

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL Y LA LEX TERTIA

GASTON MANRIQUE PACHAS
Miembro del Taller de Ciencias Penales
de la Facultad de Derecho PUC

Un problema previo que se suscita con respecto a la prescripción de la acción penal, gira en torno a saber si se trata de una ley procesal, de forma, o en todo caso se trata de una ley sustantiva, de fondo (penal sensu stricto). El asunto muy debatido en doctrina (1), adquiere particular relevancia toda vez que una determinada concepción puede o no reconocer que tenga efecto retroactivo.

Nuestro código penal sin embargo, resuelve claramente el problema incorporando al Título I del libro IV, de la relación entre el código penal y la legislación anterior, el artículo 396^o que permite una aplicación retroactiva de las disposiciones relativas a la prescripción de la acción penal y de las penas, en cuanto tales disposiciones resultan más favorables al autor de la infracción.

Ahora bien, una de las garantías de la ley penal es que ésta resulta aplicable a los actos cometidos durante su vigencia, es decir, se aplica la ley vigente en el momento de la comisión del acto. Este principio es el deno-

minado *Tempus Regit Actum*, que nuestra constitución recoge implícitamente en el art. 2, inc. 20 lit. d), así como el código penal en sus artículos 2^o y 3^o.

El deber de aplicar una determinada ley se limita al tiempo en que dicha ley está en vigor, excluyendo su aplicación cuando un hecho acontece antes o después de su vigencia. Se consolida de esta manera el principio de irretroactividad y de no ultractividad, el cual reconoce una excepción en la retroactividad de la ley más favorable, impuesta por la índole restrictiva de libertad de las leyes penales. Así, no hay posibilidad de arbitrariedad ni se afecta la seguridad jurídica.

Es en relación a la sucesión de las leyes penales en el tiempo, que pueden presentarse cuando menos hasta tres casos:

1) Una decisión criminalizadora, esto es, la nueva ley sanciona penalmente una conducta antes permitida. Se crea un deli-

2) Una decisión descriminalizadora, la nueva ley suprime un tipo de delito que antes existía, es decir, una conducta delictiva deja de ser considerada punible convirtiéndose en lícita.

3) Por último, una decisión en virtud de la cual, una nueva ley manteniendo el tipo delictivo resulte ser tan sólo modificativa de la precedente (2), ya sea flexibilizando el rigor penal, esto es atenuando sus consecuencias, o en todo caso agravándolas.

Frente a éste último caso la nueva ley puede resultar más favorable o más perjudicial para el acusado. "Si la ley posterior es menos benigna, el hecho ejecutado bajo la ley derogada debe juzgarse conforme a ésta; es decir, que la ley antigua es ultractiva, en obediencia al principio *Tempus Regit Actum*. Si por el contrario, la nueva ley es más favorable, se aplica ésta, haciendo uso de la excepción de retroactividad de la ley más benigna." (3).

En este orden de ideas, ¿Resulta posible dividir la ley antigua y la nueva en varias partes, para aplicar al acusado las disposiciones más benignas de la una y de la otra al mismo tiempo? o en otras palabras, ¿Es dable que el juez, al decidir sobre la favorabilidad para el reo, pueda utilizar no tan sólo una ley, sino recoger lo más favorable de la ley posterior?

Es a través de estas interrogantes que ingresamos a tratar el problema de la LEX TERTIA. En principio no es sino aquella posibilidad que tiene el juez al

(1) Resulta muy discutible incluir como leyes adjetivas precisamente aquellas que determinan condiciones esenciales del delito.

(2) Lola Aniyar de Castro diferencia entre los términos descriminalización y despenalización, conceptualizando este último como la sustitución de la pena por sanciones extrapenales.

(3) JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1964, pág. 627.

momento de decidir, de aplicar no tan sólo una ley, sino recoger lo más favorable de las leyes posteriores. En España, Argentina y Colombia por ejemplo, esta posibilidad ha sido seriamente cuestionada, y se argumenta fundamentalmente que con ello se daría al juez la facultad de confeccionar leyes; el magistrado, dicen, estaría autorizado para crear una tercera ley, con lo cual se irrogaría funciones legislativas que no tiene. Asimismo complementan esta posición, entre otros argumentos, el hecho de que se daría un amplio margen para la arbitrariedad judicial, así como al ciudadano no le quedarán suficientemente claras cuales son sus garantías frente a la administración de justicia.

En nuestro medio la jurisprudencia se ha mantenido casi unánime en esta línea, debiendo rescatarse una reciente tendencia jurisprudencial en contrario. Veamos para tal efecto el problema de la prescripción de la acción penal, que es una de las formas en que puede aparecer la LEX TERTIA.

Hemos visto ya que las disposiciones sobre prescripción deben ser tratadas como leyes propiamente dichas, y en esa medida ha de aplicarse en todos los casos la ley más favorable.

El Decreto-Ley 17106 del 8 de Noviembre de 1968, modificó entre otros, los artículos 119^o y 121^o del código penal referentes a la prescripción de la acción penal, derogando la ley 10203 (de Julio de 1945) y estuvo en vigencia hasta la dación del Decreto Legislativo 121 del 12 de Junio de 1981. Entre las diferencias introducidas por el Decreto Legislativo 121 (en vigencia), con respecto al Decreto-Ley 17106, cabe hacer mención de las siguientes:

1.— El aludido Decreto Legislativo resulta más favorable al reo en cuanto a los plazos de prescripción. Así mientras el Decreto-Ley derogado señalaba, por ejemplo, que para los delitos que merezcan prisión o expatriación la acción penal prescribía a los diez años, la legislación vigente señala un plazo de cinco años.

2.— El Decreto Legislativo 121 adiciona una mitad al plazo de prescripción tratándose de delitos en agravio del Estado. Siguiendo en el ejemplo anterior, si el delito merece pena de prisión, la acción penal prescribirá a los cinco años, mas si el agraviado resulta ser el Estado, el plazo será de 7 años y 6 meses. El anterior Decreto-Ley no hacía distinción de la calidad del agraviado para los efectos de la prescripción.

3.— Durante la vigencia del Decreto-Ley 17106, esto es, desde el 10 de Noviembre de 1968 al 14 de Junio de 1981 inclusive, estuvo derogado el último párrafo del art. 121^o que decía: "Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso cuando la duración del plazo ordinario de la prescripción sobrepasa en una mitad". Dicho párrafo fue nuevamente insertado en el art. 121^o al entrar en vigencia el Decreto Legislativo 121.

Había desaparecido pues, del ordenamiento sustantivo el plazo extraordinario de prescripción (que opera cuando ha habido suspensión o interrupción); por tanto, a cada interrupción procesal debía contarse nuevamente el plazo ordinario. Si volvemos al ejemplo anterior, del delito que amerita pena de prisión, y el agraviado resulta ser el Estado, y el hecho delictuoso ha sido cometido durante la vigencia del presente Decreto Legislativo; el plazo de prescripción será de 11 años y 3 meses.

Consideramos que para los hechos delictuosos cometidos en agravio del Estado, durante la vigencia del derogado Decreto-Ley 17106 y en vigencia actual del Decreto Legislativo 121; será de aplicación este último en cuanto tiene plazos más favorables y en cuanto incorpora nuevamente el plazo extraordinario de prescripción, estando al prin-



cipio de retroactividad benigna de la ley penal; mas será de aplicación el Decreto-Ley 17106 en el extremo que no hacía distinción en cuanto a la calidad del agraviado. Toda vez que resultaría ultratractiva en obediencia al principio *Tempus Regit Actum*.

Entonces, en el supuesto de prescripción extraordinaria de la acción penal de un delito que merezca pena de prisión, perpetrado en agravio del Estado, durante la vigencia del derogado Decreto-Ley 17106, el plazo de prescripción será de 7 años y 6 meses.

¿Por qué LEX TERTIA?

Definitivamente el límite fundamental para la imposición de una pena viene precisado por la ley, y más aun en el Derecho Penal, que merced al principio de legalidad, la sumisión del juez a la ley resulta más acentuada; sin embargo, no es menos cierto afirmar que las demás fuentes del Derecho (Jurisprudencia, doctrina, etc.) se aplican

en el Derecho Penal.

Además, es una opinión casi generalizada tanto por la doctrina nacional como por la extranjera (4), la que atribuye a la función judicial un significado más allá del puramente mecánico. Esto es, la interpretación del juez, no puede ser un mero acto burocrático, una orden escrita, es ciertamente mucho más que una simple operación lógica.

Por ello es que no estamos de acuerdo con opiniones como las vertidas al principio de este trabajo, que opuestas a la aceptación de la LEX TERTIA, afirman que merced a ésta, se le estaría atribuyendo al juez facultades legislativas que no tiene. Olvidan que en determinados casos el juez está facultado para efectuar una interpretación extensiva de la ley penal, empleando para tal efecto además de un criterio literal, criterios como el histórico, sistemático o teleológico (5). Olvidan asimismo, que en casos como el analizado líneas

arriba, el juez está a lo más favorable para el acusado, con mayor razón en países como el nuestro, que se asientan en un Estado de Derecho que propugna (o debe propugnar) un modelo penal mínimo y garantista. Olvidan por último, que en las leyes penales en blanco y en los tipos abiertos, como bien señala Bustos Ramírez, "... el juez claramente fusiona o compone leyes sin que por ello haya objeción, de modo que no se ve razón material para impedir tal labor del juez en este caso". (6).

(4) En nuestro medio, BRAMONT ARIAS, HURTADO POZO.

(5) HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*, Lima, 1987, pág. 181.

(6) BUSTOS RAMIREZ, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, 1986, pág. 40. Un claro ejemplo de tipo penal en blanco, lo constituye el Decreto Legislativo 123; ejemplos de tipos abiertos los podemos encontrar en la legislación antiterrorista principalmente; no sin señalar que nuestro Código Penal contiene normas al respecto.