

# Sobre la prescripción de la acción penal

Iván Meini\*

La razón de ser de la prescripción está vinculada a los efectos que genera el paso del tiempo. Como causa de extinción de la acción penal (art. 78.1 CP), la prescripción pareciera estar ligada a la *gravedad* del hecho y, en menor medida, a la *responsabilidad* del sujeto. Lo primero porque los plazos de prescripción de la acción penal se determinan en función a la gravedad de la pena con que se conmina el delito (art. 80 CP), y también porque los delitos de lesa humanidad no prescriben. Lo segundo porque el art. 81 CP reduce el plazo de prescripción en una mitad si el agente tenía menos de veintiún años o más de sesenticinco años al momento de comisión del hecho punible.

Según la ley (art. 80 CP), el *plazo ordinario* de prescripción de la acción penal es, para los delitos que tienen prevista pena privativa de libertad, igual al máximo de la pena, sin que éste pueda sobrepasar los veinte años. Si el delito se sanciona con cadena perpetua, la acción penal prescribe a los treinta años<sup>1</sup>. El *plazo extraordinario* de prescripción (art. 83 CP), por su parte, se cumple cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción, y se aplica si éste se *interrumpe*. Las causales de *interrupción* del plazo ordinario de prescripción son tres: actuaciones del Ministerio Público; actuaciones de las autoridades judiciales; y, comisión de un nuevo delito. Según el art. 82 CP, el *plazo ordinario* de prescripción empieza a computarse a partir de la consumación del delito. Según una extendida y pacífica interpretación jurisprudencial<sup>2</sup>, el *plazo extraordinario* de prescripción se computa también desde la consumación del hecho.

La *suspensión* de la prescripción de la acción penal consiste, según el art. 84 CP, en que si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, la prescripción se suspende hasta que aquel quede concluido. A diferencia de la interrupción, la suspensión de la prescripción no deja sin efecto el tiempo transcurrido (art. 83, 1<sup>er</sup> 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.

La interpretación que se haga de los preceptos que regulan la prescripción estará condicionada por la razón de ser de la prescripción que, como se ha dicho, está íntimamente ligada a los efectos del tiempo. La tesis que aquí pretendo demostrar es que, en contra de lo que usualmente se estima, lo que Ley denomina “prescripción de la acción penal” solo puede justificarse por consideraciones político-criminales y no materiales ni procesales, aunque sus efectos se aprecien en el plano procesal. Ello obliga a entender que “la prescripción de la acción penal” no siempre afecta a la acción penal. El plazo extraordinario de prescripción, por su parte, se justifica porque el Estado manifiesta su decisión de perseguir penalmente, por lo que resulta imperante reinterpretar el inicio del plazo extraordinario de prescripción, en el sentido que debe computarse desde la primera interrupción y no desde la consumación del hecho. Por lo mismo, cuando operen cambios legislativos que extiendan los plazos de prescripción, y aun cuando ello pueda ser visto como aplicación retroactiva en perjuicio del reo, en realidad no es así: ni es aplicación retroactiva ni en perjuicio del reo. Al hilo de la fundamentación de estas ideas se irá llamando la atención sobre lo defectuoso de la regulación penal sobre la prescripción de la acción penal. Sobre ello versan las siguientes páginas.

La prescripción de la acción penal opera de pleno derecho cuando transcurre el plazo que la ley establece. La resolución judicial que declara fundada una excepción de prescripción es, como su nombre lo indica, declarativa y no constitutiva. No otra cosa expresa el art. 6.e) C.Proc.P al señalar que la excepción de prescripción puede deducirse cuando “por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal”. Sin embargo, y aun cuando la ley se empeñe en señalarlo, es dudoso que sea la acción penal lo que prescribe.

Si por acción penal se entiende la atribución para requerir al órgano jurisdiccional en pos de

\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Católica del Perú

1 Si bien el art. 80 CP establece que “la prescripción no será mayor de veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años”, dicha redacción podría entenderse que en ningún caso el plazo de prescripción será mayor. La Jurisprudencia Vinculante aprobada en Acuerdo Plenario N. 9-2007/CJ-113, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de marzo de 2008, estableció, en su considerando 9, que “tales límites excepcionales solo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal”.

2 Que alcanza incluso el estatus de Jurisprudencia Vinculante, *vid.* Acuerdo Plenario N. 9-2007/CJ, publicado en El Peruano el 25 de marzo de 2008.

un pronunciamiento sobre un hecho de relevancia penal que, en los delitos de persecución pública, recae en el Ministerio Público, y en los delitos de persecución privada (querrela), corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito (art. 1 nuevo C.Proc.P)<sup>3</sup>, y si la prescripción es el efecto que genera el paso del tiempo y que extingue la acción pero no el derecho (art. 1989 CC), parece que el concepto de *acción penal* por el cual opta el CP es el de denuncia penal. Así, si el CP identifica “acción penal” a “formalización de la denuncia penal”<sup>4</sup>, no se entiende cómo la prescripción de la acción penal puede verificarse antes de que el Ministerio Público inicie las investigaciones preliminares que, en su caso, probablemente, conducirían al Fiscal a formalizar denuncia penal ante el Poder Judicial. En estos casos, lo que se extingue no es la acción penal sino la posibilidad de investigar si, llegado el caso, se ejercitara la acción penal. Esto es precisamente lo que sucede en la prescripción ordinaria, que tiene lugar antes de que el Ministerio Público formalice denuncia penal ante el Poder Judicial<sup>5</sup>.

Pero tampoco se entiende cómo es posible que la acción penal pueda prescribir después de ejercida. La prescripción extraordinaria da cuenta de esta idea, pues en los casos en que la interrupción se da por actuaciones del Poder Judicial (art. 83 CP), es porque existe ya una denuncia que ante él ha formalizado el Ministerio Público, o el particular en su caso. Es decir, una vez ejercida la acción penal lo único que podría prescribir son sus efectos.

En la medida en que aquello que el legislador penal ha denominado “prescripción de la acción penal” hace referencia a algo más extenso y amplio que la acción penal tal cual la concibe la ley, es posible pensar en dos opciones. La primera es postular un concepto *amplio de acción penal* que abarque no solo el acto de formalización de la denuncia, sino también las actuaciones que el Ministerio Público realiza a partir de la investigación preliminar que en su caso pueden conducir a formalizar la denuncia y las actuaciones del Poder Judicial orientadas a obtener un pronunciamiento. La segunda opción es admitir que lo que prescribe no es la acción penal.

El concepto amplio de acción penal como sinónimo de aquello que prescribe debe ser

rechazado. Pues, por ejemplo, el archivamiento de una denuncia por parte del Fiscal Provincial que es elevada en recurso de queja al Fiscal Superior es una actuación del Ministerio Público, pero no una acción penal. Es decir, interrumpe el plazo de prescripción pero no formaliza denuncia alguna ante el Poder Judicial. Algo similar sucede, por ejemplo, con la emisión de una sentencia de primera instancia, pues si bien se trata de una actuación del Poder Judicial no puede ser considerada acción penal.

Parece entonces recomendable aceptar que lo que el paso del tiempo extingue es en realidad la *obligación* del Estado de investigar y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante, ya sea condenando, absolviendo o simplemente archivando; en otras palabras, la obligación de valorar formal y jurídico-penalmente un hecho. Está claro que lo que se extingue es solo la *obligación* de iniciar o continuar la persecución penal y no el *derecho* estatal de hacerlo que el art. 91 CP reconoce que “el imputado puede renunciar a la prescripción de la acción penal”; o lo que es lo mismo, si éste renuncia a la prescripción el Estado sigue estando obligado a iniciar o continuar la persecución.

Por lo tanto, no se trata, como alguna sentencia del TC ha malentendido<sup>6</sup>, que la prescripción extinga el *ius puniendi*. Éste, el *ius puniendi*, hace alusión de manera inequívoca a la atribución estatal de sancionar<sup>7</sup>, y si bien la prescripción de la acción penal impide la imposición de una pena, ello es así solo cuando el hecho penalmente relevante sea punible, pero no cuando se deba absolver, o cuando por alguna otra circunstancia, como la no concurrencia de una condición objetiva de punibilidad, no quepa imponer la pena, o cuando la prescripción se produce antes incluso de que el hecho sea conocido por las autoridades<sup>8</sup>. También en estos casos en los que no se impone sanción alguna surte efectos la prescripción de la acción penal, pues también aquí impide una persecución penal e impide un pronunciamiento judicial.

Además, si se tiene en cuenta la presunción de inocencia no es correcto diferenciar entre supuestos punibles y no punibles en el estudio de la prescripción, ya que en ambos casos por igual la prescripción opera antes de que exista una sentencia

3 La acción penal es definida como “el poder jurídico cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura del proceso penal, haciendo surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada”. Cfr. *San Martín Castro*, Derecho Procesal Penal, I, 2 ed., Grijley, Lima, 2003, p. 310.

4 *Concepto restringido* de acción penal al cual se refieren diversos preceptos, como el art. 2 del nuevo C.Proc.P. (principio de oportunidad) cuando se establece que el Ministerio Público podrá *abstenerse de ejercitar la acción penal*.

5 Entiéndase que la denuncia fiscal es una de las posibles actuaciones del Ministerio Público que interrumpen el plazo de prescripción.

6 Exp. N. 02203-2008-HC/TC del 12 de septiembre de 2008, fundamento 2: “la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, 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 puniendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella.”

7 Con múltiples referencias, *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 5 ed., trad. Olmedo Cardenete, Granada, 2002, § 2.1.1 ss.

8 Por eso la tesis de *Roy Freyre*, Causas de la Extinción de la acción penal y de la pena, 2 ed., Grijley, Lima, 1998, p. 48 s., de que la prescripción de la acción penal pone fin a la potestad represiva tampoco es de recibo, o la de *Peña Cabrera Freyre*, Derecho Penal, Parte General, 2 ed., Rodhas, Lima, 2007, p. 1092.

firme que declare judicialmente la responsabilidad, la existencia del delito y, en su caso, imponga una pena.

Todo lo anterior obliga a descartar que la prescripción de la acción penal sea una causa que extinga la responsabilidad penal, la pena o el delito. En derecho comparado, sin embargo, no siempre es posible apreciar esto con claridad. La legislación española (art. 130.5 CP español) menciona que “la prescripción del delito” es una “causa de extinción de responsabilidad penal”. Algo similar ocurre en el derecho alemán, en donde el § 78 StBG refiere que “*Die Verjährung schließt die Ahndung der Tat und die Anordnung von Maßnahmen*” (la prescripción excluye la sanción del hecho y el ordenamiento de medidas). El art. 157.1 del *Codice Penale* indica que “*la prescrizione estingue il reato*” (la prescripción extingue el delito). El Código Penal argentino, en sus art. 59 ss., se expresa de manera similar al CP peruano y al art. 82.4 CP colombiano, al señalar que la prescripción es una causa de extinción de la acción penal. Mientras que el CP chileno, en su art. 93.6, estima que “la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la acción penal”. El art. 118.1 CP portugués es, a este respecto, especialmente interesante, pues señala que “o procedimento criminal extingue-se, por feito de prescrição”: el procedimiento –y no la acción penal ni la responsabilidad penal– es lo que prescribe.

En resumen: la prescripción de la acción penal no extingue la acción penal, ni el delito, ni la responsabilidad penal; únicamente la obligación estatal de perseguir y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante. Un hecho penalmente relevante no es solo un delito, sino todo comportamiento que tenga apariencia delictiva (solo así se puede sostener que una sentencia absoluta no significa que el Estado haya restringido de manera ilícita la libertad del procesado). En pocas palabras, la prescripción de la acción penal es una condición de impide la persecución penal<sup>9</sup>.

Los intentos por justificar la prescripción de la acción penal suelen partir de que “la base de la prescripción en general, como institución jurídica presente en todos los sectores del ordenamiento jurídico, reside en la aceptación *de hecho* de que el transcurso prolongado del tiempo *termina provocando inexorablemente* cambios en las relaciones, situaciones o pretensiones jurídicas”<sup>10</sup>, o de que “la prescripción es una causa de extinción de la acción penal y se fundamenta en *obvios motivos de interés públicos*”<sup>11</sup>. Argumentos tautológicos como los descritos

no pueden adoptarse, ya que dan por probado justamente lo que se tiene que probar.

Es verdad que el paso del tiempo surte efectos jurídicos penales; así al menos lo declara la ley. Pero no es seguro que dichos efectos recaigan sobre aspectos materiales y/o procesales.

Probablemente la prescripción de la acción penal ni siquiera encuentre su razón de ser en consideraciones jurídicas (materiales y/o procesales), sino solo en móviles políticos. De hecho, ni siquiera es seguro que la obligación del Estado de investigar y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante tenga que diluirse con el transcurso del tiempo. La admisión de lo dicho llevaría a negar la existencia misma de la prescripción de la acción penal, algo que, si se analiza con detenimiento, sucede ya con los delitos de lesa humanidad que no prescriben, y que además se ha propuesto, aunque todavía sin éxito, para los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Al análisis de estas ideas se dedican los siguientes párrafos.

**a) La justificación de la prescripción desde la perspectiva de los fines de la pena: ¿afecta el paso del tiempo a los fines de la pena?**

En la medida en que la prescripción de la acción penal se distingue de la prescripción de la pena (arts. 78 CP ss. y arts. 85 ss. CP ss., respectivamente) y dado que lo que se extingue es la obligación estatal de perseguir, en lo que aquí interesa el transcurso del tiempo nunca podrá repercutir sobre *los fines de la pena*<sup>12</sup>. Cuando lo haga será porque lo que prescribe es la pena. Esta afirmación hunde sus raíces en el poderoso e incontestable argumento de que la prescripción de la acción penal opera si no existe sentencia firme (en tal caso la acción penal se extingue por autoridad de cosa juzgada según el art. 78.2 CP) y que la pena solo se impone definitivamente en una sentencia firme. Lo contrario sería tanto como vulnerar el principio de presunción de inocencia que impide considerar responsable, y por ende sancionar, a quien no se le ha declarado judicialmente como penalmente responsable.

Si la pena tuviera algo que ver en la prescripción de la acción penal debería absolverse al sujeto cuando se declara fundada una excepción de prescripción<sup>13</sup>. Ello, obviamente no sucede, no solo porque en muchos casos la prescripción ordinaria opera cuando ni siquiera hay una *notitia criminis*, de lo contrario el Ministerio Público actuaría y se interrumpiría el plazo de prescripción. Sino también

9 Se expresa una terminología parecida (“presupuesto de procedibilidad”) *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I. 3 Aufl., München, 1997, § 23/51. También *Cobo del Rosal/Vives Antón*, *Derecho Penal, Parte General*, 5 ed., Valencia, 1999, p. 956.

10 *Baldosa Pasamar*, en Gracia Martín, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3 ed., Valencia, p. 357. *Cursivas añadidas*.

11 R.N. 438-2004-Cusco, en *Ávalos Rodríguez/Robles Briceño*, *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2005, p. 196.

12 De otra opinión, *Cobo del Rosal/Vives Antón*, PG, p. 956; *Velásquez Velásquez*, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3 ed., Medellín, 2007, p. 629; *Baldosa Pasamar*, en Gracia Martín (Coord.) *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 3 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 357.

13 Así también *Jescheck/Weigend*, *Tratado*, PG, § 86.I.1. Sosteniendo que procede la absolución en estos casos, *Mir Puig*, PG, 33/26.

confrontaciones personales. Sobradamente se sabe que la importancia de la justicia constitucional es de tal grado que rechaza frontalmente particularismos soberbios y reclama siempre de un comportamiento maduro tanto en la formulación de la crítica como en la asimilación de la misma.

CL: Los magistrados afrontamos una responsabilidad pública al asumir los nuevos retos y desafíos se le presentan al Tribunal Constitucional en la hora actual. Si bien, desde una perspectiva estática, el Tribunal Constitucional en tanto órgano constitucional se incardina dentro de la estructura del Estado y forma parte de él; desde una perspectiva funcional o dinámica el Tribunal Constitucional es una instancia de coordinación e integración entre el Estado y los ciudadanos. Por ello, desde este rol constitucional, debe contribuir a la inclusión social y a la lucha contra la pobreza; a la educación y a la seguridad ciudadana; a la cultura ética y al fortalecimiento a la gobernabilidad social y a la estabilidad del orden económico; así como, particularmente, no oradar las líneas matrices jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo.

Es decir, controla los excesos del poder estatal en su relación con los ciudadanos, pero también se convierte en un vocero de las legítimas expectativas de estos últimos. Pero este rol sólo es posible de ser realizado si es que los demás poderes del Estado y órganos constitucionales, y la ciudadanía misma internalizan el mandato que el constituyente ha encargado al Tribunal Constitucional: ser instancia definitiva y final de fallo en los procesos constitucionales de su competencia. Por eso se ha dicho que el Tribunal Constitucional no es última instancia por ser infalible sino que es infalible por ser última instancia, porque así lo ha decidido el poder constituyente.

Venimos a servir, no a servirnos. Acudimos a contribuir con la experiencia que nos ha sido

otorgada por la judicatura o la academia. Llegamos orientados a controlar las normas legales, las resoluciones judiciales y los actos de gobierno que estén contraviniendo la Constitución. Estamos asumiendo el rol de jueces constitucionales con el compromiso ético y democrático que el cargo conlleva.

Sin embargo, es utópico en pensar en la objetividad plena del juez, ya que el homo iudex absolutus no existe. Se ha señalado que nosotros no podemos ser imparciales. Nosotros sólo podemos ser intelectualmente honestos, conscientes de nuestras pasiones y en guardia con ellas. La imparcialidad es un sueño; la honestidad un deber. Aunque esto tampoco quiere decir que, como jueces constitucionales, nos debemos abandonar a criterios subjetivos para entender, interpretar y aplicar la Constitución. Por lo tanto, debemos actuar con la equidad que toda decisión judicial impone, y a la vez resolver con la dignidad y la decencia que nuestra ética personal y profesional nos orienta.

Asimismo, recogiendo las palabras vertidas por el doctor Höpker Aschoff, en su discurso inaugural del 28 de septiembre de 1951 como primer Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, se puede decir que “un hombre de Estado puede aplicar un programa político, pero no lo hace un juez. Nosotros sólo podemos prometer que honraremos obligatoriamente el juramento prestado, mas allá de palabras y escritos, para que el Derecho sea un manantial y la Justicia una poderosa corriente”.

Por eso, al presentarnos sólo como seres humanos, no nos pidan o esperen lo que esté sobre nuestras posibilidades. Deben ayudarnos a elevarnos por encima de los intereses particulares y estar protegidos contra nosotros y ustedes mismos. Por eso, prométannos que no saldremos del Tribunal Constitucional a menos que hayamos traicionado el deber que nos han impuesto la defensa del Estado Democrático Constitucional y la tutela de los derechos fundamentales. 



de que el tiempo afecta la *percepción* de la gente sobre el hecho cometido. Pero yerra al valorar dicha percepción. No existe razón alguna que garantice que el devenir del tiempo, como por arte de magia, genere que el hecho se olvide<sup>17</sup>. Por el contrario, muchas ocasiones, como por ejemplo en delitos que no prescriben, o en delitos que sí prescriben pero cuya huella en la sociedad permanece imperturbable a pesar del tiempo (terrorismo o crímenes violentos contra menores de edad), lejos de servir de bálsamo, conserva y macera las ansias sociales de obtener una respuesta estatal frente al hecho penalmente relevante. Además, si el paso del tiempo conllevara el olvido de la infracción y lo que decayese fuese la *necesidad* de imponer una pena al sujeto<sup>18</sup>, se olvidaría lo que se ha repetido ya en varias ocasiones: que la prescripción de la acción penal opera sin que se sepa si el sujeto necesita una pena, ya que al no existir una sentencia firme no hay forma de conocer si ha cometido un delito y si se trata de un sujeto penalmente responsable.

Por otro lado, la ausencia de necesidad de pena que se proclama como fundamento de la prescripción conllevaría a admitir que lo mismo sucedería cuando el hecho penalmente relevante es conocido por muy pocas personas, o es conocido solo por quienes no se escandalizan con el hecho. En estos casos es probable que no exista una necesidad *social* de pena, puesto que la sociedad desconoce la existencia del hecho penalmente relevante.

Más allá de las críticas esbozadas, la distinción entre *merecimiento de pena* y *necesidad de pena*, para efectos de fundamentar la prescripción de la acción penal, en el sentido de que el transcurso del tiempo haría que la pena ya no fuera necesaria aunque el sujeto sí la merecería, sirve para dejar en claro que la razón última de la prescripción tiene que ver con cuestiones políticas (necesidad de pena) y no con valoraciones jurídicas propiamente dichas (merecimiento de pena).

**b) La justificación de la prescripción desde la perspectiva de la seguridad jurídica: ¿afecta el paso del tiempo a la seguridad jurídica?**

La seguridad jurídica es vista, en ciertas ocasiones, como argumento a favor de la prescripción<sup>19</sup>. Sin embargo, el argumento contrario

de que aún cuando los delitos no prescriban no se atentaría contra la seguridad jurídica<sup>20</sup>, es lo suficientemente enérgico como para desvirtuar que la seguridad jurídica tenga algo que ver con la prescripción de la acción penal. Piénsese solo en los delitos de lesa humanidad cuya acción penal no prescribe<sup>21</sup>, o en los delitos cometidos por funcionarios públicos en detrimento del patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste (art. 80 CP *in fine*) para los que el plazo de prescripción se duplica. En estos casos la seguridad jurídica se tutela exactamente de la misma manera en que se la resguarda para el resto de delitos que sí prescriben, o que prescriben según la regla general en virtud de la cual la acción penal prescribe en un lapso de tiempo igual al máximo de la pena. Si no fuera así, si efectivamente se alterase la seguridad jurídica cada vez que cambia la regla general de la prescripción, tendría que afirmarse que cuando el plazo de prescripción se reduce a la mitad por la edad del sujeto (art. 81 CP), también se perjudica la seguridad jurídica.

Para decirlo en otras palabras, la seguridad jurídica se mantiene a buen recaudo en la medida en que se sepa, por ejemplo, que se estará sometido siempre a la incertidumbre de ser procesado y, eventualmente, condenado si el delito no prescribe. Dicha incertidumbre no puede ser evitada, ni sería legítimo que lo sea. La expectativa del ciudadano de no ser permanentemente perseguido (por un delito que cometió o que no cometió) no es reconocida por el Estado por atentar contra la seguridad jurídica, sino, como se viene señalando, únicamente por consideraciones políticas. De hecho, en la distribución de libertades que supone toda organización social, hay acuerdo en que la restricción de libertad que conlleva procesar a un inocente no es una limitación ilícita de su libertad<sup>22</sup>.

**c) La justificación de la prescripción desde la perspectiva de la dificultad probatoria: ¿afecta el paso del tiempo a la actividad probatoria?**

Algunos autores<sup>23</sup> estiman que cuanto mayor sea el tiempo que transcurre desde la comisión del hecho hasta su investigación y resolución, más difícil será obtener y aportar las pruebas necesarias para

17 En sentido contrario, *Jescheck/Weigend*, Tratado, PG, § 86 previo al 1; *Quintero Olivares*, Manual, PG, p. 759; *Boldova Pasamar*, en Gracia Martín (Coord.) Lecciones, p. 357.

18 Así, entre otros, *Jescheck/Weigend*, Tratado, PG, § 86.I.1; *Mir Puig*, Derecho Penal, Parte General, 6 ed., Reppertor, Barcelona, 2002, 33/24; *Boldova Pasamar*, en Gracia Martín (Coord.) Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito, 3 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 359.

19 *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal, Parte General, 3 ed., Valencia, 1998, p. 452; *Boldova Pasamar*, en Gracia Martín (Coord.) Lecciones, p. 357.

20 *Ragués I Vallés*, La prescripción penal, p. 29

21 Cuestión distinta, y no tratada en doctrinal, es si la pena de los delitos de lesa humanidad tampoco prescribe o tampoco debería prescribir.

22 Pienses en el caso del mandato de detención que, siguiendo escrupulosamente lo establecido en la art. 135 C. Proc.P, se decreta contra una persona a quien luego, en la sentencia, se absuelve. La pérdida de libertad individual en este caso es una restricción lícita, y ni siquiera supone la vulneración del bien jurídico libertad individual, pues se hace en pos de intereses superiores como la dilucidación de un hecho penalmente relevante.

23 *Boldova Pasamar*, en Gracia Martín (Coord.) Lecciones, p. 357; *Velásquez Velásquez*, Manual, PG, p. 629;

demostrar la comisión del hecho y la responsabilidad penal del sujeto. La dificultad probatoria, así vista, sería un argumento que justificaría la prescripción de la acción penal. Este tipo de consideraciones, de naturaleza eminentemente procesal, se contesta de la mano de un poderoso argumento que no deja lugar a dudas y que se conoce como *in dubio pro reo*. 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<sup>24</sup>.

La idea expresada en el párrafo anterior permite superar aquel argumento en cuya virtud la desaparición de pruebas o las pruebas inidóneas, lejos de afianzar la confianza en el Derecho, generan intranquilidad social. Es verdad que en tales casos no se impondrá sanción alguna, pero la razón no estriba en que *no se pueda demostrar la comisión del delito* -tal afirmación supone ya una contradicción con la presunción de inocencia-, sino en que *no se cometió delito alguno*<sup>25</sup>.

El rechazo categórico de la dificultad probatoria como argumento de la prescripción se sustenta, además, en que la premisa de la cual parte no es válida, pues la dificultad probatoria no está relacionada con el paso del tiempo ni con el plazo de prescripción. Es verdad que en algunas ocasiones el transcurso del tiempo dificulta la obtención de pruebas, pero en un sistema judicial que privilegia la libre valoración de las pruebas, y donde la teoría de la prueba conoce ya suficientes métodos para acreditar un hecho, por más difícil que resulte, es posible demostrar su comisión<sup>26</sup>. Así lo demuestran los casos de delitos de lesa humanidad que, sin prescribir, pueden probarse judicialmente por más tiempo que haya transcurrido desde su comisión. Pero también algunos delitos leves que, estando sujetos a las reglas de prescripción, son acreditados con mucha dificultad.

Por otro lado, la tesis de la dificultad probatoria como sustento de la prescripción incuba perniciosos efectos preventivos ya que termina premiando al infractor habilidoso y astuto que consigue enturbiar la actividad probatoria. Su aceptación conlleva relajar el deber estatal de perseguir y emitir un pronunciamiento formal sobre

hechos penalmente relevantes. O lo que es lo mismo, dicha obligación se restringiría a supuestos en que sea sencillo, fácil, o no sea complejo probar el hecho y la responsabilidad.

Tampoco el error judicial es un argumento que pueda convencer. Esa posibilidad existe siempre, incluso en delitos de reciente perpetración. Todo lo dicho con respecto al *in dubio pro reo* como mecanismo para descartar que la dificultad probatoria sea un argumento para justificar la prescripción es trasladable al error judicial, con el añadido que la mejor forma de combatir el error judicial no es negando la obligación de perseguir, es decir, haciendo que la acción penal prescriba, sino asegurando niveles académicos óptimos en la judicatura y previendo mecanismos eficaces de responsabilidad del Estado en casos de error judicial.

#### d) Toma de postura

A este nivel del razonamiento queda claro que la razón de ser de la prescripción de la acción penal no se vincula a los fines de la pena. Tampoco es posible afirmar que en la prescripción de la acción penal se mantiene la necesidad de pena mientras que el merecimiento de la pena, con el paso del tiempo, disminuye. Tampoco, como es común encontrar en doctrina, tiene que ver con aspectos sustantivos<sup>27</sup> y/o procesales<sup>28</sup>. Únicamente desde la perspectiva de las *funciones del Derecho Penal* es posible entender a la prescripción<sup>29</sup>: al Derecho Penal le compete no solo sancionar delitos, sino antes investigar y pronunciarse sobre hechos penalmente relevantes. Solo así se puede garantizar la tranquilidad jurídica, en el sentido de que son muchos los hechos que requieren una valoración jurídico-penal, pero no necesariamente todos ellos ameritan una pena.

Por eso es cuestionable que con la prescripción de la acción penal se restablezca la paz jurídica<sup>30</sup> o el orden social<sup>31</sup>, pues éstos, la paz jurídica y el orden social, han sido cuestionados por el hecho penalmente relevante y su restablecimiento necesita un pronunciamiento formal sobre ese hecho.

Así vista, la prescripción de la acción extingue la obligación estatal de pronunciarse sobre hechos penalmente relevantes. Como tal, la prescripción es una condición que impide la persecución penal, ya sea iniciándola o continuándola, y surte efectos en el plano procesal<sup>32</sup>. (El art. 77 CP.de Proc. P. es

24 En este sentido, *Jescheck/Weigend*, Tratado, PG, § 86.1.1;

25 Bien visto, el *dubio pro reo* no trata de absolver a quien, habiendo cometido un delito, no puede probarse que lo cometió. Sino que ni siquiera es posible afirmar que el sujeto ha cometido un delito, precisamente, porque no se puede probar.

26 *Ragués I Vallés*, La prescripción penal, p. 31.

27 Como se sostiene con frecuencia en doctrina española, cfr. solo, con múltiples referencias, *Boldova Pasamar*, en Gracia Martín (Coord.) Lecciones, p. 358, nota n. 64 y *Cobo del Rosal/Vives Antón*, PG, p. 955.

28 Como se afirma mayoritariamente en doctrina alemana, cfr. solo, con múltiples referencias, *Stree/Sternberg-Lieben* en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26Aufl., München, 2001 previo al § 78/3 s. y *Jescheck/Weigend*, Tratado, PG, § 86.1.1.

29 Así también, *Ragués I Vallés*, La prescripción penal: Fundamento y aplicación, Atelier, Barcelona, 2004, p. 23.

30 Como afirman, *Jescheck/Weigend*, Tratado, PG, § 86 previo al I y *Roxin*, AT, I, § 23/ /55.

31 Como sostiene *Roy Freyre*, Causas, p. 51.

32 *Similiar*, *Stree/Sternberg-Lieben* en Schönke/Schröder, previo al § 78/3.



clarísimo al respecto.) Esta idea ha sido asumida por alguna jurisprudencia: "La institución de la prescripción tiene por objeto extinguir la autoridad jurisdiccional cesando la acción coercitiva del Estado de la persecución, investigación y juzgamiento de un delito"<sup>33</sup>.

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.

La naturaleza política de la prescripción de la acción penal queda más clara si se incorpora a la discusión el derecho a la verdad. El reconocimiento de este derecho implica que el Estado tiene el deber de averiguar *qué pasó* cuando se trata de un hecho penalmente relevante que involucra derechos humanos<sup>34</sup>, sin que ello signifique que pueda imponer una sanción en caso determine que, efectivamente, se vulneraron dichos derechos. En estos casos, que la acción penal haya prescrito no significa que el Estado no deba averiguar qué paso. En lo que aquí interesa, el derecho a la verdad tiene un mensaje muy claro: el deber estatal de *investigar* violaciones de derechos humanos y de *pronunciarse* sobre ello no se extingue con el tiempo, pero sí la posibilidad de *imponer una pena* al responsable. Correcto o no, es algo que en este trabajo no se analiza, pero lo cierto es que se trata de una decisión política, pues no existe razón dogmática alguna que impida la aplicación de una sanción por un delito cuya comisión se prueba<sup>35</sup>.

El inconveniente de que la prescripción de la acción penal se fundamente en consideraciones políticas es la incertidumbre a la que pueden estar sujetos sus plazos, sus interrupciones y suspensiones. Estos se determinan y pueden cambiar por razones político-criminales, dependiendo de lo que en un momento histórico determinado se considere necesario perseguir. La imprescriptibilidad de

los hechos penalmente relevantes que involucran derechos humanos es una clara muestra de lo que se dice. La duplicación del plazo de prescripción si se trata de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado también lo es, pues aquí se justifica que se le otorgue un tiempo adicional al Estado para que lleve a cabo la persecución.

Que en los dos casos anteriormente planteados exista consenso en torno a que el plazo de prescripción no debe regirse por la regla general del art. 80 CP, no impide aceptar que siempre va a ser así. El control que pueda ejercerse sobre la autoridad política que amplía o reduce los plazos de prescripción será entonces un control político y, como tal, subjetivo. El debate deja de ser jurídico-penal, deja de atender al injusto<sup>36</sup>, a la culpabilidad del sujeto, al merecimiento y necesidad de pena, y pasa a discurrir por cauces de oportunidad y conveniencia coyuntural. Un ejemplo de lo que se dice es el art. 81 CP, que reduce a una mitad el plazo de prescripción si el agente tenía menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de la comisión del hecho punible, como si la edad de la persona hiciese que la relevancia penal del hecho disminuya<sup>37</sup>.

Una cabal comprensión de lo que implica la prescripción de la acción penal tiene entonces que tener en cuenta que si se extingue la obligación estatal de perseguir, se extingue también el derecho de la sociedad a que se persiga. Cuándo y por qué se extingue o altera esa obligación y ese derecho, es algo que la prescripción responde en base a criterios políticos.

En resumen, la prescripción de la acción penal extingue la obligación estatal de perseguir un hecho penalmente relevante, de pronunciarse sobre él y, en su caso, de imponerle la sanción correspondiente. Encuentra su razón de ser en consideraciones político-criminales y sus consecuencias se plasman en el proceso penal.

#### a) *¿Por qué se interrumpe la prescripción de la acción penal?*

El art. 83 CP establece tres causales de interrupción del plazo de prescripción: a) actuaciones del Ministerio Público; b) actuaciones del Poder Judicial; y, c) comisión de un nuevo delito doloso. En derecho comparado, se acepta que la prescripción de la acción penal se interrumpe cuando el Estado encargado de la investigación del hecho penalmente relevante manifiesta su decisión de hacerlo. Esta decisión estatal se expresa a través de actos

33 Exp. N. 2405-95-B Huaura, de 05 de septiembre de 1995 (Compendio electrónico de jurisprudencia- Gaceta Jurídica).

34 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de marzo de 2004, Exp. N.° 2488-2002-HC/TC.

35 Podría pensarse que la prescripción de la pena sí extinguiría ese deber, pero ese sería un supuesto distinto, pues presupondría que se haya impuesto una pena.

36 De nuevo, en muchos casos ni siquiera existe un injusto

37 Cuestión distinta es que el sujeto, por ser imputable relativo, deba recibir una pena atenuada, pero eso no autoriza a que el plazo que tiene el Estado para perseguir el hecho tenga que reducirse. De otra opinión, aceptando que la imputabilidad restringida es la razón de ser de la reducción de los plazos prescriptivos en el art. 81 CP, *Roy Freyre*, Causas, p. 63.

dirigidos a valorar jurídico-penalmente un hecho penalmente relevante (una *notitia criminis*) y se lleva a cabo a partir del momento en que se conoce de su existencia, lo que guarda relación con su obligación del Estado de perseguir y emitir un pronunciamiento sobre tales hechos.

Siendo así, llama la atención que no exista una causal de interrupción de la prescripción de la acción penal aplicable a los delitos perseguibles a instancia de parte que se verifique antes de la actuación del Poder Judicial: el homicidio, por ejemplo, es un delito cuya acción penal es pública, y la primera interrupción se producirá con la actuación del Ministerio Público, que es la institución encargada de denunciar en este caso. Pero la difamación se persigue a instancia de parte (art. 138 CP) y la primera interrupción no se dará con la denuncia de la víctima sino con la actuación del Poder Judicial. Una reforma en tal sentido es necesaria.

La razón de ser de la interrupción de la prescripción de la acción penal es darle al Estado un plazo idóneo para que, habiendo detectado la existencia de un hecho penalmente relevante, pueda investigarlo y pronunciarse sobre él<sup>38</sup>. Al igual que la prescripción, la interrupción no se vincula a los fines de la pena pues la interrupción de la prescripción no garantiza que se imponga una pena ni que no se imponga. También cuando se interrumpe la prescripción se puede absolver o condenar al depender ello de si en el proceso se prueba la comisión del delito y la responsabilidad del sujeto.

Las causales de interrupción “actuaciones del Ministerio Público” y “actuaciones del Poder Judicial” responden claramente a esta lógica al expresar manera indubitable la decisión del Estado de perseguir un hecho penalmente relevante. De ahí que solo puede admitirse como “actuación del Ministerio Público o del Poder Judicial” aquellos actos que tengan por cometido valorar los hechos penalmente relevantes (investigarlos y emitir un pronunciamiento), y no los que, sin responder a dicha finalidad, son desplegados para evitar la inminente prescripción sin que impulsen el proceso<sup>39</sup>. Es el caso, por ejemplo, de una pericia contable cuando el monto del perjuicio no se discute o cuando ha sido materia de acuerdo entre las partes, o la declaración de un testigo sobre hechos confesados por el procesado y debidamente corroborados. Sucede lo mismo con actuaciones que adolecen claramente de base legal, como ordenar una detención por un delito que no tiene pena privativa de libertad. Pero no con las actuaciones que, a pesar de adolecer de algún error de fondo y/o forma, tienen por finalidad impulsar la persecución. Tal es el caso del error en el

nombre de procesado del oficio que el Juez remite a la Superintendencia de Bancos y Seguros para solicitar información sobre sus cuentas bancarias. Lo dicho rige tanto para actuaciones escritas como orales<sup>40</sup>.

La tercera causa de interrupción que prevé el art. 83, 3<sup>er</sup> párr. CP está referida a la comisión de un nuevo delito doloso. Resulta altamente cuestionable la redacción empleada y, sobre todo, la incorporación de esta causal de interrupción en la legislación penal. No es correcto afirmar que sea un *nuevo delito doloso* lo que interrumpe el plazo de prescripción, ya que ello se podrá decir recién cuando exista sentencia firme que declare que el hecho penalmente relevante es, efectivamente, un delito doloso. Sin embargo, si se tuviera que esperar a que sea una sentencia firme la que lo declare, lo más probable es que la acción penal del delito anterior prescriba, con lo que la idoneidad del nuevo hecho para interrumpir la prescripción sería puesta en duda. Además, ni siquiera se sabe si el sujeto actuó con dolo; puede invocar un error de tipo y desvanecer la imputación por delito doloso.

La única forma de compatibilizar la comisión de nuevo delito doloso con la razón de ser de la interrupción de la prescripción es entender que el art. 83, 3<sup>er</sup> párr. CP se refiere a la imputación formal que adquiere el hecho penalmente relevante. De suerte tal que si la calificación inicial del delito es por dolo, pero en el devenir del proceso cambia a delito culposo, no procede aplicar la interrupción. Y viceversa, si el delito es calificado en un inicio como culposo pero luego se cambia la calificación a doloso, tendría que reconocerse que, por más que en su momento se haya *declarado* prescrita la acción penal, en realidad nunca prescribió<sup>41</sup>. Todo esto genera una serie de problemas de difícil solución que involucran a la institución de cosa juzgada y a la naturaleza misma de la prescripción.

Piénsese en el caso de quien llega a ser condenado porque se interrumpió la prescripción al habersele imputado un nuevo delito doloso cuando éste, en realidad, era culposo, tal como se logró probar luego en el proceso penal. Aquí se habría condenado por un delito cuya acción penal estaba ya prescrita. Similar es la situación inversa, de quien resulta injustamente favorecido con el archivamiento del proceso, al haberse declarado prescrita la acción penal del delito por el cual se le procesaba, por habersele imputado un nuevo delito culposo, cuando, según se logró determinar posteriormente en el proceso penal, se trataba de una infracción dolosa. En este caso, habría que reconocer que el plazo de prescripción debería haberse interrumpido, lo que, muy probablemente, habría concedido el

38 Entre otros, *Jescheck/Weigend*, Tratado, PG, § 86.I.5;

39 En el mismo sentido, *Jescheck/Weigend*, Tratado, PG, § 86.I.5. Similar, *Quintero Olivares*, Manual, PG, p. 759; *Boldova Pasamar*, en Gracia Martín (Coord.) Lecciones, p. 366; *Roy Freyre*, Causas, p. 77; *Peña Cabrera Freyre*, PG, p. 1111.

40 *Stree/Sternberg-Lieben-Schönke/Schröder*, § 78 c./6.

41 Recuérdese que la prescripción opera de pleno derecho por el paso del tiempo y la declaración judicial de tal situación no deja de ser una declaración



tiempo suficiente al Estado para que se pronuncie formalmente sobre el hecho.

Todo esto demuestra que la comisión de un nuevo delito doloso no debería ser una causa de interrupción de la prescripción. No solo por las consecuencias nefastas a las que conduce, sino, sobretodo, porque no encuentra su razón de ser en otorgarle al Estado un plazo razonable para perseguir, investigar y pronunciarse sobre hechos de relevancia penal. En otras palabras, la comisión de un nuevo delito doloso no expresa la decisión del Estado de perseguir hechos penalmente relevantes. Ni siquiera es necesario que exista una vinculación entre el hecho anterior y el nuevo delito doloso.

**b) Tratamiento jurídico de la interrupción de la prescripción**

Según el art. 83 CP, la interrupción de la prescripción de la acción penal genera que el tiempo transcurrido quede sin efecto, y que después de la interrupción comience a correr un nuevo plazo a partir del día siguiente de la última diligencia. Esta consecuencia jurídica es muy clara con respecto a que cada interrupción, es decir, cada actuación del Ministerio Público o del Poder Judicial (encaminada a impulsar la investigación y el pronunciamiento final) conlleva que el tiempo transcurrido quede sin efecto. Dado que el cumplimiento de esta regla implicaría la posibilidad de que la acción penal nunca prescriba, pues bastaría que las autoridades encargadas se acuerden del proceso cada vez que esté pronto a prescribir, y que ello sería contradictorio con la existencia misma de la prescripción<sup>42</sup>, el art. 83 CP *in fine* establece que la acción penal prescribe, *en todo caso*, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción (plazo extraordinario).

En otros ordenamientos jurídicos la interrupción del plazo ordinario de prescripción genera simplemente que se duplique el plazo de prescripción ordinaria contado siempre a partir de la consumación del hecho (§ 78(3) StGB), mientras que en otras, como la española (art. 132.2 CP español), no se prevé un plazo extraordinario de prescripción, simplemente se señala que empieza a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

En lo que a la legislación nacional respecta, la letra de la ley no permite otra interpretación que entender que el plazo extraordinario de prescripción se prolonga por un tiempo igual al ordinario más una mitad. Cuestión distinta, y poco discutida además, es precisar cuándo empieza a computarse el plazo extraordinario. Al parecer el art. 82 CP responde a esta pregunta cuando prevé que los plazos de prescripción de la acción penal inician cuando el

delito se consuma, sin hacer distingo entre plazo ordinario y extraordinario. Así lo declara el Acuerdo Plenario N. 9-2007-CJ-116. Sin embargo, pareciera que el inicio del plazo extraordinario de prescripción no debería empezar con la consumación del delito sino cuando se produce la primera interrupción.

En efecto, ya es incierto que la ley obligue a interpretar que la prescripción extraordinaria empieza con la consumación. Ciertamente que el art. 82 CP parece indicar que es así, pero una lectura integral de todos los preceptos que regulan la prescripción arroja un resultado distinto. No tendría sentido regular la interrupción de la prescripción previendo que el plazo transcurrido queda sin efecto si la prescripción extraordinaria se computara siempre desde la consumación del delito. Si esa fuese la lógica de la interrupción y de la prescripción extraordinaria, se hubiera regulado expresamente que a partir de la primera interrupción (sea por actuación del Ministerio Público o del Poder Judicial) opera automáticamente el plazo extraordinario de prescripción. La existencia de la frase “después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia” que prevé el art. 83, 2<sup>do</sup> párr. CP adquiere sentido únicamente si se rechaza que la prescripción extraordinaria empieza a correr con la consumación del delito.

Por otro lado, si la prescripción extraordinaria encuentra su razón de ser en otorgarle al Estado un plazo razonable para que investigue, persiga y se pronuncie sobre un hecho penalmente relevante cuando se ha enterado de su existencia, parece razonable que deba dicho plazo deba computarse a partir del momento en que, efectivamente, ha tomado conocimiento de la existencia del hecho penalmente relevante. Ello ocurrirá cuando dirija su actividad en pos de la persecución penal, es decir, con la primera actuación del Ministerio Público o del Poder Judicial, la que suceda antes, pues a partir de dicho momento, y no antes ni después, expresa su decisión de perseguir. Así, las distintas razones de ser de los plazos ordinario y extraordinario de prescripción -el primero sirve para concederle al Estado un lapso de tiempo idóneo para identificar la *notitia criminis* y el segundo para brindarle uno idóneo para pronunciarse- aconsejarían discriminar el inicio de cada uno de ellos.

Para decirlo con un ejemplo, es posible que la primera interrupción ocurra a pocas semanas de que el plazo ordinario prescriba, pues recién en tal fecha ha ocurrido la primera actuación del Ministerio Público. Como la investigación y el proceso penal durarán más de lo que resta del plazo ordinario más una mitad, es casi seguro que, por más esfuerzo que despliegue el Estado por alcanzar un pronunciamiento formal, no logre hacerlo. En este caso la razón de ser del plazo extraordinario no se

<sup>42</sup> Pues la institución de la prescripción parte de que el Estado tiene un plazo de tiempo determinado para perseguir, investigar y pronunciarse sobre hechos penalmente relevantes, y que si dicho plazo se amplía hasta el infinito, la prescripción como tal perdería sentido. En el mismo sentido, cfr.

respetar al no contar al Estado con el tiempo mínimo necesario para investigar y pronunciarse sobre el hecho penalmente relevante. Tampoco se condice con la razón de ser (política) de la prescripción, pues el Estado invierte recursos materiales y humanos en la persecución de un suceso a sabiendas que se trata de un esfuerzo inútil. Dicho de otra forma, si la prescripción existe para evitar que el sistema penal se congestione y colapse, no tiene sentido obligar al Estado a que haga un uso irracional de sus escasos recursos. Ello puede, además, neutralizar la motivación que debe inspirar la actuación de la autoridad para perseguir el hecho: si las autoridades saben que es muy probable que la acción penal prescriba a pesar de sus esfuerzos, es posible que ni siquiera intenten una adecuada persecución.

A la interpretación que aquí se propone, de que el plazo extraordinario de prescripción debe empezar a correr desde la primera interrupción en el caso de las actuaciones del Ministerio Público o del Poder Judicial, no se opone el art. 80 CP. Si bien ahí se precisa que el plazo de prescripción se inicia cuando se consuma el delito, es posible que se refiera solo al plazo ordinario. Se trata, en definitiva, de una interpretación teleológica de los arts. 80 CP y 83 CP, en función a sus razones de ser que, si bien es contraria a lo que sostiene el Acuerdo Plenario N. 9-2007-CJ-116, no por ello debería dejar de ser valorada. Un Acuerdo Plenario no es Ley, y si bien debe inspirar la interpretación que los jueces realicen, pueden apartarse de él en la medida en que fundamenten debidamente su decisión. De hecho, cuando un juez se aparta de un precedente vinculante no comete delito de prevaricato, y es un acto que sigue estando dentro del ámbito de su libertad discrecional que encuentra su razón de ser en la garantía constitucional de la independencia judicial.

Lo dicho sobre el inicio del plazo de prescripción extraordinario puede quedar más claro si se grafica con algunos ejemplos. Un delito cuyo plazo de prescripción ordinario es de cuatro años podrá ser conocido por las autoridades recién tres años después de consumarse, y la prescripción se interrumpirá con las actuaciones del Ministerio Público o del Poder Judicial encaminadas a impulsar el proceso. A partir de ese momento es que debería computarse el plazo extraordinario. En caso contrario, el Estado tendría escaso tiempo para investigar. Lo mismo sucede cuando el plazo ordinario de prescripción se interrumpe a los pocos días de la consumación del delito. Aquí el Estado tendría el mismo tiempo (plazo extraordinario) para pronunciarse sobre el hecho penalmente relevante con independencia de cuándo se enteró de la *notitia criminis*.

Cuestión distinta es cuánto *debería* durar el plazo extraordinario de prescripción. El art. 83 *in fine* CP es bastante claro y no deja lugar a otra interpretación que no sea entender que el plazo extraordinario es 1,5 veces el ordinario. Pero si se asume la idea aquí propuesta, en virtud de la cual el plazo extraordinario empieza a correr a partir de la primera interrupción que se produzca con la actuación del Ministerio Público o del Poder Judicial, el criterio a seguir debería ser que el plazo extraordinario se extienda, como mínimo, tanto como dura un proceso penal. Así se mantendría la coherencia en el discurso ya que el Estado tendría la posibilidad real de pronunciarse formalmente sobre el fondo del asunto. Esta idea estaría corroborada por el art. 80, 5º párr. CP, cuando señala que en los delitos que merezcan penas distintas a la privación de libertad la acción penal prescribe a los dos años. Es decir, el Sistema Jurídico reconoce que existe un mínimo de tiempo para que el Estado pueda identificar y perseguir hechos penalmente relevantes.

El art. 84 CP establece que “si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. Por su lado, el art. 1 de la Ley 26641 precisa que en los casos de contumacia se suspende el plazo de prescripción desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye de proceso hasta que el mismo se ponga a derecho<sup>43</sup>.

A partir de estas previsiones legales, y teniendo en cuenta lo dicho con respecto a la razón de ser de la prescripción de la acción penal y de la interrupción de la prescripción, se deduce, en primer lugar, que la *suspensión* de la prescripción rige tanto para el plazo ordinario como para el extraordinario, salvo que sea por contumacia, pues en tal caso, en la medida que la contumacia se declara en el proceso penal, la actuación del Poder Judicial habría interrumpido la prescripción y se trataría ya de un plazo extraordinario. En segundo lugar, se deduce también que la razón de ser de la suspensión de la prescripción tiene que ver con la necesidad de no tomar en cuenta el tiempo durante el cual es imposible que la autoridad competente pueda impulsar la persecución<sup>44</sup>. Por lo mismo, cuando la causa que impide impulsar la persecución sea competencia de la autoridad que tiene que pronunciarse sobre el hecho penalmente relevante no se suspende la prescripción.

Esto ha quedado claro con el Acuerdo Plenario N. 6-2007/CJ-116<sup>45</sup>, en donde se sostiene que “la citada disposición legal (el art. 84 CP), así expuesta, existe como presupuesto que determina el efecto suspensivo del plazo de prescripción, en

43 Si bien en el art. 1 de la Ley 26641 se menciona que la declaratoria de contumacia interrumpe la prescripción, luego se señala que la suspende.

44 Así también, *Fiandaca/Musco*, PG, p. 810.

45 Publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de marzo de 2008.

primer lugar, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, en segundo lugar, que la decisión que incida en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse”.

La suspensión de la prescripción consiste en “cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento”. Es pues necesario dotar de contenido al término “cuestión” y “procedimiento”. No parece correcto que dicha interpretación deba restringirse a asuntos que deban ser resueltos judicialmente. También cuestiones prejudiciales que deben resolverse en sede administrativa suspenden la prescripción. Nuestra jurisprudencia<sup>46</sup> admite que la queja extraordinaria suspende también la prescripción: “para el cómputo del plazo de prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la imposición del recurso de queja excepcional -contra la resolución que pone fin a la instancia- y la remisión de la copia certificada de la ejecutoria suprema que estima el recurso de queja y concede el recurso de nulidad respectivo al Superior Tribunal”. La razón es correcta: la interposición del recurso de queja extraordinaria da lugar a una cuestión jurídica inédita centrada en definir si quien ha emitido la resolución contra la cual se interpone la queja ha vulnerado la Constitución, de suerte que su dilucidación obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si se abre o no una instancia jurisdiccional excepcional<sup>47</sup>.

Se reconoce en doctrina que las causas de suspensión de la prescripción pueden clasificarse en función a si se trata de causas *personales* o *materiales*. Las primeras hacen referencia, por ejemplo, a inmunidades y antejuicios, y las segundas a cuestiones que deban ser declaradas por autoridades administrativas o judiciales distintas a la competente para impulsar el proceso.

Algo que no suele pasar desapercibido es si el asilo suspende la prescripción. La respuesta que se dé a esta interrogante debe estar inspirada en la razón de ser de la suspensión: se debe suspender la prescripción desde el momento en que el inicio o la continuación de la persecución sea imposible a consecuencia del asilo (siempre que no se trate de delitos políticos). Para decirlo con un ejemplo, cuando un ex-presidente al que se le imputa una serie de delitos de corrupción escapa del país y consigue se le otorgue asilo en un país vecino, ello no debería dar lugar a que se extinga el deber del Estado de pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante, ni a que fenezca el derecho de la sociedad a que el Estado persiga ese hecho.

Cuestión discutida y discutible es si las reglas que regulan la prescripción de la acción pueden aplicarse retroactivamente cuando resultan favorables al reo. Nuestra jurisprudencia suele admitirlo, al igual que un gran sector de la doctrina<sup>48</sup>. Así, por ejemplo, en la ejecutoria Suprema de fecha 17 de marzo de 2003<sup>49</sup> se menciona que “el artículo 80 del código sustantivo, antes de su modificación por la ley N. 26360 del 29 de septiembre de 1994, no preveía la duplicación del plazo de prescripción en caso de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado, por lo que resulta de aplicación el texto original del artículo 80 del Código Penal en aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal, por cuanto en la fecha que ocurrieron los hechos, esto es, febrero de 1994, no se había producido la modificación de este artículo, cuyo primer párrafo establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual a la pena fijada por la ley para cada delito, si es privativa de libertad; dispositivo que igualmente es concordante con el último párrafo del artículo 83 *in fine* del mismo cuerpo legal, que establece que la acción penal prescribe en todo caso cuando el tiempo sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción”. Es cuestionable sin embargo que este deba ser el razonamiento a seguir.

En efecto, salta a la vista que *no es posible aplicar retroactivamente* las reglas de la prescripción, ni a favor ni en contra del sujeto. A lo que se refiere la prescripción no es al hecho penalmente relevante sino el lapso de tiempo que se ubica desde su consumación hasta que deja de ser perseguible. De manera que si el plazo de prescripción todavía no se ha cumplido, y se modifica la regulación y aumenta el plazo (por ejemplo, se amplía al doble del máximo de la pena), no podría tratarse nunca de una aplicación retroactiva de la ley, sino de una aplicación inmediata. Pues el objeto de regulación -el lapso de tiempo- es un suceso actual y vigente, y no pasado, consumado o caduco.

Distinto es si el plazo de prescripción se ha cumplido ya. Al estar prescrita la acción penal y al haberse extinguido la acción penal, no cabe una aplicación retroactiva. En este caso el objeto de regulación de la prescripción (el plazo de tiempo que tiene el Estado para perseguir hechos penalmente relevantes) es un hecho consumado, y la discusión sobre si cabe una aplicación retroactiva benigna de la nueva regulación carecería de sentido al haberse extinguido el objeto de la regulación (el plazo de tiempo).

Con todo, si no se comparte el argumento anterior y se estima que es posible la aplicación retroactiva, cabe todavía esgrimir ciertos argumentos para demostrar lo contrario. En efecto, algunos

46 Jurisprudencia vinculante, Acuerdo Plenario N. 6-2007/CJ-116.

47 Fundamento octavo de la Jurisprudencia vinculante, Acuerdo Plenario N. 6-2007/CJ-116.

48 *Jakobs*, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 83; *Muñoz Conde/García Arán*, PG, p. 454; *Mir Puig*, PG, 33/26.

49 R.N. N. 2083-200-, Huancavelica:

autores sostienen que si bien el sujeto puede confiar en que la persecución de su hecho prescribe en un momento determinado, ello es distinto cuando puede tener certeza sobre la intrascendencia de su acto porque no existe un precepto penal que lo sancione<sup>50</sup>. Este argumento permitiría aplicar la nueva regulación de la prescripción aun cuando sea más gravosa.

Sin embargo, que la aplicación de la nueva regulación sobre prescripción dependa de la confianza o certeza que pueda tener el sujeto no sea tal vez el criterio más acertado. Parece preferible que solo cuando dicha confianza o seguridad sea una *expectativa jurídicamente garantizada* pueda dejar de aplicarse la nueva reglamentación. En otras palabras, se trata de saber si el sujeto tiene *derecho* a que el plazo de prescripción que se le aplique sea el que podía calcular cuando realizó el hecho penalmente relevante. Se trata, en definitiva, de saber si es un derecho o no.

Para abordar la problemática planteada sirve recordar el fin *preventivo* del Derecho penal. Al árbitro se le reconoce jurídicamente la expectativa de no ser sancionado por prevaricato cuando emite un laudo arbitral manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la Ley, de manera que aun cuando se modifique el art. 418 CP y se incluya, junto al Juez y al Fiscal, al árbitro como sujeto activo del prevaricato, se ha de respetar dicha expectativa, de modo que no se podrá aplicar retroactivamente la nueva regulación. Lo contrario desfiguraría por completo la función motivadora de la norma penal, en el sentido de que el sujeto no sabría cómo comportarse para mantenerse fuera de la punición. Por el contrario, al Juez que comete delito de prevaricato no se le reconoce jurídicamente la expectativa de que nunca se descubra su delito, ni que, de ser descubierto, no se pueda probar el hecho ni se pueda dejarle sin sanción. De otro modo tendría que aceptarse que el Derecho Penal motivaría la no persecución de hechos penalmente relevantes.

El único derecho que se puede reconocer al sujeto en este ámbito es el de obtener un pronunciamiento formal en un plazo no mayor del que establecen las reglas de prescripción. La determinación de ese plazo no puede ser considerado un derecho. En primer lugar, porque el sujeto no tiene derecho a que el Estado no persiga hechos penalmente relevantes. El Estado, por el contrario, tiene la obligación de hacerlo. Y únicamente por

razones político-criminales (que tienen que ver con el funcionamiento del sistema penal, en el sentido de que es preferible buscar una válvula de escape para evitar el colapso por sobre carga procesal a que los delitos nunca prescriban y saturen al sistema), se excusa de su cumplimiento. En segundo lugar, porque si el sujeto puede renunciar a la prescripción es precisamente porque su derecho consiste en que no se le juzgue más allá de dicho plazo, pero no tiene derecho a determinar el plazo.

Tampoco podría decirse que se vulnera la presunción de inocencia, pues que un hecho penalmente relevante sea investigado no significa que el sujeto vaya a ser condenado.

### Conclusión y recomendaciones de *lege ferenda*

La prescripción de la acción penal encuentra su razón de ser en consideraciones de política-criminal orientadas a evitar el colapso del sistema penal con más casos de los que puede resolver. Nada tiene que ver con el fin de la pena (*supra* III.a), ni con razones procesales (*supra* III.c), ni con la seguridad jurídica (*supra* III.b).

La interrupción de la prescripción ocurre cuando el Estado expresa su decisión de perseguir el hecho penalmente relevante. Por eso tiene sentido considerar a las actuaciones del Ministerio Público y a las del Poder Judicial causales de interrupción. Pero, por lo mismo, la comisión de un nuevo delito doloso (art. 83, 3<sup>er</sup> párr. CP) no debería ser considerada como causal de interrupción.

El plazo extraordinario de prescripción debe computarse a partir de la primera interrupción. De esta manera sí se respeta su razón de ser: darle al Estado la posibilidad real de que su actividad de persecución pueda concluir en un pronunciamiento formal. En tal sentido, debería modificarse el art. 83 CP para incluir esta regla, pues si bien es posible interpretar la ley vigente en tal sentido, es posible también interpretarla en sentido distinto.

Las reglas sobre la prescripción de la acción penal no pueden aplicarse retroactivamente, aun cuando pareciera que benefician al reo. Su aplicación es siempre inmediata ya que su objeto de regulación sigue vigente. Además, si bien el sujeto tiene derecho a que la acción penal prescriba, no lo tiene a que el plazo de prescripción vigente al momento de su comportamiento sea el que se le aplique, pues esa no es una expectativa jurídicamente garantizada. 

50 Jescheck/Weigend, Tratado, PG, p. 982, nota n. 3. Similar, Roxin, AT, I, § 23/52; Mir Puig, PG, 33/24.