección, para distinguir los matices que hay entre juristas que apelan a estos mismos dos fundamentos.

Así, mientras César San Martín considera que es una institución procesal, los Bramont Arias y Santiago Mir Puig la consideran material y sin embargo, el fundamento que ofrecen es el mismo: “...Pese a esta doble justificación, radicada en razones tanto de Derecho material como procesal –falta de necesidad de pena y peligro de decisiones erradas como consecuencia de las dificultades probatorias-...” (San Martín 2014: 354); “... [El fundamento] nos parece que se halla en parte, vinculado a la falta de necesidad de la pena... y en parte, a las dificultades de prueba...” (Bramont y Bramont-Arias 2003: 295); “...El fundamento de la prescripción se halla en parte vinculado a la falta de necesidad de la pena tras el transcurso de cierto tiempo (fundamento material) y en parte a las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo (fundamento procesal)...” (Mir Puig 2011: 781).

Hay más autores que consideran a la dificultad probatoria como un argumento para validar la existencia de la prescripción de la acción penal, al lado de otros, formando parte de quienes validan la institución en argumentos múltiples (Cornejo 1936: 472; Cruz 2012: 225-226; La Rosa 2008: 111; Peña Cabrera 2011: 67; Quispe 2013: 16; Rodríguez 2003: 755; Serrano 1995: 427).

Siendo muchos quienes sustentan este fundamento, en diferentes formas, no encuentro en él consistencia suficiente para solventar la figura jurídica que estudiamos, por diferentes razones.

Tal vez el punto más flojo de la teoría radica en que hoy, a diferencia del momento en que empezó a defenderse (y al de su nacimiento también), el plazo prescriptorio no es fijo, sino por el contrario, muy variable, pues depende de la pena conminada a cada delito y por tanto, puede ser muy largo en unos casos y muy corto en otros. De esta forma, resulta imposible establecer que siempre, a la culminación del plazo prescriptorio, el tiempo haya destruido o lastimado mucho la actividad probatoria. Podríamos estar frente a un delito que prescribe en dos años o a otro que prescribe en cincuenta y dos, de forma que las consecuencias destructivas del tiempo resulten muy diversas. Los diferentes plazos prescriptorios establecidos en relación a la gravedad de los delitos, hacen imposible uniformizar criterios para establecer la dificultad probatoria.

Esta diferencia de plazos, por lo demás, no solo existe en referencia a las diferentes penas conminadas en las normas penales para cada tipo, sino que varía por ejemplo en función a consideraciones personales de tipo etario o en función a las condiciones especiales del sujeto activo. Y aun lo podemos complicar más si consideramos que el plazo puede interrumpirse, con lo que debe comenzar a correr de nuevo o suspenderse. Con tantos tiempos distintos, que en ocasiones hacen difícil calcular con certeza el plazo prescriptorio que corresponde en cada caso particular ¿Cómo podría defenderse válidamente que se haya producido afectación de la prueba?

Y aún si estuviésemos frente al supuesto antiguo de un solo plazo prescriptorio para todos los delitos, sin que este plazo tenga vinculación alguna con el delito mismo, ni sea posible la existencia de excepciones, tampoco parecería válida la justificación pues el tiempo no es el factor determinante para la calidad probatoria. Probar un hecho puede resultar muy sencillo muchos años después de ocurrido el hecho, como particularmente difícil al día siguiente del suceso criminal. El supuesto daño del tiempo es absolutamente relativo, como bien explica Ramón Ragués i Vallés (Ragués i Vallés 2004: 24-30).

Por otro lado, como lo ha demostrado Zapata, el paso del tiempo puede tener inclusive efectos beneficiosos para la actividad probatoria, según las circunstancias. Es bueno su ejemplo:

... en algunos delitos, como los de índole sexual o delitos patrimoniales continuados, la cronicidad del daño resultante puede ser parte de la prueba sobre la existencia del delito y el alcance de sus consecuencias. En estas circunstancias, es decir, cuando la cronicidad de las consecuencias es una prueba relevante, el paso del tiempo refuerza los elementos probatorios y, a la inversa y por las mismas razones, traerá como resultado el fortalecimiento de la prueba de descargo cuando sus consecuencias no sean crónicas... (2018: 26)

Además, y para terminar con la argumentación sobre la temporalidad, si el paso del tiempo afectase invariable e irremediamente la actividad probatoria, al punto de hacer de ello una justificación para la institución de la prescripción de la acción penal, entonces sería imposible probar con éxito la comisión de ilícitos imprescriptibles cuando haya transcurrido demasiado tiempo, con lo que carecería de lógica la imprescriptibilidad. Si se declara la imprescriptibilidad de

la acción penal de algunos delitos sumamente graves, se hace con el objetivo de mantener el rigor de la persecución estatal por siempre, para lograr en algún momento sancionar a quien haya sido agente activo del delito y a todos quienes hayan sido partícipes en él. Si el paso del tiempo destruyese las pruebas, no tendría sentido la imprescriptibilidad, pues estaríamos alargando la actividad del aparato represor del Estado en una persecución condenada al fracaso por la imposibilidad probatoria que generaría el paso del tiempo.

Claramente entonces, los periodos largos, que ciertamente pueden afectar actividad probatoria en algunas circunstancias, ni son siempre lo suficientemente largos, ni son tiempos iguales, ni son del todo predecibles, ni afectan del mismo modo pues no todos los delitos requieren igual probanza. De manera que siendo la casuística tan diversa, no es posible determinar una regla absoluta, con lo que carece de sentido el fundamento que aquí analizamos.

Por otro lado, como advierten Miguel Ángel Sánchez Mercado (2010: 485) e Iván Meini (2009: 75), una justificación de este tipo podría suponer la creación de estímulos negativos para delincuentes que quisieran aprovecharse en su beneficio interrumpiendo la actuación de pruebas o destruyéndolas. Es decir, podría significar un premio para quien logre dificultar la actividad probatoria.

Y por último, y también en coincidencia los dos últimos autores citados, si el Juez no puede hallar certeza para emitir un fallo condenatorio, entonces no debe hacerlo. El aparato represivo del Estado, una vez que individualiza a una persona a la que se le imputa un ilícito, tiene la misión de vencer la presunción

de inocencia y hacia allí encamina sus esfuerzos. Si al final del camino no lo logra, entonces no es posible imponer una sanción, en atención al principio de culpabilidad.

Esto, a despecho del tiempo transcurrido. Sea mucho o poco, si la actividad probatoria ha sido inconsistente, pobre, confusa o por cualquier razón no genera convicción en el juzgador, entonces lo que corresponde es no sancionar. No se trata de probar la inocencia, se trata de que los acusadores prueben la responsabilidad del imputado, sin duda para el juez. Y si lo que queda es duda, entonces la duda debe favorecer al investigado en atención al principio *indubio pro reo*, con lo que se imposibilita el castigo (Zapata 2018: 26).

Este principio básico del Derecho Penal, que vale para cualquier circunstancia, también es válido para cuando ha pasado el tiempo máximo para perseguir el delito. Si se llega a tal momento y el Juez no tiene convicción, no debe haber condena, mas no por prescripción, sino simplemente porque no se venció la presunción de inocencia al no comprobarse el supuesto ilícito. Un razonamiento así, que es válido en todos los casos, también lo es si la razón que llevó a esta falta de convicción en la judicatura fue una débil actividad probatoria.

En un caso de duda, prima el principio de *indubio pro reo*. Meini lo explica bien:

El in dubio pro reo le impide al juzgador condenar si no adquiere certeza sobre la comisión del delito y la responsabilidad del sujeto. De manera que ahí donde el paso del tiempo impida actuar las pruebas

necesarias para acreditar el delito y no alcance para que el Juez desvanezca la presunción de inocencia, lo que se impone es aplicar el in dubio pro reo y no declarar prescrita la acción penal. (2009: 75).

2.1.5. DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

La relación entre el derecho fundamental a que el proceso penal se defina dentro de un plazo razonable y la institución de la prescripción de la acción penal, lo veremos a lo largo de este documento por tratarse de un tema central dentro de nuestra hipótesis de trabajo. Ocurre que no son pocos hoy los que sustentan en este derecho fundamental, la existencia de la prescripción de la acción penal.

Se trata de un argumento más bien moderno, acorde al modelo penal surgido después de la Ilustración. El iluminismo destruyó el modelo persecutorio del antiguo régimen e introdujo un modelo nuevo, donde los derechos y libertades del ciudadano comenzaron a ser importantes. Entendieron los renovadores de entonces, que es en el ámbito del derecho penal donde se manifiestan y definen mejor que en ningún otro terreno, las relaciones entre el Estado y el ciudadano, expresado penalmente como la elección entre privilegiar la defensa del colectivo o los derechos individuales. Discusión no agotada hoy.

No es sin embargo ese el momento en donde se miró a la prescripción penal como una herramienta útil para la realización de dichos derechos. Aunque algunos adelantaron conceptos al respecto, es recién a finales del siglo XX con la

consolidación del Garantismo de Luigi Ferrajoli, que la propuesta que analizaremos se vigoriza.¹⁰⁶

Siendo el garantismo penal una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho, sus aportes no solo informan la creación legislativa moderna, sino que usualmente la rebasan, permitiendo la aparición de pensadores que valiéndose de esta teoría, entienden que las garantías penales y procesales pueden ir incluso más allá del ámbito de la legislación, provocando la creación de derecho a través de la doctrina y sobre todo la jurisprudencia.

Es el caso típico de la aplicación de la prescripción de la acción penal, como un instrumento para la realización del derecho fundamental a tener un proceso dentro de un plazo razonable. Y es que aunque la pretensión de lograr procesos rápidos existe desde hace mucho tiempo y se ha plasmado inclusive en disposiciones constitucionales como un derecho fundamental de las personas, recién en tiempos modernos se ha comenzado a ver en la prescripción de la acción penal, un instrumento útil para lograrlo.

El principal propulsor de esta tesis es el argentino Daniel Pastor,¹⁰⁷ quien sostiene que este instituto no es otra cosa más que la forma legal que tiene el imputado de ejercer su derecho a ser juzgado dentro de un plazo determinado e impedir así la injusticia de un proceso que se extiende por tiempo indefinido.

¹⁰⁶ Aunque la que él mismo considera su obra cumbre “Los Principio de la Ley: Teoría del Derecho y la Democracia”, se produjo recién en el 2007, el Garantismo puede reclamar carta de nacimiento con su libro “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal” de 1989 y los debates que alrededor del tema se establecieron poco después.

¹⁰⁷ La postura de Pastor integra tanto este fundamento como el de la autolimitación del Estado. O siendo más exacto, basa en este derecho fundamental, la autolimitación del Estado.

Son interesantes sus propias palabras: “es el instrumento jurídico realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, sobre todo ante la ausencia de auténticos instrumentos procesales realizadores (reglamentarios) de ese derecho fundamental” (1993: 39).

Plantea inclusive el autor argentino, que de esta forma la prescripción de la acción penal se convierte en la forma de ejecución de un derecho constitucional, ya que tal derecho está consagrado en el artículo 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁰⁸ tratado internacional que para internalizarse tendría que someterse a los procedimientos de cada legislación. En el caso peruano, efectivamente, tal derecho es parte de la normativa interna, debido a la ratificación que lo incorporó dentro de la legislación peruana,¹⁰⁹ y al artículo 3 de nuestra carta fundamental que consagra la constitucionalidad de “otros derechos” no enumerados en su texto.¹¹⁰

Es decir, aunque una de las preocupaciones iniciales de su labor investigadora fue lo que él llamó la prescripción de la persecución, dedicado después a un tema de suprema importancia para los derechos humanos, como es el derecho a un proceso realizado dentro de un plazo razonable, en el marco de

¹⁰⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José):

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹⁰⁹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978.

¹¹⁰ Constitución peruana de 1993:

Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

un estado de Derecho, acude a la institución de la prescripción por encontrarla rendidora, para cubrir la necesidad de una herramienta procesal que concrete dicho derecho y por tanto, así lo fundamenta. En la medida en que se convierte en la vía procesal para la instrumentalización de ese derecho, es precisamente ese derecho el que fundamenta su existencia.¹¹¹

Esta posición ha encontrado desde su aparición, cada vez mayor cabida. Félix Pedreira comenzando el milenio, citó a manera de ejemplo quince sentencias del Tribunal Supremo español, que declararon la prescripción basándose en el “derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas”, aunque admite que en ese momento, esa fundamentación era todavía minoritaria en la jurisprudencia hispana (2004: 146). Inclusive en su propia posición, que fundamenta la prescripción de la acción penal en la seguridad jurídica, puede traslucirse elementos de la posición que aquí analizamos, sobre el derecho al plazo razonable del proceso penal.

Este dato aportado por Pedreira, lo confirma Alfonso Serrano, quien no estando de acuerdo con el argumento indica: “... en los últimos años las razones de la prescripción suelen aducirse también en base a las dilaciones indebidas de los procedimientos en función del artículo 24.2 de la Constitución...” (2007: 28).

Poco después del libro del español, el argentino Mariano La Rosa, en obra titulada “La prescripción en el derecho penal”, aunque se manifiesta favorable a

¹¹¹ “...En el derecho procesal penal este impedimento se canaliza a través de la vía de las excepciones o artículos de previo pronunciamiento, con imputación, por analogía *in bonam partem*, al obstáculo procesal de la prescripción del delito...” (Pastor 2004: 362).

considerar una fundamentación múltiple a la institución, considera que el derecho a ser procesado dentro de un plazo razonable es un fundamento que él también valora y que es defendido por varios otros juristas, autores y profesores argentinos, entre los que cita, además de Daniel Pastor, a Horacio Piombo, Javier De la Fuente y Mariana Salduna, Santiago Quián Zavala, Luis Darritchon, Luis Salessi, Esteban Righi y Juan Finkelstein (La Rosa 2008: 99-105).

Si hacemos referencia a autores argentinos, sería justo mencionar a Eugenio Zaffaroni, quien desde mucho antes que los mencionados, en su “Tratado de Derecho Penal”, escrito en 1980, hacía referencia al derecho al plazo razonable de juzgamiento, ligándolo con el instituto de la prescripción de la acción penal. Y aunque acude como otros a varias explicaciones adicionales para fundamentar la prescripción, introduce esta vinculación, que como hemos visto, otros compatriotas suyos han elevado luego a la condición de fundamento principal (Zaffaroni 1980: 28).

Y luego él mismo, en obra posterior, abraza el argumento y lo expresa con mayor claridad, sosteniendo que el derecho a un juzgamiento dentro de un plazo razonable, es el fundamento más relevante de la prescripción de la acción penal: “... Si bien se trata de un instituto de esencia procesal, comparte sus fundamentos con la prescripción de la pena, aunque agregando a estos los específicamente procedimentales, entre los que corresponde relevar fundamentalmente el derecho a un juzgamiento en un tiempo razonable...” (2000: 861)

En tiempos recientes, Juan Gouvert, expone que ha ocurrido una creación jurisprudencial, siguiendo la línea de la doctrina argentina, casando las dos instituciones ante la necesidad de encontrar una forma de garantizar los plazos razonables del proceso y no contar para ello con otras herramientas legales:

... la Corte Nacional fue delineando el concepto y funcionamiento del derecho a ser juzgada en un plazo razonable sin dilaciones indebidas, llegando a escoger ante el vacío legal que sancione la conculcación de la garantía al instituto prescriptivo para reencauzar desbarros temporales lacerantes de la legítima expectativa a tener definida su situación procesal en justo término... (Gouvert 2017: 27).

En Ecuador asume la posición el profesor Alfonso Zambrano, sentenciando al final de su trabajo sobre la prescripción penal:

... y en el reconocimiento del derecho que le asiste a cualquier ciudadano para que se cancele la potestad punitiva que ejerce el Estado a través del sistema penal. Resulta un mecanismo idóneo de contención para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo, la utilización del derecho penal con instituciones como la prescripción tanto de la acción como de la pretensión punitiva; y, cuando fuese del caso llegando inclusive a la prescripción de la pena. Esta es una manera lógica y racional de poner límites al ejercicio del poder punitivo estatal... (2009: 280).

En Perú podemos encontrar también defensores de esta postura. El maestro José Hurtado Pozo, dice que: "... la prescripción importa la derogación del poder del Estado, por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable..." (2005: 126) y Prado Saldarriaga, encontrando la

justificación en decisiones de política criminal, encuentra también validez en el sustento del plazo procesal razonable (2009: 172).

De hecho estas posiciones doctrinales ya encuentran en el Perú resonancia, tanto en resoluciones judiciales,¹¹² como en trabajos académicos.¹¹³

No estoy de acuerdo. Expuestas estas razones que son ciertamente seductoras, debo discrepar de ellas, pues no puede presentarse como fundamento doctrinario de una Institución un derecho que surgió en paralelo a ella, o con posterioridad, que me parece es el caso, pues el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es producto de la razón iluminista, mientras la prescripción, como ya hemos visto, nació en el mundo antiguo. Y además, más allá del argumento temporal, no puede fundamentar una institución, un derecho que apareció en total desconexión con ella. Se trata de elementos jurídicos independientes, de lógicas diferentes y de momentos históricos distintos.

Efectivamente, como hemos visto desde el inicio de este trabajo, las motivaciones del nacimiento de la prescripción de la acción penal y la voluntad de quienes históricamente la legislaron, poco tuvieron que ver con velar por los derechos humanos del imputado. Hoy, premunidos de una lógica garantista ajena a la institución de la prescripción, podemos encontrar en ella una herramienta útil para la protección de un derecho fundamental, pero su utilidad práctica, no

¹¹² Ver como ejemplo la Resolución N° 9 de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Expediente N° 05423-2013-41-1601-JR-PE-01 del 3 de agosto del 2017, pág. 6.

¹¹³ Ver como ejemplo Benavente 2012.

alcanza para sostener académicamente que se fundamenta en ese derecho cuya utilización puede amparar.

La prescripción de la acción penal, según el concepto que vamos configurando en este trabajo, es la destrucción o desaparición del derecho o potestad que tiene el titular de la acción penal para ejercerla y perseguir así a quien imputa la comisión de un ilícito penal. Mientras que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es el derecho que tiene el justiciable, de que no haya dilaciones innecesarias en el proceso y que pueda encontrar un pronunciamiento definitivo sobre su situación al más breve plazo. Como se aprecia, no solamente son diferentes, sino ajenas, ya que en la dinámica del litigio, corresponden cada una a una de las partes, la prescripción como una condición para el acusador y el plazo razonable como un derecho del perseguido.

Juan Gouvert, en trabajo antes citado, promoviendo la consagración legal de lo que alguna jurisprudencia ha llamado insubsistencia, para justificar el fin de un proceso por no respetar el plazo razonable, explicita la inconveniencia del uso de la prescripción para tal fin:

La recepción legal del concepto de la insubsistencia o hasta la reforma que adecue al texto actual de la prescripción, servirán para disminuir la potencial aplicación de criterios ambiguos y potencialmente arbitrarios de cuando tal plazo es razonable o no y ante su conculcación se aplica un instituto (prescripción) cuya actual estructura y funcionamiento no es del todo adecuado a la estricta violación a la garantía del juicio rápido (2017: 28).

Distingue bien en este sentido el venezolano José Sain, quien acepta que la aplicación de la prescripción de la acción penal puede funcionar para efectivizar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, pero eso no hace que aquel derecho satisfecho del imputado sea su fundamento, sino apenas una probable consecuencia:

... la prescripción de la acción penal comprende la derogación de la facultad punitiva estatal, por el paso del tiempo, como forma legal de limitar el poder penal del Estado (tesis material) aunque por supuesto esto genere efectos procesales importantes entre los cuales está el hacer operativo el derecho fundamental de que el proceso penal sea definido dentro de un plazo razonable, rápidamente, es decir, sin dilaciones indebidas... (2005: 52-53).

Discuto así que la finalidad de la prescripción sea asegurar un proceso rápido, aunque reconozco que éste podría ser un efecto colateral de ella, pero ese no es su objetivo y finalmente, como postula el último autor citado, son otros los mecanismos que debe buscar el legislador para asegurar el cumplimiento oportuno de la judicatura, como por ejemplo, fijar directamente un plazo improrrogable para la realización del proceso, lo que es distinto al nacimiento, ejercicio y extinción de la acción penal, que no dependen del juzgador, sino del titular de la acción.

De similar opinión es Mariano La Rosa:

Las dilaciones indebidas y la prescripción constituyen [...] institutos jurídicos de distintos orígenes y categorías [...] Así, no siempre que se haya producido una dilación indebida el hecho deberá considerarse prescripto, ni siempre que el hecho haya prescripto tendrá por qué haber existido una dilación indebida [...] no cabe deducir del derecho

a un procedimiento sin dilaciones indebidas, y a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable, un derecho a que juegue o se produzca la prescripción penal, ya que son independientes (2008: 180).

Y en el Perú Daniel Pisfil refiriéndose al trabajo fiscal, evidencia que hay diferencia entre los instrumentos jurídicos que operan con el transcurrir del tiempo: "... se resalta la limitación que impone el tiempo a tal labor, el cual en el proceso penal genera o, mejor dicho, origina distintos efectos, como la prescripción de la acción penal, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la caducidad de plazos, entre otros..." (2015: 14-15).

Otra objeción a esta fundamentación es la de quienes sostienen que el exceso del plazo razonable es algo a lo que se puede llegar no solo por ineficiencia de los operadores jurídicos del Estado, sino también por la habilidad procedimental del perseguido o sus abogados y que siendo esto así, no puede hacerse de la prescripción de la acción penal un premio para el mejor delincuente, para el más capaz de escapar del aparato represor del Estado dilatando el proceso (Ragués i Vallés 2004: 24-30). Habilidad por cierto muy común entre abogados peruanos, que inspiraron el inicio de este trabajo.

El mismo autor objeta preguntándose por los delitos imprescriptibles. En esos casos, los procesos podrían durar eternamente sin ser posible la aplicación de la prescripción, cuando ciertamente el plazo de juzgamiento podría ser claramente irrazonable. En esos casos no serviría el argumento, por tanto, no es eficiente para explicar la prescripción.

Una objeción final que nos servirá también más adelante en nuestra toma de posición final. ¿Cuál es el derecho que se dice defender y que fundamentaría la existencia de la prescripción de la acción penal? ¿Es el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser perseguido dentro de un plazo razonable? Porque las consecuencias son muy distintas.

Si el derecho invocado, como se desprende de sus defensores,¹¹⁴ es a ser juzgado en un plazo razonable, solo serviría para justificar la prescripción extraordinaria, que es la que se produce dentro del proceso, ya que la ordinaria, producto de la suspensión, no podría aplicarse durante el proceso. Solo esta cuestión debiera ser determinante para excluir al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, de la lista de fundamentos de la prescripción de la acción penal.

Efectivamente, la que evita la continuación de un proceso es la prescripción extraordinaria, ya que la ordinaria, solo tiene aplicación antes del inicio del mismo, pues una vez comenzado éste, su plazo se suspende y solo sigue corriendo el plazo de la extraordinaria, única capaz de ser aplicada para poner fin al proceso.

En contrario, si quisiera mantenerse el argumento, entonces debería dejarse de hablar del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o de tener un

¹¹⁴ “... Es por ello que, para la suerte del proceso, el vencimiento de su plazo máximo de duración razonable debe ser visto como un impedimento procesal que evite la prolongación del enjuiciamiento, dado que, de continuar, se volvería ilegítimo a partir de ese punto en el tiempo...” (Pastor 2004: 362). Como se aprecia, estamos claramente dentro del proceso judicial, no en la persecución previa y en el Perú, la prescripción ordinaria es imposible de ser aplicada una vez que se ha iniciado el proceso. Adelanto que en este trabajo se propone la abrogación de la figura legal de la prescripción extraordinaria, teniendo como uno de sus objetivos desaparecer la conexión entre la prescripción de la acción penal y el derecho a ser juzgado en plazo razonable.

proceso dentro de un plazo razonable y reemplazarlo por un derecho a ser perseguido dentro de un plazo razonable.

Es el problema de querer encasillar un instrumento jurídico dentro de otro. Siendo muy distinto el origen de cada uno, fundamentalmente por atender, con racionalidad jurídica distinta a las diferentes partes procesales, no es posible sostener que uno, la prescripción de la acción penal, se fundamente en el otro, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Suena moderno, pero es el menos rendidor de los argumentos.

2.1.6. AUTOLIMITACIÓN DEL ESTADO

Frente a la actividad delictiva, el Estado tiene el derecho a usar el ius puniendi. En ejercicio de esta potestad, protagoniza a través del proceso penal, una batalla entre dos partes absolutamente desiguales. El ciudadano particular debe enfrentar a la enorme maquinaria represiva del Estado. A lo largo de los años, los Estados de Derecho han construido diversas formas de equilibrar tal desnivel, reconociendo una serie de derechos a los ciudadanos perseguidos y limitando voluntariamente su poder de coerción. Este sería entonces el fundamento de la prescripción de la acción penal, utilizada como uno de los instrumentos para compensar la disparidad de fuerzas y posibilidades entre el perseguidor y el perseguido. A través de esta institución, el Estado poderoso, se impondría a sí mismo una limitación temporal, al ejercicio de su función represiva (Prado 2000: 930-931 y Yusseff 1987: 32-33).

Obviamente estamos aquí ante la misma lógica expuesta en el fundamento anterior, que es la del proceso garantista, la del Estado de Derecho surgido con la derrota del antiguo régimen y que sigue avanzando con el tiempo hacia un modelo penal donde se vean realizadas todas las aspiraciones democráticas individuales, de poder enfrentar con éxito una acusación y defenderse en las mejores condiciones, acortando las enormes diferencias entre el Estado y el ciudadano.

Sostiene Daniel Pastor en tesis que ya hemos desarrollado páginas atrás, que a través de este instituto se puede plasmar en concreto derechos constitucionales que de otra forma no encontrarían protección real y siendo el Estado el principal responsable de garantizarlos, al auto limitándose para no perseguir el delito más allá de un plazo determinado, asegura el cumplimiento de los derechos del particular en este extremo.

Ciertamente que este planteamiento lo liga con la contraparte, que es el derecho del particular a ser juzgado en un plazo razonable de tiempo, tema que ya abordamos. Baste añadir aquí, que Pastor liga ambos con brillantez, aunque no concordemos.

La tesis es sin duda cautivadora pero presenta un reparo inmediato. Toda la teoría de los Derechos Humanos e inclusive la del estado de derecho, fue construida con posterioridad a la existencia de la prescripción de la acción penal. Desde mi perspectiva éste es un cuestionamiento suficiente a la teoría de Pastor,

pues un suceso posterior, por lógica, no puede ser fundamento de uno anterior. Y si, como ya se expuso, lo que se ha hecho es echar mano a un instituto pre existente para resolver el cumplimiento de un derecho constituido con posterioridad, el recurso puede ser válido en materia judicial para llegar a una solución justa en un caso concreto, pero no debería servir para justificar en doctrina al instituto.

Otra variante de este argumento es que el Estado se auto limita, no como una manera de equilibrar la desigual lucha contra el particular, sino porque “con el tiempo se pierde el interés estatal en la persecución del delito” (Welzel 1987: 357).

El argumento es la otra cara de la medalla de la falta de necesidad de la pena, que en su oportunidad hemos comentado con amplitud.

Y en línea similar podemos encontrar a quien justifica este fundamento en razones ulteriores de seguridad jurídica, según la cual el Estado se auto limita para perseguir el delito (Pisfil 2015: 17), a quien sostiene que el Estado debe auto limitarse “... pues superado un lapso pierde justificación, validez, sentido y operatividad, deviniendo irrazonable...” (La Rosa 2008: 111) y a quienes simplemente lo citan como fundamento sin mayor explicación (Mixan 2000 y Quispe 2013: 16).

Pero dentro de este fundamento, pienso que la posición más rendidora es la que sostiene que la auto limitación del Estado proviene de una decisión político criminal. Es decir, no hay mayor razonabilidad que la que el propio Estado plantea en función del diseño de su andamiaje para combatir el crimen. Por tanto, es el Estado quien decide bajo qué circunstancias y por qué razones decide soberanamente limitar su ius puniendi y declinar la persecución o juzgamiento de un imputado, aplicando para ello la prescripción de la acción penal. De manera que esta institución quedaría fundamentada en una autolimitación que hace el Estado de su poder persecutorio y sancionador en función al diseño de su política criminal.

Víctor Prado Saldarriaga es uno de los defensores de esta tesis. Señala que el fundamento de la prescripción de la acción penal no es otro que la política criminal del Estado que decide de esta forma, cuando dejar de perseguir, en atención a dos necesidades muy concretas: "... no cabe duda que el fundamento esencial de la prescripción responde a una necesidad político criminal de controlar el ius puniendi a partir de su ejercicio temporal razonable y a favor de la seguridad jurídica de los ciudadanos..." (2000: 930-931).

La cita anterior, puede leerse en diferentes textos del autor. Esta repetición, evidencia la convicción del profesor Prado Saldarriaga en cada uno de los elementos utilizados en su aseveración, de manera que vale la pena darles una mirada.

Para comenzar, sanciona que el principal fundamento del instituto que estudiamos (lo que significa que admite otros), descansa en una auto limitación del Estado, por razones de política criminal. Es decir, el Estado entiende que en el marco de su visión democrática, debe implementar un modelo garantista y para ello se hace necesario recortar su *ius puniendi*, a partir de establecer un límite temporal para su aplicación. De esta forma, la institución de la prescripción de la acción penal, estaría fundamentada en la autolimitación del Estado, pero tal autocontrol, sería por razones de política criminal y no por otras consideraciones.

Recién establecido este punto, Prado Saldarriaga llena de contenido la necesidad político criminal del Estado, lo que parecería un contra sentido porque se entiende que la política criminal del Estado es por necesidad cambiante, no puede o no debe permanecer inmutable en el tiempo pues debe responder a la realidad delictiva que le plantea la sociedad, que no es siempre igual. Cambian la intensidad, magnitud, recurrencia, modalidad de los delitos, las características y cantidad de los delincuentes, la capacidad persecutoria del Estado, la tolerancia de la sociedad, las opciones de control social previas al Derecho Penal y mucho más. Por tanto, la política criminal es variante y siendo así, no resulta recomendable estancarla ni pretender que se base en principios inmutables.

Sin embargo, en su definición, el profesor Prado Saldarriaga fija con toda claridad dos objetivos de la política criminal del Estado, a saber, el plazo razonable para la realización de su facultad sancionadora y la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Lo primero, ligado estrechamente al punto que desarrollamos anteriormente en este trabajo, es decir, al derecho al plazo razonable, que aparece mejor fraseado por Prado Saldarriaga, pues al referirse al ius puniendi y no al juzgamiento, abarca desde antes del mismo, es decir, toda la etapa persecutoria y de investigación, antes del inicio del proceso judicial. De esta forma, aclara que el Estado debe tener como uno de sus objetivos político criminales el impedir persecuciones eternas, acercando de esta manera su razonamiento a la prescripción de la acción penal. Es decir, nos señala que el estado ha decidido poner un término razonable a su capacidad persecutoria y por tanto, se limita a sí mismo el tiempo de persecución, lo que sería el fundamento de la prescripción de la acción penal.

Lo segundo, desarrollado en acápite anterior, nos indica que el Estado decide brindar la mayor seguridad jurídica a los ciudadanos y así, estos no solo deben tener certeza de lo que es un delito y cuál es la sanción conminada en la legislación para la comisión del mismo, sino que es parte de ese paquete de certeza el saber cuál es el tiempo de persecución y para ello, el Estado se auto limita en su capacidad persecutoria, siendo ésta la otra razón que justifica la prescripción de la acción penal.

La crítica ya la anticipé. Aunque el derecho a ser perseguido dentro de un plazo razonable y la seguridad jurídica parezcan hoy dos pilares sólidos para construir un diseño de persecución criminal garantista, podrían ser insuficientes más adelante o por el contrario, siguiendo el estilo pendular de las demandas

populares, podrían parecer demasiado permisivos e inclusive poner en duda los fundamentos mismos del Estado Democrático de Derecho en el que se basan.

No puede fundamentarse una institución jurídica en una base tan endeble, pues pareciendo muy sólida hoy, es altamente probable que no lo sea después y el fundamento jurídico de la prescripción, debe ser sostenible en el tiempo, ya que a pesar que el derecho es por naturaleza cambiante, sus instituciones deben tender a mantenerse, dentro de una dinámica de cambio y resistencia permanente que le permita sobrevivir en el tiempo.

La jueza costarricense Rosaura Chinchilla suscribe también la tesis de que la prescripción de la acción penal se fundamenta en razones de política criminal que hacen que la acción represora del Estado se auto limite: "... el tema de la prescripción de la acción penal es un tema político por cuanto él dimana de los principios fundadores de nuestro régimen democrático de gobierno y por él éstos pueden ser menoscabados..." (2006: 94). Llena luego de contenido esta decisión de política criminal, analizando razones que tienen que ver con el debido proceso, la seguridad jurídica, el principio de inocencia, el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado en plazo razonable y a la tutela judicial efectiva.

En la misma línea va el razonamiento del venezolano José Sain, aunque dará mucha importancia también al tema del derecho del justiciable a un plazo en plazo razonable: "...su génesis está en el Código Penal, como una causa que por ser limitadora del derecho subjetivo del Estado a castigar hace desaparecer sustantivamente los efectos penales del delito, y por ello impide la imposición de

la pena... tenemos pues que con esta institución el legislador sustantivo clásicamente ha resuelto no castigar por razones político criminales” (2005: 52).

Enrique Bacigalupo ha desarrollado mucho el tema de las limitaciones políticas al derecho penal. Sostiene que en su aplicación, la justicia sancionadora tiene una serie de limitaciones extra penales, provenientes de la conducción del Estado, pues se reconoce que para éste, hay cuestiones más importantes que el ius puniendi.

Tiene su origen seguramente en el derecho del antiguo régimen, aunque sus diferencias son notorias. Durante la monarquía, el Rey, titular del ius puniendi, podía por así y ante sí hacer excepciones a la aplicación de un castigo. O podían hacerlo sus Consejeros, Jueces o Ministros, pero básicamente el poder de no aplicar la sanción o la norma, emanaba del Rey, cabeza del ejecutivo, pero a la vez, fuente real de la ley y la administración de justicia, de manera que quien hacía la ley, bien podía inaplicarla.

No es simple sin embargo la herencia de este concepto en la modernidad, pues el Estado moderno se basa en la separación de poderes y en el imperio de la ley. Sin embargo, el poder de excepción se trasladó, ya no como una atribución discrecional de nadie, sino como un elemento que guía los objetivos del Estado, cumpliendo además funciones de límite entre los Poderes, pues hoy el ius puniendi se divide entre uno que genera la ley y otro que la aplica. Mientras es un tercero quien personifica a la Nación y puede establecer normas de excepción a la aplicación de las facultades persecutora y sancionadora, aunque muchas

veces sea positivizada por el Legislativo o creada por vía jurisprudencial y a diferencia de antaño, obedezca a razones de Gobierno y no a la voluntad regia. Es decir, no solo hay la supervivencia de una institución monárquica, sino la respuesta a una realidad que requiere de consideraciones más allá de las puras teorías penales de la ejecución de la pena para ejercer su coerción.

Es en este marco que Bacigalupo aborda el tema de los fundamentos de la prescripción de la acción penal, a la que le da finalmente el papel de viabilizar la necesidad del Estado de hacer excepciones a la aplicación del castigo, siendo por tanto su fundamento la auto limitación del Estado por razones de política criminal: "...todas estas cuestiones sólo se explican por razones puramente político-prácticas, porque la justicia no podría funcionar manteniendo todos los procesos vivos". (2009: 29). Así de sencillo. Una forma de liberar carga procesal.

De similar parecer en el Perú es Iván Meini, quien suscribe que la prescripción de la acción penal, se fundamenta en razones de política criminal y expone las mismas preocupaciones por descargar un sistema procesal que podría ser ineficiente por saturación.¹¹⁵ Pero luego, en aparente corrección, amplía su mirada para indicar que las razones político criminales no tienen que ser necesariamente las que él plantea, debido a lo cambiante de la realidad social.

¹¹⁵ Aunque no menciona en su texto la autolimitación, ésta se desprende, pues es la forma de entender que por razones de política criminal, decididas por el Estado, éste ve extinguida su facultad de perseguir el injusto. Es decir, el propio Estado se limita a sí mismo en su posibilidad de cumplir con su obligación.

Al descartar varios de los fundamentos que tradicionalmente se dan para entender la prescripción de la acción penal, toma postura en el sentido de que esta figura se rige por consideraciones políticas, entendidas éstas desde la perspectiva de un sistema penal que puede verse rebasado por las expectativas y demandas de los justiciables, por un exceso de demandas que terminarían desatendidas y que requerirían de una suerte de ayuda extra penal, que la libere de la carga:

De lo anterior se sigue que la prescripción de la acción penal se rige por consideraciones políticas. Esta idea puede explicarse con ayuda del estado de necesidad. Si el Estado decidiera eliminar la prescripción de la acción penal y todos los hechos penalmente relevantes tuvieran que ser siempre perseguidos, lo más probable es que el sistema de administración de justicia colapse y, al final, se tenga que afrontar una situación menos deseable que admitir la necesidad de que algunos hechos penalmente relevantes no deban ser siempre perseguidos. Se trata, en definitiva, de ponderar qué es lo mejor. El sistema jurídico reconoce una serie de instituciones que, a modo de válvulas de escape, evitan que el sistema procesal se sature y se torne inoperante. Una de ellas es la prescripción de la acción penal, junto a la cual hay que ubicar, por ejemplo, al principio de oportunidad y a la terminación anticipada, entre otras... (2009: 76).

Del texto fluye la posición clara del autor en el sentido de justificar esta prescripción en la necesidad del sistema de encontrar recursos legales que alivien la carga procesal y le hagan eficiente. De esta forma, configura una concepción práctica, absolutamente ligada a los fines de la persecución criminal: "... Cuándo y por qué se extingue o altera esa obligación y ese derecho, es algo que la prescripción responde en base a criterios políticos [...] Encuentra su razón de ser en consideraciones político-criminales..." (2009: 76). En contra insisto en que es

menester construir un concepto desde la dogmática, que entregue a la política criminal una herramienta mejor diseñada.

Esta idea, la de utilizar la prescripción de la acción penal como una manera de terminar con prontitud una cantidad importante de procesos, que por el tiempo transcurrido del supuesto crimen habrían perdido el interés de la administración de justicia y de la colectividad, la plantea César San Martín como una hipótesis para explicar la aparición de la institución en el naciente derecho penal nacional suizo.

Efectivamente, en entrevista sostenida con él, San Martín nos alcanzó la idea de que el texto de la prescripción de la acción penal, recientemente formulado por los italianos, producto de una problemática muy distinta, que ya analizamos en otro espacio (la resolución del conflicto dogmático entre Carrara y la nueva legislación alemana y española), le resultaba muy rendidor para acabar con un problema enorme de carga procesal que deberían enfrentar los jueces debido a conflictos iniciados bajo el antiguo modelo, cuando se esperaba de ellos que inauguraran con eficiencia una nueva administración de justicia para una nación que se empeñaba en serlo, dejando atrás el pasado.

Carl Stooss, padre de esta nueva legislación suiza, lo entendió muy bien.

No en vano Nicolas Queloz escribió:

Stooss aplicó sus vastos conocimientos penales, asociados con una buena dosis de pragmatismo y creatividad para contribuir a alcanzar, mediante el primer Código federal, dos objetivos: unificar la legislación penal (parte general y parte especial) y proponer un sistema coherente de sanciones penales para todo el

país, más allá de las particularidades culturales y lingüísticas de Suiza. El mérito de Carlos Stooss, por el cual ha merecido un justo reconocimiento internacional, fue el de dar a su proyecto una amplia orientación de política criminal y criminológica, estableciendo de este modo una concepción viva y humana del derecho penal que lo diferenciaba de la perspectiva demasiado abstracta o excesivamente intelectual del derecho penal clásico (1999: 137).

Es decir, estamos frente a un hombre creativo y pragmático, que presenta un proyecto de legislación penal donde la política criminal ocupa un lugar de privilegio, más allá de la teoría pura.

No es extraña entonces la teoría de San Martín, según la cual el jurista helvético introdujo la prescripción de la acción penal, en su novísima enunciación italiana, como un factor de regulación del proceso y de ayuda a un Poder Judicial que debía inaugurar la aplicación de una legislación penal naciente para su país. Suiza acababa de decidir abandonar el viejo derecho penal de los Cantones, para ir hacia una administración y legislación penal nacional unitaria. Para lograrlo, no bastaba con sancionar un código nuevo, de carácter nacional, había que asegurar su éxito. En ese momento había demasiadas causas viejas amontonadas, que iban a perturbar el inicio de vida del nuevo código, había que acabar con eso o sería un problema y el texto italiano de la prescripción de la acción penal, sobre todo en su introducción de la prescripción extraordinaria era una solución para no tener tantos procesos. Lo hicieron entonces desde la lógica del Estado, buscando su funcionalidad, pensando en el interés de la correcta actuación del aparato estatal. No fue una razón de derecho, fue una razón política.

Las posiciones de Bacigalupo y Meini me hicieron recordar estas reflexiones de San Martín sobre el caso suizo, que aquí comparto y subrayo, por ser de vital importancia para la posición defendida en el presente trabajo, porque la prescripción de la acción penal que estudiamos, nosotros la importamos de Suiza sin cambiar una letra, tal cual ellos la reprodujeron a su vez del texto italiano y es importante reflexionar, que si bien nosotros no justificamos tal copia, ellos, al parecer, la usaron porque les resultó eficiente para un problema puntual de política criminal, absolutamente ajeno a la motivación que la había dado nacimiento en Roma y ajeno también a la disputa académica que le dio esa nueva fórmula legislativa en la codificación italiana. Habrían decidido entonces un modelo de prescripción de la acción penal, fundamentado en la auto limitación del Estado por razones de política criminal, para extinguir la enorme carga antigua que afrontaba el organismo jurisdiccional.

De manera que podríamos decir que la prescripción, tal como la conoció e importó Maúrtua, tenía un fundamento político criminal, propio de una transición. Realidad distinta a la nuestra.

Para terminar con los defensores de esta posición, es importante insistir en la idea de que la auto limitación del Estado, como fundamento de la prescripción de la acción penal, puede tener diferentes orígenes, uno de ellos, el más importante por cierto, la política criminal de un Estado. Y es importante también reconocer, que esas razones políticas pueden ser diversas, pues no todas las realidades son iguales.

A lo largo del presente apartado he manifestado posición crítica respecto a este fundamento. De hecho parecería ser el más rendidor de todos los analizados, pues es muy difícil negar a las razones de política criminal del Estado la fundamentación de cualquier institución jurídico penal que se desee, pero allí mismo se puede encontrar un primer reparo.

Todas las instituciones, figuras, mecanismos, procesos o recursos del sistema jurídico penal de un país, se fundamentan en última instancia en motivaciones políticas del propio Estado. Es él quien define el sistema penal, las leyes, el sistema procesal y sus normas, es decir todo. Por tanto, siendo fuente de todo, no es suficiente justificar ninguna institución del Derecho de un Estado en la visión y objetivos jurídicos de sí mismo.

Además, como señala Romy Chang al referirse a las justificaciones para la existencia de la prescripción de la acción penal que se sustentan en la dificultad probatoria o en razones de política criminal: "...las mismas no tienen un anclaje constitucional y no gozan de la relevancia suficiente para fundamentar *per se* una limitación a la potestad punitiva del Estado..." (2011: 333).

Finalmente, atendiendo a las muy cambiantes razones de una definición estatal sobre la persecución del delito, si en ella basásemos la existencia de la prescripción de la acción penal, pues construiríamos una institución muy endeble y no es el caso, viendo la cantidad de años que ha logrado sobrevivir la institución. El fundamento de una institución jurídica debe tener bases más sólidas, constituirse en una razón que le permita explicación en toda

circunstancia y por tanto, no estar sujeto a cambios como lo están, por definición, las políticas criminales de los Estados.

2.1.7. POSICIÓN PERSONAL: RETIRO DEL DERECHO O FACULTAD POR INACCIÓN DEL TITULAR DE LA ACCIÓN

La inacción es la que fundamenta la pérdida del derecho del titular a ejercer la acción penal, ya sea debido a que decidió no usarla o a su negligencia para hacerlo a tiempo. Vuelvo al fundamento con el que nació la prescripción de la acción penal, que debido al momento en que se produjo, hace dos milenios, dentro de una realidad jurídica y procesal muy diferente a la actual, prácticamente comparte origen con lo que hoy sería la prescripción extintiva del derecho civil, aunque por cierto no es igual.¹¹⁶

En efecto, al nacer con la “*Lex Iulia*”¹¹⁷, la prescripción de la acción penal tenía como fundamento el castigo al titular del derecho afectado, que había tenido un comportamiento inadecuado socialmente, al no denunciar el injusto en protección de su derecho. El estado romano, dentro de sus múltiples funciones, debía priorizar su actividad, atendiendo las causas más urgentes e importantes. Así, si una persona ofendida, que tenía la facultad legal de iniciar proceso contra su ofensor, no utilizaba su derecho de acusar por razones sólo imputables a él, debía entenderse que no consideraba ni urgente ni importante la reparación del

¹¹⁶ Interesante en este punto rescatar la postura de Von Feuerbach: “... difícilmente la prescripción del crimen tenga otra razón que la máxima de los doctrinarios romanos, de ampliar y redondear el sistema mediante la aplicación analógica de cierto principio jurídico. De la prescripción extintiva de la acción se deriva la consecuencia puramente lógica y también natural de la prescripción extintiva de la acusación (*accusationum*)...” (1989: 88).

¹¹⁷ Año 18 a.C. en Roma.

daño contra él cometido y por tanto el Estado debía liberarse de la obligación de perseguir, juzgar y sancionar, retirándole al ofendido negligente el derecho que le había concedido a acusar y poner en movimiento el aparato sancionador del Estado.¹¹⁸

Con el transcurrir del tiempo, el Derecho sustantivo fue cambiando, el proceso fue cambiando y con diversas normas, en distintos ordenamientos jurídicos, se fue ampliando la posibilidad de prescribir para otros delitos, entre ellos inclusive los perseguibles de oficio. Por otro lado el Estado fue avanzando en el terreno de su actuación para frenar el crimen, llegando a lo que es hoy, convertido en el titular de la acción penal para la mayoría de los delitos, en donde ha tomado la posición que antiguamente era de la víctima, reemplazándola en el proceso.

Aquí es donde insisto en reparar que la prescripción de la acción penal nació para ser aplicada a los particulares que tenían la capacidad de accionar penalmente, que tenían por tanto el derecho de hacerlo. No nació pensando en el Estado actuando penalmente, como parte de su potestad persecutoria. Es decir, nació para limitar un derecho privado, no una potestad y obligación estatal. Por allí comienza la confusión que tenemos hoy. Los modelos procesales eran totalmente distintos.

¹¹⁸ En esto hay un punto de contacto con la posición de quienes defienden la teoría de la autolimitación del Estado por razones de política criminal, pues esta decisión estatal de castigar al titular de la acción negligente en pro de priorizar su actividad jurisdiccional, obedece en el fondo a un diseño de política criminal.

En un comienzo, nació pensada en sancionar al ofendido negligente, aquel que era víctima de un injusto y por tanto, tenía derecho a accionar, acusando a su agresor, pero que no accionaba dentro de un plazo razonable. Un ciudadano, diferente del Estado, que acudía a él en busca de justicia para iniciar un proceso adversarial donde él acusaba y su acusado debía defenderse en procura de alcanzar la justicia por intermedio del Estado.

Luego, mientras se fueron ampliando los supuestos de la prescripción penal para casi todos los delitos, y se fue desprivatizando la mayoría de los procesos, el Estado terminó poniéndose a sí mismo en el lugar de la víctima, es más, lo substituyó absolutamente con la teoría de que los delitos y las faltas no lo eran contra la persona de la víctima, sino contra el Estado o luego contra toda la sociedad a quien representaba y por tanto, reemplazando a la víctima, original titular de la acción, asumía su posición en el litigio y por tanto sostengo, debía ser pasible de recibir la misma sanción si mostraba falta de diligencia.

La modernidad ha puesto al Estado en el lugar que fue pensado para un particular, víctima de un delito. Se subrogó en su posición y por tanto, hereda sus derechos y obligaciones.

De esta forma, en la actualidad, hay que hacer dos distinciones. Primero, que el Estado juega ahora un doble papel, como ofendido que impulsa el proceso penal a través del Ministerio Público y como administrador de justicia a través del Poder Judicial. Siendo un mismo sujeto, el Estado, se convierte en dos personas distintas en el proceso.

Segundo, que hay dos ofendidos. El Estado, en tanto representante de la sociedad cuyo derecho ha sido vulnerado y como tal, titular de la acción penal y la víctima, real sujeto pasivo del delito, quien quedó de lado en la mayoría de los procesos penales en el nuevo modelo penal. Hay por tanto dos ofendidos, el Estado y la víctima, siendo sólo el primero titular de la acción penal (salvo en algunos delitos perseguibles por impulso de la víctima) y solo él parte del proceso que puede iniciarse como consecuencia del delito (salvo el papel coadyuvante que asume el sujeto pasivo del delito como parte civil).

Con estas aclaraciones, es el Estado el que ha heredado el papel de ofendido en la relación procesal penal y por tanto, es a él a quien debe exigírsele la diligencia necesaria para instalar el proceso e impulsarlo hasta el final. Heredó esta posición y si esto es así, debe heredar las consecuencias de su actuación o falta de actuación también.

Ciertamente el primer reparo a esta posición podría ser que hoy estamos frente a un modelo procesal distinto y por tanto, no corresponde la operación de transmitir atributos y condiciones de una parte, de un modelo a otro. Sin embargo se transmitió la prescripción, sin siquiera entenderse debidamente el papel que jugaba en el modelo en el que apareció, para adaptarla al actual. Como hemos visto a lo largo del trabajo allí radica uno de los principales problemas. Si no cabe la consecuencia, no debería haber la causa. Si no hay sanción por inacción al titular de la acción, en razón de su calidad de Estado, entonces no debería haber acción en favor del Estado (y aquí podríamos abrir toda una discusión sobre las bondades de ir devolviendo a la víctima su calidad de parte

procesal, tal como va ocurriendo en algunas legislaciones extranjeras, tema que excedería por mucho las pretensiones de este trabajo).

Se podría contra argumentar también la inconveniencia e inclusive la injusticia, de que por ineficiencia de los individuos que integran el propio Estado no se pueda perseguir y castigar a un delincuente, de manera que no podría ser ese el fundamento de la prescripción de la acción penal. Si el Estado hiciera la ficción de castigarse a sí mismo, en el fondo estaría liberándose fácilmente de lo que en rigor es su obligación, pues a diferencia de la víctima del delito que ejercía la acción como un derecho para resarcirse de la ofensa, el Estado hoy la ejerce como un derecho también, en cuanto representante de una colectividad dañada, pero además, como una obligación, dentro de su deber de combatir el crimen.

Es una crítica vieja que hizo por primera vez Francesco Carrara, escribiendo, desinformado como hemos recordado en las páginas iniciales de este trabajo, que nunca nadie había pensado en tal posibilidad de justificación de la prescripción de la acción penal. Su crítica es dura: "... absurdo sería insinuar que la impunidad de un culpable debe ser proclamada con el único fin de castigar la negligencia de los representantes del ministerio público..." (1976: 61).

Y en tiempos modernos, Gonzalo Yusseff repite el juicio sin guardar adjetivos, con dos afirmaciones, una de las cuales contradigo y otra con la que coincido en estas páginas: "...no es posible estimar a la prescripción penal como una sanción impuesta a la negligencia del acusador, ni tampoco como una

prescripción adquisitiva de la impunidad por parte del reo...” (1987: 32). Respecto de la primera afirmación del autor chileno, este trabajo de tesis sostiene todo lo contrario, precisamente la negligencia del acusador es una de las causas que justifica y fundamenta la prescripción de la acción penal, es más, fue la causa original, la que le dio nacimiento a la institución. Respecto de la segunda hallo coincidencia y voy más allá, pues sostengo que precisamente la idea de concebir la figura que estudiamos como adquisitiva y no extintiva, es una de las que ha colaborado a generar toda la confusión que hoy existe alrededor de la prescripción de la acción penal.

Frente a este argumento contrario a nuestra tesis, hay que volver a explicar la intención de ver la institución a lo largo del tiempo, entenderla como realmente fue y como debería ser a la luz de los muchos supuestos procesales en los que ha actuado y de los que ha sobrevivido. Respecto al modelo actual, no debe perderse de vista que las personas que integran el Ministerio Público, ejerciendo la representación del Estado en su actuación perseguidora, responden al modo de organización de la propia sociedad, que las puso en ese puesto y tiene los mecanismos para relevarlas si mostrasen incompetencia. En ese sentido, sus errores procesales, lo son de toda la sociedad. A título personal responderán ante su empleador, pero en tanto representantes estatales, de sus errores responde el Estado y en última instancia la sociedad. De forma tal que si la sociedad, representada por el Estado y éste, por unas personas en particular, falla, le corresponde la sanción prevista para dicho error.

A título de ejemplo, si un fiscal decide no investigar un caso de lesa humanidad y éste llegase a Cortes internacionales, nadie discutiría hoy la legitimidad de la sanción al Estado alegando que la culpa fue de una persona. El Estado asume los errores de sus representantes. Es la misma lógica par el caso de una prescripción de la acción penal, por negligencia del organismo perseguidor.

Desde la administración judicial del Estado, se le da un tiempo determinado a los ofendidos para que actúen en procura de perseguir, juzgar y sancionar a quienes les ofendieron. Siendo un poder importante, pues supone dar movimiento a la maquinaria persecutoria y represora del Estado, se entiende que no debe ser eterno y de allí que sea temporal. Si no se actúa dentro del tiempo otorgado, la sanción a la falta de negligencia es el retiro del derecho. Eso es la prescripción de la acción penal. El delito puede haber existido, pero el titular de la acción para castigar, perdió el derecho de usarla, el Estado juzgador y castigador no lo esperará eternamente. En la modernidad, el Estado decidió convertirse ya no solo en perseguidor, investigador, juez y verdugo, sino que asumió también el papel del ofendido para la mayoría de ilícitos consagrados en la normativa penal. Y así, sustituyó a la víctima en el proceso. Sostengo que ante tal sustitución, recibe todos los derechos y deberes de esa posición procesal, por tanto, si es el ofendido por el nuevo paradigma penal post ilustración, puede ser un ofendido negligente y corresponde asumir el castigo, que es precisamente, no poder aspirar ya al castigo de quien le ofendió.

El fundamento de la prescripción de la acción penal sería entonces, según este razonamiento, el mismo con el que nació en Roma, una sanción al ofendido

por la negligencia mostrada para iniciar el proceso, o como la llama Yusseff Sotomayor al contarnos la aparición de la institución en el derecho imperial: la negligencia del acusador (1987: 17).

Cabe aquí la observación, en el sentido que hay casos en los cuales, no es negligencia del perseguidor sino una decisión tomada con total conciencia en función de diferentes razones, cualesquiera estas sean. Estoy pensando por supuesto en todos los casos sustentados en razones de política criminal o de simple autolimitación del Estado. No habiendo allí negligencia, el argumento aquí expuesto no sería rendidor.

Es por ello que abandonamos esta tesis inicial para absorberla dentro de una más grande. Es verdad, la demora en el accionar por parte del titular de la acción penal no siempre se debe a falta de capacidad, poco interés u olvido. Muchas pueden ser las razones por las cuales se decide no ejercer la potestad de poner en movimiento el aparato represor del Estado (inclusive antaño, cuando el actor procesal era la víctima, podía bastar el perdón para que el titular del derecho no active la maquinaria legal de represión).

El hecho, es que si pasado un tiempo, el titular de la acción penal no actúa, se da la prescripción de la misma, sea por negligencia del actor, en cuyo caso sería una sanción o porque no quiso actuar, sin importar la razón, en cuyo caso la prescripción sería tan solo una confirmación judicial del abandono de la pretensión punitiva.

Las razones de la inacción pueden ser diversas, inclusive ya ha habido autores que han considerado la falta de interés en actuar como el fundamento de la institución. Hans Welzel hace referencia a la “falta de interés estatal” (1987: 357) y más recientemente, los argentinos Chiara, Grisetti y Obligado, en obra conjunta a “un cierto desinterés del Estado en la perseguibilidad del delito...” (2011: 42).

La razón pasa a ser lo de menos. Simplemente se confirma la falta de actuación de quien debió hacerlo y ante ello, no es bueno que se mantenga la atribución de encender la chispa que impulse la posibilidad de una reacción violenta del Estado, razón por la cual, debe morir la acción penal por inacción. El fundamento de la prescripción de la acción penal, es ese: la extinción por inacción, si no se usó la acción dentro de un tiempo legalmente fijado, siendo irrelevante si se entiende esta como derecho u obligación, se pierde la facultad de ejercerla “... en la aplicación de uno de los tantos criterios de oportunidad o arbitrariedad posibles en el marco de decisión de la administración de la economía del poder penal del Estado...” (Pastor, 1993: 51).

El fundamento es rendidor inclusive para quienes defienden la tesis de la autolimitación por política criminal, pues si el Estado, por la razón que fuese, decide qué debe perseguir y qué no, entonces, para aquellos casos en los que decide no perseguir, tácitamente renuncia a la acción y por tal razón, la debe perder. Inclusive en los casos de inacción por negligencia, la lógica, desde el punto de vista de la institución y del proceso, sería la misma, si no se usa, se pierde.

Una vez más, en un razonamiento que es difícil de aceptar por algunos penalistas, aquí opera la misma lógica que en la prescripción extintiva en el Derecho Civil. Si durante un tiempo no se ejerce dicho derecho, se pierde.¹¹⁹

Pedreira cuenta que en un principio el Tribunal Supremo español usaba el “descuido o abandono por parte del titular de la acción penal” como argumento para declarar la prescripción. Él considera que ésta posición tiene una óptica procesal y *iuscivilista* y cita la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 27 de noviembre de 1959: “[no se incide] en inactividad por negligencia atribuible a los órganos encargados de la persecución, que es la principal razón de ser de tal institución extintiva, ya que de otro modo serviría para favorecer las astucias de quienes logran sustraerse temporalmente a la acción de la justicia...”

En el mismo libro, aborda dos teorías de fundamento de la prescripción: la presunta renuncia del Ministerio Público y la negligencia del mismo. Critica la validez de la primera porque sostiene que el Ministerio Público no tiene el derecho, sino el deber de actuar y cita a Carrara: “Este puede ser un buen criterio cuando se trata de prescribir la acción privada, porque el particular tiene entre sus derechos el de obrar o el de no obrar y ese derecho es en él facultativo. Pero el Ministerio Público, más bien que el derecho, tiene el deber de ejercer la acción y de hacer ejecutar las condenas...” (Pedreira 2004: 140). Aunque luego Carrara aceptó que en ocasiones el Ministerio Público decide no actuar y que esto sería

¹¹⁹ Es una lógica muy distinta a la de la prescripción adquisitiva civil, según la cual el paso del tiempo otorga un derecho. Es importante insistir en esta diferencia porque es uno de los puntos que generan confusión, pues más adelante veremos como no son pocos los que consideran la prescripción de la acción penal desde una perspectiva adquisitiva de derechos (del imputado, un derecho a no ser perseguido) y no como corresponde, desde la perspectiva extintiva de derechos (del perseguidor o acusador, a ejercer la acción)

no porque sea su facultad sino porque entiende que no hay razón, con argumentos que hago míos.

Sostengo que el Ministerio Público, efectivamente, en cuanto Estado, tiene la obligación de obrar, pero que el derecho de hacerlo, que es inherente a la parte, lo mantiene pues ha reemplazado a quien antiguamente era parte. De manera tal que, siendo derecho y obligación a la vez, lo que finalmente tiene el despacho fiscal es una facultad¹²⁰, que ejerce, pero también puede dejar de ejercer, por razones valorativas, cuando decide que no hay razón de actuar, como acepta Carrara. Por tanto queda invicto el argumento que aquí defiendo, si decide no ejercer la acción, es su facultad, pero pasado un tiempo la pierde por tal inacción (consecuencia en este caso, seguramente deseada).

Con respecto a la otra teoría, la del castigo a la negligencia del Ministerio Público, dice Pedreira que es la que inspiró la legislación francesa intermedia y cuya influencia fue ostensible en las codificaciones del siglo XIX. Según ella, se considera que la prescripción se fundamenta en el castigo a la negligencia del Estado. Critica Pedreira dicha postura, pues en la línea de la anterior, arguye que la persecución y el castigo de los delitos no son meras facultades del Estado, de la que puede disponer libremente, sino obligaciones, de las que no puede ser dispensado por el hecho de que sea negligente en su cumplimiento.

Le opongo el mismo reparo. El hecho es que fue negligente y no actuó en el tiempo que tuvo, por tanto, pierde la facultad de ejercer la acción, quien sea el

¹²⁰ Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: Poder o derecho para hacer algo.

titular de la misma. Aquí es bueno recordar que el titular de la acción penal es mayoritariamente el Estado, a través del Ministerio Público, pero no siempre lo es. En aquellos delitos llamados de acción privada, el titular de la acción es la víctima. Y allí se puede aplicar sin ninguno de estos reparos la tesis que estoy sosteniendo. En cuanto a los casos en los que el titular es la Fiscalía, ya se estableció que su obligación de actuar está entendida bajo la discrecionalidad que le da la titularidad de la acción, tema ya tratado. Además, apuntando un tema distinto, pero que podría ayudar en este campo, sostengo que la víctima debería tener habilitada la posibilidad de accionar, como en España.

Finalmente en cuanto a las objeciones a mi tesis planteadas por este autor, yo no fundamento la prescripción de la acción penal en la inacción negligente o voluntaria del Ministerio Público, sino en la del ofendido, tal como fue en un principio, en el nacimiento de la institución. El Ministerio Público, sería por un lado un ofendido moderno y por otro, quien heredó la posición procesal del ofendido.

Un detalle no menor del aporte de Pedreira en este capítulo, que ilustrará nuestra reflexión al respecto más adelante, es que señala que de esta concepción, la prescripción de la acción penal sustentada en la renuncia o negligencia del Ministerio Público, nacieron la interrupción y la suspensión de la misma. Volveremos al tema.

Hay otros autores que apuntalan la posición que estoy defendiendo. Desde la óptica de la sanción al titular negligente, Mariano La Rosa sostiene: "...Es

evidente, así, que el instituto de la prescripción opera como una especie de sanción a la ineficacia del Estado...” (2008: 108).

De similar posición es el venezolano José Sain quien hablando de los plazos prescriptorios de la persecución sentencia:

...después de los cuales la amenaza de tal persecución para el eventual castigo pierde todo efecto intimidante, por razones del incumplimiento de los deberes del ejercicio diligente de dicha función pública, imputada a las autoridades del Estado que tienen atribuida dicha obligación... En tal sentido es que la prescripción debe ser entendida como una sanción para el Estado... (2005: 52-55).

Autores locales la consideran también. Raúl Pariona, aunque considera que el fundamento de la institución que estudiamos es la falta de necesidad de pena, remata con una línea coincidente:

La idea de la falta de necesidad de pena se basa en la consideración de que con el transcurso del tiempo el delito pasa al olvido y su sanción ya no logrará más los efectos preventivos deseados. La actuación de la justicia debe ser oportuna e inmediata. Por ello, la prescripción podría ser entendida también como una sanción al Estado por su inacción (2010: 151).

En línea parecida, Salvador Herencia piensa que el fundamento podría ser la necesidad de tener un medio de presión a las autoridades para que ejerzan la acción: “Además, sirve como un medio de presión a las autoridades nacionales para que actúen oportunamente...” (2005: 40).

Desde la otra orilla, no argumentando la sanción al negligente, sino la simple inacción del titular, para fundamentar la prescripción de la acción penal,

Juan José Cobo señala: "... tiene su finalidad en la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no uso por el titular..." (1997: 383).

No se trata entonces ni mucho menos de una tesis original, aunque en la actualidad quienes la defienden apenas abordan algunos de sus extremos. La prescripción de la acción penal se fundamenta en su falta de uso dentro del tiempo determinado por la ley, debido a la inacción del titular, ya sea por negligente o por propia voluntad de renunciar a ella. En cualquiera de los casos, se explica la extinción de la acción y la imposibilidad de su uso.

Sostengo una visión crítica del proceso actual, que excede la sola fundamentación y entendimiento de esta institución y avanza en dirección de devolver a la víctima el papel procesal que se le quitó, pero baste en este apartado quedarnos en lo escrito. Este fundamento cubre todas las posibilidades y explica convenientemente la existencia de la institución.

A lo largo del texto, hemos citado a autores sosteniendo diversas posiciones, pero puntualizando que su posición es la de una fundamentación múltiple, es decir, que encuentran la explicación del instituto a partir de varias de las explicaciones que hemos desarrollado o inclusive otras. Apenas con el ánimo de despejar la duda que pudiera surgir de una lectura parcial, nos referimos, entre otros a Alberto Binder (1993), Mariano La Rosa (2008) y Luis Rodríguez Ramos (2003). De los peruanos citados, es el caso de Guillermo Cruz (2012). El recurrir a fundamentar la institución en diferentes teorías, más que una facilismo

intelectual, se me ocurre una prueba más de la confusión que existe sobre la institución.¹²¹

Después de las consideraciones expuestas sobre las principales teorías que intentan explicar los fundamentos de la prescripción de la acción penal y siguiendo el plan trazado, en atención a la recomendación de Félix Pedreira acotada al inicio de este capítulo, estamos listos para dar una mirada a la naturaleza jurídica de la institución.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Ya se ha adelantado la posición de este trabajo, en el sentido que se considera a la prescripción de la acción penal como una institución propia del derecho procesal, sin embargo, toca detenernos en el análisis de la naturaleza jurídica de la institución, para revisar lo planteado al respecto a efectos de terminar de entenderla en toda su complejidad y poder desarrollar las alternativas de solución a los problemas planteados por este trabajo.

La ubicación sistémica de las normas no siempre ayuda. Pienso que este es el caso. Las instituciones jurídicas, no comparten necesariamente la naturaleza del cuerpo legal en que han sido normadas. Desde mi perspectiva dogmática, debiera ser así, pues valoro la coherencia del sistema, pero en la realidad, suele ocurrir que encontremos normas penales sustantivas en leyes que rigen el proceso y que

¹²¹ “Lo que pone de manifiesto el predominio de una fundamentación pluridimensional es la insuficiencia tanto de explicaciones vinculadas a las teorías de la pena, como de las relacionadas con argumentos procesales”. (Righi 2010: 485).

encontremos normas procesales en cuerpos legales de derecho material. En el Perú, la prescripción de la acción penal, se encuentra normada desde siempre, en el Código Penal.¹²²

Hay quienes sostienen que la prescripción de la acción penal es de naturaleza material, otros procesal, otros que tiene una naturaleza mixta y también hay quien no participa de ninguno de estos criterios.

Generalmente, quienes defienden la naturaleza material de la institución, lo hacen porque encuentran que las razones que la fundamentan son propias del derecho sustantivo. Por el contrario, quienes postulan su naturaleza procesal, lo hacen mayoritariamente basándose en que sus justificaciones son de carácter adjetivo.

Sin embargo, los hay quienes considerándola fundamentada en aspectos materiales la consideran procesal y viceversa, quienes justificando su existencia en argumentos procesales, le otorgan una naturaleza material.

Y los hay quienes consideran que comparte ambas naturalezas, que es procesal y material. Normalmente quienes postulan esta posición, que en lo particular encuentro simple y poco profunda, lo hacen tras reparar en que la prescripción de la acción penal se explica tanto por razones sustantivas como adjetivas y por tanto, suscriben una posición mixta.

En las líneas siguientes daremos una mirada a algunos de los defensores de cada una de las posturas que se acaban de reseñar. Para ello, utilizaremos el mismo

¹²² Las normas vigentes, se desarrollan a partir de los artículos 80° al 84° del Código Penal peruano de 1991.

método con el que trabajamos los fundamentos, en donde repasamos autores agrupándolos en pensamientos similares y según su mirada de la figura jurídica que estudiamos, ya sea como institución material, procesal o mixta. Solo que esta vez, de manera inversa, su similitud girará mucho en torno al fundamento con que expliquen la prescripción de la acción penal.

Y es que volvemos para ello a recordar la postura de Félix Pedreira que seguimos, según la cual, descubrir la razón de ser del instituto, es la que permite fijar su naturaleza jurídica. Si ataca la pena, es de derecho material y si ataca la realización del proceso, es de derecho procesal (2004: 122).

Descubrir la naturaleza jurídica de la institución no es una cuestión tan solo académica. Las consecuencias prácticas de esta definición pueden ser muy importantes. Los famosos juicios contra los criminales de guerra nazis, no hubieran podido terminar en aquellas sentencias, si no se hubiese declarado la imprescriptibilidad de la persecución de los delitos cometidos, considerados de lesa humanidad. Aquel juicio histórico del Tribunal de Nuremberg, declaró dicha imprescriptibilidad retroactivamente, para que se pudieran aplicar aquellos tipos penales a los crímenes perpetrados desde el inicio del régimen de Adolph Hitler en 1933. Si la prescripción de la acción fuese material, dicha irretroactividad no hubiera sido posible por el principio de *lex praevia*. Siendo procesal, tesis que han defendido con vigor los alemanes desde entonces, aplica el principio *tempus regit actum*, de manera que las normas nuevas sobre prescripción, pueden aplicarse de inmediato al proceso en marcha:

... en el ámbito de las normas procesales rige el principio *tempus regit actum*, que permite aplicar la ley en vigor con independencia de cual fuera la regulación en el momento de realización de los hechos que dieron lugar a la incoación del procedimiento. Por el contrario, los partidarios de la naturaleza sustantiva consideran que la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables también debe aplicarse, dado su carácter material, a la figura de la prescripción... (Ragués i Vallés 2004: 78).

Como puede apreciarse, no es una definición baladí, así que premunidos de los insumos necesarios al analizar los fundamentos, abordémosla.

2.2.1. INSTITUCIÓN DEL DERECHO PENAL MATERIAL

La mayoría de autores parece situarse en esta tesis. El argumento central es que entendiendo a la prescripción de la acción penal como una cesación, limitación o renuncia que hace el Estado de su propia potestad punitiva, la prescripción ataca e impide la consecuencia de dicha actuación estatal, que es una cuestión central del derecho material: la pena, y por tanto comparte su naturaleza jurídica.

Comenzamos el repaso de autores con Beccaria y Bentham. Sus posiciones fundacionales del pensamiento iluminista en materia criminal ya las hemos desarrollado cuando analizamos fundamentos. Ellos postulan la posibilidad de la prescripción de la acción siempre y cuando se trate de crímenes menores, de sujetos poco peligrosos o arrepentidos, pero de ninguna manera la aceptan con relación a criminales peligrosos o perseguidos por delitos graves. Desde esta

perspectiva, obviamente ellos le dan a la institución una naturaleza material, pues apuntan directamente al agente del delito y a la gravedad del injusto cometido.

La naturaleza material debido a que ataca la capacidad sancionadora del Estado es un argumento recurrido. El argentino Vera Barros no está de acuerdo con la existencia de la prescripción de la acción penal, sin embargo, al explicar en su libro la naturaleza jurídica de la institución, defiende bien esta tesis: "...la prescripción es un instituto de derecho material, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del Estado: su derecho a castigar en el caso concreto" (1960: 39) y añade más adelante: "...si la pretensión punitiva del Estado es de derecho material, la prescripción, que sólo importa la cancelación de dicha pretensión en su aspecto dinámico, tiene que participar de la misma naturaleza" (1960: 44).

De parecida opinión, su compatriota Julio Maier sentencia: "...La prescripción de la persecución penal, como toda causa de extinción, es para nuestro Derecho una causa que excluye la punibilidad del delito, al mismo nivel que las excusas absolutorias, por ejemplo..." (2002: 119). Desde esa óptica extingue la pena y por tanto, sería una institución de naturaleza material.

El español Manuel Cerrada, hace referencia, al igual que Maier, al concepto de punibilidad, ubicado en el derecho sustantivo: "... Si, cuando un delito prescribe, su autor ya no puede ser castigado, resulta claro que, desde el punto de vista de la dogmática penal, la prescripción afecta a la punibilidad, que

hoy puede considerarse una categoría autónoma en la Teoría del delito, junto con la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad...” (Cerrada 2017: 125).

En Perú Daniel Panta (2010: 101) y Herbert Benavente (2012: 64) plantean argumentos similares. Los Bramont Arias se distinguen. Por un lado sostienen la tesis sustantiva de la institución, pero por otro la fundamentan con razones procesales a la par de sustantivas. Justifican su posición así: “...Sustantiva, pues la prescripción, en sus dos formas de acción penal y de pena, en última instancia, constituye una causa de exclusión de la pena” (Bramont y Bramont-Arias 2003: 295).

Como ya hemos visto y seguiremos viendo, lo usual es que quienes encuentran la justificación de la figura en razones materiales, otorguen a la misma una naturaleza jurídica material, mientras que quienes la encuentran fundamentada en argumentos procesales, consideren que es de naturaleza jurídica procesal y quienes la sustentan en diferentes causas, tanto sustantivas como adjetivas, suscriben la tesis mixta, es decir, que la institución tiene una doble naturaleza jurídica, tanto material como procesal.

Pero los hay también quienes no siguen el patrón y defendiendo fundamentos procesales, sostienen la naturaleza material de la prescripción de la acción penal o viceversa. O finalmente, quienes encontrando fundamentos de los dos tipos, se inclinan por una sola línea para la naturaleza jurídica de la figura en estudio.

Así, en este último grupo, por ejemplo, mientras César San Martín sostiene que la naturaleza jurídica es procesal, por las mismas razones, los Bramont Arias la consideran material, en posición coincidente con la de Santiago Mir Puig, quien tras señalar, como ya hemos repasado, que la prescripción se fundamenta en parte por la falta de necesidad de la pena y en parte por las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo, indica que siendo estos fundamentos uno material y otro procesal, la naturaleza jurídica parecería ser mixta, pero que no, que tiene un carácter material, aunque haya también algún fundamento procesal (Mir Puig 2011: 781).

Pero no es esta particularidad la que nos llama la atención de la posición de los Bramont Arias, sino el que analicen juntas, al menos en este extremo, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, pues aunque no es tema de este trabajo la última, nos parece claro que no se trata de la misma institución, sino de instituciones distintas, por su desigual nacimiento y desarrollo histórico, por su función en el mundo del derecho y por la forma en que se legisla en el Perú. Precisamente estudiando ambas, descubrimos que son de naturaleza diferente y tienen fundamentos diferentes.

Aunque las dos forman parte de la gran familia del derecho sancionador y comparten la particularidad de generar consecuencias jurídicas por el simple paso del tiempo, su objeto de influencia es distinto, pues la primera opera sobre la persecución del imputado por una supuesta conducta penal (y aquí todavía cabría la discusión que trataremos más adelante si sobre el transcurso del proceso

en sí) y la segunda, sobre una sanción impuesta a través de una condena firme, es decir, terminado el proceso de enjuiciamiento del ilícito.

La prescripción de la acción penal, en su versión original de prescripción del derecho a acusar al que volveremos luego, apareció en el firmamento jurídico antes, como ya hemos visto, durante la Roma imperial, aunque hay indicios de su existencia en tiempos de la antigua Grecia, mientras que la prescripción de la pena tuvo una aparición posterior, recién con el Código Penal francés de 1791, en donde se les distinguía claramente, no solo por concepto sino también por los plazos diferentes que se usarían en una y otra. Son pues, como apunta Félix Pedreira, historias diferentes: “...No obstante, hasta finales del siglo XVIII la prescripción criminal no pasó de ser una figura con un ámbito de aplicación un tanto limitado, carente de reglas fijas y principios estables, excluida por lo general para los delitos más graves, inconcebible cuando ya existía una sentencia condenatoria...” (2017: 440).

Por último, en el Perú, aunque están legisladas ambas figuras bajo el mismo título en el Código Penal¹²³ y se les considera a ambas las mismas reglas para fijar el plazo prescriptorio,¹²⁴ se trata de dos instituciones diferentes, normándose cada una por separado.

¹²³ Título V del Libro primero del Código Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 635).

¹²⁴ Código Penal Peruano de 1991:

Artículo 86°.- El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal...

Cerrando el paréntesis, no parece conveniente entonces el que tratemos sobre los fundamentos y naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena en conjunto.

Como ya tratamos en el apartado correspondiente, hay autores de diversos tiempos y nacionalidades que han justificado la prescripción de la acción penal principalmente en la falta de necesidad de pena y desde allí, postulan la naturaleza material de la institución (Carrara 1976: 55-92; Oré 2011: 495; Polaino 2008: 54; Ragués i Vallés 2004: 47; Valdivieso 2011:239). Otros tienen como variante, que a la necesidad de la pena, añaden la seguridad jurídica como fundamento (Pagano 2002: 68-69 y Vinelli 2015: 217). Y hay quienes la fundamentan en otras razones, pero coincidiendo todos en que la naturaleza es material (Castillo 2008, Pedreira 2004, Roy Freyre 1998, Yusseff 1987).

Inclusive es el caso de José Sain, quien analiza la legislación de su país, Venezuela, en donde se trata la figura dentro del código adjetivo, pero él defiende la postura material, pues argumenta que su efecto es desaparecer la posibilidad de imponer una pena, es decir, los efectos sustantivos del delito:

Aun cuando en el Código Orgánico Procesal Penal se le establezca como un obstáculo a la persecución penal (entiéndase a la acción penal), capaz de ponerle fin por adelantado al proceso (sobreseimiento), e impidiendo con ello la continuación del mismo, y, su instrumentación depende del ejercicio o no de un derecho del perseguido, su génesis está en el Código Penal (2005: 51).

Hay un matiz interesante en la posición de Muñoz Conde y Mercedes García Aran y es que inclinándose a la que consideran es posición mayoritaria, diferencian de ella la interrupción y la suspensión:

...en general, se considera de naturaleza jurídico-material y no meramente procesal (STS 22 de noviembre de 2006). Por ello, las normas que regulan los plazos de prescripción no pueden ser aplicadas retroactivamente si con ello se perjudica al reo (STS 24 de abril de 2008). Aquí se incluyen las normas que declaran la imprescriptibilidad de algún delito porque tal declaración afecta al plazo de prescripción en el sentido de que lo elimina, lo que, indudablemente, perjudica al reo. En cambio, las disposiciones que regulan la interrupción y la suspensión del plazo se refieren a la repercusión de determinados actos procesales (resolución judicial inculpatória, denuncia, querrela) en el desarrollo del procedimiento, por lo que (pese a incluirse en el Código penal), poseen naturaleza procesal (como se indica en la Exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, que las introdujo). Como normas procesales, deben aplicarse a los actos que tienen lugar en cada momento (*tempus regit actum*), por lo que no cabe plantear su retroactividad... (Muñoz Conde y García 2010: 406-407).

Esta posición se entiende desde la particular posición que sobre la dogmática tienen estos autores, en el sentido de propugnar que dogmática no es igual que dogma y por tanto, vencer la mirada meramente teórica de las instituciones con la fuerza contundente de los hechos. La mía al respecto es una posición más conservadora. Me alinee dentro del reclamo de coherencia de Max Mayer. Defiendo una dogmática que aspire a ser arquitecta de una construcción sistémica del derecho, para que, alimentándose de la realidad, pueda también alimentar al derecho, entendiendo que lo suyo no es ser un mero recopilador de realidades, sino un constructor de teoría. Es imprescindible lograr en el derecho una absoluta coherencia intra sistémica, o al menos, la mayor coherencia posible

entre sus distintas ramas, al interior de cada una, entre sus diferentes instituciones y al interior de cada una de sus instituciones, entre todas sus normas y aplicaciones. El puro conocimiento interno de las normas no debe imponer una arbitrariedad sobre los casos concretos. Si no hay consecuencia intrasistémica en el derecho, difícilmente se alcanzará metas político-criminales. Por esta razón, difiero de la postura de los profesores españoles y más bien, aceptando el argumento, en el extremo de que tanto la interrupción como la suspensión son instrumentos procesales, usarlo para demostrar que toda la institución lo es.

Completaré la lista de autores que adhieren a la tesis material de la naturaleza de la acción penal, citando a dos profesores peruanos. La singularidad de Reiner Chocano, radica en sostener que la institución es sustantiva pero fundamentarla en una razón procesal, como la dificultad probatoria debido al paso del tiempo (2006). Y consigno para terminar la opinión de Víctor Prado Saldarriaga, quien no se ha pronunciado expresamente en ningún texto sobre la naturaleza de la prescripción, pero preguntado por mí, indicó que siempre ha asumido que al ser una institución vinculada a las consecuencias jurídicas del delito, ella corresponde al derecho penal sustantivo que es el que regula el *ius puniendi* estatal.

No estoy de acuerdo con la tesis material. Las normas positivas de la prescripción de la acción penal, no tienen vinculación alguna con el delito ni con la pena, más allá de las necesarias para fijar los plazos, usando como referencia el momento de comisión del ilícito o la gravedad del mismo. Pero ni alteran la acción punible, ni gravitan en la intensidad de la sanción. Su objetivo es

simplemente la eliminación de la acción penal, que es un instituto procesal y su consecuencia afecta al proceso, no al hecho ilícito ni a su consecuencia, que es la pena.

Con respecto a lo anterior dos observaciones. Ya hemos indicado en las páginas introductorias de este trabajo nuestra discrepancia con que se llame a esta institución prescripción criminal o prescripción del delito, debido a su inexactitud, ya que jamás logrará la institución eliminar el delito, este es un hecho que ocurrió, que es parte de una realidad del pasado que los seres humanos no podemos variar, al margen de la calificación formal que podamos darle a ese hecho con posterioridad. Desde esa perspectiva, se produce una prescripción de la acción penal, no se elimina el delito, sino el vehículo procesal que habilita el camino para que el Estado lo califique como tal y lo sancione. Pero más allá de la imposibilidad de una consecuencia jurídica para el injusto y de una determinación de tal calidad desvalorada, el hecho persistirá inalterable, pues es imposible que prescriba. Ninguna norma puede lograr tal fin.

La segunda observación tiene que ver con la imposibilidad de la aplicación de la pena. La prescripción de la acción penal no elimina la pena, sino la posibilidad de imponerla, al eliminar el proceso que le daría origen. Cuando se produce tal prescripción, no solo no hay pena, sino que no es posible saber si la habrá en un futuro, pues es precisamente el proceso el que determinará la decisión judicial al final del mismo. En ese entendido, no es correcto sostener que la figura que estudiamos elimina la pena, pues ni siquiera sabemos si tal pena llegaría a existir. Con esa lógica, deberíamos imputar tal condición a cada

etapa precluida dentro del proceso o cada recurso no presentado en su oportunidad. Las reglas del proceso, incluida su prescripción, determinan la forma en que éste fluye, no buscan invalidar una pena que, o nunca se produciría o si lo hiciese, ocurriría recién al final del mismo. Imposible eliminar algo que no existe.

Aunque tratando de sustentar otro punto, Yván Montoya encamina la cuestión. En efecto, tratando de ubicar una justificación dogmática para la aplicación de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, encontró reparos en el derecho interno, debido al principio de legalidad. Uno de los argumentos que desarrolla para resolver su problema, sirve altamente para aclarar que la prescripción de la acción penal, no es parte del derecho material. Indica que el mandato de la *lex certa*, que es el contenido sustantivo que garantiza el conocimiento de los límites de lo prohibido dentro del principio de legalidad, no se afecta para nada con las reglas de la prescripción de la acción:

...dos de las garantías más importantes del referido principio son la exigencia de taxatividad (*lex certa*) y la garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable (*lex praevia*). De acuerdo con la primera, tanto la prohibición o mandato como la sanción adscrita a tales normas deben ser lo suficientemente claras en el sentido de ser comprensibles para el ciudadano promedio responsable. ...la primera garantía (*lex certa*) tiene como referente únicamente a las disposiciones penales incriminatorias directas (art. 2.24.d de la Constitución), esto es, aquellas que establecen prohibiciones (de conductas) con amenaza de sanciones penales, más no aquellas prohibiciones a las cuales se adscriben otras consecuencias no punitivas directas tales como, por ejemplo, el reconocimiento de la no prescripción de los delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos... (2010: 361).

Si las reglas de la prescripción no afectan el principio de taxatividad, es porque nada tienen que ver con la conducta prohibida, es decir, no tienen capacidad alguna de alterar el tipo penal. Añado que, por lógicas razones, tampoco afectan ni inciden en la antijuridicidad ni en la culpabilidad, con lo cual, nada tienen que ver con la teoría del delito. En la misma línea reflexiona Claudio Zapata:

El tiempo por sí mismo no tiene la aptitud para modificar la naturaleza del delito o su constitución, ni puede tampoco hacer desaparecer la tipicidad, la culpabilidad, la antijuridicidad o la imputabilidad; el transcurso del tiempo ejerce sus efectos más bien sobre la punibilidad del delito, no entendida como merecimiento de pena, sino como la posibilidad efectiva de aplicarla (2018: 2).

Sobre esto último, coincido con algunas de las reflexiones de Ragués i Vallés (2004: 85). Indica el profesor español, citando a Max Lorenz que si lo antijurídico es lo socialmente dañoso, el paso del tiempo le quita esa calidad al hecho y eso ubicaría al instituto estudiado dentro de la antijuridicidad, con lo que siendo parte de la teoría del delito, podría considerarse de naturaleza material. El argumento sin embargo no es real, pues la prescripción no califica como una causa de justificación, el paso del tiempo no justifica ni valida ningún hecho anterior. Las causas de justificación, hacen que unas conductas tipificadas en la norma, pierdan su reprochabilidad, con lo cual nunca hubo injusto. En cambio, frente a un hecho punible imposible de castigar por prescripción, el hecho fue y sigue siendo desvalorado.

Con respecto a la culpabilidad, otro de los contenidos de la teoría del delito, el Tribunal Supremo español, en diferentes sentencias, según informa Ragués i Vallés (2004: 87), ha sostenido que hay circunstancias distintas del hecho que compensan la culpa del sujeto y obligan a evaluar y disminuir la pena. Entre ellas habría circunstancias de compensación constructivas como la confesión y la reparación y circunstancias de compensación destructivas como las dilaciones indebidas y las medidas cautelares privativas de derechos. El autor español dice que allí se ubicaría el paso del tiempo. Difiero. El paso del tiempo no altera un ápice la culpabilidad, pues el sujeto sigue siendo responsable de los hechos que haya realizado en el pasado. Si ha sido el sujeto activo de un tipo penal, el cual realizó con conciencia de su antijuridicidad y sin que se le pudiera exigir una conducta distinta, pues amerita el reproche y esa culpabilidad no desaparece por más tiempo que pase.

En este extremo el autor hispano hace mención a la punibilidad, categoría ajena a las clásicas de la teoría del delito. Señala que lo que pasó no lo puede cambiar el tiempo, pero que hay circunstancias posteriores que deben evaluarse para aplicar una pena y que pueden hasta hacerla desaparecer. Con esto, el autor justifica su posición de fundamentar la prescripción de la acción penal en la falta de necesidad de pena, como ya hemos tratado en el apartado correspondiente, haciendo de la misma una institución material. Discrepo. Ya se ha dicho y es una de las ideas centrales del trabajo, que la institución no ataca la pena sino el proceso, destruye el proceso, sin saberse en ese momento si hubiese existido pena o no. Lo que se liquida, es la posibilidad de iniciar o continuar la actividad

procesal que definiría si habría o no mérito a una pena. No existiendo la pena, es imposible que la prescripción la destruya. Adicionalmente, aceptando por un instante el argumento de Ragués i Vallés (2004:88), en el sentido de que la prescripción sería un requisito de punibilidad, tendríamos que señalar que sería un requisito procesal de punibilidad, pues evitaría que se emita una sanción porque liquida el proceso. Sostengo que al respecto hay confusión, en el afán de aplicar criterios garantistas al máximo.

El que en sede nacional se dicten sentencias en donde el Juez se pronuncie sobre la prescripción de la acción, inclusive para concederla, con lo que se auto impide de imponer pena, no es más que una circunstancia del diseño del proceso, en donde se ha establecido un momento para la presentación de excepciones, una de las cuales es la de prescripción y la necesidad de continuar el mismo. Pero el que se incluya en la sentencia no le da calidad de requisito para penar, sigue siendo requisito para juzgar, siendo la imposición de pena, si fuese el caso, el momento final de ese proceso, impedido por la prescripción.

Claus Roxín defiende la misma idea, indicando que la falta de merecimiento de pena ante una situación de prescripción no tiene nada que ver con el hecho, porque para que una institución jurídica sea de carácter material, debe vincularse con la acción punible, cosa que no ocurre con la prescripción de la acción penal, que es ajena a él (Roxín 2008).

La prescripción no tiene espacio entonces dentro de la teoría del delito. Pero además, como ya se señaló en la cita anterior, tampoco tiene que ver con la

pena, pues no contribuye a su configuración. Sigamos con Montoya, pues sus argumentos, aunque con otro objetivo, siguen siendo rendidores para destruir esta posición mayoritaria del carácter material de la prescripción de la acción penal: "... el conocimiento necesario para la autodeterminación libre del ciudadano no pasa por calcular aspectos no punitivos de la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad tales como la prescripción... de cara a la individualización judicial de la pena prevista por un tipo penal común...". (2011: 135). La prescripción es entonces uno de esos aspectos no punitivos, porque ni aumenta ni disminuye la pena y por supuesto, no está considerada como parte constitutiva de la misma.

De manera que no es correcto pensar que la prescripción de la acción penal elimina la pena. El que la imposibilidad de aplicar la pena sea una consecuencia ulterior, no convierte ese hecho en decisivo. Lo que hace la prescripción de la acción penal, es, según la doctrina general y el texto legal peruano, eliminar la acción penal. Obviamente sin acción no habrá proceso y sin proceso no habrá pena, pero el que la cadena lógica nos lleve a ese final, no quiere decir que a la causa inicial haya que imputarle el resultado último. Es como sostener, por ejemplo que la imposibilidad de actuar una prueba es determinante en la ulterior sentencia y por tanto la prueba es un instrumento de derecho material. Con un razonamiento así, podríamos encontrar causas en todo y al mismo tiempo, consecuencias en todo.

Estableciendo así que la prescripción de la acción penal no tiene que ver ni con el delito ni con la pena, es que Montoya concluye en que su aplicación, no

violenta el principio de legalidad. Pues bien, son las mismas razones las que hay que usar para concluir en que no se trata de una institución material, pues no se incluye dentro de los temas que a ella corresponden.

Me parecen razones suficientes para concluir en que la prescripción de la acción penal no es de naturaleza material. Se trata más bien, como sostiene Roxín y en Perú San Martín, de un presupuesto para la procedencia de la acción penal y por tanto, de una institución procesal.

2.2.2. INSTITUCIÓN MIXTA

Antes de revisar los argumentos que dan sustento a la tesis del carácter procesal de la prescripción de la acción penal, abordemos a quienes la consideran una institución mixta, para así dedicarnos al final a la posición que defiende este trabajo.

Hay quienes ven en la figura que estudiamos una que comparte ambas naturalezas material y procesal. En tanto extingue la pretensión punitiva del Estado y excluye la pena, estaría enmarcada dentro del derecho sustantivo y en tanto prohíbe o impide la persecución del imputado, sería una institución de carácter adjetivo.

Quienes mantienen esta posición conciliadora, recogen como ciertos algunos argumentos de ambas partes, ya sean algunos o al menos uno de cada lado. Algunos de ellos son: Jescheck y Weigend (2002: 982); La Rosa (2008:

111); Mezger, (1957: 420); Serrano (1995: 42); Welzel (1987: 359); y en sede nacional Calle (1921: 7); Cruz (2012: 225-226); Peña Cabrera (2011: 67); Quispe (2013: 16). A manera de resumen introductorio podríamos consignar este simple razonamiento de uno de ellos, Vincenzo Mancini: “...Los dos ordenamientos jurídicos, material y formal, se confunden aparentemente en una zona constituida por normas e institutos de carácter mixto (ejemplo, prescripción, rehabilitación, remisión, etc.)...” (1948: 125).

Un sector importante considera que estamos frente a una institución que se fundamenta en la falta de necesidad de la pena y al mismo tiempo en la dificultad probatoria, pero a pesar de tener las dos fuentes explicativas, solo responde a una naturaleza jurídica. Los casos emblemáticos de San Martín por la tesis procesal y Bramont Arias y Mir Puig por la material, los hemos tratado ya con holgura en este trabajo. Sin embargo, como también hemos apuntado, lo esperable sería, que quienes sostienen estos dos fundamentos para explicar la institución, le atribuyan a ella una naturaleza jurídica mixta.

Es el caso de Percy García Cavero, quien la fundamenta en la falta de necesidad de la pena (argumento material) y en la dificultad probatoria por el paso del tiempo (argumento procesal) y defiende la tesis de la naturaleza mixta de la prescripción de la acción penal:

Si fuese sólo de naturaleza material, la prescripción se presentaría como una causa de exclusión de la punibilidad cuya incidencia en el proceso penal debería hacerse valer con una excepción de improcedencia de acción (por no ser penalmente justiciable), mientras que si su naturaleza fuese puramente procesal, la prescripción de la acción penal afectaría una condición de procedibilidad que debería

poder dar pie a una cuestión previa. Sin embargo, la alegación de la prescripción en el proceso penal no admite la posibilidad de seguir esos caminos procesales, sino, más bien, el de una excepción propia en el que se conjugan aspectos tanto materiales como procesales. La institución de la prescripción se muestra así como un claro ejemplo para cuestionar la pretensión de separar conceptualmente el Derecho penal del Derecho procesal penal y pone en evidencia la necesidad científica de asumir una visión integral del sistema penal (García Caveró 2012: 877).

Discrepo del razonamiento anterior. La prescripción de la acción penal es una condición de procedibilidad, precisamente porque exige al juez rechazar la acción liminarmente si ha prescrito, lo que no da pie a ninguna cuestión previa.¹²⁵ Puede ocurrir sin embargo, que nadie en el proceso se percate del cumplimiento del tiempo de prescripción y por tanto, el proceso siga adelante, caso en el cual, advertido el suceso, la prescripción se convierte en un medio de defensa técnico. Por otro lado, no cabe la excepción de improcedencia de acción, pues no se trata de una institución material. De más está señalar que inobservada la circunstancia prescriptora al iniciarse la causa, sería imposible una cuestión previa pues habría precluido y además, se hace inútil teniendo en la legislación la modalidad de la prescripción extraordinaria. Por lo anterior, es necesario en el diseño procesal peruano, un recurso especial como la excepción de prescripción que puede presentarse en cualquier momento y aspirar a una resolución judicial inmediata.

¹²⁵ “... la improcedencia constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contiene habrán concluido indefectiblemente...”. (Monroy 2007: 306)

Hay exponentes de la tesis mixta, que distinguen a la seguridad jurídica como argumento principal. Así, el español Vicente Martínez Pardo parece orientarse hacia la naturaleza material, pero gira en su razonamiento: "...si reparamos en los efectos que produce dentro y fuera de proceso, que no se trata de una institución exclusivamente material. Más bien estamos ante una institución de naturaleza mixta..." (2011: 132). Posiciones similares sostienen Francesco Pagano (2002: 68-69) y en Perú, Jorge Rosas (2005: 175).

La lista de los autores que suscriben la tesis mixta es larga. Hans Welzel la suscribe basándose en dos argumentos, la falta de interés estatal por seguir la causa y la dificultad probatoria (1987: 357). El español Rodríguez Ramos no solo le encuentra fundamentos materiales y procesales, sino que adiciona fundamentos constitucionales, incorporando en esa última lista a la seguridad jurídica, el impedimento a dilaciones indebidas y el objetivo de la reinserción social (Rodríguez 2003: 755). El argentino Esteban Righi, siguiendo a Binder, sostiene que aunque tiene una causa jurídico material, está prevista como un obstáculo procesal (2001: 135). El chileno Juan Bustos Ramírez también sostiene la tesis mixta, pero alegando las consecuencias que produce en el derecho procesal, pues para él, el fundamento es solo el principio de necesidad de la pena (2004: 746, tomo II). El español Carlos Mir Puig señala que la institución es fundamentalmente material, pues elimina la pena, pero como elimina para ello también la acción penal, entonces también es procesal y por tanto, mixta (2013: 388). Y su compatriota, Ignacio Colomer algo más hortodoxo, recurre a la dificultad de probar los hechos delictivos y a la

posibilidad de imposición de la pena para sentenciar la naturaleza mixta (2008: 587).

Entre los peruanos es interesante el camino recorrido por Javier Villa Stein, quien parecería primero inclinarse por otorgar a la institución una naturaleza material y luego abraza la tesis mixta. Así, en su escrito “Los recursos procesales penales”, hace referencia a la falta de necesidad de pena, a que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción y queda poca memoria social de ella (2010: 180). Y aunque luego amplía fundamentos y se refiere a la seguridad jurídica y a la renuncia al *ius puniendi* estatal, es recién cuatro años más tarde, en su libro “Derecho Penal”, donde explícitamente se pronuncia por el carácter mixto de la institución, siguiendo a Welzel (2014: 614).

Camino inverso en su conclusión intelectual habría seguido Raúl Peña Cabrera, quien sentencia: “...El hecho que, en la prescripción se añada criterios procesales, no hace que este instituto sea un mero obstáculo procesal; la prescripción tiene naturaleza material y procesal...” (Peña 1999: 568).

Pablo Sánchez no se pronuncia directamente sobre la materia, pero puede deducirse que suscribe esta posición, pues al tratar los fundamentos, primero pone un pie en terrenos procesales, destacando la falta de necesidad de la persecución al no haberse producido oportunamente, pero luego hace referencia a la teoría del olvido, con lo que pone el otro en territorio material (2004^a: 357).

Otros peruanos que firman la teoría mixta, son Cecilia Pezo (2012: 109) y Juan y Rafael Marcone (2003: 222).

Terminando esta enumeración, hay que consignar a Mixan (2000), quien sostiene que la prescripción de la acción penal, es procesal y material, pero no mixta porque no es mezcla, sino que tiene de ambas.

Sostener que la institución es mixta, es, desde mi perspectiva, una forma de no tomar posición y una forma de contribuir a la confusión. O la prescripción de la acción destruye la pena o destruye el proceso. Y aunque el proceso es el camino para llegar a la pena, no es igual. Y tal como ya se ha explicado, ni siquiera es seguro que habrá pena cuando se está en un proceso.

Volvemos a este punto, porque es bien importante en este extremo aclarar que no cabe optar por las dos respuestas. Exponer que la destrucción de la acción penal es lo mismo que la destrucción de la pena, es primero, dar por sentado que habría pena de todas formas al final del procedimiento, lo cual es imposible de saber y segundo, es confundir el resultado con el método para llegar a él, la meta con el camino.

Otra confusión que puede generar esta visión dual de la naturaleza de la prescripción, es la de entenderla como una causa extintiva de responsabilidad penal, lo que tendría naturaleza sustantiva y al mismo tiempo un presupuesto de procedibilidad, de indiscutible carácter procesal. O es lo uno o es lo otro, no puede ser ambas. Esta tesis sostiene que es lo segundo. Pero si fuese lo primero, esa sería la causa para no continuar la persecución, pues no habría materia perseguible ni imputación posible, con lo cual, el modo procesal de aplicar el

derecho sería lo de menos. Pero queda claro que no se puede ser una cosa y al mismo tiempo la otra.

Por razones obvias, a esta postura alcanzan también todas las críticas hechas al modelo material, pues según esta tesis comparte su naturaleza también y las que apuntaremos luego para el procesal. Ocioso seguir repitiendo ideas.

Baste decir que si los defensores de esta posición reclaman este carácter dual, desde su propia óptica, tanto los materialistas como los procesalistas tienen argumentos suficientes para rebatirlos.

En mi caso, como pasaré a explicar más adelante, considero que la prescripción de la acción penal es procesal y por tanto, puedo repetir, para quienes sostienen la figura de la naturaleza mixta, todos los argumentos que sirven para rebatir la tesis de la naturaleza material, que he alegado en el apartado correspondiente.

2.2.3. INSTITUCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL

Dejamos para el final la tesis procesalista, porque ya se ha expresado la adhesión de este trabajo a la misma. La prescripción penal es usualmente legislada en los códigos sustantivos, pero en Francia nació su regulación en el Código Procedimental, por ello la naturaleza procesal de la prescripción de la

acción penal, es considerada una tesis francesa¹²⁶. Sin embargo, mayor vigor le ha dado la doctrina alemana, que desde el año 1946 sostiene que la prescripción de la acción penal (y también la prescripción de la ejecución de la pena) es un impedimento procesal.

Al respecto cuenta Daniel Pastor que para los alemanes la prescripción es procesal, porque solo así pudieron perseguir a los nazis, de manera que la adopción de esta tesis resultó ser para ellos “...un consenso entre la práctica y la ciencia jurídica para permitir, aun a costa del sacrificio de principios constitucionales básicos, la persecución a ultranza de los crímenes del nacional-socialismo” (1993: 37). La razón, ya tratada en este trabajo, tuvo que ver con la necesidad de declarar la imprescriptibilidad de los delitos cometidos y poder aplicar dicha norma de inmediato, cosa solo posible si se le considera procesal y no material, por el principio de irretroactividad de las normas penales.

Son muchos los defensores de esta posición, entre otros Altaraz (2014:14), Bettiol (1965: 727), Jiménez de Asúa (1964: 642, tomo II), Meini (2010: 293), Montoya (2010 y 2011),¹²⁷ Pisfil (2015: 14), San Martín (2014: 354), Sánchez Mercado (2010:483), Zaffaroni (1980: 28), Zapata (2018: 23). No todos los defensores de esta posición coinciden en su argumentación, pero una idea sólida

¹²⁶ No olvidar que la codificación de la Institución se difundió a partir del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808. Pág. 989

¹²⁷ Yván Montoya no trata directamente el tema, pero estudiando la imprescriptibilidad y su aplicación en derecho interno, desarrolla un concepto muy interesante, en el sentido que la prescripción no toca el tipo ni la pena. En ese sentido, interpretando en contrario, lo enlisto con quienes defienden su naturaleza procesal. Aquí las citas: “...se entiende que el conocimiento necesario para la autodeterminación libre del ciudadano no pasa por calcular aspectos no punitivos de la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad tales como la prescripción...” (2011: 135) y “... a los cuales se adscriben consecuencias no punitivas tales como la norma de no interponer obstáculos procesales (autoamnistías, prescripciones, u otros semejantes)” (2010: 361)

y común, es que el delito cometido sigue siendo injusto, aunque haya pasado el tiempo y por esta razón prescriba. De esta forma, la prescripción no opera como una revocación de la pena, mucho menos del delito, que como hemos tratado, como hecho del pasado es imborrable, sino tan solo como un impedimento procesal para su juzgamiento. Siendo un presupuesto procesal para el inicio de la acción penal, el que no se haya vencido el plazo habilitado por la ley, su ocurrencia acarreará la extinción de la acción, con lo que se elimina la vía para investigar, juzgar y eventualmente sancionar el hecho. Pero esto, sin embargo, no significa cuestionar el derecho sustantivo del Estado a la persecución del delito, se cuestiona su capacidad de realizarlo al no haber seguido las normas de la oportunidad de la persecución. No se confunda el fondo con la forma.

Citemos a Maurach en defensa de esta tesis:

... un hecho no se convierte en punible por el comienzo de la concreta persecución, sino por su absoluta y general conminación penal. Al igual que un delito no puede ser despojado de su carácter injusto por un acto de gracia, no perderá una infracción por el simple transcurso del tiempo la cualidad de su sumisión a una pena. Es, pues, acertado el criterio puramente procesal mantenido por la opinión dominante... (1962: 625).

Similar la postura del chileno Claudio Zapata, pero con la particularidad de que suscribiendo la tesis procesal, encuentra que el fundamento de la institución es material, la falta de necesidad de la pena, como lo hemos consignado ya en el apartado correspondiente. Esta tesis suya, de alguna forma lo lleva a una posición confusa al definir la naturaleza jurídica: "...la prescripción penal es una

figura que despliega sus efectos jurídicos en el ámbito de la punibilidad: desde una posición estrictamente procesal al impedir que se configure la imputación de responsabilidad penal...” (2018: 38).

Siendo esta tesis un trabajo que da mucha fuerza al argumento historicista, es conveniente recordar que la prescripción que estudiamos, en su nacimiento romano (del griego solo hay un par de pistas y ningún estudio), fue una institución procesal, basada en la negligencia del interesado, en tanto sujeto pasivo de la acción delictiva, que perdía su derecho a acusar.

Como ya hemos visto, Von Feuerbach secunda la posición Romana: “...difícilmente la prescripción del crimen tenga otra razón que la máxima de los doctrinarios romanos...” (1989: 88), Claus Roxín sostiene que se trata de un presupuesto de procedibilidad (2008: 989), Luis Jiménez de Asúa que “...se trataría sólo de un impedimento a la acción persecutoria penal...” (1964: 642), y Winfried Hassemer en libro conjunto con Francisco Muñoz Conde que “...todavía hoy se encuentran en el código penal preceptos de claro contenido procesal como los relativos a la prescripción de delitos y penas...” (1989: 122), sentenciando así, cada uno a su manera, la naturaleza procesal de la institución.¹²⁸

Entre los nacionales que se alinean en este sector interpretativo, podemos citar a David Altaraz (2014: 14), Salvador Herencia, basándose en la dificultad

¹²⁸ Es conveniente observar que sobre esta frase escrita con Hassemer en 1989, Muñoz Conde hace matices en libro suscrito con García Aran en el 2010, en donde limita la condición procesal de normas procedentes del Código Penal, solo a la interrupción y suspensión de la prescripción, a diferencia de las que fijan los plazos prescriptorios, que considera de carácter material. (Muñoz Conde y García 2010: 406-407).

probatoria (2005: 40), Raúl Pariona, argumentando varios fundamentos (2013: 151), Daniel Pisfil, justificando la autolimitación por seguridad jurídica (2015, 14), y Miguel Sánchez Mercado (2010: 487).

Este último autor, que rechaza las teorías tradicionales, se alinea en la tesis procesal, tomándola a la vez como fundamento: “...Esta tesis es dominante en Alemania y enseña que la prescripción es solamente un impedimento procesal desvinculado con los hechos, es decir con el injusto...” (2010: 487).

Sostiene que es la única suficientemente rendidora para explicar todos los pormenores de la institución, pues explica por qué la prescripción termina de inmediato cumplido su plazo, que la cercanía o no del cumplimiento del plazo prescriptorio no genera ninguna circunstancia de atenuación o agravamiento de la pena, que los plazos son personales y no tienen nada que ver con la participación en el delito siendo igual para el actor principal que para un cómplice secundario.

Insiste en el argumento de que la prescripción de la acción penal no forma parte del supuesto ilícito y lo más interesante, subraya que al prescribir, el hecho ocurrido sigue siendo típico y antijurídico, al extremo que siendo la prescripción personal, prescrita la acción contra una persona, las investigaciones y procesos contra los otros partícipes deben continuar hasta llegar a una condena si fuese el caso.

Es interesante observar que esta claridad sobre el carácter personalísimo de la institución viene de antiguo, esto se escribió en 1936: "...Pero la inducción y la complicidad no son afectadas en aquellos casos en que el agente está exento de pena (circunstancias que eximen de pena al autor) ni en los caso en que falta un requisito meramente procesal (la prescripción, por ejemplo)" (Cornejo 1936: 421). El texto sirve además para formar al antiguo jurista peruano en la lista de los defensores de la naturaleza procesal de la figura estudiada.

Eugenio Zaffaroni, quien analizando muchos fundamentos, es de los primeros en tratar el del plazo razonable, es otro de los que defienden el carácter procesal de la prescripción de la acción penal, subrayando la diferencia de naturaleza que tiene con la prescripción de la pena, que es material, pues al producirse ya no hay proceso y se extingue la pena, mientras que la prescripción de la acción penal "...tiene carácter procesal (la disposición se dirige primordialmente al juez)" (Zaffaroni 1980: 28).

Queda claro que para Daniel Pastor y para la mayor parte de sus seguidores, enumerados en este trabajo al tratar el plazo razonable, la naturaleza de la prescripción de la acción penal es procesal. Cuando buscando una forma de realizar el derecho del justiciable a ser juzgado dentro de un plazo razonable, mira a la prescripción de la acción penal y echa mano de ella, lo hace en tanto que la reconoce instrumento de excepción y como tal, parte del derecho procesal: "...Es por ello que, para la suerte del proceso, el vencimiento de su plazo máximo de duración razonable debe ser visto como un impedimento procesal que evite la prolongación del enjuiciamiento, dado que, de continuar, se volvería

ilegítimo a partir de ese punto en el tiempo. En el derecho procesal penal este impedimento se canaliza a través de la vía de las excepciones o artículos de previo pronunciamiento, con imputación, por analogía *in bonam partem*, al obstáculo procesal de la prescripción del delito” (Pastor 2004: 362).

En el Perú gana terreno la posición procesalista, a partir de su adscripción por influyentes profesores universitarios. Iván Meini sostiene que es una institución procesal. En sus trabajos sobre la materia, sostiene inalterable el mismo punto de vista. Así, tras un primer título dedicado exclusivamente a la prescripción de la acción penal, en un segundo vuelve a la carga defendiendo la misma posición, que le lleva necesariamente a considerarla una institución procesal, al servicio de decisiones políticas para enfrentar la delincuencia en el país: “...encuentra su razón de ser en consideraciones político – criminales y sus consecuencias se plasman en el proceso penal...” (2010: 293).

En el trabajo anterior, había ahondado en las razones político criminales que justificarían la prescripción de la acción penal, las que, como hemos explicado en el bloque dedicado a los fundamentos, no sería otra que contribuir a descargar el volumen procesal del sistema de administración de justicia, a fin de hacerlo más eficiente.

Yván Montoya no ha trabajado precisamente el tema de la prescripción de la acción penal, pero define con claridad su posición sobre la naturaleza jurídica de la figura, en sus estudios sobre la judicialización de casos de Derechos

Humanos y las trabas que pueden encontrar estos procesos, por la oposición de medidas procesales del derecho interno.

Particularmente preocupado por una nueva causal de sobreseimiento, el vencimiento del plazo formal de instrucción, que había sido introducida en la legislación peruana a través del Decreto Legislativo N° 1097, Montoya demuestra con prolijidad, que este nuevo supuesto tendría una naturaleza análoga a las medidas prohibidas de ser usadas para detener procesos violatorios de Derechos Humanos, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹²⁹

A estas medidas prohibidas, entre las que de manera literal en las piezas jurisprudenciales se encuentra la prescripción, Montoya las identifica como obstáculos procesales: "...a los cuales se adscriben consecuencias no punitivas tales como la norma de no interponer obstáculos procesales (autoamnistías, prescripciones, u otros semejantes)..." (2010: 361). Es decir, la prescripción, en su pensamiento, tiene un carácter adjetivo.

Cerrando este repaso a profesores peruanos que suscriben la tesis procesalista, hay que citar a César San Martín, quien además, es del grupo minoritario que defiende una naturaleza procesal para la institución, pero aceptando que la misma reposa sobre una múltiple fundamentación, integrada también por argumentos procesales.

¹²⁹ Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 41: "Esta corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos..."

En efecto, en su libro “Derecho Procesal Penal”, el jurista sostiene que la institución se fundamenta tanto en la falta de necesidad de pena como en las dificultades probatorias, pero que a pesar de tal doble justificación, una proveniente del Derecho material y la otra del procesal, su naturaleza jurídica es procesal, pues fue concebida como un impedimento procesal (2014: 354).

Es muy interesante esta última oración de su argumento, pues coincide plenamente con uno de los fundamentos del presente trabajo, que busca exponer las razones del origen de la institución para entenderla y adaptarla de la mejor manera a la actualidad. La referencia a la manera como nació y el que sentencie categóricamente que se configuró como un impedimento procesal, es algo a tener en cuenta para las conclusiones mismas de la presente tesis.

En lo que respecta a este punto, la obra de San Martín no deja dudas sobre su posición, pues a pesar de considerar que descansa también sobre un fundamento material, como la falta de necesidad de pena, fluye de toda su exposición académico que la prescripción de la acción penal es procesal. Con claridad se aparta de Ferrajoli y asume las tesis alemanas, defendiendo que la prescripción de la acción penal es un requisito de procedibilidad y por tanto, una institución estrictamente procesal. Reafirmando el punto, prestamos sentencia ajena: “...es el más importante de los impedimentos de perseguibilidad del delito...” (Chiara, Grisetti y Obligado 2011: 652).

Terminando con los principales profesores peruanos que defienden esta posición, repasemos ahora algunas posturas críticas a la misma.

Santiago Mir Puig, quien a pesar de reconocer como un fundamento las dificultades probatorias que supone el transcurso del tiempo, adscribe a la tesis material (exactamente lo contrario a San Martín). Señala como contra argumento a la tesis procesalista que “...si la regulación de la prescripción tuviese sólo carácter procesal, sus modificaciones podrían considerarse siempre retroactivas...” (2011: 781) lo que según él, impide la aplicación retroactiva *in bonam partem* de las modificaciones legislativas que pudiesen beneficiar al perseguido.

Hay que discrepar del profesor español pues no puede deslegitimarse un argumento que pretende fundamentar una figura jurídica, por consecuencias de la aplicación de la misma que no satisfacen su visión del Derecho. Ciertamente, hay mayoría entre quienes sostienen que la diferencia básica entre declarar el carácter material o procesal de la institución tiene que ver con las consecuencias del momento de su aplicación, pero eso no puede definir su naturaleza, son consecuencias que nos dan pistas sobre su naturaleza, no al revés.

Por otro lado, a propósito de ese punto, el que las modificaciones de los plazos prescriptorios, pudiesen desfavorecer al imputado, ha sido algo más bien deseado muchas veces. Ocurrió en los Tribunales de Nuremberg, como ya hemos visto y se ha repetido desde entonces, inclusive en sede nacional, juzgando crímenes de lesa humanidad y contra los derechos humanos.

Pero así como un cambio legislativo de los plazos de prescripción que lastima al perseguido debe aplicarse de inmediato, lo propio debe ocurrir con lo contrario, es decir, con cambios de plazos que beneficien al justiciable. Y es que Santiago Mir Puig parte de una mirada material, porque para él, el momento a tener en cuenta es el de la comisión del delito, cuando en realidad, siendo un acto procesal, lo que interesa es el momento en el cual se está desarrollando el proceso, en aplicación del principio de *tempus regit actum*. Las líneas que desarrolla Mir Puig sobre la retroactividad benigna, confunden o pre determinan la mirada sobre la naturaleza jurídica de la institución. Por eso, la aplicación temporal de las normas de prescripción, son una consecuencia de la definición de su naturaleza jurídica y no un fundamento para definir tal naturaleza. Definimos su naturaleza y tras ello se aplican las normas de la retroactividad, él pretende seguir un camino inverso. He ahí el error del profesor barcelonés.

El tema lo intenta solucionar la profesora Romy Chang, quien considera que:

...incluso asumiendo a la prescripción como una institución de naturaleza procesal, en la medida en que afecta derechos básicos de los ciudadanos, no podrá ser aplicada de forma retroactiva (garantía del Estado de Derecho). En tal sentido, la distinción dogmática sobre la naturaleza de la prescripción (de cara a los alcances del principio de legalidad y la garantía de no retroactividad de las normas penales) no legitima una aplicación retroactiva de normas desfavorables... (2011: 335-336).

En rigor aquí no ingresa al tema de definición de la naturaleza de la institución (que desde su perspectiva es material), pero es oportuno apuntar que

esta propuesta, al menos desde la posición fundamental que defiende esta tesis, es inaceptable, pues asume a la prescripción de la acción penal desde el punto de vista del perseguido y no del perseguidor. La institución que estudiamos afecta el derecho o facultad del titular de la acción penal y por más garantista que sea la intención, no corresponde alterarla según el interés del perseguido. El tema será tratado más adelante.

Por otro lado, el mandato constitucional de la aplicación de la norma más favorable al procesado, hace referencia a normas sustantivas, no adjetivas.¹³⁰ Y como ya hemos visto, en materia procesal, son de aplicación las normas vigentes en el momento de la celebración del acto procesal y no las que estuvieron vigentes en el momento en que ocurrió el supuesto típico. No es un tema de retroactividad como ya se ha expuesto, sino de aplicación de la norma procesal vigente durante el proceso en marcha, el principio que rige es, como ya se precisó, el *tempus regit actum*. Lo sentencian dos defensores de la tesis mixta, Jescheck y Weigend, en libro de coautoría: "...La prescripción de un delito no supone modificación alguna en torno a su punibilidad sino que se refiere solo a su perseguibilidad, el plazo de prescripción, en la medida que éste no haya expirado, puede ser ampliado sin suponer una infracción de la prohibición de retroactividad..." (2002: 982).

¹³⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Art. 139° Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

... 11° La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

Cambiando el ángulo crítico, Julio Maier insiste en el argumento de que la prescripción afecta en último término a la sanción que debía aplicarse y por tanto, aunque destruya el núcleo mismo del proceso, lo importante, es que desaparece la pena y por tanto, su naturaleza última no es procesal sino material: “...El hecho de que las causas de extinción de la persecución penal provoquen, cuando se las comprueba, un efecto preciso en el procedimiento penal, a saber la culminación anticipada del procedimiento... en nada cambia la naturaleza de ellas como causas de exclusión de la punibilidad” (2002: 119). Ya hemos desarrollado la respuesta con anterioridad, prescribe la acción penal, el acto procesal, no la pena. La pena ni siquiera existe cuando se produce la culminación del plazo prescriptorio, por tanto, la prescripción no la hace desaparecer, pues no desaparece lo que no existe. Existe una pena conminada en el Código Penal, pero no existe una pena real para el suceso delictiva, hasta que esta no emane de una sentencia firme y esa resolución, pone fin al proceso, de manera que a título de prescripción, solo cabría más adelante anhelar a la prescripción de la pena, pues la prescripción de la acción penal habría devenido en imposible, pues terminado el proceso, se extingue la acción.

Adicionalmente, es bueno tener en consideración que ni siquiera existe la certeza de que habría sentencia al final del procedimiento, pues lo contrario sería vulnerar el principio de presunción de inocencia. Plantear que se destruye la pena, cuando no existe sentencia y ni siquiera se sabe si habrá o no sentencia condenatoria, es un error pues se establece una consecuencia imposible.

2.2.4. POSICIÓN PERSONAL: INSTITUCIÓN PROCESAL

La prescripción de la acción penal no elimina el injusto. Cuando por el transcurso del tiempo el imputado puede alegar la prescripción, no es porque haya desaparecido el carácter ilícito de su acto, sino simplemente porque el tiempo transcurrido ha destruido el vehículo procesal para concretar la persecución, enjuiciamiento y eventual condena. Pero lo determinante para mi juicio, es que el hecho ilícito, sigue siéndolo y en tanto tal, el derecho de la sociedad al reclamo y por tanto del Estado a actuar sigue siendo lícito, aunque ya no pueda ejercerlo.

Para ejercer un derecho, el Estado habilita vías, dicta procedimientos. Esto es el derecho procesal. No basta con que se reconozca un derecho, es preciso para que éste se concrete, que se establezca los caminos por los que deben reclamarse y alcanzarse. Pero si este camino previsto, este procedimiento, por alguna razón, cualquiera esta sea, no puede realizarse, lo que se afecta no es el derecho mismo que sigue vigente, sino el camino, la vía para su obtención. Por ejemplo, si no presento una prueba en su oportunidad perderé la posibilidad de hacerlo, lo cual no significa que se me haya negado el derecho a probar mi causa, que sigue vigente, sino que en ese concreto caso, la vía que tenía para ejercerlo se me ha cerrado. Situación que por lo general es imputable directamente al titular del derecho.

La misma situación se presenta en la prescripción de la acción penal. Partiendo de la idea que aquí defendemos, de que este Instituto se fundamenta en la sanción al ofendido negligente, tenemos que frente a un acto delictivo, el

ofendido (en la mayoría de los casos el Estado), tiene una vía habilitada para presentar su caso y exigir la persecución y determinación del culpable, para la aplicación del posterior castigo. Si este ofendido no actúa en el tiempo previsto, el cual es uno de los supuestos de la vía que tiene habilitada, simplemente se cierra la vía, es decir, se extingue el ejercicio de su derecho (la acción penal) más no el derecho en sí, que aunque reconocido ya no podrá concretarse, por una causa imputable directamente a él, el ofendido negligente. Se entiende que este derecho, para el caso de personas que pueden accionar, corresponde a la potestad del Estado en la mayoría de delitos.

Una vez más, no hay que confundir aquí al Estado en tanto ente organizador de su actividad represora, con el Estado en tanto titular de la acción penal. En ese segundo caso, el Estado, aunque ejerce el *ius puniendi* como parte de sus atributos, lo hace finalmente en nuestra particular representación, defendiendo nuestros derechos y en tal sentido, frente al órgano jurisdiccional, pierde su condición de Estado en tanto organizador y represor (facultad que en ese momento representa la judicatura), para convertirse en una parte del proceso, a la cual se le deben aplicar las mismas reglas que a los demás. Y no hay que olvidar que no sólo es el Estado el que jugará ese papel de titular del derecho de acción, sino que también lo ejecutarán personas particulares en el caso de delitos perseguidos por acción privada. Por eso sostener que la prescripción penal afecta el *ius puniendi* al limitar su capacidad procesal, sería como admitir que en las querellas, el particular ofendido ejerce el *ius puniendi* estatal.

Figuras de otras áreas del derecho pueden ayudarnos para entender mejor la diferencia entre la afectación de la vía para ejercer un derecho y el derecho mismo. En materia civil, por ejemplo, el artículo 1989 del código sustantivo, con el que comienza el título referente a la prescripción extintiva declara: “La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo”. En esa línea se entiende por ejemplo, la figura del reconocimiento de obligaciones, que tiene validez no obstante producida la prescripción, ya que ésta inhabilitó la vía para el reclamo del acreedor, pero no su derecho.

Un ejemplo similar lo encontramos en el Derecho Tributario. La ley de la materia señala que las acciones para cobrar las deudas tributarias prescriben, como norma general a los cuatro años. No prescribe la deuda, lo que prescribe es el derecho del Estado a perseguir al deudor, no desaparece la obligación. De esta forma, si el deudor tributario cancela un tributo ya prescrito, no tiene derecho a solicitar su devolución, pues se entiende que el pago ha sido realizado en el marco de su obligación legal, la cual subsistía, a pesar que en virtud de la prescripción, había desaparecido la vía legal que tenía el Estado para cobrarle.

Estos ejemplos pueden ayudarnos para entender la naturaleza procesal de la institución. Destruye la acción penal, entendida como el ejercicio procesal establecido, no el derecho, en tanto no desaparece el carácter típico ni antijurídico del hecho punible, ni la condición de culpable del sujeto que lo realizó, aunque las vías para llegar a la certeza legal se hayan cerrado.

Bien vale la reflexión a esta altura, en el sentido de que el derecho penal es tan sólo uno de los caminos que tiene el Estado para regular el orden social. Desaparecida la posibilidad de ejercerlo por haber prescrito la acción correspondiente, pueden existir otras vías extra penales e inclusive extra legales para intentar una satisfacción a la sociedad, un retorno al equilibrio violentado e inclusive una sanción al culpable. Y esto, fundamentalmente, porque a pesar de la prescripción de la acción penal, el derecho a la compensación que pueden invocar la víctima y la sociedad, así como la ilicitud del acto, no han desaparecido.

Frente a quienes piensan que la prescripción de la acción penal es una institución del derecho sustantivo, se sitúan quienes la consideran parte del derecho adjetivo.

La razón no solo proviene del descarte, después de terminada la argumentación anterior, sino de la evidencia de verla en el día a día actuando dentro del proceso, como una institución que es parte de las herramientas que se usan o hay que atender para lograr una persecución o una defensa exitosa.

Si el procesal penal, está conformado por todos los actos que realizan los jueces, fiscales, defensores e imputados, con el fin de comprobar o descartar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y en caso de existir, determinar su forma y cantidad; la acción, viene a ser el acto más importante de todos, pues es el que da inicio y además mantiene vivo todo el proceso. Esta idea la encontramos en la definición que hace Pablo Sánchez de la

acción penal: “... la posibilidad de poner en movimiento el aparato judicial a efecto que se investigue, juzgue y sancione, si fuere el caso, al autor o partícipe de un hecho punible. Se trata pues de un derecho a provocar el proceso y los distintos actos que lo integran, con independencia de la existencia de un derecho y de su lesión...” (2004^a: 326-327).

Nada tiene que ver en esta descripción ni el delito, ni la pena, el derecho reclamado dentro del proceso, es materia distinta al proceso en sí mismo,¹³¹ porque la acción no fluye desde el derecho material como pudo pensarse antaño, sino que es un derecho autónomo del delito y su pena, de carácter estrictamente procesal, porque atiende las necesidades de la jurisdicción.¹³² Sin acción, no hay proceso.¹³³

De esta forma, la acción se constituye en el punto más destacado del derecho procesal penal. Y si la prescripción que estudiamos tiene como única consecuencia extinguirla, su efecto es devastador, pues imposibilita la realización del acto más importante del proceso, razón por la que tiene que ser también, necesariamente, una institución procesal, tiene que pertenecer a esta rama del derecho.

¹³¹ “...Carnelutti señala que la acción no protege el interés materia del litigio, sino que protege el interés de que el litigio tenga una justa composición...” (Oré 2011: 378).

¹³² “... la función jurisdiccional permanece inmóvil mientras no reciba un estímulo externo que la ponga en movimiento...” (Oré 2011: 377).

¹³³ “...siendo el ejercicio de la acción penal un presupuesto del proceso, debe entenderse que es materia propia del derecho procesal...” (Righi 2010: 476).

Con estas líneas se fija posición en el presente trabajo. La prescripción de la acción penal es una institución procesal y tiene su fundamento en la inacción del titular por un tiempo determinado legalmente.

2.3 UNA MIRADA AL DERECHO CIVIL ADVIRTIENDO LA DIFERENCIA ENTRE UNA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y UNA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y ENCONTRANDO PUNTOS DE COINCIDENCIA ENTRE ESTA ÚLTIMA Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La prescripción, que en concreto no es otra cosa que el efecto jurídico que ocasiona el paso del tiempo, es una institución que existe en diferentes ramas del Derecho.

En el campo civil, la prescripción puede ser adquisitiva o extintiva. La primera, referida fundamentalmente a temas de Derechos Reales, produce una modificación jurídica en la posición del usucapiente, que adquiere un derecho de propiedad por el uso de un bien, oponible erga omnes. La figura la encontramos legislada en la parte referente a adquisición de la propiedad del Código Civil de 1984, entre los artículos 950 y 953.

La prescripción extintiva, supone la liberación de una obligación. Así, pasado un tiempo determinado, quien no ejerce su derecho para exigir el cumplimiento de una obligación, pierde la posibilidad de hacerlo. Sus reglas fundamentales las hallamos entre los artículos 1989 y 2002 del Código Civil del 84, así como en el Código Procesal Civil, artículo 446 y siguientes.

Es de esta última figura que derivaría, según el repaso histórico de este trabajo, la prescripción penal, o al menos, habrían tenido ambas un origen común, en aquella lejana “*lex Iulia de adulteriis*”, en donde las pretensiones penales y las civiles, se entremezclaban en un proceso que no distinguía las fronteras que hoy hemos establecido. Por lo señalado, vale la pena indicar algunas de las características de la prescripción adquisitiva: se requiere el transcurso de un determinado tiempo previsto en la ley, debe haber una conducta omisiva durante ese periodo de tiempo, para que surta efecto, debe ser solicitada por el deudor¹³⁴ y su consecuencia es el castigo del acreedor que debió reclamar el derecho de manera diligente,¹³⁵ extinguiéndose la acción que le habilitaba la legislación aunque subsista el derecho.¹³⁶

Se desprende el carácter procesal de esta institución, pues es un recurso judicial otorgado al deudor para paralizar definitivamente la pretensión del acreedor, como un castigo, según apunta el propio autor, para quien teniendo el derecho se desinteresó de él y como una forma de lograr la estabilidad jurídica en las relaciones sociales que se vería perturbada frente a una pretensión eterna. Quedando claro además, que lo que se destruye es la vía para alcanzar la pretensión y no el derecho mismo.

¹³⁴ “El transcurso del tiempo señalado por la ley y la inacción del acreedor constituyen, pues, las condiciones para que se produzca la prescripción de acción. Además, ella debe ser deducida por el deudor, pues no es oponible de oficio, como excepción de fondo o medio de defensa frente a la pretensión del acreedor” (León Barandiarán 1954: 512-513, tomo I).

¹³⁵ “La prescripción extintiva, según se desprende de la lectura de los artículos 1989 y 1993 del Código Civil, es el castigo que el paso del tiempo, determinado por ley, genera en la inacción de quien debiera alegar o reclamar un derecho...” (Alva 2008: 32).

¹³⁶ “Por la prescripción extintiva el transcurso de un determinado plazo extingue la acción que el sujeto tiene para exigir determinado derecho antes los tribunales. Es decir, la prescripción extintiva extingue la acción pero no el derecho (artículo 1989 del Código Civil)” (Tord 2012: 126).

Y un tema adicional a precisar en esta figura del derecho civil, es su separación, incluso normativa, con la prescripción adquisitiva. Antiguamente no era así. El Código Civil peruano de 1852 legislaba juntas ambas figuras, como lo hacía el código napoleónico. Pero el de 1936 lo hizo por separado, siguiendo las nuevas tendencias de la época, como ocurre en la actualidad. Y en este punto me es particularmente interesante, como Fernando Vidal al narrar la separación en la legislación alemanas, deja el término prescripción solo para la figura extintiva: “...Acogiendo las ideas de Savigny, el código alemán, vigente desde 1900, legisla por separado la usucapión, como un modo de adquisición de la propiedad de las cosas muebles, y la prescripción como un modo de extinción de las pretensiones...” (2009: 232).

Establecidas las definiciones y diferencias de las figuras de prescripción en el derecho civil y los rasgos característicos de la prescripción extintiva, observemos ahora algunos puntos de coincidencia entre esta última y la prescripción de la acción penal.

Dejo constancia en este punto que no es intención del trabajo hacer conclusiones penales, basadas sobre razonamientos civiles ni igualar instituciones que pertenecen a ramas distintas del derecho. Pero las siguientes líneas pretenden encontrar puntos de contacto que tiene que haber entre instituciones de un ordenamiento jurídico, aunque pertenezcan a diferentes ramas, por un tema de lógica en su construcción y de coherencia sistémica.

El transcurso de un lapso de tiempo determinado es la característica común de cualquier forma de prescripción, así como que dicho suceso, conlleva consecuencias jurídicas. Esta consecuencia jurídica, es la extinción de la acción, entendida esta como el poder jurídico que tiene quien habilita la ley, para poner en movimiento a los órganos de jurisdicción, a fin que al final de un proceso, le satisfagan sus pretensiones. Lo que extinguen ambas figuras que comparamos, es la acción y no el derecho que pretende defender o alcanzar a través de ella.

En efecto, así como hemos visto que hay pacífica coincidencia entre los civilistas a propósito que se extingue la acción y no el derecho, siguiendo una muy larga tradición (Ariano 2006: 198), en el ámbito penal, los tratadistas también lo aceptan (Goldstein 1983: 544, Gonzales 2003: 28, Maier 2002: 119, Yusseff 1987: 2). Mariano La Rosa lo expresa convenientemente: "... El delito no desaparece como ente natural –cosa indudable- ni tampoco como ente jurídico, ya que la infracción sigue produciendo efectos en el campo del derecho... decae la potestad represiva que emerge del delito, pero sigue produciendo otros efectos de naturaleza civil, administrativos o públicos..." (2008: 21).

Como consecuencia de lo anterior, parecería clara también la similitud en el sentido que ambas prescripciones son vistas como un modo de extinción de pretensiones. En materia civil, por eso se llama extintiva, se extingue el derecho a reclamar en sede judicial un derecho o acreencia a un deudor. En derecho penal, quien tenía legítimamente la acción de la acción penal, ve extinguido su derecho o facultad de comenzar o continuar un proceso penal contra el imputado. Nos parece altamente rendidora para los fines de este trabajo, la forma como Domingo García

Rada explica estos términos para las diferentes prescripciones civiles y penales: “...puede darse la prescripción adquisitiva, que es modo civil de adquirir derechos y la prescripción extintiva, que es la manera de liberarse de una obligación o carga. En Derecho Penal existe solamente esta última...” (2008: 76). Igual de categórico es en ese sentido Mariano La Rosa: “En el derecho penal... solo nos encontramos con la prescripción extintiva, siendo desconocida la adquisitiva...” (2008: 57) y hay otros penalistas, que al igual que La Rosa, utilizan el término extintivo para referirse a la prescripción de la acción penal (Von Feuerbach 1989: 88; Sánchez 2004^a: 331).

Hasta aquí coincidencias mayoritarias. Apunto ahora otras en las que hay polémica. Comencemos con que se trata de instituciones procesales. Como hemos visto, es durísima la batalla al respecto. Hay diferentes teorías y basadas en las más dispares justificaciones, las que han permitido desarrollar varias páginas en este trabajo. En materia civil, Augusto Ferrero Costa, quien suscribe la tesis procesal,¹³⁷ sin embargo, nos advertía hace mucho de la polémica:

No toda la doctrina conviene en este enunciado. Ugo Rocco expresa por ejemplo, que la prescripción es de naturaleza sustancial y que lo que mediante la prescripción se extingue es el derecho sustancial y no el derecho a accionar (*Rocco, Ugo. Teoría General del Proceso Civil, México, Editorial Porrúa, primera edición en español, 1959, p. 569*). El más calificado estudioso peruano de la Ciencia Procesal, Mario Alzamora Valdez, señala lo contrario, afirmando que subsiste el derecho pero la acción queda paralizada por prescripción (*Alzamora Valdez, Mario. Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso, Lima, Tipografía Peruana, 1965, p. 46*)...” (1969: 46).

¹³⁷ “El fundamento jurídico de esta excepción es impugnar la acción, por cuanto el plazo para hacerla valer ha caducado. Y es que aunque esta institución esté legislada en el Código Civil, no se trata de una excepción sustancial sino de una excepción de naturaleza típicamente procesal.” (Ferrero 1969: 46).

Suscribo la tesis procesalista y me mantengo en ella. Ya se ha citado muchos autores defendiéndola, baste aquí con Claus Roxín, quien considera al instituto como un presupuesto procesal, entendidos estos como “... las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo procedimiento o una parte considerable de él...” (2000^a: 165) y ratificando su posición, lo enumera entre los presupuestos procesales (2000^a: 167) y lo vuelve a definir así al enumerar el orden en que los jueces deben votar una sentencia.¹³⁸No hace falta seguir sobre este punto que ha sido ya bastante abordado.

Un último punto que encuentro coincidente y que resulta muy valioso para la propuesta de este trabajo, es que tal como los civilistas consideran que la consecuencia de la prescripción extintiva es el castigo del acreedor, que debió reclamar el derecho de manera diligente, hay penalistas que piensan lo mismo de la prescripción de la acción penal, asumiendo que el titular de la misma, resulta castigado por su negligencia al no haber actuado dentro del tiempo previsto. Cito los trabajos de Tomás Gálvez,¹³⁹ Raúl Pariona¹⁴⁰ y Daniel Pisfil.¹⁴¹

¹³⁸ “Primero se debe votar sobre los presupuestos procesales y, por cierto, con mayoría simple... Entre los presupuestos procesales se cuenta también la inexistencia de prescripción...” (Roxín 2000^a: 418).

¹³⁹ “... se sanciona al titular del derecho, con la privación del mismo (caducidad) o con la extinción de la acción para hacerlo valer ante la autoridad jurisdiccional, precisamente por la inactividad o negligencia en el ejercicio de tal derecho. Por ello, la prescripción extingue el ius puniendi estatal (no se trata de una renuncia al ius puniendi, como equivocadamente sostienen algunos)” (Gálvez 2013: 328).

¹⁴⁰ “La actuación de la justicia debe ser oportuna e inmediata. Por ello, la prescripción podría ser entendida también como una sanción al Estado por su inacción...” (Pariona 2010: 151).

¹⁴¹ “... la manifestación del titular de la acción de poner en marcha el aparato represivo del Estado, anula la posibilidad de su inacción o negligencia con lo cual, no hay razón para retirarle el derecho...” (Pisfil 2015: 24).

La propia judicatura nacional, a través del pleno de la Corte Suprema, parece haber firmado esta idea, a tenor del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116: "...la prescripción... constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes..."¹⁴²

Esta afirmación de los supremos es clara en el sentido de que se trata de una sanción a la negligencia de quienes ejercían la titularidad de la acción penal. Los miembros del Ministerio Público, tienen el deber de perseguir, es su obligación hacerlo pues es la función que les otorgó la Constitución. A diferencia del acusador privado, titular de la acción penal en los delitos que indica la ley y para quien el ejercicio de la acción penal es un derecho, para el Ministerio Público, esta titularidad de la acción impone un deber. Y como se renuncia a un derecho, pero no a un deber, se establece la diferencia entre ambos con respecto al fundamento que propugnamos. En efecto, si el fundamento de la prescripción de la acción penal sería la extinción del derecho por inacción o negligencia del titular de la acción, entendida la primera como una renuncia voluntaria por la razón que fuese a ejercer su derecho, queda claro que la disyuntiva debería ser solo para el ofendido en los delitos llamados de acción privada, porque en el resto, en los que el titular de la acción penal, por mandato constitucional es el Ministerio Público, al no ser posible la renuncia, una prescripción de la acción penal siempre tendría que ser entendida como una sanción. De allí surgió la hipótesis ya descartada, porque no abarca a todos los supuestos de los titulares particulares, entre quienes puede haber algunos

¹⁴² Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

que no quieran ejercer la acción, de que el fundamento era la sanción al ofendido negligente.

Era la idea original de la institución. Así nació en Roma (La Rosa 2008: 10; Yusseff 1987: 17) para castigar la negligencia del acusador, quien recibía un derecho del Estado para accionar y lo perdía si pasado un tiempo no lo ejercía, en castigo por su falta de interés.

Sin embargo, hay explícita e importante objeción a esta tesis. Antigua y nueva, peruana y extranjera. Optando por el grado de Doctor en la Universidad de San Marcos, Jesús García Maldonado escribía en 1889: "...la prescripción no nace de la inercia o negligencia de la justicia social para hacer pesquisas... se funda únicamente en el restablecimiento del orden por la obra soberana del tiempo..." (1889: 19).

Más moderno, Félix Pedreira en su importante trabajo sobre la materia señala que tanto la prescripción de la acción penal como la prescripción de la pena, nacieron de la antigua y equivocada idea de que el fundamento de la prescripción de la acción era el abandono o negligencia del Ministerio Público: "...Tales concepciones, en la actualidad, han sido prácticamente abandonadas por la doctrina científica..." (2004: 140) y añade: "...el fundamento de la prescripción penal no se encuentra ni en el castigo a la negligencia del acusador, ni en la presunción de renuncia del Ministerio Público, ni en el olvido social del delito, que podría justificar la adopción de este criterio..." (2004: 215-216).

También se opone Francesco Carrara en diferentes trabajos: "...la prescripción no tiene su causa jurídica en la idea de castigar a los negligentes, sino en un principio de orden superior y en la obligación de proteger la inocencia..." (2000: 371-372) y arremete directo contra uno de los supuestos redactados en estas reflexiones: "... es claro que esta idea es hija de una errónea ilación del Derecho civil. Pero la prescripción penal, no es como la civil, fundada sobre la protección de los diligentes y el castigo de los negligentes. Sería ridículo que, para castigar la negligencia de un juez, se liberase al culpable y se dejara indefensa a la sociedad..." (1976: 73).

Estas críticas descansan en algunos presupuestos que están en la base misma de la discrepancia. Me refiero al modelo actual del proceso, al concepto de la acción procesal y el momento en el que debe ejecutarse la prescripción, antes o durante el juicio.

Sin entrar demasiado en detalle, pues será materia de desarrollo posterior, habría que recordar que la prescripción de la acción penal, anteriormente mejor llamada, prescripción de la acusación, debía ocurrir antes del proceso. Vale decir, si el plazo prescriptorio se cumplía antes del juicio, éste ya no podía iniciarse, pues había prescrito el derecho de acusar del ofendido y el Estado castigaba su negligencia. No se pensaba siquiera en la prescripción extraordinaria, porque iniciado el proceso, se extinguía la prescripción, pues ya no tenía razón de ser. Se había materializado el derecho del titular de la acción de poner en movimiento la maquinaria represiva dentro del tiempo considerado legalmente oportuno y ésta debía cumplir con su tarea.

Ciertamente el concepto de acción en ese entonces era distinto al de ahora. Ni siquiera había sido planteado formalmente dentro de la teoría del Derecho y no pasaba de recoger las posibilidades y formas que tenía una persona para acudir al Estado en busca de justicia y cómo el Estado debía proceder cuando él mismo impulsaba un caso contra un particular.

Era otro modelo procesal. Adversarial, casi privado. Donde los límites del derecho penal y el civil eran inexistentes (luego confusos) y en donde la generalidad, era que el titular de la acción penal era la víctima o quien se considerase ofendido por el acto de un agente que estuviera fuera de los límites legales. El Estado era un tercero imparcial que juzgaba.

Hoy todo cambió, el modelo es inquisitivo y el titular de la acción penal es normalmente el Estado, creando la ficción que le permite dividirse en dos para hacer el papel del acusador y al mismo tiempo del juzgador. Por otra parte, la acción como concepto procesal nació y asumió una vida independiente que le lleva a manifestarse durante todo el juicio, impulsando muchas de las etapas del procedimiento. Y como lógica consecuencia, hablando de la prescripción de acción, el inicio del juicio o la presentación de la imputación dejó de ser el momento límite prescriptorio, considerando que en tanto viva la acción, es posible de ser prescrita, con lo cual, el plazo que quedaba naturalmente vencido por la acusación, pasó dicha barrera para seguir corriendo y poder actuar inclusive dentro del juicio.

Demasiados supuestos cambiaron. El privado ofendido podía acusar a otro privado imputándole responsabilidad sobre el injusto sufrido, pero debía hacerlo

dentro de un plazo que le habilitaba la ley, para presentarse en disputa ante el Estado imparcial que ampararía o no su derecho. Hoy el actor de la acusación se restringió mayoritariamente al papel de víctima que ve como el Estado, a través de un Ministerio Fiscal, asume la titularidad de la acusación, para impulsar él mismo un juicio en donde el imputado comparecerá ante el propio Estado para ser juzgado y llegar a sentencia si fuera el caso, dentro del plazo habilitado por ley.

Frente a estos supuestos tan distintos, es natural advertir discrepancias como las de Carrara o Pedreira, pues quien acusa e impulsa el proceso ya no es el privado, en tanto víctima del delito u ofendido por el injusto y a la vez titular de la acción para acusar, sino un Estado que ha creado la teoría del daño colectivo a la sociedad a través de la lesión de un bien jurídico y en su representación, asume la titularidad de la acción penal para acusar y procesar al supuesto realizador de la conducta típica. Ocurre sin embargo que en este proceso a la víctima no se le pidió permiso, los cambios en los paradigmas procesales recogieron sin repensar ni reelaborar algunos elementos del viejo modelo (la prescripción por ejemplo) y la impusieron en un sistema en el que no termina de encajar. Sostengo en esta tesis, que si hubo cambio de actores (el Estado por la víctima) y cambio en la relación procesal (el Estado perseguidor y represor contra el imputado y ya no la relación tripartita entre víctima, agresor y Estado juzgador), pues los nuevos deben asumir las características del primero para la realización de la institución o desaparecer la misma. Y en el centro de la polémica planteada por los autores que comentamos, si el Estado hará la ficción de convertirse en un actor que pretende ser distinto del juzgador, pues le corresponde las obligaciones y derechos de parte y por tanto, es

posible de ser sancionado por su negligencia o incompetencia, siendo la responsabilidad de las personas que ejerzan los cargos fiscales, un tema distinto, que debería resolverse fuera del proceso, pues tendría que ver más con el incumplimiento del deber funcional, un problema laboral del trabajador con su empleador, léase del Fiscal con el Estado y no en el sede judicial donde lo que habría ocurrido, es que habría vencido un plazo y correspondería la declaración de la prescripción de la acción penal, como sanción o al menos consecuencia a la inacción, consciente o negligente del Fiscal.

En suma, la mirada al Derecho Civil nos permite entender que el Derecho Penal no es una laguna dentro del sistema jurídico nacional y que entre otras cosas, se relaciona con otras ramas del derecho por una serie de orígenes comunes y razonamientos lógicos similares, que nos permiten a veces, echar luces sobre determinados problemas. En el caso que nos aboca, la prescripción de la acción penal, sostengo que a lo largo de los años, con aumento en los últimos doscientos y todavía más en la actualidad, se han producido marchas y contra marchas legislativas, enormes y variadas discrepancias doctrinarias sobre los aspectos más elementales de la institución, resoluciones jurisprudenciales no uniformes, en el fuero nacional y aún más en el internacional, que generan inseguridad sobre una institución que opera, que todos la aceptan, pero que no termina de consolidarse ni en su objetivo ni en su aplicación.

Esta mirada al derecho civil puede informarnos sobre conceptos, racionalidades, funciones y objetivos, de una institución que siendo distinta, tuvo un origen común y puede ayudar a volver a lo elemental de su nacimiento para volver a

comprenderla y re insertarla mejor en el sistema. De particular importancia para intentar aclarar algunas confusiones, extraer las diferencias entre la prescripción adquisitiva y la extintiva. Volveremos al tema en el siguiente apartado.

2.4 HACIA UN CAMBIO EN LA COMPRENSIÓN DE LA INSTITUCIÓN

Con todos los considerandos expuestos hasta aquí, tanto de carácter histórico, cuanto de carácter doctrinal, tenemos material suficiente para descubrir que el problema que habitualmente genera la prescripción de la acción penal, que lleva a su mal entendimiento y permanente innovación legislativa, es que no se le ha entendido tal como fue diseñada, simplemente se le transportó en diferentes momentos de una realidad a otra sin mayor cuidado y ha sido permanentemente desnaturalizada.

Somos conscientes que una institución jurídica una vez que nace cobra vida propia y no debe quedarse agotada en lo que fue al nacer. Pero en el otro extremo, tampoco es saludable que llegue importada de otras realidades culturales, temporales y espaciales para que, sin el mayor conocimiento de su complejidad, sea insertada en la legislación nacional y luego, ser acomodada y reacomodada sin éxito, pues no existe claridad sobre su utilidad, razonabilidad ni finalidad.

En ese sentido, la prescripción de la acción penal llegó al Perú, ya en un proceso de desnaturalización, pues lejos del litigio adversarial en el que nació, con el fin de poner límite temporal a la pretensión retributiva del ofendido, se había incorporado en la codificación a un proceso inquisitivo, en donde la titularidad de la

acción penal ya no era del ofendido sino del Estado (o mejor dicho, el Estado era el nuevo ofendido) y tenía un concepto ya no retributivo, sino más bien preventivo y educativo, hijo de las ideas de la Ilustración.

Si ya había problemas en Europa para tal proceso de adaptación, la importación al Perú fue aún peor, pues llegó sin antecedentes ni explicación, simplemente a reemplazar una norma de prescripción anterior, que en realidad, era más acorde con la real naturaleza de la institución. De la mano de la “modernidad” llegaron los problemas.

Con el paso del tiempo, en Perú como en muchos otros países, esta institución extraña fue usada alternadamente, primero por quienes vieron en ella un peligro para castigar, con lo que se hizo modificaciones para evitar su poder destructor y luego por los garantistas que vieron en ella una forma de ejercer el derecho al juicio en plazo razonable, con lo que fortalecieron su poder destructor.

Y así, pendularmente, la institución ha sufrido, sobre todo en los últimos tiempos, permanentes cambios no solo por vía legal, sino también a través de otras herramientas normativas y jurisprudenciales, inclusive Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de Justicia, que han terminado de configurar una institución amorfa y poco clara en cuanto a su finalidad y modalidad de uso.

Todo este panorama confuso podría comenzar a aclararse recurriendo a la ayuda de la historia, para entendiendo correctamente la institución, definir primero si aporta algo al modelo penal que tenemos, si queremos utilizarla, para qué sirve y cómo la vamos a emplear. Esto requiere necesariamente que la academia forme

opinión, dejando de lado el inútil e infructífero debate habitual, al que hemos dedicado tantas páginas en este documento, sobre los muy antiguos fundamentos o sobre la suspensión o interrupción del plazo prescriptorio, mecanismos posteriores y distorsionadores de la institución. Planteo entonces responder estas preguntas: ¿Queremos que exista la prescripción? ¿Para qué la queremos utilizar? ¿Y cómo la vamos a utilizar?

Por otro lado, una nueva concepción de la institución (que más bien propongo sea un volver a sus orígenes, aunque adaptándola a la actualidad), requiere que se entienda cabalmente, no solo en el atrio académico, sino fundamentalmente en el foro jurídico, que la prescripción de la acción penal es una prescripción extintiva, en tanto extingue la acción, sea ésta considerada un derecho o una atribución; y no una prescripción adquisitiva, en tanto derecho alcanzado por el perseguido, idea que no solo alimenta determinadas prácticas forenses, que dieron motivación a este trabajo, sino que además alcanzan a ser reflejadas en alguna literatura jurídica

En efecto, la percepción de muchos miembros de la comunidad jurídica, es que la prescripción de la acción penal, es un derecho que aspira a alcanzar un imputado. Cuando revisamos en tono comparativo la prescripción en el Derecho Civil, se advirtió que la diferencia conceptual entre la prescripción adquisitiva y la extintiva sería útil más adelante. Recorro a esa herramienta para exponer que en la actualidad, siendo que el carácter de la prescripción de la acción penal es el de una prescripción extintiva, algunos la consideran o la perciben adquisitiva.

Es un hecho contundente, que un importante sector de la colectividad penal nacional e internacional, siente, reconoce, está sensibilizada alrededor de esta institución, concibiéndola como un derecho del imputado y por tanto como una pretensión que él es capaz de ganar si transcurre el tiempo conminado sin que el Juez del caso emita sentencia firme. No son pocos los autores que sostienen esa idea. Vale la pena profundizar un poco en esto para dimensionar la magnitud de la mala percepción. Los hay antiguos y nuevos, peruanos y extranjeros.

Algunos argumentan directamente que la prescripción de la acción penal es un derecho del imputado:

- Guillermo Cruz: “... desconoce instituciones que favorecen a los derechos del procesado; en este caso, anulando la **prescripción extraordinaria, que es una garantía fundamental del imputado...**” (2012: 237).
- Arsenio Oré: “El fundamento de la prescripción es el **derecho de toda persona** a no ser perseguido o sancionado cuando por el transcurso del tiempo se advierta la falta de necesidad de pena” (2011: 499).
- José Sain: “Conforme a la legislación actual la prescripción se establece ahora en función del imputado” (2005: 60).
- Eugenio Zaffaroni: “Se trata también de un **derecho del imputado** derivado del principio de razonabilidad” (2000: 859).

- Alfonso Zambrano: “... y en el reconocimiento del **derecho que le asiste a cualquier ciudadano** para que se cancele la potestad punitiva que ejerce el Estado a través del sistema penal” (2009: 280).

Otros suscriben que es una garantía.

- Alberto Binder: “Sin embargo como la prescripción es una **garantía del imputado**, no es un problema de la acción, en realidad, sino del régimen de garantías.” (1999: 224).

Otros fundamentan la institución en las expectativas de libertad del justiciable:

- Santiago Mir Puig: “...puede jugar también un papel la consideración de **las expectativas que crea en el sujeto la falta de persecución** del hecho durante un determinado plazo...”. (2011: 781).
- Alonso Peña Cabrera: “...había la necesidad de imponer límites para que así **se garanticen las expectativas de extinción** de los justiciables...”. (2004^a: 484).

Y finalmente, otros la consideran como la forma de obtener el derecho a un proceso dentro de plazo razonable.

- Herbert Benavente: “La **prescripción penal** es materia de estudio constitucional debido a que todas las personas **gozamos del derecho a**

que nuestra situación jurídica sea esclarecida por la justicia penal dentro de un plazo razonable” (2012: 67).

- Juan Gouvert: “La Corte Nacional fue delineando el concepto y funcionamiento del **derecho a ser juzgada en un plazo razonable** sin dilaciones indebidas, llegando a escoger ante el vacío legal que sancione la conculcación de la **garantía al instituto prescriptivo**” (2017: 27).

La percepción es incorrecta, pero real y debemos cambiarla. Si algunas plumas importantes del derecho escriben ideas como las presentadas, no hace falta seguir argumentando para captar el tamaño de la confusión conceptual que hay respecto de esta institución. Me permito presentar algunas de las razones que pienso abonan a esta situación.

La primera es un argumento fáctico. Quienes hemos litigado, fundamentalmente en procesos originados en delitos sancionados con penas menores, sabemos perfectamente que usar múltiples recursos para prolongar el proceso, es una estrategia habitual de la defensa, con el inocultable propósito de alcanzar la prescripción de la acción. Es un hecho estadístico: “... no cabe duda que en términos porcentuales la prescripción de la Acción Penal se constituye en la causal de extinción más común y frecuente en la praxis...” (Prado 1999: 417). Y es que de esta forma, se evita la discusión sobre el fondo y se genera impunidad en los casos en los que el imputado es culpable. Las distintas maniobras dilatorias que generan las defensas en sedes judiciales, no tienen otro objetivo que ése y suelen dar resultado. Es decir, se convierte en un estupendo medio técnico de defensa,

sobre todo para delitos menores en donde la pretensión de alcanzar el plazo prescriptorio es más probable. Por tanto, en la práctica, la prescripción se percibe como un recurso que sirve para adquirir el derecho a no ser juzgado. Y no solo para delitos menores, también para los más grandes. Ha sido dura la batalla para quienes han llevado a tribunales violaciones de derechos humanos, como advierte en su tesis para lograr el grado de Maestra, Karim Ninaquispe: "... Uno de los obstáculos que se presenta en el procesamiento de los delitos de lesa humanidad está referido a la prescripción de la acción penal, institución jurídica que es utilizada por los procesados de estos crímenes para sustraerse de la acción de la justicia..." (2012: 182). Pero no solo ha sido un problema para enfrentar a violadores de derechos humanos, también lo ha sido para rivalizar con delincuentes comunes y es que "... muchos de los conflictos penales que se tramitan en nuestros tribunales de justicia penal, terminan a instancias de la prescripción. Es decir, el delincuente sabe a ciencia cierta, sobre todo el habitual, cuál es el tiempo que debe transcurrir para que pueda darse por extinguida la facultad persecutoria del Estado..." (Peña Cabrera 2004^a: 451).

Antes de abandonar este punto, es interesante advertir que este problema actual, parecería no haber existido en el pasado judicial peruano, a la luz del testimonio de García Maldonado a fines del siglo XIX, señalando que casi no había prescripciones entonces. Lo curioso, es que piensa que el hecho se debe a la modernidad. Claramente no tenía forma de ver el futuro o hubiera corregido su

argumento.¹⁴³ Más bien, siguiendo la lógica desarrollada en este trabajo, la razón es que en ese entonces, prescribía el derecho de acusar, por tanto el plazo llegaba hasta el inicio del proceso como máximo. Eran tiempos en que no existía la prescripción extraordinaria y por tanto, la institución rendía con firmeza para impedir el inicio del juicio, jamás para ponerle fin cuando ya hubiese comenzado, con lo que la práctica dilatoria actual para alcanzar el plazo, resultaba innecesaria en aquellos años. Hoy, al haber sido extrapolada la institución de su hábitat legal original, prácticas abogadiles como la señalada son habituales y generan situaciones de impunidad indeseadas, causando además, la errónea percepción de que se trata de un derecho del imputado.

La segunda razón, es que convertida en una excepción procesal, dentro de la legislación adjetiva, se constituye en un instrumento legal que puede ser utilizado por el imputado, de forma tal que cumplido el plazo de prescripción, aunque el Juez debería declararla de oficio, él puede solicitar su declaración, como quien exige la formalización de un derecho adquirido. Así se refiere Pepe Melgarejo a la excepción de prescripción: “... es un derecho que se le otorga al imputado cuando en su oportunidad no ha sido efectivizado, sea por demora del órgano público – lentitud procesal- o de la parte denunciante...” (2011: 138). Lo que hay que remarcar de esta definición es que se trata de un derecho. Y aunque es cierto que la presentación de recursos procesales es un derecho de todo justiciable, refiriéndonos

¹⁴³ “... en el estado actual de adelanto en que se encuentra la civilización, la prescripción criminal raras veces se verifica. En efecto, la buena organización de la policía que consigue casi siempre aprehender al culpable; el telégrafo que permite dar avisos inmediatos que impidan su fuga; los tratados de extradición que colocan al criminal bajo la acción de la justicia; todo contribuye a asegurar la eficacia de las leyes penales...” (García 1889: 23).

como estamos a las percepciones sobre la institución, este hecho refuerza absolutamente el argumento que planteamos, en el sentido que se percibe a la institución como la posibilidad de adquirir un derecho. Se le ve desde la perspectiva del perseguido.

De manera que la institución está configurada de forma tal que se utiliza con normalidad, al extremo de basar sobre ella y la pretensión de alcanzarla, la estrategia de la defensa. “...El modo como está regulada la prescripción en nuestro ordenamiento jurídico ha hecho de ella el instrumento de impunidad por antonomasia, no solo, por los delitos de funcionarios públicos sino para todos los delitos en general...” (Pariona 2010: 150). Tan solo depende de la habilidad del abogado defensor para manejar los instrumentos del sistema. Hay varios especializados en la materia y hasta modelos tipo en diferentes Estudios de Abogados. Tras estas ocurrencias, obviamente el justiciable siente que es su derecho la prescripción, en tanto ha adquirido un manto de impunidad y por tanto, pide que se le otorgue. No es un tema menor, se usa de esta manera, por tanto, por más que los académicos expliquen lo contrario, en la práctica, la percepción está absolutamente distorsionada.

Pero hay dos argumentos que contribuyen a esta confusión y que son bastante más graves en tanto pertenecen al paquete legislativo que configura de manera incoherente la institución en el Perú y en diferentes países del mundo. El artículo 91° del Código Penal peruano,¹⁴⁴ indica que alcanzada la prescripción de la acción

¹⁴⁴ Código Penal Peruano de 1991.
Artículo 91°.- Renuncia a la prescripción de la acción penal.

penal, el imputado tiene derecho a renunciar a ella. No se entiende cómo podría renunciar alguien a algo que no le pertenece. Si la prescripción extingue el derecho del acusador, de nada tiene que renunciar el perseguido, de manera que si se considera esta renuncia, es porque se entiende que ha adquirido algo, de lo que puede renunciar. Esta es a mi juicio una norma que consagra en nuestra legislación, la idea de que la prescripción de la acción es un derecho adquirido por el imputado. Una mirada legislativa de la extinción, tendría que poner el acento en definir si el titular de la acción puede alegar algo en su contra o presentar algún recurso para impedirla, en lugar de indicar las posibilidades del perseguido frente a su declaración.

Es ilustrativo el texto de Tomás Gálvez: "... el derecho de renuncia a la prescripción, está referido a la prescripción ya ganada, mas no así en términos generales o antes de que esta se produzca; pues el derecho a beneficiarse con la prescripción es irrenunciable..." (2016^a: 553). Se aprecia con claridad que para el autor la renuncia a la prescripción es un derecho, pero también lo es la prescripción en sí misma, exactamente en la línea de Marco De la Cruz cuando se refiere a la renuncia de la prescripción: "...si bien es cierto la prescripción es un derecho de todo procesado... se establece el derecho que tiene el procesado para renunciar a la prescripción de la acción penal..." (2003: 162).

Por lo visto hasta ahora, el imputado tiene derecho a lograr que se cumpla el plazo prescriptorio a través de la presentación de recursos dilatorios, tiene derecho a pedir la prescripción cuando se alcance el plazo y también puede lograr dejarla sin

efecto, renunciando a ella. Parece pues una institución pensada en él y por tanto, de carácter adquisitivo. Si la norma le da la posibilidad de renunciar a un derecho, es porque le reconoce ese derecho, que en este caso sería el de no ser juzgado. Entonces, ya no solo es una percepción y un error de algunos autores, sino que además la legislación coloca a la prescripción de la acción penal al nivel de un derecho del imputado, derecho que además, debe ganar. Por eso se le considera como adquisitiva, porque mediante ella el imputado adquiere un derecho que no tenía, el derecho a no ser perseguido ni sometido al aparato represivo del Estado. Si se le considerase más bien una prescripción extintiva, mediante la cual, debido al desinterés o negligencia del titular de la acción, se le retira su derecho a usarla, entonces el imputado no tendría facultad para pedir que se le deje sin efecto, porque esta operaría en función de la actuación del ofendido y no en función de la actuación del imputado, que para el caso sería irrelevante.

Ahora bien, se puede argumentar que esa renuncia prevista en el código, tiene su justificación, como lo señala la doctrina unánimemente, en el interés del imputado de limpiar su honor y exigir un pronunciamiento de inocencia que evidencie que no cometió delito alguno. Lo explica en video la profesora Romy Chang: "...También es posible que el acusado de un delito, renuncie al beneficio que le genera la prescripción y, con el ánimo de demostrar su inocencia, pida que se juzgue hasta el final. Este es un derecho del investigado, no pudiendo obligársele a esta renuncia..." (Chang 2017).

Limpiar su honor sí es un derecho que le asiste al imputado y por tanto, es legítimo que busque cambiar la idea de que ha delinquido, exigiendo que se

investigue hasta el final. Pero la ley habilita una herramienta para lograrlo. El imputado, una vez producida la prescripción de la acción, está legitimado para denunciar por delito de calumnia a quien lo habría acusado falsamente. A través de esta figura jurídica que contempla el código penal, podría limpiar su honor. Por tanto, el deseo de limpiar su honor no es justificación para legitimar la renuncia a la prescripción, porque la prescripción no es un derecho y por tanto, tampoco lo es disponer de ella y por otro lado, el ordenamiento jurídico le ofrece otras vías para reivindicarse.

Lo que logra el artículo del Código Penal que permite la renuncia, es reconocer que con la prescripción de la acción, el imputado adquiere un derecho o no se explicaría cómo puede renunciar a él. Este es en mi opinión un tercer factor que explica la indebida percepción social de que la acción penal es una prescripción adquisitiva, mediante la cual el imputado adquiere el derecho a no ser perseguido.

Un cuarto argumento de que la prescripción de la acción se percibe como adquisitiva y que también se origina en la normativa del Código Penal, es que una de las razones para la interrupción del plazo prescriptorio es que el imputado cometa un nuevo delito ¹⁴⁵. Aunque es una norma que se arrastra desde hace mucho y que conecta con la idea de que la prescripción de la acción penal se fundamenta en el arrepentimiento del delincuente, sigue siendo incoherente para los contornos de la institución. Nada tiene que ver la conducta del perseguido con la actuación procesal del perseguidor. Si la prescripción afecta la facultad o el derecho del titular

¹⁴⁵ Código Penal Peruano de 1991.

Artículo 83°.- Interrupción de la prescripción de la acción penal.

... Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso...

de la acción penal, esta no tiene por qué alterarse con un nuevo reproche que amerite el imputado. Esta norma, es claramente una sanción al investigado o juzgado por el primer delito, quien por su mal comportamiento, vería afectado... su derecho a adquirir la prescripción. Es la única forma de entenderlo, esta regla parte del presupuesto de que la prescripción de la acción es un derecho del perseguido, quien al portarse mal, recibe como sanción la pérdida de dicho derecho. Esta situación legal fortalece la percepción equivocada sobre la prescripción de la acción, considerándola no como una sanción al perseguidor negligente o como consecuencia de su inacción, sino como un instrumento para que el imputado adquiera el derecho a no ser perseguido.

Con todos estos argumentos, la percepción de la calle es que la prescripción de la acción penal es una suerte de derecho que perversamente el ordenamiento jurídico entrega a los delincuentes, con lo que se genera una desazón social difícil de vencer. La gente siente que esto genera impunidad. Pero tal sensación no es gratuita, sino alimentada como hemos visto, por prácticas de abogados que reiteradamente intentan lograrla como la forma más segura de defender a sus patrocinados, generando inclusive, sospechas de actos de corrupción, de lo que da testimonios Alonso Peña Cabrera: "...Lamentablemente la realidad judicial, demuestra que esta institución es soslayada e instrumentalizada por confesos y convictos culpables, que en colusión con agentes judiciales corruptos se sustraen de la jurisdicción penal amparándose en los plazos prescriptorios..." (2007: 248).

Lo cierto es que la prescripción de la acción penal no es un derecho y no es ocioso insistir en el concepto, porque diera la impresión que es creciente el número

de quienes así lo sienten. Si vamos a apuntar a un cambio en la percepción de la institución, no es la actitud correcta cerrar los ojos ante la evidencia y más bien, aceptando esta situación indeseada, reafirmar argumentos como los de Miguel Sánchez Mercado: "... la determinación de la duración del plazo de prescripción no es un derecho, nadie tiene derecho a que el Estado no persiga hechos penalmente relevantes..." (2010: 490).

En el extremo garantista, a veces dejamos de lado que quien ha delinuido, teniendo derechos, también ha generado una deuda que debiera pagar con la sociedad. En ese sentido, no debe tener cualquier tipo de derecho, sino aquellos que le garanticen su capacidad de defensa y de respeto a su dignidad. No es que tenga derecho a todo, "... el autor de un delito tiene tan poco derecho a la prescripción como a reclamar cuando su caso concreto acaba siendo castigado..." (Ragués i Vallés 2004: 81), así de claro.

La confusión, también puede haber sido originada porque dentro del paquete de derechos que cualquier sociedad democrática debe reconocer a los perseguidos por su sistema penal, hay algunos, que al no haber sido viabilizados mediante algún procedimiento, intentan ser realizados a través de figuras procesales ajenas. Dentro de la problemática actual, me refiero al derecho a ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable. Ese es probablemente, el problema más grande para la mejor comprensión de la prescripción de la acción penal hoy en día, la cual, como se sostiene en este trabajo, tiene una finalidad y una perspectiva desde su aparición, muy distintas a la finalidad y perspectiva del derecho al plazo razonable. Esa ha sido una suerte habitual de la institución, a la que por razones prácticas, se le ha

tratado de llenar de contenidos ajenos aunque afines, transformándola inconvenientemente en una institución que no rinde como debiera.

Sobre este dilema actual, los miembros de la Suprema, en Acuerdo Plenario precisaron una idea que compartimos: "...no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad...",¹⁴⁶sin embargo, en el párrafo siguiente, aportan a lo que aquí consideramos fuente de confusión, apuntalando la tesis moderna de que la institución tiene como fundamento el derecho a ser juzgado en plazo razonable o al menos, indicando que es su consecuencia: "...Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable...".¹⁴⁷La cita, es tomada del profesor Hurtado Pozo (2005: 126), una de las palabras mayores de la doctrina jurídica peruana, con lo que queda evidenciada la magnitud de la confusa percepción, que sostengo se tiene sobre la institución.

En los últimos tiempos, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable ha sido uno de las preocupaciones de los procesalistas. Siendo ésta una preocupación legítima dentro del garantismo creciente que hubo a lo largo del siglo XX, es lamentable que ante la ausencia de un recurso procesal propio, hayan encontrado en la prescripción de la acción la manera de realizarlo, tal como señala

¹⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanente y transitorias. Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116, fundamento 10º, pág. 6, 13 de noviembre de 2009.

¹⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanente y transitorias. Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116, fundamento 10º, pág. 6, 13 de noviembre de 2009.

el Acuerdo Plenario citado, que como sabemos, provee de doctrina vinculante a los jueces y tribunales de la República.

Ya hemos repasado en el apartado correspondiente la cantidad de autores de todas las nacionalidades que suscriben la relación entre estas dos figuras, al punto de prácticamente fundirlas en una sola. Una consecuencia, como se viene advirtiendo, es que se confunde la percepción de la prescripción de la acción penal, pues si es la realizadora del derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, entonces es una institución pensada en él. De allí a considerar que la prescripción toda es un derecho del imputado, hay un paso. Paso que muchos dieron ya, como estamos desarrollando en este punto.

Esta es una idea que debemos cambiar. Pisfil lo explica en buena forma: “...precisamos que el tiempo tendrá (o debería tener) dos consecuencias jurídicas, en el proceso penal principalmente. Así, desde un punto de vista objetivo o principio, es el límite del *ius perseguendi* (lo que llamamos prescripción de la acción penal), y por el otro lado, configura un derecho subjetivo a favor del procesado y la víctima (es decir, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable). Dos caras de una misma moneda.” (2015: 14-15). La prescripción de la acción penal, no es entonces un derecho que pueda ganar el imputado, es el fin de una atribución del Estado, que en la propuesta que se hace en este estudio, se origina en su negligencia o intencionada inacción. El que esta negligencia o esta inacción se haya producido dentro de un periodo de tiempo, al final del cual se produce la consecuencia, que es la prescripción, no equipara la institución al derecho del

justiciable a que su proceso sea ventilado dentro de un periodo de tiempo también, aunque esos tiempos coincidan.

Mariano La Rosa lo explica de otra forma. Primero identifica que la razonabilidad del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, parte de la necesidad de evitar que el Estado juzgador, realice maniobras que dilaten indebidamente el proceso y entiende que esto, es absolutamente ajeno a la razonabilidad de la prescripción de la acción penal, así: "... la prescripción conlleva a la extinción de la acción ejercitada, mientras que las dilaciones indebidas suponen el incumplimiento de la obligación prestacional del Estado para con los justiciables del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable... Se trata pues, de derechos que pertenecen a categorías jurídicas distintas..." (2008: 181). Y aunque luego, en el mismo texto suscribirá la tesis muy argentina de que la prescripción es la vía adecuada para resguardar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo hace a partir de consideraciones políticas, buscando la forma en que este derecho fundamental sea efectivo, no porque los confunda. Lo que rescato de este autor, es la claridad conceptual para marcar diferencias entre ambas, lo que conlleva a la necesidad de crear pronto algún recurso procesal que consagre el derecho del imputado.

Podría oponerse a estas reflexiones la razón práctica d que en verdad, si la institución rinde para hacer efectivo un derecho fundamental, no debería haber problema. Pero es que además, no es necesariamente cierto. Pienso en los casos en que un proceso comience muy cerca del plazo de prescripción. Producida la misma, habría que declararla, sin importar que el tiempo del juzgamiento no haya sido

razonable... por corto. O a la inversa, en el caso de imputaciones por delitos cuya pena conminada es muy alta. Con el criterio de que la prescripción realiza el derecho fundamental al plazo razonable, tendríamos que aceptar el sin sentido de que un proceso por delito grave pueda durar más de veinte años. Peor aún, el plazo razonable para un juicio contra los derechos humanos, debería ser eterno, debido a la imprescriptibilidad.

No es pues una posición razonable. Y si no lo es, no es conveniente continuar insistiendo y lo que corresponde es desligar conceptos, permitiendo una cabal comprensión de ambos y permitiendo su vida independiente.

Siendo entonces justo pensar en la necesidad de crear alguna forma legal, para realizar el derecho reconocido constitucionalmente a ser juzgado en plazo razonable, una norma que defina los perfiles y dimensiones del derecho, comenzando por determinar si el derecho es a ser juzgado dentro de un plazo razonable o investigado dentro de un plazo razonable, no es esto razón para echar mano formalmente de una institución que existe para un fin distinto.

En lo que respecta a este trabajo, continuar con esta justificación jurisprudencial para la utilización de la institución o seguir vinculándolas académicamente, solo alimenta la percepción equivocada de que se trata de un derecho del imputado. Ir hacia un cambio en la percepción de la figura en estudio, también pasa por evidenciar este problema.

En resumen, un cambio en la comprensión de la prescripción de la acción penal, pasa por entender las razones de su nacimiento en el mundo del derecho, en

lugar de tratar de encajarla de manera forzada como una pieza de rompecabezas ajeno. Así, comenzar por ratificar su condición de prescripción extintiva, porque lo que hace es extinguir un derecho o facultad, la del titular de la acción penal que se quedaría sin ella. Si esto es así, entonces debe pensarse en la institución desde la perspectiva del perseguidor, pues a él apunta, aunque genere consecuencias positivas para el perseguido y en ese sentido, dejar de considerarla un vehículo para realizar el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Lo anterior sería más simple si se desarrollase legislativamente el derecho al plazo razonable. Hace falta definir cuál es ese plazo, desde cuándo debe contarse, cómo debe solicitarse. Urge la creación de la figura procesal, que en el Perú ha comenzado a incorporarse con la audiencia de control de plazo contemplada en el Nuevo Código Procesal Penal, para evitar que el Ministerio Público dilate más allá de lo conveniente la investigación.

No sería la única propuesta legislativa, pues ya se ha desarrollado los inconvenientes que generan el artículo 83° del Código Penal, que indica que una causa para la interrupción de la prescripción es la comisión de nuevo delito, como si la conducta del perseguido tuviese que ver con la obligación del perseguidor y el artículo 91° del mismo cuerpo normativo, que permite que el procesado renuncie a la prescripción, como si ésta fuese su derecho.

Hacer modificaciones legales puede ayudar, pero será imposible cambiar esta equivocada percepción si la conducta procesal de los abogados defensores continúa

girando alrededor de alcanzar los plazos prescriptorios. Es un tema deontológico de difícil manejo.

Frente a esto, corresponde ir perfilando la propuesta más ambiciosa de este trabajo, que consistirá en eliminar la prescripción extraordinaria, para devolver a la figura que estudiamos a lo que fue en un principio, la prescripción del derecho a acusar, como sanción o consecuencia de la inacción del perseguidor, cuyo plazo corra previo al proceso y por otro lado, legislar la figura del plazo razonable, para que opere dentro del mismo, ese sí como derecho del imputado.

Antes de llegar a las conclusiones, hace falta adentrarnos más en la problemática de la institución, analizando las figuras de la interrupción, y la suspensión, campos de batalla doctrinaria que han complicado la figura y el entendimiento de ella, pero sobre todo la prescripción extraordinaria, con lo que comenzó lo que llamo desnaturalización de la institución, hace ya muchos años.

3. ENTRANDO AL PROBLEMA: LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN Y LOS PROBLEMAS DE IMPUNIDAD QUE DE ELLO SE DERIVAN

La prescripción de la acción penal ha sido abordada por muchos, desde siempre, pero queda claro que la mayoría de las veces, sin la profundidad suficiente. Es una institución cuyo diseño ha sido polémico y difícil en el mundo, aunque pareciera que más complicado en el Perú, producto de la ligereza con que se le trabajó desde el inicio y pasando por cada dramática modificación que supuso importaciones sin transición, desde realidades diferentes. El resultado es que hoy tenemos una institución desnaturalizada, con una legislación incluso contradictoria, necesitada de constantes interpretaciones y fuente de permanentes disputas en sede judicial y académica, de la que suelen originarse, posiciones cada vez más disonantes. Tal vez un problema haya sido que siempre la abordamos evaluando en qué y cómo podría servirnos, cuando lo correcto debió ser acercarnos a ella para entender qué es y cómo funciona, para después utilizarla. Volviendo al razonamiento de la introducción de esta tesis, dejar de mirarla desde la política criminal y comenzar a hacerlo desde la dogmática.

Legada a la posteridad por el derecho romano, como se ha establecido, nació con la pretensión de extinguir el derecho a acusar que el Estado le daba a un ciudadano agredido

ilegítimamente por otro, cuando no lo hiciera dentro de un tiempo determinado por la ley. Hoy, la percepción extendida en la comunidad, es que se trata de un beneficio para el agresor, percepción que también evidencian no pocos operadores del Derecho y que se trasluce en varias normas y resoluciones judiciales. Inclusive, como se ha mostrado, varios tratadistas así lo refieren, mientras que otros han encontrado en ella la posibilidad de realización de un derecho del imputado que no tiene vía legal de plasmación, que es la realización del juicio dentro de un plazo razonable.

Ligado a lo anterior, lo que hoy llamamos prescripción de la acción penal, que no era tal en su nacimiento, vio la luz dentro de la lógica de un proceso acusatorio, en donde el agredido llevaba al agresor ante el Estado para discutir su derecho, siendo dos partes las que enfrentaban pretensiones frente al Estado, que actuando como tercero imparcial, hacía justicia. Luego la institución se desnaturalizó, al ser trasladada al nuevo modelo procesal que se impuso en el mundo, un modelo inquisitivo, donde el Estado reemplazó a una parte, convirtiéndose en acusador y Juez y luego al modelo mixto, que siendo acusatorio, sigue teniendo al Estado en el lugar de la víctima. Un cambio tan dramático de lógica procesal, tendría que haber significado un cambio profundo o la desaparición de las instituciones que operaban de cara a los ofendidos, que eran los acusadores en el proceso antiguo y que salieron de escena. Nada de eso pasó, solo se extrapoló el contenido de la institución y así pasó del ofendido, acusador particular, al Estado, acusador público.

Es cierto que no es lo mismo que haya sido el Estado o la sociedad quien irrumpió en la relación procesal penal, expropiándose a al agredido. En un inicio fue el Estado, con su afán de controlar a través de la represión legitimada al aparato social, pero luego, con la racionalización del proceso, tras Beccaria y la Ilustración, se consolidó la idea de que ese

agente nuevo, representaba o debía representar a la sociedad y separarse totalmente del Estado (Beccaria 2006: 12).

En el Perú ese irruptor es el Ministerio Público, el cual representa a la sociedad, según se desprende de las primeras líneas de su Ley Orgánica.¹⁴⁸ Tal representación legal lo legitimaría para ser parte en el marco de un Estado Democrático de Derecho, pues lo convertiría en un ente distinto al Estado, quien mantiene el poder de dirimir la disputa a través del Poder Judicial. El problema, es que el Ministerio Público está integrado por funcionarios públicos, así que habría que evaluar si en realidad el Ministerio Público es o no representante también del Estado. Porque de ser así, su presencia en el proceso podría legitimarse a partir de su representación estatal en la lucha contra el crimen, pero no tendría por qué ser relegada la figura de la víctima, quien debería reasumir su lugar natural como acusadora dentro del proceso. En ese sentido comienzan a caminar algunas legislaciones modernas como la española, pero es materia que excede los límites del presente trabajo.

El surgimiento del concepto de acción penal, como derecho autónomo procesal, distinto del derecho sustantivo que podría originar la pretensión de accionar, así como el debate por relieves y perfilar su figura, tuvieron consecuencias que influenciaron en la desnaturalización de la institución prescriptora. El mundo jurídico descubría el concepto y era menester llenarlo de contenido. Los códigos franceses en materia penal, introdujeron en

¹⁴⁸ Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N° 052 del 16 de marzo de 1981)

Función

Artículo 1.- El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

su fórmula la prescripción de la acción, ya no de la acusación, lo cual fue seguido por diferentes naciones al comenzar el proceso codificador de finales del siglo XVIII e inicios del XIX y se acentuó a mediados de ese siglo tras los aportes de Savigny, el famoso debate entre los juristas Windscheid y Muther y el aporte decisivo de Chiovenda quienes terminaron de consagrar la independencia de la acción procesal. La prescripción, pensada en poner límite al derecho de acusar, no murió con él, sino que se asimiló a la carga del nuevo derecho de acción, independiente del derecho sustancial surgido del acto ilícito.¹⁴⁹

Con el paso del tiempo y a la luz de algunas de estas novedades y otras, así como al calor de posiciones diferentes, la institución se fue premuniendo de diferentes figuras que intentaron perfilarla en la dirección que la política criminal o la posición doctrinaria de turno fijase. La interrupción de la prescripción fue determinante y a la vez, iniciadora de un largo debate producido entre quienes tienen diferentes miradas sobre el contenido del proceso penal o más propiamente el rol que corresponde al Estado dentro de él, en cuanto a lo que es más relevante, si el éxito de su tarea persecutora o los límites que debe tener en el ejercicio del *ius imperium*. Al traspasarse la prescripción del derecho de acusar a la acción penal, quedó abierta la posibilidad de una liquidar el proceso como producto de cumplirse el plazo de prescripción durante el juicio, de manera que se estableció que las actividades procesales del Estado en procura de castigar el ilícito debían interrumpir la prescripción, con el objetivo de evitar que la misma se diera durante el juicio. Ya estábamos frente a una institución que distaba de la original y que comenzó a adaptar elementos antiguos, como que por ejemplo incorporó el viejo argumento germánico del nuevo delito, que retiraba al perseguido su mal entendido derecho a la prescripción, como otra causal de interrupción.

¹⁴⁹ Sobre el surgimiento y desarrollo del concepto de acción procesal ver Priori 2014: 146-161; Gonzáles 2011: 199-235.

Como se aprecia, figuras generadas bajo una lógica, inclusive equivocada, pasaban a ser usadas dentro de la nueva, que a su vez, volvería a ser modificada luego.

En ese permanente movimiento, de idas y vueltas legislativas, en lo que aquí llamamos el movimiento pendular de la institución a lo largo del tiempo, surgiría la prescripción extraordinaria de la acción penal, como elemento cumbre en el proceso de desnaturalización de la institución, pues la cambia definitivamente, de ser una figura jurídica cuya consecuencia era impedir el inicio del proceso a otra cuyo objetivo es impedir la sentencia. No fue esa la finalidad con la que se creó, sino su afán de limitar el poder de la interrupción, que mal utilizada, podía llegar a ser una herramienta para impedir que una persecución prescribiera. Pues es verdad que una mala práctica podría generar interrupciones permanentes que produjeran en la realidad la imprescriptibilidad rechazada por el ordenamiento jurídico de entonces. Sin embargo, la consecuencia obtenida fue la generación de un espacio grande en el que moviéndose con mediana habilidad, los perseguidos o más bien, sus defensas técnicas, podían alcanzar éxito en evitar sanciones recurriendo al alargamiento del tiempo para lograr la prescripción.

Por lo demás, no terminó el movimiento pendular, ni su consecuencia normativa, pues el Perú acaba de ser testigo, hace menos de una década, de un nuevo capítulo con la utilización de la suspensión para detener la prescripción por razones procesales, lo que ya ocurría en otros países.¹⁵⁰ Y como reacción a lo anterior, la limitación del tiempo de

¹⁵⁰ La referencia es al artículo 339.1° del Nuevo Código Procesal Penal, copiado del artículo 233° del Código Procesal Penal de Chile del 2000, que a su vez no solo desarrolla lo dispuesto en su antiguo Código Penal de 1874, sino que sigue la línea de la modificación española de 1995, en este punto, recogida en el artículo 132.2.2 del Código Penal de España.

suspensión, vía Acuerdo Plenario.¹⁵¹ Vamos en una dirección y viramos de inmediato a la inversa. Permitimos mayores facilidades a la persecución y luego se las restringimos... un absurdo escrito a lo largo de los años. Jamás se encuentra el punto medio y vamos de un extremo a otro. En el medio, la prescripción, que es la institución utilizada, sufre constantes cambios superpuestos en su esencia.

En teoría, esta última modificación a la institución, por la vía legislativa, aspiraría a haber sido la solución final, dando tiempo al perseguidor y velando por los derechos del perseguido, pero no parece haber sido así. A juzgar por lo que sigue ocurriendo en nuestros juzgados, en donde la aplicación de las normas sigue una dinámica relajada, impuesta por la realidad y la sobre carga procesal y en donde, como consecuencia, la práctica de buscar la prescripción en querrelas y procesos contra delitos castigados con penas menores, sigue siendo de uso habitual. Pero lo más importante, es que si no logramos un cambio en la concepción de la institución, sino la entendemos a cabalidad, nada quita que en cualquier momento, una nueva reforma legal vuelva a alterar lo que se pensaba había quedado construido. Por eso, ya lo expresamos desde la introducción de este trabajo, pensamos que una corrección definitiva no debe llegar desde la política criminal, sino que debe abordarse desde la dogmática, entendida esta como generadora de cambios a partir de una teorización que de coherencia integral al derecho y no como mera explicación normativa.

Por esa razón, tras haber repasado la historia de la institución, el surgimiento de las diferentes figuras y características que la integran, así como su aplicación en el tiempo, y después de repasar cada una de las posiciones existentes en la doctrina, sobre sus fundamentos y naturaleza jurídica, puedo comenzar a analizar con detenimiento los

¹⁵¹ Esto último es total influencia española.

principales aspectos jurídicos que desde fuera o desde dentro de la institución, han contribuido a generar la desnaturalización a la que me refiero, así como las situaciones problemáticas que como consecuencia se generan, siendo la principal, la impunidad generada para criminales que cuentan con una buena defensa técnica, basada en la prescripción.

3.1 EL UNIVERSO DONDE SE DESENVUELVE LA INSTITUCIÓN: EL PROCESO PENAL

Entender la institución que estudiamos, requiere entender el ámbito en que se desenvuelve, que no es otro que el proceso represivo mediante el cual, se persigue a una persona sospechosa de haber violentado una norma penal, a efecto de investigarla y determinar si amerita o no iniciar un juicio que determine si es culpable o no y si en consecuencia, le corresponde o no una sanción por el injusto.

No todos los modelos son iguales ni lo fueron a lo largo del tiempo. El peruano, recientemente implantado por el Nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 957, el 22 de julio del 2004, ha diseñado un modelo, ha dejado de lado el viejo modelo inquisitorial que se heredó de España, para pasar a un modelo acusatorio, fundamentalmente adversarial, aunque mantiene rasgos de antiguo modelo y en donde el Estado, a través de la actuación del Ministerio Público, mantiene tiene una presencia fundamental para la etapa de la investigación, acusación y sostén del proceso juzgador como titular de la acción penal en la mayoría de los casos.

Un modelo adversarial puro, supone la presencia del Estado como tercero imparcial, como juzgador. Supone una relación procesal entre dos que tienen pretensiones distintas y contrapuestas, quienes trabajarán para lograr que el Juez ampare las suyas en detrimento de las otras. Este modelo que fue el original en los inicios históricos del proceso penal, se fue transformando con el tiempo, en la medida que el Estado empezó a entender que el Derecho Penal podía ser un arma poderosa de control social.

En la historia de la humanidad, la autodefensa fue la primera forma natural de reacción frente a un daño. Esta defensa propia fue encontrando respaldo social, convirtiéndose la Ley del Tali3n en la primera forma de racionalizaci3n del derecho penal, reglamentando o limitando el derecho a la venganza. El camino a recorrer todavía sería largo, hasta que el Estado dejase de reconocer el derecho a la reacci3n particular, a la defensa por propia mano, en un intento de control social que resultaba indesligable del esfuerzo civilizador y de gobierno. Así nacería el derecho a acusar, es decir, retirada a la víctima el derecho a hacer justicia por sí misma, se le ofreció el de acudir al Estado para que éste lo haga.

Si reparamos en las dos fuentes más importantes de nuestra tradición jurídica, romanos y germanos iniciaron su historia penal de esta forma, con poca diferencia entre el naciente derecho penal y el civil, pues en el caso germano, se le aceptaba como una mera fuente de obligaciones y en el romano, como una contienda que requería del formalismo de un proceso legal en busca de orden. De allí también la diferencia de modelos entre ambos, pues mientras los germanos buscaban reparar el daño, los romanos buscaban castigar. Esta diferencia es fundamental para nuestro

trabajo pues explica el nacimiento de la prescripción de la acción penal en Roma y no en Germania. Los romanos otorgaban al particular el derecho a acusar, para castigar al culpable y por tanto se le daba un plazo, cumplido el cual, se le retiraba tal derecho. En tanto que los germanos buscaban reparar el daño, que no desaparecía con el tiempo sino en función a lo que dispusiese el afectado, de manera que no conocían la prescripción y tardarían mucho en incorporarla.

Muy pronto esto cambiaría, en ambas sociedades. Y es que bajo influencia cristiana el sistema inquisitorio iría reemplazando al acusatorio. El injusto dejaba de ser una afrenta al privado para serlo a la colectividad y en ese sentido, el Gobierno, en su representación, debía actuar para investigar, determinar al culpable y sancionar. El ofendido ya no era la víctima sino el colectivo. Similares procesos se dieron en Roma¹⁵² y Germania.¹⁵³

La necesidad de controlar al colectivo tuvo que llevar a los gobernantes a avanzar hacia un sistema represivo que les permitiese mantener el orden imperante y el cuidado de sus propios intereses. Así, la víctima de un delito, pasaba a ser hasta

¹⁵² “... a partir de... siglo V a.C. los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interés del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares en su propio interés... Con posterioridad, los mismos delitos privados, es decir, los cometidos contra los hombres libres, y en los que el Estado originariamente no tenía interés en perseguir, pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública por medio del llamado procedimiento extraordinario, que termina convirtiéndose en ordinario... Este cambio tiene lugar con el advenimiento del Imperio... y el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria, en razón de que el ámbito de los crímenes *magistatis* (crímenes contra la majestad, contra la soberanía del emperador) se fue ampliando cada vez más” (Zaffaroni 1999: 149-150).

¹⁵³ “El procedimiento penal coincidía con el procedimiento civil: era puramente acusatorio, provocado por la acción del ofendido y de su familia (por lo tanto una acción privada)... Sólo en la segunda mitad de la Edad Media (por tanto, en la época entre los años 900 y 1450) encontramos reformas al procedimiento penal en las ciudades: un procedimiento de persecución oficial con inquisición reemplazó cada vez más al procedimiento acusatorio. Una misma persona, el juez, se convirtió, a la vez, en acusador y juzgador; el ofendido se convirtió en testigo y el sospechoso en objeto de investigación... En la campaña siguió todo como antes, La persecución penal siguió siendo un asunto privado...” (Roxín 2000^a: 557-558).

incómoda en sus pretensiones particulares.¹⁵⁴ Y surgió el sistema inquisitorio, que ha reinado en el mundo occidental desde entonces y supone una lógica totalmente distinta del proceso penal. Desapareció el inicial litigio entre partes que buscan la justicia, producto del presunto agravio de una sobre la otra, para dar a paso al interés del Estado de perseguir al agente del supuesto ilícito, convertido ahora en un auténtico agravio público, en donde la víctima dejó de ser parte de la relación procesal que ha de instalarse como consecuencia, para convertirse apenas en un noticiero de la realización del acto criminal y en su caso, en un testigo dentro del juicio.¹⁵⁵

Fue en el camino de este proceso inquisitivo que el Estado fue advirtiendo la inconveniencia e ineficiencia de ser juez y parte y se dio paso a la aparición de la figura del acusador, siempre estatal, aunque distinto del Juez. Una ficción según la cual el Estado se divide en personas diferentes para permitir que una de ellas enfrente al acusado, mientras la otra actúa de juzgador imparcial.¹⁵⁶

Este ha sido el modelo de nuestra cultura, impregnado con fuerza por el derecho canónico y que llegó a nuestra tierra con la conquista. Nacimos como República con un proceso penal inquisitivo, que fue mantenido en los primeros

¹⁵⁴ “...allí donde se presentaba un acusador, el procedimiento era, en rigor, inquisitivo; por lo demás, se buscaba desalentar con éxito al acusador, por un lado, a través de la obligación de prestar caución y, por el otro, debido a que también se lo detenía mientras el imputado era juzgado... Los príncipes y las ciudades habían reconocido la persecución de los criminales como una tarea estatal...” (Roxin 2000^a: 560-561).

¹⁵⁵ “Ya no se trata de bienes jurídicos de particulares que son tutelados por el Estado, sino que se pasa a considerar que los mismos bienes pertenecen al Estado” (Zaffaroni 1999: 150).

¹⁵⁶ “Cuando el Estado prohíbe la autodefensa y la reacción individual contra el delito, surge el derecho de acusar; la acción procesal reemplaza a la acción física. Una gradual evolución, advierte que la figura del acusador estuvo en manos de los ofendidos (acusador privado) o de cualquier ciudadano (acción popular), y tras confundirse las funciones de acusar y juzgar en el órgano judicial (sistema inquisitivo), se llega a otorgar esa función a un órgano del Estado, distinto del juzgador (acusador público).” (Gómez 2007: 545).

ordenamientos legales y a lo largo de todo el siglo XIX. Es más, aunque formalmente existían los Fiscales, éstos estaban incluidos dentro del Poder Judicial y sus competencias no eran del todo claras, siendo que, en el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, los Fiscales pasaron a ser los titulares de la acción penal conjuntamente con los agraviados. Es decir, todavía las víctimas eran relevantes para el proceso, aunque más como noticieros y testigos y en todo caso, como impulsores del litigio judicial, en tanto titulares de una acción penal que aún no definía sus perfiles modernos y que podría traducirse como derecho a acusar, tal como rezaba la fórmula legal de la prescripción.

Entrado el siglo XX, ni siquiera el Código de Procedimientos en Materia Criminal, del 2 de enero de 1930, cambió tal situación, pues aunque ordenó el proceso penal en dos etapas, instrucción y juzgamiento, encomendó ambas al Poder Judicial, la primera a cargo de un Juez Instructor y la segunda a cargo de un Tribunal Correccional. Por un lado, una suerte de sistema mixto en donde eran diferentes quien investigaba y quien juzgaba, pero en el fondo, ambos como representantes del Estado, sin mayor importancia de la víctima, que aún sin embargo mantenía su derecho a acusar para iniciar la instrucción. Por otro, con un Ministerio Público que fue incorporado al Ministerio de Justicia y cuyo papel apenas alcanzaba al de un acusador alternativo al agraviado y luego como parte, presentando informes o recursos al Juez que dirigía la investigación, dictaminando.

El proceso con estas características se mantuvo muchos años. Inclusive cuando la Constitución de 1979, al crear diferentes organismos autónomos creó un Ministerio Público independiente de los Poderes del Estado, su propia Ley

Orgánica, dada el 16 de marzo de 1981, por Decreto Legislativo N° 0521, se encargó de mantener vivo al Juez instructor, inexistente en la propuesta constitucional y con ello preservar un modelo procesal que se debía superar. Tal cual lo diseñó el Código de Procedimientos Penales de 1940, el proceso siguió siendo inquisitivo, concentrando el Juez las funciones de investigación y decidiendo frente a un Fiscal que se limitaba a un rol informativo.

El fenómeno terrorista contribuyó a la minimización del Ministerio Público y a pesar de la promulgación del Código Penal, mediante Decreto Legislativo del 8 de abril de 1991 y sobre todo el Código Procesal Penal, por Decreto Legislativo N° 638, del 27 de abril del mismo año, el modelo antiguo siguió rigiendo. El gobierno de Alberto Fujimori hizo que la legislación procesal no entrase en vigencia y a través de legislación de emergencia, primero antiterrorista y luego ampliada a delitos comunes, logró el manejo del aparato judicial, acentuado por el golpe del 5 de abril de 1992. Tras ello, la posterior Constitución de 1993, reiteró el rol autónomo del Ministerio Público y estableció concordancia con una legislación penal que diseñaba un proceso de tipo mixto, con etapas de investigación y de juicio diferenciadas, donde la titularidad de la acción penal y la etapa de investigación eran dominio del Ministerio Público y el Juez restringía su actuación sólo al juzgamiento. Sin embargo, la fuerza de la inercia y la conveniencia del régimen eran mayores y no cambió la realidad, en la que los principios del viejo proceso penal inquisitivo siguieron actuando (Cubas 2004: 213-235).

Recién con el nuevo milenio llegaron cambios. Los impulsos legales llegaron primero a través de un paquete normativo el año 2000 y luego con la aparición del

Nuevo Código Procesal Penal, sancionado a través del Decreto Legislativo N° 957, el 29 de julio del 2004.

Más allá de las leyes y de la insistencia de algunos de llamar mixto al modelo peruano producido por el Código Procedimientos Penales de 1940, en razón de la convivencia de instituciones inquisitivas con acusatorias, lo real, es que el modelo procesal peruano siempre ha sido inquisitivo, la fuerza de la tradición se imponía a las normas (Neyra 2005, San Martín 2004: 35-37; Vélez 2020: 5).

Hoy, con el Nuevo Código Procesal Penal, estamos frente a un modelo formalmente acusatorio, que respetando el mandato constitucional, diferencia claramente roles del Ministerio Público y Poder Judicial, asignando a uno la tarea de la investigación y al otro la de juzgamiento. Un modelo que basa además el juicio en varios principios como el de contradicción, igualdad y oralidad que apuntan a manejar un proceso donde las partes, en igualdad, disputen ante el Juez por la validez de su causa (Espinoza 2016: 108-109).

El problema de este modelo es que ha dejado a la víctima de lado. En tanto agraviado por el hecho punible, sobre esta persona se construyó de manera fluida el sistema acusatorio, al punto que su ausencia impide que podamos realmente considerar así el modelo actual.¹⁵⁷En la actualidad, diversas voces comienzan a

¹⁵⁷ “Los llamados sistemas acusatorios formales, es decir aquellos que adoptan la dinámica de los sistemas acusatorios, pero le entregan la parte que le corresponde a la víctima al Ministerio Público para que la ejerza en nombre del Estado, reafirman la participación estatal y en el fondo son profundamente inquisitivos”. (Binder 1999: 213).

reclamar su presencia y revalorar su importancia dentro del suceso judicial, que es producto del hecho punible en el cual fue agraviado.¹⁵⁸

El proceso acusatorio, nació como consecuencia natural del delito. Producido el injusto, hubo un sujeto pasivo que lo sufrió y que se convierte en el principal interesado en buscar resarcimiento, material, pero también espiritual. Su vida fue perjudicada, algún bien jurídico suyo violentado y en la necesidad reparadora, que fundamentaba la reacción privada, el Estado le otorgó el derecho de acudir a él, acusar y lograr justicia, ya sin la disparidad de fuerzas que hubo en el momento de la realización del ilícito.

El modelo acusatorio moderno ha reemplazado al agraviado por un órgano del Estado. En el largo proceso que algunos llaman de racionalización del Derecho Penal, yo simplemente lo llamaría cambio histórico, el daño que el delito causaba al sujeto pasivo, se consideró menos importante que el daño que causaba a la sociedad y entonces, apareció el Estado para reemplazar a la víctima. Al aparecer el Estado, su sola presencia generó como lógica consecuencia la aparición de un modelo inquisitivo para castigar al justiciable. Si intervino el Estado de una manera tan invasiva en una disputa que naturalmente era de dos, ofensor y ofendido, es porque hubo una honda consideración sobre la importancia de manejar esa herramienta

¹⁵⁸ “La víctima, tradicionalmente olvidada por el sistema penal y procesal penal, es el primer sujeto al que debe hacersele el ofrecimiento de acciones, instruyéndole de tal derecho para que pueda intervenir en el proceso como parte...” (Armenta 2004: 104).

sancionadora, en un mundo donde la autoridad tendía al absolutismo, el agraviado resultaba inclusive incómodo para los objetivos controladores del Estado.¹⁵⁹

Y en ese cambio profundo del proceso, donde la víctima quedaba de lado reemplazada por el Estado y además, el modelo se convertía en uno inquisitivo, la antigua institución de la prescripción sobrevivió. El antiguo modelo acusatorio había dado al agraviado el derecho de acusar, pero como lógica decisión de una autoridad que administra sus obligaciones, le otorgaba un plazo para ejercer este derecho. Entonces, si transcurrido el mismo no se producía la acusación, el derecho era retirado, se extinguía, prescribía. Era pues una sanción al ofendido negligente o que simplemente no deseaba acusar, con lo cual, resultaba ocioso mantener el derecho y el Estado, quedaba desvinculado de su obligación de impartir justicia en ese caso.

Este es un tema medular de la reflexión de la presente tesis. En el marco de un nuevo modelo procesal, que manejaba una lógica muy distinta y en donde, lo más importante, la parte para la cual existía la prescripción había desaparecido del proceso, la institución sobrevivió y se vio urgida, a lo largo de los años, a irse adaptando y cambiando sin encontrar hasta la fecha, el óptimo rendimiento que tendría bajo los supuestos procesales en los que nació.

Ahora que al parecer estamos de vuelta a un modelo acusatorio, no podemos perder de vista este detalle. La víctima no es parte del proceso, salvo que se constituya en actor civil, para lo que la ley le habilita una actuación muy recortada

¹⁵⁹ “... hasta los años sesenta, ya en el siglo XX, las ideas político criminales desarrollaron un sistema basado en la neutralización de la víctima...”. (Parma 2005: 173-174).

respecto al fiscal y solo en estricto apego a su pretensión resarcitoria. También es parte en las querellas, que son aquellos procedimientos fijados por ley, en donde se reconoce al agredido el derecho de ejercer la acción penal con todos los derechos que se le asigna a la parte acusadora en el proceso.

De manera que el proceso es acusatorio, pero en general, la víctima no es una de las partes contendientes en la pretensión penal. El titular de la acción penal, el Ministerio Público, es dentro del nuevo proceso, la parte acusatoria, así lo reconoce la principal norma adjetiva desde su primer artículo.¹⁶⁰ Si es así, no es absurdo pensar que la razonabilidad de la prescripción debiera ser la misma. Si el Estado heredó del agraviado su calidad de acusador, de titular de la acción y de ofendido por el injusto, tendría que heredar también sus obligaciones, siendo la primera, acusar dentro del plazo prefijado y sus sanciones, en este caso, la prescripción de la acción procesal.

3.2 LA APARICIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA INSTITUCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PROCESAL

Otro elemento a considerar, para mejor entender la institución de la prescripción de la acción penal, es el concepto mismo de la acción procesal, que llamamos acción penal, ya que, en coincidencia con la doctrina internacional, es

¹⁶⁰ Nuevo Código Procesal Penal de 2004

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I... inciso 3º.- “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código, Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”

precisamente ella la que prescribe en nuestra legislación.¹⁶¹ Comencemos por considerar, que cuando la prescripción apareció y por mucho tiempo, no existía el concepto de acción tan claramente diferenciado como hoy y por tanto, es imposible que la institución que estudiamos haya nacido para atacarla a ella.

Desde sus inicios y hasta tiempos no muy lejanos, se consideraba que prescribía el derecho a acusar, dando nacimiento a la fórmula legal habitualmente empleada en su enunciación y que llegó a nuestra legislación, hasta iniciado el siglo XX.

En la actualidad nos parece clara la separación entre las normas sustantivas y procesales, pero no siempre fue así. Quien haga un repaso histórico de la acción en el proceso, nos podrá fluidamente explicar cómo operaba la acción en Roma o en la Edad Media y hasta compararla con lo que es en la actualidad, pero aquellos personajes que le dieron vida, los ciudadanos que la ejercieron en aquellos tiempos lejanos, no eran conscientes de la categoría que estaban operando, pues la incorporación del concepto a la doctrina jurídica, ocurrió muchísimo tiempo después.

En rigor, el sujeto pasivo de un crimen en la antigüedad, cuando presentaba acusación ante un Juez, ofrecía pruebas o hacía algún alegato, no estaba pensando en que con ello materializaba su derecho a una acción procesal, sino más bien que estaba ejerciendo su derecho sustantivo por el agravio sufrido. Tener una vía

¹⁶¹ “La importancia del concepto de acción, que generó en otros tiempos debates y una discusión científica extendida, fue perdiendo vigencia paulatinamente. Sin embargo, tras el concepto de acción mismo y en el fondo de aquellos debates, existía una preocupación de singular importancia que hoy es necesario rescatar, en especial desde el Derecho procesal penal, que si bien no tuvo una reflexión propia sobre este punto, es afectado profundamente por él en diferentes niveles...” (Binder 1999: 209).

procesal para reclamar un derecho vulnerado, era considerado parte del derecho mismo. En el Derecho romano, cuna de la prescripción penal que hoy estudiamos, la existencia de un derecho y sus facultades de protección eran una unidad.

Y no es solo la forma en que lo concibió la antigüedad, sino que es la forma en que cualquier ciudadano común comprende hoy en día la protección de sus derechos. Los bienes jurídicos y la herramienta procesal para que el Estado repare su eventual daño, son percibidos por la mayoría de personas no versadas en derecho, como un solo concepto (Binder 1999: 209-210).

Esta idea, que se mantuvo de manera pacífica entre los juristas antaño, entró en encendido debate durante el siglo XIX, época en la que se produjeron diversas discusiones doctrinarias, que irían configurando el derecho del mundo post napoleónico y que encontraron precisamente en las normas codificadas del régimen francés, partidas de nacimiento o al menos, confirmación de existencia.

Así que el concepto autónomo de acción en materia procesal, tiene alrededor de doscientos años. Como ocurrió con otras instituciones, nació heredada de su versión en el derecho civil, producto del desarrollo del debate entre quienes abrieron campo al Derecho Procesal Civil.

Fue Friedrich Karl von Savigny quien introdujo el concepto bajo la concepción inicial de que la acción era un elemento sustancial del derecho que la fundamentaba. Luego Bernhard Windscheid avanzó presentándola como un derecho autónomo y propiciando tras la respuesta de Theodor Muther, quien defendía la concepción más clásica unitaria, una de las polémicas más celebradas y productivas

de la intelectualidad jurídica de aquel momento, La posición del primero terminaría venciendo, imponiéndose en el derecho moderno la teoría del carácter autónomo y abstracto de la acción desvinculada absolutamente del derecho material. Entre otros, los trabajos de Giuseppe Chiovenda, Alfredo Rocco, Francesco Carnelutti y Eduardo Couture, terminaron de configurar este nuevo concepto de la acción procesal, que sería importado por los procesalistas penales (Priori 2014).

Producto de todo aquel desarrollo nació el concepto de la acción penal y tras ello, como consecuencia, que la prescripción operaba no sobre la acusación ni sobre el delito, sino sobre la prescripción penal. En el Perú, fue la doctrina y la jurisprudencia quienes se encargaron de desarrollar el nuevo concepto, incorporándolo en la legislación nacional en el año de 1901, con las modificaciones al Código de 1863.¹⁶²El tema es muy importante para nuestro estudio, pues hay que considerar que al nacer la prescripción en la Edad antigua, no existía el concepto de acción procesal, prescribía el derecho de acusar. Frente a esto, era impensable que un instituto como la prescripción pudiese prosperar después de iniciado el juicio, pues en ese momento, ya no había nada que pudiese prescribir, debido a que la acusación se había realizado.

Con la aparición del concepto de acción procesal, la idea de eliminar la pretensión sancionadora por el paso del tiempo se amplió. Se entendió que producida la acusación, la acción sigue viva y por tanto, es pasible de ser atacada por vía procesal, tal cual antes se hacía con el derecho procesal a acusar. La lógica

¹⁶² “A mérito de la modificación que en el art. 95 del C.P. hizo la ley de 21 de setiembre de 1901, el término de la prescripción comienza a contarse para la acción, ya sin las dudas que hasta ese entonces promovieron controversias...” (Seoane 1907: 50).

usada fue la misma, lograr que el paso del tiempo elimine la vía procesal que tenía el acusador para lograr su derecho si no lo ejercía dentro de un tiempo determinado.

Sin embargo, tampoco el tema es de aceptación pacífica. César San Martín escribió lo siguiente: “La acción se ejercita y se agota al poner en marcha la actividad jurisdiccional, al crear en el juez la obligación de dictar una resolución de determinado contenido sobre la petición de apertura del proceso...” (2014: 281). Dice que se agota, de donde se deduce que durante el proceso ya no existe la acción penal, que lejos de ser la energía motriz de todo el procedimiento, sería tan solo la fuerza impulsora del mismo. La opinión es fundamental, porque de aceptarla, como primera consecuencia para nuestro trabajo, carecería de sentido la prescripción extraordinaria de la acción penal, pues no puede prescribir lo que ya no existe.

Si la acción muriese en la acusación, como indica San Martín, se agotaría en sí misma con su ejecución y por tanto, cualquier aspiración prescriptora tendría que concretarse antes, pues ocurrida la acusación, se extinguiría la acción y no habría nada que prescribir. Si no hay acción penal, no puede prescribir la acción penal. Y es que bajo este concepto, el juicio correspondería a una etapa distinta a la persecución. En cambio, si la acción significase no solo el impulso inicial, sino la activación del proceso a lo largo de toda su trayectoria, entonces la misma pretensión prescriptora sobreviviría a la acusación, con lo que la institución tendría un objetivo que perseguir.

Definir esta disputa es fundamental para tomar posición sobre la prescripción extraordinaria, pues bajo la lógica de la prescripción de la acusación, sería

inconcebible, pero bajo la lógica de la prescripción de la acción penal, sería perfectamente realizable. Es pues un elemento central para entender la institución. Cuando nació, la prescripción tenía como objeto de su destrucción el derecho a acusar. Al asumirse que la acción, como elemento autónomo, no solo se agota en la acusación, sino que permanece hasta la eventual sentencia, la institución se transformó y la destrucción de la acción penal se convirtió en su nuevo objetivo. Esto cambio no solo es legislativo, sino que concreta un cambio total de lógica. Atacando el derecho a acusar, la prescripción castiga la negligencia del agraviado. Atacando la acción penal, no hay negligencia que castigar, pues el objetivo persecutorio ya se cumplió, siendo la posibilidad de una sentencia responsabilidad del Juez. Tratando de dar una idea de continuidad a la institución, una tesis sería que lo que busca eliminar la prescripción, es la pretensión castigadora. Así, más allá del nombre, la acción penal no podría prescribir, pues iniciado el proceso, se vería satisfecha, sin embargo, si durante el mismo la institución que estudiamos pudiera impedir una sentencia, lo que estaría siendo insatisfecha sería la pretensión del accionante que esperaba una respuesta del Estado sobre el agravio denunciado.

Un procesalista como Priori, enseña en sus clases que la acción no puede prescribir y que es un error del código referirse a la prescripción de la acción, porque lo que prescribe es la pretensión, toda vez que la acción es un concepto independiente del derecho mismo. Cualquiera puede actuar, sin importar si tiene o no el derecho sustantivo, porque la acción es un derecho procesal autónomo con respecto al supuesto derecho material vulnerado.

En realidad, viniendo del derecho civil,¹⁶³ resulta difícil la incorporación de este concepto en materia penal. En derecho civil prescribe el derecho, como consecuencia, ya no procede actuar procesalmente y la acción muere en manos de la prescripción. Ese concepto del derecho civil, traspasado al derecho penal malamente, está en concordancia con el error histórico de referirse a la prescripción del delito. Cuando hasta hoy se dice que el delito prescribe, se comete un error enorme, porque el delito no prescribe nunca, el acto injusto ocurrió y no hay manera humana de eliminar la existencia de algo que fue un suceso real, que ya existió. La realidad no prescribe, los hechos no prescriben, lo que prescribe es lo que genera el acto injusto y en el caso que estamos tratando, lo que se genera es un derecho a perseguir, a acusar, eso es lo que prescribe. Cuando aparece el concepto de la acción penal, los procesalistas creyeron encontrar la fórmula ideal y entonces, cambiaron el concepto de prescripción del derecho de acusar por el de prescripción de la acción penal y algunos en el error hablaron de prescripción del delito. Pero si la prescripción del delito es un error, la prescripción de la acción penal también lo es y no por las razones que da Priori, sino porque así como no prescribe el delito, tampoco prescribe la acción. La tesis de Priori puede rendir en materia penal si entendemos que la acción no prescribe, sino el derecho a perseguir.

Decir prescripción del delito, no solo supone una concepción civilista, sino lo que permanentemente se critica en este trabajo, supone una mirada desde la perspectiva del imputado, que piensa erróneamente que prescribió el delito y por

¹⁶³ “... La institución nació en el ordenamiento civil, y la prescripción penal se configuró, en sus inicios, a semejanza de aquella, aunque pronto adquirió una independencia conceptual que la hizo merecedora de un tratamiento jurídico propio y diferenciado...”. (Cerrada 2018: 20).

tanto ya no puede ser perseguido. Pero la prescripción no ingresó al universo jurídico desde la perspectiva del perseguido sino del perseguidor, por tanto, esta percepción, como ya se ha desarrollado antes en este trabajo, no es válida.

Por otro lado, el derecho a perseguir, culmina, tiene su momento final y su realización en el acto de la acusación. Por tanto, cuando se llega a la acusación ya no hay nada que deba prescribir, porque la persecución ya se produjo y ya culminó. Lo que ocurre a partir de ese momento, será el proceso de juicio, que es responsabilidad de los órganos jurisdiccionales del Estado. Ya no es persecución, es juzgamiento, para determinar si hubo o no delito, si el imputado fue o no el agresor, si corresponde o no una sanción y qué sanción debe aplicarse. Por tanto, cuando inicia el proceso de juzgamiento, la persecución se agotó. Terminó en el acto de la acusación, como señaló César San Martín, en texto citado. La acusación es la frontera entre la persecución que termina y el juzgamiento que comienza, precisamente, con el impulso que brinda la acción penal. Consecuencia lógica, si con el nacimiento del proceso, la acción penal mata la prescripción, resulta un contrasentido invocar que exista una prescripción de la acción penal.

Se puede prescribir el derecho a acusar hasta la acusación, Luego ya no hay nada que prescriba. Terminó el derecho persecutorio. La persecución habría ocurrido dentro de los plazos previstos y coronó con la acusación, por tanto, no hay nada que pueda prescribir después.

La posibilidad de una prescripción durante el juzgamiento, obedece a una ficción moderna creada con la aparición de la acción penal, pero en rigor, la acción

no puede prescribir, por tanto, si lo que prescribe es la pretensión, que en materia penal sería la persecución, ésta se ve coronada con la acusación y por tanto, llegado a ese momento, culmina el acto persecutorio y con él la posibilidad de su prescripción.

Por tanto, para tomar posición sobre la prescripción de la acción penal, resulta imprescindible tomar posición primero con respecto a la acción penal, si es un derecho autónomo, si es estrictamente procesal, del *ius procedendi*, atendiendo las necesidades de la jurisdicción. Suscribo todo lo anterior y por tanto, adelanto como conclusión que el mismo término de prescripción de la acción penal, está mal empleado, no solo en su terminología, sino lo más importante, en el funcionamiento de su variante más recurrida, la prescripción extraordinaria.

La acción es el elemento fundacional y diferenciador del derecho procesal, “es el derecho público subjetivo que tienen las personas de acudir ante el órgano jurisdiccional, a fin que puedan plantear sus pretensiones”, según Pablo Sánchez (2013: 41) o “... el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura (Código de 1940) o la aprobación formal (Código de 1991) del proceso penal, haciendo surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada...”, según César San Martín (2014: 279).

Como se aprecia, ambos en una tesis abstracta de la acción, que la diferencia de la pretensión y que maneja una opinión dominante hoy, herramienta fundamental

para explorar caminos nuevos hacia la concepción de la llamada prescripción de la acción penal.

Sin embargo, en polémica que no solo es pasada, sino vigente, ambos difieren en la vigencia y finalidad de la misma. Así, mientras Pablo Sánchez suscribe la tesis mayoritaria de que la acción acompaña todo el proceso, "...la acción penal no se reduce solo a la promoción de la acción judicial sino también a la intervención de su titular durante el proceso judicial en tanto exista persecución del delito..." (2004^a. 326), San Martín, como ya se ha apuntado, postula que "La acción se ejercita y se agota al poner en marcha la actividad jurisdiccional..." (2014: 281), es decir que la acción penal no sobrevive ese momento. Esta diferencia, es crucial para la concepción que se tenga de la prescripción de la acción penal y más puntualmente, de la prescripción extraordinaria, como ya se ha tratado.

Para cerrar estas reflexiones sobre la acción penal, tan importantes para las conclusiones del presente trabajo, habría que volver a un punto ya adelantado, que es de suprema importancia para este estudio. La determinación de quién tiene la titularidad de la misma, que está en la base del modelo procesal y aporta mucho a la explicación de las instituciones que nutren el proceso. Siempre ligándolo a nuestro tema, cuando apareció la prescripción, la acción era privada, estaba en manos del ofendido. Hoy, esa situación tan determinante para el entendimiento de la institución que estudiamos ha cambiado de manera radical y aunque subsisten

algunos pocos casos en que la titularidad de la acción la ejerce el agraviado, en la gran mayoría, la ejerce el Estado a través del Ministerio Público.¹⁶⁴

Los casos en que en el Perú se ejerce la llamada acción penal privada, son mínimos y solo aquellos especificados en la ley. Así por ejemplo en el delito de lesiones culposas (artículo 124° del Código Penal), delitos contra el honor (artículos 138° y siguientes del Código Penal) o algunos delitos de violación de la intimidad (artículos 154°, 154°-B, 156° y 157° del Código Penal).

Es decisorio el enorme cambio que ha experimentado la figura en cuanto a la titularidad de la acción penal. Cuando nació esta prescripción, el ciudadano ofendido acudía directamente a la autoridad para reclamar la reparación de su derecho y como parte de ello, la imposición de un castigo a quien él le imputaba el injusto. El agredido era el titular de la acción penal.

Una primera variante fue la introducción de terceros que en nombre de la víctima, podían llevar adelante la acusación. Aún era una titularidad privada. Pero luego, con el arribo del sistema inquisitorio, apareció el argumento del agravio al colectivo producto del delito y por tanto el interés social en su persecución, con lo que la titularidad de la acción fue expropiada a su verdadero interesado, el ofendido y pasó al Estado, en la persona del juzgador, que investigaba, acusaba, decidía y castigaba. Con posterioridad y ante el desarrollo de la doctrina de los derechos

¹⁶⁴ “La acción penal, en la mayoría de los casos, es de carácter público. Se ejerce exclusivamente por el Ministerio Público en los delitos públicos. Pero también la ley ordinaria permite que el agraviado o su representante la ejerzan en los delitos privados. En ambos casos, expresa un poder jurídico, que tratándose del Ministerio Público se erige en un deber cuando esta es legalmente procedente: tipicidad del hecho y causa probable; y, tratándose del ofendido importa el ejercicio de un derecho fundamental, que puede o no ejercer” (San Martín 2014: 284).

humanos, se entendió que la imparcialidad en el juzgamiento es un derecho fundamental y dando nacimiento a lo que se ha llamado un proceso mixto, se creó un ente del Estado diferente del juzgador, para realizar la tarea persecutoria y acusatoria, recibiendo el Ministerio Público la titularidad de la acción penal (Peña Cabrera 2007: 141-142; Chaia 2013: 144-146).

Pero este último cambio, promovido por un supuesto acto de imparcialidad, no lo es. Ya he fijado posición al respecto, pero conviene ratificarla, entregar la titularidad de la acción penal al Estado, dejando de lado al interesado principal que tiene que ser la víctima, solo se explica por una pretensión controlista del Gobierno. El Ministerio Público, por más autonomía que proclame su constitución, es parte del Estado, sus fiscales son funcionarios públicos que buscan naturalmente hacer carrera, su presupuesto proviene de las arcas del Estado y por tanto de la dinámica política del momento. Controlar el sometimiento de los individuos al poder sancionador es un arma inigualable, que han usado recurrentemente, todos los Gobiernos dictatoriales y con gran manejo, también los democráticos de corte autoritario.¹⁶⁵

¹⁶⁵ “El concepto de acción penal pública se convierte entonces en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación de la acción del Estado en el proceso penal.

Un Estado que por un lado asume el poder de requerir y por el otro el poder de juzgar (poder requirente y poder jurisdiccional en manos del Estado); se garantiza el monopolio de la persecución penal. Se ha pretendido fundamentar este monopolio en la necesidad de reducir los niveles de violencia que el delito genera por sí mismo (v. gr. venganza, etc.). Este argumento que en un plano también abstracto puede tener una mayor fuerza, cede inmediatamente ante la simple constatación de que ha sido el Estado el mayor productor de violencia inútil en el desarrollo de los sistemas penales.

Hoy entonces nos encontramos con un Derecho penal y un Derecho procesal penal fundados de un modo casi exclusivo sobre el concepto de acción pública. Sin embargo es ese mismo concepto de acción pública el que debemos criticar y reformular conforme lo hemos señalado en el punto anterior. Ya se trate de que adoptemos un concepto autónomo de acción o ya sea que adoptándolo asumamos la tesis chiovendana de que se trata siempre de un poder individual, el concepto de acción penal pública es, como lo dice el mismo Chiovenda, un concepto impropio.” (Binder 1999: 213-214).

Discrepancias al margen, entender en nuestro país, el posicionamiento de determinadas teorías en detrimento de otras, sobre la prescripción de la acción penal, también tiene que ver con el rol que han jugado en los últimos tiempos los principales protagonistas de la comunidad jurídica nacional. El largo proceso histórico ocurrido en el mundo, que tuvo como resultado final la asignación del rol acusatorio protagónico al Ministerio Público, tardó en consolidarse en el Perú, pues hubo tenaz resistencia a seguir el mandato constitucional que databa de 1979 y recién se comenzó a cumplir con el inicio del milenio. Tras muchos años en que la titularidad de la acción penal, en la práctica, la ejercieron los propios jueces, al fin la tienen los fiscales. El dato no es menor, pues frente a la posibilidad de explicar la prescripción como un castigo al ofendido negligente, siendo el propio Juez quien había arrebatado a la víctima el lugar en el proceso sancionador, resultaba inapropiado invocar la incompetencia o desidia de un Magistrado, para justificar la procedencia de una prescripción, razón por la cual, esta fundamentación, fue desestimada por mucho tiempo, como hemos repasado en el capítulo correspondiente. Aceptar que la prescripción podía suponer algún tipo de sanción al titular de la acción, frente a la debilidad que en la práctica tenían víctimas y fiscales en el procedimiento, distaba muy poco de reconocer la responsabilidad judicial frente a alguna prescripción no deseada.

En resumen, la acción es otro de los elementos fundamentales para entender la institución. Del concepto que se tenga de ella y del ejercicio de su titularidad, debería depender el concepto que se tenga de la prescripción en materia penal.

3.3 LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La interrupción del plazo de prescripción de la acción penal es la cesación del conteo del tiempo para alcanzarla, debido a la ocurrencia de alguna de las causas previstas en la ley, con lo cual, el lapso transcurrido se pierde y comienza a correr uno nuevo.

Si la prescripción elimina la vía procesal para perseguir el ilícito y mata la acción, la interrupción elimina la consecuencia jurídica del tiempo transcurrido hasta ese momento y hiere a la prescripción, no la mata, pues el conteo del tiempo reiniciará, con lo que la amenaza prescriptiva se debilita pero no desaparece.

Como ya se ha visto, no siempre existió la interrupción, es más, su presencia es relativamente nueva dentro de la larga historia de la prescripción. Apareció formalmente con el Código de Instrucción Criminal de Francia de 1808. Antes de su aparición, el supuesto era que con la presentación de la acusación dentro del tiempo asignado por ley, es decir, antes del plazo prescriptorio, el perseguidor cumplía con su obligación o ejercía su derecho de acudir ante el órgano jurisdiccional para iniciar un procedimiento sancionador, con lo cual, quedaba ejercida la acción penal o la acusación y cesaba definitivamente el conteo del tiempo con fines prescriptorios.

Pero el concepto varió. De la concepción moderna de la acción penal y su identificación como el objeto jurídico a prescribir, se derivó que la prescripción, podría ocurrir inclusive durante el juicio. El tema no es menor. Triunfante la tesis autonomista de la acción procesal, su prescripción dentro del proceso supondría una

circunstancia inaceptable para los franceses imperiales, que debían luchar permanentemente por imponer el orden interno y externo, enfrascados como estaban en años de revueltas nacionales y guerras de conquista, preocupados en imponer la fuerza del Estado, más que en proteger justiciables, por lo que habrían encontrado en la interrupción, una herramienta rendidora para su objetivo sancionador.

Hoy se encuentra presente en casi todas las legislaciones nacionales, a pesar de lo escrito por Mariano La Rosa.¹⁶⁶ De hecho, aunque con diferencias y enfoques muy diversos, todas las legislaciones revisadas aceptan la interrupción de la prescripción, con la única excepción del código penal griego de 1950. En todos los textos legales, la interrupción existe, como un mecanismo que detiene el conteo del tiempo para la prescripción y genera el inicio de uno nuevo, desde el principio. Sin embargo, las diferencias son muchas, en cuanto a las causas interruptoras, el momento de inicio del nuevo conteo y la consideración de limitar la posibilidad de interrupciones múltiples.

Sobre las causas interruptoras, estas pueden ser de dos naturalezas, subjetivas y procesales. Las primeras tienen que ver con el comportamiento del perseguido, fundamentalmente, con la comisión de un nuevo delito. El antecedente antiguo proviene del derecho germánico, aunque en este caso, la comisión de un nuevo delito no servía para interrumpir el conteo prescriptorio, pues no existía el concepto

¹⁶⁶ “En las diferentes legislaciones campean tres sistemas distintos... Algunos códigos no admiten la interrupción de la prescripción; otros establecen que se interrumpe mediante actos de procedimiento o por nuevos delitos, y otros más precisos, dentro de este punto de vista, dicen cuáles son los actos que pueden dar lugar a la interrupción...” (La Rosa 2008: 203).

de interrupción, sino simplemente para extinguir la prescripción. Quien cometía nuevo delito, no tenía derecho a alegar prescripción.

Esa vieja idea medieval, que diferentes juristas y códigos en la modernidad asumen para fundamentar una interrupción del conteo prescriptorio, se sustenta en la presunta enmienda del delincuente, desmentida ante la comisión de un nuevo delito, por lo cual, ante la inexistencia de la enmienda, no procedía el beneficio de la prescripción. La crítica la hemos establecido a lo largo del trabajo. Aceptar una tesis así, es considerar la figura de la prescripción desde el punto de vista del perseguido, como un derecho del mismo y no como una figura que otorga un tiempo y por tanto genera un deber al perseguidor, de actuar dentro de los plazos. Admitir que la comisión de un nuevo delito influye de alguna manera en la prescripción, trastoca el significado de la misma y la desnaturaliza.

Sin embargo, ya está dicho, podemos encontrar su consagración actual en diferentes cuerpos normativos, como una herencia injustificada, que abona a la tesis de la confusión que tenemos con respecto a esta antigua institución del derecho penal, que ha tenido larga vida y ha ido dejando ensayos y errores para el futuro. Por ejemplo, la encontramos en los códigos penales de Perú,¹⁶⁷ Ecuador,¹⁶⁸ Chile,¹⁶⁹

¹⁶⁷ Código Penal Peruano de 1991

LIBRO PRIMERO: Parte General

TÍTULO V: Extinción de la Acción Penal y de la Pena.

ARTÍCULO 83º.-... Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso...

¹⁶⁸ Código Orgánico Integral Penal de Ecuador de 2014

LIBRO SEGUNDO: Procedimiento

TÍTULO II: Acción Penal

CAPÍTULO SEGUNDO: Extinción y Prescripción del ejercicio de la Acción Penal.

Artículo 419º.- Interrupción de la prescripción.- La prescripción del ejercicio de la acción se interrumpirá cuando, previo al vencimiento del plazo, a la persona se le inicie un proceso penal por otra infracción.

Brasil,¹⁷⁰ Uruguay,¹⁷¹ Argentina,¹⁷² y Guatemala¹⁷³ aunque en estos tres últimos, al igual que en Perú, también se contemplan causales procesales para la interrupción del conteo del plazo.

Pero además, podemos encontrar otras legislaciones, que si bien no contemplan la comisión de nuevo delito para interrumpir el plazo prescriptorio, si incorporan otras razones imputables al perseguido. Es el caso de Bolivia,¹⁷⁴ El

En el caso de que en la segunda infracción se obtenga sobreseimiento o sentencia ejecutoriada que ratifique la inocencia, no se tomará en cuenta el plazo de la suspensión.

¹⁶⁹ Código Penal de Chile de 1874

LIBRO PRIMERO: Responsabilidad Criminal

TÍTULO V: De la Extinción de la Responsabilidad Penal

Artículo 96°.- Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito...

¹⁷⁰ Código Penal de Brasil de 1940

Parte Geral

TÍTULO VIII: Da Extinção da Punibilidade

Causas interruptivas da prescrição

Artigo 117°.- O curso da prescrição interrompe-se:

...

VI - pela reincidência.

¹⁷¹ Código Penal de Uruguay de 1933

LIBRO I: Parte General

TÍTULO VIII: De la Extinción de los Delitos y de las Penas

CAPÍTULO I: De la extinción del delito

Art. 121°.- De la interrupción de la prescripción por nuevo delito.

Interrumpe la prescripción cualquier transgresión penal cometida el país o fuera de él, con excepción de los delitos políticos, de los delitos culpables y de las faltas.

¹⁷² Código Penal de la Nación Argentina de 1984

LIBRO PRIMERO: Disposiciones Generales

TÍTULO X: Extinción de Acciones y de Penas.

Artículo 67°.- ... La prescripción se interrumpe solamente por:

a) La comisión de otro delito...

¹⁷³ Código Penal de Guatemala de 1973

LIBRO PRIMERO: Parte General

TÍTULO VIII: De la extinción de la responsabilidad penal y de la pena

Artículo 109°.- La prescripción de la acción penal... También se interrumpe respecto a quien cometiere otro delito.

¹⁷⁴ Código de Procedimiento Penal de Bolivia de 1999

PRIMERA PARTE: Parte General

LIBRO PRIMERO: Principios y Disposiciones Fundamentales

TÍTULO II: Acciones que nacen de los delitos

CAPÍTULO I : Acción Penal

Artículo 31°.- (Interrupción del término de la prescripción). El término de la prescripción de la acción se interrumpirá por la declaratoria de rebeldía del imputado, momento desde el cual el plazo se computará nuevamente.

Salvador¹⁷⁵ y también de Nicaragua, que determinando en su código sustantivo que las causas interruptoras son procesales, incorpora en su texto adjetivo una causal imputable al reo.¹⁷⁶

Bolivia norma sobre la materia prescriptiva en el código adjetivo, siendo la causal de la interrupción del plazo prescriptorio la declaratoria de rebeldía del imputado, debiéndose computar un nuevo plazo desde el momento de la configuración de la declaración. El mismo supuesto aparece en la normativa salvadoreña, siendo la única diferencia, que el país centroamericano también admite causales procesales para interrumpir el conteo de la prescripción.

En el caso de Nicaragua, como su vecino, El Salvador, contempla los dos tipos de causales para interrumpir la consolidación del tiempo de prescripción, las causas de procedimiento están ubicadas en su Código Penal, mientras en el Código Procesal, añade la fuga del justiciable al repertorio, una causal claramente imputable al perseguido.

¹⁷⁵ Código Procesal Penal de El Salvador de 2010

LIBRO I: Parte General

TITULO II: Acciones

CAPITULO I: Acción Penal

SECCIÓN SEGUNDA: Extinción de la Acción Penal.

Interrupción de la prescripción

Artículo 36°.- La prescripción se interrumpirá:

1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado.

...

En el caso de rebeldía, el período de interrupción no excederá de tres años y después de éste comenzará a correr íntegramente el plazo respectivo de la prescripción de la acción penal, aumentado en un tercio.

¹⁷⁶ Código Procesal Penal de la República de Nicaragua de 2001

LIBRO PRIMERO: Disposiciones Generales

TÍTULO II: De las Acciones Procesales

CAPÍTULO V: De la extinción de la Acción Penal

Artículo 73°.- Interrupción de la Prescripción.

Durante el proceso, el plazo del cómputo de la prescripción se interrumpe con la fuga del acusado o cuando el Tribunal declare la incapacidad del acusado por trastorno mental. En el primero de los casos, una vez habido el acusado, el plazo comienza a correr íntegramente; en el segundo, una vez declarado el restablecimiento de la capacidad mental del acusado, el cómputo del plazo se reanuda.

En los demás legislaciones citadas, el motivo de la interrupción del curso de la prescripción es la comisión de nuevo delito, aunque con diferencias entre países. El modelo de Ecuador trata la prescripción de una manera particular, inspirándose en una idea que comparto. Diferencia el momento de la persecución, del momento del enjuiciamiento. De esta manera, aunque sea el mismo tiempo en ambos casos (el máximo de la pena conminada), corre un plazo de prescripción hasta antes de iniciar el proceso penal, recordando a la vieja institución que normaba la prescripción del derecho a acusar y otro para después de inaugurado el proceso penal (que fija en el inicio de la instrucción), lo que sería propiamente la prescripción de la acción penal. Este modelo es antiguo, pues aunque la nueva legislación penal ha hecho muchas variaciones, en este punto prácticamente ha repetido al código derogado de 1971.¹⁷⁷

En lo que respecta a la interrupción, antiguamente la originaba en la comisión de un nuevo delito, de igual o mayor merecimiento de pena, pero en la actualidad, exige el inicio del proceso penal sobre esa nueva infracción, para interrumpir el plazo de prescripción de la persecución anterior.

En ambos casos, estamos frente a la misma idea de interrumpir el plazo prescriptorio de una acción penal, por un elemento absolutamente ajeno al dominio del perseguidor, como es la comisión de un nuevo delito o inclusive su juzgamiento.

En la lógica de que la prescripción de la acción es una limitación al ejercicio del

¹⁷⁷ Código Penal de Ecuador de 1971 (derogado)

CAPÍTULO III

Del ejercicio de las acciones y de la extinción y prescripción de las mismas y de las penas.

Artículo 108°.- Tanto la prescripción de la acción como la de la pena se interrumpen por el hecho de cometer el reo otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción.

acusador en busca del ius puniendi y que su interrupción debería obedecer a alguna evidencia de que dicho titular de la acción está ejerciéndola o en vías de hacerlo, las inconductas materiales del imputado y sus consecuencias jurídicas, no son relevantes dentro del proceso perseguido y acusatorio del ofendido o el agente fiscal.

Para que prospere una propuesta de este tipo, claramente estamos ante una concepción de la prescripción diferente, que asume que la misma es un derecho del perseguido a quien se castiga arrebatándosele si vuelve a delinquir. Dejo a salvo la posibilidad que la modificación legislativa ecuatoriana, pretenda alejarse de la causal subjetiva del agente infractor, para reemplazarla por una causal objetiva del perseguidor, que sería el inicio del proceso por el nuevo delito.

En efecto, habiendo precisado el moderno código de Ecuador que se interrumpe el plazo prescriptorio ya no porque el imputado haya cometido nuevo delito, sino por habersele iniciado un proceso penal por otra infracción, el viraje parecería más adecuado. En ese caso, lo relevante no sería el nuevo injusto sino el proceso iniciado, no sería un acto del perseguido sino del perseguidor y siendo la prescripción una institución que tiene en la mira la actuación del segundo, aquí podría justificarse precisamente la voluntad del titular de la acción penal de actuar.

Sin embargo hay inconvenientes. Para que se cumpla lo último habría que aceptar que el titular de la acción penal es el Estado, o su órgano perseguidor, que en el caso ecuatoriano (y peruano), es el Ministerio Público, es decir, un colectivo, de manera que la actuación de cualquiera de sus miembros cumpliría el supuesto.

Porque si pensamos que es un Fiscal en concreto quien investiga un caso, o una oficina del Ministerio Público, la formalización de la acusación por parte de otro fiscal, desconectado del anterior, incumpliría al menos, el espíritu de la norma. Lo mismo ocurriría si uno de los injustos fuese perseguible por acción privada, allí definitivamente estaríamos frente a distintos titulares de la acción penal y el fundamento de la interrupción ya no podría ser la acción procesal del perseguidor. No alcanzando a cubrir las posibilidades, esta vía interpretativa parece débil y este supuesto de la interrupción por nuevo delito o por el inicio de su procedimiento sancionador, solo tendría lógica ante el fundamento de que la prescripción es un derecho del imputado, perdido por su conducta.

En los casos de Perú, Uruguay, Chile, Argentina y Guatemala estamos frente a la versión original de la interrupción por nuevo delito, con la salvedad que hacen los uruguayos, exceptuando los delitos políticos, los culposos y las faltas y los peruanos que lo restringimos a delitos dolosos. A las objeciones anteriores tendríamos que añadir otra, pues no se determina quién o cómo se evidencia la comisión de nuevo delito. Esta vieja fórmula legal, para no violentar la presunción de inocencia, nos coloca ante la necesidad de una sentencia firme condenando al perseguido por el nuevo ilícito. El supuesto es poco rendidor, salvo que se quisiese aplicar retroactivamente la interrupción, cuando ya probablemente la prescripción hubiera sido alcanzada.

Quién define que alguien ha cometido un delito es un Juez, a través de una sentencia que pone fin a un proceso judicial. Esa es la única forma de romper la presunción de inocencia, que tiene rango constitucional. Así las cosas, para poder

interrumpir un plazo prescriptorio por comisión de nuevo delito habría que esperar hasta el final del proceso por el supuesto nuevo delito, cosa que normalmente, debería ocurrir mucho tiempo después de operada la prescripción que se pretende interrumpir. Un absurdo.

En ese sentido y aunque no esté de acuerdo con la figura, la propuesta ecuatoriana resuelve mejor el problema pues adelanta la interrupción al inicio del proceso por aquel supuesto nuevo injusto, haciéndolo viable en el tiempo.

Otro problema que plantea el supuesto es que solo se sitúa en la posibilidad de que el imputado sea culpable. Porque si fuese inocente, la pregunta sería, quién debe cometer el nuevo delito al que se refiere la norma. De hecho, si el imputado es inocente con respecto al primer delito, el nuevo, esta vez sí cometido por él, no sería un segundo, sino un primer delito, con lo que se desvanece la lógica de la peligrosidad, además de incumplirse el supuesto. Y si efectivamente, el culpable del primer hecho punible volviese a delinquir, no se entendería por qué ese nuevo injusto debiera castigar al imputado inocente.

La sola fórmula del texto legal parecería violar el principio de la presunción de inocencia, pues da por hecho que el imputado cometió delito anterior, es decir, aquel por el que se le está persiguiendo. Lo transforma de imputado a culpable.

Por último he considerado en este rubro el caso brasileño. No son pocos los códigos que incluyen mandatos prescriptores para los casos de reincidencia, pero este es el único que he encontrado, al menos en América, que considera a la reincidencia como una causal de interrupción del curso de la prescripción.

Resaltada la diferencia, le corresponden las mismas críticas anteriores, tanto por la inconveniencia de fijar en el perseguido capacidad para influir en el proceso prescriptorio,¹⁷⁸ cuanto por los inconvenientes legales para declarar, en este caso la reincidencia y hacer posible una interrupción dentro del tiempo en que aún transcurre el plazo de prescripción.

Darle a la comisión de un nuevo delito capacidad para interrumpir el plazo de prescripción, es justificarla en razones imputables al perseguido y tiene directa vinculación con las teorías que fundamentan la prescripción penal en la falta de carácter correctivo de la pena, o la enmienda del delincuente. Adquiere también sentido frente a la equivocada percepción de que la prescripción es un derecho del reo, pues le hace perder dicho derecho ante su comportamiento reincidente o doloso. Se estima que ante la comisión de un nuevo acto delictivo, el criminal da claras muestras de no haberse re sociabilizado y necesitar la imposición de una pena para lograrlo, razón por la cual, el nuevo hecho punible debe interrumpir el plazo prescriptorio, para coadyuvar a la persecución y castigo.

Esta figura de dar capacidad decisoria sobre el plazo prescriptorio de una acción penal a la comisión de un nuevo delito, es antigua en la legislación nacional, como una herencia de la normativa española de donde nació nuestra codificación penal decimonónica. En efecto, el código español promulgado el 9 de julio de 1822 contenía la interrupción por causas imputables al reo, señalando que la comisión de nuevo delito interrumpía la prescripción del primero, debiendo comenzarse la

¹⁷⁸ “... el que una persona reincidenta no modifica los plazos de prescripción de una infracción cometida con anterioridad por ella misma...” (Ragués i Vallés 2004: 35).

cuenta de nuevo, desde la fecha del segundo delito. Ese mismo código contemplaba también la interrupción por causas de procedimiento, aunque no usase la palabra interrupción, señalando que si dentro del plazo prescriptorio se realizaba la acusación o demanda particular, el término de la prescripción se contaría desde que se haya abandonado la misma, pero, interesante el distingo, cuando el procedimiento hubiese empezado de oficio, de no llegarse a sentencia, el plazo de la prescripción comenzaría a contarse desde el abandono del procedimiento, más en ese caso, por un periodo mayor en una mitad.

El Perú hereda el concepto que había corrido por toda la Europa medieval, influida por el pensamiento cristiano y su idea de culpa y castigo como vehículo de expiación, pervirtiendo la idea original de la prescripción, que suponía tan solo sancionar al perseguidor que no se ajustase a un plazo para presentar acusación, sin tener en absoluto en cuenta las actuaciones del perseguido. Nuestro primer código republicano, el de 1863, que no contemplaba razones procesales para la interrupción de la prescripción,¹⁷⁹ contenía como única causa interruptora, la comisión de otro delito de la misma especie o que mereciese igual o mayor pena.¹⁸⁰ Con distinto supuesto y ahora sí, adicionada a las razones procesales, la interrupción por causas imputables al perseguido se mantuvo en el código de 1924, que restringió el

¹⁷⁹ Las causas de procedimiento como originadoras de la interrupción de la prescripción de la acción penal, recién fueron incorporadas y reconocidas por el derecho nacional por vía jurisprudencial a comienzos del siglo XX.

¹⁸⁰ Código Penal peruano de 1863

Artículo 97º.-... Si antes de vencido el término comete el reo otro delito de la misma especie, o que merezca igual o mayor pena, la prescripción queda sin efecto.

supuesto sólo a la reincidencia¹⁸¹ y llegó hasta el actual de 1991, que demanda la comisión de un nuevo delito doloso.¹⁸²

La redacción actual del texto nacional, plantea de inmediato la negativa a aceptar como causal de interrupción la comisión de un delito culposo, lo que confirma que la causa de la interrupción tiene que ver con la peligrosidad del agente, posición que no comparto.

Rebato la figura de la interrupción por la comisión de nuevo delito, porque bajo la lógica del presente trabajo, la prescripción de la acción penal, es una sanción a quien debiendo activar el aparato represor del Estado, no lo hizo, o una convalidación de su decisión legítima de no actuar y por ello, es irrelevante el comportamiento del reo. El nuevo delito por él cometido, no podría ser casual ni de la demora del titular de la acción ni de la eventual falta de persecución. No es coherente.

Sin embargo, la figura podría aceptarse bajo el supuesto de una futura acumulación en el proceso. Según este razonamiento, siendo posible acumular acusaciones contra el mismo sujeto a fin de proceder a un solo juzgamiento, el delito cuya prescripción está en curso y el nuevo, podrían ser ventilados juntos, de manera tal que se precisaría interrumpir el plazo prescriptorio del primero, a efectos que el juzgador estuviera en capacidad de acumular las causas. Pero en ese caso, no

¹⁸¹ Código Penal peruano de 1924

Art. 125º.- La prescripción de la acción y de la pena se interrumpen por la reincidencia.

¹⁸² Código Penal peruano de 1991

Art. 83º.- Interrupción de la prescripción de la acción penal.

...

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

debería hacerse diferencia entre delitos dolosos y culposos, pues los segundos también son justiciables y acumulables.

Por otro lado, si fuésemos a aceptar esta causal interruptora por la fundamentación expuesta, nunca por la habitual de la peligrosidad del agente infractor, resultan infortunadas las fórmulas peruana, uruguaya y chilena, pues para estar frente a un delito doloso, se requiere de una sentencia firme y el tiempo necesario para alcanzarla, seguramente sería suficiente para que se declare la prescripción de la acción contra el primer injusto. Al respecto, en su libro “Sobre la prescripción de la acción Penal”, Iván Meini sostiene que se requiere sentencia firme para que se cumpla el supuesto de la norma, con lo que hallo total coincidencia, no así con su explicación acerca de la posibilidad de leer la exigencia del código, como la simple imputación del nuevo hecho como delito doloso, ya que puede prestarse a cualquier arbitrariedad contra el justiciable (2009: 77-78). Siendo inconveniente entonces esta última solución al texto peruano, como también la necesidad de la declaración judicial, si se quiere mantener este supuesto para lograr la acumulación, habría que apuntar a una modificación legislativa que abandonando el mero hecho delictivo, lo reemplace por una figura procesal, como la que asumió la codificación ecuatoriana en el 2014. Habría que elaborar algo más la fórmula para evitar los problemas que se han establecido líneas atrás en el análisis de dicha opción legislativa.

Pero más allá de cualquier esfuerzo interpretativo para justificar una norma o generar otra, no debe perderse de vista el argumento teleológico sobre el que descansa nuestra explicación de la institución. La prescripción nació y existe para

lograr que las causas penales sean presentadas dentro de un plazo determinado, para que el titular de la acción penal, ejerza su derecho o facultad en un tiempo razonable y no tenga al órgano jurisdiccional del Estado en permanente espera.

Esa es la razón por la que la institución y todas sus figuras deben girar alrededor del titular de la acción penal, cualquier explicación o fundamento que se separe de él, se aleja de su propósito y la desnaturaliza.

Por lo expuesto, las causas interruptoras fundamentadas en argumentos procesales, tienen mucha más validez para la institución. A la luz de las posiciones asumidas en este trabajo, sostengo que si aceptásemos como válida la interrupción, solo deberían ser admisibles aquellas que apunten a eliminar los fundamentos de la prescripción y si postulo que el fundamento de la prescripción de la acción penal es la negligencia del ofendido por no accionar su derecho, o en su versión no sancionadora, el retiro del derecho o facultad de accionar por demostrar con su inacción el deseo de no usarla, entonces, las muestras de un comportamiento diligente deberían ser las pertinentes para interrumpir el cómputo del plazo para la prescripción y no otras. La presentación de una denuncia, que evidencia la intención de querer usar la acción penal y más aún, la acusación formal para abrir un proceso, que supone la facultad de uso de la acción penal, son actos procesales que se realizan para la persecución del delito y producidos ellos, al menos debería dejar de contarse el plazo para la prescripción.

Por lo demás, resulta importantísimo fijar las motivaciones político criminales para la existencia de la acción penal, las cuales se relacionan con el objetivo social

de combatir el crimen. De manera tal, que si al producirse un delito, nace con él el inicio de un plazo destinado a poner fin a la pretensión punitiva sobre el mismo, la contabilidad del tiempo prescriptorio debería ser detenida cuando se inicia la persecución.

Por eso parece lógico que cuando nació formalmente la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, en el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, se consagró que la causa interruptora serían los actos del procedimiento, en tanto reveladores del interés del titular de la acción penal de perseguir y reprimir al imputado.

El argumento apareció contundente, a pesar de la oposición furibunda de Carrara y desde entonces se extendió a casi todas las legislaciones. Si la prescripción supone una inactividad del Estado o del titular de la acción privada en la persecución del delito o una persecución tardía, los actos que inician o indican el interés en dicha persecución, que son actos procesales, deben interrumpir el plazo prescriptorio.

Desde ese momento, mucha fue la discusión acerca de cuáles deberían ser los actos procesales con capacidad para interrumpir el plazo prescriptorio. Como ya hemos reseñado, Carrara vio en la propuesta francesa una puerta abierta para el abuso gubernamental e inclusive la arbitrariedad judicial. Por ello, aunque su lucha fue por eliminar la interrupción de la prescripción, aceptó que era mejor tener una lista cerrada de actos procesales con poder interruptor y que además, solo fuesen actuados por el Juez. A mi entender, todos aquellos actos que sirvan para la

investigación del hecho delictivo y la identificación del culpable, deberían ser causales para la interrupción de la prescripción. Ya durante el funcionamiento del aparato represor del Estado, evitar el abuso de poder debe ser tarea de otros mecanismos dentro del sistema, los cuales todavía esperan ser desarrollados legislativamente o están en un periodo incipiente, como el derecho a ser procesado dentro de un plazo razonable.

Cada normativa nacional ha tomado su propio rumbo al respecto. Siendo la mayoría los que se alinean bajo el concepto de la interrupción de la prescripción penal por actos de procedimiento, podemos contar entre las naciones de América del Sur a Perú,¹⁸³ que incorporó por primera vez la figura comenzando el siglo XX y por vía jurisprudencial,¹⁸⁴ pues no existía en la primera codificación penal de 1863, aunque luego fue recogida en los códigos siguientes, Venezuela,¹⁸⁵

¹⁸³ Código Penal Peruano de 1991.

Art. 83°.- Interrupción de la prescripción de la acción penal.

La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.

¹⁸⁴ “Iniciada la acción criminal, el término prescriptivo se cuenta desde la última diligencia. Así lo ha declarado la Corte Suprema en los casos insertos en las págs. 219 y 254 del tomo de “Anales Judiciales” de 1905 y en el siguiente:... Si pues en el presente juicio la referida acción penal fue efectiva a partir de los sucesos, es obvio que estos no determinan la época inicial porque las actuaciones interrumpen el plazo conforme a las reglas del derecho, impidiendo presumir el olvido de la sociedad ofendida y sufrimientos expiatorios del reo en que únicamente descansa la teoría de la institución extintiva de responsabilidad...Lima, 2 de abril de 1906” En: SEOANE, Guillermo. “Códigos Penal y de Enjuiciamientos en Materia Penal. Anotados con sus Referencias, Leyes modificativas y Piezas Jurídicas declaratorias”, 2da. edición, Librería Francesa Científica, Lima, 1907, págs. 50 y 51.

¹⁸⁵ Código Penal de Venezuela del 2000

LIBRO PRIMERO:

Disposiciones Generales sobre los Delitos y las Faltas, las Personas Responsables y las Penas.

TITULO X: De la extinción de la acción penal y de la pena

Artículo 110°.- Se interrumpirá el curso de la prescripción de la acción penal por el pronunciamiento de la sentencia siendo condenatoria, o por la requisitoria que se libre contra el reo, si este se fugare.

Colombia,¹⁸⁶ Paraguay,¹⁸⁷ Argentina,¹⁸⁸ Uruguay¹⁸⁹ y Brasil.¹⁹⁰ Como se puede apreciar, ni Chile ni Ecuador ni Bolivia se incorporan en esta lista, ya que en sus

Interrumpirán también la prescripción el auto de detención o de citación para rendir indagatoria y las diligencias procesales que le siga; pero si el juicio, sin culpa del reo, se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se declarara Prescrita la acción penal.

Si establece la ley un término de prescripción menor de un año, quedara ella interrumpida por cualquier acto de procedimiento; pero si en el término de un año, contado desde el día en que comenzó a correr la prescripción, no se dictare sentencia condenatoria, se tendrá por prescrita la acción penal.

La prescripción interrumpida comenzara a correr nuevamente desde el día de la interrupción.

La interrupción de la prescripción surte efectos para todos los que han concurrido al hecho punible, aun cuando los actos que interrumpan la prescripción no se refiere sino a uno.

¹⁸⁶ Código Penal Colombiano de 2000

LIBRO I: Parte General

CAPITULO QUINTO: De la extinción de la acción y de la sanción penal

Artículo 86°.- Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción. [Modificado el presente inciso modificado por el artículo 6 de la ley 890 de 2004]

La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. (antes decía: La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.)

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

¹⁸⁷ Código Penal de la República del Paraguay de 1997

LIBRO PRIMERO: Parte General

TITULO VII: La Prescripción

CAPITULO ÚNICO: Características de la Prescripción

Artículo 104.- Interrupción

1° La prescripción será interrumpida por:

1. un auto de instrucción sumarial;
2. una citación para indagatoria del inculpado;
3. un auto de declaración de rebeldía y contumacia;
4. un auto de prisión preventiva;
5. un auto de elevación de la causa al estado plenario;
6. un escrito de fiscal peticionando la investigación; y
7. una diligencia judicial para actos de investigación en el extranjero.

2° Después de cada interrupción, la prescripción correrá de nuevo. Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción.

¹⁸⁸ Código Penal de la Nación Argentina de 1984

LIBRO PRIMERO: Disposiciones Generales

TITULO X: Extinción de Acciones y de Penas.

Artículo 67°.- ... La prescripción se interrumpe solamente por:

- ... b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y
- e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

¹⁸⁹ Código Penal de Uruguay de 1933

LIBRO I: Parte General

TÍTULO VIII: De la Extinción de los Delitos y de las Penas

legislaciones no se encuentra dispositivos que otorguen poder interruptora a los actos de procedimiento. Con todo, aunque no es unánime, la adscripción sudamericana a esta figura es mayoritaria.

Donde sí es unánime es en las legislaciones centroamericanas, donde todas, las de Panamá,¹⁹¹Nicaragua,¹⁹²Guatemala,¹⁹³Costa Rica,¹⁹⁴ Honduras¹⁹⁵y El

CAPÍTULO I: De la extinción del delito

Artículo 120º.- De la interrupción de la prescripción por actos de procedimiento.

El término de la acción penal se interrumpe por la orden judicial de arresto, empezando a correr de nuevo, desde que el proceso se paraliza. En los delitos en que no procede el arresto, el término se interrumpe por la simple interposición de la denuncia.

¹⁹⁰ Código Penal de Brasil de 1940

Parte Geral

TÍTULO VIII: Da Extinção da Punibilidade

Causas interruptivas da prescrição

Artigo 117º.- O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

§ 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

¹⁹¹ Código Procesal Penal de Panamá del 2008

LIBRO PRIMERO: Disposiciones Generales

TÍTULO IV: La Acción

CAPÍTULO I: Acción Penal

SECCIÓN 2º: Extinción de la Acción Penal.

Artículo 118º.- Interrupción del plazo. El plazo de la prescripción de la acción penal se interrumpe en los siguientes casos:

1. Por la formulación de la imputación.

2. Por el acuerdo de mediación o conciliación.

3. Por la suspensión del proceso a prueba.

4. Mientras no se cumplan las obligaciones de la conciliación.

5. Mientras el imputado no cumpla con sus compromisos de prestar testimonio, según lo dispone el artículo 220 de este Código.

La prescripción interrumpida corre de nuevo desde el día de la interrupción.

¹⁹² Código Penal de Nicaragua de 2007

LIBRO PRIMERO: Disposiciones Generales sobre Delitos, Faltas, Penas, Medidas de Seguridad, Consecuencias Accesorias de la Infracción Penal y de las Personas Responsables

TÍTULO VII: Extinción de la Responsabilidad Penal y sus Efectos.

CAPÍTULO I: Causas que extinguen la Responsabilidad Penal.

Art. 132 Cómputo de los plazos

...

Salvador,¹⁹⁶ adhieren a la interrupción de la prescripción penal, solo por causas de procedimiento.

La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, y comenzará a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena, sin perjuicio de las otras causales que establece el Código Procesal Penal...

¹⁹³ Código Penal de Guatemala de 1973

LIBRO PRIMERO: Parte General

TITULO VIII: De la extinción de la responsabilidad penal y de la pena

Artículo 109º.- La prescripción de la acción penal se interrumpe, desde que se inicie proceso contra el imputado, corriendo de nuevo el tiempo de la prescripción desde que se paralice su prosecución por cualquier circunstancia...

¹⁹⁴ Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996

PRIMERA PARTE: LIBRO PRELIMINAR: Disposiciones Generales

TÍTULO II: Acciones Procesales

CAPÍTULO I: Acción Penal

SECCIÓN CUARTA: Extinción de la Acción Penal

Artículo 33º.- Interrupción de los plazos de prescripción

Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo trasanterior se reducirán a la mitad para computarlos, a efecto de suspender o interrumpir la prescripción. Los plazos de prescripción se interrumpirán con lo siguiente:

- a) La comparecencia a rendir declaración indagatoria, en los delitos de acción pública.
- b) La presentación de la querrela, en los delitos de acción privada.
- c) La resolución que convoca por primera vez a la audiencia preliminar.
- d) El señalamiento de la fecha para el debate.
- e) Cuando la realización del debate se suspenda por causas atribuibles a la defensa, con el propósito de obstaculizar el desarrollo normal de aquel, según la declaración que efectuará el tribunal en resolución fundada.
- f) El dictado de la sentencia, aunque no se encuentre firme.

La interrupción de la prescripción opera, aun en el caso de que las resoluciones referidas en los incisos anteriores, sean declaradas ineficaces o nulas, posteriormente.

La autoridad judicial no podrá utilizar como causales de interrupción de la prescripción otras distintas de las establecidas en los incisos anteriores.

¹⁹⁵ Código Penal de Honduras de 1983

LIBRO PRIMERO: Parte General

TITULO VIII: Extinción de la Responsabilidad Penal y sus Efectos.

Artículo 99º.- La prescripción de la acción penal se interrumpirá desde que se inicie procedimiento contra el culpable, corriendo de nuevo el tiempo de la prescripción desde que se paralice su prosecución por cualquier circunstancia.

¹⁹⁶ Código Procesal Penal de El Salvador de 2010

LIBRO I: Parte General

TITULO II: Acciones

CAPITULO I: Acción Penal

SECCIÓN SEGUNDA: Extinción de la Acción Penal.

Interrupción de la prescripción

Artículo 36º.- La prescripción se interrumpirá:

- 1) Por la declaratoria de rebeldía del imputado.
- 2) Por la sentencia definitiva aún no firme.

... desaparecida la causa de interrupción, el plazo de prescripción durante el procedimiento comenzará a correr íntegramente.

Y en la misma línea, en el norte del Continente, encontramos a México.¹⁹⁷ No siendo este trabajo sobre derecho comparado, detengo aquí la lista de normativas internacionales para el análisis.

La polémica desatada por Carrara luego de su crítica a la legislación francesa que inauguró esta materia, tiene que ver con dos puntos centrales, a saber, quiénes son las personas cuyos actos tienen capacidad para interrumpir la prescripción de la acción penal y cuáles son esos actos. Como se recuerda, la fórmula abierta de la normativa de Francia, colisionaba con el ímpetu garantista del jurista italiano, quien postulando la eliminación de la figura de la interrupción, aceptaba como un mal menor el que ésta se limitase a algunos actos del Juez contenidos en *numerus clausus*.

¹⁹⁷ Código Penal Federal de México de 1931

LIBRO PRIMERO

TÍTULO QUINTO: Extinción de la Responsabilidad Penal

CAPÍTULO VI: Prescripción

Artículo 110º.- La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada.

Si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia.

La prescripción de las acciones se interrumpirá también por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional, y por el requerimiento de entrega del inculcado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra donde aquél se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el primer caso también causarán la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que dé motivo al aplazamiento de su entrega.

La interrupción de la prescripción de la acción penal, sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 de este Código.

Artículo 111º.- Las prevenciones contenidas en los dos primeros párrafos y en el primer caso del tercer párrafo del artículo anterior, no operarán cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción.

Se exceptúa de la regla anterior el plazo que el artículo 107 fija para que se satisfaga la querrela u otro requisito equivalente.

Artículo 112º.- Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirán la prescripción.

Al respecto, las legislaciones que hemos citado se inclinan en forma mayoritaria por reconocerle capacidad interruptora a actos tanto del Juez como del Ministerio Público. Así se aprecia en los códigos de Perú, Venezuela, Paraguay, Argentina, Brasil y Costa Rica, siendo que este último, le reconoce la misma capacidad al querellante, en tanto titular de la acción penal privada.

El colombiano sólo le otorga ese poder al Ministerio Público con la formalización de la imputación, mientras que el salvadoreño y el uruguayo solo se lo dan al Juez con sentencia no firme el primero y con la orden de arresto, el segundo, aunque al añadir que en aquellos casos donde no procede el arresto, la simple denuncia interrumpe la prescripción, amplía esa capacidad a cualquiera.

Más difícil resulta definir la posición de México, Nicaragua, Honduras y Guatemala. En cuanto al primero, su fórmula de que hay interrupción “por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y delincuentes”, no especifica quienes deben hacer tales averiguaciones, sin embargo, revisada la normativa procesal de dicho país, pareciera claro que los responsables son tanto el Ministerio Público en la fase preparatoria, como el Juez antes de dictar el auto de formal procesamiento (Vela 1990: 270-271).

En cuanto a los centroamericanos, usan la vieja fórmula legal del código español reformado de 1870, casi de manera textual, repitiendo Nicaragua y Honduras que el procedimiento “se dirija contra el culpable” y precisando el concepto jurídico Guatemala “desde que se inicie proceso contra el imputado”.

Palabras más, palabras menos, es el mismo precepto impreciso que tantos problemas interpretativos causó en España hasta su modificación legislativa.

En la experiencia hispana con esa fórmula, inicialmente, los tribunales penales, sostuvieron que la presentación de una denuncia o una querrela, eran suficientes para generar la interrupción de la prescripción, pues se consideraba parte de un procedimiento dirigido contra una persona. Pero esta posición fue luego corregida por el Tribunal Constitucional quien sostuvo que era necesaria alguna actuación judicial, para dar validez interruptora a la imputación original, es decir, no bastaba por ejemplo la querrela, sino que hacía falta su admisión a trámite, con lo que el acto finalmente, solo podría provenir del Juez.

Esta misma polémica, que debió ser resuelta en la península por la vía legal, es la que hoy podemos replantear para las tres legislaciones centroamericanas, con lo que es difícil una claridad conceptual en este punto.

Pero en esta materia de la interrupción del conteo del tiempo para la prescripción de la acción penal, no solo es importante definir quiénes son las personas cuyos actos tienen el poder de lograr dicha interrupción, sino además definir si es cualquier acto de dichas personas o solo algunos declarados por ley. Es decir, el uso de *numerus clausus* para fijar las actividades procesales capaces de generar la interrupción. Este fue el modelo que impuso Alemania desde 1871 y que aún mantiene hoy.¹⁹⁸ Lo siguen entre los que estamos comparando, Paraguay, Brasil,

¹⁹⁸ Código Penal Alemán de 1871 (con modificaciones de 1998)
PARTE GENERAL
CAPÍTULO QUINTO: Prescripción

Panamá, Costa Rica, Argentina aunque incluye en la lista la comisión de otro delito, lo que no se ajusta al carácter procesal del resto de causas conminadas, Venezuela para los casos en que el plazo prescriptorio es superior a un año.

Casos especiales los de El Salvador, Uruguay y Colombia. El Salvador, limita su lista a solo dos acciones del Juez, la declaración de rebeldía y la sentencia. Uruguay a una del Juez, la orden judicial de arresto, y a otra del ofendido o el Ministerio Público, la denuncia para casos en que no procede el arresto. En tanto que Colombia fija una sola actuación procesal la formalización de la imputación.

Finalmente en este rubro, son cinco las legislaciones que provocarían las iras de Carrara, dejando abierta las posibilidades debido a la fórmula legal empleada, Perú, Nicaragua, Honduras, Guatemala y México, que en general, siguen a la

TÍTULO I: Prescripción de la acción penal

§ 78c. Interrupción

(1) La prescripción se interrumpe por:

1. La primera indagatoria del inculpado, la notificación de que contra él se ha iniciado una investigación o la orden para indagatoria o la notificación
2. Cada indagatoria judicial del inculpado o su ordenamiento
3. Cada comisión de un perito por el juez o fiscal, cuando antes el inculpado haya sido interrogado o notificado de la iniciación de la investigación
4. Cada orden de secuestro o allanamiento y las decisiones judiciales que las mantengan en vigor
5. El auto de detención, la orden de internamiento, la orden de comparecimiento ante el juez y las decisiones judiciales que las mantengan en vigor
6. La presentación de la denuncia pública
7. La apertura del juicio principal
8. Cada señalamiento de una audiencia
9. La condena u otra decisión correspondiente a la sentencia
10. La suspensión judicial provisional del proceso por ausencia del inculpado así como cada orden del juez o fiscal, que según una tal suspensión del proceso o en un proceso contra ausentes para la investigación de la residencia del inculpado o para el aseguramiento de las pruebas
11. La suspensión judicial provisional del proceso por incapacidad procesal del inculpado así como cada orden del juez o del fiscal que emana después de una tal suspensión del proceso para verificar la capacidad procesal del inculpado; o,
12. Cada requerimiento judicial para efectuar un hecho de investigación en el exterior

En procedimientos de seguridad y en procedimientos autónomos será interrumpida la prescripción por las acciones correspondientes a la primera frase para la ejecución del proceso de seguridad o del proceso autónomo.

...

legislación francesa dando fuerza interruptora a cualquier diligencia practicada en el procedimiento en contra del imputado.

Como se aprecia, no solo se trata de definir si los actos interruptores deben ser generados por el perseguidor o por el perseguido, de hecho algunas legislaciones optan por ambas causales, sino que eligiendo la primera opción, que es la que se defiende en este trabajo, son diversas las posibilidades. Y en este último punto en análisis, debo apartarme de los postulados sugestivos de Carrara, para alinearme con las propuestas de estos últimos códigos. Descartando los de Nicaragua y Honduras por la inconveniente referencia al delincuente, las alternativas de Perú, Guatemala y México, me parecen las más apropiadas.

Siendo distintas sus fórmulas legislativas, las tres apuntan al mismo objetivo, permitir que las actuaciones procesales del perseguidor, acusador, investigador o juzgador, detengan la prescripción, en este caso, bajo la forma moderna de la interrupción. En otras palabras, permiten al titular de la acción penal actuar con diligencia y ejercer su derecho o cumplir con la obligación que le impone el Estado.

A diferencia de los ordenamientos legales que precisan taxativamente los actos procesales con capacidad interruptora o que los limitan únicamente a los emitidos por un Juez, estos dispositivos vigentes plantean una figura abierta a cualquier acto procesal que evidencie su voluntad persecutoria, entendiéndose que debe tener directa relación con el delito cuya prescripción se va a interrumpir y

colocando al igual que al Juez, al Ministerio Público y en general a quien sea titular de la acción penal.

Aunque el caso peruano ya lo hemos repasado en detalle, es pertinente en este apartado repasar que el código de 1924, que inauguró la interrupción de la prescripción en nuestro país, limitaba la actividad procesal capaz de interrumpir el plazo prescriptorio únicamente al Juez, cosa comprensible por el sistema inquisitorio en que se desenvolvía el proceso peruano, donde la víctima ya había sido expulsada de la relación procesal y el Ministerio Público estaba adscrito al Poder Judicial y tenía funciones limitadas, subordinadas y poco claras. Luego, con el Decreto Legislativo No. 121 del 12 de junio de 1981, con el Ministerio Público autónomo por mandato constitucional, aunque todavía no en la práctica, se abandonó la idea de limitar la posibilidad de interrupción solo a actos de la judicatura, pero se adhirió a la postura de determinar taxativamente los actos procesales que interrumpirían el plazo de prescripción de la acción penal. Posición inconveniente por limitante.

Con la norma actual, tanto el Ministerio Público como el Juez, pueden evidenciar por la vía procesal la intención de perseguir del Estado, sin la limitación de los *numerus clausus*, lo que me parece bien, aunque falta en la norma la misma atribución para el ofendido, al menos para presentar una querrela.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Aunque no coincido en el detalle, la legislación española, considera como acto interruptor la presentación de la querrela, a condición de una resolución judicial posterior contra el querrellado. En tanto la actuación del Juez no se produzca, la prescripción se considera suspendida. No estoy de acuerdo, porque desliga la prescripción del derecho del ofendido a accionar y le entrega ese derecho al Estado. Si el querellante no puede terminar con el plazo prescriptorio, entonces no es dueño de la acción penal. Esta es la norma referida: Código Penal de España de 1995

Más aun, hay quienes consideran que debiera incluirse las actuaciones policiales en el reparto de actos interruptores del plazo prescriptorio, pues muchas veces es allí donde llega la denuncia (Pisfil 2015: 21-24). En la visión de un proceso realmente adversarial, donde la víctima recupere su espacio dentro de la relación procesal, sería lógico que la denuncia en sede policial tuviese efecto interruptor. Pero a la luz de nuestra legislación actual, resultaría solo atendible para el caso de delitos de persecución privada, pues allí se encontraría una evidencia de que el titular de la acción penal quiere ejercerla, mientras que para los casos que corresponden a acciones públicas, siendo el titular de la acción penal el Ministerio Público, mientras él no actúe, no habrá evidencia de una voluntad persecutoria capaz.

Dejando el caso peruano pero siguiendo nuestra línea argumentativa, obviamente nos adherimos a la tesis de que las actividades procesales interrumpen el plazo prescriptorio, pues demuestran precisamente la diligencia del titular de la acción penal para ejercer su facultad y movilizar en justicia la maquinaria represora del Estado. Y es que si la prescripción ocurre por la falta de ejercicio de la acción, ya sea por negligencia o por legítima decisión del titular de la misma, es lógico que la evidencia de que sí se está cumpliendo con dicho ejercicio, genere como

LIBRO I: Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO VII: De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos

CAPÍTULO I: De las causas que extinguen la responsabilidad criminal.

Artículo 132.2.2º.- No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1.ª, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

consecuencia, la eliminación de la amenaza prescriptiva. Y la actividad procesal con relación al supuesto delito, es precisamente esa evidencia. Cumpliendo con su parte, no cabe ningún castigo a su actitud y debe por tanto habilitarse la capacidad punitiva del Estado, interrumpiendo el conteo del tiempo para la prescripción de la acción penal.²⁰⁰

Para cerrar el tema de las causas de la interrupción, encuentro en el tema otra certificación sobre la confusión que existe hoy alrededor de la institución de la prescripción de la acción penal. Y es que no existe relación entre el inicio del ejercicio de la acción penal y un eventual nuevo delito cometido por el imputado. La inconexión es relevante, porque si ambas situaciones interrumpen el conteo de la prescripción, entonces debería haber un factor común que explique la interrupción en ambas circunstancias. Casi no he encontrado explicaciones, alguna vez un profesor me dijo que son causas diferentes pero con la misma consecuencia, explicación insubstancial que demuestra otra de las muchas incoherencias actuales sobre nuestro manejo y comprensión de la institución. Y es que no puede ser que las dos sean razones para interrumpir, o es una o es otra y dependerá del fundamento que se tenga de la prescripción, o una limitación temporal a la facultad del titular de la acción penal o un derecho establecido en favor del imputado. Así como la prescripción no puede explicarse en ambos conceptos, tampoco convivir ambas causales para interrumpir la prescripción. Para la doctrina mayoritaria, esta incoherencia pasa desapercibida.

²⁰⁰ “...La interrupción de la prescripción solo debe quedar limitada a la determinación del Estado de su voluntad de perseguir un delito, no pudiendo quedar subordinada a actos ajenos al mismo, cual pudieran ser las dificultades de esa investigación... la prescripción debería interrumpirse una vez mostrada la voluntad de investigar y el proceso sometido a plazos para investigar...” (Asencio 2016: 403-404).

Con respecto a la consecuencia de la interrupción, en los códigos analizados, en forma casi unánime esta es el reinicio del cómputo del tiempo, es decir, vuelve a contarse en su totalidad, con la sola excepción de Colombia, que establece que producida la interrupción, el conteo iniciará de nuevo pero solo por la mitad del tiempo previsto inicialmente. Tal regla que podría ser favorable a quien fuere procesado temprano, se equilibra con la exigencia que ese nuevo plazo prescriptorio no puede ser inferior a cinco, ni superior a diez años, lo que en la práctica operaría como un plazo para el proceso, considerando que la única vía para la interrupción en el ordenamiento legal es la formulación de la imputación, con lo que comienza el proceso.

Por lo demás, todas las legislaciones señalan que el inicio del nuevo conteo de tiempo, se dan con la configuración de la causa interruptora, o con la cesación del fenómeno interruptor, usualmente, el proceso sin sentencia. Siendo este último el caso peruano, que al igual que México, precisa que el *dies a quo* es al día siguiente de la última diligencia.

Este concepto de interrupción continua, según la cual el nuevo conteo debe establecerse al final del proceso persecutorio sin condena, lo siguen también Nicaragua, Guatemala, Honduras, El Salvador y Uruguay. En los otros casos, la gran regla seguida es que el nuevo conteo comienza con la aparición de la causa de interrupción.

Otra forma de interrupción del plazo de prescripción, que en realidad supone más bien fijar el inicio del plazo prescriptorio en un día distinto al de la comisión

del delito, es en el caso de delitos contra la indemnidad sexual. En estos casos, algunas legislaciones estipulan que el conteo recién comenzará en el día en que las víctimas obtengan la mayoría de edad. Normas de esa naturaleza las encontramos en Colombia, Argentina, Uruguay, Brasil, Panamá y Nicaragua. En el caso de Bolivia se establece que llegada la víctima a su mayoría de edad, el plazo prescriptorio se amplía de ser necesario, hasta un máximo de cuatro años y en El Salvador hasta uno.

Otra singularidad se observa en la legislación salvadoreña, en donde se establece una interrupción automática para el caso en donde los imputados sean funcionarios públicos, que cesa el día en que cesa su cargo. Regla similar tiene Nicaragua, que ordena que en el caso de delitos de función, sea interrumpido el plazo de prescripción mientras el funcionario imputado disfrute de inmunidad o se sustraiga a la justicia.

Con respecto a la forma en que debe manejarse la interrupción de la prescripción cuando hay multiplicidad de imputados, una postura mayoritaria, es que las interrupciones se manejan individualmente, en función de quien haya sido el sujeto sobre el que se genere el supuesto interruptor. De las legislaciones vistas, la mayoría considera alguna norma en ese sentido, Colombia, Ecuador, Argentina, Bolivia, Panamá, El Salvador, México.

En el caso peruano, la norma pertinente, es la del artículo 88° del Código Penal, la que con muy mala técnica legislativa, aparece después de los dos artículos que norman la prescripción de la pena, sin distinguir entre ambas y simplemente

señalar que “La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible”.

No debemos distinguir allí donde la ley no distingue, de manera que se entienda que el artículo se refiere tanto a la prescripción de la acción penal, como a la prescripción de la pena. Estaría además en concordancia con lo dispuesto en el artículo 26^a del mismo cuerpo legislativo que ordena que “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

Esta posición, quedó confirmada con la sentencia casatoria, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 14 de mayo de 2013, recaída en el expediente N° Casación 347-2011 Lima. En ella, analizando las actuaciones del Ministerio Público que interrumpen el plazo ordinario de prescripción, fijó entre otros, dos conceptos que estableció como doctrina jurisprudencial. El primero, que los plazos se interrumpen por separado, en la medida en que se vayan incorporando nuevos imputados como partícipes en el proceso. Y aunque la idea sea de aceptación mayoritaria y muy seductor el argumento de los supremos, “en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros.”²⁰¹ no puedo estar de acuerdo en aras de ser coherente con la visión de la prescripción que aquí sostengo.

²⁰¹ Expediente: Casación 347-2011 LIMA. Punto 4.7.

La prescripción de la acción penal debe ser una institución que opere en función del perseguidor, no del perseguido, por tanto, las circunstancias del procesado, no tendrían por qué alterar el transcurso de la prescripción. La gestión del titular de la acción penal de poner en marcha el aparato represivo del Estado, manifiesta con claridad el cumplimiento de su rol, situación contraria a la inacción, ya sea esta voluntaria o negligente, con lo cual, no hay razón para retirarle la acción, ni para negarle la interrupción del plazo prescriptorio. Sostengo que la sola actuación del titular de la acción debería generar esta interrupción contra todos los señalados como partícipes e inclusive, para eventuales futuros procesados. Salvo las excepciones temporales que consagra la ley, nadie tiene el derecho de que no lo persigan en el marco de la investigación de un injusto y por tanto, las herramientas creadas para permitir la persecución, no pueden utilizarse para beneficiar a quien es o debiera ser perseguido, por tanto, no caben distingos. Producida la acción procesal, el plazo debe interrumpirse, a fin que el perseguidor pueda desarrollar su tarea que incluye, por cierto, descubrir a quienes todavía no hayan sido descubiertos. La única forma en que admito reflexionar sobre el perseguido en esta circunstancia, es para constatar que la regla actual que analizamos, premiar al delincuente hábil para esconderse, en desmedro del menos capaz para burlar la ley. La actual normativa en este sentido, favorece la impunidad.

Acorde con el modelo garantista de nuestro sistema jurídico, sostengo que son otros los instrumentos para garantizar sus derechos al reo, pero no lo es la prescripción de la acción penal, instituto que en defensa de la coherencia de nuestro ordenamiento, debe operar en función del poseedor de la acción.

Adelantando criterio, la situación, en el extremo de que los plazos se computen de manera independiente para cada sujeto, es distinta para el caso de la suspensión. Existen circunstancias personalísimas que no pueden transmitirse a los otros imputados, por ejemplo un congresista que tiene la protección constitucional del antejuicio o un fugado que requiere ser extraditado. En estos casos no puede procederse al juicio en su contra.

Estos distingos importan, no desde la perspectiva de los procesados, sino desde la perspectiva del acusador y del juzgador, para quienes resulta imposible actuar en su contra. Ante esta situación se suspende el plazo prescriptorio, no como un castigo al perseguido, sino como una respuesta al perseguidor que está impedido de actuar en tanto no se resuelva el tema previo.

El fundamento que manejemos debe presidir cualquier definición dentro de la institución. Entonces, con la actuación del titular de la acción, si se presenta un supuesto de suspensión, debe suspenderse por separado, en atención a la imposibilidad para operar sobre los perseguidos; pero si se produce una causa de interrupción, debe interrumpirse para todos, aun para los no identificados y yo diría, especialmente para ellos, debido a que manifestada la voluntad de ejercer la acción penal, el plazo prescriptorio debe detenerse y permitirle actuar al titular.

El otro concepto fijado como doctrina jurisprudencial por la Casación en análisis, íntimamente vinculado al anterior, es que sólo debe interrumpirse el plazo para una persona determinada, cuando se ha realizado una imputación válida en su contra, según el artículo 83° del cuerpo sustantivo.

Tampoco estoy de acuerdo. Primero porque eso no dice el citado artículo del código, que solo hace referencia a la actuación del Ministerio Público o de las autoridades judiciales como supuesto para la interrupción, pero sobre todo, repitiendo el concepto desarrollado para el tema anterior, porque si se entiende la prescripción de la acción penal, como el instrumento que sirve para fijar el tiempo que tiene el titular de la acción para usarla, el sólo uso de la acción debería interrumpir la prescripción, sin importar si hubo o no error en la imputación. Una vez más, la interpretación de los supremos se enfoca en el procesado, como si fuese una institución que atiende a él.

El trascurso del tiempo atiende al imputado a través de su derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Y mira al titular de la acción a través de la prescripción. Este es el corazón mismo de la confusión de conceptos que quisiéramos evidenciar.

Otro tema importante es definir cuántas veces puede interrumpirse el conteo del plazo de la prescripción de la acción penal, ya que la sola lectura de algunas legislaciones, incluyendo la peruana, arroja como respuesta que las interrupciones pueden ser infinitas, que es exactamente la conclusión que motivó la oposición de Carrara y a la postre, es parte de lo que se sostiene en esta tesis, el nacimiento de la prescripción extraordinaria.

En este caso, la preocupación nuevamente no es por la suerte del perseguido, por cuyos derechos deben velar otros instrumentos penales, sino por la coherencia de la institución, pues si se acepta, en una decisión político criminal, que los delitos

deben prescribir, entonces hay que evitar la posibilidad de interrumpir indefinidamente el plazo prescriptorio, porque de esa manera, se crearía la imprescriptibilidad de los delitos, no por obra del legislador, sino de la arbitrariedad del juzgador o del perseguidor, ya sea público o privado. Siguiendo en este punto el razonamiento de Carrara, ante ese panorama, la interrupción y su uso incontrolado, eliminan la prescripción de la acción.

Este es un tema definitivo sobre la institución que estudiamos. La solución se ha intentado por dos medios, permitiendo que el Juez pueda decidir sobre cuáles actuaciones procesales tienen poder interruptor, negándoselo a aquellas que tengan un objetivo dilatorio, que se interponen con la finalidad de alargar la vida de la acción penal. Una posición que ha perdido fuerza y ha ido desapareciendo de los códigos.

La segunda solución, ha sido darle un límite legislativo a las posibilidades interruptoras. En esa línea, que es la que más ha prosperado, se planteó colocar un plazo algo mayor que pudiese operar como *dies ad quem* inamovible, de manera tal que interrumpido el plazo prescriptorio, se activase de inmediato el nuevo a fin que por más interrupciones que existan, se logre de todas formas alcanzar el final de un plazo predeterminado y con ello la prescripción.

De hecho el antecedente más remoto a esta solución lo encontramos en la propia legislación francesa originaria, en el Código Penal de 1791. Allí, con el nacimiento de la moderna prescripción de la acción penal, se ofrecía una respuesta anticipada al tema de la interrupción, que introdujo el otro código fundacional

francés, el Código de Enjuiciamientos Criminales de 1808. Aquel Código Penal, indicaba que la prescripción se cumplía a los tres años, contados desde la comisión o constatación legal del crimen, pero que si se producía la persecución del mismo, la prescripción se produciría a los seis años, contados también desde la comisión o constatación legal del crimen. He allí el germen de la solución moderna, la creación de un plazo que corra en paralelo, pero mayor, que sería activado en caso se produjese una actividad procesal.

Los supuestos no son exactamente igual a los actuales, porque en ese código, aunque así no se exprese, todavía estaba la idea de que prescribía el derecho a acusar, pues producida la acusación, se liquidaba cualquier supuesto prescriptorio, razón por la cual, todas las hipótesis las desarrollan durante el proceso de investigación y antes de la acusación. Pero de todas formas, la idea quedó escrita, como antecedente de la prescripción extraordinaria, que sería la salida legal que iba a ofrecerse al problema de la posible imprescriptibilidad generada por un abusivo uso de interrupciones sucesivas.

Así, lo que se logró para evitar la eventualidad de abusos, fue eliminar la consecuencia de la interrupción, prácticamente vaciarla de contenido. Al margen de mi acuerdo o no con la figura de la interrupción del plazo prescriptorio, se supone que apareció para darle posibilidad al perseguidor de desarrollar su tarea sin los apremios del tiempo, para permitir el desarrollo de la acción penal. Sin embargo, en la realidad, la prescripción extraordinaria la inutiliza, como veremos, sobre todo para delitos con plazos de prescripción menores, por la facilidad temporal de llegar al final del conteo del tiempo.

El tema de fondo, es que no hay una teoría satisfactoria para explicar la interrupción, porque no hay una que explique correctamente la institución de la prescripción en su conjunto.

3.4 LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL: UNA RESPUESTA A LA INTERRUPCIÓN

Desde el inicio de este trabajo, he calificado a la institución actual de la prescripción de la acción penal como incoherente. La mayor incoherencia de la misma, proviene probablemente de lo que hoy llamamos prescripción extraordinaria, que es la posibilidad de que la acción prescriba de todas formas, a pesar de estar interrumpido el conteo del plazo. En esta modalidad de prescripción, usualmente, el plazo prescriptorio es mayor.

En un comienzo, el Estado otorga la facultad de la acción penal, para perseguir un delito, pero lo hace de manera temporal, de forma tal, que si no se concreta la acción dentro del plazo otorgado, se pierde dicha facultad. Tiempo después, se incorporó la idea de la interrupción, pensando en que si no concluyese la persecución con una condena, el perseguidor podría seguir persiguiendo por un nuevo periodo de tiempo, razón por la cual, el primer procedimiento no debía eliminar la prescripción, sino simplemente interrumpir el conteo del tiempo, para reiniciarlo luego si fuese necesario. Sin embargo, se pensó que con esta nueva figura, un uso indebido del perseguidor podría hacer imposible la prescripción y como remedio, se creó la prescripción extraordinaria, impidiendo con ello una

imprescriptibilidad, creada arbitrariamente, por un hipotético uso reiterado de la interrupción.

En este estado de cosas se concreta la incoherencia normativa de la institución. Si la prescripción elimina la acción cuando no es usada oportunamente y la interrupción del plazo se da porque con la actividad procesal se concreta el ejercicio de la acción, entonces no existe justificación alguna para que esta prescriba. La prescripción extraordinaria, en todo caso, hace inútil la interrupción.

La prescripción extraordinaria supone en realidad, que cuando se produce el delito o desde el momento que la ley fije para el inicio del plazo prescriptorio, comienza no uno, sino dos conteos del tiempo a fin de cumplir dos plazos distintos, hoy llamados ordinario y extraordinario, este segundo, para ser usado ante la eventualidad del inicio de la acción penal, pues su plazo, aunque sea algo mayor avanza imparable, invencible, inmune a cualquier causa interruptora del plazo prescriptorio ordinario y que llegará inexorablemente a su fin, salvo que antes termine el proceso, determinando con ello, la prescripción de la acción penal.

Los dos plazos suponen objetivos distintos, el primero impedir el inicio del proceso, el segundo impedir el final con sentencia. La idea primigenia de otorgar un plazo para el ejercicio de la acción penal, parece haberse modificado bajo la consigna de que la acción penal pueda extinguirse de todas formas, aunque sea ejercitada. Es decir, la amenaza de muerte de la acción penal, ya no sólo es para el supuesto de no comenzar a tiempo su ejercicio, sino que se mantiene, aun durante

su ejercicio, si no se llega a tiempo a una sentencia. Se perdió la razonabilidad inicial.

Más aún, termina siendo tan absurdo el supuesto, que si el proceso comenzó pasada la mitad del periodo prescriptorio o con cercanía a ese momento, no se entiende cómo podría volver a operar el plazo de prescripción ordinario, si terminase el procedimiento sin sentencia condenatoria, al menos en legislaciones como la peruana. En nuestro caso, la norma sobre la interrupción indica que desde el día de la última diligencia, se reinicia el cómputo del plazo total. Sin embargo, desde la comisión del delito comenzó a correr el plazo extraordinario, que no ha sido en nada afectado por la interrupción, de manera que, si desde la comisión del delito, hasta la última diligencia, transcurrió un tiempo superior a la mitad del plazo ordinario, el extraordinario, llegará a su fin antes que él, simples matemáticas. Así las cosas, si al terminar el procedimiento sin condena, ha transcurrido más de la mitad del plazo prescriptorio, la norma que indica que vuelve a correr un nuevo plazo es inaplicable.

Por otro lado, tal como hemos repasado en el apartado histórico, la figura de la interrupción de la prescripción de la acción penal, supuso un duro enfrentamiento entre quienes defendían las tesis que facilitaban la actuación del derecho sancionador, frente a los defensores que sentían que el efecto protector de la prescripción contra la arbitrariedad de la autoridad no debía ser puesto en peligro.

Una primera solución para evitar posibles abusos en el uso de los actos procesales que interrumpían el plazo prescriptorio, fue limitar la autoría de su

producción únicamente al Juez, aporte Alemán de 1871. Luego, en el afán de impedir el uso indebido de la herramienta, se acotó aún más, indicando taxativamente la norma, cuáles serían los supuestos procesales con fuerza interruptora. De esta forma, los actos interruptores del plazo prescriptorio, sólo serían aquellos que dictados por el Juez, apareciesen en la ley, ninguno más (Pastor 1993: 66).

Pero ese fue el camino alemán. El otro, rápidamente seguido por muchos, fue el propuesto por los italianos con el Código Zanardelli, creando la prescripción extraordinaria de la acción penal.

Ya la primera solución al problema de la interrupción parecería inaceptable a la luz de la tesis que aquí se postula. Si se entiende la prescripción como el retiro de la facultad persecutora al perseguidor que no la ejerció, la sola actividad procesal, de cualquier tipo, conducente a la investigación del delito y la persecución del delincuente, debería ser suficiente para demostrar la diligencia del titular de la acción penal, con lo que estaría desprovisto de sentido el retiro de la atribución al accionante, entendida o no como sanción. En marcha la acción, correspondería la inmediata interrupción del plazo prescriptorio para permitir el ejercicio pleno de la facultad concedida por el Estado. A través de los actos procesales, el titular de la acción actúa y ante tal circunstancia, no hay motivo para impedirle que alcance el objetivo al que aspira.

Por lo expuesto, ya el espíritu de la prescripción había sido dañado, al restringir la capacidad de generar actos interruptores sólo al Juez y se dañó aún más,

cuando se limitó la calidad interruptora, solo a algunos actos procesales y no a todos los dirigidos para dilucidar aspectos vinculados al ilícito o a su perpetrador. Estas restricciones limitaron la gama de posibilidades del legítimo perseguidor, para paralizar la amenaza de una prescripción, que frente al ejercicio de la acción, ya carecería de fundamento.

Pero la institución quedó definitivamente desnaturalizada, con la posterior aparición de lo que se ha dado en llamar prescripción extraordinaria de la acción penal. Ya se ha detallado que apareció en el Código Penal de Italia de 1889, que en su parte pertinente señalaba que "...el efecto de la interrupción mandato o medida no puede extender la duración de la acción penal por un tiempo que exceda en un medio agregado de los términos respectivamente establecido en el artículo 91°...". Inclusive, a párrafo seguido, incluía regla similar, aunque con plazo distinto, para delitos menores: "...Si la ley establece un plazo de prescripción más corto que un año, el curso de la prescripción se interrumpe por cualquier acto del procedimiento; pero si en el plazo de un año desde el día en que comenzó la prescripción, de acuerdo con el artículo 92°, no se ha pronunciado la sentencia, la acción penal prescribe..."²⁰²

La innovación legislativa ganó en popularidad, pues pronto fue incorporada por diferentes Códigos Penales. Como ya se ha establecido, los proyectos suizos patrocinados por el trabajo de Carl Stoos lo hicieron, siendo probablemente la fuente de la que bebió Víctor Maúrtua para importarla a nuestro Derecho.

²⁰² Artículo 93° del Código Penal de Italia de 1889.

La fórmula peruana que se estrenó en el código de 1924, “...Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad”,²⁰³ aunque fue débil por su pronta derogación, historia que ya se ha repasado, fue seguida casi con exactitud por la norma del código actual de 1991, “...Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.”²⁰⁴

Desde entonces, cumple ya tres décadas constantes en nuestra legislación y ha tenido un uso no siempre homogéneo, pero si permanente, propiciando el final de muchas causas y convirtiéndose en el centro de la estrategia procesal urdida por muchos abogados defensores.

Sin embargo, la prescripción extraordinaria de la acción penal no es una institución que pertenezca a la tradición latinoamericana. De hecho, dentro de los códigos continentales que estamos revisando en nuestro trabajo, además de Perú, solo la encontramos y con singularidades, en el repertorio penal de Paraguay, Venezuela, México y forzando la figura, Colombia, siendo sólo nuestra legislación la que pareciera haber seguido a pie juntillas el modelo original italiano.

El modelo de Paraguay,²⁰⁵ es el más parecido al peruano, pues tiene la sola diferencia del plazo, ya que mientras el nuestro, siguiendo la propuesta italiana,

²⁰³ Artículo 121° *in fine* del Código Penal Peruano de 1924.

²⁰⁴ Artículo 83° *in fine* del Código Penal Peruano de 1991.

²⁰⁵ Código Penal de la República del Paraguay de 1997

Artículo 104.2°.-...Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción.

aumenta el tiempo para la prescripción extraordinaria en una mitad, el paraguay lo duplica.

La particularidad del venezolano,²⁰⁶ siendo el plazo y su cómputo semejantes al peruano, es que exige para su materialización, que el devenir del proceso judicial no se haya alargado por responsabilidad del procesado. Una condición subjetiva inédita en la legislación comparada, al menos latinoamericana.

La fórmula empleada en el código mexicano no es muy clara.²⁰⁷ Señala unos plazos de prescripción y luego indica que interrumpidos los mismos, volverán a correr íntegramente desde el momento del fin de la acción interruptora, hasta allí, suscribe la tesis más extendida de la interrupción en el mundo jurídico, pero luego, indica que la interrupción solo podrá ampliar los plazos originales en una mitad, con lo que a pesar del uso poco claro del lenguaje, se interpretaría que el modelo es idéntico al peruano. Hace sin embargo unos distingos respecto al momento en que se realizan los actos procedimentales, indicando que si fuesen durante la primera mitad del plazo prescriptorio, generan la interrupción, pero si se producen durante la segunda mitad del plazo, no. Una situación que ha generado permanente interpretación jurisprudencial y doctrinaria.

²⁰⁶ Código Penal de Venezuela de 2000

Artículo 110º.- ...pero si el juicio, sin culpa del reo, se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, se declarara Prescrita la acción penal... (incorporación por ley de 2005)

²⁰⁷ Código Penal Federal de México de 1931

Artículo 110º.-... La interrupción de la prescripción de la acción penal, sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados en los artículos 105, 106 y 107 de este Código.

El código sustantivo de Colombia maneja un concepto distinto.²⁰⁸ Según él, existen dos prescripciones, una que opera antes del inicio del proceso, pues la única causa interruptora es la formalización de la imputación y otra que nace con el inicio del proceso, pues señala que producida la interrupción, tras la formalización de la imputación, con lo que inicia el juicio, se inicia un nuevo conteo prescriptorio cuyo plazo es la mitad del anterior. Aunque la fórmula sea distinta, la idea es similar a la de otras legislaciones americanas que consideran dos prescripciones diferentes, una en rigor, la prescripción del derecho a acusar, a iniciar juicio y otra, la prescripción de la acción penal, cuyo plazo comienza a contarse con el nacimiento mismo de la acción. En una interpretación forzada, podría considerarse a esta segunda prescripción, una prescripción extraordinaria, en atención a la consagración de la figura de la interrupción que consagra el código. Desde mi punto de vista, este es un modelo mucho más acorde con la fundamentación de la institución, aunque no del todo, pues la segunda prescripción, en rigor, debiera ser más bien la consagración procesal del derecho del procesado a que se defina el juicio dentro de un plazo razonable, como veremos más adelante.

En las otras legislaciones americanas que hemos presentado en este trabajo, vale decir en Ecuador, Argentina, Uruguay, Bolivia, Chile, Brasil, Panamá, Nicaragua, Guatemala, Honduras, El Salvador y Costa Rica, es decir, en más de la mitad de las sudamericanas y en la totalidad de las centro americanas, no se encuentra la prescripción extraordinaria de la acción penal.

²⁰⁸ Código Penal Colombiano de 2000

Artículo 86º.-... Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10). (modificado por ley de 2004).

La idea colombiana de diferenciar prescripciones, una antes del proceso y otra durante el mismo, aunque con diferentes consecuencias legislativas, la encontramos también en Ecuador y en Costa Rica. En Ecuador, el texto legal diferencia claramente dos prescripciones, tanto en plazo como en el *dies a quo*, fijado el primero en el día de la comisión del injusto y el segundo en el del inicio del proceso. Las precisa en incisos diferentes. Es la idea de la prescripción previa al proceso, que identifico con la del derecho a acusar y la prescripción de la acción propiamente, aunque el texto en análisis llame a ambas prescripción de la acción.²⁰⁹ En Costa Rica, no parece adecuada la técnica legislativa, pues en un artículo fija los plazos de prescripción, haciendo la salvedad que es para casos en donde no se ha iniciado la persecución penal y en otro, al legislar sobre la interrupción, indica, en lugar inconveniente, que los plazos de prescripción se reducen a la mitad comenzado el procedimiento. Además, siendo las causas interruptoras que consagra la norma, actos procedimentales, tanto previos como durante el proceso, no termina de articularse convenientemente la figura. Sin

²⁰⁹ Código Orgánico Integral Penal de Ecuador de 2014

Artículo 417º.- Prescripción del ejercicio de la acción.- La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas:

...3. Respecto de los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal:

a) El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años.

b) El ejercicio privado de la acción, prescribirá en el plazo de seis meses, contados desde que el delito es cometido.

c) En el caso de un delito continuado, el plazo de la prescripción se contará desde la fecha en que la conducta cese.

d) En los casos de desaparición de persona, los plazos de prescripción empezarán a contarse desde el día en que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente.

4. De haberse iniciado el proceso penal, el ejercicio público de la acción prescribirá en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad, prevista en el tipo penal, contado desde la fecha de inicio de la respectiva instrucción. En ningún caso, el ejercicio público de la acción prescribirá en menos de cinco años.

5. En el ejercicio privado de la acción la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela.

embargo, queda claro que son dos prescripciones diferentes, una del derecho a acusar y otra propiamente de la acción penal ya ejercida.²¹⁰

En Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Chile, Panamá, Nicaragua, Guatemala, Honduras y El Salvador existe la interrupción, como ya hemos explicado en el apartado correspondiente, pero no la prescripción extraordinaria. En Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia y Panamá se reinicia el conteo del íntegro del plazo, al momento de producirse la causa de interrupción. Ciertamente, el que se inicie de nuevo el cómputo del tiempo, inmediatamente producida la causa interruptora, se asemeja a la prescripción extraordinaria, en el sentido de que la misma podría producirse dentro del juicio, aunque en algunos casos, la cantidad de actos procesales interruptores, parecerían hacerlo materialmente imposible. Sin embargo, el que pueda declararse la prescripción dentro del proceso, guarda lógica con la idea de la prescripción de la acción penal, superando la vieja prescripción del derecho a acusar.

El Salvador solo considera dos supuestos interruptores. En uno, reanuda el conteo del íntegro del plazo prescriptorio más un tercio, tres años después de declarada la rebeldía del imputado o si no se cumplen aquellos tres años, apenas

²¹⁰ Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996

Artículo 31°.- Plazos de prescripción de la acción penal

Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá:

a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión; no podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres, excepto en los delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, en los cuales la prescripción empezará a correr a partir de que la víctima haya cumplido la mayoría de edad.

(Así reformado el inciso anterior mediante el artículo 2° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).

b) A los dos años, en los delitos sancionables sólo con penas no privativas de libertad y en las faltas o contravenciones.

Artículo 33°.- Interrupción de los plazos de prescripción

Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo trasanterior se reducirán a la mitad para computarlos, a efecto de suspender o interrumpir la prescripción...

termine dicha rebeldía, expresando textualmente que dicha prescripción podrá darse durante el procedimiento. La otra causal, sentencia definitiva no firme, supondría una posibilidad similar durante el procesamiento de algún recurso impugnativo.

Distintos son los casos en los que la interrupción se produce por el inicio de la persecución, eliminando el conteo, pero además ordena que vuelva a computarse cuando termine el proceso sin sentencia, modelo similar al nuestro pero con una enorme diferencia, la inexistencia de nuestra prescripción extraordinaria, pues en ese caso, se asegura que la prescripción no se pudo producir durante el juicio y se convierte efectivamente en un impedimento para su inicio. Es el caso de Nicaragua, Guatemala y Honduras, donde tras la interrupción, se vuelve a contar el íntegro del tiempo para la prescripción, desde el momento en que se paralice la persecución.

Pésima técnica legislativa la de Chile, que no ofrece claridad en los conceptos, uniendo en el artículo la causa de interrupción, nuevo delito, con la de suspensión, inicio de la persecución; e indicando luego que continúa la cuenta del plazo como si no se hubiese interrumpido, cuando hace referencia al supuesto de suspensión. Mezcla conceptos inconvenientemente.²¹¹ De todas formas, al ordenar la suspensión del plazo desde que el procedimiento se dirige contra el imputado, elimina la posibilidad de prescripción durante el proceso.

El gran tema de fondo detrás de la forma de resolver la contraposición entre el derecho del Estado o el perseguidor a reprimir y el del perseguido a no ser sometido

²¹¹ Código Penal de Chile de 1874

Art. 96. Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido.

a un proceso eterno, es si la prescripción puede o no producirse durante el proceso. De hecho, los que abrazan la solución de la prescripción extraordinaria se enlistan entre los que responden positivamente a la interrogante. En rigor, cuando Italia incorporó la solución de la prescripción extraordinaria, lejos estaba de sus objetivos velar por la eficiencia del aparato represor estatal, en la mira de Carrara y sus compañeros estaban el perseguido y su derecho a no ser sometido a un proceso eterno y abusivo. No aparecía tampoco en su razonamiento la funcionalidad de la prescripción como instrumento del proceso, había en todo caso, una idea precursora de lo que luego sería el derecho a un plazo razonable de juzgamiento, concepto que en la modernidad muchos autores han utilizado para fundamentar la prescripción, realizando la finalidad garantista del derecho.

Las instituciones jurídicas son creadas por seres humanos, imbuidos de los conceptos filosóficos, así como también de las ideas sociales y políticas de su tiempo. Cuando nace la prescripción de la acción penal, como ya se ha visto, fue producto de la Asamblea Francesa en pleno inicio de la Revolución, por lo tanto, expresaba las máximas aspiraciones del pueblo francés, que entre otras reivindicaciones, exigía el fin de los terribles abusos judiciales, larguísimos, arbitrarios, injustos y humillantes. En ese contexto, la formalización de la vieja institución de la prescripción, aparecía como muy razonable.

Pero la interrupción del plazo prescriptorio, siendo también un producto de la revolución francesa, nace durante el imperio de Napoleón Bonaparte, que mantenía conflictos en toda Europa. En ese año se vería obligado a abandonar Portugal debido a los continuos ataques anglo-portugueses, comenzaba el desgastante sitio

de Zaragoza y ya en la propia Francia, el descontento popular producto del despotismo y las constantes guerras, destruían el prestigio de Napoleón y lo obligaban a endurecer medidas, como la censura de periódicos y libros o la represión policial. En esas circunstancias, al régimen le urgía un sistema represivo eficiente y la posibilidad del reo de escapar de la acción de la justicia por una eventual demora, no era afín a dicha necesidad. En ese contexto nace la interrupción para detener la prescripción.

Esas son las circunstancias históricas que alimentaron la aparición de estas figuras y que determinaron que la prescripción de la acción penal aparezca como una garantía para el ciudadano, mientras que la interrupción lo hiciera como una herramienta para la actividad represora del Estado.

Y la misma reflexión vale para la aparición de la prescripción extraordinaria. Tras su reciente unificación y fracasado el gobierno de la derecha histórica, frente al descontento popular toca el turno a la izquierda histórica. Reinaba Humberto I y de facto, Italia ya era una Monarquía constitucional. El nuevo gobierno trató de mejorar el nivel de vida de la población con un programa proteccionista en lo económico, político, social y todo ello se refleja en las reformas jurídicas. Los discursos de Carrara contra la interrupción penal se dan en este marco y El código Zanardelli, producido por un político que terminaría siendo Primer Ministro, también. Así, la prescripción extraordinaria de la acción penal, una novedad total de aquel cuerpo legislativo, nació con esa demanda popular de protección.

La prescripción extraordinaria de la acción penal, fue importada al Perú por Víctor Maúrtua para el código de 1924 y quedó positivada en el recurrido artículo 83° del Código Penal Peruano de 1991, hoy vigente: “... Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”.

Como si fuera una mala broma, con este párrafo termina el artículo que regula la interrupción de la prescripción de la acción penal, precisamente el arma legal que debería servir para neutralizar a la prescripción, en defensa de la pretensión punitiva del Estado. Con la prescripción extraordinaria, lo que se ha hecho es eliminar el efecto de la interrupción, con lo que se desatienden las razones de política criminal que la hacen indispensable para poder concretar una sanción y la convierte por tanto en un instrumento inútil para los casos de persecución de delitos de baja pena, pues alcanzar el plazo en esos casos, resulta muy sencillo.

Por lo demás, el contra sentido dogmático es evidente. Frente a este punto bien cabe parafrasear una vez más a Carrara, aunque con la finalidad contraria: O se quiere la interrupción del plazo prescriptorio o no se quiere la interrupción del plazo prescriptorio. Pues lo concreto, es que con la prescripción extraordinaria se elimina no sólo la eficiencia de la interrupción, sino fundamentalmente su razón de ser.

Efectivamente, si sostenemos que la prescripción de la acción penal se fundamenta en la eliminación de una facultad que no es empleada en el tiempo y concebimos en este sentido, que mostrada la diligencia del facultado, a través de la actividad procesal persecutoria, cesa la razón para dicha sanción y por tanto debe

interrumpirse el plazo prescriptorio, la aparición de la prescripción extraordinaria desnaturaliza totalmente la institución pues hace irrelevante el comportamiento diligente del ofendido y termina castigándolo de todas formas, pues si se vence el plazo sin que haya obtenido una sentencia, perderá su pretensión, sin importar que haya tenido frente al delito, la conducta deseada por la sociedad, es decir, haber ejercido la acción penal dentro de los plazos previstos. Se ataca así el fundamento mismo de la prescripción de la acción penal.

Bajo este supuesto, la prescripción extraordinaria funcionaría en la práctica como una prescripción adquisitiva de un derecho, pues con la prescripción extraordinaria, el delincuente adquiere el derecho a la impunidad, cuando, como hemos visto antes, la prescripción de la acción penal opera más bien como una prescripción extintiva, pues debe extinguir la vía procesal que frente al delito, la ley habilita al ofendido o al Estado para ejercer su derecho resarcitorio.

Queriendo llegar a un término medio, en la práctica se eliminó la figura de la interrupción, al menos para delitos castigados con penas menores. Frente a este absurdo, resulta mejor y más sincero, eliminar la interrupción de la acción penal y simplemente aumentar los plazos prescriptorios. En realidad, tal como lo expresa Arsenio Oré, eso es lo que ha pasado.²¹²

La prescripción extraordinaria de la acción penal, en rigor, no sigue los presupuestos iniciales de la institución, al punto que pareciera parte de una

²¹² “La interrupción del plazo de prescripción tiene como efecto principal la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho. Motivo por el cual, el plazo de prescripción ordinario se convierte en uno extraordinario”. (Oré 2011: 495).

institución distinta. De hecho, siendo su razonabilidad diferente en el origen, cuando Carrara atacaba la interrupción y poco después se estrenaba la fórmula en el texto sustantivo italiano, era claro, como ya se ha establecido, que el contexto era extremadamente garantista, pensando en la manera de proteger al justiciable de los abusos del poder. Allí podemos descubrir un antecedente del derecho al plazo razonable de juzgamiento. Siendo así, puede explicarse perfectamente el siguiente texto jurisprudencial venezolano, de los pocos países que tiene como nosotros la prescripción extraordinaria: “...siendo así, se evidencia que esta modalidad de prescripción de la acción penal tiende a proteger al procesado de un juicio interminable, cuya dilación no sea imputable a aquél, por lo que realmente no se trata ni de una prescripción, ni de una perención, sino de una fórmula diferente de extinción de la acción, que opera ajena a la prescripción...”²¹³

Estamos pues frente a una figura extraña, que no parecería compartir la misma razonabilidad con que surgió la prescripción de la persecución penal y es que, como ya hemos expuesto, si la acción penal se encuentra en ejercicio, en pleno proceso, no hay justificación para que se extinga.

Sin embargo, se ha querido justificar esta incoherencia desde diferentes puntos de vista y modernamente, con gran influencia argentina, en la plasmación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.²¹⁴ Esta posición, que fue

²¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en decisión No. 1177 de fecha 23.11.2010.

²¹⁴ “... en ciertas ocasiones, el régimen de la prescripción del delito (extinción de la acción) opera como mecanismo realizador del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, en virtud de un juego dogmático que permite neutralizar el efecto nocivo de la interrupción de la prescripción por actos del procedimiento sin forzar la ley... Es necesario contar con un parámetro certero de duración de una causa,

creciendo en el discurso internacional, ha ido ganando adeptos en el Perú, al punto que hoy ya encontramos a prestigiosos tratadistas locales defendiendo la tesis de que la prescripción penal se basa en el derecho fundamental a no sufrir una persecución que dure más de lo debido.²¹⁵

A tal punto ha crecido este concepto, que es el último rostro de la desnaturalización de la prescripción, que ha llegado a ser admitida por los propios Jueces Supremos de la República durante el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitorias²¹⁶ y por si hiciera falta más, por el propio Tribunal Constitucional.²¹⁷

3.4.1. EL DERECHO A SER PERSEGUIDO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE

luego del cual su duración es irrazonable, y la interrupción de la prescripción por los actos del proceso indudablemente atenta contra este punto...” (La Rosa 2008: 182).

²¹⁵“El Estado, en su tarea de la persecución penal, debe estar limitado por un plazo razonable, a fin de no someter a un sujeto a una interminable persecución. Por lo que, mientras la persecución penal se pueda desarrollar en forma normal, sin que su continuación dependa de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento ajeno al proceso penal, el plazo extraordinario de prescripción –en tanto existen actuaciones de parte del Estado destinadas a la persecución del delito- debe continuar.” (Oré 2011: 498).

“Este es pues un mecanismo material que sirve para defender el respeto del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica y a ser juzgado en un plazo razonable” (Panta 2010: 102).

“...No olvidemos que la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Conforme es de verse en el último párrafo del artículo 41, como en el artículo 139, inciso 13 de la Constitución.” (Miranda 2012: 93-94).

²¹⁶ Acuerdo Plenario No. 1-2010/CJ-116

... Fundamento 2º.- “La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de Derecho Penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable”.

²¹⁷ Sentencia Expediente N° 02203-2008 HC/TC

“... La prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Es por ello que muchas de las demandas de hábeas corpus en las que se ha alegado prescripción de la acción penal han merecido pronunciamiento de fondo de parte de este tribunal...”

El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, es un derecho fundamental de la persona que debe reconocer todo estado democrático de derecho y que admite el Estado peruano. Consiste en el derecho que tiene todo ciudadano que recibe una imputación de carácter penal, de ser investigado dentro de un tiempo que no sea inadecuado ni que se extienda más allá del necesario y de la misma forma, si legase a formalizarse un proceso en su contra a que el juicio se realiza también en un tiempo prudencial. Todo esto evidentemente conectado a la obligación del agente fiscal y del juzgador, de realizar su trabajo diligentemente y no generar dilaciones indebidas al proceso, que ocasionen una extensión injustificada del mismo.

Aunque no pertenece a la lista original de derechos humanos proclamada por los revolucionarios franceses, hoy nadie discute que se trata de un derecho fundamental de la persona humana. Tras estrenarse legislativamente en 1950, dentro del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,²¹⁸ el precepto se agregó en la legislación mundial y americana. La Organización de las Naciones Unidas lo incorporó en dos de los dispositivos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹⁹ y de

²¹⁸Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950

Artículo 6.1º.- Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, o bien sobre el fundamento de toda acusación penal dirigida contra ésta.

²¹⁹Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, vigente desde 1976

Artículo 9.3º.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...

Artículo 14.3º.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

... c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas...

inmediato lo hizo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dada en San José de Costa Rica.²²⁰ Estas normas tienen permanente aplicación en las resoluciones que emiten tribunales de todo el mundo y especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el Perú, la Constitución de 1993, no recoge el mandato, pero se le considera contenido implícitamente dentro del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139º, inciso 3º,²²¹ esto en atención a una interpretación integral del documento que por una parte, acepta dentro de la legislación local a los tratados internacionales²²² y por otra, consagra la constitucionalidad de otros derechos no enumerados en el articulado.²²³ El tema interpretativo, ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional.²²⁴

Pero es el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 el documento que incorpora definitivamente este derecho dentro de la legislación positiva peruana

²²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, vigente desde 1978

Artículo 7.5º.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Artículo 8.1º.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

²²¹ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

... 3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...

²²² Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 55º.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

²²³ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 3º.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

²²⁴ Ver Expedientes N° 5228-2006-PHC/TC, 2748-2010-PHC/TC, 3987-2010-PHC/TC.

y lo hace en las primeras líneas del documento, dentro del primer inciso del primer artículo del Título Preliminar.²²⁵ Este documento además, estipula plazos legales para la investigación y mecanismos de control para velar por su efectivo cumplimiento.

Es indiscutible entonces que estamos frente a un derecho fundamental que es reconocido por la legislación nacional, como producto del avance de los derechos humanos en el mundo y como expresión justa de las condiciones en las que cualquier ciudadano debe enfrenta a la justicia. Hay que defender este derecho, pero la legitimidad del mismo, no lo vincula en absoluto con el instituto de la prescripción, más allá de la variable temporal. El primero es un derecho del imputado, el segundo es el efecto extintivo que el tiempo tiene sobre el derecho del acusador. Entonces, al vincularlos o tratar de fundamentar uno en el otro, se contribuye a la desnaturalizando de la institución de la prescripción de la acción penal, que continúa aumentando su actual incoherencia. No son lo mismo.²²⁶

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, ha evidenciado que no hay claridad absoluta sobre la institución, pues ha tenido resoluciones contradictorias, como otros de sus pares. En ese sentido, ha producido resoluciones donde confunde las instituciones, pero sin embargo, ha logrado con

²²⁵ Nuevo Código Procesal Penal de 2004

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- 1.- La justicia penal... Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.

²²⁶ “No debemos uniformizar criterios de inicio y finalización de plazos ni las consecuencias jurídicas del derecho a ser juzgado en un plazo razonable con los de la extinción de la acción penal por prescripción: pues si bien es cierto el tiempo origina ambos efectos, en cada caso tiene estructura y eficacia distintas. En el presente caso, se trata de asemejar el cómputo del denominado diez a quo del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el inicio de la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal con las actuaciones del Ministerio Público, lo cual no resulta correcto” (Pisfil 2015: 24)

el tiempo, una línea interpretativa constante, rechazando la identificación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable con la consecuencia de la pérdida de la facultad persecutora, que es la prescripción de la acción penal.²²⁷ El que ambas instituciones operen con el tiempo, no quiere decir que sean iguales y hay que distinguirlas.

Adelantando conclusiones, mi propuesta es que la prescripción de la acción penal debe volver a ser lo que fue en su origen, es decir, prescripción del derecho a acusar. De esta forma, su periodo de vida sería aquel que va entre la comisión del injusto y el eventual inicio del proceso. Ya será otra discusión, el *dies ad quem*. Si se entendiese que el proceso inicia con la persecución fiscal, el punto culminante debiera ser la primera citación con carácter indagatorio o la formalización de la investigación en donde interviene el Juez de garantías, si se considerase que sólo hay proceso con la presencia del Juez. Y si se considerase que el inicio del proceso es el comienzo formal del juicio, entonces el límite para ejercer la acusación sería la formalización de la acusación o el auto de apertura

²²⁷ Tribunal Constitucional de España

SENTENCIA 83/1989, de 10 de mayo

“...este Tribunal en la STC 255/1988, de 21 de diciembre, antes citada, el derecho a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable es independiente del juego de la prescripción penal.”

SENTENCIA 224/1991, de 25 de noviembre

“...no cabe deducir del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a que el proceso se trámite y resuelva en un plazo razonable, un derecho a que juegue o se produzca la prescripción penal (SSTC 255/1988 y 83/1989)...En consecuencia, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no genera un derecho a la prescripción por la demora judicial en la tramitación de la apelación.”

SENTENCIA 150/1993, de 3 de mayo

“Es doctrina reiterada de este Tribunal que no cabe deducir del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable, un derecho a que juegue o se produzca la prescripción penal, ya que son independientes (SSTC 83/1989 y 224/1991 y ATC 347/1992). De tal manera que la apreciación de la existencia de una dilación indebida conduciría, en todo caso, a que este Tribunal tomase las medidas necesarias para que cesase esa dilación o incluso podría justificar una reparación de los daños causados por vía indemnizatoria, pero no puede dar lugar al reconocimiento de un derecho a la prescripción si el procedimiento ha estado paralizado el tiempo legalmente fijado para que se extinga la responsabilidad penal por ese motivo (STC 255/1988).”

que esto produzca. Todo en el caso de una acción pública, debiendo ser la presentación de la querrela el momento en que se concreta el derecho de acusar, para los delitos perseguidos por impulso privado.

De esta manera, cumplido el plazo legal, en el momento que predetermine la ley, sin que se haya ejercido la acción en los términos fijados, el titular de la acción penal perderá el derecho a iniciarla. Lo que ocurra durante la investigación primero y durante el proceso después, debe ser materia del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Esto último, ameritaría una norma específica que fije dicho plazo,²²⁸ concluido el cual, el Juez debería dictar sentencia en un plazo perentorio fijado por la norma, siendo que si el proceso quedó corto para demostrar la culpabilidad del imputado, solo podría dictar sentencia absolutoria, amparado en el principio de *indubio pro reo*.

De esta forma, los límites de la prescripción serían el inicio del juicio, y solo podría pasar dicho umbral, si es que iniciado el proceso se descubre que el mismo no debió comenzar por haberse vencido el plazo prescriptorio antes. El actual recurso de excepción que aparece en el artículo 6º, inciso e) del Nuevo Código de Procedimientos Penales, quedaría reducido simplemente a los supuesto en los cuales, el plazo prescriptorio se cumple sin haber iniciado la acción en los términos que se fije.

²²⁸ “... los plazos de duración máxima razonable del proceso deben ser fijados legislativamente con carácter general y con la consecuencia jurídica de que, al cumplirse, el proceso deba cesar anticipada y definitivamente”. (Pastor 2004: 362).

Una primera gran diferencia, sería que si al final del plazo razonable la ley debiera habilitar un plazo perentorio para que el Juez dicte sentencia, cumplido el plazo de prescripción, el Juez no debería hacerlo, sino simplemente declarar el sobreseimiento de la causa por prescripción. Por cierto, siempre sería lo ideal que la prescripción se advierta antes del inicio de la causa, para ser usada como un requisito de procedibilidad para la presentación de la acusación.

Una segunda diferencia sería el momento de inicio. La prescripción inicia con la comisión del ilícito como regla general, pero el derecho al plazo razonable, debe comenzar cuando surge la amenaza de sanción contra el justiciable y esto es cuando comienza la investigación o cuando comienza el juicio, dependiendo de la definición inicial planteada. En las conclusiones del trabajo se tomará posición al respecto.

Una tercera diferencia, es que los plazos serían distintos. Un juicio puede empezar cuando el plazo de prescripción está por terminar o cuando está comenzando, lo cual debería ser irrelevante para la duración del proceso que comienza, cuyos plazos tendrían que ver con la complejidad del tema y la propia razonabilidad del procedimiento. El plazo para el juzgamiento, debería estar totalmente desligado del plazo prescriptorio.

Siempre habrá disputa en cuánto al momento en que debemos considerar iniciado el proceso o en todo caso, cumplida la obligación o derecho de actuar contra el imputado. Desde mi óptica, siendo el Ministerio Público el encargado de perseguir el delito, su primera actuación debería servir para interrumpir la

prescripción, con lo cual, el inicio formal de la investigación debería ser el límite para computar el plazo de la prescripción. Iniciada la investigación fiscal, la prescripción debería dejar la escena y comenzar a operar el nuevo recurso propuesto para controlar el plazo razonable de persecución estatal.

He encontrado que el espíritu de la solución planteada y a la que se volverá con detalle en la parte conclusiva del trabajo, ya ha sido planteada para otras realidades como la española y es que un análisis bajo el prisma planteado, no nos puede llevar a resultados distintos que estos, eliminar la prescripción extraordinaria y legislar sobre el derecho a ser perseguido dentro de un plazo razonable, fijando el tiempo dentro del cual deban producirse tanto la investigación fiscal como el juzgamiento.²²⁹

Para terminar con esta mirada a la prescripción extraordinaria, es bueno advertir que más allá de las múltiples citas que se han presentado de distintos juristas considerando a la institución como un derecho del imputado, en la realidad, los ciudadanos así la perciben, con lo que, fundamentalmente en su versión extraordinaria, la prescripción de la acción penal ha a convertirse en un derecho expectatio del delincuente, dotado de una fuerza superior inclusive al *ius puniendi* estatal, con lo que los fines político criminales de castigar los hechos punibles o perseguir el delito, resultan seriamente dañados.

²²⁹ “En un ordenamiento jurídico como el nuestro, que tiene garantizado constitucionalmente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, resulta un contrasentido que se conserve esta modalidad de prescripción, pues nada puede justificar que un procedimiento judicial se paralice durante el tiempo necesario para que el delito pueda prescribir, salvo la rebeldía del acusado. Lo que debe hacerse es establecer un tiempo máximo de duración total de los procedimientos, que podría ser un plazo igual al previsto para la prescripción del delito objeto de enjuiciamiento, evitándose así además las discusiones doctrinales y jurisprudenciales, sobre cuáles son las actuaciones que interrumpen la prescripción”. (Rey 2004: 142).

En su parte especial, el Código Penal peruano contiene las conductas anti sociales que el Estado se propone reprimir. A través de la definición de los delitos, la sociedad peruana representada por el Estado, da a conocer a los ciudadanos cuáles son los comportamientos indeseados, que serán combatidos por el Derecho y, en atención a la diferente gravedad de los hechos tipificados, sanciona cada uno de ellos con distintas penas.

La cantidad de delitos, cuya máxima pena conminada en el código es inferior a los tres años de privación de libertad o pena diferente, es aproximadamente del treinta y cinco por ciento, entre ellos, los delitos contra el honor, importantes para este trabajo, pues fue precisamente al calor de querellas en el Poder Judicial, motivadas en estos ilícitos, que percibí el problema que aquí presento. Si recordamos que el artículo 80° de nuestro texto penal, dispone que para los delitos castigados con penas diferentes a la privación de libertad, procede la prescripción a los dos años, las acciones penales para perseguir los injustos del universo que propongo, prescriben extraordinariamente a los cuatro años y medio o menos y es por esa razón, que sobre esta enorme gama de delitos menores, opera perversamente la prescripción extraordinaria de la acción penal, impidiendo su castigo.

La histórica lentitud de nuestro Poder Judicial y la elevada carga procesal, unida al factor humano, hacen que un juicio en nuestro país, se extienda por largo tiempo. Sin embargo, los legisladores previeron que los procesos destinados a perseguir delitos menores, terminasen rápidamente, en ningún caso después de cuatro años y medio. Lamentablemente en la realidad, ocurre

exactamente lo contrario. La duración de los procesos se extiende muchas veces a tiempos aún mayores, con lo que la posibilidad de que opere la prescripción extraordinaria para los delitos menores es alta.

Debemos añadir a lo anterior la habilidad de los abogados defensores para dilatar aún más el proceso, usando los diferentes recursos que habilita el derecho procesal, con el fin precisamente de alcanzar el término prescriptorio. Estas maniobras legales, resultan usualmente exitosas, pues los jueces, celosos del debido proceso, suelen aceptar cada recurso presentado, por muy absurdo que a la vista sea y a sabiendas que la razón de su presentación no es otra que ampliar el tiempo del proceso para lograr la prescripción, ya que si no lo hiciesen, correrían el riesgo de una enmienda vía apelación, con lo que además, la consigna del abogado de estirar la duración del juicio encontraría mejor cumplimiento.

El resultado es claro. Todos estos factores llevan a que el plazo prescriptorio extraordinario para los que aquí llamamos delitos menores sea alcanzado con facilidad, con lo que resulta impráctica y hasta absurda, cualquier estrategia de defensa de un abogado, que patrocine a un investigado por estos delitos, no se base fundamental y hasta casi exclusivamente, en alcanzar el plazo extraordinario de prescripción. De allí la razón por la que muchos de los delitos menores cometidos, quedan impunes y la negativa habitual de la víctima a emprender su persecución.

Una de las funciones del Derecho Penal, es la prevención general. Las penas, a través de su conminación en las leyes y su aplicación por tribunales, sirven para orientar la conducta de la sociedad distinguiendo lo que es correcto o no jurídicamente, qué conductas son delictivas y cuáles son las consecuencias negativas de incurrir en ellas. De esta forma, el Derecho Penal es una herramienta para construir un determinado tipo de sociedad, plasmada en el diseño constitucional.

La mayoría de la población es lega en Derecho y requiere por tanto simpleza para la recepción de los mensajes que constituyen la prevención general. No sería apropiado esperar, que quienes no son abogados pudiesen conocer, interpretar o distinguir los institutos del derecho penal o del derecho procesal penal. De manera que hay situaciones jurídicas claramente distinguibles para el operador del derecho, que el ciudadano promedio no alcanza a comprender o diferenciar.

En este orden de ideas, cuando se declara la prescripción de la acción penal y cesa por tanto la persecución sobre el autor o presunto autor del delito, el lego en derecho lo que capta es tan solo que el inculpado ha quedado libre de toda persecución y pena. Lo percibe de la misma forma como percibe al ciudadano declarado inocente en sentencia firme al finalizar un proceso. Para el iletrado no hay diferencia, ambos son inocentes.

Por ello, cada vez que se alcanza la prescripción extraordinaria, en el juzgamiento de delitos, cuya conducta típica fue realizada por el imputado de

forma pública y notoria, por ejemplo, en una difamación agravada, el mensaje que recibe la sociedad, es que tales acciones no son delictivas. Agrava la situación que en una sociedad altamente mediatizada como la moderna, los delitos contra el honor suelen ser cometidos por personajes públicos, quienes al quedar liberados por el imperio de la prescripción extraordinaria, se jactan ante la población de la supuesta corrección de su acción, una situación contraria a la finalidad de prevención general del Derecho Penal. La posterior y natural caricaturización del ofendido, quien en ejercicio de su derecho inició la acción penal, termina desalentando a los ciudadanos a acudir al Poder Judicial para la protección de sus derechos, empujándolos más bien a la búsqueda de diferentes y peligrosas formas de auto protección. Y por si fuera poco, se alienta al delincuente a seguir delinquiendo, pues en una evaluación costo beneficio, descubre la conveniencia de su comportamiento antijurídico.

Finalmente, se fomenta entre los jóvenes anti valores, pues crecen siendo testigos del premio que reciben quienes observan una conducta distinta a la deseada por el ideal social y reprochada en la norma penal, frente a la frustración que deben sufrir sus víctimas, a pesar de haber seguido las reglas prescritas en la ley, para alcanzar una satisfacción que a la luz pública resulta inalcanzable.

3.5 LA SUSPENSIÓN EN EL PERÚ: UN NUEVO ESCENARIO PARA UNA ANTIGUA DISPUTA

Desde su aparición en el firmamento legislativo de la prescripción de la acción penal, la suspensión, proveniente del Derecho Civil, había tenido un pacífico

desenvolvimiento, como una institución que detiene el conteo del tiempo prescriptorio al existir la necesidad de una definición ajena al proceso penal, para poder continuar con el mismo. La consecuencia, es que al terminar la causa de suspensión, es decir, al lograrse el pronunciamiento necesario en sede extra penal, a diferencia de la interrupción, el tiempo continúa computándose desde donde se quedó y no desde el principio.²³⁰

En cuanto a la causa, a diferencia de la interrupción, donde se detiene el cómputo del tiempo por la realización de alguna actividad procesal o por una nueva conducta reprochable del imputado, en la suspensión, el conteo del tiempo se detiene debido a una necesidad del proceso, para su realización o continuación.²³¹ Estamos frente a las llamadas cuestión previa y cuestión prejudicial. En el primer caso, falta un requisito de procedibilidad para la investigación y en el segundo, hace falta fijar en otro procedimiento, distinto al penal, la existencia de uno de los elementos constitutivos del tipo. En cualquier caso, se trata de impedimentos legales para la realización de la persecución penal.

En el Perú, el precepto es recogido en el artículo 84° del Código Penal de 1991, que ordena la suspensión de la prescripción cuando el comienzo o la

²³⁰ “Cuando el plazo de prescripción de la acción penal se suspende, no corre el período transcurrido durante el tiempo que dura la suspensión, pero una vez cesado éste se sumarán ambos períodos, el transcurrido antes de la suspensión y el que opere después de cesada la suspensión; pues, aun cuando el Código Penal no lo dice, por tratarse de una institución proveniente del Derecho Civil, debemos aplicar el mismo criterio seguido en este ámbito jurídico, y precisamente el Código Civil en su artículo 1995°, refiere que “desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose al tiempo anteriormente” (Castro, Gálvez y Rabanal 2010: 674).

²³¹ “...los supuestos de interrupción del plazo de prescripción constituyen actuaciones diligentes del titular del derecho (*ius puniendi* estatal en este caso) orientadas a ejercitar el derecho; en cambio, los supuestos de suspensión constituyen obstáculos para el inicio o la prosecución de la investigación o del proceso” (Gálvez 2013: 338).

continuación del proceso penal dependan de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento. Este otro procedimiento alude a la cuestión previa y prejudicial. Sin embargo, leyes posteriores sumarían otras causas para la suspensión de la prescripción. La Ley N° 26641, indica que la contumacia, declarada por el Juez, suspende la prescripción de la acción penal, aunque la redacción es poco feliz al combinar sin claridad los conceptos de interrupción y prescripción,²³² aunque años después, el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116, dejaría en claro que es perfectamente posible aplicar interrupción y suspensión en el mismo proceso, pues una y otra atiende a circunstancias diferentes y genera consecuencias distintas.

La norma amplió por primera vez la utilización de la suspensión, en aras del éxito del aparato represivo del Estado,²³³ cosa a la que se seguiría recurriendo después. La lógica en este caso, respeta la idea de que no es correcto que siga contabilizándose el tiempo para la prescripción, cuando el perseguidor veía trabas desvaloradas para su acción.²³⁴ De todas formas, no fue bien recibida en el sistema

²³² Ley N° 26641, del 26 de junio de 1996:

Artículo 1°.- Interpretese por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción.

²³³ “Lo que el legislador y la propia Corte Suprema han pretendido con este acuerdo Plenario es ampliar el concepto de la suspensión, señalando que esta también es posible si existen causas visibles de que el proceso ha sufrido una dilación atribuible al imputado o a su abogado defensor”. (Burgos 2012: 88).

²³⁴ La suspensión del plazo de prescripción de la acción ya tiene una justificación por parte de la doctrina, de la misma manera que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han optado. Y es que si bien se ha establecido la prescripción como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal, cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido con la ley sustantiva para el delito incriminado, la propia doctrina crítica que sea aplicada sin tener en consideración la conducta del procesado; en ese sentido, si se hace un análisis comparativo con el derecho al plazo razonable, este último toma en cuenta, como ya lo hemos referido, la llamada defensa obstruccionista, algo que con la prescripción no se tendría en cuenta y solo considera el vencimiento del plazo para el ejercicio de la acción penal establecido por la ley” (Burgos 2012: 89).

de administración de justicia peruano, siendo inaplicable por control difuso en diferentes sentencias supremas.²³⁵

Luego el Tribunal Constitucional aclaró que en el caso de los Congresistas requeridos por la justicia, al gozar de inmunidad parlamentaria, debía aplicarse la suspensión de la prescripción en tanto dure dicho obstáculo para proceder con el proceso. El aporte estuvo contenido en la resolución del Expediente N° 0026-2006-PI-TC, publicado el 18 de marzo del 2007.

Otra causal de suspensión, fue introducida por el Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116, que como doctrina judicial de observancia obligatoria, dispuso que la interposición del recurso de queja excepcional tras la denegatoria del recurso de nulidad de resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios, debe generar la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal.²³⁶

Hay todavía una cuarta causa introducida con posterioridad, mucho más controversial, contenida en el artículo 339.1° del Nuevo Código Procesal peruano y terminada de perfilar en los Acuerdos Plenarios N° 01-2010/CJ-116 y N° 03-

²³⁵ Como ejemplo ver: Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Constitucional y Social Permanente de 20 de Junio de 2005 (Expediente: 000809-2005); Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Constitucional y Social Permanente de 26 de Enero de 2006 (Expediente: 002456-2005); Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Constitucional y Social Permanente de 10 de Mayo de 2006 (Expediente: 000099-2006); Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Constitucional y Social Permanente de 10 de Mayo de 2006 (Expediente: 000103-2006).

²³⁶ Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116.

Fundamento Jurídico N° 10.- Por tanto, la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. En consecuencia, para el cómputo de los plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión del Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.

2012/CJ-116, de la Corte Suprema, pero dejaremos para más adelante su análisis por suponer mucho más que la simple incorporación de una causal y motivar más bien el cambio del perfil mismo de la institución.

Volviendo a las dos primeras causales introducidas con posterioridad al Código Penal de 1991, habría que especificar que siendo sobrevinientes al inicio del proceso, se entiende que se producen cuando el plazo ordinario de prescripción se encuentra interrumpido. Siendo imposible que se suspenda lo que está interrumpido, solo es posible que dicha suspensión se aplique al plazo extraordinario de prescripción, que habría encontrado así una forma de ser detenido, contrariando el supuesto de invencibilidad con el que nació en la lejana legislación italiana de 1889, modelo con el que llegó al Perú. Esta novedad doctrinal es posible, pues legislativamente el código penal vigente, habiendo respetado casi todo lo normado en materia de prescripción de la acción penal por el código de 1924, sin embargo, no repitió la expresa prohibición que aquel contenía en su artículo 122°, de impedir que la suspensión actuase contra la prescripción extraordinaria. Al haberse eliminado en el nuevo Código Penal del Perú dicha disposición, se evidenció la intención del legislador de permitir que la suspensión del plazo prescriptorio, fuese aplicada también para la prescripción extraordinaria.

Las nuevas incorporaciones a los supuestos de suspensión, pusieron en tela de juicio la diferenciación doctrinaria entre interrupción y suspensión ensayada en los primeros párrafos de este sub capítulo. Mayor es la polémica en la actualidad y también dando una mirada a la legislación comparada.

La suspensión llegó tarde al repertorio de la institución de la prescripción. De hecho no se le encuentra en la legislación francesa que inaugura el derecho moderno, ni en el Código Penal de 1781 ni en el de Enjuiciamiento Criminal de 1808, donde apareció la interrupción. Pero llegaría pronto. El propio Carrara hace referencia positiva de ella en los Opúsculos, donde presentó con tanto vigor su batalla contra la interrupción.²³⁷

El maestro italiano conocía bien la suspensión, que ya se encontraba en el código sardo de 1859, adoptado como herramienta punitiva italiana en tanto se producían normas propias²³⁸ y en el mismo código español de 1870,²³⁹ uno de los blancos de sus iras en aquella famosa publicación. En ambos textos históricos, aparece claro el contenido de la novedad legislativa, que ordenaba la paralización del plazo prescriptorio por razones distintas a las usadas por los franceses para interrumpir, en este caso, la imposibilidad de continuar el proceso penal en tanto no haya una definición ajena al mismo. La distinción, muy racional, termina de separarse con la asignación de una consecuencia distinta, que sería proseguir el conteo en lugar de recomenzarlo.

²³⁷ “...hay sin duda excepciones que atan, por disposición de la ley, las manos del acusador, por ejemplo, la calidad de Diputado en el reo, el estar pendiente un pleito civil prejudicial... desde el día en que surge el impedimento legal para continuar el proceso, hasta el día en que es removido ese obstáculo, la prescripción de la acción penal debe quedar suspendida... Esto es lo que enseñan todas las jurisprudencias, basándose en la razón de que cuando la ley ordena que no se obre, no puede ordenar que se prescriba...” (Carrara 1976: 76).

²³⁸ Código Penal Sardo de 1859

Artículo 145º.- Cuando el procedimiento de un delito no pueden instituirse o proseguirse antes de la resolución de disputas civiles del mismo objeto, no corre cualquier prescripción por el mismo delito hasta después del juicio final de la Demanda.

²³⁹ Código Penal de España de 1870

Artículo 200º.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no tendrá lugar cuando el comienzo o la prosecución de las actuaciones judiciales, dirigidas a la averiguación o castigo del delito dependa de la resolución de alguna cuestión previa o prejudicial, o de competencia, quedando entonces la prescripción en suspenso hasta que se decida sobre el particular.

Pero esta claridad conceptual, con el tiempo, ha ido cediendo ante algunas imposiciones normativas. Si miramos los códigos latinoamericanos que estamos comparando, descubriremos que a la tradicional necesidad de la resolución de alguna cuestión en otro procedimiento, se han ido sumando otros supuestos para suspender el plazo de prescripción, por ejemplo, la ruptura del orden constitucional en Argentina, Bolivia, Costa Rica y El Salvador; la permanencia en el cargo de funcionario público del imputado en Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador y Panamá; la minoría de edad de la víctima en Argentina y Nicaragua; algún procedimiento fura del país, como la extradición en Bolivia, Panamá, Costa Rica y El Salvador; un periodo de prueba o arreglo judicial en Bolivia, El Salvador y Costa Rica; la rebeldía del imputado en Costa Rica y Panamá; o sencillamente un supuesto tan amplio como circunstancias objetivamente insuperables en Paraguay.²⁴⁰

²⁴⁰ Código Penal de la Nación Argentina de 1984

Artículo 67°.- La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad...

Código de Procedimiento Penal de Bolivia de 1999

Artículo 32°.- (Suspensión del término de la prescripción). El término de la prescripción de la acción se suspenderá:

- 1) Cuando se haya resuelto la suspensión de la persecución penal y esté vigente el período de prueba correspondiente;
- 2) Mientras esté pendiente la presentación del fallo que resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas;

Todas las razones anteriores sin embargo, guardan similitud con la necesidad de una definición previa extrapenal, tradicional causa de la suspensión, en el sentido

3) Durante la tramitación de cualquier forma de antejuicio o de la conformidad de un gobierno extranjero de la que dependa el inicio del proceso; y,

4) En los delitos que causen alteración del orden constitucional e impidan el ejercicio regular de la competencia de las autoridades legalmente constituidas, mientras dure ese estado.

Código Procesal Penal de Costa Rica de 1996

Artículo 34°.-Suspensión del cómputo de la prescripción El cómputo de la prescripción se suspenderá:

a) Cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la acción penal no pueda ser promovida ni proseguida. Esta disposición no regirá cuando el hecho no pueda perseguirse por falta de la instancia privada.

b) En los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio del cargo o con ocasión de él, mientras sigan desempeñando la función pública y no se les haya iniciado el proceso.

c) En los delitos relativos al sistema constitucional, cuando se rompa el orden institucional, hasta su restablecimiento.

d) Mientras dure, en el extranjero, el trámite de extradición.

e) Cuando se haya suspendido el ejercicio de la acción penal en virtud de un criterio de oportunidad o por la suspensión del proceso a prueba y mientras duren esas suspensiones.

f) Por la rebeldía del imputado. En este caso, el término de la suspensión no podrá exceder un tiempo igual al de la prescripción de la acción penal; sobrevenido este, continuará corriendo ese plazo.

Terminada la causa de la suspensión, el plazo de la prescripción continuará su curso.

Código Procesal Penal de El Salvador de 2010

Artículo 35°.- El término de la prescripción se suspenderá:

1) Cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la persecución penal no pueda ser promovida o proseguida; esta disposición no regirá cuando el hecho no pueda ser perseguido porque falta la instancia particular.

2) En los delitos relativos al sistema constitucional, cuando haya ruptura del orden institucional, hasta su restablecimiento.

3) Mientras dure en el extranjero, el trámite de extradición.

4) Cuando se haya suspendido el ejercicio de la acción penal, en virtud de haberse aplicado un criterio de oportunidad o por la mediación o conciliación sujeta a plazo o condición.

5) Cuando se haya suspendido la persecución penal por incapacidad sobreviniente de carácter temporal.

6) Por el período de prueba en la suspensión condicional del procedimiento.

Terminada la causa de la suspensión la prescripción seguirá su curso.

Código Procesal Penal de Panamá del 2008

Artículo 117. Suspensión del plazo. Se suspenderá el plazo de la prescripción de la acción penal, en los siguientes casos:

1. En los delitos contra la Administración Pública o delitos patrimoniales contra una entidad pública, mientras cualquiera de los que hayan participado en el delito siga desempeñando un cargo público.

2. Mientras dure, en el extranjero, el trámite de la extradición.

3. Por la rebeldía del imputado.

Código Penal de Nicaragua de 2007

Artículo 132°.- En caso de que no se ejerza oportunamente la acción penal en los delitos contra la libertad e integridad sexual, cometidos en perjuicio de niños, niñas o adolescentes, el plazo de prescripción de la acción penal iniciará a partir del día en que el ofendido adquiriera la mayoría de edad.

Código Penal de la República del Paraguay de 1997

Artículo 103°.- Suspensión

1° El plazo para la prescripción se suspenderá cuando, por circunstancias objetivamente insuperables, la persecución penal no pueda ser iniciada o continuada. Esto no regirá cuando el obstáculo para la persecución penal consista en la falta de instancia o de la autorización prevista en el artículo 100.

2° Superado el obstáculo, el plazo continuará computándose.

de que se trata de circunstancias que imposibilitan la actuación del titular de la acción penal.

No es el camino de la legislación procesal chilena de comienzos del milenio, que se aparta de esta corriente doctrinaria, para seguir una línea distinta, que ya había marcado la reforma española de 1995. En esta concepción novedosa, la suspensión del plazo no se genera por impedimentos al proceso penal, sino por un acto de procedimiento, habitualmente causal de interrupción. En el caso español, la norma innova combinando la utilización de ambas herramientas, de manera tal que presentada la denuncia o querrela se suspende el plazo prescriptorio por un tiempo máximo de seis meses, dentro de los cuales, si se produjese una resolución judicial motivada que impute a un sujeto el delito, se produciría la interrupción retroactivamente desde cuando había comenzado la suspensión.²⁴¹ Los chilenos navegan en esas aguas, con lo que además, dan solidez al mal redactado artículo 96° de su viejo Código Penal, señalando que efectivamente, la suspensión se produce por un acto de procedimiento dirigido contra el imputado, dejando claro que se separan de la doctrina mayoritaria que entiende tal acto como causal de interrupción.²⁴² Es la nueva línea que ha seguido el Perú a partir del Nuevo Código Procesal Penal y los Acuerdos Plenarios que han interpretado su muy polémico

²⁴¹ La norma está contenida en el artículo 132.2.2° del Código Penal de España de 1995, transcrita en el pie de página 199 de esta tesis.

²⁴² Código Penal de Chile de 1874

Artículo 96°.- Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido.

Código Procesal Penal de Chile del 2000

Artículo 233°.- La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal...

artículo 339.1º,²⁴³ que prácticamente copia el texto chileno, pero a diferencia de él, no guarda concordancia con su legislación sustantiva nacional.

Llama la atención, que dentro de los países estudiados, los que siguen normativamente el concepto tradicional en esta materia sean tan pocos, Brasil, Colombia, Uruguay, Venezuela y México,²⁴⁴ grupo al que perteneció Perú antes de su viraje en el marco de la reforma procesal.

Nunca se debatió tanto en el Perú sobre la prescripción de la acción penal, como en los años posteriores a la dación del Nuevo Código de Procedimientos Penales. Como hemos visto a lo largo del trabajo, la institución fue primero heredada de España y luego transformada, sin transición alguna, sin que medie explicación ni debate al copiar el modelo italiano. Ajenos al ajeteo intelectual que

²⁴³ Nuevo Código Procesal Penal de Perú de 2004

Artículo 339.1º.- La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal.

²⁴⁴ Código Penal de Brasil de 1940

Causas impeditivas da prescrição

Artigo 116º.- Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

Código de Procedimiento Penal Colombiano de 2004

Artículo 62º.- Suspensión de la actuación procesal. Desde cuando se presente la recusación o se manifieste el impedimento del funcionario judicial hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá la actuación. Cuando la recusación propuesta por el procesado o su defensor se declare infundada, no correrá la prescripción de la acción entre el momento de la petición y la decisión correspondiente.

Código Penal de Uruguay de 1933

Artículo 122º.- De la suspensión de la prescripción.

La prescripción no se suspende, salvo en los casos en que la ley hiciera depender la iniciación de la acción penal o la continuación del juicio, de la terminación de otro juicio civil, comercial o administrativo.

Código Penal de Venezuela de 2000

Artículo 109º.-...Si no pudiere promoverse o proseguirse la acción penal sino después de autorización especial o después de resuelta una cuestión prejudicial deferida a otro juicio, quedará en suspenso la prescripción y no volverá a correr hasta el día en que se dé la autorización o se define la cuestión prejudicial.

Código Penal Federal de México de 1931

Artículo 109º.- Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable.

supuso el movimiento pendular al que hemos hecho referencia, en Perú fuimos importadores de resultados finales. De España nos quedamos con la prescripción del derecho a acusar, sin interrupción como la entendemos hoy, sin prescripción extraordinaria e inclusive sin suspensión. De Italia y Suiza trajimos la prescripción de la acción penal, con interrupción y prescripción extraordinaria, además de suspensión para situaciones al margen de la polémica, entre dar fuerza a la prescripción o a la persecución. Pero la propuesta procesal del 2004 en Perú, supuso un cambio tan importante, que nos hizo protagonistas del último capítulo de este larguísimo enfrentamiento, que tras haber agotado las posibilidades de la interrupción y de la prescripción extraordinaria, incorporó al conflicto a la apacible y anteriormente pacífica institución de la suspensión, que siempre había estado al margen del conflicto.

En efecto, repasemos el movimiento pendular legislativo en esta materia, al principio existió el simple derecho a acusar y entendiéndose que no podía ser eterno, se le puso un plazo para operar, naciendo la prescripción del derecho a acusar. Luego, con un modelo procesal distinto, maduró la idea de que no prescribía el derecho a acusar sino la acción penal, la cual, al no agotarse en el mero acto acusatorio, sino impulsar todo el proceso, seguía viva hasta el final del mismo y por tanto, podía prescribir durante su desarrollo. Surgió entonces la interrupción del plazo, como una forma de evitar que la prescripción destruyese la manifestación concreta del *ius puniendi* estatal. Se advirtió pronto que esta situación podía generar un uso arbitrario de la interrupción, apareciendo como limitación a tal posibilidad de abuso la prescripción extraordinaria, con lo que revivió la posibilidad de una

prescripción durante el juicio. Y hoy, con la intención de bloquear la prescripción extraordinaria, se apela a la suspensión, la que además, nace para este supuesto con su propia limitación al lado, al limitar en el tiempo su capacidad suspensiva. Con certeza, en un tiempo se generará otra reacción de signo contrario, en un nuevo capítulo de esta indefinición que no tiene nunca acabar y que podría resolverse con tan solo responder la pregunta hecha hace dos siglos por Carrara: ¿se quiere que haya prescripción o no?

En el marco de la imprescindible reforma procesal penal peruana y sin ser la prescripción preocupación importante, la introducción del artículo 339.1° generó un cambio radical, rechazado por un grueso sector de la doctrina y la judicatura y finalmente impuesto por los integrantes de la Corte Suprema que respaldaron la norma y la radical transformación que suponía.

Los legisladores peruanos, siguiendo la muy antigua costumbre que al menos en este tema ha abastecido a nuestra normativa, importaron el precepto. Lo trajeron de Chile, tal cual aparece en su Código Procesal del 2000. Pero a diferencia de lo que ocurriría en Perú, en Chile, una norma de esas características en su texto adjetivo, seguía la línea de su antiguo Código Penal, donde de manera única en el Continente, se indica que cuando el procedimiento se dirige contra el delincuente, procede la suspensión, siendo lo común, en el resto de legislaciones, que tal circunstancia es causal de interrupción.

De esa forma, cuando en el artículo 233° del Código Procesal de Chile del 2000, se estableció que uno de los efectos de la formalización de la investigación

preparatoria es la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, lo único que hizo la norma fue desarrollar el mandato del artículo 96° de su Código Penal de 1874, que dice que la prescripción se suspende cuando el procedimiento se dirige contra el delincuente. Coherencia intrasistémica plena en esta materia.

En el Perú el caso fue distinto, pues aunque copió la norma procesal chilena en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, el supuesto sustantivo consagrado en el Código Penal de 1991 era distinto al del país del sur. Efectivamente, hasta ese momento, la suspensión en Perú se aplicaba solamente para los casos en que fuese necesaria una definición previa al proceso penal, que impedía proceder el titular de la acción. Por eso la norma procesal que introdujo un acto de procedimiento como causal de suspensión, violentó la tradición penal peruana, alteró a la comunidad jurídica nacional, generó un enfrentamiento normativo y contribuyó a aumentar la incoherencia en el tratamiento de la institución, al desnaturalizar esta vez, la suspensión.

La norma en cuestión, sanciona que: “La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”.²⁴⁵ La formalización de la investigación es una clara actuación procesal, previa al inicio del juicio. La teoría clásica indica, que los actos de procedimiento interrumpen la prescripción, cosa que funcionaba en el Perú y que contemplaba el Código Penal, de manera que la primera impresión de la comunidad jurídica al promulgarse el nuevo código adjetivo, fue que se trataba de un error. El legislador se habría querido referir a la interrupción y por error puso suspensión.

²⁴⁵ Artículo 339.1° del Nuevo Código Procesal Penal peruano del 2004.

Sin embargo no fue así. Pronto salió a la luz que la norma peruana copiaba a la chilena, de manera que no era un error, sino una importación, producto de una decisión político criminal del legislador. En lo que suponía un cambio total a las prácticas históricas, se quería suspender el plazo con la formalización de la investigación preparatoria, es decir, cuando el perseguidor tuviese suficientes elementos de convicción para dirigir el proceso contra una persona y requiriese de la presencia de un Juez para garantizar la legalidad de la investigación. El legislador decidió que desde ese momento el fiscal debía gozar de la mayor libertad para investigar, sin las prisas impuestas por un plazo prescriptorio que siga corriendo y en lugar de interrumpir, con lo que continuaría el decurso del plazo extraordinario, optó por suspender, con lo que el paso del tiempo dejaría de ser relevante, quitando apremios al perseguidor para el desarrollo de su facultad. Continuaba así el movimiento pendular histórico, ahora con la orientación de favorecer nuevamente a la persecución, por sobre la expectativa de prescripción.

El supuesto tradicional es distinto y así está recogido desde mucho tiempo atrás por las normas sustantivas peruanas, incluyendo la vigente: “La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido...”.²⁴⁶ Se entiende que se refiere a actuaciones en relación con la persecución del delito sobre el que corre el plazo prescriptorio. Pues bien, la formalización de la investigación, que es un momento estelar dentro de la primera etapa del diseño procesal de persecución en el Perú, es una de las principales actuaciones del Ministerio Público, por tanto,

²⁴⁶ Primera parte del artículo 83° del Código Penal peruano de 1991.

según el mandato penal, procede la interrupción, no la suspensión. La disposición procesal es claramente contraria.

Esta situación planteó en Perú un esclarecedor debate. Si no fuese por la previa existencia de la norma chilena, el artículo 339.1° del Nuevo Código Procesal Penal del Perú hubiera parecido un error, ya que en el país las actuaciones fiscales son causas de interrupción. Pero en el sur, la razonabilidad es distinta y su norma procesal llenó de contenido la nueva disposición peruana para la discusión doctrinaria que surgió. Hasta antes de esta novedad, en el Perú, sólo la necesidad de proceso previo era causa de suspensión (Cárdenas y Villegas 2013: 147).

A pesar de la ruptura con el tradicional orden jurídico peruano, concuerdo parcialmente con el modelo impuesto en el nuevo texto procesal, pues coincide con uno de los principales planteamientos de solución que presenta esta tesis en la parte pertinente, aunque aquí, dentro de todo un paquete de modificación de la institución y no como es el caso del artículo 339.1° en cuestión, que siendo solo una norma aislada, genera conflicto, confusión y no termina de resolver el problema.

Sin embargo, considerando que en nuestra actual legislación, la suspensión sí tiene poder sobre la prescripción extraordinaria, pues evita que su plazo siga corriendo,²⁴⁷ decretar la suspensión y no la interrupción del plazo prescriptorio al formalizar la investigación, permite una investigación y un juzgamiento, sin la presión perturbadora de la extinción de la acción penal durante el

²⁴⁷ “A diferencia de la interrupción, la suspensión de la prescripción no deja sin efecto el tiempo transcurrido (art. 83, 1er. Párr. CP), sino simplemente detiene el plazo para que continúe una vez superada la causa de suspensión. Es por eso que la suspensión no conduce al plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, aunque sí es posible que el plazo extraordinario se suspenda.” (Meini 2009: 70).

proceso,²⁴⁸ constituyéndose un modelo que mejora al tradicional. En este trabajo, se presenta a la eliminación de la prescripción extraordinaria como la solución ideal, pero también se explora sobre las posibilidades que brinda la suspensión por sobre la interrupción y la conveniencia de usarla para todos los supuestos que hoy son interruptores.

La discusión originada por la norma procesal bajo análisis, produjo una toma de posición formal de la Corte Suprema de la República, que requirió de dos Acuerdos Plenarios para explicarla y generar doctrina legal, que para los jueces del país tiene carácter vinculante.

Así, el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, en la parte referida a establecer el sentido del artículo 339° inciso 1° del Nuevo Código Procesal Penal, determinó que la literalidad de la norma no daba espacio para una interpretación diferente, estaba normando claramente una suspensión, que como consecuencia, generaba el otorgamiento de un mayor tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Sin embargo, admite que se trata de una suspensión “sui generis”, pues la causa de la misma, la formalización de la investigación, era una causa nueva y distinta a los supuestos doctrinarios sobre la materia.

²⁴⁸ “Esta opción político-criminal del legislador es acertada y razonable, puesto que la formalización de la investigación preparatoria revela un avance significativo en la persecución penal: se tiene indicios reveladores de la existencia de un delito y se ha individualizado a los imputados, lo que significa que se ha logrado determinar los hechos criminales y que estos son relevantes para la ley penal y, además, que se ha identificado a los presuntos autores y partícipes (art. 336 del NCPP). En el marco de la realización de la justicia penal, lo que debe seguir es que un tribunal juzgue al imputado y que emita, al final del proceso, una declaración de culpabilidad o inocencia. La finalidad (*telos*) de la norma es evitar los casos en los que el imputado, gracias a la prescripción, abandone el tribunal de justicia sin responder por los hechos; deje con las manos atadas a la justicia y desamparada a la víctima. El mérito del nuevo sistema procesal penal radica justamente en que pretende evitar tales supuestos de impunidad, procurando una mayor legitimidad a la administración de justicia en el marco de un Estado democrático de Derecho”. (Pariona 2013: 839-840).

Aquel Acuerdo Plenario, contiene además algunas reflexiones interesantes sobre el derecho del imputado a un proceso dentro de un plazo razonable, separándose de interpretaciones anteriores que consideraban a la prescripción como el realizador de dicho derecho.²⁴⁹En este Acuerdo más bien, se separa y se diferencia conceptos.

Volviendo a la polémica que desató el artículo del Nuevo Código Procesal sobre la suspensión, el Acuerdo Plenario que pretendió solucionarla, no lo logró y más bien endureció la confrontación, al extremo que algunos jueces se separaron aquella doctrina legal vinculante. El desacato fue realmente importante en el Distrito Judicial de Huaura, que argumentó que el legislador se había equivocado, porque esa la formalización de la investigación, en tanto actuación procesal del Fiscal, no era causal de suspensión sino de interrupción. Fundamentación repetida en su jurisprudencia que se desvinculaba del Acuerdo Plenario.

Se opusieron también algunos autores como Alonso Peña Cabrera Freyre²⁵⁰o Daniel Panta.²⁵¹Y hasta hubo quienes firmaron su acuerdo con la posición del intérprete supremo, pero por razones muy distintas, inclusive críticas. Guillermo Cruz por ejemplo, manifestó su discrepancia del legislador procesal, pero sentenció

²⁴⁹ Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116, ya citado, que toma una definición de Hurtado Pozo en esa línea interpretativa.

²⁵⁰ “...el Tribunal Supremo... da patente de curso a una nueva modalidad “*sui generis*”, innovadora en la legislación penal nacional, dejando de lado el orden sistematizador que debe guardar el sistema penal...”. (Peña Cabrera 2011: 33).

²⁵¹ “La disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria constituye un acto con suficiente entidad para colocar en efectivo movimiento a la acción penal; por ende, su naturaleza jurídica es interruptora antes que suspensiva... la razón de haber positivizado el artículo 339.1 del NCPP, tomando a la formalización de investigación preparatoria como suspensiva antes que interruptora, responde –a nuestro entender- al hecho de haberlo copiado equivocadamente de cuerpos procesales (como el chileno), donde empero los textos penales son concordantes con los procesales (a diferencia de lo que sucede en nuestro caso)”. (Panta 2011: 28-29).

que prefería aquel error, a la corrección vía interpretación que algunos pretendían imponer, de forma tal que al final, sostenía la validez de la norma escrita: “La interpretación jurídica no puede contradecir la literalidad del texto legal” (Cruz 2012: 233).

Desacato, críticas, solicitud de enmienda legislativa, ni el artículo del Código Procesal ni su pretendido sostén en la doctrina vinculante habían dado resultados y entonces, a poco más de un año de aquel documento, reunidos nuevamente los Jueces Supremos penales en Sala Plena, delinearon un nuevo Acuerdo Plenario, cuyos efectos duran hasta nuestros días.

El Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ 116, salió en defensa del anterior y fue más allá. Y aunque también recibió enfrentamiento académico, terminó siendo aceptado. Ratificaba los términos del Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, con lo que en definitiva cambiaba todo el concepto de la suspensión, que dejaba de ser hija de situaciones previas o pre judiciales que requerían de una solución extrapenal, para pasar a ser consecuencia de supuestos legislativos, sin límite doctrinal, que en el caso peruano sería la formalización de la investigación. Como el propio Acuerdo sostiene, supuestos distintos para la misma consecuencia.²⁵²

Pero hace más el nuevo Acuerdo Plenario. De manera equivocada, pues no era el espacio doctrinario ya que se trata de dos instituciones distintas, aborda el tema del derecho al reo a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Es lógico

²⁵² “Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo”. Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116. Fundamento Jurídico 10°.

pensar, que una disposición como la analizada, neutralizando a la prescripción extraordinaria, pudiera devenir en procesos fiscales o judiciales demasiado largos, lo que atentaría contra derechos fundamentales de la persona imputada, sin embargo, insistir en abordar dos problemas diferentes como si fueran lo mismo, confunde las cosas, lesiona la coherencia interna que debe tener el sistema de persecución penal y desnaturaliza instituciones.

Y la decisión no pudo ser peor ni más dañina para la institución: le puso plazo a la suspensión, con lo que la desnaturalización de la misma fue total. Ya no solo iba a responder a una causal ajena a la asignada en la doctrina, que diferenciaba entre acciones procedimentales para interrumpir y necesidad de pronunciamientos previos para suspender, sino que además, iba a darle un plazo a la herramienta que sirve precisamente para detener el plazo prescriptorio.

Se ha escrito así un nuevo capítulo de lo que hemos llamado movimiento pendular en esta materia: Los perseguidores tuvieron el derecho a acusar, entonces los prescriptores tuvieron la prescripción de tal derecho. Los perseguidores hicieron un cambio de modelo persecutorio, inquisitorial, que evitaba la negligencia del particular, entonces los prescriptores viraron hacia la prescripción de la acción penal. Los perseguidores concibieron la interrupción de la prescripción, entonces los prescriptores idearon la prescripción extraordinaria. Finalmente los perseguidores lograron la suspensión de la prescripción extraordinaria por un acto de procedimiento y finalmente los prescriptores lograron que dicha suspensión, tuviese un plazo. El próximo capítulo promete una nueva medida que beneficie la

persecución penal y su rápida neutralización. Volvemos a la pregunta de Carrara
¿Queremos o no prescripción penal?

Reitero mi posición, desde un enfoque político criminal, es acertada la medida de suspender la prescripción cuando el Fiscal formaliza denuncia, pero desde una perspectiva doctrinaria y dogmática, considero que se trata de un nuevo elemento de desorden, para con una institución que todos aceptan y usan, pero sin respetar su esencia, lo que permitiría manejarla en consecuencia y aprovecharla mejor.

Una precisión importante. Conuerdo desde la política criminal con el artículo 339.1º del Nuevo Código Procesal Penal y hasta con el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, pero disiento del fundamento jurídico N° 11 del Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ 116, que ordena un plazo máximo a la suspensión de la prescripción de la acción penal.

Son entonces dos temas distintos en cuestión, el cambio de paradigma de la suspensión y aunque contribuye con lo anterior, la actuación de la suspensión limitada a un lapso de tiempo.

Sobre lo primero, estamos frente a una decisión del legislador,²⁵³ quien modificó normativamente la lógica de las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal, al aumentar un supuesto que no pertenece a la construcción

²⁵³ “El legislador ha sido claro en el artículo 339.1 NCPP al establecer que la consecuencia jurídica de la formalización de la investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal es la suspensión de la prescripción. Esta decisión responde a la racionalidad del nuevo modelo procesal que pretende superar los efectos del anterior modelo. La lentitud del anterior proceso penal y las facilidades para la impunidad por medio de la prescripción que ella suponía, impulsaron al legislador a optar en el nuevo Código Procesal Penal por suspender el curso de la prescripción una vez que el Ministerio Público hubiese formalizado la investigación preparatoria”. (Pariona 2013: 839).

dogmática que se conocía. Dicha decisión político criminal, importada de la realidad chilena, tiene que haberse observado como una solución al problema de impunidad que generaba la prescripción extraordinaria y ha terminado siendo aplaudida o por lo menos aceptada por un amplio sector.

Debido a lo anterior, ya será imposible diferenciar la suspensión de la interrupción por las causas que las originan y habrá que hacerlo solamente por la consecuencia que generan. Sin embargo, no se puede desconocer que por mucho tiempo, las causales de suspensión fueron pacíficamente aceptadas y hacían parte de la construcción doctrinaria de la figura, razón por la cual alterarlas en su esencia, contribuye a la desnaturalización de la institución que se denuncia permanentemente en este trabajo,²⁵⁴ al extremo que hay quienes reclaman por una modificación legislativa que anule la novedad incorporada por el artículo 339.1° del Nuevo Código Procesal Penal.²⁵⁵

Con respecto al segundo tema planteado, el cual también contribuye desde mi perspectiva a la desnaturalización de la figura, el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ 116 le pone un plazo a la suspensión, es decir, en aplicación de otro modelo importado, siguiendo la reforma española del 2010, la contabilidad del decurso de la prescripción puede ser suspendida solo por un tiempo, tras el cual, el plazo para llegar a la prescripción seguirá corriendo. Siendo los tiempos prescriptorios largos

²⁵⁴ “... la doctrina configura cierto límite a la potestad legislativa... En ese sentido, no se puede sostener, como se hace en este Acuerdo Plenario, que el inciso 1) del artículo 339° del CPP, regula expresamente una suspensión “sui generis”, diferente a la ya señalada; pues ello implicaría desconocer la naturaleza de las cosas y desvirtuar los fundamentos y funciones de las instituciones jurídicas, creando caos interpretativo y confundiendo a los operadores procesales” (Gálvez 2013: 330).

²⁵⁵ “No nos parece acertado que el legislador haya dispuesto la suspensión de la prescripción con supuestos distintos a los construidos históricamente por la legislación procesal y la doctrina, por lo que es razonable una reforma legislativa que la derogue, y que se opere bajo las reglas del Código Penal”. (Arbulú 2013: 149).

en comparación a los plazos conminados para el nuevo modelo procesal, el problema más que práctico es teórico, pero la teoría no puede ser despreciada en el Derecho, pues le informa y le da sentido.

La utilización de la suspensión para controlar el resultado perverso de una prescripción en pleno proceso, pudo ser una solución legislativa, tal como lo fue en un inicio la interrupción. Pero se ha repetido la historia, neutralizando el arma elegida. En su momento, la interrupción fue incorporada como una herramienta procesal para detener el conteo del plazo prescriptorio y permitir el desempeño de fiscales y jueces en procura de alcanzar una sentencia. Como ya se ha visto, tal innovación francesa, fue sensiblemente disminuida por la novedad italiana de la prescripción extraordinaria. Ahora ocurre lo mismo, pues tras recurrir los legisladores a la suspensión, con el mismo objetivo de permitir a los perseguidores culminar su tarea y llegar al final del juicio, los Jueces Supremos incorporan vía acuerdo de observancia obligatoria, un plazo para dicha suspensión, con lo cual, terminado el mismo, de todas formas continuará el conteo prescriptorio con vocación de liquidar el proceso. Se repite el problema y por razón similar, mientras los perseguidores abogan por llegar a una sentencia sin los apremios del tiempo, los defensores se contraponen para asegurar un plazo razonable de juzgamiento. Como ya se ha señalado, se continúa actuando con la lógica pendular que neutraliza ambas fuerzas, impidiendo el éxito de ambas, que sería lo óptimo en un ideal procesal.

Y es que desde un punto de vista práctico, el artículo 339.1° del Nuevo Código Procesal Penal, suspendiendo la prescripción extraordinaria, hacía inútiles las prácticas dilatorias de la defensa para alcanzarla durante el juicio. El Acuerdo

Plenario bajo análisis, al fijar como tiempo máximo de la suspensión, uno igual al de la prescripción extraordinaria, malogra la solución alcanzada. Y es que en los casos de penas menores, tres o cuatro años no es un tiempo inalcanzable y por tanto, podría cumplirse dentro del proceso, con lo que, al volver a correr la prescripción extraordinaria, podría llegar a su fin dentro del proceso. Se ha aumentado el tiempo, pero se ha mantenido la posibilidad de lograr la prescripción durante el juicio.

Se ha establecido a lo largo del trabajo y formará parte importante de las conclusiones del mismo, que el derecho a ser investigado y juzgado dentro de un plazo razonable, es un derecho fundamental de la persona que debemos promover y defender, pero que dogmáticamente, no tienen nada que ver con la prescripción de la acción penal, más allá de la similitud de ser instituciones que operan con las consecuencias jurídicas del paso del tiempo. Usar la prescripción para resolver el problema del plazo razonable, como pretenden muchos tratadistas, es meternos por la ventana para resolver un problema que hay que arreglar, tocando el timbre y entrando por la puerta. Lo que debe hacerse es abiertamente legislar en ese sentido y fijar un plazo razonable de juzgamiento, que habilite el derecho del imputado a pedir el sobreseimiento por exceso de tiempo en el proceso. Ya se ha avanzado en ese sentido, fijando plazos para la investigación fiscal y permitiendo al investigado la intervención del Juez para controlarlos.

No es en contra de la decisión político criminal de permitir el combate contra el delito que se escriben estas líneas, sino por considerar que puede hacerse sin victimar a la dogmática. La coherencia del Derecho Penal como un todo debe ser preservada y hay formas de alcanzar los objetivos persecutorios con los que

coincidimos, sin perjudicar la naturaleza de las instituciones penales. Porque una de las consecuencias negativas de no respetar la doctrina jurídica, es que se genera confusión y el sistema pierde coherencia. En ese sentido, ahonda el problema el Acuerdo Plenario en análisis, cuando no solo fija plazo para la vigencia de la suspensión, sino que además lo iguala con el de la prescripción extraordinaria, con lo que se confunde más el tema.

En suma, fijar un plazo a la suspensión, evita la solución del problema que se abordó y desnaturaliza la figura.

Para terminar los temas que plantea la suspensión de la prescripción en sede nacional, dos precisiones. La primera es que siguiendo el mandato del artículo 83° del Código Penal de 1991, de que la interrupción de la prescripción se produce por actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales y no obstante, la prescripción ocurrirá de todas formas cuando el tiempo transcurrido sobre pase en una mitad el plazo ordinario de prescripción, cuando se produzca la formalización de la investigación fiscal que plantea el artículo 339.1° como causa de la suspensión del conteo prescriptorio, la prescripción ordinaria ya estará interrumpida. Ante esta razón, la única forma de aplicarse el mandato procesal es sobre la prescripción extraordinaria que sigue corriendo.²⁵⁶

La segunda es que frente al evidente choque que supuso la aparición del artículo 339.1 del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, con el artículo 84° del

²⁵⁶ “Debe quedar claro que tanto la causa de suspensión de la prescripción por la interposición de recurso de queja excepcional, como por la formalización de la investigación preparatoria están referidas propiamente al plazo extraordinario de prescripción, pues al tener lugar en el ámbito del propio proceso penal el plazo ordinario se encuentra ya interrumpido y, por lo tanto, carece de sentido suspenderlo”. (García Caveró 2012: 884).

Código Penal de 1991, es menester aclarar, que al margen de cualquier opinión doctrinal en este trabajo, hay sin duda una victoria de la norma adjetiva, por dos razones: Por especialidad, pues considerando que la institución es procesal, la norma de la materia debe primar sobre la sustantiva y por la regla de la aplicación de la ley en el tiempo, según la cual, la norma posterior prima sobre la anterior.²⁵⁷



²⁵⁷ “No existe tal contradicción entre dicha norma del Código Penal y la del Código Procesal Penal de 2004, puesto que, siendo el Código Procesal Penal de 2004 una ley posterior al Código Penal de 1991, debe entenderse que en adelante esta específica actuación del Ministerio Público (la formalización de la investigación preparatoria) suspende la prescripción y no la interrumpe” (Valdivieso 2011: 247).

4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL PERÚ

Premunidos de todas las herramientas necesarias, el desenvolvimiento de la institución a lo largo de la historia, su naturaleza y fundamentos jurídicos, así como los puntos saltantes de su problemática, podemos abordar lo que es hoy la prescripción de la acción penal en el Perú, así como la utilización perversa de la prescripción extraordinaria, por parte de quienes buscando la impunidad, dilatan los procesos para alcanzarla.

Para tratar de manera integral la prescripción de la acción penal en el Perú actual, recurriremos a unir los diferentes análisis realizados a lo largo del presente trabajo, cuando tocó examinar cada una de sus partes.

Terminada esta tarea, será pertinente ensayar propuestas de solución para los dos problemas planteados. El primero desde el enfoque dogmático, considerando que la institución ha sido desnaturalizada y es necesario devolverle coherencia sistémica, que no solo le de solidez doctrinaria, sino que además la integre de la manera más rendidora dentro del sistema penal. Y el segundo desde una perspectiva de política criminal, para evitar que siga dilatándose innecesariamente los procesos por parte de abogados defensores que aspiran a alcanzar la prescripción extraordinaria para impedir una sentencia contra su defendido.

Fue precisamente este último problema el que motivó la realización de esta tesis. Durante mi experiencia como litigante, hubiera resultado estimulante encontrar soluciones dentro del mismo sistema judicial, pero celosos de asegurar el debido proceso y priorizándolo al rol social que desempeñan, los jueces siempre concedieron cada recurso presentado, aunque admitiesen en reserva, que era evidente la pretensión de extender el tiempo para extinguir la acción penal. En la práctica, el proceso y sus herramientas pesan más que el fondo del asunto.

Entre el inicio del trabajo y la fecha de presentación, entró en vigencia del nuevo ordenamiento procesal en el Perú, pero más allá de la letra del código, poco ha ayudado a la agilización de las causas y combatir así el problema político criminal aquí advertido. Para comenzar, en las querellas, que es como la víctima judicializa su reivindicación contra el agresor, el titular de la acción penal es el ofendido, con lo cual, no hay la suspensión de la prescripción que ordena el Nuevo Código Procesal Penal cuando el Fiscal formaliza investigación, porque en esos casos, no interviene el Ministerio Público. Y en cuanto a los otros casos donde si hay intervención fiscal, la realidad nos indica que no se ha producido la pretendida celeridad con lo cual, alcanzar la prescripción extraordinaria una vez iniciado el juicio, es todavía una posibilidad cierta y realizable.

Pero vayamos en orden.

4.1 LA INSTITUCIÓN EN EL PERÚ

En la actualidad, la prescripción de la acción penal en el Perú, tiene su base en el Código Penal de 1991. Como ya vimos en la parte histórica, este texto normativo

siguió el modelo impuesto por el Código Penal de 1924, que aunque resistido en un inicio, terminó imponiéndose al saltar a la nueva legislación sustantiva. El Código de 1863, que seguía al diseño que habíamos heredado del virreinato, consagraba la prescripción del derecho de acusar, no de la acción penal y no tenía ni interrupción, ni prescripción extraordinaria, ni suspensión, aunque con posterioridad algunos juristas introdujeron en el debate la posibilidad de una prescripción después de la acusación interpretando una norma procesal.

Víctor Maúrtua, introdujo en el código de 1924 el nuevo modelo que nos ha llegado hasta la actualidad, siguiendo el modelo italiano, copiado por Suiza, donde se sanciona la prescripción de la acción penal, con interrupción, prescripción extraordinaria y suspensión. Este modelo es el que toma con ligeras variantes el texto de 1991, tal vez la más importante, que al omitir el mandato de que la suspensión no paralizaba el conteo del plazo extraordinario, se entiende que en el código actual, se suspende el cómputo de ambos plazos prescriptorios.

En esta materia, la legislación sustantiva ha sido corregida para algunos, complementada para otros, por la nueva normativa procesal, que da un uso adicional a la suspensión, siendo esto último acotado por los Acuerdos Plenarios que se han repasado en el apartado correspondiente.

Con toda esta información positiva a la que debe sumarse algunas modificaciones y adiciones legales posteriores y la doctrina de observancia obligatoria dictada por los Jueces Supremos, presento a continuación una descripción de cómo es la prescripción de la acción penal en el Perú, acompañada

de mis comentarios críticos. Aclaro además que esta versión peruana de la prescripción, no es seguida unánimemente por la jurisprudencia ni por la doctrina que se ha permitido algunas interpretaciones distintas.

Para comenzar, la prescripción es considerada como una forma de extinción de la acción penal, comprendida ésta última como la fuerza procesal de la que está premunido su titular, para activar la maquinaria represiva estatal y darle movimiento durante todo el proceso. Por tanto, siguiendo la posición ampliamente dominante en el mundo, el Perú suscribe que prescribe la acción penal. Es el primer concepto que pongo en tela de juicio. Cometido un delito, no nace una acción penal, lo que nace es el derecho a ejercerla o si se quiere, la expectativa a su utilización.

Ya hemos citado al profesor Priori, quien sostiene, ciertamente en el campo civil, que no es posible una prescripción de la acción, sino de la pretensión. La pretensión, sería la aspiración a alcanzar un derecho o una reivindicación o un resarcimiento ante el injusto sufrido por la violación de una norma, la cual puede ser alcanzada, en vía judicial, a través del ejercicio de la acción. De manera que no queda muy claro si en realidad prescribe la acción o la pretensión que implica su ejercicio. Porque de hecho, cuando el plazo prescriptorio es alcanzado antes de haberse realizado ningún acto de persecución, se produce la prescripción de una acción que ni siquiera nació. ¿Entonces qué prescribió, la acción que no ha nacido o el derecho a ejercerla, o la pretensión de utilizarla?

Siguiendo con las dudas al respecto, habría que determinar desde cuándo hay acción. Las actividades desarrolladas por el Ministerio Público, durante la etapa de

investigación, en tanto titular de la acción penal ¿suponen el ejercicio de la acción? Porque si los actos de investigación no se hacen bajo el impulso de la acción penal, entonces podrían desarrollarse, aún en el supuesto de haberse cumplido el plazo de prescripción, ya que esa investigación, no sería parte del ejercicio de la acción penal prescrita. César San Martín insiste en este punto, indicando que sólo hay acción cuando interviene la judicatura, no antes, negando expresamente la existencia de la acción durante la investigación fiscal.²⁵⁸ Así las cosas, la acción penal nacería con la participación del Juez, lo que nos llevaría a otra pregunta, en el nuevo modelo procesal, ¿este momento es el de la formalización de la investigación preparatoria en dónde el Fiscal recurre al Juez, antiguamente Instructor o cuando se formaliza la acusación y comienza el juicio o inclusive mucho antes, cuando en diligencias preparatorias se recurre al Juez para solicitar medidas especiales al perseguidor o la tutela de algún derecho del perseguido? Definir esto sería fundamental, para decidir, de la mano de la interpretación de San Martín, cuándo nace la prescripción de la acción penal.

Pero no sólo hace falta saber cuándo comienza la acción penal, sino también cuándo termina, pues al sostener que no puede prescribir algo que no existe porque no ha comenzado, también debemos admitir que no puede prescribir algo que no existe porque ya terminó. Así como hay quienes sostienen que la acción penal vive a lo largo del proceso y lo informa en cada paso, hay quienes postulan que la acción penal es apenas el impulso inicial, la fuerza que activa la maquinaria judicial, pero

²⁵⁸ “El sujeto pasivo de la acción penal es siempre el Estado. Por ello, es que no puede calificarse de acción las denuncias formuladas ante la Fiscalía poniendo en conocimiento la comisión de un delito público... al no mediar intervención judicial no pueden considerarse de ejercicio de la acción penal... lo característico de la acción es que se proponga ante órganos del poder jurisdiccional.” (San Martín 2014: 281).

que en ese acto creador se extingue, es decir, que no sobrevive a la acusación, sino que nace y se agota en el acto de iniciar el juicio. Si este fuese el concepto, tampoco sería posible una prescripción durante el proceso pues ya no habría acción penal.

Detengo aquí estas disquisiciones, que encuentro suficientes para afirmar que no encuentro rendidor el concepto de la prescripción de la acción penal. Mucho más rendidor y limpio era el viejo concepto de prescripción del derecho a acusar. Producido un ilícito penal, surge de inmediato un derecho a acusar, a presentarse ante el órgano competente del Estado en busca de justicia, ya sea esta una reparación o simplemente una satisfacción en forma de castigo al culpable. Precisamente fue ese el intercambio realizado cuando el Estado reprimió el antiguo derecho a la venganza, a la justicia por mano propia. Le privó de esa primitiva forma de reparación y la substituyó por el derecho a acusar, para que el Estado se encargue del castigo.

Ese derecho a acusar, tampoco podía ser un derecho eterno. El Estado, al servicio del demandante, no podía quedar eternamente esperando que éste decidiese actuar, ni permitir formas más sutiles de venganzas personales a través de la amenaza permanente de acusación al infractor. He allí la razón de otorgar un tiempo para el ejercicio de ese derecho. Devolverle coherencia a la institución de la prescripción, comienza por definir mejor qué es lo que prescribe. Sostengo que debe ser el derecho a acusar y no la acción penal.

Pero no todas las persecuciones prescriben en el país. A pesar que originalmente la legislación nacional se sumó a las posiciones garantistas que

consagraban que las persecuciones de todos los delitos debían prescribir, en los últimos años, siguiendo las tendencias modernas de lucha contra el crimen organizado y violaciones de los derechos humanos, las acciones penales para enjuiciar a funcionarios públicos o particulares por delitos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, en los casos más graves,²⁵⁹ así como a los imputados por delitos de trata de personas, explotación sexual, esclavitud, violación sexual en todas sus formas, proxenetismo en todas sus variantes y ofensas al pudor público son imprescriptibles.²⁶⁰

Sobre lo anterior, llama profundamente la atención el mandato de la Ley N° 30650, en el extremo de que la acción penal es imprescriptible para los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad. La primera pregunta que asalta es quién determina cuáles son los casos más graves ¿un juez, la ley? Se invoca además el principio de legalidad ¿significará que debe haber una norma posterior que determine cuáles son imprescriptibles o que la mayor gravedad la decidirá un Juez o el Fiscal comparando las penas conminadas en cada norma punitiva? Un absurdo. El principio de legalidad no determina cuál delito es más grave que otro y en todo caso, si se estableciese la mayor o menor gravedad de la conducta típica por la magnitud de las penas, tendría que ser el Juez a su puro criterio, quien determine

²⁵⁹ El 19 de agosto del 2017, se incorporó la imprescriptibilidad en la legislación nacional a través de una reforma constitucional, ordenada por el artículo único de la Ley N° 30650, que modificó el artículo 41° de la Constitución de 1993, según el siguiente tenor: “El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.”

²⁶⁰ El 4 de agosto del 2018, se incorporó un artículo nuevo al Código Penal, a través el artículo 2° de la Ley N° 30838. La incorporación fue la siguiente: “Artículo 88-A°.- La pena y la acción penal son imprescriptibles en los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.”

cuándo se está frente a un caso grave que amerita imprescriptibilidad, es decir, en este acto comparativo, debería establecer arbitrariamente cuál sería el límite que separe los delitos graves, de los que no lo son y en consecuencia, cuales persecuciones pueden prescribir y cuáles son imprescriptibles. Imprevisibilidad absoluta con el que no puede sobrevivir un sistema penal. Esta norma modificatoria de la Constitución, que invoca el principio de legalidad, más bien lo ataca, pues no determina con claridad cuáles son las conductas lesivas más graves que acarrearían la imprescriptibilidad de la acción, con lo cual, resulta imposible saber con certeza la consecuencia del delito, antes de ser cometido, que es precisamente la garantía mayor del principio de legalidad.

“La invitación que esta norma constitucional hace al juzgador para evaluar cada caso y juzgarlo como grave o no, nos expone a un proceso penal parcializado, ya que no existe fundamento objetivo que califique qué conducta se puede considerar grave” (Fernández. Sin fecha). Como ha ocurrido con otras normas populistas, esta modificación constitucional en lugar de dar soluciones, crea preocupaciones, dejando al libre albedrío de los juzgadores la calificación de la gravedad del injusto, o simplemente dejando que conductas realmente graves no sean juzgadas como tales, permitiendo así la impunidad de sus autores.

A los casos de imprescriptibilidad consagrados en la legislación nacional, habría que añadir a los aceptados por normativa supranacional, admitida en el derecho interno en virtud del mandato del artículo 55° de la Constitución de 1993, que incorpora a los tratados celebrados por el Estado y en vigor. Así por ejemplo, tenemos los contenidos en la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los

Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” ratificado el Estado peruano mediante Decreto Supremo 082-2003-RE, publicado el 2 de julio del 2003. Como se aprecia, cada vez aumenta el listado de delitos, cuyas acciones persecutorias son imprescriptibles.

Un comentario final sobre el aumento populista de la imprescriptibilidad en nuestro sistema penal, es que este hecho, no hace sino reflejar el deseo colectivo de permitir el juzgamiento de los delitos, repeliendo la existencia misma de la prescripción, que es percibida por la población como un derecho que la sociedad le da al delincuente. Por tanto, volvemos a preguntar con Carrara ¿queremos o no queremos prescripción?

En lo que respecta al plazo de prescripción de la acción penal, éste no es uniforme para todos los casos. Para la persecución de los delitos sancionados con privación de la libertad, es igual al máximo de la pena conminada para el delito, no pudiendo ser mayor de veinte años; para los que merecen cadena perpetua, el plazo prescriptorio es de treinta años;²⁶¹ y para los que son sancionados con una pena distinta, la prescripción de la acción se produce a los dos años.²⁶²

Para el cómputo de estos plazos, si fuese el caso de un concurso real de delitos, habría tantos plazos como delitos realizados, cada uno corriendo

²⁶¹ El artículo 21° del Decreto Ley N° 25475, publicado el 6 de mayo de 1992, introdujo la cadena perpetua en la gama de penas del Código Penal, que apenas tenía un año de vigencia. Como consecuencia, el 29 de setiembre de 1994, el artículo 2° de la Ley N° 26360, fijó un plazo especial para la prescripción de la acción penal en el caso de los delitos sancionados con esta pena.

²⁶² El texto original del Código Penal ordenaba la prescripción en tres años para los delitos sancionados con pena distinta a la privativa de libertad, sin embargo, este plazo se redujo a dos por mandato del artículo 4° de la Ley N° 28117, Ley de Celeridad y eficacia procesal penal, publicada el 10 de diciembre del 2003.

independientemente; si fuese en cambio un concurso ideal, el plazo prescriptorio será único e igual al del delito castigado con la pena más alta.

Sobre el plazo de prescripción, diferente para cada delito, como ocurre en la mayoría de legislaciones, solo se explica entendiendo la prescripción desde la perspectiva del perseguido, pues añade el mayor o menor plazo de prescripción a la consecuencia jurídica del delito. Hay aquí un error en el enfoque.

La diferente magnitud del injusto, no varía la decisión del titular de la acción por actuar, puede dificultar la investigación, pero no su voluntad de emprenderla. Por tanto, no tiene sentido fijar plazos diferentes. El plazo de prescripción debería ser genérico. Además, si el plazo opera como una obligación para que el titular actúe dentro de un tiempo determinado, la conducta criminal del perseguido no tiene por qué influenciar, en el tiempo de persecución. Este es un punto medular en la reflexión del presente trabajo, se trata de evidenciar en cada arista, coherentemente, que la llamada prescripción de la acción penal es una institución para reglamentar la tarea del perseguidor. Diferenciar plazos, como incluso lo hacen genéricamente los códigos de 1863 y 1924, es darle valor decisorio al reo sobre su persecución, cuando el plazo solo debería depender de la definición político criminal de cuánto tiempo quiere esperar el Estado por la definición del encargado de la persecución.

La gravedad de la falta y como consecuencia, la complejidad de su investigación, puede influir en el tiempo necesario para la investigación, pero no en el requerido por el perseguidor para decidir si inicia o no la persecución. En ese

sentido, tomada la decisión y comenzado el proceso de investigación o de juicio, el plazo prescriptorio queda interrumpido o suspendido en beneficio del trabajo fiscal o judicial. De manera que el plazo de prescripción debería ser siempre el mismo, ya que el tiempo necesario para decidir su persecución, no depende de la intensidad del injusto sino de otras circunstancias, como la diligencia del perseguidor o su evaluación sobre la utilidad de la persecución, en atención a principios como el de mínima intervención o necesidad de la sanción.

En este punto, la diferencia de plazos prescriptorios, también se evidencia que el actual diseño de la institución está contaminado con la perspectiva del imputado, ya que funciona con la lógica de que el mayor plazo prescriptorio, es parte de la sanción al criminal, a quien se le dificulta una liberación de responsabilidad por el paso del tiempo. Y no es así. Una vez más, la prescripción de la acción penal es, o debería ser, una institución procesal que opera en atención a la conducta procesal del perseguidor, no del perseguido.

En conclusión, el lapso de tiempo para la prescripción de la acción penal debería ser único.

Pero allí no termina el problema de incoherencia que se evidencia con la diferenciación de plazos. Adicionalmente, los tiempos de prescripción también varían en función a las características subjetivas del perseguido. Así, si se tratase de funcionarios o servidores públicos, en delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica,²⁶³lo

²⁶³ Disposición incorporada al Código el 28 de mayo de 1994 por el Artículo Único de la Ley N° 26314.

mismo ocurre para el caso de los delitos cometidos como integrantes de organizaciones criminales.²⁶⁴ Por otro lado, si el agente tenía menos de veintiuno años o más de sesenta y cinco al momento de la comisión del hecho punible, el plazo para la prescripción se reduce a la mitad.

Este es otro absurdo. El plazo de prescripción no puede depender de las condiciones subjetivas del agente, pues la institución apunta a las obligaciones del perseguidor y no a las características del perseguido. El que el imputado sea miembro de una banda o funcionario público, en nada altera el tiempo que requiere el Ministerio Público para decidir dar inicio a la investigación. El razonamiento es exactamente igual que el que se hizo cuando se evaluó la diferencia de plazos prescriptorios. Y es válido también para el caso de la edad del imputado, cuya edad al cometer el delito, nada tiene que ver con la posterior voluntad de su futuro investigador. Acortar el plazo prescriptorio en estos casos solo se entiende en atención a que la edad es una causal de inimputabilidad absoluta o restringida, con lo cual, se evidencia nuevamente esta errada mirada de la institución desde la óptica del reo. Una nueva prueba del incoherente tratamiento legislativo de la institución y la confusión que hay sobre ella.

Sobre el *dies a quo*, los plazos comienzan a contarse desde el final de la perpetración del hecho punible, que debe considerarse desde el día de su consumación para los delitos instantáneos y desde el día del cese de la actividad para los delitos continuados, permanentes o en grado de tentativa.

²⁶⁴ Disposición aumentada al Código el 20 de agosto del 2013, por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077.

Otro error de concepto. El tiempo de prescripción corre contra el perseguidor no a favor del perseguido. Si la prescripción opera como una sanción al perseguidor por su negligencia o ineficiencia, es imposible imputársela, si no estaba enterado del suceso delictivo.²⁶⁵ El perseguidor particular, adquiere certeza de su derecho y el Ministerio Público, de su obligación de perseguir, cuando tienen noticia del ilícito, antes es imposible. Allí radica esta nueva incongruencia, desde la perspectiva del agresor, es plenamente lógico que el *dies a quo* sea el día de la realización del ilícito, pues desde ese día, él contará el tiempo con la ilusión de lograr la impunidad gracias a la prescripción; pero si lo vemos desde la perspectiva del perseguidor, recién puede exigírsele que ejercite la acción, desde el momento en que se entera del delito.

Por otro lado, en el caso de víctimas menores de edad, no se les puede responsabilizar por no actuar con diligencia para permitir la persecución del delito sufrido, debido precisamente a su inimputabilidad. La acción les sería exigible recién desde su mayoría de edad, tanto para accionar en el caso de las querellas, como para denunciar el hecho punible ante las autoridades correspondientes para el caso de delitos perseguidos por acción pública. Por tanto, cuando la víctima fuese menor de edad, el plazo debería comenzar a correr desde que alcance la mayoría de edad. Esta regla debería mantenerse aún en el caso de delitos perseguibles por acción pública, ya que aunque el Ministerio Público hubiese recibido la *notitia criminis*, es necesario que el agredido tenga capacidad a efectos de reclamar su derecho frente a una eventual inacción fiscal.

²⁶⁵ *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (No puede oponerse la prescripción contra quien por justa causa no le es exigible actuación alguna).

El discurrir del plazo prescriptorio puede interrumpirse o suspenderse. De acuerdo con la doctrina internacional, si se interrumpe, se pierde el tiempo transcurrido y vuelve a contarse desde un inicio, mientras que si se suspende, se detiene el cómputo, pero al reanudarse, se hará desde el momento en que se detuvo, contabilizándose entonces el tiempo anterior.

En cuanto a la interrupción, el modelo peruano contempla tanto la causal subjetiva, introducida por los alemanes del medioevo, y traída a nosotros por los españoles, con fuerza tal que sobrevivió de nuestro modelo antiguo, como la generada por actos de procedimiento. En el primer caso, se interrumpe el plazo de prescripción por la comisión un nuevo delito doloso, quedando muy oscura la aplicación del mandato. De todas formas, puede decirse que el nuevo plazo comenzaría a correr desde el momento de la comisión del nuevo delito doloso, aunque queda claro que si al momento de la perpetración del nuevo ilícito, ya había transcurrido más de la mitad del tiempo para la prescripción ordinaria, carecerá de sentido volver a contar el plazo completo, ya que antes ocurrirá de todas formas el final del plazo de la prescripción extraordinaria, de manera que en ese caso, la realización de un nuevo delito doloso tendrá como consecuencia el aumento del plazo, que seguirá discurriendo, en una mitad.

Hay que volver al concepto central bajo cuya lógica rechazo nuestro modelo de prescripción de la acción penal: En el marco de una institución que reglamenta la acción del perseguidor, ninguna acción del perseguido, incluyendo una eventual inconducta, debería alterar el conteo del tiempo de prescripción. El nuevo ilícito, por más grave que sea, en nada altera el proceso volitivo del perseguidor para

ejercer la acción penal, única consideración relevante para la definición del plazo prescriptorio. Una vez más, solo se justifica que un nuevo delito interrumpa la prescripción, si se considera a la institución como un derecho del imputado. Considerada como un derecho, adquiere sentido que un mal comportamiento del beneficiario, le acarree la pérdida del tiempo transcurrido en procura de la prescripción, pues funcionaría con la lógica de una sanción. Una vez más, estamos frente a otra evidencia de la incoherencia de nuestra institución.

Pero hay más al respecto. La norma peruana no fija quién debe cometer el nuevo ilícito. El dato es relevante pues en el marco de una investigación criminal, no existe certeza de que el imputado sea el autor del primer delito. Así, podrían haber diferentes supuestos: que el imputado sea autor del primer delito y cometa el segundo, que el imputado no sea autor del primer delito, pero cometa el segundo o que el imputado no sea autor del primer delito y que el autor aún no descubierto cometa también el segundo. O inclusive, en el colmo del absurdo, pero posible en una interpretación literal de la norma, el autor del segundo delito podría ser un tercero, ajeno a la relación procesal y al primer hecho punible. Son varias las posibilidades que abre la fórmula legal, con diferentes consecuencias, según se le interprete.

Por otro lado, el supuesto normativo violenta la presunción de inocencia, pues al catalogar al segundo hecho, como un nuevo delito doloso, está presumiendo que el primero también lo fue, lo que en rigor, recién podrá ser determinado al final del proceso, de forma tal que no habría forma de saber si estamos frente a un nuevo delito doloso, pues aún no sabemos si hubo un primer delito doloso. Es pues un

mandato imposible de aplicar. Es más, la única forma de saber que el segundo es un delito doloso, es también a través de un proceso y una sentencia firme que certifique el carácter delictivo y doloso del hecho nuevo. Es pues, por donde se lo mire, una norma inaplicable, por ser sus dos supuestos imposibles. Pero al margen del error de la fórmula legal, lo más relevante es que acorde con el concepto de la institución que aquí se defiende, la posibilidad de que un acto del perseguido, por más grave que sea, altere el discurrir del plazo de la prescripción de la acción penal, es inaceptable.

El otro supuesto para la interrupción en el modelo peruano, es el original, con el que la interrupción nació en Francia, es decir, por actos de procedimiento. Según la norma, las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, interrumpen la prescripción, debiendo contarse íntegramente un nuevo plazo prescriptorio desde el día siguiente de la última diligencia. Hay que hacer la salvedad que entre las actuaciones del Ministerio Público con poder de interrupción, la formalización de la investigación, ha generado debate por las nuevas disposiciones procesales y sus interpretaciones judiciales. Pienso sin embargo, adelantando una idea, que todas las actuaciones procesales interrumpen, inclusive la formalización de la investigación.

El que todavía no esté en plena vigencia el Nuevo Código Procesal Penal en Lima, contribuye a aumentar la confusión en la aplicación de las reglas, pues conviven dos modelos distintos, con las dificultades adicionales que aporta la natural inercia jurisdiccional frente al cambio.

De todas formas, debe entenderse que en los casos de delitos perseguibles por acción pública, el inicio de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, así como cada diligencia realizada, interrumpen la prescripción. Y entre estos actos incluyo la formalización de investigación, porque podría darse el caso de que fuese el primer acto del Fiscal, si es que tras recibir una denuncia o el informe policial, adquiere plena convicción y entiende que no le hace falta ninguna diligencia preliminar para proceder. Esto último, a despecho del mandato procesal que ordena la suspensión de la prescripción tras la formalización de la investigación, lo que en mi interpretación, es una suspensión del plazo extraordinario, no del ordinario, que mayormente, ya se encontraría interrumpido por las diligencias preliminares. Adicionalmente, en las causas vistas en sede limeña que todavía operan bajo el mandato del antiguo Código de Procedimientos Penales, las actuaciones del Juez Instructor también interrumpen la prescripción.

En cuanto a los delitos perseguidos por acción privada, no existiendo participación del Fiscal, son solo los actos del Juez, comenzando por la resolución que abre el proceso, los que tienen carácter interruptor. En un caso y en otro, se entiende que cada acto del procedimiento ejecutado por el Fiscal o por el Juez, tiene capacidad interruptora. No ha optado nuestra legislación por listar los actos con capacidad de interrumpir, simplemente ha señalado quiénes son las personas con capacidad para generarlos. Producido uno de estos actos, se interrumpe el plazo y vuelve a contarse desde el día siguiente de la última diligencia. Al ser imposible saber cuál será la última diligencia, se entiende que cada vez que se produzca un acto interruptor, comience al día siguiente un nuevo conteo, que será interrumpido

por el acto siguiente y así sucesivamente hasta que no haya nuevos actos, en cuyo caso el plazo corra sin impedimentos hasta concluir o que se llegue al final del proceso, ya sea por una sentencia o por una resolución de sobreseimiento. Este sistema es el que plantearon alemanes y españoles hace dos siglos y que criticó Carrara indicando que el justiciable quedaba al arbitrio del Juez, en una persecución que a fuerza de interrumpirse constantemente podía ser eterna. Hoy entre nosotros, también sería el arbitrio del Fiscal. Aquel problema, aquella amenaza de imprescriptibilidad por arbitrio judicial, fue resuelto por la legislación italiana, con una creación que hemos copiado nosotros, la prescripción extraordinaria.

No hay claridad sin embargo en la consecuencia de la interrupción, en tanto no se entiende cuándo funcionaría un nuevo conteo del plazo prescriptorio. Cuando inicia el juicio, habrá un final con sentencia o con resolución de sobreseimiento, produciendo ambos casos cosa juzgada. Y frente a la cosa juzgada no cabe un nuevo proceso, así que no tiene sentido comenzar de nuevo a contar un plazo prescriptorio, porque la acción ya se ejecutó y no podrá volver a ejercerse.

Si por otro lado, la persecución no llega a juicio, debido a que el fiscal archiva la investigación, estamos frente a una cosa decidida. Cuando se inicia la investigación Fiscal y por tanto comienza la persecución penal, las opciones para el final de la persecución son varias: si en algún momento el Fiscal percibe que no hay mérito para formalizar investigación o presentar acusación, emite un dictamen fiscal que archiva la denuncia. Contra ese archivo, el agraviado puede interponer queja. Si no lo hace, el dictamen de archivo queda firme y termina la investigación, si lo hace, el Fiscal Superior puede amparar la queja y ordenar lo que convenga, o puede

confirmar el archivamiento, en cuyo caso termina la investigación. En cualquiera de los dos casos en que quedó firme el dictamen de archivo, estamos frente a una cosa decidida.

Si por el contrario, el Fiscal formaliza investigación, la misma debe terminar en la presentación de la acusación o en el requerimiento de sobreseimiento. Si fuese lo segundo, el Juez puede aceptar o no, si acepta, dicta un auto de sobreseimiento, de lo contrario, eleva al Fiscal Superior, quien si ratifica el requerimiento, obliga al Juez a emitir el auto de sobreseimiento, de lo contrario, ordena la acusación. En cualquiera de los dos casos en que con auto de sobreseimiento no se inicia el juicio, estamos frente a una cosa juzgada. Producida la acusación, comienza el juicio que solo acabará en sentencia absolutoria o condenatoria o con el sobreseimiento definitivo si el Fiscal retira su acusación y el Juez está de acuerdo. En cualquiera de estos casos, estamos frente a una cosa juzgada.

Ahora bien, tanto la cosa decidida como la cosa juzgada, descansan sobre el principio de *ne bis in idem*, razón por la cual, no es posible que el imputado vuelva a ser perseguido por lo mismo, salvo que aparezca prueba nueva, pues en ese caso, la triple identidad se habría roto, ya que siendo el mismo sujeto y el mismo hecho, no habría identidad de fundamento. Pero salvo ello, no se encuentra forma en la que se justifique el nuevo conteo del plazo al final de la última diligencia, pues como se aprecia, esta última diligencia debería concluir en una resolución que impida un nuevo proceso. Y si está impedido un nuevo proceso, carece de sentido atender un nuevo plazo prescriptorio, salvo el caso de la prueba nueva.

Ahora bien, retomando la descripción, en nuestro modelo los actos procesales interrumpen permanentemente la prescripción, con lo que, como habíamos apuntado, existiría la posibilidad de una persecución eterna. Terminando el siglo XIX los italianos y los suizos incorporaron a sus nacientes códigos penales lo que ha dado en llamarse prescripción extraordinaria de la acción penal, que fue trasladada al Perú en 1924 y continúa vigente. Según esta novedad italiana, en modelo peruano, la prescripción ocurrirá de todas formas, a pesar de la interrupción, si el tiempo transcurrido desde la comisión del injusto ha sido igual al plazo de prescripción ordinaria más su mitad. Obviamente, de ser alcanzada esta prescripción, ocurriría durante el proceso, pues la misma solo opera en caso de interrupción, producida por actos de procedimiento. No es el caso de la interrupción por nuevo delito, pues en ese caso, el perseguido ya se encuentra sometido al proceso o se trata de un reo contumaz, situación en la cual, desde la resolución judicial que así lo declara, el conteo del plazo prescriptorio está suspendido, en aplicación de la Ley N° 26641.²⁶⁶

Siendo entonces que la prescripción extraordinaria es alcanzada durante el juicio, se ha convertido en la estrategia más recurrida por los abogados defensores peruanos, para ganar sus casos cuando las penas son cortas, pues es relativamente sencillo lograr que los juicios se prolonguen hasta llegar al plazo prescriptorio extraordinario. El Nuevo Código Procesal Penal, que además, no es aplicado en su

²⁶⁶ Ley N° 26641:

Artículo 1°.- Interpretese por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho.

El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción...

totalidad en Lima, no ha cumplido su promesa de acortar tiempos y entonces, la estrategia sigue siendo atractiva. Se usa con el Código antiguo, se usa con el Código nuevo y se usa sobre todo en las querellas, en que el inicio del proceso interrumpe el plazo ordinario y como inmediata consecuencia, habilita el extraordinario. Los abogados tienen muchas formas de dilatar el proceso para llegar al tiempo de prescripción y de hecho lo hacen, es una práctica habitual, una de las primeras lecciones que aprendí siendo litigante.

Las consecuencias de la práctica anteriormente descrita pueden ser perversas. Vivimos en una sociedad donde una serie de desvalores son promovidos por los medios de comunicación y los personajes más conocidos. Fue famoso el caso de una conductora de televisión que labró su fama y su fortuna, sobre la recurrente práctica de la difamación, estilo muy celebrado por su público, en un contexto donde la intimidad y la vida personal han caído frente al irrefrenable deseo del público por saberlo todo de todos y disfrutar de la pública exhibición de miserias ajenas.

Muchas de las víctimas televisivas y a la vez víctimas del delito de difamación presentaron querellas contra la conductora y fue permanente la estrategia de su abogado defensor, de recurrir a prolongar los procesos, con recursos claramente dilatorios, con el fin normalmente logrado de llegar a la prescripción. Como consecuencia de estos éxitos judiciales, la imputada siempre se jactó públicamente de su victoria, calando en la gente la idea de que su inconducta no era tal y que estaba bien hurgar en la intimidad ajena. Frente a este suceso real la

finalidad preventiva del derecho penal fracasó. El ideal de la prevención general fue liquidado por la prescripción extraordinaria.

En concreto, la prescripción extraordinaria ha pervertido el proceso penal, haciendo irrelevante el fondo de los litigios en favor de las formas. En delitos sancionados con penas menores, en donde por tanto los plazos prescriptorios son pequeños, ya interesa poco la responsabilidad o no del imputado, sino la posibilidad o no de llegar a la prescripción, cosa nada difícil de lograr.

Terminando de perfilar el diseño legal de la prescripción de la acción penal peruana, existe la suspensión del cómputo del plazo. Originalmente cumplía los objetivos admitidos pacíficamente por la dogmática mundial. Se produce cuando el inicio o la continuación del proceso penal, depende de una resolución que deba darse en otro proceso, en cuya virtud, el conteo del tiempo para la prescripción se detiene hasta que se concluya el proceso que deba decidir el tema pendiente, momento en el cual, se reanuda la cuenta desde el momento en que fue suspendida. Aquellas eran las causas tradicionales, presentes en la legislación comparada, pero hoy en el Perú, hay diferentes causales que pueden decretar la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal.

Una de las primeras adiciones al supuesto tradicional de suspensión se produjo mediante la Ley de contumacia ya comentada, sancionada el 18 de junio de 1996. En virtud de ella, también es causal de suspensión la contumacia, que es cuando el imputado se niega a comparecer en el proceso. Para este supuesto, el Juez debe declarar la contumacia y con ella la suspensión del plazo de prescripción. Este

caso, largamente discutido e inaplicado inauguró en sede nacional la utilización de la suspensión para afrontar situaciones distintas a la clásica necesidad de un pronunciamiento extra penal.

El año 2007 aportó dos nuevos supuestos para la suspensión de la cuenta del tiempo para la prescripción penal en el país, aunque esta vez sí, acordes ambos con la tradición de la figura, esperando una resolución ajena al proceso para poder continuarlo. La primera para el caso de los Congresistas que gozan de inmunidad de proceso, en tanto se mantenga esa prerrogativa. El tema quedó incorporado por el Tribunal Constitucional, con la Sentencia sobre el Expediente N° 0026-2006-PI-TC, publicada el 18 de marzo del 2007. En ese caso claramente se requiere de una resolución extra penal para continuar con el proceso.

La segunda, llegó el 16 de noviembre de ese año con el Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116. Cuando se niega el recurso de nulidad de resolución que pone fin a la instancia en procesos sumarios, la ley procesal habilita un recurso excepcional de queja. El Acuerdo indica que la interposición de este recurso excepcional debe suspender el plazo de prescripción de la acción penal, ya que para continuar con el proceso, se requiere de un pronunciamiento sobre materia distinta, cual es el derecho negado a la tutela jurisdiccional efectiva.

Pero cuando el Derecho patrio volvió a apartarse de la línea clásica en esta materia, fue cuando en un giro político criminal, decidió seguir a Chile en declarar que la formalización de la investigación preparatoria, suspende la prescripción de la acción penal. Como ya se ha visto en el análisis sobre la suspensión en el capítulo

anterior, la norma contenida en el artículo 339.1° del Nuevo Código Procesal Penal y completada por los Acuerdos Plenarios N° 01-2010/CJ-116 y N° 03-2012/CJ-116, generó un enorme debate en el colectivo jurídico nacional y jurisprudencia contradictoria, intentando el último Acuerdo Plenario citado cerrar la disputa con el último rasgo de la figura en el Perú, que es que la suspensión solo puede darse durante un tiempo, que es igual al fijado para la prescripción extraordinaria.

El debate parecería zanjarse con la idea de que la suspensión ordenada es sobre la prescripción extraordinaria, pues al producirse el supuesto, ya deben haber ocurrido otras diligencias fiscales que habrían interrumpido el plazo ordinario, siendo imposible suspender un plazo que no está corriendo. Y si fuese el caso de que aquella formalización fuese el primer acto del Fiscal, al mismo tiempo interrumpiría la prescripción ordinaria y suspendería la extraordinaria.

Es la falta de claridad sobre la institución la que ha llevado a nuestra legislación a incurrir en tan claras contradicciones y auto correcciones normativas, por más que los máximos operadores de nuestro derecho se hayan esforzado en tratar de justificarlo. Se tomó el modelo clásico y sin mediar transición, se pretendió usar una fórmula distinta, tal como ocurrió hace casi un siglo cuando se importó el modelo total de la prescripción italiana, abandonando la española sin pasar por la transición francesa y sin explicación alguna.

En general, en el Perú no es unánime la posición frente a la prescripción de la acción penal, existiendo las más dispares interpretaciones, pero en este extremo en particular, el de la suspensión, el enfrentamiento de posiciones no ha terminado y ha

contribuido fuertemente con el ambiente de confusión general que se tiene sobre la institución, que ha sufrido profundamente en su propia esencia y racionalidad jurídica.

Sin embargo, analizando la globalidad del problema y de la institución, la suspensión parece ser la mejor respuesta para hallar una solución definitiva, que perfile correctamente la institución, le de coherencia tanto interna como con el resto del sistema penal y termine con las malas prácticas forenses que la prescripción extraordinaria ha promovido, como se acaba de revisar en este apartado.

Otra característica de la prescripción de la acción penal peruana es que es personalísima, en el sentido que el plazo corre, se interrumpe o se suspende de manera separada para cada uno de los partícipes del hecho punible. Una vez más, estamos ante una regla perfilada en atención al perseguido. La disposición podría ser atendible, en el supuesto de que el perseguidor tomase cuenta en momentos diferentes sobre la participación de los diferentes imputados o que los mismos tengan alguna circunstancia especial que imposibilita la persecución, como por ejemplo la inmunidad de proceso con la que está premunido un Parlamentario. Aun así, siendo que la institución debe atender al perseguidor, el que uno reúna condiciones especiales no debería servir para generar diferentes cómputos, sino igualar a todos con el que imposibilita la contabilidad, ya que el plazo, debe estar en función del perseguidor, quien viendo dificultada su tarea para con uno, debiera poder esperar la oportunidad correcta para emprenderla contra todos.

Por último, el imputado en el Perú tiene derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal.

Este último rasgo termina de demostrar la perspectiva confundida que tenemos de la institución. Sólo se renuncia a un derecho, de manera tal que si se acepta que el imputado renuncie a la prescripción, es porque se le considera su derecho y no una sanción al persecuidor por su ineficiencia o simplemente la sustracción de su facultad por no haberla usado. En ninguno de esos supuestos debiera tener cabida el imputado. Con respecto al alegado derecho que tendría a su buen nombre, un acusado cuyo proceso termina por prescripción de la acción penal, siempre tendrá el derecho habilitado para denunciar a sus acusadores por difamación calumniosa, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 132° del Código Penal y llegar en ese procedimiento hasta su reivindicación exigiendo la *exceptio veritatis*, según el inciso 4° del artículo 134° del código. Por tanto, no es válido el argumento para hacer renunciante la prescripción, que debería ser irrenunciable y así cumplir con obligar al persecuidor a actuar con celeridad y poner fin a las causas cuando corresponde y no al arbitrio del perseguido.

Hasta aquí la descripción de lo que es la prescripción de la acción penal en el Perú, donde una de las principales consecuencias, es la permanente búsqueda de la prescripción extraordinaria, evitando discutir el fondo de las imputaciones. No es un buen modelo, no solo no cumple los principales objetivos, que debieran ser ayudar a la celeridad procesal y controlar la carga procesal dejando de lado aquellos casos carentes de interés para el ofendido o para el Ministerio Público, sino que además, daña la lógica sistémica y la coherencia interna que debiera tener la institución.

En resumen, aunque existen algunos delitos cuya persecución es imprescriptible y precisando que el imputado tiene derecho a renunciar a ella, en el Perú está consagrada legalmente la prescripción de la acción penal, como una forma de extinción de la misma, la cual procede, como regla general, cuando desde el día de la ejecución del ilícito, transcurre un tiempo igual al máximo de la pena conminada en la norma para la sanción del delito, siempre que no pase los veinte años, o a los dos años si se trata de un delito sancionado con pena diferente, o a los treinta si se trata de un delito penado con cadena perpetua. El plazo de prescripción sin embargo, puede variar por razones subjetivas, doblándose cuando el perseguido es funcionario público y el bien jurídico protegido era el patrimonio del Estado o actuó como integrante de una banda y reduciéndose a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún años o más de sesenta y cinco al momento de producirse el hecho punible. La prescripción se suspende si el comienzo o continuación del proceso depende de alguna cuestión previa o prejudicial, hasta que ésta se defina; cuando el fiscal formaliza la investigación, hasta por un máximo igual al plazo de prescripción extraordinaria; cuando se declara contumacia hasta que el reo se ponga a derecho; cuando se goza de inmunidad hasta que termine dicha prerrogativa; y cuando se admite la queja contra la negación de la apelación en un proceso sumario, hasta que se resuelva el recurso. Terminada la suspensión el plazo continúa computándose desde el momento en que se suspendió. Por último, la prescripción se interrumpe, dejando sin efecto el tiempo transcurrido, por la comisión de un nuevo delito doloso, volviéndose a contar el plazo completo desde ese momento y por los actos procesales del Ministerio Público o las autoridades judiciales,

comenzando a correr un nuevo plazo a partir del día siguiente de la última diligencia.

Adicionalmente, existe en el Perú una prescripción extraordinaria de la acción penal, la cual se diferencia de la ordinaria por el plazo, ya que es mayor en una mitad y porque no le afecta la interrupción, aunque sí la suspensión.

4.2 TOMA DE POSICIÓN Y PROPUESTA NORMATIVA

Establecidas todas las críticas, analizados todos los problemas, repasada la historia de legislativa de la institución, así como la legislación comparada y la doctrina jurídica, es menester exponer el modelo de prescripción que considero adecuado a la dogmática penal y la política criminal que debiera seguir el Estado peruano.

La tarea no es ahora complicada, pues consistirá fundamentalmente en ordenar las conclusiones parciales a las que se ha ido arribando a lo largo del trabajo.

Para comenzar, creo que se debe volver al inicio de la historia. La acción penal no puede prescribir, toda vez que es un derecho que no podemos arrebatar a la víctima de un delito y que en rigor, aunque se haya vencido el plazo, puede ejercer en tanto no se descubra, alegue y sancione mediante resolución, la realización de la prescripción. Ya hemos desarrollado el punto, en el sentido de que la prescripción es una institución que no puede aplicarse a la acción procesal, por cuanto esta se

ejerce en la acusación ante el juez, no ante el fiscal, de manera que la teoría de la interrupción por diligencias fiscales sería inaplicable. Ya se ha presentado opiniones al respecto de los profesores San Martín y Priori, éste último indicando que lo que prescribe es la pretensión, no de sancionar sino de que el Estado persiga. Por eso producida la acusación ante fiscal, se acabaría el conteo del plazo prescriptorio, pues esta acusación evitaría llegar al *dies ad quem*. El mismo efecto tendría la actuación de oficio del Fiscal.

Sin embargo, no siendo suficiente la sola denuncia, ni inclusive las diligencias preliminares para adquirir certeza respecto de las intenciones de ejercer la acción penal por parte del representante del Ministerio Público, en tanto su titular, es la formalización de la investigación la que evidencia la voluntad de perseguir el delito o en su defecto, la decisión del Fiscal de formular directamente acusación, sin el trámite previo de la investigación formal, por considerar que tiene suficientes elementos para llevar al imputado a juicio.

Siguiendo el hilo anterior, si entendemos que la víctima tiene el derecho de presentarse ante el Estado en demanda de justicia, entonces, lo que en rigor le corresponde, es un derecho a acusar. El mismo derecho, lo tiene un tercero, en tanto ciudadano interesado en preservar el ordenamiento jurídico y contribuir en la lucha contra el crimen. Por otro lado, habiendo entregado constitucionalmente al Ministerio Público la tarea de perseguir el delito, lo hemos dotado de una facultad, para que en representación de la sociedad, pueda llevar a tribunales al delincuente para ser juzgado, es decir, le corresponde la facultad de acusar, que siendo una obligación funcional se ejerce en representación de un derecho de la sociedad.

Siendo así, y tratándose como hemos visto, de una prescripción extintiva de derechos, lo que prescribe es el derecho de acusar. Esta acusación, es un derecho del ciudadano que se debe materializar ante el Juez para el caso de los delitos perseguidos por acción privada y ante el Ministerio Público en el caso de los delitos perseguibles por acción pública. Sin embargo, no todo derecho a acusar debe prescribir. Hay que recordar que esta prescripción surge para evitar esperas eternas del Estado y por tanto, las acusaciones relevantes, son aquellas con potencial para poner en movimiento el aparato judicial. Por eso su naturaleza jurídica es procesal y debe funcionar como un requisito de procedibilidad para formalizar investigación preparatoria, admitir la acusación o abrir proceso por querrela. En cuanto a su fundamento, no es otro que la consecuencia de la inacción del titular del derecho, frente a un Estado que cumplió con esperar su acción dentro del tiempo ofrecido. Por ello funciona también como una herramienta para la descongestión procesal del sistema. En concreto, este derecho a acusar y con ello promover la actividad judicial, hay que identificarlo, según nuestro modelo procesal, con el derecho del agraviado a presentar querrela y por otro lado, con las facultades del Ministerio Público de formalizar investigación y de formular acusación.

El plazo de prescripción debería ser el mismo para todos los delitos. En la línea de acortar plazos, pienso que cinco años es un tiempo razonable para que la víctima o algún tercero tomen la decisión de presentar la acusación y la lleven a cabo. Se trata además de un plazo que pertenece a la historia jurídica peruana, pues fue el máximo que fijaba el código de 1863 para el derecho de acusar en delitos que no merecieran la pena de muerte, hoy en la práctica desaparecida.

Este plazo debe comenzar a correr desde que el titular del derecho tiene conocimiento de la realización del injusto, estableciéndose una presunción *iuris tantum*, en el sentido que se presume dicho conocimiento desde el día de la comisión del delito. De esta forma, no trabamos la fluidez del conteo, admitimos la posibilidad de comenzar el plazo con posterioridad al hecho punible, si quien alega haberse enterado después, puede probarlo y legislamos guardando coherencia con la lógica de la institución. Como excepción, habría que establecer que el plazo de prescripción comienza a correr, en el caso de las víctimas menores de edad, desde el día siguiente en que alcanzan la mayoría de edad. Todas las razones, han sido expuestas en el acápite anterior.

Producida la acusación, concretada en cualquiera de las tres formas establecidas, debería morir definitivamente la prescripción, pues iniciado el procedimiento Fiscal o judicial, se llegará a una cosa decidida o cosa juzgada, con lo que volver a la persecución, sería imposible en virtud del *ne bis in idem* procesal. Sin embargo, ante la aparición de una prueba nueva, cae la triple identidad que sustenta el principio que impide el nuevo proceso, ya que esta supone un fundamento diferente, aunque se trate del mismo hecho y del mismo sujeto. Siendo esto así y ante la posibilidad de una nueva persecución una vez terminada la anterior, es que debemos considerar la vida ulterior del plazo prescriptorio. La primera respuesta histórica fue la interrupción y allí comenzó la dinámica pendular legislativa que todavía no ha terminado, de manera la suspensión parece ser la alternativa más razonable. Por lo expuesto, en mi modelo presentada la acusación, se suspende el conteo de la prescripción. De esa manera, el querellante, el Fiscal y

el Juez, podrán actuar sin la amenaza de una sanción durante el proceso. Además, terminado el proceso, el plazo para la prescripción deberá seguir contándose desde donde se detuvo, pues no habría razón alguna para iniciar todo un plazo nuevamente, pues el transcurso del tiempo para concretar el derecho a acusar es uno solo. El conteo deberá reanudarse inmediatamente después de la última diligencia, del dictamen fiscal de sobreseimiento, del auto de sobreseimiento, o de la sentencia.

También habrá suspensión del cómputo del plazo cuando se produzca la necesidad de un pronunciamiento pre judicial o una cuestión previa, reanudándose el conteo al producirse el pronunciamiento previo, incluyendo en este supuesto la inmunidad de proceso de autoridades políticas y cuando haya contumacia, declarada antes el inicio del proceso, reanudándose el conteo cuando el contumaz se ponga a derecho. Esta es la parte en la que mejor funciona el actual modelo, por lo que habría que mantenerla. Y ciertamente, impidiendo reescribir los mismos capítulos históricos que he criticado en todo el trabajo, no habría ningún plazo para la suspensión de la prescripción.

Habiéndose optado por la suspensión, por las razones expuestas, no habría interrupción y al no haber interrupción, carece de sentido la prescripción extraordinaria.

Obviamente, velando por la coherencia de la institución, que pasa por hacerla una herramienta que regente los tiempos del ofendido para acusar, ninguna actuación del perseguido tendría relevancia alguna en ella. En ese sentido, como ya he detallado, los plazos de prescripción no serían diferenciados por la gravedad del

injusto, pero además, no habría ninguna consecuencia por nuevo delito, ni habría modificación de plazo en virtud de la edad del agente ni por ninguna condición subjetiva ni por la gravedad del injusto.

En cuanto al orden sistémico, habría que ayudar a zanjar la discusión sobre la naturaleza jurídica de la institución y por tanto debería desaparecer del Código Penal, donde solo debería legislarse sobre la Prescripción de la pena, que sí es una institución material, debiendo legislarse sobre la prescripción del derecho a acusar en el Código Procesal Penal. Adicionalmente, habría que separar la institución de la acción penal, eliminando toda referencia a su extinción pues esa ya no sería su consecuencia.

Un problema que quedaría expuesto con la institución así perfilada, es el de la necesidad de asegurar el derecho de los imputados a ser juzgados o perseguidos dentro de un plazo razonable. Y generaría además rechazo entre los autores modernos que ven la prescripción como la realizadora de este derecho fundamental. Pero como se ha sostenido desde el principio, el plazo razonable, tanto en sede fiscal como judicial, necesita su propia legislación, en lugar de apoyarse en otras instituciones. Hoy el Nuevo Código Procesal Penal, norma los plazos en los que debe llevarse a cabo una investigación fiscal, así como la audiencia de control de plazos, que sirve precisamente para que la persecución se produzca dentro de un plazo razonable. Falta alguna norma así para asegurar el juzgamiento dentro de un plazo razonable. La modificación legal de la prescripción, debe estar acompañada de la legislación sobre el plazo razonable de juzgamiento, que en función a la multiplicidad de características de cada proceso, sería difícil definir en términos

genéricos y por tanto, debiera poder ser fijado para cada caso por el Juez, dentro del auto que abre la causa, teniendo en cuenta la complejidad del litigio, la cantidad de implicados, la carga procesal y demás consideraciones.²⁶⁷ El plazo razonable de juzgamiento, debería estar normado dentro del código adjetivo y premunido de un sistema de control que asegure su cumplimiento, impidiendo las prácticas dilatorias y declarando la suspensión del plazo ante cualquier recurso presentado por la defensa, con lo que se evita las dilaciones por responsabilidad del imputado. El plazo razonable, debe legislarse en función al justiciable, porque a diferencia de la prescripción, está diseñado en observancia de sus derechos.

En resumen, la prescripción que planteo es la prescripción del derecho a acusar, el cual se ejerce en el caso de delitos perseguidos por acción privada con la presentación de la querrela y en el de los perseguidos por acción pública con la presentación de la denuncia ante el Ministerio Público, pero que adquiere relevancia para efectos prescriptivos, recién con la actividad del Fiscal orientada contra el imputado, identificada en la formalización de la investigación o en la formulación de la acusación. Producido alguno de estos tres supuestos, se suspende el plazo de prescripción hasta el final del proceso. No hay interrupción, ni prescripción extraordinaria, ni plazo máximo de suspensión. El plazo de prescripción es de cinco años que comienza a contarse desde que se tuvo conocimiento del delito, presumiéndose que es desde su comisión o desde que la víctima cumple la mayoría

²⁶⁷ “...la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte Europea, han fijado las pautas básicas para que el juez pueda determinarlo en un caso concreto, entre las que se encuentran: la complejidad del litigio, la conducta de los demandantes y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso” (Maljar 2006: 300).

de edad. La prescripción opera para todos los partícipes pues lo que prescribirá es el derecho a acusar de la víctima, siendo irrelevante la conducta del perseguido.

El principal logro de la figura así perfilada, será la devolución de su lógica dogmática y en materia práctica, el fin de la perniciosa prescripción extraordinaria y la mala práctica forense de prolongar el juicio generando impunidad.

Una propuesta de este tipo requeriría algunas modificaciones normativas, al menos en el código penal, como en el procesal. Me permito presentar a continuación una propuesta de proyecto de ley para hacer las modificaciones necesarias para implementar el modelo de prescripción penal que pretendo:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA CREAR EL MARCO JURÍDICO DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A ACUSAR

Artículo 1.- *Modificación del Código Penal.*

Modifícanse los artículos 78, 86, 87 y 88 del Código Penal, en los términos siguientes:

“Artículo 78°.- La acción penal se extingue:

- 1. Por muerte del imputado, amnistía y el derecho de gracia.*
- 2. Por autoridad de cosa juzgada.*
- 3. En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue, además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción.*

Plazo de prescripción de la pena

Artículo 86°.- El plazo de prescripción de la pena es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos, las penas prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.

En caso de concurso ideal de delitos, las penas prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua, se extingue la pena a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la pena prescribe a los dos años.

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme.

Interrupción del plazo de prescripción de la pena

Artículo 87°.- Se interrumpe el plazo de prescripción de la pena, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, por el comienzo de ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso.

Una vez interrumpida la prescripción, comenzará a correr de nuevo, si hay lugar a ello, como si antes no se hubiese iniciado.

En los casos de revocación de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación.

Sin embargo, la pena prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Individualización de la prescripción

Artículo 88°.- La prescripción de la pena corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible.”

Artículo 2.- *Derogación de artículos del Código Penal.*

Derógase los artículos 80, 81, 82, 83, 84 y 91 del Código Penal.

Artículo 3.- *Modificación del Nuevo Código Procesal Penal.*

Modifícanse el inciso e) del artículo 6, el inciso 3 del artículo 334, el inciso 1 del artículo 336, el inciso 1 del artículo 339, el inciso 9 del artículo 450, el inciso 3 del artículo 460, los incisos 2 y 3 del artículo 483 y el inciso 2 del artículo 517 del Nuevo Código Procesal Penal, en los términos siguientes:

“Artículo 6° Excepciones.-

1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:

e) Prescripción, cuando por el vencimiento de los plazos señalados por este código, se hayan extinguido la facultad de formular acusación del Ministerio Público o el derecho de formular querrela del ofendido o el derecho de ejecución de la pena.

Artículo 334° Calificación.-

3. En caso que el hecho fuese delictuoso y la facultad de formular acusación del Ministerio Público no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la Policía para tal fin.

Artículo 336° Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria.-

1. Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la facultad de formular acusación del Ministerio Público no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

Artículo 339° Efectos de la formalización de la investigación.-

1. La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la facultad de formular acusación del Ministerio Público.

Artículo 450°.- Reglas específicas para la incoación del proceso penal.-

9. El plazo que se refiere al artículo 99° de la Constitución no interrumpe ni suspende la prescripción de la facultad de formular acusación del Ministerio Público.

Artículo 460° Control de Admisibilidad.-

3. El Juez, por auto especialmente motivado, podrá rechazar de plano la querrela cuando sea manifiesto que el hecho no constituye delito, o el derecho de formular querrela del ofendido esté evidentemente prescrito, o verse sobre hechos punibles de acción pública.

Artículo 483° Iniciación.-

2. En este último supuesto, si el Juez considera que el hecho constituye falta y el derecho de formular querrela del ofendido no ha prescrito, siempre que estime indispensable una indagación previa al enjuiciamiento, remitirá la denuncia y sus recaudos a la Policía para que realice las investigaciones correspondientes.

3. Recibido el Informe Policial, el Juez dictará el auto de citación a juicio siempre que los hechos constituyan falta, el derecho de formular querrela del ofendido no haya prescrito y existan fundamentos razonables de su perpetración y de la vinculación del imputado en su comisión. En caso contrario dictará auto archivando las actuaciones. Contra esta resolución procede recurso de apelación ante el Juez Penal.

Artículo 517° Rechazo de la extradición.-

2. La extradición no tendrá lugar, igualmente:

c) Si hubiera transcurrido el término de la prescripción de la facultad de formular acusación del Ministerio Público o de la pena, conforme a la Ley nacional o del Estado requirente, siempre que no sobrepase el término de la legislación peruana;”

Artículo 4.- Incorporación de los artículos 349-A y 460-A al Nuevo Código Procesal Penal.

Incorpóranse los artículos 349-A y 460-A al Nuevo Código Procesal Penal, en los términos siguientes:

“349-A°.- Prescripción de la facultad de acusar.

1. La facultad de formular acusación del Ministerio Público prescribe a los cinco años desde que se tuvo conocimiento del delito. Para este efecto, se presume que se tuvo conocimiento del delito desde su comisión. La presunción admite prueba en contrario. En el caso que la víctima fuese menor de edad en el momento de la comisión del delito, el plazo de prescripción comienza desde el día en que adquiere la mayoría de edad.

2. Para el inicio del conteo del plazo, la actividad delictiva debe haber cesado, entendiéndose dicha cesación de la siguiente manera:

a) Para la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa;

b) Para el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó;

c) Para el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y

d) Para el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

3. Se suspende el plazo de prescripción en los siguientes casos:

a) Cuando el comienzo de la investigación fiscal o del proceso penal, dependen de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, hasta que aquel quede concluido. Se incluye en este supuesto los casos

normados en la Sección II del Libro Quinto de este código, para quienes la suspensión se mantendrá hasta por cinco años después de culminada su función, si no se obtuvo la resolución para iniciar el proceso antes.

b) Cuando se formaliza investigación, de acuerdo al artículo 339.1° hasta el auto de sobreseimiento o la sentencia.

c) Cuando se formula directamente acusación de acuerdo al artículo 336.4°, hasta el auto de sobreseimiento o la sentencia.

d) Cuando se declare la contumacia, hasta que el imputado deje esa condición.

460-A°.- Prescripción del derecho a formular querrela.

1. El derecho a formular querrela del ofendido prescribe a los cinco años desde que tuvo conocimiento del delito. Para este efecto, se presume que tuvo conocimiento del delito desde su comisión. La presunción admite prueba en contrario. En el caso que el ofendido fuese menor de edad en el momento de la comisión del delito, el plazo de prescripción comienza desde el día en que adquiere la mayoría de edad.

2. Para el inicio del conteo del plazo, la actividad delictiva debe haber cesado, entendiéndose dicha cesación de la siguiente manera:

a) Para la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa;

b) Para el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó;

c) *Para el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y*

d) *Para el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.*

3. *Se suspende el plazo de prescripción en los siguientes casos:*

a) *Cuando el comienzo del proceso penal, depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, hasta que aquel quede concluido. Se incluye en este supuesto los casos normados en la Sección II del Libro Quinto de este código, para quienes la suspensión se mantendrá hasta por cinco años después de culminada su función, si no se obtuvo la resolución para iniciar el proceso antes.*

b) *Cuando el ofendido o su representante legal presenta querrela, hasta la finalización del proceso.*

c) *Cuando se declare la contumacia del querrellado, hasta cese esa condición.*

d) *Cuando el ofendido incurriese en alguna causal de incapacidad, hasta que cesa esa condición o le sea nombrado un curador.”*

Artículo 5.- *Incorporación del inciso 6) al artículo 355° del Nuevo Código Procesal Penal.*

Agréguese el inciso 6) al artículo 355° del Nuevo Código Procesal Penal, en los términos siguientes:

“Artículo 355°.- Auto de citación a juicio.

6) El auto deberá contener el tiempo que el Juez fije para la culminación del proceso judicial. Vencido ese tiempo, las partes podrán solicitar la finalización del proceso. Para estos efectos el Juez citará al Fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución que corresponda. Contra ella se presenta apelación.”

Con una ley de este tipo, tendríamos una prescripción del derecho de acusar, diferenciada, para los casos de delitos perseguidos por acción pública y por acción privada. Claramente definida como una institución procesal y sin que atropelle los derechos del querellante ni las facultades del Ministerio Público de alcanzar una sentencia, cuando se actuó con diligencia, demostrando su voluntad de actuar dentro del plazo. Por ello la actividad fiscal cierta debe suspender el cómputo del plazo de prescripción hasta el final del procedimiento, sin interrupción que castigue innecesariamente al perseguido ante la posibilidad de un nuevo proceso, ni prescripción extraordinaria que castigue innecesariamente al perseguidor terminando el proceso cuando no hay razón para dicha sanción. Pero al mismo tiempo, legislando sobre el plazo razonable, para que si se produce una demora injustificada

del juzgador, el juicio llegue a su fin, tal como hoy ocurre en la norma respecto de la investigación fiscal. Cada tema en su lugar.

Desde mi óptica, siendo el Ministerio Público el encargado de perseguir el delito, su primera actuación clara en esa línea debería servir para interrumpir la prescripción, con lo cual, es correcta la decisión de que el inicio formal de la investigación sea el límite para computar el plazo de la prescripción. En el modelo aquí presentado, iniciada la investigación fiscal, tendría que operar el nuevo recurso propuesto para controlar el plazo razonable de persecución estatal.

El perfil de esta prescripción extintiva, calzaría perfectamente dentro de lo que reclamo debe ser una institución pensada en función al titular de la acción penal y no del imputado, de manera que las acciones del último, nada tendrían que ver con la magnitud del plazo, ni con su cómputo.

4.3 PROPUESTAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

La pretensión de este trabajo es doble, por un lado recuperar la lógica la institución y dotarla de coherencia sistémica, lo que a mi entender se logra con la propuesta de solución desarrollada en el apartado anterior. La otra aspiración, desde la política criminal, es evitar que los procesos sigan siendo dilatados por abogados

defensores con el ánimo de buscar y lograr la prescripción, práctica que genera impunidad.²⁶⁸

Por esa razón, a la propuesta que he presentado en el apartado anterior, sumo en éste seis alternativas de solución al problema político criminal descrito.

Las primeras tres no solucionan el problema, pero podrían aliviar los efectos de los males aquí señalados. Las tres siguientes aspiran a ser solución, aunque sólo las dos últimas lograrían a la par de resolver el conflicto social, zanjar el tema dogmático respetando la naturaleza y fundamentos de la prescripción penal, tal como las hemos considerado en este trabajo.

4.3.1. DESPENALIZACIÓN DE DELITOS SANCIONADOS CON PENAS MENORES

Frente a la comprobación objetiva de que debido a la prescripción de la acción penal, existe impunidad para los aquí llamados delitos menores, una alternativa simple y permanentemente sugerida, sería despenalizar estas figuras delictivas, castigadas con penas diferentes a la de privación de la libertad o con penas privativas de libertad de un máximo de tres años, dejando el control social de estas conductas a instancias extra penales.

De esta forma ya no habría impunidad por prescripción (pues en delitos mayores alcanzar los plazos es difícil). Y quienes propugnan la invencibilidad e

²⁶⁸ “...se abren inmensas grietas de impunidad, al constituirse la prescripción en un mecanismo idóneo para que confesos culpables puedan fácilmente sustraerse a la justicia penal” (Peña Cabrera 2004^a: 452).

imprescriptibilidad del derecho a castigar, podrían trasladar su aspiración a otra instancia, por ejemplo civil o administrativa, aunque en ella las sanciones sean más benévolas. Por otro lado, los que defienden la prescripción de la acción penal, como una forma de proteger al individuo del descomunal peso del Estado, verían en esto una fórmula alternativa para dicha protección, al impedir para estos delitos menores que el Estado recurra al Derecho Penal. Así, las Instituciones actuales (derecho penal, prescripción, interrupción, prescripción extraordinaria), quedarían para el tratamiento de otros delitos castigados con penas mayores, en donde precisamente debido al mayor tiempo necesario para alcanzar la prescripción, es más difícil que se presente la estrategia de alargar el proceso para obtenerla.

Desde una perspectiva político criminal, se atendería fines de prevención general, pues ya no se percibirían las conductas antisociales despenalizadas como válidas, ya que se permitiría alguna forma de sanción civil. Pero sobre todo, nos liberaríamos del triste espectáculo de un Poder Judicial convalidando dichas conductas.

Tiene el desencanto de ser una huida del Derecho Penal, una aceptación de no haber sido capaces de resolver el problema al interior.

4.3.2. ELIMINACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA

Obviamente eliminada la interrupción de la prescripción de la acción penal, ya no tendría razón de ser la prescripción extraordinaria, que también caería.

En la práctica, con el actual estado de cosas, ni la prescripción ordinaria ni la interrupción son importantes, pues a la larga ninguna de las dos cumple sus funciones (salvo que un delito nunca sea perseguido). La prescripción muere en manos de la interrupción y ésta, en las de la prescripción extraordinaria, con lo que en realidad, ésta última funciona como la verdadera prescripción y lo que hemos logrado, es simplemente ampliar legalmente el plazo prescriptorio.

La nueva interpretación de la suspensión incorporada a partir del Nuevo Código Procesal Penal, no fue sino un reconocimiento del problema y a la vez un intento de solución, que además duró poco, tras la decisión de los Supremos de darle a la suspensión plazo de duración, repitiendo el problema de siempre, soluciones que anulan las anteriores, regresando al mismo problema. Mejor se elimina el problema de raíz.

Eliminando la interrupción y como consecuencia la extraordinaria, operarían las cosas tal como están ahora, salvo que los plazos prescriptorios serían los originales, lo que podría obligar a acelerar los juicios. Tendría la virtud de desenredar el panorama y dar más claridad, pero se mantendrían tanto el problema político criminal, como el doctrinario... y sería también una huida.

4.3.3. CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DESDE EL MOMENTO EN QUE LA ORDINARIA FUE INTERRUMPIDA Y NO DESDE EL MOMENTO EN QUE SE COMETIÓ EL INJUSTO

Esta tesis fue defendida en sede judicial peruana, a propósito del caso Lucchetti, durante los primeros años del nuevo milenio y dio origen luego a un libro, defendiendo una muy particular interpretación sobre la aplicación de la prescripción extraordinaria a partir de la lectura de la propia norma del Código Penal.

En concreto, lo que propone Reiner Chocano (2006), autor del citado libro, es que el tiempo para alcanzar la prescripción extraordinaria debe empezar a contarse, no desde la comisión del injusto, como siempre ha ocurrido, sino desde el día siguiente a la interrupción de la prescripción ordinaria.

Hay dos presupuestos para entender su posición y se basan en la interpretación literal de las normas del código. El primero, es que sostiene que el plazo de la prescripción extraordinaria, no es igual a la ordinaria más una mitad, sino que es solamente la mitad. El segundo, que producida la interrupción, al día siguiente comienza el nuevo plazo prescriptorio.

El razonamiento es provocador. Si aceptamos que la prescripción extraordinaria comienza a correr desde el día de la realización del injusto ¿cuál es el plazo que comienza a contarse nuevamente al día siguiente de producida la interrupción de la prescripción ordinaria? No tendría ningún sentido que comenzase nuevamente un plazo ordinario desde cero si ya está corriendo el

extraordinario ¿entonces de qué plazo nuevo hablaría el segundo párrafo del artículo 83 del código?

La respuesta que da Chocano es que en realidad no existe ninguna norma que indique que el plazo extraordinario corre desde la realización del injusto y según ya hemos visto, sostiene que el plazo extraordinario es sólo la mitad del ordinario. De manera que a las preguntas hechas líneas arriba responde que al día siguiente de la interrupción del plazo ordinario, comienza a contarse otro plazo ordinario al que se sumará una mitad (plazo extraordinario) para la prescripción definitiva de la acción penal.

Iván Meini acude en ayuda de este razonamiento señalando que la única forma de dar sentido a las frases citadas del código es aceptando, en contrario a lo dispuesto por el artículo 82 del mismo, que la prescripción extraordinaria no comienza a correr con la consumación del ilícito.

Sin embargo, estos interesantes planteamientos han sido ya rechazados por los Jueces Supremos a través de un Acuerdo Plenario del año 2007, que tiene carácter de Jurisprudencia Vinculante.

En lo que respecta a nuestra búsqueda de soluciones, este planteamiento parecería más bien la definición de un plazo para la realización del juicio. La controversia doctrinaria planteada no encontraría solución y en lo que respecta al problema político criminal, se mantendría, pues en la práctica sería casi lo mismo, ampliando el plazo prescriptorio una vez comenzado el juicio.

4.3.4. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA ACCIÓN PENAL POR ACTOS DILATORIOS DE LA DEFENSA

Esta alternativa de solución tiene el encanto de la franqueza. Mira de frente el problema práctico y lo ataca directamente.

Ya se ha establecido que problema dogmático parte de una legislación inconveniente que desnaturaliza la institución, pero el político criminal, surge de las malas prácticas de litigantes, que aprovechando la norma, recurren a diferentes argucias legales, para prolongar el proceso y aprovecharse injustamente de la institución.

Si aceptásemos como fundamento de la prescripción, la sanción al ofendido negligente, la iniciación del proceso debería eliminar la prescripción. Desde esta perspectiva, la posibilidad de que la prescripción ocurra durante el juicio, solo puede entenderse en el razonamiento de que la eventual sanción al perseguidor también castigaría su incapacidad para obtener sentencia firme dentro de un tiempo razonable.

Si esto fuese así, los actos procesales del imputado, que alarguen el proceso indebidamente, ganando tiempo para lograr la prescripción, deberían impedir que continúe corriendo la prescripción extraordinaria. Y es que no es razonable sancionar al ofendido en una querrela o al Fiscal en un caso de ejercicio público, por no haber podido alcanzar el fin del proceso dentro del plazo previsto, debido a causas no imputables a él, sino al procesado.

La forma de equilibrar nuevamente las cosas sería crear la figura de la suspensión del término de la prescripción extraordinaria, la cual operaría ante cada recurso presentado por el procesado. De esta forma, ya no se perjudicaría injustamente al titular de la acción penal, pues se evitarían las artificiosas dilaciones de tiempo y por otro lado, se protegería el derecho del procesado de presentar todos los recursos que crea conveniente, garantizándose de esta forma que los mismos tendrían como fin el que le asignan las leyes y ya no el hacer pasar el tiempo.

Y es precisamente Carrara, el jurista causante de todo este tema, quien desde un inicio aceptó entusiasta la propuesta, que en realidad, él mismo hizo en su momento.

Esta alternativa tendría la ventaja adicional de aliviar la carga procesal a la judicatura, pues ya no tendrían sentido la cantidad de recursos que hoy se presentan con el único fin de prolongar el proceso y disminuirían. De esta forma, se devolvería su real utilidad a cada recurso, pues si se presentase, ya no sería para alargar el proceso sino porque efectivamente se cree poder alcanzar con él el derecho alegado.

Desde una perspectiva político criminal serían plenamente alcanzados los objetivos, tal como se han planteado en los apartados anteriores. Y desde un punto de vista doctrinal, la prescripción extraordinaria, pasaría a operar como una simple prescripción, evitándose el abuso que hoy se hace de ella.

4.3.5. ELIMINACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA

Siendo esta figura jurídica la que causa todo el problema, la solución más directa y sencilla sería eliminarla. De esta forma, cada acción penal prescribiría dentro del plazo previsto y la interrupción de la misma podría cumplir adecuadamente con sus fines.

Si bien la alternativa planteada en el punto anterior es seductora, tiene la inconveniencia que no resuelve el problema de la desnaturalización de la institución por la existencia misma de la prescripción extraordinaria.

En efecto, si concebimos como hemos repetido varias veces que el fundamento final de la prescripción de la acción penal, es el castigo al perseguidor negligente, se entiende que tal castigo no puede aplicarse si no existe dicha negligencia.

Por eso, mientras el titular de la acción penal está realizando las actividades que la ley le brinda para perseguir al delincuente, está demostrando su interés en castigar el injusto y como consecuencia a su diligencia, el plazo prescriptorio se interrumpe. Es correcto que la actividad procesal dedicada a perseguir el delito destruya la prescripción.

Bajo esa óptica, no existe ninguna justificación a un plazo adicional indestructible, pues con él se llegaría a la sanción al ofendido diligente y por tanto a la desviación de la institución. Siendo así las cosas, la mejor solución sería eliminar de la legislación penal la figura de la prescripción extraordinaria, por ser intrínsecamente extraña a la institución.

La discusión dogmática retrocedería a escenarios en donde se discutía sobre los fundamentos de la institución, pues eso es lo que estaría en juego. En tanto que con ella, los objetivos político criminales del Estado que consideramos dañados por la prescripción extraordinaria, podrían ser alcanzados.

Hay que dedicar una línea sin embargo al problema que se plantea con la duración prolongada de los procesos judiciales. Convengo en que es un problema que requiere urgente solución, pero como ya se ha planteado, ésta debe buscarse en una legislación sobre la materia y en los propios mecanismos de gobierno del Poder Judicial, así como en el respeto a las normas de procedimientos que fijan plazos que nunca se cumplen. Pero esta necesidad no puede llevarnos a desnaturalizar como se hace ahora una institución jurídica diseñada con otros propósitos.

Decretar la suspensión y no la interrupción al formalizar investigación o en el momento que se crea más oportuno, permitiría una etapa de investigación y un juzgamiento sin la presión perturbadora de la prescripción extraordinaria, opción alternativa a la solución ideal que aquí planteo, que es la eliminación de la prescripción extraordinaria.

4.3.6. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR ACTOS DE PROCEDIMIENTO

Esta es la propuesta que más me entusiasma. En lugar de interrumpir el tiempo de prescripción de la acción penal, los actos procesales destinados a la

investigación o juzgamiento del delito deberían suspender el plazo prescriptorio. De esta forma, los Juzgadores podrían concluir el proceso sin tener sobre sí la exigencia del tiempo y un eventual inocente resultaría beneficiado pues terminado el procedimiento, continuaría corriendo el plazo prescriptorio en el momento en que se suspendió y no desde el principio.

En cuanto al debate histórico doctrinal debería quedar resuelto, pues mientras los defensores del derecho sancionador del Estado quedarían plenamente satisfechos, habría que recordar que ésta figura legal despertaba el entusiasmo del propio Francesco Carrara.

El problema social nacional planteado, se resolvería mucho mejor de esta forma, pues el Poder Judicial podría condenar al culpable y dejar sin castigo a quien efectivamente lo merezca, de forma tal que la sociedad podría percibir con claridad, que las conductas tipificadas como delito, son siempre castigadas.

De más está decir que esta propuesta tendría que ir acompañada necesariamente de la abrogación de la prescripción extraordinaria, pues ya no tendría ningún sentido. En realidad entonces, es la versión completa de la propuesta anterior.

La solución alcanzada por el Nuevo Código Procesal Peral de alguna forma recoge esta idea, aunque fija el momento en la formalización de la investigación, tiene un tiempo determinado de duración y no se abroga la prescripción extraordinaria. Habría que modificar la norma para que la suspensión opere a partir de cualquier actuación del Ministerio Público, tal cual

tipifica el Código Penal para la interrupción hoy, eliminar su tiempo de duración y fijar simplemente que queda suspendida la prescripción hasta el final del proceso, además de abrogar la interrupción y la prescripción extraordinaria.



CONCLUSIONES

1. La prescripción de la acción penal no es un derecho alcanzado por el delincuente, antes bien es un derecho que pierde la víctima del delito a perseguirlo. Desde esa óptica y relacionándolo con el prescripción civil que aparentemente le dio origen, es una figura que guarda similitudes con la prescripción extintiva, no con la adquisitiva.
2. En su nacimiento histórico, todas las acciones penales que podían prescribir, eran referentes a delitos perseguidos por acción de parte, no de oficio. Y es que al quitarle el Estado al ciudadano su derecho a venganza privada, lo reemplazó por el derecho a acusar a su agresor, solicitando que el Estado, que monopolizaba el uso legítimo de violencia, haga justicia y castigue.
3. El fundamento principal de la prescripción de la acción penal, es la pérdida del derecho del titular de la acción penal a ejercerla, debido a su decisión de no usarla o a su negligencia para hacerlo. Al no haber ejercido su derecho de acción dentro del plazo previsto por la ley, la misma castiga su desidia retirándole la posibilidad de perseguir el delito o al delincuente y es en ese sentido, un castigo al ofendido negligente. Sin embargo, siendo un derecho, su titular puede perfectamente decidir no ejercerlo y en ese caso, el retiro del derecho no sería un castigo, sino

simplemente la consecuencia de su decisión de no ejercerlo. Castigo o simple consecuencia, lo que prescribe es el derecho a acusar que tiene la víctima.

4. Al asumir el Estado la titularidad de la acción penal, en tanto representante de la sociedad ofendida por el delito, el derecho a acusar se convirtió en una facultad, a la vez derecho y obligación. Las razones para perderla sin embargo, son las mismas por las que la pierde el particular ofendido. De manera que su fundamento se mantiene. Y es que sea el Estado mismo el que acusa y juzga, o creando un acusador y un juzgador independientes, o poniendo el proceso en manos de la víctima o inclusive de un tercero, cualquiera sea el modelo, para que se inicie el proceso siempre debe haber una persona que acuse y siendo tan decisoria su participación, debe cumplir con determinadas obligaciones procesales, entre otras, la del tiempo.
5. La naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal es procesal, por cuanto no elimina la condición de delito del hecho punible cometido, ni elimina el derecho a resarcimiento que origina el injusto en la víctima. Lo que ataca, es la vía procedimental que habilita el Estado para el ejercicio del derecho, no el derecho mismo que sobrevive.
6. Toda esta lógica se destruye con el paso del tiempo, que va introduciendo en la institución diferentes conceptos que atiendan las realidades criminales y los diseños políticos de cada colectividad y que incorpora las nuevas relaciones procesales, así como nuevos derechos que se reclaman en el proceso. Todo lo anterior va cambiando el diseño original y obliga a adaptar instituciones, a veces con poco

éxito, como en el caso de la prescripción, que sufre en el proceso marchas y contra marchas normativas.

7. Con la introducción del concepto de la acción penal y la identificación de la misma como blanco de la prescripción, la interrupción es el instrumento que incorporó Francia para evitar que se sancione al ofendido cuando ha demostrado ser diligente, al realizar actos destinados a buscar el castigo para el delincuente. Opera cortando el conteo del plazo de prescripción, permitiendo así que el juzgamiento llegue a su fin, pues en la lógica de la prescripción de la acción y ya no de la acusación, la prescripción podría ocurrir después de iniciado el juicio. Mientras el titular de la acción la ejerce, se interrumpe el plazo prescriptorio pues no hay en ese caso ninguna justificación para eliminar la acción penal.
8. El plazo extraordinario para la prescripción de la acción penal, aportado por Italia, es una figura que rompe esta construcción lógico jurídica, al incorporar un instrumento que impide la interrupción definitiva y permite que la prescripción ocurra necesariamente, sin importar la conducta diligente del ofendido frente al delito sufrido, inclusive ya iniciado el juicio.
9. La institución, que estuvo en el Perú desde la época colonial al estilo clásico de prescripción de la acusación, tuvo un giro violento con el código de 1924, que importó el modelo italiano, con interrupción y prescripción extraordinaria. Tras derogaciones y retornos, quedó finalmente aceptada en el código de 1991 y después, en tiempos recientes, ha incluido novedades con la utilización de la suspensión,

cuyo nuevo tratamiento, repite las marchas y contra marchas que en su momento se dio con la interrupción. La institución no termina de tener sentido.

10. La prescripción extraordinaria, unida a la lentitud del Poder Judicial, otorgó a los abogados elementos para construir su defensa a partir de una estrategia procesal, que consiste en prolongar artificialmente los procesos con el fin de alcanzar dicha prescripción. Esta defensa es clásica, por la posibilidad real de alcanzar el breve plazo de prescripción, para delitos castigados con pena privativa de libertad de poca cuantía o pena distinta a la de privación de libertad, que son aproximadamente la tercera parte de los delitos del Código Penal.
11. El exitoso uso que de esta difundida estrategia se hace en el Perú, acarrea una serie de problemas de política criminal, siendo el más serio la impunidad para quienes cometen lo que en este trabajo llamo delitos menores. Otra consecuencia grave, es el mensaje que recibe la sociedad frente a este fenómeno, generándose una serie de anti valores no deseados. Hay toda una generación que ha crecido recibiendo estos mensajes equivocados.
12. Despenalizar los delitos menores, eliminar la interrupción de la prescripción penal o comenzar a contar el plazo extraordinario desde el día siguiente a la interrupción de la prescripción, podrían ser formas para aliviar el problema, pero no para solucionarlo.
13. Considerar los actos dilatorios de la defensa como causas capaces de suspender la prescripción extraordinaria, sería una muy buena alternativa para solucionar el problema político criminal, pues evitaría las estrategias dilatorias del reo, pero no

resolvería las incongruencias internas de la institución, reseñadas a lo largo del trabajo.

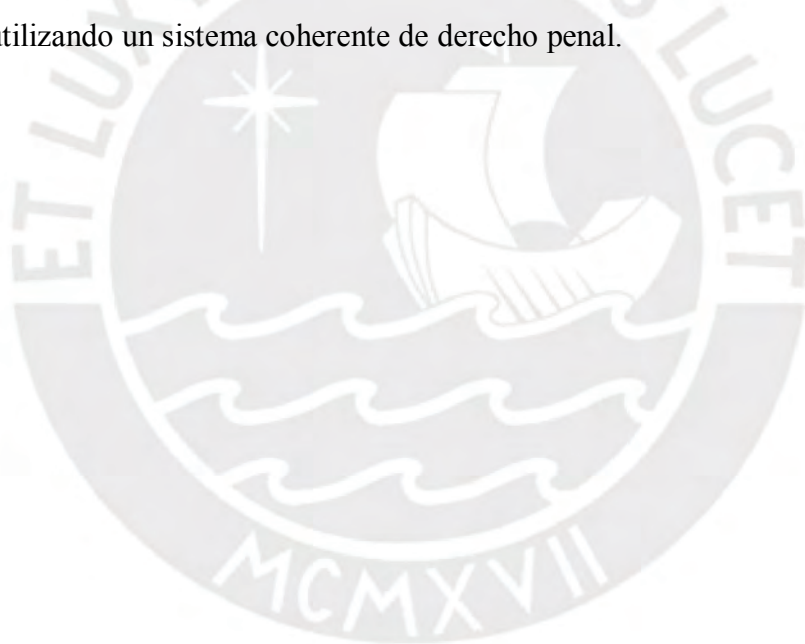
14. La eliminación de la prescripción extraordinaria, que siendo extraña a la naturaleza de la institución, la distorsiona, podría ser la forma simple de resolver los problemas planteados. Eliminada la causa, quedaría eliminado el problema. Sin embargo, pronto renacerían las disputas de quienes encontrarían causales para que la arbitrariedad judicial se imponga a las normas garantistas de nuestro proceso.
15. En esa misma línea y acaso más completa, sería la fórmula de eliminar del todo la interrupción de la prescripción de la acción penal y sustituirla por la suspensión de la misma, camino que se ha comenzado con el Nuevo Código Procesal Penal. De esta forma se evitaría el temor de persecuciones eternas, se podría terminar el proceso sin la presión del tiempo y como lógica consecuencia, se eliminaría la prescripción extraordinaria pues no tendría razón de ser.
16. La conclusión de la presente tesis, es que se necesita una redefinición legislativa de la institución y aquí se propone. Planteo un modelo donde se reafirme su naturaleza procesal, para ser utilizada como un requisito de procedibilidad para iniciar el proceso judicial y de ninguna manera como una acción para impedir la sentencia. Una institución que desde esta perspectiva, sirva para fijar un tiempo al perseguidor para iniciar el juicio, razón por la cual, al mostrar con actos procesales su disposición a hacerlo, se suspenda la prosecución del plazo, suspensión que debe mantenerse hasta el final del proceso.

Por tanto prescribiría el derecho de acusar, para el caso del querellante particular, en tanto ofendido por el injusto con derecho a buscar resarcimiento a través del proceso penal y prescribiría también la facultad de acusar del Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal en representación de la sociedad en los delitos perseguibles por acción pública. Así las cosas, al llegarse a la acusación se elimina cualquier posibilidad de prescripción, la cual solo podría renacer, en el caso que el proceso terminase sin condena y ante la eventualidad de un nuevo proceso por prueba nueva. Esta posibilidad, habilita que terminado el primer proceso, se reanude el plazo prescriptorio, razón que justifica la suspensión aplicada ante las actividades procesales de persecución fijadas por ley.

Con todo lo anterior, carece de sentido la interrupción del plazo, así como la prescripción extraordinaria que desaparecerían.

Por otro lado, tratándose claramente de una institución configurada en atención de la actuación del perseguidor, ninguna actuación o conducta del perseguido influirían ni en el plazo de la misma ni en su continuación. El plazo debiera ser producto de una definición legislativa, que aquí se propone en cinco años e igual para todos los delitos, entendiéndose que se trata de configurar la voluntad del perseguidor para iniciar la persecución. En cuanto al plazo en marcha, solo sería suspendido, además de las razones expuestas, cuando la persecución es imposible, ya sea por la minoría de edad de la víctima o por necesitarse de definiciones previas al proceso. Es el mismo fundamento que obliga a que el plazo prescriptorio comience cuando el titular de la acción penal tenga noticia del hecho punible, pues es entonces cuando adquiere la responsabilidad de la persecución.

Finalmente, siendo necesario reconocer el derecho de los justiciables a ser perseguidos dentro de un plazo razonable y existiendo ya dichos plazos para el trabajo fiscal, propongo normativizar un plazo de juzgamiento, de manera que no quede tentación de usar la prescripción con todo fin. Si la prescripción debe ser la institución que use el tiempo para obligar al perseguidor a actuar dentro de un tiempo, el derecho al plazo razonable debe ser la institución que use el tiempo para asegurar al perseguido que no será sometido durante un tiempo mayor del adecuado. Cada una actuando en su campo, en procura del éxito del proceso en el marco de un Estado de Derecho, que respetando derechos, permita a la sociedad defenderse. Todo utilizando un sistema coherente de derecho penal.



BIBLIOGRAFÍA

ABANTO, MANUEL.

2003 “Acerca de la naturaleza de la prescripción”. En PEÑA CABRERA, Alonso, Efraín MONTES y Miguel SÁNCHEZ (coordinadores). *Libro homenaje al Profesor Peña Cabrera*. Lima: ARA, pp. 544 - 571.

AGUILAR, Benjamín.

1971 *Prescripción Penal en el Derecho Peruano*. Tesis de Bachillerato. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

ALCÓCER, EDUARDO

2014 “Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal”. *Actualidad Penal*. Lima, tomo 2, pp. 110 - 125.

ALTARAZ, DAVID.

2014 “¿Es posible jurídicamente la duplicidad del plazo de prescripción en el delito de enriquecimiento ilícito?”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Agosto, N° 191, pp. 13 - 22.

ALVA, ARMANDO.

2008 “La prescripción extintiva laboral y su interrupción” *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Agosto, año 14, N° 119, pp. 31 - 34.

ARIANO, EUGENIA.

2006 “Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, año XVI, N° 33, pp. 198 - 207.

2005 “Prescripción y Código Procesal Constitucional: Los mecanismos Constitucionales de Protección entre las garras del tiempo”. *Proceso y Justicia*. Lima, N° 5, pp. 35 - 46.

ARBULÚ, VÍCTOR.

2013 *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L..

ARMANZA, JULIO.

2004 “Estudio de la ciencia jurídico penal peruana decimonónica”. En GUZMÁN, José (coordinación). *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología (libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba)*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 951 - 984.

2001 “Influencia de los Códigos Penales españoles en la legislación peruana decimonónica”. En ARROYO; Luis e Ignacio GÓMEZ (coordinadores). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca, pp. 49 - 84.

ARMENTA, TERESA.

2004 *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

ASENCIO, JOSÉ MARÍA.

2016 *Derecho Procesal Penal. Estudios fundamentales*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.

BACIGALUPO, ENRIQUE.

2009 *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, México: Editorial Jurídica de las Américas.

BANACLOCHE, JULIO Y JESÚS ZARZALEJOS.

2011 *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*. Segunda edición. Madrid: La Ley.

BAQUERO, MAURICIO.

1991 *La Querrela: Desde un estudio procesal y político-criminal hasta una propuesta para su abolición*. Bogotá: PUJ.

BASADRE AYULO, JORGE.

2001 “Los Juristas de la República del Perú en el siglo XIX: Francisco García Calderón Landa”. *Revista de estudios histórico jurídicos*. Valparaíso, N° 23, pp. 471 - 486.

1993 “El Mercurio peruano y la evolución jurídica en el Perú entre 1918 y 1931. Apuntes para una historia del Derecho peruano”. *Mercurio Peruano*. Lima, N° 507, pp. 33 - 39.

BASADRE GROHMANN, JORGE.

1983 *Historia de la República del Perú 1822-1933*, Séptima edición. Lima: Editorial Universitaria.

1937 *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Biblioteca Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales.

BECCARIA, CESARE.

2006 *De los delitos y de las penas*. Cuarta reimpresión de la tercera edición. Bogotá: Editorial Temis.

BENAVENTE, HERBERT.

2012 “La suspensión de la prescripción de la acción penal por reo contumaz. El caso Schütz Landázuri”. *Gaceta Constitucional*. Lima, mayo, tomo 53, pp. 62 - 81.

BENTHAM, JEREMY.

1829 *Tratados de legislación civil y penal*. Traducción al castellano con comentarios por Ramón Salas. Bourdeos: Imprenta de Pedro Beaune.

BINDER, ALBERTO.

1999 *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial

Ad hoc.

1993 *Justicia penal y estado de derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad hoc.

BETTIOL, GIUSEPPE.

1965 *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.

BIGLIAZZI, LINA.

1964 *Della Tutela dei Diritti*, Torino: Unione Tip. Editrice Torinese (s.d.).

BOVINO, ALBERTO.

1992 “La víctima como preocupación del abolicionismo penal”. En: MAIER, Julio (compilador). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 261 - 280.

BRAMONT ARIAS, LUIS.

1966 *Código penal anotado: Antecedentes. Concordancias. Legislación. Fuentes. Jurisprudencia.* Lima: Editorial El Ferrocarril.

1950 *La ley penal, curso de dogmática jurídica.* Lima: Mundial de R. Meza Simich y Cía.

BRAMONT ARIAS, LUIS ALBERTO Y LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES.

2003 *Código penal anotado.* Segunda reimpresión de la Cuarta edición. Lima: San Marcos.

BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS MIGUEL.

2008 *Manual de derecho penal: parte general.* Cuarta edición. Lima: EDDILI.

1998 *Lecciones de la parte general y el Código penal.* Segunda edición. Lima: San Marcos.

BROUSSET, RICARDO.

2013 “De la prescripción ordinaria a la prescripción extraordinaria: sobre las actuaciones interruptivas del plazo prescriptorio de la acción penal”. En: SANZ, Enrique (director). *Libro homenaje al profesor Dr. D. Germán Stoll Arana: Derecho penal y penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI.* Lima: Ideas Solución Editorial, pp. 1 - 19.

BURGOS ALFARO, JOSÉ.

2012 “El contumaz y la suspensión de la prescripción de la acción penal”. *Gaceta Constitucional*. Lima, mayo, N° 53, pp. 82 - 90.

2011 “La formalización de la investigación preparatoria: ¿suspensión o interrupción de la acción penal?”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, abril, tomo 22, pp. 254 - 268.

BURGOS MARIÑOS, VÍCTOR

2002 *El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*. Tesis para Magíster en Ciencias Penales. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN.

2004 *Obras completas*. Tomos I y II. Lima: Ara.

1989 *Manual de derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Barcelona: Ariel.

1986 *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y HERNÁN HORMAZÁBAL.

1999 *Lecciones de derecho penal, Volumen II: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Madrid: Trotta.

CALDERÓN, ANA.

2011 *El nuevo sistema procesal penal: Análisis crítico*. Lima: EGACAL.

CALLE, JUAN JOSÉ.

1921 *Código de Procedimientos en materia criminal promulgado por el Poder Ejecutivo el 2 de enero de 1920, anotado y concordado*. Tercera edición, Lima: Librería e Imprenta Gil.

CÁRDENAS, LUIS Y ELKY VILLEGAS.

2013 *Prescripción civil y penal: un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, Lima.

CARO CORIA, DINO.

2002 “¿"Superación del pasado a través del derecho penal"? -Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia-” .*Themis*. Lima, N° 44, pp. 197 - 214.

CARO CORIA, DINO; LUIS IBERICO Y LUIS REYNA.

2012 *Código procesal penal. Sumillado, concordado, con anotaciones de jurisprudencia vinculante (penal y constitucional) y casatoria*. Lima: Jurista editores.

CARO JOHN, JOSÉ ANTONIO.

2014^a *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima: Ara.

2014^b *El delito de lesa humanidad: Respuesta a algunos problemas interpretativos*, Lima: Ideas Solución Editorial.

2010 *Dogmática penal aplicada*. Lima: Ara.

2007 *Diccionario de jurisprudencia penal: Definiciones y conceptos de derecho penal y derecho procesal penal extraídos de la jurisprudencia*. Lima: Grijley.

CARRARA, FRANCESCO.

2000 *Programa del curso de Derecho Criminal, Parte general, tomos I y II*. Traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero. Segunda reimpresión de la tercera edición. Bogotá: Editorial Temis.

1976 *Opúsculos de Derecho Criminal*. Tomo II. Traducción de la segunda edición de 1870 de José Ortega Torres y Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, Bogotá.

CARUSO, MARÍA Y FÉLIX PEDREIRA.

2014 *Principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo*. Montevideo y Buenos Aires: B de F.

CASTAÑEDA, JORGE.

1958 *Instituciones del derecho civil. Los derechos reales*. Tomo I. Segunda edición. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva.

CASTILLO ALVA, JOSÉ.

2008 *Comentarios a los procedimientos vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*. Lima: Grijley.

CASTRO, HAMILTON; TOMÁS GÁLVEZ Y WILLIAM RABANAL.

2010 *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Segunda edición. Lima: Jurista Editores.

CERRADA, MANUEL.

2018 *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes. Fundamento. Naturaleza jurídica*. Barcelona: Bosch Editor.

2017 “La naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos”. *Anuario de la Universidad de Derecho*. Universidad de Alcalá, N° 10, pp. 103 - 130.

CHAIA, RUBEN.

2013 “La acción procesal penal. Caracterización y atributos”. En: CHIARA, Carlos (Director). *Derecho procesal penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, pp. 135 - 154.

CHANG, ROMY.

2017 *Al derecho y al revés: ¿Cuándo prescribe un delito?* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 15 de marzo de 2020.

<https://youtu.be/ZXviE5In4vQ>

2011 “Debate en torno a la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad ¿es posible su aplicación retroactiva?”. *Revista Ius et Veritas*, Lima, N° 43, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 326 - 343.

CHIARA, CARLOS; RICARDO GRISETTI Y DANIEL OBLIGADO.

2011 *Derecho Penal. Parte general*. Segunda edición. Buenos Aires: La Ley.

CHINCHILLA, ROSAURA.

2006 “La Prescripción de la Acción Penal y la expansión del Poder Punitivo”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, N° 111, pp. 89-130.

2000 *La Prescripción de la Acción Penal en Costa Rica. Análisis jurisprudencia y exégesis legal con referencias al proyecto de reforma de esta normativa*. San José: IJSA, San José.

CHIOVENDA, GIUSEPPE.

1948 *Instituciones de Derecho Procesal Civil, volumen I, Conceptos fundamentales. La doctrina de las acciones*. Traducido por E. Gómez Orbaneja. Segunda edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

CHOCANO, REINER.

2006 *Instigación al delito e interrupción de la acción penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

CLARIÁ, JORGE.

2008 *Derecho procesal penal*. Tomo I. Primera reimpresión. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

COAGUILA, JAIME.

2013 *Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

COBO, JUAN.

1997 "Caducidad de la acción". En: *Excepciones Procesales. Fundamentos Doctrinarios*. Lima: Palestra, pp. 381 - 392.

COING, HELMUT.

1982 “Historia del derecho y dogmática jurídica (conferencia)”. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, volumen 9, pp. 245 - 257.

COLOMER, IGNACIO.

2008 “La prescripción del delito en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Teoría y realidad Constitucional, Revista de Derecho UNED*, Madrid, N° 22, pp. 585 - 603.

CORNEJO, ÁNGEL.

1936 *Parte General del Derecho Penal*, Lima: Librería e Imprenta de Domingo Miranda.

COUTURE, EDUARDO.

1958 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Roque De Palma editor.

CRUZ, GUILLERMO.

2015 “La disposición fiscal de inicio de las diligencias preliminares: ¿Interrumpe la prescripción de la acción penal? A propósito de la Casación N° 347-2011-Lima”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, enero, tomo 67, pp. 35 - 49.

2012 “La formalización y continuación de la investigación preparatoria ¿Causal de suspensión o interrupción de la prescripción de la acción penal?”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, febrero, tomo 32, pp. 224 -240.

CUBAS, VÍCTOR.

2015 *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.

2004 “El papel del Ministerio Público en la investigación del delito”. En: HURTADO, José (Director). *La Reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*. Friburgo, Universidad de Friburgo y Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 213 - 235.

2003 *El proceso penal. Teoría y práctica*, Quinta edición. Lima: Palestra Editores.

DE LA CRUZ, MARCO.

2003 *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, Lima: Editora FECAT.

DE LA LAMA, MARCO.

1889 *Diccionario penal de jurisprudencia y de legislación peruana. Con las cuestiones más importantes de medicina legal y un suplemento hasta 1889.* Lima: Imprenta del Universo de Carlos Prince.

DELGADO, FEDERICO.

2007 *Imprescriptibilidad de la acción ¿Jaqué a la razón iluminista?* Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor.

DEMÓSTENES Y ESQUINES.

1969 *Elocuencia Griega.* Traducido por Francisco Samaranch y Julio Palli Bronet, Madrid, Aguilar.

DÍEZ-PICAZO, LUIS.

1958 “En torno al concepto de prescripción”, *Anuario de Derecho Civil.* Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Octubre-Diciembre, pp. 969 - 1000.

DONAYRE, CHRISTIAN.

2010 “El derecho a ser juzgado en un plazo razonable”. En: SOSA, Juan (coordinador). *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 377 - 408.

ESER, ALBIN.

1998 *Temas de derecho penal y procesal penal*, Lima: Idemsa.

1992 “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”. En: MAIER, Julio (compilador). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 13 - 52.

ESPINOZA, BENJI.

2016 *Litigación penal. Manual de aplicación práctica del proceso penal común*. Lima: Escuela Iberoamericana de Postgrado y Educación Continua.

EZAINE, AMADO.

1981 *Diccionario de derecho penal*. Sexta edición. Primera re impresión, Chiclayo: Ediciones Jurídicas Lambayecanas.

FERNÁNDEZ, KARIN.

S/F “La imprescriptibilidad de los delitos cometidos por los funcionarios públicos”.

Gaceta Constitucional. Consulta: 30 de mayo de 2020.

<https://gacetaconstitucional.com.pe/index.php/Services/reforma-constitucional-la-imprescriptibilidad-de-los-delitos-cometidos-por-funcionarios-publicos/>

FERRAJOLI, LUIGI.

2009 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Novena edición. Madrid: Trotta.

1994 “El derecho como sistema de garantías”. *Themis*, Lima, N° 29, pp. 119 - 130.

FERRERO, AUGUSTO.

1969 “Excepción de prescripción”. *Themis*. Lima, Año V, N° 7, pp. 45 - 48.

FILLANGIERI, GAETANO.

1982 *Ciencia de la Legislación*, Tomo IV. Tercera edición. Traducción Jaime Rubio.

Madrid: Imprenta de Núñez.

FONSECA, CÉSAR.

2017 *Derecho romano*. Cuarta edición. Lima: Ediciones Normas Jurídicas SAC.

FRISANCHO, MANUEL.

2013 *Manual para la aplicación del código procesal penal*, Lima: Editorial Rodhas SAC.

GÁLVEZ, TOMÁS.

2016^a *La reparación civil en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tercera edición. Lima: Instituto Pacífico.

2016^b *La prescripción de las acciones y pretensiones civiles, penales, administrativas y otras*. Lima: Ideas Solución Editorial.

2013 *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia penal, constitucional penal y procesal penal*. Lima: Jurista Editores.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO.

1966 “Breve paralelo entre el Código Penal Peruano de 1863 y el de 1924”. *Themis*, primera época. Lima, año 2., N° 3, pp. 5 - 12.

GARCÍA CAVERO, PERCY.

2012 *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Lima: Jurista Editores.

2008 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

GARCÍA DEL RÍO, FLAVIO.

2003 *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal. Doctrina – Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Legales.

GARCÍA MALDONADO, JESÚS.

1889 *Prescripción criminal*. Tesis de Doctorado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Jurisprudencia.

GARCÍA RADA, DOMINGO.

2008 *Instituciones de derecho procesal penal*, Segunda edición. Lima: Mercurio Peruano

1984 *Manual de derecho procesal penal*. Octava edición. Lima: EDDILI.

GIMENO, VICENTE.

2012 *Derecho procesal penal*. Navarra: Aranzadi.

GOLDSTEIN, RAÚL.

1983 *Diccionario de derecho penal y criminología*. Reimpresión de la segunda edición.

Buenos Aires: Editorial Astrea.

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR.

2016 *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*. Madrid:

Editorial IB de F.

GÓMEZ MENDOZA, GONZALO.

2007 *Instituciones en el derecho procesal penal peruano*. Lima: MFC Editores.

GONZÁLES ÁLVAREZ, ROBERTO.

2011 “El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal”.

Revista Ars Boni et Aequi, Santiago de Chile, Universidad Bernardo O’Higgins, pp.

199 - 235.

GONZÁLES TAPIA, MARÍA ISABEL.

2003 *La prescripción en el derecho penal*. Madrid: Dykinson.

GOUVERT, JUAN.

2017 “La insubsistencia de la acción ante la irrazonable duración del proceso penal”.

Revista Pensamiento Penal. Buenos Aires, Asociación Pensamiento Penal.

GRACIA, LUIS.

2005 *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Lima: Idemsa.

GUARNERI, JOSÉ.

1952 *La influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal (ensayo sobre algunos conceptos de la parte general del Derecho Penal)*. Traducido por Constancio Bernaldo de Quirós. Puebla: Editorial José M, Cajica Jr.

GUEVARA, IVÁN.

2011 “El carácter epistemológico de la dogmática jurídica”. *Universidad: Revista de la Asamblea Nacional de Rectores*. Lima, No. 23, pp. 103 - 123.

GUZMÁN, FERNANDO.

1947 *Código de Procedimientos Penales. Concordado con el Anteproyecto, Proyecto, Exposiciones de Motivos, Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, Códigos de Derecho Internacional, Códigos y Leyes vigentes y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.* Tercera edición. Lima: Librería e Imprenta Gil.

HASSEMER, WINFRIED.

2003 *Crítica al derecho penal de hoy.* Segunda edición, primera. Reimpresión. Buenos Aires: Ad-Hoc.

1984 *Fundamentos del derecho penal.* Barcelona: Bosch.

HASSEMER, WINFRIED Y FRANCISCO MUÑOZ CONDE.

1989 *Introducción a la criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch.

HAWIE, JORGE.

1963 *De la prescripción en el derecho penal y de su presencia en la legislación positiva peruana*. Tesis de Bachillerato. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.

HERENCIA, SALVADOR.

2005 *La implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina. Los casos de Bolivia, Colombia y Perú*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

HERRERA, DARÍO.

1988 *Derecho Romano. Compendio. Fuentes, personas, familia, bienes, sucesiones, acciones, obligaciones y contratos*, Tercera edición. Lima: EDDILI.

HIRSCH, HANS-JOACHIM.

1992A “Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal”. En: MAIER, Julio (compilador). *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 91 - 128.

1992b La reparación del daño en el marco del derecho penal material, En: MAIER, Julio (compilador). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 53 - 90.

HRUSCHKA, JOACHIM.

2005 *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación.* Navarra:

Editorial Arazandi.

HUAMÁN, DANIEL.

2016 *El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del derecho penal y procesal penal.* Lima: Editores del Centro.

2014 *Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios. Extractos sustantivos y procesales.* Lima: Instituto Max Plank para el Desarrollo Penal Extranjero e Internacional y Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ.

HURTADO POZO, JOSÉ.

2016 *El sistema de control penal: Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales.* Lima: Instituto Pacífico.

2005 *Manual de derecho penal. Parte General.* Tercera edición. Lima: Grijley.

1987 *Manual de derecho penal. Parte General.* Segunda edición Lima: EDDILI.

1979 *La “ley importada”:* recepción del derecho penal en el Perú. Lima: Centro de Estudios Derecho y Sociedad.

1972 “La reforma parcial del código penal suizo”. *Revista Derecho*. Lima, Pontificia Universidad católica del Perú, pp. 103 - 128.

HURTADO POZO, JOSÉ Y VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA.

2011 *Manual de derecho penal. Parte General*. Dos volúmenes. Cuarta edición. Lima: IDEMSA.

IÑESTA, EMILIA.

2005 “La reforma penal del Perú independiente. El Código Penal de 1863”. En: TORRES, Manuel (coordinador). *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano*. Córdoba, Universidad de Córdoba, pp. 1073 - 1098.

JACKOBS, GÜNTHER.

1998 *Sobre la teoría de la pena*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JESCHECK, HANS-HEINRICH Y THOMAS WEIGEND.

2002 *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete.

Quinta edición. Granada: Comares.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS.

1964 *Tratado de derecho penal: parte general*. Dos volúmenes. Buenos Aires: Losada.

1926 *El Derecho Penal en la República del Perú*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS Y JOSÉ ANTÓN.

1929 *Derecho penal, conforme al Código de 1928*. Madrid: Reus.

LAMPE, ERNST-JOACHIM.

2003 *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Traducido por Carlos Gómez-Jara, Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, MIGUEL.

1999 *Jurisprudencia del proceso penal sumario: ejecutorias de la Sexta Sala Penal Corporativa de Apelaciones de procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima (1997)*. Lima: Grijley.

LA ROSA, MARIANO.

2008 *La prescripción en el derecho penal. Fundamentos. Prescripción de la acción penal y de la pena. Imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad. Suspensión e interrupción del plazo. Jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

LEGUÍA Y MARTÍNEZ, GERMÁN.

1931 *Diccionario de la legislación criminal del Perú*. Lima: Librería e Imprenta Gil.

LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ.

1954 *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones) Tomo I- Acto Jurídico*, Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editores.

LEVENE, RICARDO Y EUGENIO ZAFFARONI.

1978 *Códigos penales latinoamericanos*. Cuatro volúmenes. Buenos Aires: La Ley.

LUJÁN, MANUEL.

2013 *Diccionario penal y procesal penal*. Lima, Gaceta Jurídica.

MAIER, JULIO.

2002 *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Segunda reimpresión. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

MALJAR, DANIEL.

2006 *El procesal penal y las garantías constitucionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

MANRIQUE, GASTÓN.

1990 “La Prescripción de la Acción Penal y la Lex Tertia”. *Derecho y Sociedad*. Lima, Año 2, N° 2, pp. 55 - 57.

MANZINI, VINCENZO.

1948 *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Volumen I y II. Traducción de Santiago Sentis.
Buenos Aires: Ediar Editores.

MARCONE, JUAN Y RAFAEL MARCONE.

2003 *Diccionario Marcone. Derecho Procesal Penal y Ciencias Auxiliares*. Lima: Marcone Editores.

MARTÍNEZ, VICENTE.

2011 “La prescripción del delito”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Valencia, N° 27, pp. 125 - 142.

MAURACH, REINHART.

1994 *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Séptima edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

1962 *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Ariel.

MAÚRTUA, VÍCTOR.

1918 *La reforma del Código penal. Proyecto presentado a la H. Cámara de Diputados por el Diputado ponente doctor Víctor M. Maúrtua.* Lima: Imprenta y Librería de San Pedro.

MAYER, MAX.

2015 *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires: B de F.

MEINI, IVÁN.

2010 *Imputación y responsabilidad penal: ensayos de derecho penal.* Lima: ARA.

2009 “Sobre la prescripción de la acción penal”. *Revista Foro Jurídico*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 30, pp. 70 - 81.

MELGAREJO, PEPE.

2011 *Curso de derecho procesal penal.* Lima: Jurista Editores.

MEZGER, EDMUND.

1989 *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio.* Traducido de la sexta edición alemana por Conrado Finzi. Buenos Aires: DIN Editora.

MIR PUIG, CARLOS

2013 “Prescripción del delito y de la pena: Doctrina jurisprudencial; problemática de la nueva regulación”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, N° 26, pp. 387 - 414.

MIR PUIG, SANTIAGO

2011 *Derecho penal. Parte general*. Novena edición, Barcelona: Editorial Reppertor.

2003 *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. Reimpresión de segunda edición. Buenos Aires: B de F.

MIRANDA, ELDER

2012 “La prescripción de la acción penal. Análisis y reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Ernesto Schütz Landázuri”. *Gaceta Constitucional*. Lima, mayo, tomo 53, pp. 91 - 105.

MIXAN, FLORENCIO.

2000 *Cuestión previa, cuestión prejudicial, excepciones en el procedimiento penal.*

Segunda edición. Trujillo: Ediciones BLG.

MOMMSEN, TEODORO

1999 *Derecho penal romano.* Reimpresión de segunda edición. Bogotá: Temis.

MONROY, JUAN.

2007 “Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el proceso civil peruano”. *Revista Oficial del Poder Judicial.* Lima, Volumen 1, N° 1, pp. 293 - 308.

MONTOYA, YVÁN.

2011 “Los crímenes de lesa humanidad y el principio de legalidad en la sentencia recaída en el caso Fujimori: Breve comparación con la sentencia del Tribunal Supremo español en el caso Scilingo”. *Foro Jurídico.* Lima, año 10, N° 12, octubre, pp. 128 - 135.

2010 “Aspectos problemáticos de la judicialización de los casos de violaciones a los derechos humanos: A propósito del derogado Decreto Legislativo No. 1097”. *Derecho & Sociedad.* Lima, año 21, N° 35, diciembre, pp. 357 - 364.

MORALES, PAMELA.

2020 “La prescripción penal en tiempos de cuarentena”. *Enfoque Derecho*, portal de actualidad jurídica de Themis. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
Consulta: 7 de abril de 2020.

<https://www.enfoquederecho.com/2020/03/27/la-prescripcion-penal-en-tiempos-de-cuarentena/#:~:text=Por%20plazo%20procesal%20se%20entiende, facultad%20establecida%20a%20su%20favor.>

MORAS MOM, JORGE

2004 *Manual de derecho procesal penal*. Sexta edición Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO

2000^a “La nueva teoría del delito (conferencia)”. *Derecho penal: nuevas tendencias en el tercer milenio. Seminario internacional*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, pp. 39 - 49.

2000^b “Nuevas tendencias en la legislación penal: El nuevo código penal español de 1995. El derecho internacional y los delitos (conferencia)”. *Derecho penal: nuevas tendencias en el tercer milenio. Seminario internacional*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, pp. 11 - 27.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y MRCEDES GARCÍA.

2010 *Derecho Penal. Parte General*. Octava Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

NAKAZAKI, CÉSAR.

2017 *El derecho penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. Lima: Gaceta Jurídica.

NAVARRO, GUILLERMO.

1985 *La Querrela: El Proceso Penal ante la Justicia Nacional y Bonaerense con intervención del particular damnificado*. Buenos Aires: Pensamiento Jurídico.

NEYRA, JOSÉ.

2005 “El Juzgamiento en el Nuevo Proceso Penal”. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, 20 de marzo de 2005.

NINAQUISPE GIL, KARIM VIRGINIA.

2012 *El principio de imprescriptibilidad en los delitos contra la humanidad en el proceso de judicialización peruano*. Tesis de Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política.

NINO, CARLOS.

1980 *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea.

ORÉ GUARDIA, ARSENIO.

2016 *Derecho procesal peruano: análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

2014 “El modelo procesal del Código Procesal Penal de 2004”. En: CALCINA, Aldo y Luis YANQUI. *Derecho penal y procesal penal: delitos de crimen organizado*. Lima, Grijley, pp. 307 - 338.

2011 *Manual de derecho procesal penal*. Tomo I. Lima: Reforma.

ORÉ SOSA, EDUARDO.

2009 *Temas de derecho penal*. Lima: Reforma.

ORTOLÁN, M.

1984 *Compendio del Derecho Romano*. Traducido por Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ORTS, ENRIQUE Y JOSÉ GONZÁLES.

2011 *Compendio de derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Valencia: Tirant lo blanch.

OSTERLING, FELIPE Y MARIO CASTILLO.

1994 *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PAGANO, FRANCESCO.

2002 *Principios del Código Penal*. Traducido por Eugenio Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi.

PANTA, DANIEL.

2011 “La prescripción en el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116. Análisis, críticas y perspectivas de solución”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, febrero, tomo 20, pp. 23 - 29.

2010 “¿El fin de la prescripción extraordinaria? La problemática del artículo 339 del Código Procesal Penal de 2004”. En *Investigación preparatoria y etapa intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.

PANTOJA, LIZARDO

2016 “La interposición de la demanda como nueva causal de interrupción de la prescripción extraordinaria”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Lima, setiembre, tomo 39, pp. 63 - 95.

PARIONA, RAÚL.

2013 “La suspensión de la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 según el Acuerdo Plenario N° 03-2012/CJ-116”. En: PRADO, Víctor (coordinador). *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos*. Lima: IDEMSA, pp. 333 - 362.

2011 “La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, mayo, tomo 23, pp. 221 - 231.

2010 “La prescripción en los delitos contra la administración pública”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, abril, tomo 10, pp. 149 -158.

PARMA, CARLOS.

2005 “La víctima en el proceso penal”. *Derecho Penal en América Latina. Revista Virtual de Derecho Penal y Criminología*. Consulta: 7 de abril de 2020.

<http://derechopenal.tripod.com/www/victima.pdf>

PARRA, FRANCISCO.

2019 “Prescripción penal y delito permanente”. *Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, N° 47, pp. 325 - 363.

PASTOR, DANIEL.

2004 “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, N° 14, pp. 325 a 363.

2002 *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC.

1993 *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal: hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la persecución penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

PEDREIRA, FÉLIX.

2017 “Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho Romano a través de dos aportaciones fundamentales”. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, N° 2, pp. 435 - 444.

2004 *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arecés.

PEÑA CABRERA, RAÚL.

1999 *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*. Tercera edición. Lima: Grijley.

1994 *Código penal comentado y leyes complementarias*. Lima: San Marcos.

PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO.

2013 *Estudios sobre derecho penal y procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

2011 “La discusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal prevista en el nuevo CPP”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Año 17, N° 155, agosto, pp. 23 - 28.

2007 *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal. Análisis dogmático, derecho comparado y jurisprudencia*. Lima: Rodhas.

2004^a *Derecho Penal Peruano. Parte General: Teoría de la Pena y las Consecuencias Jurídicas del Delito. Segunda Parte*, Lima: Rodhas.

2004^b *Teoría general del proceso y la práctica forense penal*. Lima: Rodhas.

PEZO, CECILIA.

2012 “Algunas reflexiones sobre la prescripción. A propósito de la STC Exp. N° 03681-2010-PHC/TC: caso Schütz Landázuri”. *Gaceta Constitucional*. Lima, mayo, tomo 53, pp. 106 - 115.

PISFIL, DANIEL.

2015 “Las actuaciones del Ministerio Público y su límite temporal: La prescripción de la acción penal”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, enero, tomo 67, pp. 13 - 25.

PLATÓN

2006 *Apología de Sócrates*. Traducido por Tomás Meabe y Patricio Azcárate. Tercera edición. Madrid: Mestas Editores.

POLAINO, MIGUEL

2008 *Introducción al derecho penal*, Lima: Grijley.

2005 *Instituciones de Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley,

PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR.

2009 *Nuevo Proceso Penal. Reforma y política criminal*. Lima: IDEMSA.

2001 *Código Penal. Estudio preliminar, legislación, jurisprudencia e índices*. Lima: Palestra Editores.

2000 “Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena”. *Derecho*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 53, pp. 905 - 947.

1999 *Derecho Penal. Jueces y jurisprudencia*. Lima: Palestra Editores.

1996 *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Lima: IDEMSA.

PRANDA, ANTONIO

2011 *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología*. Granada: Editorial Comares.

PRIORI, GIOVANNI.

2014 “Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos”. *Revista Ius et Veritas*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 49, diciembre pp. 146 - 161.

PUIG, FEDERICO.

1959 *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Volumen II. Barcelona: Editorial Desco.

QUELOZ, NICOLAS.

1999 “El sistema suizo de sanciones penales: evolución y reforma”. En: HURTADO, José (coordinador). *El sistema de penas en el nuevo Código Penal*. Lima, Asociación Peruana de Derecho Penal, pp. 137 - 164.

QUIRÓS, FRANCISCO.

1935 “Causas que extinguen la acción penal y la pena”. *Revista de la Universidad Católica*. Lima, tomo III, N° 14, junio pp. 245 - 258.

QUISPE, KELIN.

2013 “La formalización de la investigación preparatoria y la suspensión del ejercicio de la acción penal”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, N° 151, pp. 13 - 20.

RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN.

2004 *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*. Barcelona: Atelier.

RAMOS, CARLOS.

2011 "La obra jurídica del libertador José de San Martín en el Perú". *Cuadernos de Historia*. Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas "Roberto I. Peña", No. 21, pp. 153 - 190.

REY, CARLOS.

2004 "Problemas en torno a la prescripción". En: CALLANTES, José (coordinador). *Tratado de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*. Trujillo: Editora Normas Legales SAC, pp. 117 a 142.

REYNA, LUIS.

2015 *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Instituto Pacífico.

2008 *Excepciones, cuestión previa y cuestión pre judicial en el proceso penal*. Lima: Grijley.

RIGHI, ESTEBAN

2010 *Derecho Penal. Parte General*. Segunda reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

2001 *Teoría de la pena*. Buenos Aires, Hammurabi.

RODRÍGUEZ LLERENA, DARÍO.

1936 *Código de procedimientos en materia criminal. Concordado y comentado de acuerdo con las prescripciones del Código Penal en vigencia, según las decisiones doctrinarias de la Corte Suprema de la República en sus Ejecutorias y Circulares.*
Arequipa: Librería e Imprenta Mendoza.

RODRÍGUEZ MEZA, JOSÉ.

2007 “Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. N° 09-10, pp. 10:1 a 10:20
Consulta: 7 de abril de 2020.

<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS.

2003 “La prescripción y la estafa en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003: ¿Derecho penal figurativo, abstracto o surrealista?”. En: JAEN, Manuel (director). *Sistemas penales latinoamericanos. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario.* Lima: ARA.

ROJAS, FIDEL.

2012 *Derecho penal práctico. Procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación*. Lima:
Gaceta Jurídica.

ROMÁN, MARLENE.

2011 *Cuando la justicia penal es cuestión de seguridad jurídica. La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su presunta colisión con instituciones clásicas del derecho penal*. Lima: Universidad de San Martín de Porres.

ROSAS, JORGE.

2005 *Derecho procesal penal*. Lima: Jurista Editores.

ROXÍN, CLAUS.

2008 *Derecho penal: parte general, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Primera reimpresión. Madrid: Civitas.

2000^a *Derecho procesal penal*. Traducción de la quinta edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto.

2000b “Problemas fundamentales del sistema de derecho penal, (conferencia)”. En *Derecho penal: nuevas tendencias en el tercer milenio. Seminario internacional*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, pp. 51 - 59.

1998 *Dogmática penal y política criminal*. Traducción por Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA.

ROY FREYRE, LUIS.

1998 *Causas de extinción de la Acción Penal y de la Pena: Comentarios al Código Penal (arts. 78-91)*. Segunda edición. Lima: Grijley.

RUBIANES, CARLOS.

1985 *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Sexta reimpresión. Buenos Aires: Depalma.

RUBIO, MARCIAL

1989 *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, colección: Para leer el Código Civil.

RUIZ, SACRAMENTO

2015 “La acción popular”, artículo monográfico. Madrid, Editorial Jurídica Sepín.

Consulta: 30 de marzo de 2020. Referencia: SP/DOCT/19355

SÁENZ, ALEXEI.

2013 “Comentarios a las diversas reformas de la prescripción penal regulada en el Código Penal a más veinte años de su entrada en vigencia”. En: PRADO, Víctor (coordinador). Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Lima: IDEMSA, pp. 327 - 362.

2012 *La prescripción penal en el Perú (a veinte años de vigencia del código penal de 1991)*. Tesis de Maestría. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política.

1996 *La prescripción extraordinaria de la acción penal en el sistema penal peruano (a cinco años de vigencia del código penal de 1991)*. Tesis para obtener el grado de Abogado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política.

SÁEZ CAPEL, JOSÉ.

2004 “Influencia de las ideas de la Ilustración y la Revolución en el Derecho penal”. En GUZMÁN, José (coordinación). *El penalista liberal. Controversias nacionales e*

internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología (libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba). Buenos Aires: Hammurabi, pp. 245 - 256.

SAIN, JOSÉ.

2005 “La prescripción de la acción penal como mecanismo de instrumentación de la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas”. En: VÁSQUEZ, Magaly (organizadora). *Pruebas, procedimientos especiales y ejecución penal. VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, pp. 43 - 123.

SAN MARTÍN, CÉSAR.

2014 *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Lima: Grijley.

2013 “Proceso penal, Constitución y principios procesales”. En: PRADO, Víctor (coordinador). *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos*. Lima: IDEMSA, pp. 847 a 883.

2012 *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.

2005 “Introducción general al estudio del nuevo Código procesal penal”. En: CUBAS, Víctor, Yolanda DOIG y Fany QUISPE. *El nuevo proceso penal: estudios fundamentales*. Lima: Palestra.

2004 “La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas”. En: HURTADO, José (director). *La reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*, Friburgo, Universidad de Friburgo y Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 27 a 68.

SÁNCHEZ MERCADO, MIGUEL ÁNGEL.

2010 *Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*, en *Cuestiones de derecho penal, procesal penal y política criminal*, Lima: ARA pp: 483 - 498.

SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO

2011 *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. Segunda edición. Madrid: La Ley.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, LUIS.

2009 *Valdelomar o la Belle Époque*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

SÁNCHEZ VELARDE, PABLO.

2013 *Código procesal penal comentado*. Lima: Idemsa.

2009 *El nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA, Lima, 2009.

2005 *Introducción al nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA. 2005

2004a *Manual de derecho procesal*, IDEMSA, Lima, 2004.

2004b *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Editora Jurídica Grijley.

SCHMIDT, EDERHARD.

1957 *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Traducido por José Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

SCHÜNEMANN, BERND

2010 *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires: Hammurabi.

2008 *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: ARA.

2006 *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Lima: IDEMSA.

SCHWABE, JÜRGEN.

2009 *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*. Traducido por Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz. México: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

SEOANE, GUILLERMO.

1907 *Códigos Penal y de Enjuiciamientos en Materia Penal. Anotados con sus Referencias, Leyes modificativas y Piezas Jurídicas declaratorias*. Segunda edición. Lima: Librería Francesa Científica.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO.

2007 *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*. Madrid: Edisofer.

1995 “Prescripción de delitos”. *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*. Madrid, N° 8-9, Madrid, pp. 427 - 433.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS.

2005 “La sistemática alemana de la teoría del delito ¿es o no adecuada a estos tiempos? (Conferencia)”, en *Estudios de derecho penal*. Lima: ARA, pp. 15 - 30.

2003 *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabbi.

2000 *Estudios de derecho penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley, Lima,

TALAVERA, PABLO.

2004 *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

THOMAS, J.A.C.

2017 “La prescripción de los delitos en el Derecho Romano”. Traducido por José María Pedreira. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, N° 2, pp. 493 - 505.

TIEDEMAN, KLAUS

2003 *Constitución y derecho penal*. Lima: Palestra.

TORD, ÁLVARO.

2012 “Excepción de Prescripción y Litisconsorcio”. *Derecho & Sociedad*. Lima, julio, año 23, N° 38, pp. 126 - 131.

TORRENT, ARMANDO.

2016 “Derecho Penal Matrimonial Romano y *poena capitis* en la represión del *adulterium*”.

Revista Internacional de Derecho Romano. Madrid, Universidad de Castilla- La Mancha, Ciudad Real, octubre, pp. 239 - 301.

TRAZEGNIES, FERNANDO DE

2013 “La transferencia de filosofías jurídicas: la idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX”. *Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, N° 34, junio. pp. 37 - 66.

URQUIZO, JOSÉ.

2017 *Código penal práctico. Concordancias, doctrina, jurisprudencia, evolución legislativa*. Tomos I y II. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.

2014 *Código Penal*. Tomos I y II. Segunda edición. Lima: Asociación Universidad Privada San Juan Bautista.

VALDIVIESO, ANA.

2011 “La suspensión de la prescripción de la acción penal en virtud del artículo 339.1 del NCPP. Una interpretación que no se quiere ver”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, diciembre, tomo 30, pp. 238 - 249.

VÁSQUEZ ARÉVALO, ELIA.

2013 “Suspensión de la prescripción: Plazo razonable vs. Plazo razonable. A propósito del Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116”. *Revista Jurídica del Perú*, Lima, No. 151, pp. 21 - 24.

VÁSQUEZ ROSSI, JORGE.

1995 *Derecho procesal penal (la realización penal), Tomo I: Conceptos generales*. Primera reimpresión. Buenos Aires: Rubinzal Culzione Editores.

VEGA, RODOLFO.

2005 *Derecho Procesal Penal Explicado con Sencillez*. Tercera edición. Lima: Gaceta Jurídica.

VELA, SERGIO.

1990 *La prescripción en materia penal*. México: Trillas.

VÉLEZ FERNÁNDEZ, GIOVANNA.

2020 “El Nuevo Código Procesal Penal: La necesidad del cambio en el sistema procesal peruano”. *Revista Pensamiento Penal*. Buenos Aires. Consulta: 7 de abril de 2020.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/doctrina48633.pdf>

VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO.

1981 *Derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner.

VERA, OSCAR.

1960 *La prescripción penal en el Código Penal*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

VIDAL, FERNANDO.

2009 “En torno a la prescripción extintiva”. *Revista Oficial del Poder Judicial*. Lima, año 3, N° 5, pp. 229 - 236.

1999 *Prescripción extraordinaria y caducidad*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

1988 *La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano. Con un estudio sobre la relación jurídica*. Primera reimpresión. Lima: Cultural Cuzco.

VIDAURRE, MANUEL LORENZO.

1828 *Proyecto de un Código Penal*. Boston: Hiram Tupper.

VILLA STEIN, JAVIER.

2014 *Derecho penal. Parte general*. Lima: ARA.

2010 *Los recursos procesales penales*. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica.

VILLAVICENCIO, FELIPE.

2009 *Diccionario penal jurisprudencial: index completo de figuras e instituciones penales, procesal penales y penitenciarias desarrolladas en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

2007 *Derecho penal: parte general*. Segunda reimpresión. Lima: Grijley.

2001^a “Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción” En: OEA. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Lima: IDEI.

2001b *Código penal comentado*. Tercera edición. Lima: Grijley.

1990 *Lecciones de derecho penal*. Lima: Cultural Cuzco.

VINELLI, RENZO.

2015 “La excepción de prescripción”. En: REYNA, Luis (coordinador). *Las excepciones en el código procesal penal*. Lima: Jurista Editores, pp. 213 - 230.

VITERBO ARIAS, JOSÉ.

1900 *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Tomo I. Lima: Librería e Imprenta Gil.

VIVES, TOMÁS.

1992 *La reforma del proceso penal. Comentarios a la ley de medidas urgentes de reforma procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

VOLTERRA, EDOARDO.

2017 “En torno a la prescripción del delito en el Derecho Romano”, traducido por José María Pedreira. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, N° 2, pp. 477 - 491.

VON BULLOW, OSKAR.

2008 *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Lima: ARA.

VON FEUERBACH, PAUL.

1989 *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducido de la cuarta edición alemana (1847) por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi.

VON LISZT, FRANZ.

2014 *Las tareas y los métodos de la ciencia del derecho penal*. Traducida de la lección inaugural en la Universidad de Berlín del 27 de octubre de 1899 por Teresa Manso Porto. Lima: Instituto Pacífico.

WELZEL, HANS.

1987 *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Tercera edición. Traducido de la segunda edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

YUSSEFF, GONZALO.

1987 *La Prescripción Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ZAFFARONI, EUGENIO.

2015 “Bases para un derecho penal latinoamericano”. En: DEL CASTILLO, Bill, Ramiro PUELLES y Alex BENITES. *Bases para un derecho penal latinoamericano*. Lima: ARA, pp. 17 - 30.

2000 *Derecho penal, parte general*. Primera edición. Buenos Aires: Ediar.

1999 *Manual de derecho penal: parte general*, Quinta edición, novena reimpresión. Buenos Aires: Ediar.

1980 *Tratado de derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.

ZAMBRANO, ALFONSO.

2009 “La prescripción de la acción penal”. *Revista Jurídica*. Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia de Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, N° 24, pp. 257 - 280.

ZAPATA, CLAUDIO.

2018 “Concepto y evolución de la prescripción penal”. *Revista Nova Criminis. Santiago de Chile*, N° 16. Versión digital. Consultado el 15 de marzo de 2020.

<https://www.revistanovacriminis.com/index.php/rnc/article/view/21>

ZAVALA LOAIZA, CARLOS.

1941 *Sinopsis histórica de la Legislación Penal en el Perú*. Lima: Librería e Imprenta Gil.