

Francisco Parra Núñez✉

Prescripción penal y delito permanente

Criminal statutes of limitation and permanent crime

Prescrição criminal e crime permanente

“(…) Como Terri y Ed. —Se quedó pensando en ello y luego continuó—:
Hubo un tiempo en que creí que amaba a mi ex mujer más que a la propia vida.
Pero ahora la aborrezco. De verdad. ¿Cómo se explica eso?”
Raymond Carver, *De qué hablamos cuando hablamos de amor*.

Agradecimientos: Deseo reconocer las acertadas observaciones a este trabajo de los árbitros ciegos. Además, agradezco el aporte a las versiones preliminares de este manuscrito a los Sres. Mg. Gonzalo Bascur y Mg. Patricio Acuña, como, también, la encomiable paciencia de mi mujer, Daniela López Trombert; no habría podido terminarlo sin su apoyo.

Resumen: Este trabajo pretende analizar el tratamiento que los delitos permanentes tienen en el ámbito de la prescripción penal, debido a que esta clase de ilícitos presentan características especiales en relación con el tiempo y, como la prescripción es precisamente el reconocimiento jurídico de la incidencia de éste en la responsabilidad penal, repercute en la forma de computarla, en la forma en que deben ser abordados los delitos cometidos mientras se ejecuta un ilícito permanente y, finalmente, como un elemento capaz de interrumpir el curso de la prescripción de un delito anterior, en aquellos ordenamientos que reconocen este efecto, como el chileno y el uruguayo. De dicho análisis se demuestra que un modelo basado en consideraciones preventivo especiales halla, también en el tratamiento del delito permanente, razones para ser rechazado.

✉ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y la Universidad Pompeu Fabra. Doctorando en Derecho, Universidad de Talca, cohorte 2017. Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Chile. Orcid: 0000-0002-8474-1580

✉ Contacto: franciscoparra.abogado@gmail.com

Palabras clave: *prescripción penal, delitos permanentes, cómputo, prevención especial, prevención general positiva, retribucionismo expresivo.*

Abstract: *This paper aims to analyze the treatment that permanent crimes have in the area of criminal statutes of limitation, because this class of crimes have special characteristics in relation to time and, as the criminal statutes of limitation are precisely the legal recognition of the incidence of this in Criminal responsibility has an impact on the way in which it is computed, on the manner in which crimes committed while executing a permanent crime must be analyzed and, finally, as an element able of interrupting the course of the criminal statutes of limitation of a prior crime, in those legal systems that recognize this effect, like the Chilean and the Uruguayan. From this analysis it is shown that a model based on special preventive considerations finds, also in the treatment of permanent crime, reasons to be rejected.*

Keywords: *Criminal Statutes of Limitation, Permanent Crimes, Computation, Especial Prevention, Positive General Prevention, Expressive Retribution.*

Resumo: *Este artigo tem como objetivo analisar o tratamento que os crimes permanentes têm na área da prescrição criminal, pois essa classe de crimes tem características especiais em relação ao tempo e, como a prescrição é justamente o reconhecimento legal da incidência deste em a responsabilidade penal tem um impacto na forma como é calculada, na maneira como os crimes cometidos durante a execução de um delito permanente devem ser abordados e, finalmente, como um elemento capaz de interromper o curso da prescrição de um crime anterior, naqueles ordenanças que reconhecem esse efeito, como o chileno e o uruguaio. A partir dessa análise, mostra-se que um modelo baseado em considerações preventivas especiais encontra, também no tratamento de crimes permanentes, razões para ser rejeitado.*

Palavras-chave: *prescrição criminal, crimes permanentes, computação, prevenção especial, prevenção geral positiva, retribuição expressiva.*

*Recibido: 20190312
Aceptado: 20190528*

Introducción

La precisión del específico contenido de la noción de delito permanente incide directamente en diversas aristas de la construcción de un modelo prescriptivo, pues se trata de un delito que presenta particularidades relativas al transcurso del tiempo y este último es el factor nuclear que está presente en toda clase de prescripción⁽¹⁾. La delimitación de qué es un delito permanente permite clarificar, por ejemplo, desde cuándo debe computarse el curso de la prescripción penal, donde se sostiene, por unos, que sería el instante que marca la consumación del último momento y, por otros, desde su terminación⁽²⁾. Las particularidades del delito permanente y su incidencia en los modelos prescriptivos, además, se plasma en la existencia de una serie de constelaciones que no son resueltas de forma expresa por las legislaciones, incrementándose los presupuestos posibles cuando se trata de modelos que atribuyen a la perpetración de un nuevo delito la virtud de interrumpir el cómputo de la prescripción de un ilícito pretérito. Lo anterior, considerando los fundamentos que permiten legitimar la existencia de la prescripción penal, por una parte, como también aquellos fundamentos que, no exentos de crítica, han sido asumidos por los ordenamientos positivos al estructurar sus modelos normativos.

Este trabajo pretende abordar los supuestos de hecho posibles de acontecer en el ámbito prescriptivo de los delitos de carácter permanente, proponiendo, desde los fundamentos del instituto, el tratamiento jurídico penal de cada caso concreto, para, luego y, de manera crítica, propender por la proscripción de los ordenamientos que enraízan la prescripción penal a consideraciones de corte preventivo especial.

El delito permanente

La noción más tradicional, sobre todo en la doctrina chilena, entiende que los delitos permanentes son aquellos ilícitos cuyo estado consumativo se perpetúa en el tiempo, por la voluntad del agente, de manera tal que cada momento puede ser imputado a la consumación⁽³⁾. En el clásico ejemplo de tipo permanente, el secuestro, su estado consumativo se extendería hasta que se pone fin a la privación ilegítima de libertad, ya sea con la liberación de la víctima o con su muerte. En este sentido,

la consumación no se agotaría en el momento en que se cumplen todos los elementos típicos exigidos por la norma que lo describe y pena, sino que se prolongaría durante todo el tiempo en que la víctima se mantiene cautiva⁽⁴⁾. De este modo, los delitos permanentes presentarían una composición especial, en atención a una configuración particular de su consumación.

Esta posición, sin embargo, resulta insuficiente para justificar por qué el delito no se va a considerar como consumado desde el primer momento en que se verifican todos los elementos exigidos por el tipo penal: si se concreta la prescripción normativa de un ilícito en forma cabal, éste ya se ha consumado⁽⁵⁾. Además, en la noción de consumación, pueden vislumbrarse dos niveles de análisis diferenciables el uno del otro: uno formal y otro material. De ello tampoco puede hacer eco la teoría tradicional. En efecto, una noción meramente formal de la consumación la identifica con el instante en que se ejecuten todos los elementos típicos, con prescindencia de su mayor o menor afectación del bien jurídico tutelado por la norma⁽⁶⁾. Por el contrario, en una noción material de consumación, ésta representa el máximo contenido de injusto que puede alcanzar un tipo, esto es, el más alto nivel de afectación que puede sufrir, constitutivo, a su vez, del último instante en que la conducta desplegada por el agente tiene relevancia jurídico penal. A esta especie de consumación material se le denomina como “terminación”. Como se verá, en los delitos permanentes la consumación formal difiere de la material o terminación.

Finalmente, y en otro orden de ideas, tratándose del inicio del término prescriptivo, la teoría tradicional resulta insuficiente para dar un tratamiento diferenciado a los delitos de carácter permanente, donde comienza a correr desde la última actividad y no desde su consumación —formal—, como ocurre en los ilícitos denominados como instantáneos.

Una posición diversa a la referida es la que entiende que la consumación es un instante, un momento, que se produce de igual manera tanto en los delitos permanentes como en aquellos de consumación instantánea⁽⁷⁾. La consumación, para esta teoría, sería aquel instante donde se verifican todos los elementos del tipo penal⁽⁸⁾. Asentada esta noción de consumación, entonces, lo que caracterizaría al ilícito permanente sería una extensión de los efectos del delito que no se extingue conjuntamente con la consumación formal, ya que el agente, después de ello, continúa ejecutándolo, manteniendo un estado antijurídico que se prolonga en el tiempo hasta finalizar cuando cesa en su actuación⁽⁹⁾. A este último evento se le ha denominado “terminación del delito” y no es otra cosa que lo que se ha referido *supra* como

consumación material⁽¹⁰⁾. Se trataría, por lo demás, de un caso de unidad típica de acción⁽¹¹⁾. Para esta posición, por tanto, la calificación de delito permanente no se opondría a la de delito instantáneo, sino que a la de delito de estado, es decir, a aquellos que concluyen con el ocasionamiento de un determinado estado, sin que sea necesario ni posible el mantenimiento de la ejecución por el agente⁽¹²⁾. En otras palabras, un delito como el secuestro, que se consuma desde el instante preciso de la privación de libertad de la víctima, pero que termina cuando cesa de ejecutarse la actividad delictiva, no representa diferencia alguna en su consumación con la de un delito instantáneo ni con los delitos de estado; su distinción, respecto de los primeros, está marcada por la generación de un estado antijurídico que se prolonga en el tiempo; y, con los segundos, que la mantención de ese estado antijurídico es imputable al agente⁽¹³⁾. En el ámbito de la prescripción penal, el término prescriptivo de un delito permanente comenzaría a correr en el momento de su terminación⁽¹⁴⁾.

Finalmente, en los ilícitos permanentes existe una construcción teórica planteada por Jakobs⁽¹⁵⁾, que surge a raíz del siguiente caso: un sujeto priva de libertad a otro empujándolo a un pozo del cual no resulta posible salir. En el supuesto, el comportamiento del autor ya habría finalizado con anterioridad a la terminación del secuestro —la inevitable muerte de la víctima privada de libertad en el pozo—, debido a que la mantención del estado antijurídico ya no depende de él, pues aunque quisiera rescatar a la víctima, por las circunstancias fácticas, ello no resultaría posible. Tal supuesto permitiría constituir una nueva categoría de delito permanente, denominada por Jakobs como delito permanente en sentido amplio⁽¹⁶⁾. En síntesis, el delito permanente en sentido estricto sería aquel donde la prolongación del estado antijurídico depende de la voluntad del actor; el delito permanente en sentido amplio sería aquel en que la permanencia de la afectación del bien jurídico no depende de la actividad del agente. Esta distinción presentaría algunas diferencias en el ámbito de la participación criminal, resultando admisible solo en los delitos permanentes en sentido estricto, y también en lo tocante a la prescripción penal⁽¹⁷⁾, como se indicará *infra*.

El cómputo de la prescripción, en general

Si bien la determinación del momento consumativo del delito es una cuestión dogmática, y la determinación del *dies a quo* es una cuestión que, como se verá, responde fundamentalmente a aspectos político-criminales, la superposición de estos tópicos en las constelaciones que surgen al tratar el delito permanente, con la particularidad que éstos ostentan en su desarrollo temporal, permiten abordar la le-

gitimidad de un régimen normativo en el tratamiento de esta clase de ilícitos considerando los fundamentos de la prescripción penal, aunque no se trate de soluciones del todo intercambiables. En este sentido, la determinación del momento mismo del inicio del cómputo de la prescripción penal, como se verá de la breve exposición histórica del desarrollo que ha tenido, obedece a razones que no necesariamente se vinculan con los fundamentos del instituto, sino más bien con aspectos adscritos a evitar brechas de impunidad, como puede apreciarse de los modelos que supeditaron el *dies a quo* al descubrimiento del delito. Frente a estos parámetros, sin embargo, surge el interés de contar con estructuras normativas que se adecuen a la necesidad de que los delitos prescriban, en razón de los fundamentos de la prescripción penal y que, por ello, puedan justificar legítimamente la supeditación del inicio del cómputo a un evento determinado.

En lo que dice relación con la evolución del tratamiento del *dies a quo*, lo primero que se puede anotar es que en los albores de la prescripción penal, el momento que marcó el inicio del cómputo fue aquel en que se cometía el delito, sin mayores precisiones de cuál era exactamente aquél instante⁽¹⁸⁾. Muchos siglos después, en la época de la codificación, comenzaron a surgir distintas fórmulas para computarla, que pueden ser agrupadas en cuatro tipos de sistemas: el sistema de la actividad, donde el inicio del cómputo se encuentra determinado por el día en que se ejecute la acción, con independencia del momento en que se verifique el resultado típico; el sistema de la constatación o conocimiento del delito, donde el inicio del cómputo lo marca la producción del resultado típico, si el delito es conocido, o, en el caso opuesto, el día de su descubrimiento⁽¹⁹⁾, el sistema de la consumación, donde lo determinante para iniciar el cómputo es el momento en que se verifiquen todos los elementos del delito, y el sistema de la terminación, donde la prescripción comienza cuando finalice la ejecución ilícita⁽²⁰⁾.

El llamado sistema de la actividad fue reconocido positivamente en el párrafo §67 del antiguo CP Alemán al tenor siguiente: “La prescripción comienza con el día en que la acción ha sido cometida, sin consideración al momento del resultado verificado”⁽²¹⁾. Este sistema, entendido tal cual se presentaba en el tenor literal del aludido §67 del CP Alemán, ocasiona inconvenientes graves de justicia material⁽²²⁾, pues, siguiéndolo, es perfectamente concebible que la producción de un resultado acontezca en un tiempo posterior a la acción, que sea igual o superior al previsto para la prescripción del delito, permitiendo, en consecuencia, la impunidad de la conducta⁽²³⁾. Este modelo, por tanto, reconocía que la pretensión punitiva del Estado podía extinguirse aún antes de haber nacido⁽²⁴⁾.

El sistema del descubrimiento, por su parte, encuentra su primer antecedente en las Siete Partidas, en la regulación del hurto cometido por el oficial al Rey o al Consejo, el que debía demandarse dentro del plazo de cinco años desde que conocían el delito, a diferencia de los demás ilícitos, donde la regla era que el *dies a quo* lo fijaba el momento en que el delito se había cometido⁽²⁵⁾. Como regla general fue establecida por la denominada legislación intermedia francesa, que se consagra en los códigos de 1791 y el Código Brumario del año IV, y que culmina con la dicción del Código de Instrucción Criminal del año 1808⁽²⁶⁾. La característica distintiva del código de 1791⁽²⁷⁾ la constituye precisamente la innovación consistente en iniciar el cómputo de la prescripción desde el día en que efectivamente se conocía el hecho punible, y no desde aquél en que se habría ejecutado⁽²⁸⁾. El Código Brumario⁽²⁹⁾, por su parte, mantuvo en idénticos términos el *dies a quo* que su predecesor⁽³⁰⁾. Este modelo fue recogido por el Código de Instrucción Criminal de 1808, el cual, del mismo modo que su par civil de 1804, inspiraría a numerosos códigos contemporáneos⁽³¹⁾. Este modelo fue parcialmente reconocido por el CP portugués de 1852, que en su art. 123 §1⁽³²⁾ fijaba el *dies a quo* en el momento en que se perpetraba el hecho o en el día del primer acto judicial llevado a cabo para perseguirlo. Con variantes, también, el CP español de 1870 asume este sistema en el penúltimo inc. de su art. 133, estableciendo que el cómputo de la prescripción comenzará a correr desde “(...) el día en que se hubiere cometido el delito; y si entonces no fuere conocido, desde que se descubra y se empiece á proceder judicialmente para su averiguación y castigo”. La razón de fondo de este modelo híbrido —en parte adscrito al sistema de la consumación y en parte al sistema del descubrimiento—, se encontraría en que se quiso dejar en claro que lo que debía conocerse para iniciar el cómputo era solo la perpetración del delito y no necesariamente la identidad de su autor⁽³³⁾, aunque también se ha sostenido que su fundamento era equiparar la prescripción penal a la civil, estableciendo como razón de ser de ésta la negligencia del Estado para perseguir el crimen⁽³⁴⁾. Este sistema también puede hallarse en el CP del Cantón de Vaud, el cual establecía, en su art. 75, el inicio del cómputo desde el día de los hechos o desde su descubrimiento⁽³⁵⁾.

En la actualidad, si bien se ha abandonado este sistema, existen vestigios de éste en la regulación de las injurias y calumnias del art. 431 CP chileno⁽³⁶⁾, aunque se exige un conocimiento presunto y no real del delito por parte de la víctima, al mandarse que el término corre desde que aquélla conoce o desde que pudo conocer las injurias o calumnias, estableciéndose, además, un plazo máximo de prescripción enraizado en el momento de la perpetración del hecho, de 5 años. En materia de delitos sexuales cometidos contra menores de edad podría sostenerse que el sistema

del conocimiento (aunque de manera un tanto forzada) ha recobrado cierto vigor. En efecto, tanto el artículo 369 quáter CP chileno⁽³⁷⁾, como el inciso final del art. 119 CP del Uruguay⁽³⁸⁾, —del mismo modo que en los ordenamientos que les sirvieron de inspiración⁽³⁹⁾— posponen el inicio del cómputo de la prescripción de delitos sobre las materias señaladas, para que empiece a correr una vez que las víctimas alcancen la mayoría de edad. La naturaleza de estas últimas—particularmente su edad—, habría sido una circunstancia que obstaculizaba el descubrimiento del ilícito con anterioridad al vencimiento de su término prescriptivo⁽⁴⁰⁾ y, por ello, se supedita su inicio al momento en que alcancen la mayoría de edad⁽⁴¹⁾.

La pérdida de vigencia de este sistema, en todo caso, se debe a que el direccionamiento del proceso contra el delincuente comenzó a ser reconocido por los ordenamientos como un evento capaz de afectar la integridad del término prescriptivo, interrumpiéndolo o suspendiéndolo, pero no afectando su inicio, lo que viene a enmendar el mayor inconveniente de este modelo: subordinar el *dies a quo* a un evento incierto —el descubrimiento del delito—, lo que, llevado a casos extremos, podía hacer de la prescripción una mera utopía. Desde los fundamentos de la prescripción penal, además, este sistema, al radicar el inicio del cómputo en un evento que no puede ser imputado al delincuente, como es el descubrimiento del delito, desligándose por completo de la gravedad del hecho y, también, de las características personales del delincuente con posterioridad a la perpetración del delito, solo podría asilarse en las teorías que justifican la eximente en la renuncia del Estado al *ius puniendi* o en aquellas que la asilan en la sola inactividad de las autoridades y funcionarios encargados de la persecución de delitos; ambas han sido descartadas por contundentes razones: así, el fundamentar la prescripción en la renuncia del Estado al *ius puniendi* incurre en el error de no reconocer que los poderes públicos no pueden recurrir a la potestad punitiva a discreción, pues en aquellos casos donde no exista necesidad de pena, por ejemplo, por el transcurso del tiempo, el castigo estatal se torna ilegítimo⁽⁴²⁾. Por su parte, que el fundamento de la prescripción penal sea la consecuencia de la inactividad de las autoridades y funcionarios encargados de la persecución, no permite explicar la existencia de escalas prescriptivas atendido la mayor gravedad del delito⁽⁴³⁾.

El sistema de la consumación, que es el actualmente reconocido por la mayor parte de las legislaciones⁽⁴⁴⁾, fija el *dies a quo* en el momento en que se verifican todos los elementos del tipo, incluido el resultado, de modo que si este último se presenta en un momento posterior, aquél marca el inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal. Esta teoría presenta el inconveniente en aquellos casos

en que el resultado no cubre aspectos adscritos al concepto de consumación material del delito (terminación), donde ya se han verificado todos los elementos típicos, incluso el resultado exigido, pero existe un estado antijurídico que se prolonga en el tiempo que produce una afectación al bien jurídico tutelado, de modo tal que en dicho supuesto el término prescriptivo puede, siguiendo estrictamente este modelo, comenzar a correr mucho antes de que se verifique la terminación del delito, llegando, hipotéticamente, a completarse en su integridad. Por ello es que en algunos ordenamientos que adscriben este sistema, como el italiano o el uruguayo, se complementa el modelo con un tratamiento casuístico de las diversas constelaciones que pueden presentarse en la configuración de la punibilidad de un hecho en relación al transcurso del tiempo, estableciéndose reglas que excepcionan al principio general, como la relativa a los presupuestos en que se requiere una condición objetiva de punibilidad, subordinando a la fecha de aquélla (y no del resultado) el inicio del cómputo⁽⁴⁵⁾.

Finalmente, el cuarto sistema es el de la terminación, que fija el inicio del cómputo prescriptivo en el momento en que se termine la conducta punible. Con ello, se pretende solucionar aquellas situaciones que se plantean más allá de la consumación formal del delito⁽⁴⁶⁾. En este sentido, este modelo se hace cargo de la distinción antes referida entre la consumación formal y consumación material o terminación. Este sistema es el que actualmente recoge la expresión contenida en el §78a. del Código Penal Alemán “[...] tan pronto haya terminado el delito”, replicado por el CP del Paraguay, que en su art. 102 n.º 2 señala que: “el plazo correrá desde el momento en que termine la conducta punible. En caso de ocurrir posteriormente un resultado que pertenezca al tipo legal, el plazo correrá desde ese momento”. Sobre este punto se ha señalado que lo decisivo para el comienzo de la prescripción no es la consumación, sino la terminación del delito, por lo que las referencias legales a que “si se produce posteriormente un resultado que pertenece al tipo penal, entonces comienza la prescripción a partir de ese momento”, no tendrían una significación autónoma, en tanto la terminación del delito supondría siempre la producción del resultado típico⁽⁴⁷⁾.

El cómputo de la prescripción en los delitos permanentes

El CP chileno, al reglar la forma de computar la prescripción penal, no reconoce un tratamiento particularizado para el delito permanente. De hecho, ni siquiera reconoce esta categoría delictual en parte alguna de su cuerpo⁽⁴⁸⁾. Se establece, de manera general, que el cómputo prescriptivo se inicia cuando se hubiere cometido

el delito, exceptuándose algunos delitos sexuales, donde el inicio del cómputo se verifica cuando la víctima cumple 18 años de edad⁽⁴⁹⁾, y la injuria y la calumnia⁽⁵⁰⁾. Nada se indica, por ejemplo, de presupuestos específicos en formas imperfectas del *iter criminis*, donde doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido que el cómputo debe iniciarse, en la tentativa, el día del último acto ejecutivo realizado, y en la frustración, desde el momento en que surge el obstáculo que impide la consumación⁽⁵¹⁾. Sobre este tópico el CP del Uruguay, en su art. 119, dispone que el cómputo se inicia el día en que se suspendió la ejecución⁽⁵²⁾. Otro tanto sucede con la participación criminal, donde, doctrinariamente se ha resuelto que el término debe comenzar a correr para todos los partícipes por igual, desde la ejecución del último acto delictivo⁽⁵³⁾.

En lo relativo al delito permanente, doctrinariamente se ha resuelto que el cómputo prescriptivo se inicia desde que se verifica la *terminación* del ilícito⁽⁵⁴⁾ lo que en ordenamientos como el chileno es resuelto por la doctrina y la jurisprudencia en favor de este postulado⁽⁵⁵⁾. En otros sistemas, como el uruguayo, pese a que, en general se asume el sistema de la consumación, se establece, como ya se indicó, la expresa excepción del *dies a quo* para el delito permanente, radicándola en el momento en que cesa la ejecución del ilícito.

De las fórmulas que se han elaborado para abordar el problema del cómputo de la prescripción, el sistema de la terminación es el que abarca un mayor número de hipótesis, pues al señalarse que el inicio del plazo prescriptivo se radica en el momento en que termina la conducta punible, comprende todas las posibilidades relativas tanto al resultado típico, como a aquellos presupuestos en que la consumación formal difiere temporalmente de la material. Sin perjuicio de ello, se debe reconocer que los modelos asociados al sistema de la consumación que sí contemplan reglas de excepción para las constelaciones relativas al tiempo, cubren, con ello, los mismos supuestos abarcados por un sistema de la terminación.

En un orden de ideas distinto, la distinción dentro de los delitos de carácter permanente que propone Jakobs, entre ilícitos permanentes en sentido estricto y en sentido amplio, puede repercutir en la forma en que debe computarse la prescripción. En efecto, los delitos permanentes en sentido estricto no representan novedad, debido a que en ellos el cese del estado antijurídico depende de la voluntad del hechor y, por lo mismo, coincide este cese con un hecho imputable al agente, consistente precisamente en darle término a la situación. Sin embargo, en los delitos permanentes en sentido amplio la mantención del estado antijurídico no depende de la voluntad

del delincuente. Siguiendo el ejemplo que nos da Jakobs sobre el sujeto que es lanzado a un pozo por otro, del cual no resulta bajo ningún respecto posible salir, ¿se contaría la prescripción desde que la víctima cae en el pozo?, ¿desde que se comprueba que la víctima no puede salir?, ¿desde que el agente ejecuta infructuosas acciones de salvamento?, ¿desde su muerte? En estos supuestos, como se refirió, la terminación de la ejecución delictiva culmina antes del término de la privación de libertad del sujeto —considerando su imposible liberación— y de su muerte inevitable, siempre, claro está, que la producción de las consecuencias fácticas de imposibilidad de salir del pozo por parte de la víctima, por sí misma o con ayuda de terceros, no puedan ser atribuidas al autor⁽⁵⁶⁾. Por ello, en tal supuesto, el instante de la terminación de la ejecución del delito permanente no coincide necesariamente con los momentos en que cesa el estado antijurídico —fuga, liberación o muerte—. La pregunta que surge, entonces, es si puede estimarse que en tales constelaciones aun deba imputarse la mantención del estado antijurídico al agente y, por lo mismo, justificar que el término prescriptivo solo se inicia cuando éste ha cesado, o si debe entenderse que, por el contrario, la imposibilidad de responsabilizar al agente por la perduración del estado antijurídico permite radicar el inicio del término solo respecto de aquellas actuaciones que pueden ser reprochadas al delincuente.

El problema, entendemos, debe ser resuelto a nivel de imputación, esto es, si a través de un análisis fáctico la mantención del estado antijurídico puede o no ser imputada al hechor. Allí, el planteamiento de Jakobs debe ser complementado con las prevenciones formuladas por Mañalich justamente a nivel de imputación —subjetiva—, pues si el agente se representó como posible ocasionar a la víctima una privación irreversible de su libertad, en el ejemplo, al momento de lanzarla al pozo y, no obstante ello, lo hizo, la extensión del estado antijurídico continuaría constituyendo una unidad de acción basada, también, en la ejecución de una acción contraria a deber⁽⁵⁷⁾. Si la respuesta es afirmativa, lo que justificaría la postergación del cómputo prescriptivo a un estadio posterior al de la consumación no es solo la creación de un estado antijurídico que se prolonga en el tiempo, sino que precisamente lo que fundamenta esta postergación es que el hecho pueda ser imputado a un sujeto determinado.

Para lo que se viene señalando, los fundamentos de la institución permiten sustentar lo afirmado. Ahora bien, sobre los fundamentos de la prescripción penal se debe tener presente que las propuestas han sido múltiples. Incluso se ha llegado a afirmar que éste se hallaría en diversas consideraciones político-criminales que implican renunciar al castigo cuando, como consecuencia del transcurso del tiempo, la

imposición de la pena acarree más inconvenientes que ventajas. Sin embargo, tal afirmación, si bien describe, de manera general, el por qué se consigna a la prescripción penal en los ordenamientos, está lejos de explicar la razón de ser de la institución⁽⁵⁸⁾. El amplio catálogo de fundamentos atribuidos a la prescripción penal se explicaría debido a que en la determinación del mismo incidirían las estructuras normativas dadas por el derecho positivo de cada ordenamiento sometido a análisis, y precisamente en éstos el caos regulatorio es tal que la confusión en la determinación del fundamento de la prescripción se terminó por extender tanto a la doctrina como a la jurisprudencia⁽⁵⁹⁾. En este sentido, solo dos explicaciones de la prescripción penal han podido sobrevivir con cierto sustento: aquella que justifica la prescripción (como una contracara) en consideraciones de índole preventivo-especiales y aquella que la asila en fundamentos relativos a los efectos comunicativos de la sanción recaída en el hecho delictual —de corte preventivo-general, aunque, también así lo consigna la renovada idea de retribucionismo expresivo⁽⁶⁰⁾: en ambos casos, la acción penal y la pena prescriben porque ya no se necesita castigar a quien ha ejecutado un hecho merecedor de pena, presumiéndose que, trascurrido un tiempo determinado desde la perpetración del hecho (o desde la condena), la pena carece de utilidad⁽⁶¹⁾.

En este sentido, la justificación de la prescripción penal en fines preventivos especiales consiste en que el tiempo inutiliza al castigo para propender a la evitación de delitos futuros por parte del infractor, desde la perspectiva de que no se requeriría de pena para conseguir la enmienda, corrección o readaptación social del delincuente —prevención especial positiva—, pues el tiempo sin delinquir demostraría dicha resocialización. Tampoco se requeriría el aseguramiento o incoización del autor del delito —prevención especial negativa—, pues el tiempo transcurrido sin que se perpetren ilícitos por el agente demostraría precisamente que éste ya no requiere ser neutralizado para la evitación de potenciales comportamientos criminales. En estos supuestos, si no se reconociera la prescripción penal, la excesiva distancia temporal entre el hecho y su castigo terminaría por someter a un sujeto que es una persona completamente diferente a aquella que delinquirió, de tal manera que “(...)castigarlo en esas condiciones carecería de sentido”⁽⁶²⁾. Este fundamento de la prescripción tuvo reconocimiento en diversas legislaciones, que exigían, para conceder la eximente, que se acreditase un buen comportamiento posterior del delincuente⁽⁶³⁾. En la actualidad es recogido por distintos ordenamientos⁽⁶⁴⁾, que para conceder la prescripción requieren que el delincuente no cometa un nuevo delito durante el curso del término⁽⁶⁵⁾. En estas regulaciones lo que realmente sucede es que el legislador presume que, por la no perpetración de nuevos ilícitos,

el delincuente se ha enmendado y, por ello, no se impone castigo, ya que no se requiere acreditar de manera alguna que el sujeto efectivamente se ha corregido, lo que hipotéticamente puede dar pie a que se premie a aquel criminal que, con el tiempo, depura su actuar delictual al punto de evitar ser descubierto⁽⁶⁶⁾. Sin perjuicio de lo señalado, la estructuración de la prescripción penal con base a fines preventivos, a pesar de la disposición expresa de los ordenamientos referidos, ha sido sumamente criticada tanto por su inutilidad⁽⁶⁷⁾ como por ser irreconciliable con los principios básicos de un Estado democrático de derecho⁽⁶⁸⁾.

Frente a este justificativo de la prescripción penal se halla aquél que radica su fundamento, prescindiendo de toda consideración sobre la persona del delincuente, en y desde el hecho criminoso y el efecto comunicativo de su castigo hacia la comunidad, fundamentalmente desde la idea de fidelidad del Derecho —tradicionalmente adscrito a la noción de prevención general positiva⁽⁶⁹⁾, aunque, como se indicó, encuentra un mayor correlato en la versión del retribucionismo expresivo⁽⁷⁰⁾— lo que se condeciría, por lo demás, con el establecimiento de plazos de prescripción —menores, mayores, o incluso a fundamentar la imprescriptibilidad de algunos hechos— según la gravedad de los ilícitos, aunque con la objeción de discurrir, en su estructuración, con base a presunciones sobre un determinado sentimiento colectivo⁽⁷¹⁾.

Esta posición, que en el ámbito prescriptivo ha sido llevada a su punto más alto por Ragués⁽⁷²⁾, reconoce que el efecto del tiempo en el delito es que éste, con su curso, pasa a ser percibido como un acontecimiento histórico por la colectividad, perdiendo, con ello, su relevancia social, de modo tal que la potestad punitiva del Estado deja de encontrar justificación —y de ser, por ello, legítima—, en tanto la imposición del castigo penal solo puede recaer respecto de conductas que afecten un interés personal o colectivo, necesario para la convivencia social: el suceso, con el transcurso del tiempo, *habrá perdido toda su capacidad para afectar negativamente al modelo social presente*⁽⁷³⁾. Como en todos los supuestos prescriptivos, en este caso también es el legislador quien fija un plazo estimativo a cuya verificación se presupone que el hecho deja de ser relevante socialmente y, por ende, no requeriría de imposición de pena alguna. Este fundamento permitiría, como se indicó, justificar la existencia de plazos de prescripción más largos respecto de delitos de una mayor gravedad, y más breves para aquellos que tienen una menor entidad: los delitos más graves, según estima el legislador, pasarían a ser un asunto del pasado en mucho más tiempo que aquellas infracciones de menos gravedad, reconociéndose en determinados presupuestos que el legislador le daría un carácter meramente

instrumental a la prescripción penal, efectuando una anticipación de ésta a un momento sumamente anterior a aquel en que el hecho pasaría a ser un acontecimiento del pasado, por razones de naturaleza adjetiva, donde los términos breves de prescripción se justificarían en ser un “criterio de selección de casos”, primando la eficiencia de la administración de justicia por sobre la necesidad de imponer el castigo respecto del delincuente⁽⁷⁴⁾.

En lo que respecta al cómputo de la prescripción y a la conexión, en este tópico de la institución con sus fundamentos, ambas teorías pueden justificar que su inicio sea desde el hecho delictivo, con el matiz de que aquella correspondiente a razones preventivo especiales subordina un reinicio del cómputo —y no podría ser de otro modo— al comportamiento ulterior del delincuente, esto es, al evento de que cometa un delito futuro. Ahora bien, en cuanto a la imputabilidad del hecho, las dos teorías pueden resolver el problema del mismo modo: la preventivo especial, exige que el hecho sea imputable al sujeto, pues solo así se justifica que se le aplique la pena como tratamiento que busca neutralizarlo y, luego, resocializarlo, con el fin de que no cometa nuevos delitos en el futuro; las teorías adscritas a consideraciones sobre el efecto comunicativo de la sanción, justifican la renuncia a la punición precisamente en que el delito pasa a ser cosa del pasado, deslegitimizando la reacción estatal cuando ésta pretende sancionar acontecimientos pretéritos, donde la significación social del castigo es nula. Por consiguiente, nada de legítimo podría haber, desde esta perspectiva, en una sanción que considera, para su vigencia temporal, aspectos que se encuentran fuera del ámbito de organización de los ciudadanos, esto es, que no pueden serles imputados penalmente.

Así las cosas, en los dos modelos señalados la distinción que Jakobs formula en los delitos permanentes, debe tener acogida, también, en la forma en que se computa la prescripción penal, considerando las particularidades de cada ilícito, bajo la premisa de que el término prescriptivo debe comenzar a correr apenas cese la actuación imputable al agente. De este modo, en el ejemplo propuesto, cesaría la actuación imputable al agente cuando deje de ejecutar (por acción u omisión) actos tendientes al mantenimiento del estado antijurídico que afecta a la víctima, es decir, aquellos que permiten mantenerla privada de libertad. Inequívocamente darían cuenta de esta circunstancia, por ejemplo, la ejecución de acciones de salvamento, aunque sean infructuosas. Todo lo anterior, claro está, para aquellos supuestos en que no hubiese podido prever la imposibilidad de liberación.

Los delitos cometidos durante la vigencia de un delito permanente

En un modelo basado estrictamente en consideraciones preventivo generales positivas o retribucionistas expresivas, la perpetración de un nuevo ilícito durante la vigencia del término prescriptivo de un hecho anterior, carece de relevancia. Sin embargo, en algunos ordenamientos, como el chileno y el uruguayo, adscritos a una noción preventivo especial de la prescripción penal, se exige, para la configuración de la misma, que el delincuente, con posterioridad a la perpetración de su delito, mantenga un comportamiento social adecuado. El art. 96 CP chileno requiere para la prescripción que no se cometa un nuevo delito, subordinando a esta circunstancia la sub-institución de la interrupción de la prescripción, que hace perder todo el tiempo que había corrido en favor del delincuente por el hecho anterior, reiniciándolo desde que perpetra el nuevo ilícito. En el mismo sentido, el CP uruguayo en su art. 121 establece que la prescripción se interrumpe por la perpetración de cualquier infracción penal, dentro o fuera del Uruguay, excepcionando solo los delitos políticos, los cuasidelitos y las faltas. Gracias a esta clase de técnicas legislativas, y sin perjuicio de los severos cuestionamientos que puedan formularse a la legitimidad de estos modelos⁽⁷⁵⁾, surgen una serie de combinaciones posibles donde la participación de un delito permanente, como interruptor o como ilícito interrumpido en su prescripción, provoca consecuencias especiales.

La primera hipótesis que se analizará consiste en que se ejecute un nuevo delito durante el curso de otro de carácter permanente, es decir, después de la consumación de este último, pero antes de que se verifique su terminación, o, lo que es igual, mientras aún se ejecuta⁽⁷⁶⁾. En tal caso, como la prescripción del ilícito permanente no ha comenzado a correr aún —pues para tales delitos el cómputo se inicia desde que cesa la situación antijurídica o desde que su prolongación se deba a circunstancias no imputables al agente— mal puede el nuevo delito interrumpir una prescripción no iniciada. Desde esta perspectiva, lo primero que puede colegirse es que parece resultar beneficioso el hecho de comenzar a contar el término prescriptivo desde el cese de la situación antijurídica para quien consuma un delito permanente y posteriormente ejecuta un nuevo delito, en comparación con quien ejecuta un delito no permanente y cuya prescripción, por el evento de una nueva infracción, se ve interrumpida. Sin embargo, esta dificultad es mucho más aparente que real: el perjuicio que el nuevo delito ocasiona en la prescripción del delito anterior es que hace perder todo el tiempo que había corrido en favor del delincuente, comenzado desde cero; esta circunstancia no se verifica en el delito permanente, pues su prescripción, como se indicó, no ha comenzado a correr aún, de

modo que la perseguibilidad del delito “anterior” en nada resulta afectada.

No sucede lo mismo, sin embargo, cuando se invierten las clases de delitos, esto es, cuando el delito interruptor es un ilícito permanente y el interrumpido es un ilícito anterior no permanente. En tales supuestos, la interrogante que se presenta es si la prescripción interrumpida del delito anterior se reinicia de inmediato, o lo hace conjuntamente —como se haría si fueran dos delitos no permanentes— con el inicio de la prescripción del delito interruptor, que, como tiene el carácter de permanente, solo comenzará a correr una vez verificada su terminación. Un ejemplo de esta constelación es el siguiente:

Juan le hurta una especie a Pedro que vale menos de media UTM (delito A: se trata, en Chile, de un hurto falta, cuyo término prescriptivo es de seis meses). Pedro descubre el hurto cuando solo resta un mes para que se complete su término prescriptivo. Ante tal develación, Juan decide secuestrar a Pedro (delito B), debido a las amenazas de éste de denunciarlo a la policía. Lo mantiene en cautiverio por ocho meses. Cuando Pedro es liberado, la acción penal por el delito de hurto se encontraría prescrita, porque la interrupción que el delito B ocasionó en la prescripción del delito A se produciría al momento de la consumación del delito B, y no al momento del cese del estado antijurídico de B. La seriedad del asunto puede entenderse con ejemplos más complejos: un militar, durante la dictadura chilena verificada entre 1973 y 1990, allana la propiedad de un sujeto, donde amenaza a su víctima para que le entregue las especies de valor que tiene (robo con violencia, delito A). Una vez que le entrega los efectos, procede a detener ilegalmente a su víctima (delito B, secuestro). Décadas después el militar es juzgado. El secuestro no se encuentra prescrito, pues la víctima aún permanece desaparecida, de modo que el estado antijurídico del ilícito continúa (no se ha producido su terminación). Sin embargo, el robo habrá prescrito, pues ha transcurrido íntegramente su prescripción, que fue interrumpida por B en el momento de su consumación.

En estos casos, la solución adecuada con el fundamento de la prescripción adoptado por estos modelos —prevención especial positiva— es la de someter el reinicio del cómputo de la prescripción del delito interrumpido al momento en que se verifique la terminación del delito interruptor de carácter permanente. Lo anterior, debido a que las consideraciones relativas a la persona del delincuente, esto es, al sujeto y no al hecho punible, obligan a razonar según este criterio: si el sujeto, con posterioridad a la ejecución de un delito no permanente ejecuta uno permanente, su comportamiento no se ha adecuado a las normas sociales imperantes, sino

que, por el contrario, la enmienda de su actuar solo puede comenzar a esperarse desde que cesa el estado antijurídico que el mismo creó y que mantiene.

Cosa muy distinta sería si el modelo del sistema prescriptivo solo fundara la exigencia en la relevancia comunicativa de la sanción, que, con el tiempo, decae y, por ello, no permite justificar sobre él una reacción punitiva legítima. En tales casos, solo resulta relevante el efecto comunicativo de la sanción por el hecho ejecutado, no el delincuente. Por el contrario, como se dijo, los modelos como el chileno y el uruguayo, que exigen un comportamiento ulterior del delincuente para conceder la prescripción penal, solo pueden justificar esta última en consideraciones adscritas al sujeto, fundamentalmente de índole preventivo especial, de guisa tal que la subordinación del cómputo y su reinicio no puede desconectarse de las consideraciones personales del delincuente, máxime si con un delito permanente éste se encuentra ejecutando el ilícito hasta que no le sea imputable la mantención del estado antijurídico. Demás está decir que se trata de una solución que si bien resulta plenamente compatible con la estructura positiva de los ordenamientos aludidos, atenta gravemente contra elementos cardinales de un Estado democrático de derecho, específicamente del denominado principio de culpabilidad y, por ello, refuerza los argumentos que abogan por la proscripción de esta clase de fundamentos de la prescripción penal.

Por último, una tercera hipótesis fáctica se presenta cuando el nuevo delito se comete durante la ejecución del delito permanente, cumpliéndose su término prescriptivo antes del cese del estado antijurídico creado por el primer ilícito. Un ejemplo real lo brinda el denominado caso del monstruo de Amstetten o caso Fritzl⁽⁷⁷⁾, donde el imputado mantuvo secuestrada a su hija por 24 años en el subterráneo de su hogar, a quien violó sistemáticamente, lo que devino en el nacimiento de siete hijos⁽⁷⁸⁾. A uno de esos hijos, confesó Fritzl, lo habría asesinado durante el cautiverio. La criatura habría muerto en 1996. La liberación —terminación del secuestro—, se produjo en 2008. Para que estos hechos ayuden a explicar la problemática prescriptiva planteada, es necesario alterar la fecha de muerte del hijo asesinado, la que fijaremos en 1992. Así, el Sr. Fritzl cometió parricidio en 1992, cuyo plazo de prescripción —en el ordenamiento chileno— es de 15 años. Luego, si la liberación se produjo el año 2008, entonces, el parricidio perpetrado durante la vigencia del estado antijurídico creada por el secuestro, estaría prescrito. El problema de estos casos, en la literalidad de las regulaciones de la interrupción del cómputo prescriptivo, estriba en que el delito permanente no es exactamente un nuevo delito respecto de aquel que se ejecuta durante su vigencia. Pese a ello, y yendo al fondo de lo

discutido, ¿resulta razonable que si se perpetra un delito no permanente y luego, uno nuevo de carácter permanente, se deba “posponer” el reinicio de la prescripción del primero hasta la terminación del segundo, pero, si durante el delito permanente se perpetra otro ilícito, seguir manteniendo la premisa de que no lo ha interrumpido por no ser un nuevo delito? Creemos que la respuesta, nuevamente, debe hallarse en el fundamento que cada sistema asigne a la prescripción penal, que, como se dijo, cuando se contempla la comisión de un nuevo delito como causal de interrupción de la prescripción de uno anterior, se asila en consideraciones de corte preventivo especial. En esta línea argumentativa, entonces, parece correcto afirmar que mientras el delincuente mantiene un estado antijurídico, mal puede pensarse que se ha enmendado y que no necesita de la reacción punitiva del Estado. Y si durante este curso perpetra uno o más ilícitos, de la naturaleza que sea, no resulta ajustado con la presunción de resocialización que envuelve este fundamento de la prescripción penal que el término prescriptivo comience a correr de inmediato. Claro está que en dichos supuestos no parece haber una interrupción, pues no hay un nuevo delito. Sin embargo, lo que sí existe, con posterioridad al hecho, es el mantenimiento de un estado antijurídico por el delincuente. Y este mantenimiento, entendemos, constituye un fuerte argumento para justificar que el cómputo del delito cometido durante la vigencia de uno de carácter permanente, no deba comenzar a correr, sino hasta que el delincuente deje de tener bajo su control la mantención del estado antijurídico creado, lo que generalmente ocurrirá con la terminación, o, tratándose de los ilícitos permanentes en sentido amplio, desde que el estado antijurídico y su prolongación no le sean imputables.

Críticamente, desde una perspectiva justificante de la prescripción penal en consideraciones comunicativas de la sanción recaída en el hecho, la solución, aunque contra *legem*, evidentemente, es la opuesta, pues un modelo en tal sentido jamás puede permitir que la integridad del término prescriptivo sea afectada por el comportamiento ulterior del delincuente. En este mismo orden de ideas, tampoco atañe a la prescripción responder por la imposibilidad de perseguir el delito, bien sea porque no se ha descubierto —debido a la ineficacia del ente persecutor, de la policía o incluso por puro azar—, bien sea porque la impunidad ha sido conferida por el actuar del mismo delincuente. La única vía que parece posible para hacer valer este fundamento de la prescripción penal en los ordenamientos aludidos, frente al expreso tenor de sus legislaciones, parece ser la búsqueda de la inaplicación de las normas referidas por su incompatibilidad con los principios radicados en el nivel constitucional, específicamente el de culpabilidad.

Conclusiones

1. La configuración de un delito permanente presenta una especial incidencia en a lo menos dos tópicos de un sistema prescriptivo: su naturaleza especial repercute en el momento en que se debe iniciar el cómputo de la prescripción penal y, en las legislaciones donde la comisión de un nuevo delito afecta el curso prescriptivo de otro anterior, resulta relevante determinar desde cuándo se reinicia el cómputo interrumpido por un nuevo delito permanente y, también, qué sucede en aquellos supuestos donde se comete un nuevo delito no permanente con posterioridad al inicio de uno permanente, pero antes de que se produzca su terminación.

2. Previo a adentrarse en un análisis de los problemas planteados, se requiere delimitar qué es un delito de carácter permanente, donde existen dos posiciones: una, que lo entiende como un ilícito caracterizado por una especial forma de consumación y, otra, que distingue entre consumación formal y material, denominando a esta última como terminación. Además, en esta postura, se puede distinguir entre delitos permanente en sentido estricto y en sentido amplio, siendo, de la primera clase, aquellos en que la mantención del estado antijurídico se prolonga por la voluntad del delincuente, y de la segunda, aquellos en que la prolongación del estado antijurídico ya no encuentra su causa en el agente.

3. También en forma preliminar, se requiere saber cómo se computa el término prescriptivo, donde, doctrinariamente existen cuatro sistemas: el de la actividad, el del descubrimiento, el del resultado y el de la terminación.

4. Tratándose de los delitos permanentes, el sistema que ofrece una solución más adecuada es el de la terminación. Sin embargo, haciéndonos cargo de la clasificación de los ilícitos permanentes propuesta por Jakobs, el cómputo debe iniciarse cuando se produce la terminación o, si la mantención del estado antijurídico se debe a causas no imputables al delincuente, desde que éste pierde el control de la prolongación del estado antijurídico que afecta a la víctima, lo que puede justificarse en los fundamentos de la prescripción penal, ya en aquellos que la asilan respecto del efecto comunicativo de la sanción (donde deslegitima la reacción penal que recae sobre actos no imputables al hechor), ya en los que reconocen en la prescripción penal un justificativo de orden preventivo especial, pues el tratamiento que implica la pena, para evitar la comisión de delitos futuros, solo puede recaer en quien necesita ser neutralizado y resocializado, lo que no abarca a quien no puede imputársele la mantención del estado antijurídico que afecta a la víctima.

5. Tratándose de aquellos ordenamientos donde la comisión de nuevo delito acarrea la interrupción de la prescripción penal que corría por un ilícito previo, si el nuevo delito es permanente (y el anterior no), el reinicio del cómputo del delito anterior debe postergarse hasta que comience a correr la prescripción para el delito permanente, debido a que si el sujeto, con posterioridad a la ejecución de un delito no permanente ejecuta uno permanente, su comportamiento se encuentra en franca vulneración de las normas sociales imperantes y, por lo mismo, no puede presumirse reinsertión alguna a su respecto, manteniéndose incólume la necesidad de castigo que pesa sobre él.

6. Cuando se ejecuta durante la vigencia de un delito permanente otro de carácter no permanente, no obstante que no existe un nuevo delito permanente, en armonía con los sistemas analizados, se debe posponer el inicio del cómputo prescriptivo de este nuevo delito no permanente hasta que deba comenzar a computarse el plazo del ilícito permanente, pues pese a no haber técnicamente un nuevo delito posterior, existe una mantención posterior de un estado antijurídico que, en el mismo sentido señalado antes, impide presumir que el delincuente se ha enmendado o que puede estar *ad portas* de hacerlo.

7. Sin perjuicio de estas soluciones, que encuentran correlato con la estructura de los modelos descritos, un análisis crítico desde los fundamentos de la prescripción penal, permite colegir que estas constelaciones adicionan razones para abogar por la proscripción de la prevención especial como fundamento de la prescripción penal.

Referencias

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal, Parte General*, (3ª reimp.). Santa Fé de Bogotá: Temis.
- Bascur, G. (2017). Posesión ilegal de armas de fuego y publicación de la Ley n.º 20.813: ¿Un problema de aplicación temporal de la ley penal más favorable? *Revista de la Justicia Penal* (7), 37-52. Recuperado de: <https://www.librotecnia.cl/ckfinder/userfiles/files/RJPPosesionilegaldearmasp37-52.pdf>
- Baumann, J. (1958). *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma.
- Brun De Villeret, E. (1863). *Traité théorique et pratique de la prescription en matière criminelle*. París: A. Durand.
- Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de derecho penal, Vol. II*. Madrid: Trotta.
- Cabezas, C. (2013). Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal. *Revista política criminal*, 8(16), 386-407. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A2.pdf
- Cerezo Mir, J. (2005). *Curso de Derecho Penal Español, Parte Gral., Tomo III, Teoría jurídica del delito*. Madrid: Tecnos.
- Couso, J. y Hernández, H. (2011). *Código Penal comentado, arts. 1 a 105. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot.
- Cousturier, J. (1849). *Traité de la prescription en matiere criminelle*. Bruxelles: Librairie Polytechnique D'aug. Decq.
- Cury, E. (2005). *Derecho Penal Parte Gral.*, (7ª ed.). Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

- Durán, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29(1), 175-295. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v29n1/art13.pdf>
- Feijoo Sánchez, B. (2014). *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*. Madrid: Iustel.
- Frister, H. (2011). *Derecho Penal, Parte Gral.*, (trad. de la 4ª ed. alemana). Buenos Aires: Hammurabi.
- Garrido Montt, M. (2009). *Derecho Penal, Parte General*, (4ª ed. act.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- González Tapia, M. J. (2003). *La prescripción en el Derecho Penal*. Madrid: Dykinson.
- González, S. y Jiménez, R. (2002). *El secuestro, problemas jurídicos y sociales*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Groizard, A. (1872). *El Código Penal de 1870, concordado y comentado, Tomo II*. Burgos: Imprenta de Timoteo Arnaiz.
- Hilgendorf, E. y Valerius, B. (2017). *Derecho Penal: Parte Gral.* (2ª ed. alemana). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Parte Gral., Vol. II*. Barcelona: Bosch.
- Luzón, D. (2004). *Curso de Derecho Penal, Parte Gral., Tomo I*. Madrid: Universitas.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte Gral., Fundamentos y teoría de la imputación*, (2ª ed. corr.). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2002). Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (04-13), 13:1-13:18. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc04-13.pdf>

- Mañalich, J. (2004). El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía. *Revista de Estudios de la Justicia*, (5), 11-33. DOI: 10.5354/0718-4735.2011.15042
- Mañalich, J. (2010). *Terror, pena y amnistía: el derecho penal ante el terrorismo de Estado*. Santiago de Chile: Flandes Indiano.
- Mañalich, J. (2011). *Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena*. En U. Kindhäuser y J. Mañalich. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires-Montevideo: B. de F.
- Martínez, V. (2011). La prescripción del delito. *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (27), 125-142. Recuperado de: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num27/4La%20prescripcion%20del%20delito.pdf
- Merkel, A. (1910). *Derecho Penal*. Madrid: La España Moderna.
- Mezger, E. (1957). *Derecho Penal, Parte Gral., Tomo II* (2ª ed. alemana). Madrid: Rev. de Der. Priv.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal, Parte General* (6ª ed. alemana). Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Mir, S. (2011). *Derecho Penal, Parte Gral.*, (9ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (1982). *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*. En VV.AA., *Estudios Penales, libro homenaje al profesor J. Antón Oneca*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Novoa, E. (1985). *Curso de derecho penal chileno, Tomo II*, (2ª ed., reimp.). Santiago de Chile: Ediar-Conosur.
- Oneca, J. (1986). *Derecho Penal*, (2 ed., anot. y puesta al día por J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino). España: Akal.
- Ortolan, J. (1945). *Curso de legislación penal comparada: lecciones pronunciadas en la Facultad de Derecho de Paris*. Madrid: Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica.

- Otto, H. (2017). *Manual de Derecho Penal, Teoría General del Derecho Penal*. (7ª ed. reelab.). Barcelona: Atelier.
- Parra, F. (2017). La necesidad de la pena como criterio determinante en la procedencia de la regla del artículo 103 del Código Penal en ilícitos de lesa humanidad: Comentario a la sentencia 34.447-2016 de la Corte Suprema. *Revista de Estudios de la Justicia*, (26), 197-221. DOI: 10.5354/0718-4735.2017.46484
- Pedreira, F. (2004). *La prescripción de los delitos y de las faltas: Doctrina y jurisprudencia*. Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- Politoff, S.; Matus, J. y Ramírez, M. (2004). *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Gral*, (2ª ed. act.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Prieto, A. (1955). *Causales de extinción de la responsabilidad criminal; perdón del ofendido, prescripción de la acción penal y de la pena, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*. Santiago de Chile: Universitaria.
- Ragués, R. (2004). *La prescripción Penal: Fundamento y aplicación*. Barcelona: Atelier-Libros Jurídicos.
- Ragués, R. (2010). El delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima: dificultades interpretativas de la regulación española. *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 43-59. Recuperado de: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/RAGUES%20_2_.pdf
- Ragués, R (2017). La atenuante analógica de cuasiprescripción. *InDret, revista para el análisis del Derecho* (3/2017). Recuperado de: <http://www.indret.com/pdf/1314.pdf>
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte Gral., Tomo I*. Madrid: Thomson, Civitas.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal, Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas.

- Serrano, J. (2007). El comienzo del cómputo de la prescripción en los casos de resultados muy posteriores a la conducta típica. *Cuadernos de Política Criminal, Segunda época* (93), 113-142.
- Serrano, J. (2008). La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente. *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, (96), 129-149.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, El hecho punible*. Navarra: Aranzandi.
- Van Hoorebeke, E. (1847). *Traité des prescriptions en matière pénale*. Bruxelles: Librairie ancienne et moderne de A. Vandale.
- Von Beling, E. (2002). *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Welzel, H. (1976). *Derecho Penal alemán* (2ª ed. Castellana). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Wessels, J. (1980). *Derecho Penal, Parte Gral.*, (6ª ed. alemana). Buenos Aires: Depalma.
- Yuseff, G. (2009). *La prescripción penal*, (3ª ed.). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Otras fuentes Bibliográficas

- España (1822). *Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar, en 9 de julio de 1822*. Madrid: Imprenta Nacional.
- Historia de la Ley n.º 20.207, de 31 de agosto de 2007, en el texto del proyecto original, primer trámite constitucional. Congreso nacional de Chile.

Nota de prensa 1 (2013): <http://www.libertaddigital.com/espana/2013-05-03/el-monstruo-de-amstetten-violo-a-su-hija-delante-de-sus-propios-hijos-nietos1276489130/>

Nota de prensa 2 (2009): http://cadenaser.com/ser/2009/08/28/sociedad/1251425608_850215.html

Normas citadas

Código Penal Alemán, §78.a y b.

Código Penal de la Argentina, artículos 63, 66 y 67 letras b), c), d) y e)

Código Penal Bávaro, artículo 139.

Código Penal de Bolivia, artículos 102 y 106

Código Penal de Brasil, artículo 111

Código Brumario del año IV (Francia)

Código Penal de Chile, artículos 96, 431, 369 quáter.

Código Penal Colombiano, artículo 84

Código Penal de Cuba, artículo 64

Código Penal Ecuatoriano, artículo 101

Código Penal Español, art. 132

Código Penal Español de 1822, art. 176.

Código Penal Español de 1870, arts. 133 y 134.

Código Francés de 1791, artículo 2.

Código de Instrucción Criminal (Francia)

Código Penal del Cantón de Friburgo, artículo 80

Código Penal de Guatemala, artículo 108

Código Penal de Honduras, artículo 98

Código Penal Italiano, artículo 158

Código Penal Mexicano, artículo 102

Código Penal del Paraguay, artículo 102 n° 2

Código Penal del Perú, artículos 81 n° 1, 82 y 83

Código Penal de Portugal de 1852, artículo 123

Código de las Siete Partidas, Partida Séptima, Título XIV, Ley XVIII

Código Penal del Uruguay, artículos 119, 121.

Código Penal del Cantón de Vaud, artículo 75

Chile, Ley n.º 20.084, artículo 3

Chile, Ley n.º 20.207, de 31 de agosto de 2007

Uruguay, Ley n.º 19.580, de 22 de diciembre de 2017, artículo 84

Jurisprudencia citada

Chile. Corte Suprema, rol 20.288-2014

Chile. Corte Suprema, rol 22.652-2014

Chile. Corte Suprema, rol 3.028-2015

Uruguay. Tribunal Apelaciones Penal 1º Tº. Sentencia Definitiva n.º 89/2007, 29 mayo 2007. Cal Shaban, A. (Redactor), Nuñez, A., Reyes Oehninger, A. (Firmantes).

Notas

¹ Por ello, como señala Frister (2011, 171), la clasificación de un delito como permanente es relevante, entre otras cosas, para la determinación del momento en que termina el ilícito y comienza a correr la prescripción penal.

² Una terminología diversa de la problemática puede encontrarse en Welzel (1956, 118): “El hecho no está siempre agotado con su consumación formal. Así la privación de la libertad está consumada con el encierro, pero se agota solamente cuando el encerrado recupera la libertad.” Stratenwerth (2005, 351), alude también a la expresión “agotamiento”. En Mezger (1957, 421), sin tomar parte en la terminología empleada, el autor opta por señalar que la prescripción comienza desde que cesa el estado anti-jurídico. En Cerezo (2005, 292), se prescinde de toda remisión a la consumación, terminación y/o agotamiento, y se define al delito permanente simplemente como aquel que “se da cuando mediante una acción se crea una situación antijurídica que perdura durante un determinado tiempo”.

³ Así, Yuseff (2009, 90); Garrido Montt (2009, 392); Cury (2005, 652); Bustos y Hormazábal (1999, 41). Este parece ser también el parecer del máximo tribunal, como puede apreciarse de manera abundante en sus resoluciones. En forma expresa, la sentencia de la Corte Suprema de Chile, rol 3.028-2015: “si la consumación se prolonga en el tiempo por la conducta del sujeto activo, al no cesar éste en su actividad anti-jurídica, a pesar de hallarse ya consumado, perdurará en el tiempo con independencia de la voluntad del agente.” En sentencia de la Corte Suprema de Chile, rol 22.652-2014, se sigue la misma idea, pero usando términos más implícitos, afirmándose que la prescripción se inicia, en los delitos permanentes, “cuando ha cesado la prolongación del resultado.”. En forma expresa el CP federal de México, art. 7, II, reconoce este tratamiento al señalar que el delito es “(...) permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo”.

⁴ Específicamente respecto al secuestro y la noción de consumación que se prolonga en el tiempo, véase González y Jiménez (2002, 59). Para el delito de detenciones ilegales en España, la misma noción de la consumación, en Ragués (2010, 56).

⁵ Mañalich (2004, 12).

⁶ Bascur (2017, 43).

⁷ En Mañalich (2010, 164), se señala que “la consumación es, en otras palabras, el instante preciso en que el tipo delictivo se realiza completamente, de manera imputable.” Un análisis pormenorizado de los delitos previstos en la Ley de Control de Armas, en su carácter de ilícitos permanentes y aspectos vinculados con problemáticas de vigencia temporal de la ley penal, véase Bascur (2017). Como se reconoce en Uruguay. Tribunal Apelaciones Penal 1º Tº. Sentencia Definitiva n.º 89/2007, 29 mayo 2007. Cal Shaban, A. (Redactor), Nuñez, A., Reyes Oehninger, A. (Firmantes), cuando se inició la ejecución privando de libertad a la víctima para pedir dinero por su liberación, el delito se consumó.

⁸ Jakobs (2002, 13:2).

⁹ Roxin (1997, 329). Mañalich (2010, 165); Politoff (2004, 129 y 584). En Serrano (2008, 142), con claridad, se explica que en estos delitos “(...) la conducta típica, aun cuando ya esté perfecta, en el sentido de completa, de que no le falta ningún elemento para ser típica, puede prolongarse hasta el momento en que cese la lesión duradera del objeto del bien jurídico (...)”.

¹⁰ Así, en Chile, Mañalich (2010, 164 y 165); Politoff (2004, 129 y 584). En Alemania, ésta es la opinión absolutamente dominante: Stratenwerth (2005, 350 y 351); Wessels (1980, 10). Mezger (1958, 152) y actualmente Frister (2011, 171 y 172) y Hilgendorf y Valerius (2017, 19 y 20).

¹¹ Welzel, (1956, 2), Bacigalupo (1996, 245).

¹² Roxin (1997, 329); Mañalich (2004, 12); Jakobs (1997, 207).

¹³ Como indica Otto (2017, 80), en el delito de estado “(...) la actividad delictiva concluye con la producción del estado antijurídico, en tanto que en los delitos permanentes, no solo la producción de un estado antijurídico realiza el tipo delictivo, sino también el dejar que continúe ese estado”. En Mir (2011, 234), si bien se emplean los mismos términos conceptuales, se agrega una frase que cambia completamente el sentido del delito permanente, al caracterizarlo porque: “(...) el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica”. Se trata de conceptos sumamente discutidos, como se puede apreciar ya desde Baumann (1958, 88), quien pone como contrapartes a los delitos instantáneos y los ilícitos permanentes, indicando que el criterio que los clasifica es “(...) la duración de la acción que lesiona un bien jurídico”.

¹⁴ Mañalich (2010, 166); Politoff (2004, 584).

¹⁵ Jakobs (1997, 208).

¹⁶ Jakobs (1997, 208), señala que en los delitos permanentes en sentido estricto: “el injusto se va intensificando al aumentar la medida del ataque a un bien jurídico por medio de un obrar u omitir posterior del autor. El comportamiento delictivo se prolonga entonces en la medida del comportamiento subsiguiente, en el que es posible la participación, que impide la prescripción, etc.”. Respecto a los delitos permanentes en sentido amplio, sostiene que “la medida de la intromisión no se haya realizado, aun cuando el autor ya haya perdido su posibilidad de intervenir en el suceso. Entonces, el comportamiento delictivo está concluido, pero la producción del resultado no es todavía completa, si bien ya concurre un resultado suficiente para estimar la consumación”. A la misma regulación —al menos en los presupuestos fácticos—, se llega en Luzón (2004, 315), donde se define al delito instantáneo como aquél que se consuma, sin que se cree una situación antijurídica duradera, al permanente como aquél cuya consumación produce una situación antijurídica duradera cuya mantención o cese depende de la voluntad del agente, y por delitos de estado, aquellos en que la consumación produce una situación antijurídica duradera cuya mantención o cese no depende de la voluntad del agente.

¹⁷ Sin perjuicio de que ello es negado por Jakobs (1997, 208) al plantear esta distinción.

¹⁸ Así era en el Derecho Romano, como se indica en Brun (1863, 10).

¹⁹ Yuseff solo reconoce tres sistemas: el de la acción, del descubrimiento y del resultado (2009, 71 y 72). Mir (2011, 782), más radical, solo reconoce la existencia del sistema de la acción y del sistema del resultado.

²⁰ Martínez (2011, 129).

²¹ En este sentido, Von Beling, E. (2002, 160), señala que la prescripción de la acción comienza el día en que se cometió la acción. También, Merkel (1910, 353) quien indica que “Los plazos de la prescripción empiezan a contarse desde el día de la comisión del delito, incluyendo ese día. Y el delito está cometido no bien han llegado a tener afectación los caracteres o elemento que lo constituyen, independientemente de que el resultado correspondiente no haya sido obtenido”.

²² Y, por ello, dio lugar a discusiones dogmáticas y jurisprudenciales que, a pesar de lo explícito del mandato legal, se resistían a admitirlo, como se indica en Pedreira (2004, 213).

²³ Críticamente, y sustentando una interpretación que aboga por aceptar la teoría de la consumación, aún ante el texto expreso de la ley en Mezger (1958, 117). Una revisión completa de la problemática y las propuestas interpretativas de la doctrina alemana en Yuseff (2009, 72 y 73).

²⁴ Pedreira (2004, 214). Hoy, sin embargo, la reforma al CP Alemán corrigió el aspecto del inicio del cómputo de la prescripción y, en definitiva, se contempla, en el párrafo §78a. del Código Penal Alemán, de la manera que sigue: “Iniciación. La prescripción inicia tan pronto como esté terminado el hecho. Si se produce posteriormente un resultado que pertenece al tipo penal, entonces comienza la prescripción a partir de ese momento”.

²⁵ Código de las Siete Partidas, Partida Séptima, Título XIV, Ley XVIII.

²⁶ Prieto (1955, 61).

²⁷ Como lo señala Ortolan (1945, 165), se denominó “Código Penal de 25 de septiembre de 1791”, el que había sido precedido, como se indica en p. 164, por la “Ley concerniente a la policía de seguridad, justicia criminal y establecimiento del jurado”, promulgada el 16 de septiembre de 1791 y decretada el 19 del mismo mes y que regulaba normas procedimentales.

²⁸ En Cousturier (1849, 7) se transcribe el título 6 del Código Penal de 25 de septiembre y 6 de octubre de 1791, donde, en el artículo 2 inciso segundo aparece lo que sigue: “Les délais portés au présent article et au précédent, com—menceront à courir du jour où l’existence du crime aura été connue ou légalement constatée”, es decir, “Los plazos señalados en el presente artículo y en el precedente, comenzarán a correr desde el día en que la existencia del crimen ha sido conocida o legalmente comprobada” (la traducción es de mi autoría).

²⁹ Como se señala en Ortolan (1945, 169), se denominó “Código de delitos y penas de 8 de brumario del año IV, 26 de octubre de 1796”. Además, pese a su denominación, como se consigna por el autor en pp. 169 y 170, “no es en realidad más que un código de procedimientos criminales, pues contiene 593 artículos sobre la sustanciación, y 53

solamente sobre la penalidad, remitiéndose para el mayor número de casos al código penal de 1791”.

³⁰ Van Hoorebeke (1847, 43).

³¹ Como lo señala Novoa (1985, 485), las legislaciones modernas llegan a admitir la prescripción penal luego del reconocimiento que de ella hace el Código de Instrucción Criminal francés de 1808. Esta influencia, como indica Ortolan (1945, 190-193), tiene origen en la revolución francesa, de manera tal que el ordenamiento jurídico francés se aplicaba a los denominados países reunidos al territorio francés y era imitado, o incluso derechamente traducido, por los llamados países colocados bajo la influencia francesa, quedando fuera del influjo de la revolución solamente el Código Penal Austriaco, el de Baviera, la legislación inglesa, la portuguesa (dominada por los ingleses) y la española. Sin embargo, ello no fue óbice a que con posterioridad tales países adoptasen los modelos legislativos franceses.

³² “Artigo 123. A prescrição nos crimes e nas penas tem lugar nos termos e os efeitos declarados em §.§. seguintes:

§. 1º *Todo o procedimento judicial-criminal contra determinada pessoa se prescreve pasados dez annos depois do dia, em que foi cometido o crime; ou se algum ato judicial teve lugar a respeito desse crime, depois do dia deste acto.*

Esto es:

Art. 123. La prescripción de los crímenes y de las penas tiene lugar en los términos y con los efectos declarados en los §.§. siguientes:

§. 1º *Todo procedimiento judicial-criminal contra determinada persona, se prescribe pasados diez años desde el día en que fue cometido el delito, ó si algún acto judicial tuvo lugar respecto de ese delito desde el día en que se ejecutó el acto.*

(la traducción es de mi autoría)

³³ Groizard (1872, 602): “Importa fijarse en que la ley habla del delito y no del delincuente al establecer la regla y excepción. Con tal que el delito sea conocido, aunque no lo sea su autor, el tiempo de la prescripción se cuenta desde el día de su perpetración. Cuando no es conocido, correrá el tiempo desde el día en que se descubra y se

empiece á proceder judicialmente para su averiguación y castigo”.

³⁴ Oneca, (1986, 614).

³⁵ Transcrito íntegramente, en Groizard (1872, 595).

³⁶ Cabezas (2013, p. 388). En Yuseff (2009, 87).

³⁷ Incorporado por la Ley n.º 20.207, de 31 de agosto de 2007. “Art. 369 quáter: En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”. Los delitos aludidos por el artículo recién transcrito son los previstos y sancionados en las siguientes normas del CP: 361, 362, 363, 365, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quater, 366 quinquies, 367, 367 bis y 367 ter.

³⁸ Agregado por la Ley n.º 19.580, de 22 de diciembre de 2017, artículo 84.

³⁹ En el CP Alemán, el párrafo que sigue: “§78 b: La prescripción se suspende: Hasta el cumplimiento de los dieciocho años de edad de la víctima en hechos punibles conforme al §§ 174 a 174 c, 176 a 179, así como conforme al §§ 224 y 226, cuando al menos una de las partes ofendidas a través del mismo acto sea una de las personas enumeradas en el § 225.”; en el CP español, el art. 132.1, inciso 2º: “En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento”; y en el CP de la Argentina, art. 63 incs. 2 y 3: “En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, y 130 —párrafos segundo y tercero— del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad”. “Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.”

⁴⁰ Cabezas (2013, 388).

⁴¹ Resulta de interés la ratio que subyace a esta iniciativa legislativa y que consta en la Historia de la Ley (2007): “Cuando un niño es víctima de un atentado sexual, la decisión de someter a la justicia al culpable, generalmente va a ser de los adultos que se encuentran a su cargo, en su calidad de representantes legales. Estos adultos muchas veces deciden no deducir denuncia para evitar la estigmatización del niño y el trauma psicológico que eventualmente puede significar enfrentar un proceso judicial. Más grave aún resulta la situación en que los propios padres son los agresores porque evidentemente se tratará de esconder los hechos quedando el menor en total indefensión”. También refuerza la tesis de adoptar una especie de sistema del conocimiento del delito con esta modificación, las aseveraciones realizadas en el texto de la Discusión General, primer trámite constitucional, del 06 de julio de 2005: “...es muy importante permitir que la menor o el menor, cuando llega a tomar conciencia de este abuso, pueda denunciarlo...”. (énfasis agregado).

⁴² En profundidad y con amplio apoyo dogmático, Ragués (2004, 24 y 25).

⁴³ Críticamente, Ragués (2004, 29 y 30).

⁴⁴ Así, CP Argentino, arts. 63 (acción penal, con regla especial para ciertos delitos contra menores de edad) y 66 (pena); CP boliviano, art. 102 (con regla especial si se ejerció la instrucción correspondiente); CP de Brasil, art. 111 (con excepción de ciertos delitos, donde acoge el sistema del conocimiento); CP Colombiano, art. 84; CP de Cuba, art. 64; CP Ecuatoriano, art. 101 (con regla especial del cómputo si se ha iniciado el enjuiciamiento o si se ha iniciado la acción); CP español de 1995, art. 132 num. 1 (con regla especial para ciertos delitos con víctimas menores de edad); CP de Guatemala, art. 108; CP de Honduras, art. 98; CP italiano, art. 158; CP Mexicano, art. 102; CP del Perú, art. 82; Código Penal del Uruguay, art. 119.

⁴⁵ Pedreira (2004, 214).

⁴⁶ Pedreira (2004, 216).

⁴⁷ Jescheck (1981, 1240 y 1241), quien agrega que ello, sin embargo, generalmente coincidiría en una misma oportunidad, como ocurriría con el delito de aborto, donde el inicio del cómputo lo marca la muerte del feto y no la ejecución de la acción abortiva, como en la estafa lo marca la producción del daño patrimonial. No obstante, si el delito finaliza antes de que se haya consumado formalmente, lo decisivo para que comience a correr la prescripción sería el momento de la terminación material, y no el

momento final de la acción del reo.

⁴⁸ En la legislación chilena puede hallarse un reconocimiento tácito a los delitos permanentes en el art. 3 de la Ley 20.084, “Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, que en su inciso 2 indica que “En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad”.

⁴⁹ Art. 369 quáter CP, introducido por la ley 20.207 de 2007.

⁵⁰ Art. 431 CP.

⁵¹ Así, Ragués (2004, 128 y 129); Wessels (1980, 173); Yuseff (2009, 81 y 82); Politoff (2004, 584).

⁵² Diversos ordenamientos regulan positivamente el problema, como el art. 102 num. 2 del CP Federal de México o el art. 81 num. 1 del CP del Perú.

⁵³ Se excluye de éstos a los encubridores, quienes son tratados como partícipes por el CP chileno no obstante que, al intervenir con posterioridad a la consumación del hecho, no pueden ser considerados como tales. Por lo mismo es que respecto a ellos el término de prescripción debe correr desde que ejecutan su encubrimiento, ya que de comenzar en el mismo momento en que ocurre respecto de los autores o partícipes, podría darse, hipotéticamente, el supuesto de que el delito prescriba incluso antes de que intervengan a través de su acto encubridor.

⁵⁴ Así, Mañalich (2010, 166); Politoff (2004, 584). Una terminología diversa (agotamiento en vez de terminación), aunque con igual solución, en Welzel, H. (1976, 118) y en Stratenwerth (2005, 351). En Mezger (1957, 421), sin tomar parte en la terminología empleada, se señala que la prescripción comienza desde que cesa el estado anti-jurídico.

⁵⁵ Una síntesis de la posición de la doctrina chilena sobre este punto, en Couso y Hernández (2011, 726).

⁵⁶ En un fallo de la C. Suprema de Chile, rol 20.288-2014, se exige, para fundamentar el reproche, que, en el caso del secuestro, el sujeto activo pudiendo hacer cesar la si-

tuación de la víctima, no lo haga, calificando esta circunstancia como una omisión.

⁵⁷ En profundidad, Mañalich (2010, 167-170).

⁵⁸ Así lo expone, críticamente, González (2003, 44).

⁵⁹ González (2003, 65).

⁶⁰ Una completa exposición de los fundamentos de la prescripción penal y sus críticas puede encontrarse en Ragués (2004, 21-47). Sobre retribucionismo expresivo, véase la interesante propuesta de Mañalich (2011, 58), que permite sortear con éxito los cuestionamientos formulados a la prevención general y, a su vez, justificar la legitimidad de la punición estatal, pues concibe a la pena del modo que sigue: “(...[L]a pena, de este modo, resulta justificada como pena retributiva, pero su justificación no es absoluta, en el sentido de las teorías retribucionistas tradicionales, sino relativa, en el sentido en que la pena expresa el reproche por un abuso unilateral de la confianza cuya reciprocidad es indispensable para la estabilidad de las normas de comportamiento cuyo seguimiento posibilita la coexistencia de iguales espacios de libertad. Que la imposición de la pena pueda, de hecho, reforzar las inhibiciones morales de ciudadanos que muestran fidelidad al derecho, sólo puede derivarse de su rol de expresión de juicios reprobatorios por la realización imputable de determinadas formas de comportamiento incorrecto”.

⁶¹ En detalle, Parra (2017, 211 y 212).

⁶² Serrano (2007, 128).

⁶³ Así, el Código Penal Bávaro, en su art. 139, íntegramente transcrito en Groizard (1872, 595): “(...) Y el culpable ha dado muestras durante ese tiempo de una buena conducta no interrumpida, será exento de toda pena (...)”, como también, p. 596, de forma mucho más radical, el art. 80 del Código del Cantón de Friburgo (exigiendo, además, reparar el mal del delito y otros requisitos adicionales).

⁶⁴ Así se reconoce por el art. 106 del CP de Bolivia y el art. 96 CP chileno, que la consideran como causal de interrupción, como también, ordenamientos que mantienen la nomenclatura, aunque la consideran conjuntamente con el direccionamiento del procedimiento contra el delincuente, como en CP de la Argentina, art. 67 letras b), c), d) y e); CP del Perú, art. 83; CP del Uruguay, art. 121; CP de Cuba, art. 64.

⁶⁵ El antecedente más remoto de este tipo de regulación es el Código Penal español de 1822, que así lo consagra en su art. 176, íntegramente transcrito en España (1822, 37).

⁶⁶ Parra (2017, 212). Con una precisión entrañable, Groizard (1872, 612), refiriéndose al tratamiento que el CP español de 1870 hace en su art. 134 de la prescripción de la pena, señala que: “(...) Una nueva caída, un nuevo delito interrumpe también el tiempo de prescripción. Es esto consecuencia natural de los principios ya sentados. El que antes de cumplir una condena reincide, se revela de nuevo contra el derecho que ampara con su sanción penal, da muestras que del hecho de haber escapado al primitivo castigo, lejos de contenerle, le ha alentado á nuevos excesos con la esperanza de la impunidad”.

⁶⁷ Calificada por Feijoo (2014, 69) como un “mito”.

⁶⁸ Sobre el punto, resulta interesante lo anotado por Muñoz Conde (1985, 390 y ss.) ya en 1985 sobre las críticas a los modelos asilados en la prevención especial como fin de la pena.

⁶⁹ González (2003, 76)

⁷⁰ Mañalich (2011, 58). En contra, Durán (2016, 288), quien aboga precisamente porque la prevención general positiva debe, para su legitimidad, alejarse de la fundamentación y de la lógica de la retribución, aunque pareciera referirse a la noción más tradicional de esta última.

⁷¹ González (2003, 80 y 81).

⁷² Aunque también es reconocida por Pedreira (2004, 124 y ss.).

⁷³ Ragués (2017, 15).

⁷⁴ Ragués (2017, 15 y 16).

⁷⁵ Precisamente por la consignación de eventos que pueden afectar el término prescriptivo de un hecho anterior, situándose, con ello, en presupuestos justificantes de la prescripción penal arraigados en la prevención especial.

⁷⁶ La perpetración de un nuevo delito durante el curso de uno anterior presenta relevancia en aspectos sumamente diversos a la prescripción penal, como los presupuestos concursales y, fundamentalmente en Alemania (y a raíz del delito permanente), aquellos casos de unidad de acción por “efecto enlace de un delito permanente”, cuya extensión, críticas y estado actual en la jurisprudencia puede verse en Otto (2017, 524 y ss.). Otra terminología en Hilgendorf y Valerius (2017, 326 y 327), quienes lo denominan como principio de conjunción. Sobre el tratamiento de identidad parcial de acciones ejecutivas, la posibilidad de tratamiento en concurso ideal entre delitos de estado y permanentes o solo entre varios de estos últimos, como también sobre el “efecto abrazadera” que puede tener lugar cuando dos delitos independientes se encuentran, cada uno por su cuenta, en concurso medial con un tercer delito (todos presupuestos donde resulta relevante la distinción entre consumación formal y material), puede verse Roxin (2014, 967-978).

⁷⁷ El caso en la prensa en Nota de prensa 1 (2013).

⁷⁸ En los medios de comunicación se han dado a conocer diversos ilícitos similares al citado. Una síntesis de los denominados caso “Natasha Kampush”, caso de “El monstruo de Mendoza o Lucero”, caso de “El monstruo de Mariquita”, caso de “El monstruo de Buenos Aires o Soria”, caso de “El monstruo de Italia” y el caso del “Monstruo de Francia o Gouardo”, como se registra en Nota de prensa 2 (2009).