Boletín Nº 12.523-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Huenchumilla, señoras Goic, Provoste y Rincón, y señor Pizarro, que interpreta el párrafo octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

1.- Justificación de la prescripción de la acción penal

Si bien múltiples razones se han esgrimido para justificar la prescripción de la acción penal, para efectos del análisis de su aplicación a casos en los que la ejecución del delito se haya llevado a cabo con anterioridad a la entrada en vigencia del aumento o eliminación del plazo de prescripción (declaración de imprescriptibilidad), la pregunta que deberá responderse es si lo que el legislador hace el establecer un determinado plazo de prescripción es fijar un juicio acerca del merecimiento de pena, en el sentido de que limitar el ejercicio de la acción penal a un determinado plazo, tras el cual éste se extingue, significa que una vez transcurrido ese plazo ya no podría afirmarse que el sujeto es merecedor del reproche penal en el que consiste la imposición de una pena.

Y si lo anterior es efectivo, entonces se deberá considerar que la prescripción de la acción penal se deberá incluir dentro del concepto de "pena" del art. N° 3 inc. 8 de la Constitución. Al contrario, si se niega que la fijación de un plazo de prescripción implica una decisión acerca del merecimiento de pena, en el sentido de afirmar que las razones por las que se establecen plazos de prescripción no están vinculadas con el juicio de reproche, entonces habrá buenas razones para negar que la prescripción de la pena se encuentre comprendida dentro del concepto de pena que se utiliza en el arto. 19 inc. 8 de la Constitución, lo que lleva a concluir que no se le será aplicable de retroactividad de la ley penal desfavorable.

De los argumentos que se han dado para justificar la prescripción de la acción penal, lo que tienen en común aquéllos que defienden que las modificaciones a ésta que resulten desfavorables para el imputado se encuentran considerados dentro del mandato de irretroactividad de ley penal desfavorable es que consideran a la prescripción de la acción penal como una institución diseñada en beneficio de quien ha ejecutado la acción constitutiva de delito. Dentro de este grupo se encuentran quienes, desde el punto de vista de la prevención general y prevención especial, consideran que la prescripción de la acción penal marca el punto en el que el delito ya no produce la afectación social que justificaría la necesidad de imponer una pena, desvaneciéndose la valoración social negativa de la conducta. A esto se le ha agregado que el hecho de que quien se encuentra favorecido por la prescripción no ha vuelto a realizar una conducta constitutiva de delito hablaría a favor de su reinserción y falta de necesidad de aplicación de una pena con la finalidad de modificar su conducta. Así, la prescripción sería una garantía para el imputado que se aseguraría

que la pena le sea impuesta sólo cuando ésta es necesaria, siendo el transcurso del tiempo establecido para la prescripción de la acción penal una muestra -por las razones arriba indicadas- de su falta de necesidad.

Aun dejando de lado las dificultades que existen para fundamentar el reproche penal en la "alarma social" que generaría la comisión de delitos, esta línea argumentativa resulta problemática, toda vez que las razones dadas para fundamentar la prescripción de la acción penal son contingentes. Basta con observar lo que ocurre con los casos de delitos contra la indemnidad sexual de menores de edad para notar que, incluso habiendo ya transcurrido el plazo de prescripción previsto para éstos, el nivel de "conmoción social" y de "valorización negativa" que provocan queda intacto. El rechazo generalizado que provocan estas conductas es demostrativo que los argumentos referidos al supuesto debilitamiento de la alarma colectiva y olvido social no son más que especulativos, al igual que aquellos que apuntan a una supuesta reinserción de quien realizó la conducta constitutiva de delito. Por lo anterior, quienes los esgrimen para defender a la prescripción como parte constitutiva de la pena, en el sentido del art. 19 N°3 inc. 8 deberán aceptar que, de probarse que uno o más delitos no generan semejante decaimiento del reproche social, no habrá justificación para fijarles un plazo de prescripción. Asimismo, el aumento del plazo de prescripción de un delito o su declaración de imprescriptibilidad simplemente significaría un reconocimiento legislativo de la falta de "olvido" social del delito que llevaría a justificar su aplicación retroactiva, en la medida en que ello demostraría que la fundamentación del reproche penal ("alarma social") subsiste.

Más interesante resulta una segunda línea argumentativa, hoy mayoritariamente en Chile, que identifica a la llamada seguridad jurídica como el fundamento de la prescripción. Si bien existen diversas concepciones de qué corresponde a la seguridad jurídica, tienen en común su reconocimiento de esta última como una garantía de conocimiento por parte de los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos, garantía a la que se da cumplimiento por la vía de asegurar cierto grado de regularidad en la decisiones jurídicas, estabilidad de fuente normativas y- especialmente relevante para esta línea de fundamentación de la prescripción- la consolidación de las situaciones jurídicas. En ese sentido, el argumento buscaría afirmar que no se puede mantener vigente la contingencia de la persecución penal para siempre, debiendo fijarse en algún momento la situación de quien delinque como una en la que ya no se encuentre sometido a la eventualidad

de ser perseguido. La principal dificultad con la que se encuentran quienes defienden esta postura se relaciona con la dificultad para justificar el reconocimiento de semejante "garantía o derecho de quien ha cometido un delito a que con el paso del tiempo se "extinga" la pretensión punitiva del Estado, en pos de la estabilización de su situación jurídica. En efecto, y como ha sido ampliamente reconocido por el derecho internacional, dicha pretendida necesidad de estabilización de las situaciones jurídicas en el caso de ejercicio de la acción penal se ve derrotada en casos de delitos de especial gravedad, como lo son los delitos de lesa humanidad. El problema se encuentra en entender a la institución de la prescripción como un derecho de quien delinque, comprensión que ignora que la prescripción de la acción penal no consiste en el reconocimiento de un derecho, sino en una prerrogativa del Estado a renunciar a sus pretensiones punitivas. Así, "la prescripción no crearía derechos a favor del delincuente, sino que importaría solamente una autolimitación que se pondría el Estado a sí mismo, en su derecho a conseguirlos delitos".

La institución de la prescripción corresponde a un "juicio estatal de prudencia acerca de las condiciones de ejercicio de su propia pretensión punitiva" que, en tanto tal, no encuentra su fundamentación en una supuesta garantía establecida en favor de quien delinque de ver estabilizada su situación con el paso del tiempo, sino que se trata de un compromiso del Estado de restringir temporalmente su derecho a la persecución penal, atendiendo a la disminución de la viabilidad de facto de que dicha percusión resulte exitosa, precisamente porque el paso del tiempo la dificulta. Dicho en palabras más simples, el Estado se autoimpone un deber de persecución de delitos y, en tanto "deudor" respecto del deber autoimpuesto, establece un plazo para el cumplimiento de dicho deber. Pasado el plazo establecido, el Estado se "condona" su "deuda", considerando que sus posibilidades de saldar dicha "deuda" se ven disminuidas considerablemente.

La pregunta que corresponde ahora responder es si bajo semejante comprensión de la institución de la prescripción de la acción penal ésta resulta comprendida por la prohibición de aplicación de una ley penal desfavorable, entendiendo que la naturaleza de la prescripción sería sustantiva y no procesal, es decir, que formaría parte del reproche de merecimiento que corresponde a la pena, en los términos del art. 19 N°3 inc. 8°.

2. Prohibición de aplicación retroactiva de leyes penales desfavorables

La prohibición de retroactividad se presenta como una de las concreciones del principio de legalidad (nulla poena sine lege previa), en tanto mandato de determinación de la ley penal cuya finalidad es asegurar que las mismas condiciones de punibilidad de un hecho que estuvieran vigentes al momento de su comisión sean aplicables al momento de su juzgamiento. Dicho principio, complementado con el principio de aplicación retroactiva de la ley penal favorable, garantiza que un empeoramiento de las condiciones de punibilidad de un hecho no sea aplicable al sujeto al momento de ser juzgado, en la medida en que dicho empeoramiento se haya llevado a cabo luego de la comisión del delito. En breve, los principios de irretroactividad y de favorabilidad aseguran que sea la pena establecida por ley al momento de la comisión del hecho la que se le aplique al autor, salvo que dicha pena haya sido modificada estableciendo una que le sea más favorable.

En cuanto a las justificaciones que se han dado a la prohibición de retroactividad, destaca un argumento que deberá revisarse por su incompatibilidad con esta indicación. Consiste en afirmar que la prohibición de aplicación de una ley penal desfavorable responde a una noción subjetiva de la seguridad jurídica cuya función sería garantizar el conocimiento de los ciudadanos del derecho vigente, lo que les permite calcular las consecuencias jurídicas de sus actos. El problema de la concepción de Oliver es que descansa en un "compromiso con una visión de la relación entre el Estado y el ciudadano radicalmente estratégica",[1] bajo la cual se reconoce que los ciudadanos sólo actuarían conforme a derecho debido a las posibles consecuencias jurídicas de sus actos (realizando un cálculo costo/beneficio), por lo que existiría un deber por parte del Estado de garantizar la absoluta certeza de dichas consecuencias. Esto, porque si bien el principio de legalidad se establece como un mandato de determinación de la ley penal que le permite a los ciudadanos conocer las consecuencias jurídico-penales de sus actos, éste no implica un deber del Estado de asegurar que todo pronóstico concerniente a la posible sanción aplicable, es decir, que la determinación cierta de las consecuencias se encuentre ya asegurada para el sujeto antes de la ejecución de un delito.

Por ejemplo, si el Ministerio Público, a través de oficio del Fiscal Nacional, decidiera cambiar su criterio de aplicación de suspensión condicional del procedimiento para casos de manejo en estado

[1] En este sentido, Mañalich, p. 227.

de ebriedad, estableciendo que, en adelante, no se ofrecerá al imputado suspensión condicional del procedimiento para todos los casos de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones leves, sería absurdo señalar que dicho oficio se encuentra sometido a la prohibición de retroactividad de ley penal desfavorable, arguyendo que quien decidió manejar en estado de ebriedad antes de la dictación del oficio confiaba que se le ofrecería suspensión condicional. A una conclusión inversa, pero en el mismo sentido, llega Oliver al señalar que los cambios jurisprudenciales desfavorables al sujeto estarían sometidos a la prohibición de retroactividad de la ley penal, ya que ciertas líneas jurisprudenciales permitirían al sujeto albergar "altas expectativas de no ser sancionado". Como bien reconoce Mañalich, el Estado no puede comprometerse a proteger las altas expectativas de un sujeto de no ser sancionado, a menos que se esté "dispuesto a entender que la decisión de perpetrar un hecho delictivo es similar a la decisión de 'planificación' tributaria".[2]

El principio de legalidad y su concreción en el principio de irretroactividad protegen la posibilidad del ciudadano de conocer el contenido y alcance del reproche jurídico penal que establece la ley para sus actos. Ello no quiere decir que lo que se garantiza al ciudadano es la posibilidad de predecir a cabalidad el resultado penalmente relevante de sus actos. Así, en la medida en que el plazo de prescripción no forme parte del reproche en que consiste la pena, éste no se encontrará cubierto por la prohibición de retroactividad.

3. Pena y prescripción

La posibilidad de defender que el plazo de prescripción no se encuentra comprendido por lo que se establece como "pena" en el sentido del art. 19 N° 3 inc. 8°, se encuentra en la posibilidad de reconocer que la prescripción de la acción penal no implica una desaparición del injusto culpable y, por ende, del merecimiento de reproche. Y esta es precisamente a la conclusión que se llega al entender que la prescripción de la acción penal consiste en una renuncia por parte del Estado de su derecho a ejercer la acción penal, renuncia que se lleva a cabo por razones de prudencia. Ahora bien, es importante distinguir tres posibles situaciones en las que se puede encontrar un sujeto ante una derogación o aumento del plazo de prescripción de la acción penal.[3] El primero es aquel

[2] Mañalich (2010), p. 228.
[3] Así Corral (2018), pp. 2ss.

en que la derogación o aumento del plazo se efectúa antes de que haya terminado de correr el plazo de prescripción, una vez cometido el delito. En el segundo, la derogación o aumento se efectúa después de que el plazo esté vencido, pero antes de que la prescripción sea declarada por sentencia ejecutoriada. En el tercer caso, la modificación legal se efectúa una vez ya declarada la prescripción por sentencia ejecutoriada.

El primer caso consiste en lo que se conoce como "retroactividad impropia", mientras que el segundo y el tercero son casos de "retroactividad propia". Lo primero que debe aclararse es que en el tercer caso la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley que deroga o aumenta el plazo de prescripción deberá quedar descartada ya no por la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable sino por el principio de cosa juzgada, que impedirá abrir un nuevo proceso ahí donde ya se haya declarado el sobreseimiento definitivo por sentencia ejecutoriada. Distinto es el segundo caso, en el que la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley derogatoria o ampliatoria del plazo de prescripción dependerá del reconocimiento de que no cabe al sujeto reclamar reconocimiento del mandato de seguridad jurídica entendido como una garantía del Estado a la confianza de los sujetos de la subsistencia de determinados plazos de prescripción. En cuanto al primer caso, y como se ha mostrado hasta ahora, no existen buenos argumentos para negar la aplicación retroactiva de una ley derogatoria o ampliatoria de los plazos de prescripción de la acción penal.

Como se ha visto, el plazo de prescripción no constituye parte de lo que entiende por "pena" en el sentido del art. 19 N°3 inc. 8 de la Constitución. Por lo anterior, vengo en presentar la siguiente ley interpretativa.

"El plazo de prescripción de la acción penal no constituye "pena" en los términos del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución y el artículo 18 inciso primero del Código Penal".