



Por Eduardo Alcócer Povis*

PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

I. APUNTE PREVIO

1. La prescripción de la acción penal es uno de los temas más controvertidos en el escenario jurídico nacional. Son diversas las posturas que se han planteado a las cuestiones que van desde su ubicación sistemática hasta los problemas de aplicación en casos concretos (contumacia o en los delitos de infracción de deber). A continuación, se presentará un resumen del debate y mi posición al respecto.

II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

2. La prescripción, “desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma” (Exp. 1805-2005-HC/TC). Es decir, mediante la prescripción “se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo” (Exp. 2522-2005-HC/TC).
3. En cuanto a los fundamentos de esta institución, tradicionalmente las posturas se han debatido entre las teorías procesales y las teorías materiales. ¿Se trata de un instituto procesal o un instituto material? O, lo que es lo mismo, ¿estamos ante una extinción de la “acción penal” o de la responsabilidad penal (“del delito”)?¹. Sin embargo, en la actualidad esta discusión está siendo zanjada ante la imposibilidad de distinguir nítidamente entre presupuestos procesales y materiales, ya que desde el prisma funcionalista que domina la disciplina, las diversas categorías que fundamentan la imposición de la pena, comparten fines comunes, que no es

* Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad San Martín de Porres. Socio fundador del estudio Alcócer & Abogados.

¹ Aunque el legislador peruano dice en el art. 80 CP: “la acción penal prescribe...” perfectamente puede interpretarse “el delito prescribe...”, por lo que ello no puede considerarse una opción sobre la naturaleza procesal de la institución de la prescripción.



otro que la necesidad de pena². *La necesidad de pena*, pues, dota de unidad a los presupuestos de la pena –artificialmente diferenciados en materiales y procesales–, orientando todas las categorías e instituciones del Derecho Penal hacia los fines de la pena, concretamente de corte preventivos.

Sin perjuicio de lo antes indicado, debe tenerse en cuenta que para la Corte Suprema de Justicia del Perú la prescripción es una institución propia del Derecho Penal sustantivo. Así, en el Acuerdo Plenario 8-2008/CJ-116 F.J. 10 se menciona que: “La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal”. Además, en cuanto al fundamento de la prescripción de la acción penal se afirma que éste radica en “la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción” [se cita: Ramón Ragués y Vallés, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*. Barcelona, 2004, p. 45]. Asimismo, en el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116, F.J. 31.B se indica lo siguiente: “Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal”.

4. El fundamento de la prescripción es, por tanto, que el paso del tiempo decae la *necesidad de pena*. La prevención general y la prevención especial se ven mermadas hasta extinguirse por motivo del transcurso del tiempo. El “llamado de la norma” tiene una actualidad determinada a los efectos intimidatorios³, mientras que la resocialización del individuo sólo puede operar en un tiempo circunscrito.
5. En resumen, la posibilidad que tiene el Estado de ejercer la acción penal contra una persona importa para él o ella un permanente riesgo de castigo. La prescripción anula dicha posibilidad de persecución por el mero transcurso de tiempo. Conforme señala la doctrina la mayoritaria, la prescripción se funda en la función que cumple el Derecho penal: la de ejercer o no el *ius puniendi* **por razones de necesidad**.
6. ¿Cómo determinar la *necesidad de pena*? Esta se puede determinar teniendo en cuenta la gravedad del hecho. Así, según la legislación penal para

² Cfr. GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Prólogo de Gonzalo Quintero Olivares, Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 63. En sentido similar: GONZÁLEZ TAPIA, MARÍA ISABEL: *La prescripción en el Derecho Penal*, Madrid, Dikynson, 2003, pág. 112.

³ Desde posturas que asumen la prevención general positiva, que no se comparten, también se considera el fundamento de la prescripción la necesidad de pena: para que la pena pueda cumplir la función de asegurar la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma infringida, es preciso que la pena esté conectada a la infracción de la norma, conexión que queda debilitada con el paso del tiempo. En España asume esta postura GARCÍA PÉREZ, Octavio: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 80. En Alemania, es de este parecer el profesor JAKOBS.

adultos, el plazo de prescripción se duplica cuando se trate de delitos que afecten el patrimonio del Estado y que son cometidos por funcionarios públicos (art. 80 del Código Penal) o cuando se declara la imprescriptibilidad en los delitos contra la humanidad (Res. Legislativa N° 27998). Otro elemento que nos sirve para determinar la necesidad de pena son las características del agente: por ejemplo, si el agente es mayor de 18 y menor de veintiún años o más de sesenta y cinco años, el plazo de la prescripción se reduce a la mitad. Sirva este último elemento para justificar “un trato diferente o menos aflictivo” cuando se determine legislativamente el plazo de prescripción en casos de hechos realizados por adolescente infractores (mayores de 14 y menores de 18 años). Y es que, en este último caso, el interés superior del adolescente, expresado en el reconocimiento y respeto de sus derechos fundamentales, nos obliga a reducir el plazo de la persecución penal estatal. Sin dejar de tener en cuenta los casos de delitos graves, en los cuales la *necesidad de pena* obliga a que el plazo de la prescripción sea igual que el aplicado a los adultos, conforme se verá más adelante.

III. LA DUPLICIDAD DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO COMETIDO POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

7. Respecto a lo establecido en el último párrafo del art. 80 del CP (que es objeto de esta parte del comentario), se tomará posición respecto a dos problemas interpretativos: ¿Para determinar la ampliación del plazo de prescripción resulta exigible una relación funcional entre el sujeto activo cualificado (funcionario y servidor público) y el patrimonio del Estado? Y ¿qué debemos de entender por delito cometido contra el “patrimonio del Estado”?
8. El sentido de una determinada norma penal no sólo se obtiene del significado literal o gramatical del precepto, sino también de su finalidad⁴, ello da lugar a la llamada interpretación teleológica. Este método de interpretación me parece el más adecuado para delimitar los alcances del último párrafo del art. 80 CP.
9. ¿Cuál es la finalidad de la duplicidad del plazo de prescripción indicado en el art. 80 del CP? Endurecer el tratamiento penal del ciudadano que ostenta una función pública y que se encuentre vinculado al patrimonio del Estado,

⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 428-429. Considera que “...el texto de la ley constituye sólo un vehículo en orden a lo que es el contenido regulativo que ha de ser extraído de las normas: el texto no puede nunca comprender, ni penetrar, plenamente en un pensamiento. De ahí que sea admisible en el Derecho penal trascender más allá del tenor literal, mediante una determinación de sentido extensiva”.



situación que lo obliga a cumplir deberes de aseguramiento del objeto material (patrimonio público) que representa al bien jurídico mediatamente protegido (correcto funcionamiento de la administración pública). A contrario, no es relevante que el funcionario o servidor público tenga una relación de hecho con el patrimonio del Estado, situación que, si bien es desvalorada por el derecho penal, no incrementa la necesidad estatal de perseguir y de sancionar penalmente el comportamiento.

10. La mayor gravedad de la conducta del sujeto activo que fundamenta la mayor necesidad de sanción previsto en el último párrafo del art. 80 del CP (lo que explica la duplicidad del plazo de prescripción) se entiende pues el agente no solo infringe una norma de prohibición general propia del cargo público “no abusar de la función”; sino también una norma de mandato “salvaguardar el patrimonio del Estado” dada su vinculación estrecha y de derecho con el bien jurídico mediata (correcto funcionamiento de la administración pública) y directamente protegido (patrimonio del Estado).

Por tanto, consideramos que el último párrafo del art. 80 del CP exige un vínculo funcional (de derecho) entre el sujeto activo y el patrimonio del Estado (conforme lo ha establecido el Acuerdo Plenario 1-2010-CJ/116 F.J. 16). Sólo a él o ella se le puede duplicar el plazo de prescripción pues la necesidad de pena se ve incrementada cuando se presenta dicha circunstancia.

11. Por otro lado, respecto al concepto jurídico penal de “patrimonio público”, éste es entendido, a partir de una noción amplia y funcional, como el dinero o bienes puestos a la disponibilidad jurídica del Estado. Dichos bienes no tienen que ser necesariamente de propiedad pública, pueden ser también de propiedad privada “siempre y cuando estos últimos hayan ingresado, reingresado, circulen o se hallen temporalmente bajo poder de la administración pública en condición de disponibilidad jurídica”⁵.

La pérdida de la disponibilidad jurídica del Estado de dichos bienes es la consecuencia característica de “los delitos contra el patrimonio del Estado”. Situación que se presenta en tipos como el de peculado (art. 387 CP), en el que se sanciona el acto de apropiación por parte del sujeto cualificado de los caudales o efectos públicos puestos a su vigilancia o administración. Otro ejemplo, es el delito de colusión desleal (art. 384) en el que el desvalor de resultado adquiere su plenitud con la lesión al patrimonio estatal producto del “engaño”.

12. Sin embargo, existen otros delitos, como el de malversación de fondos (art. 389 CP), mediante el cual se tutela la regularidad y buena marcha de la

⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Lima, 2007, p. 473.

administración pública sancionando la incorrecta aplicación de los fondos públicos al que se le da un “destino diferente” al previsto presupuestalmente. No se exige que el autor haya dispuesto para sí o para tercero de dichos bienes (esto es sancionado con el peculado), sino desviarlo a otro destino público u oficial. En otras palabras, no se exige que una afectación al patrimonio del Estado. Por tanto, en este delito, como otros, en los que no se ponga en riesgo o lesione el patrimonio del Estado (concusión, cohecho, negociación incompatible, etc.), no se debe aplicar lo dispuesto en el art. 80 del CP en su último párrafo.

IV. DECLARACIÓN DE CONTUMACIA Y PRESCRIPCIÓN ¿DEBE EMITIRSE UNA RESOLUCIÓN EXPRESA QUE DECLARE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN?

13. En primer lugar, de acuerdo al tenor de la pregunta se asume que la contumacia (regulada en la Ley 26641) “suspende” el plazo de prescripción, lo cual no emerge claramente de la norma y es por demás discutido⁶.
14. Sin perjuicio de lo antes indicado, y asumiendo preliminarmente que la contumacia “suspende” el plazo de prescripción de la acción penal, consideramos que de acuerdo a los principios *pro homine* y *pro libertatis*, la interpretación judicial debe procurar siempre una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio (ver STC N.º 0015-2005-PI/TC y N.º 0075-2004-AA/TC). Vale decir, en este caso, en lugar de optar por no exigir que el Juez declare expresamente en su resolución la suspensión de la prescripción del contumaz, se debe exigir que dicho pronunciamiento se realice. Con ello no solo se cumple el deber que tiene todo Juez de motivar las resoluciones judiciales que emite (más aún las que restringen derechos⁷), sino también

⁶ Aunque el TC se decanta por considerarla como causa de suspensión, ver: STC 1279-2010-HC/TC.

⁷ Respecto al carácter restrictivo de la contumacia, la Corte Suprema de Justicia de la República ha adoptado un comportamiento vacilante respecto de la constitucionalidad de la Ley de Contumacia a lo largo de sus varios pronunciamientos, así lo demuestran las consultas elevadas por parte de las Cortes Superiores de la República, en las que en virtud al artículo 138 de la Constitución Política los jueces han procedido a inaplicar la Ley 26641 por ser incompatible con las normas y principios que diagraman nuestra Carta Magna vigente. De esta forma en el Expediente N° 890-2006-LA LIBERTAD del 31 de mayo del 2006 la máxima instancia judicial ha defendido el rango constitucional de la prescripción penal, cuando anota entre sus fundamentos: “El artículo 1 de la Ley 26641, interpretó por la vía auténtica que, tratándose de contumaces, el principio de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, los mismos que operan desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. Sin embargo dicha interpretación pretende desconocer el carácter prescriptorio de la acción penal, que tiene rango constitucional, por lo que la ley anotada resulta incompatible con la Carta Magna y atenta contra el derecho de defensa del procesado”. Igualmente, en el Expediente N° 2383-2005-AREQUIPA del 25 de enero del 2006 en mérito a otra consulta sobre un proceso por el delito de contumacia, se ha argumentado que dicha figura delictiva contraviene el principio de la observancia del debido proceso, cuando establece que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto del previamente establecido por ley; y agrega: “El denominado delito de contumacia desconoce el carácter prescriptorio de la acción penal, el cual tiene rango constitucional, por cuanto dicha circunstancia



se garantiza el mensaje comunicativo de la decisión judicial dirigido al contumaz, quien conocerá los efectos más aflictivos de su actuar “evasivo”.

15. La resolución judicial que declara la contumacia “tiene una naturaleza constitutiva, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz”⁸, al que debe ir ligado no solamente, según sea el caso, la adopción de medidas provisionales personales, sino también la declaración expresa de la suspensión del plazo de prescripción. Lamentablemente este tema no fue tratado en los recientes Acuerdos Plenarios.

V. ¿QUÉ NORMA RIGE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CASO DE FALTAS? ¿EL ARTÍCULO 440.5 DEL CP O LAS REGLAS GENERALES DE LA PARTE GENERAL DEL CP?

16. La prescripción en caso de faltas está regulada en el art. 440.5 del CP. Y en ella se establece un plazo de prescripción corto (1 año) en orden a la menor reprochabilidad de la conducta del sujeto infractor. Lo contrario sucede con lo dispuesto en el art. 80 del CP que establece, entre otras cosas, que “la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad”. En lo demás, dado el carácter orientador de la Parte General del CP, sus disposiciones podrán ser aplicadas a los comportamientos sancionados en los artículos 441 al 452 del CP. Incluso, lo dispuesto en el art. 83 del CP que regula la prescripción extraordinaria de la acción penal. Pues mediante dicha norma se permite a los responsables del procedimiento penal tener más tiempo (aunque limitado) para culminar su trabajo, extendiéndose el efecto perturbador de la infracción penal en una mitad del máximo de sanción fijado por la Ley.
17. En la segunda parte del art. 440.5 del CP se indica que, en caso de reincidencia, la acción penal prescribe a los dos años. Este aumento del plazo de prescripción responde a la actual tendencia legislativa de endurecer la respuesta penal al comportamiento realizado por el reincidente, quien al volver a delinquir expresó un desprecio no solo a la norma vulnerada por el hecho realizado, sino también a la anterior condena impuesta, denotando una mayor peligrosidad.

resulta imputable al Estado, el cual después de mucho tiempo no puede pretender hacer sufrir al encausado una expiación que ya pasó al olvido; y asimismo también colisiona con el principio de lesividad, pues dicha norma no ha precisado de manera clara cuál es el bien jurídico que se lesiona cuando quien es requerido por la autoridad jurisdiccional se sustrae de la acción de la justicia”, postura que ha sido reproducida en las Consultas correspondientes a los Expedientes N° 2197-2005 y 2191-2005 del 24 de enero del 2006 también de la misma ciudad. Ver: COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. En: C:\Documents and Settings\alcocer\Configuración local\Archivos temporales de Internet\Content.Outlook\23YAVMOS\articulo07651.htm

⁸ Acuerdo Plenario 5-2006-CJ/116.



18. Más allá de la legitimidad de la reincorporación de la reincidencia al ordenamiento jurídico penal nacional, es importante preguntarnos si para ampliar el plazo de prescripción de las faltas al “reincidente” es necesario remitirnos a lo dispuesto en el art. 46-B del CP que describe la reincidencia como agravante de la pena. De acuerdo al art. 46-B del CP, es reincidente quien: “después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas (...)” (Ley 29407).
19. Es de verse que esta disposición otorga el carácter de reincidente a quien haya cometido delito y a quien haya cometido una falta. En este último caso no se exige que el agente haya sido privado (parcial o totalmente) de la libertad. Y es que, en el caso de faltas, la regla general es que dichas conductas no se sancionen con pena privativa de libertad (solo en casos de reincidencia en las faltas establecidas en los arts. 441 y 444 CP es posible la conversión a dicha pena). Por tanto, lo dispuesto en el art. 46-B complementa el mensaje normativo del art. 440.5 CP respecto al concepto de “reincidencia”, salvo en la exigencia de que el agente haya “sufrido” la cárcel producto de una condena. Así también se ha indicado en el Acuerdo Plenario 1-2010-CJ/116 F.J. 22.

VI. ALCANCES DEL ART. 339 DEL NCPP QUE DISPONE LA SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL CUANDO SE EMITE LA DISPOSICIÓN DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

20. Mediante el art. 339.1 del NCPP se establece que un efecto de la formalización de la investigación preparatoria es la **suspensión del plazo de prescripción de la acción penal**. Sin embargo, en puridad ¿dicha norma regula un supuesto de interrupción o de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal?
21. Considero que la formalización de la investigación preparatoria debe tener como efecto la **interrupción del plazo de prescripción**. Las razones son las siguientes:
- El art. 339.1 del CPP al utilizar el término suspensión de la prescripción penal por la mera formalización de la investigación preparatoria, se aleja de lo dispuesto por el art. 84 CP que regula los supuestos de suspensión del plazo de prescripción: “si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en *otro procedimiento*, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. El acto de formalización de la investigación

preparatoria se da durante el proceso (no en otro procedimiento⁹) y no pretende resolver una cuestión determinante para el comienzo o continuación del mismo.

- Lo regulado en el art. 339.1 del CPP se adscribe a un supuesto de interrupción del plazo de prescripción (art. 83 CP), el mismo que se presente ante la actuación (intra-proceso) del Ministerio Público¹⁰. Esta interpretación es seguida por un sector de la doctrina¹¹ y de la jurisprudencia peruana¹².
- ¿Afirmar que lo regulado en el art. 339.1 CPP es una causal de interrupción de la prescripción de la acción penal y no de suspensión de la misma afecta el principio de legalidad y de interpretación literal de las normas penales? Está claro que, si se utilizara el método literal para la interpretación de las normas penales, el margen de discusión del contenido del mencionado dispositivo legal (art.339.1 CPP) sería nulo: se trataría de una causal de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Sin embargo, considero que real sentido de la norma (más aún si nos encontramos frente a un problema de compatibilidad con la norma penal –art. 84 CP) lo obtenemos a partir de una interpretación teleológica y sistemática de la misma¹³. Estos métodos de interpretación

⁹ Por ejemplo: a) La cuestión previa prevista en el art 4 del CPP; b) La cuestión prejudicial prevista en el art. 5 del CPP; c) El antejuicio constitucional previsto en el art. 99 de la Constitución, y d) El desafuero previsto en el art. 93 de la Constitución”. Cuando en el art. 84 CP se menciona a “otro procedimiento”, se hace referencia a una vía administrativa o judicial distinta al propio proceso penal en el cual se está invocando la prescripción.

¹⁰ Art. 83 CP: “La prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público ...”

¹¹ Tomás Gálvez Villegas sostiene que: “creemos que el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción, y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión”. Y es que “la actuación del Ministerio Público, en este caso, iniciando formalmente la investigación preparatoria (con lo cual da cuenta al Juez de dicha decisión) encaja claramente en el supuesto de interrupción”. Afirma que habría una contradicción entre lo regulado en el art. 339.1 CPP y en el art. 83 CP : “estando ante una antinomia jurídica, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso; y estando a que la prescripción es una institución de carácter sustantivo, la norma pertinente para su regulación es el Código Penal”. Ver: GALVEZ VILLEGAS y otros. El Código Procesal Penal. Lima, 2008. P. 673. Peña Cabrera Freyre afirma que: “el legislador se ha equivocado enormemente al haber empleado el término ‘suspensión’”. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Nuevo Código Procesal Penal. Tomo II. Lima, 2007, p. 268. Panta Cueva sostiene que: “no resultaría correcto que el art. 339.1 CPP de 2004 contemple la formalización de la investigación preparatoria como una causa de suspensión de prescripción extraordinaria, pues además la formalización no es más que la actuación del Ministerio Público que promueve la acción penal (...) lo que según el art. 83 de nuestro CP, es una causal de interrupción”. Ver: PANTA CUEVA. Investigación preparatoria y etapa intermedia. Lima, 2010, p. 93.

¹² Ver: Resolución N° 9 (Expediente 4430-2008-19), del Tercer Juzgado Penal de Investigación preparatoria de Trujillo. Asimismo, el Pleno Juridiccional de la Corte Superior de la Libertad, del año 2009.

¹³ En la STC N° 2209-2002-AA/TC STC N° 2209-2002-AA/TC el Tribunal Constitucional se pronuncia categóricamente por la insuficiencia del método literal en el ámbito constitucional. En materia de derechos fundamentales, el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que rara vez la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación”.



nos llevan a decir que lo allí regulado es un supuesto de “interrupción” del plazo de prescripción.

En efecto, como afirmamos antes, el formalizar la disposición de investigación preparatoria no constituye una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal tal como se explica en el art. 84 del CP (interpretación sistemática), debe ser interpretada como una causa de interrupción pues se fundamenta en la actuación del Ministerio Público, tal como emerge del art. 83 CP (interpretación teleológica)¹⁴.

- Por otro lado, a pesar que los procesos regulados por las normas del Nuevo Código son más cortos, lo cierto es que dicha característica en nada afecta o debería de afectar la normal aplicación de la prescripción. Si bien el NCPP es rígido en cuanto al control de plazos, lo cierto es que estas disposiciones atienden –entre otras razones- a la finalidad, por economía procesal, de acelerar el tiempo de los procesos. A diferencia de la prescripción que constituye un derecho para el ciudadano de no permanecer en permanente riesgo de persecución y de sanción penal (seguridad jurídica) cuando la misma ya no sea *necesaria*, limitando la potestad punitiva del Estado.
- En todo caso, en virtud de los principios que regulan la interpretación estadual (*pro homine* y *pro libertatis*), ésta debe procurar siempre una mejor protección de los derechos, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. En esa medida, lo establecido en el art. 339 del NCPP debe de ser interpretado como una causa de interrupción de la prescripción de la acción penal, conforme al art. 83 del CP, que incluye entre sus causales a las actividades del Ministerio Público, como se apuntó antes. El fundamento normativo de esta afirmación lo tenemos en el art. 139.11 de la Constitución Política del Perú: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”.

22. La suspensión del plazo de prescripción con el solo inicio de la investigación preparatoria, desde el punto de vista político criminal, deja un mensaje ajeno a un modelo de Estado garantizador de derechos: la actividad persecutoria estatal prima sobre los derechos de las personas. Más allá que el nuevo modelo procesal penal promueva la celeridad de los procesos, el instituto de la prescripción se fundamenta en el derecho que toda persona

¹⁴ El Código Procesal Penal colombiano, en su art. 292, establece que: “La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación”. Al respecto, el art. 86 del Código Penal de dicho país describe lo siguiente “La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación./ Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 (...)”.



tiene a no ser perseguido o sancionado cuando por el transcurso del tiempo se advierte la falta de necesidad de pena.

VII. LA PRESCRIPCIÓN Y LA COMUNICABILIDAD DE LA SITUACIÓN ESPECIAL A LOS EXTRANEUS

23. En el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116 se tomó posición respecto a si la dúplica del plazo de prescripción de la acción penal estipulado en el art. 80 CP en su último párrafo (por razón de la comisión del delito por funcionario o servidor público en contra del patrimonio del Estado) se extiende a los partícipes extraneus (no cualificados).

24. Resulta interesante la postura que se asume en el Acuerdo respecto a la conceptualización de los llamados delitos de infracción de deber. Así, se indica lo siguiente: “El autor del delito –de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra” Fundamento 9.

Esta posición se adscribe a la diferenciación dogmática entre delito de dominio y de infracción de deber: “El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos” Fundamento 9.

Al respecto, se sigue a Roxin, quien define, en base a criterios materiales de imputación, a los delitos de dominio y a los delitos de infracción de deber. A los primeros la responsabilidad penal se les atribuye en función del dominio normativo del riesgo de poder afectar a terceros mediante la administración defectuosa del propio ámbito de organización y de ámbitos ajenos cuya gestión ha sido asumida; a los segundos la responsabilidad



penal se les atribuye por el incumplimiento de deberes positivos que dimanen de las instituciones nucleares de la sociedad¹⁵.

En el Acuerdo se deja de lado la posición Jakobsiana, es aquella que redefine los fundamentos de delimitación de la autoría propuesto por Roxin, concibiéndose los delitos de dominio como infracción de competencias en virtud de organización y a los delitos de infracción de deber como quebrantamiento de competencias institucionales¹⁶. Aquí el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente “no dañe”, sino para que *“fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión”*.

25. Además, se deja en claro que para la comisión de los delitos funcionariales no solo es necesario comprobar la cualidad del autor, sino las otras exigencias típica, como la “vinculación funcional” con el objeto, en el delito de peculado (art. 387 CP): “Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto” Fundamento 10.
26. Por otro lado, se resalta la tesis de la unidad del título de imputación, para fundamentar la responsabilidad del partícipe extraneus: “Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”. Esta posición, sostiene lo siguiente: / A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. / B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible”.

¹⁵ Ver: ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Madrid, 1998.

¹⁶ JAKOBS, Günther. Citado por CARO JHON, José Manuel. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la parte general del código penal peruano, 2003, Lima, p. 60: *“Una institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye”*



En efecto, para la tesis de la unidad del título de imputación el “*extraneus*” puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser autor del delito especial, nada impide que pueda ser cómplice o instigador de ese mismo delito; ya que también a él se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no es solamente en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos (teoría de la unidad del título de imputación)¹⁷.

A nivel nacional, entre quienes defienden la tesis de la unidad del título de imputación podemos mencionar a Abanto¹⁸, quien afirma que la “...*base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la de la “unidad del título de imputación. Autor del tipo solamente podrá ser el intraneus (funcionario público con el deber funcional específico) (...) Los extranei participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho”*. Asimismo, agrega Reaño¹⁹, que según el principio de unidad de título de la imputación o unidad de calificación jurídica, los partícipes responden por el mismo delito imputado a un autor. Además, sostiene que si bien el artículo 26 del Código Penal establece que “*Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores o partícipes no modifican la de otros autores o partícipes del hecho punible*”; sin embargo, dice Reaño, que la incomunicabilidad de las circunstancias de participación –prevista en él– se circunscribe exclusivamente a aquellas cualidades que afectan la culpabilidad y punibilidad de los intervinientes en el evento delictivo y no a aquellas que afectan el injusto, “*Ello se deduce de la literalidad del propio precepto legal y de su racionalidad, pues al señalarse que las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes...*”.

En el Acuerdo se deja de lado la teoría de la ruptura del título de imputación, que propone que los tipos penales de los delitos especiales solamente se refieren al “*intraneus*”, por lo tanto, los “*extraneus*” solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren; apoyándose en la idea de que lo regulado en el artículo 26 del Código Penal peruano exige que la cualidad de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes “*extraneus*”.

¹⁷ Ver: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y cómplice en el Derecho penal. Madrid, 1966, p.292 y ss.

¹⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Cit. p.57.

¹⁹ Ver: REAÑO RESCHIERA, José Leandro. “Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del “caso Montesinos”, Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe?”. En: Ius et veritas. Lima, 2002, p. 290.



En cuanto a la participación del “*extraneus*” en los delitos de infracción de deber, hoy en día, a decir de Sánchez Vera-Gómez Trelles²⁰, resulta prácticamente indiscutido que tal cuestión ha de ser respondida afirmativamente. Así, siempre bajo el influjo del principio de accesoriedad, el “*extraneus*” participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena, esto en tanto “*el partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal*”²¹. Con esto, el Derecho penal protege el bien jurídico de todas aquellas conductas que le son riesgosas, no restringiendo su actuar frente a los riesgos prohibidos que dimanen de los sujetos especiales, sino que se extiende a los peligros no permitidos que provienen de los sujetos “*extraneus*”²².

Desde mi punto de vista, puede llegarse a la misma conclusión evaluando la norma (o el mensaje estatal) que se extrae de los tipos penales. Existe así un tipo de autor, que se funda en la vulneración de la norma descrita en la parte especial del Código Penal (“no mates”, “no contamines”, “no defraudes al fisco”, entre otros). Y un tipo de partícipe, cuyo reproche se sustenta en la vulneración de las normas ubicadas en la parte general del Código Penal (en el art. 24, “no instigues a otro a cometer un delito...”; y en el art. 25, “no auxilies a otro a que cometa un delito). De este modo, si el imputado es un supuesto “cómplice”, no sería lógico evaluar su responsabilidad sobre la base del tipo de la parte especial, sino con el de la parte general (art. 25 CP). Así, en el caso del delito de peculado (art. 387 CP), el reproche al “cómplice” no se funda en el que hecho que haya “apropiado” el bien público, sino por haber ayudado a otro a hacerlo.

27. En el Acuerdo se menciona que la dúplica del plazo de prescripción previsto en el art. 80 CP no es extensible a los extraneus ya que ostentan ningún deber especial. Así, los extraneus “no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el extraneus”
28. También lo explican a partir de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad; y es coherente con el art. 88 CP: “Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el intraneus y extraneus

²⁰ SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. Cit. p.215

²¹ *Ibidem*

²² Ver: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “La participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber”. En: “XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología”. Lima, 2004, pp.427 y ss.



derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88° CP que estatuye “La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible” Fundamento 17.

Los plazos de prescripción, en el caso de los extraneus, lo extraemos de la pena conminada a los autores en los tipos de la parte especial: En suma, los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que sólo corresponde al autor” Fundamento 18.

En buena cuenta, tal cualidad (funcionarios públicos) no puede comunicarse al resto de los partícipes. Interpretar lo contrario atentaría al principio de culpabilidad, pues se haría responder más gravemente a una persona por una condición que no ostenta.