

ANEXO 1

Observaciones al Anteproyecto de Código Penal 2018

La prescripción en general

Carlos Cabezas

Profesor asociado de Derecho penal

Universidad de Antofagasta

1. Justificación General

La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal se encuentra contemplada en el art. 176 y ss., APCP (2018) y sigue con la distinción clásica entre prescripción de la acción penal y prescripción de la pena, habitual, por lo demás, en el Derecho comparado. El APCP (2018) en este sentido presenta aspectos destacables, como por ejemplo, la eliminación de la interrupción como mecanismo para alargar los plazos prescriptivos que son de recibo, pero presentan aspectos preocupantes, en especial en lo que se refiere a su naturaleza, decantándose por una concepción procesal o al menos una que considera que no queda amparada por el principio de legalidad y el mandato de irretroactividad.

2. Justificación Particular

A) Prescripción de la acción penal

Plazos: La prescripción de la acción penal se encuentra contemplada en el art. 179 y ss., APCP y presenta, fundamentalmente, dos fases de plazo, distinguiendo si se trata de crímenes (15 años) y simples delitos (7 años). En este sentido, el APCP (2018) simplifica un sistema de por sí complejo tal y como está contemplado en nuestro actual Cp. Agrega el art. 180 APCP (2018) un régimen de cómputo de plazo que se celebra y coloca a tono nuestro ordenamiento con la legislación comparada, estableciendo momentos de inicio diversos según el tipo de delito. Se hecha en falta, eso sí, alguna disposición acerca de los delitos permanentes. Introduce una norma de “prescripción total” de veinte y treinta años desde la perpetración que si bien contempla plazos demasiado holgados, permiten asegurar que el delito no se convertirá en uno imprescriptible (respecto de los que prescriben, claro está)

Mecanismos de aumento de plazos: el APCP (2018) innova decididamente en considerar sólo un mecanismo de aumento, la suspensión, eliminando la interrupción, viejo reclamo doctrinal. En este sentido asume la interpretación de la Excelentísima Corte Suprema ha venido dando a propósito del momento suspensivo, es decir, “desde la primera diligencia o gestión” contra el sujeto que le atribuye responsabilidad. Si bien es una mejora, la cantidad de momentos suspensivos parece excesiva: una medida cualquiera de investigación ante, incluso, una autoridad policial, sería suficiente para suspender el plazo. Parecería más prudente reducir estos momentos a solo aquellos realizados ante una autoridad jurisdiccional, pues de lo contrario, las policías y el ministerio público podrían manipular estos actos con el objeto de suspender sucesivamente los plazos: recuérdese que el APCP (2018) considera como regla general la prescriptibilidad y como excepción la imprescriptibilidad de la acción.

Con respecto al inciso final del art. 181 APCP (2018), la norma presenta otra causa de suspensión (o de inicio de cómputo) innovadora: la falta de voluntad de los órganos de persecución criminal, que responde al principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Sin embargo, sorprende que el redactor haya limitado esta situación solo a un caso: se echa en falta una norma equivalente al art. 103 vigente, que duplica los plazos de prescripción cuando el sujeto se haya fuera del territorio de la República y otros que la legislación de otros países contempla y que recurren al mismo principio, es decir, que frente a la imposibilidad del ejercicio de la acción, esta se suspende (o no inicia el cómputo del plazo). Existe una manifestación en esta línea en el art. 270 APCP (2018) que replica en forma bastante aproximada el actual 369 quater Cp, que a su vez responde a la opinión vigente en muchas legislaciones (España, Italia, Alemania), descartando la imprescriptibilidad de estos delitos cuando atentan contra menores de edad.

Principio de legalidad: sin embargo, el aspecto más preocupante del APCP (2018) en esta materia no está en las normas propias de la prescripción, sino en el art. 8 inciso final, pues decide dejar fuera del radio de la prohibición de irretroactividad más desfavorable las normas acerca de la prescripción de la acción penal y de la pena.

Sobre la naturaleza de esta institución, la abrumadora mayoría de la doctrina la incardina en el derecho penal sustancial y, por tanto, sometida al principio de legalidad¹. La posición que la considera un fenómeno de naturaleza procesual o, en todo caso, no sometida al principio de legalidad, es la tesis mayoritaria en Alemania y minoritaria en Chile².

Los argumentos que la observan como un fenómeno de naturaleza sustancial o al menos sometida al principio de legalidad, parecen más concluyentes. Limitar el alcance de la legalidad sólo a los elementos del delito y la pena pasa por alto que las condiciones de lo penalmente

¹ Derechamente por una naturaleza sustantiva GUZMÁN DALBORA, José Luis, “De la extinción de la responsabilidad penal” en Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Dir.), *Texto y comentario del Código penal chileno*. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile, 2002, pp. 433-487, p. 462. Sin tomar una posición clara sobre el particular pero, aparentemente, inclinándose a favor de una naturaleza sustancial, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*. Tomo 1, Segunda edición. Santiago: Jurídica de Chile, 2004, p. 513. GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal parte general*. Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica, 1997, p. 373; YUSEFF SOTOMAYOR, *La prescripción*, cit., nota n° 12, p. 59 y sgtes; PEÑA y SANTIBÁÑEZ, “La prescripción de delitos sexuales”, cit., n° 2, p. 4.

² Por ejemplo F. SALIGER, “§78 ff.”, en U. KINDHAUSER, U. NEUMANN y H.U. PAEFFGEN, (editores) *NomosKommentar StGB*, 3° edición, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 2476; W. MITSCH, §78 ff., en W. JOECKS y K. MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2a edición, München, 2012, pp. 1453-1488 p. 1455; H. SATZGER, *Die Verjährung im Strafrecht*, en *JURA*, no 6, 2012, pp. 433-443. Fundamental para esta teoría, la sentencia de la Corte Constitucional alemana de los años 50° y 60°, en particular, la sentencia del 26.2.1969: Un resumen de estas conclusiones en A. ESER, e B. BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. de S. BACIGALUPO, y M. CANCIO MELIÀ, Madrid, 1995, pp. 47 e ss. En España, estos argumentos han sido recibidos por E. GIMBERNAT, *La prolongación del plazo de prescripción para el asesinato en la República Federal de Alemania en ADPCP*, vol 18, Fasc/Mes. 1, 1965, pp. 216-222, p. 221; en Italia, F. GIUNTA e D. MICHELETTI, *op., cit.*, p. 83; en Chile J.P. MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, Santiago, 2010, pp. 216 e ss.

relevante no solo se agotan en esa pareja de fenómenos, sino también en otras coordenadas como el tiempo contingente para la persecución criminal. No debe olvidarse, por lo demás, que la prescripción beneficia tanto a inocentes como cupables del ejercicio del poder punitivo (en sentido amplio) del Estado.

Por lo demás, modernamente la naturaleza de la prescripción ha sido reconstruida desde el punto de vista del principio de confianza objetivo, en el sentido de no modificar las reglas del juego. Hacer retroactivos los modificaciones a la prescripción implica necesariamente una decisión que conoce de antemano quienes serían los destinatarios de una tal modificación³.

Todo lo anterior resulta aun más evidente tratándose de la prescripción de la pena. Mientras en el Derecho comparado se discute la naturaleza procesal o sustancial de la prescripción de la acción penal, no sucede lo mismo respecto de la prescripción de la pena, donde es pacífico reconocer su naturaleza sustancial, toda vez que no es un mero “impedimento para el proceso”, sino la no realización del castigo ya irrogado.

3. Texto de las propuestas

Artículo Observado	Propuesta de modificación
<p>Art. 8. Aplicación de la ley penal en el tiempo. La pena, la consecuencia adicional a la pena y la medida de seguridad que corresponde imponer es la prevista por la ley vigente al momento de la perpetración del hecho.</p> <p>Si durante la perpetración del hecho entrare en vigor una nueva ley se estará a ella siempre que en la fase de perpetración posterior se realizare íntegramente la descripción legal del hecho.</p> <p>Si a la fecha del pronunciamiento judicial sobre el hecho se encontrare vigente una ley más favorable para el imputado se estará a ella.</p> <p>Si después de la perpetración del hecho hubiere entrado en vigor una ley más</p>	<p>Art. 8. Aplicación de la ley penal en el tiempo. La pena, la consecuencia adicional a la pena y la medida de seguridad que corresponde imponer es la prevista por la ley vigente al momento de la perpetración del hecho.</p> <p>Si durante la perpetración del hecho entrare en vigor una nueva ley se estará a ella siempre que en la fase de perpetración posterior se realizare íntegramente la descripción legal del hecho.</p> <p>Si a la fecha del pronunciamiento judicial sobre el hecho se encontrare vigente una ley más favorable para el imputado se estará a ella.</p> <p>Si después de la perpetración del hecho hubiere entrado en vigor una ley más</p>

³ En la doctrina española, RAGUÉS La prescripción penal: fundamento y aplicación, Barcelona, 2004, P. 83; en Italia DONINI M., Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale, in Foro It, 1998, V, pp. 317-336p. 324; en Alemania JAKOBS G., Derecho penal, Parte general, trad. J. CUELLO CONTRERAS, e J.L. SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, 2a edizione, Madrid, 1997, p. 82.

<p>favorable se estará también a ella para el pronunciamiento judicial sobre el hecho aunque ya no se encontrare vigente a esa fecha, a menos que la ley disponga otra cosa.</p> <p>Si una ley más favorable entrare en vigor después de ejecutoriada la sentencia que hubiere impuesto la pena, la consecuencia adicional a la pena o la medida de seguridad el tribunal que la hubiere pronunciado deberá modificarla de oficio o a petición del condenado o afectado en todo aquello en que la sentencia no se hubiere ya ejecutado.</p> <p>Las leyes destinadas a tener vigencia por un tiempo determinado serán siempre aplicables a los delitos perpetrados bajo su vigencia a menos que la ley disponga otra cosa.</p> <p>Serán aplicables inmediatamente desde que entraren en vigor, aun a hechos perpetrados con anterioridad:</p> <p>1° las leyes relativas al régimen de ejecución de las penas, las consecuencias adicionales a la pena y las medidas de seguridad a menos que de ello resultare su agravación;</p> <p>2° las leyes relativas a la prescripción de la acción penal y de la pena a menos que hubiere transcurrido el plazo de prescripción.</p>	<p>favorable se estará también a ella para el pronunciamiento judicial sobre el hecho aunque ya no se encontrare vigente a esa fecha, a menos que la ley disponga otra cosa.</p> <p>Si una ley más favorable entrare en vigor después de ejecutoriada la sentencia que hubiere impuesto la pena, la consecuencia adicional a la pena o la medida de seguridad el tribunal que la hubiere pronunciado deberá modificarla de oficio o a petición del condenado o afectado en todo aquello en que la sentencia no se hubiere ya ejecutado.</p> <p>Las leyes destinadas a tener vigencia por un tiempo determinado serán siempre aplicables a los delitos perpetrados bajo su vigencia a menos que la ley disponga otra cosa.</p>
<p>Art. 181. Suspensión de la prescripción de la acción penal. La prescripción de la acción penal se suspenderá desde que se practicare la primera diligencia o gestión, fuere de investigación, de carácter cautelar o de otra índole, por la cual se atribuyere responsabilidad al sujeto por el respectivo delito.</p>	<p>Art. 181. Suspensión de la prescripción de la acción penal. La prescripción de la acción penal se suspenderá desde que se practicare la primera diligencia o gestión, fuere de investigación, de carácter cautelar o de otra índole.</p> <p>Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente la diligencia o gestión puede</p>

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente la diligencia o gestión puede ser practicada por cualquiera tribunal que ejerza jurisdicción en lo penal, el Ministerio Público o la policía, o bien ante cualquiera de tales órganos.

Si el procedimiento se paralizare por más de tres años, el plazo de prescripción volverá a correr como si nunca se hubiere suspendido. Tratándose del sobreseimiento temporal, el plazo de prescripción volverá a correr si el procedimiento se hubiere suspendido por más de cinco años, a menos que se tratare del rebelde. En este último caso, la acción se extinguirá una vez transcurridos veinte años desde la paralización del procedimiento tratándose de un simple delito y treinta años tratándose de la de un crimen.

La prescripción de la acción penal también se suspende por el tiempo durante el cual los organismos de la persecución penal hubieren sustraído deliberadamente al hechor de tal persecución.

ser practicada **ante** cualquiera tribunal que ejerza jurisdicción en lo penal,

Si el procedimiento se paralizare por más de tres años, el plazo de prescripción volverá a correr como si nunca se hubiere suspendido. Tratándose del sobreseimiento temporal, el plazo de prescripción volverá a correr si el procedimiento se hubiere suspendido por más de cinco años, a menos que se tratare del rebelde. En este último caso, la acción se extinguirá una vez transcurridos veinte años desde la paralización del procedimiento tratándose de un simple delito y treinta años tratándose de la de un crimen.

La prescripción de la acción penal también se suspende por el tiempo durante el cual los organismos de la persecución penal hubieren sustraído deliberadamente al hechor de tal persecución **y por la ausencia del territorio de la república del hechor, en ambos casos, por el plazo máximo dispuesto en el artículo anterior**