



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magíster en Derecho con mención en Derecho Público

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO PÚBLICO

“TIEMPO, CONTINGENCIA Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL”

ISABEL ANDREA YÁÑEZ MORALES

Profesores guía:

DRA. FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

DR. JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO

2024

Esta tesis ha sido desarrollada en el marco del Proyecto FONDECYT (regular) N° 1200235, “Azar, control y responsabilidad”, del cual el profesor Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo es investigador responsable.

ÍNDICE

<u>1</u>	<u>INTRODUCCIÓN</u>	<u>4</u>
1.1	Presentación del problema	4
1.2	Objetivos del trabajo	11
<u>2</u>	<u>FUNDAMENTACIÓN SUSTANTIVA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL</u>	<u>14</u>
2.1	Principio de humanidad como fundamento de la prescripción de la acción penal	14
2.2	Prescripción como “pena natural” que compensa la culpabilidad de la persona responsable	17
2.3	Prescripción de la acción penal por falta de necesidad de pena en términos de prevención especial	23
2.4	Prescripción por pérdida de la lesividad social del delito	24
2.5	Prescripción por falta de identidad entre la persona que cometió el delito y la persona sancionada	28
2.6	Prescripción como imperativo de seguridad jurídica	35
<u>3</u>	<u>FUNDAMENTACIÓN PROCESAL DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL</u>	<u>41</u>
3.1	Prescripción de la acción penal como garantía derivada del derecho a un debido proceso	41
3.2	Prescripción de la acción penal por la progresiva evanescencia de los medios probatorios	43
<u>4</u>	<u>PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL COMO AUTOLIMITACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD PUNITIVA</u>	<u>66</u>
4.1	Compatibilidad entre una teoría retribucionista de justificación de la pena y la fundamentación de la prescripción de la acción penal	66
4.2	Razones para la autolimitación estatal de la potestad punitiva	68
4.3	Contingencia de la punición como presupuesto de la prescripción de la acción penal	72
4.3.1	Prescripción de la acción penal por delitos cometidos por funcionarios públicos	76
4.3.2	Prescripción de la acción penal por delitos contra la indemnidad sexual	77
<u>5</u>	<u>¿SUJECCIÓN DEL RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL?</u>	<u>81</u>
5.1	Fundamentos del principio de legalidad penal	81
5.2	Alcance del principio de legalidad penal	91
<u>6</u>	<u>CONCLUSIONES</u>	<u>99</u>
	<u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	<u>103</u>

1 INTRODUCCIÓN

1.1 PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El Código Penal regula la prescripción de la acción penal y de la pena en los artículos 93 y siguientes, entre las causas de extinción de la responsabilidad penal. Cuando una persona quebranta de manera imputable una norma penalmente reforzada, entendemos que esta ha realizado una conducta constitutiva de delito (en la terminología tradicional, ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable). Si además dicha conducta constitutiva de delito resulta punible bajo la respectiva norma de sanción penal, surge para la autora la correspondiente responsabilidad penal, la que puede ser hecha efectiva por el Estado mediante el ejercicio de su pretensión punitiva.¹ Pero esta responsabilidad penal ya nacida puede posteriormente extinguirse, en cuyo caso el Estado ya no podrá perseguir a la persona responsable para imponerle la pena que la ley asocia al delito que ha cometido o no podrá ejecutar o continuar ejecutando la pena ya impuesta por sentencia condenatoria, dependiendo de si la causa de extinción de la responsabilidad penal en cuestión opera antes de que dicha responsabilidad sea declarada judicialmente o solo una vez declarada por sentencia condenatoria, respectivamente.

La principal diferencia entre las causas de extinción de la responsabilidad penal y las eximentes de responsabilidad penal está dada precisamente por el hecho de que, en el caso de las primeras, la responsabilidad penal nace y luego se extingue, mientras que en el caso de las segundas no hay responsabilidad penal en lo absoluto. Las eximentes de responsabilidad penal obstan a la configuración de alguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad penal, ya sea porque excluyen el carácter delictivo de la conducta, como, por ejemplo, tratándose de las causas de justificación o de exculpación; ya sea porque, dejando intacto su carácter delictivo, excluyen desde un comienzo su carácter

¹ NOVOA (2005), p. 389.

punible, como, por ejemplo, tratándose de las excusas legales absolutorias o de la falta de concurrencia de una condición objetiva de punibilidad. En cambio, en el caso de las causas de extinción de la responsabilidad penal, esta nació, pero ha tenido lugar alguna circunstancia posterior que la extingue de forma definitiva.² Así, las causas de extinción de la responsabilidad penal excluyen el carácter punible del hecho, pero no desde un inicio, sino que *ex post*, de modo que el Estado deja de poder perseguir penalmente a la persona responsable o deja de poder ejecutar o continuar ejecutando la pena impuesta.

Dentro de las causas de extinción de la responsabilidad penal, la diferencia entre circunstancias que obstan a la persecución penal y circunstancias que obstan a la ejecución de la pena es especialmente relevante para efectos de este trabajo. Que el Código Penal incluya distintas circunstancias en su artículo 93 y les asocie a todas ellas el efecto análogo de extinguir la responsabilidad penal no implica necesariamente que todas esas circunstancias tengan la misma naturaleza jurídica.³ A partir de la reconstrucción dogmática de este catálogo, es perfectamente posible llegar a la conclusión de que estas circunstancias operan en niveles distintos y que extinguen la responsabilidad penal por vías distintas.

Los numerales 6º y 7º del artículo 93 del Código Penal establecen como causas de extinción de la responsabilidad penal la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, respectivamente. Es relativamente común que se afirme que ambas instituciones compartirían su fundamento y efectos,⁴ dado que ambas tienen lugar por el transcurso del tiempo. Algo ocurriría con el paso del tiempo —por ejemplo, desaparecería

² NOVOA (2005), p. 390.

³ Cuestión similar ocurre con el catálogo de circunstancias eximentes de responsabilidad penal contenido en el artículo 10 del Código Penal. Todas ellas son circunstancias que obstan al nacimiento de la responsabilidad penal y que, por lo mismo, en caso de que concurren el tribunal tendrá que dictar una sentencia absolutoria. Sin embargo, la reconstrucción dogmática de dicho catálogo de circunstancias lleva a concluir que no todas tienen la misma naturaleza jurídica. Por ejemplo, reconocemos que en dicho catálogo se encuentran tanto causas de justificación, como causas de inculpabilidad o de exculpación.

⁴ GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 26.

el carácter delictivo del hecho o dejaría de ser necesaria la imposición de pena — que haría que el hecho prescriba y ya no pueda en consecuencia imponerse una pena a quien resulte penalmente responsable. La diferencia entre la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena sería relativa únicamente al momento en el que dicha prescripción opera: antes de que se haya dictado sentencia condenatoria o después. Así, por ejemplo, hay quienes afirman que “la prescripción tiene como efecto jurídico la extinción inmediata de la responsabilidad criminal”, lo que se traduce “en la imposibilidad de imponer una pena al responsable de la infracción y/o [sic] de ejecutar la pena ya impuesta al mismo”. Y dado que la responsabilidad penal se determina judicialmente, entonces “la prescripción alcanzada tiene también, en consecuencia, efectos extintivos sobre la acción penal persecutoria”.⁵

Sin embargo, lo anterior supone una comprensión errada del funcionamiento de la prescripción de la acción penal, por un lado, y de la prescripción de la pena, por otro. Si bien ambas figuras comparten el vocablo “prescripción”, es indispensable diferenciarlas claramente, pues operan de manera distinta y ello podría llevar a entender que obedecen a fundamentos también distintos. La prescripción de la pena extingue directamente la responsabilidad penal ya establecida judicialmente, impidiendo que el Estado ejecute o continúe ejecutando una pena que ya sabemos que es merecida por la persona responsable y que ya ha sido impuesta por una sentencia condenatoria firme. En cambio, la prescripción de la acción penal solo extingue la responsabilidad penal por vía consecencial, en la medida en que ya no será posible iniciar o continuar el procedimiento encaminado a establecer la responsabilidad o falta de responsabilidad penal de una persona por un hecho constitutivo de delito. Por lo mismo, la prescripción de la pena incide en la punición de un sujeto que ha sido declarado penalmente responsable por la perpetración de un delito, mientras que la prescripción de la acción penal obstaculiza ya la

⁵ GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 29.

posibilidad de averiguar si ha tenido lugar un comportamiento contrario a derecho y si en consecuencia alguna persona resulta penalmente responsable por dicho comportamiento.

Esta diferencia fundamental entre la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena es una diferencia que nuestro ordenamiento jurídico recoge explícitamente desde la entrada en vigencia de la ley N° 21.160, que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2019. Esta ley incorporó al Código Penal el artículo 94 bis, según el cual no prescribirá la acción penal respecto de los crímenes y simples delitos allí señalados, cuando al momento de la perpetración del hecho la víctima sea menor de edad. Sin embargo, dicha ley dejó intacto el régimen de prescripción de la pena respecto de tales delitos, por lo que esta se rige por las reglas generales establecidas en el artículo 97. Esto muestra que la ley entiende que las razones que hablan a favor de la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de estos delitos son razones que no resultan pertinentes tratándose de la prescripción de la pena, lo que refleja una disociación entre el fundamento de una y otra institución.

Este trabajo se ocupará específicamente del estudio de la prescripción de la acción penal. Por lo mismo, cuando se emplee el vocablo “prescripción”, se estará haciendo referencia a aquella. Sobre la prescripción de la pena solo se dirán cuestiones generales, cuando sea pertinente, pero no se indagará mayormente en su fundamento, naturaleza jurídica y funcionamiento.

Hablar de “prescripción de la acción penal”, como se ha hecho hasta ahora en este trabajo, supone ya una toma de posición respecto de la naturaleza de esta institución. No son pocos los autores que hablan de “prescripción del delito” para referirse a esta causa de extinción de la responsabilidad penal.⁶ La diferencia de nomenclatura no es trivial, pues parte de la discusión existente en esta materia se refiere precisamente a qué es aquello que

⁶ Así, por ejemplo, CABEZAS (2021), p. 4.

prescribe, lo que tiene impacto en la determinación de la naturaleza jurídica y de los fundamentos de la prescripción. Por qué aquí se opta por hablar de “prescripción de la acción penal” y se considera incorrecto hablar de “prescripción del delito” es algo que debiera resultar clarificado en el desarrollo de este trabajo.

Lo anterior, sin embargo, no supone una vinculación de la prescripción de la acción penal a la prescripción de otra clase de acciones, como pudiera ser la prescripción de las acciones civiles. Algunos autores han pretendido ofrecer un fundamento común a todas las prescripciones del ordenamiento jurídico (por ejemplo, penal, civil y administrativa),⁷ el que suele ser ubicado en la idea de seguridad jurídica. Esto será analizado con más detalle en el capítulo siguiente de este trabajo, pero a esta altura resulta pertinente adelantar que se considerará que la prescripción de la acción penal es una institución autónoma también respecto de la prescripción extintiva del derecho civil o de la prescripción del derecho administrativo sancionador, por dar algunos ejemplos.

Doctrinalmente se ha debatido largamente sobre cuál es el fundamento del reconocimiento de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal. ¿Por qué quien ha cometido un delito podría liberarse de la pena que la ley asocia al mismo solo porque ha transcurrido un determinado período de tiempo sin que dicha pena haya sido impuesta? Para el paradigma propio del “viejo y buen derecho penal liberal”, que veía el ejercicio de la potestad punitiva del Estado fundamentalmente como una amenaza para los ciudadanos, la prescripción aparece como una institución clave para limitar dicho poder. Voces más recientes continúan viendo la prescripción como una garantía frente al poder punitivo estatal, lo que invierte la carga de fundamentación: lo que requeriría ser justificado en un sentido fuerte es la decisión de imprescriptibilidad o el aumento de los plazos de prescripción, pues fortalecerían el poder del Estado y

⁷ CORDERO (2020), pp. 360 y ss.

supondrían un empeoramiento de la posición de las y los ciudadanos frente al ejercicio de ese poder.⁸

Sin embargo, en las últimas décadas ha cobrado fuerza otro paradigma político-criminal, para el cual la principal amenaza para las y los ciudadanos ya no la representa el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sino la posibilidad de ser víctimas de la comisión de delitos.⁹ Este movimiento ha traído consigo un fortalecimiento de la posición de la víctima en el proceso penal y una mayor consideración de sus intereses en el mismo,¹⁰ así como la desconfianza en instituciones que puedan redundar en una mayor tasa de impunidad de quienes han cometido delitos. A lo anterior se añade una comprensión distinta de los derechos fundamentales, ya no solo como un límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sino también como fundadores de deberes de punición para el Estado.¹¹ Así, la prescripción aparece ahora como una figura fuertemente necesitada de justificación, en la medida en que obstaculiza la realización de la justicia, que exigiría la condena de quien ha incurrido en una conducta delictiva.

En este sentido, por ejemplo, la prescripción “en los medios de comunicación suele presentarse como una suerte de subterfugio legal que, gracias a la inoperancia de la administración de justicia, permite escapar indemnes de castigo a procesados de cuya culpabilidad existen a menudo pruebas abundantes”.¹² La idea que está detrás de esta afirmación no es ajena a los debates que se han dado en la materia en nuestro país. Por ejemplo, la tensión en la que se encontrarían prescripción e impunidad apareció claramente en la discusión de la que fue objeto la ley N° 21.160, que declara

⁸ Así, GUZMÁN DALBORA (2005), pp. 77 y s.; CABEZAS (2021), pp. 14 y s., 77 y s., 82 y ss.

⁹ DíEZ-RIPOLLÉS (2004), pp. 8 y s.; 16 y s.

¹⁰ DíEZ-RIPOLLÉS (2004), pp. 9 y s. Este fortalecimiento de la posición de la víctima en el proceso penal se muestra también en las presiones políticas por la creación de una “defensoría de las víctimas”, que asesore y represente judicialmente a las víctimas de delitos. Esto se encuentra actualmente en discusión en el Congreso en el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y la Defensoría de Víctimas de Delitos, contenido en el boletín N° 13991-07.

¹¹ BASCUÑÁN (2007).

¹² RAGUÉS I VALLÈS (2004), p. 15.

imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. En la moción parlamentaria a través de la cual se presentó el respectivo proyecto de ley, se afirmaba que la ley N° 20.207 de 2007, que consagró una causa de suspensión de la acción penal, tratándose de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, hasta el día en que la víctima cumpliera la mayoría de edad,

constituyó un avance muy significativo en contra de la pedofilia, ya que muchos de los delitos perpetrados contra menores quedaban en la más completa impunidad, dado que, cuando los menores alcanzaban la mayoría de edad, y podían en consecuencia ejercer las acciones penales sin necesidad de hacerlo a través de sus representantes legales (quienes muchas veces por dependencias económicas, emocionales, o bien por simple temor, optaban por callar los abusos) los delitos de que habían sido víctimas hace más de 10 años (suponiendo que el abusador sexual estuvo siempre dentro del territorio nacional) se encontraban prescritos y en consecuencia, extinguida toda responsabilidad.¹³

Sin embargo, dicha modificación legislativa habría sido insuficiente para combatir la impunidad de la pederastia, pues incluso se daría el caso de

hombres maduros, que rondan los 50 años de edad, y que recién ahora se atreven a denunciar graves delitos de connotación sexual de que fueron víctimas durante su niñez, adolescencia e incluso, en algunos casos, durante su primera juventud. Y ocurre que en todos estos casos, las acciones legales para hacer efectiva la responsabilidad, se encuentran todas prescritas.¹⁴

Teniendo en consideración lo anterior, se propuso —y en definitiva se aprobó— que la acción penal referida a delitos sexuales cometidos contra menores de edad fuese imprescriptible, pues se trataría de “acciones tan deleznable, tan reprochables, tan

¹³ Boletín N° 6.956-07, Moción parlamentaria.

¹⁴ Boletín N° 6.956-07, Moción parlamentaria.

miserables, que no pueden quedar entregadas a la suerte de que transcurrido cierto tiempo, estos delitos sencillamente prescriban”.¹⁵

Esta modificación legislativa es solo una muestra de que en el último tiempo la regulación de la prescripción ha sido objeto de fuertes cuestionamientos, de modo que parece ser que la fundamentación de la prescripción debe derrotar esta intuición según la cual los delitos, sobre todo los más graves, no pueden “quedar entregados a la suerte” de no ser perseguidos penalmente a tiempo.

1.2 OBJETIVOS DEL TRABAJO

El principal objetivo de este trabajo es ofrecer una reconstrucción de la prescripción de la acción penal que permita ofrecer un fundamento de la misma, dar cuenta de su regulación y resolver si esta se encuentra sometida al principio de legalidad penal y, específicamente, a la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal.

Para ello, en primer lugar, se hará una revisión de las distintas posiciones que han pretendido ofrecer una fundamentación sustantiva de la prescripción de la acción penal, ligándola a teorías de justificación de la pena, para mostrar cómo cada una de ellas no logra ofrecer un fundamento plausible a tal institución (2). En este capítulo, se analizará la fundamentación de la prescripción de la acción penal en el llamado “principio de humanidad” (2.1); la comprensión de la prescripción de la acción penal como “pena natural” que compensa la culpabilidad del delincuente (2.2); su fundamentación en la falta de necesidad de pena en términos de prevención especial (2.3); su fundamentación por una supuesta pérdida de lesividad social del delito (2.4); su fundamentación por la falta de identidad entre la persona que cometió el delito y la persona sancionada (2.5); y su comprensión como un imperativo de seguridad jurídica (2.6).

¹⁵ Boletín N° 6.956-07, Moción parlamentaria.

Luego, una vez descartada la posibilidad de ofrecer una fundamentación sustantiva de la prescripción de la acción penal, se analizarán las posiciones que han pretendido fundamentar la prescripción de la acción penal en razones de índole procesal (3), vinculándola al derecho a un debido proceso (3.1), o por una progresiva evanescencia de los medios probatorios (3.2). Si bien en este capítulo se descartará la plausibilidad de estas dos posiciones como fundamento de la prescripción de la acción penal, se rescatará la segunda de ellas por referirse a consideraciones relevantes que tener en cuenta al momento de diseñar las reglas que configurarán la prescripción de la acción penal.

En seguida, se conceptualizará la prescripción de la acción penal como una autolimitación del Estado de Derecho en el ejercicio de su potestad punitiva, que obedece fundamentalmente a consideraciones prudenciales (4). Para ello, se mostrará en primer lugar que la institución de la prescripción de la acción penal es compatible con una teoría retribucionista de justificación de la pena, sin perjuicio de que dicha teoría no exija que la acción penal prescriba transcurrido cierto tiempo (4.1). Luego, se revisarán las posibles razones por las cuales el Estado se autolimita temporalmente en el ejercicio de su potestad punitiva (4.2). Finalmente, se afirmará que la contingencia de la punición es un presupuesto indispensable de la prescripción de la acción penal y se mostrará cómo ciertas reglas especiales en materia de prescripción de la acción penal obedecen a tal consideración (4.3).

A continuación, se mostrará que, en atención al fundamento del principio de legalidad penal y al alcance que este tiene en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de la prescripción de la acción penal no se encuentra sometida a las exigencias que se derivan del mismo y, específicamente, no se encuentra sometida a la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal (5).

Para terminar, se presentarán las conclusiones a las que se ha llegado al finalizar este trabajo (6).

2 FUNDAMENTACIÓN SUSTANTIVA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

2.1 PRINCIPIO DE HUMANIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Distintos fundamentos se han esgrimido para explicar y justificar la institución de la prescripción de la acción penal, discusión que suele repercutir además en la naturaleza jurídica que se le atribuye a dicha institución. En este sentido, quienes entienden que la prescripción se justifica en atención a consideraciones relacionadas con el derecho penal sustantivo —ya con el carácter de injusto del hecho del que se trate, ya con el fundamento y función de la imposición de la pena—, suelen afirmar al mismo tiempo que esta institución tiene naturaleza sustantiva y que por lo tanto resultan aplicables a su respecto los principios y restricciones que rigen el derecho penal sustantivo. Por su parte, quienes entienden que la prescripción se justifica por razones procesales suelen afirmar en consecuencia su naturaleza procesal y por lo tanto la inaplicabilidad a este respecto de los principios y restricciones que rigen el derecho penal sustantivo. Esta discrepancia es especialmente relevante tratándose de la validez en el tiempo de leyes que modifiquen la regulación de la prescripción, en particular de la posibilidad de que dichas modificaciones legales puedan resultar aplicables a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Algo que parecen tener en común todas las teorías que buscan darle a la prescripción una justificación sustantiva es la idea de que, tras el transcurso de un determinado lapso de tiempo, la imposición de la pena dejaría de encontrarse justificada y por lo tanto resultaría ilegítima su imposición. En este sentido, estos autores entienden también como necesario que existan plazos de prescripción y ven como contrario a los principios fundantes del Estado de Derecho que se contemplen plazos demasiado extensos o que no se contemple plazo alguno para la prescripción de la acción penal. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia Cabezas, quien sostiene que

en un ordenamiento centrado en el individuo y su protección, la existencia de un poder que pueda desencadenar actos de violencia (legítima) en su contra, sin limitación alguna, iría en sentido contrario a la protección del individuo, por ello el tiempo se convierte en una importante limitación.¹⁶

Así, Cabezas entiende que el fundamento de la prescripción estaría en un “principio de humanidad”, que exigiría que el Estado castigue “dentro de un determinado umbral temporal con el objetivo de mantenerse como una respuesta coherente al hecho delictivo [...], pero también para no dejar al individuo eternamente a disposición del poder del Estado”. Esto porque, encontrándose el sujeto en un escenario en el que la amenaza penal “podría desencadenarse indefinidamente”, “es difícil afirmar que el sujeto pueda, incluso en abstracto, desarrollar su existencia en forma plena, especialmente si, como sucede con la prescripción, puede beneficiar a un sujeto formal y sustancialmente inocente”.¹⁷

Es curioso que Cabezas haga referencia aquí a que habría que tener en especial consideración el principio de humanidad dado que la prescripción de la acción penal puede beneficiar a un sujeto “formal y sustancialmente inocente”. Si por “formalmente inocente” Cabezas entiende a quien no ha sido condenada por sentencia firme, entonces es trivial que ella puede verse beneficiada por la prescripción de la acción penal. En la medida en que la prescripción de la acción penal obsta al inicio o prosecución del proceso en el cual la responsabilidad penal habría de ser establecida, entonces por supuesto que aquella en cuyo favor la prescripción sea declarada será alguien que no ha sido declarada culpable por sentencia firme y que por lo tanto es “formalmente inocente”. En este sentido, “formalmente inocente” solo significa que la persona en cuestión no ha sido condenada por sentencia firme y que se encuentra en consecuencia amparada por la presunción de inocencia. En todo caso, esta parece ser una noción que Cabezas usa en un sentido

¹⁶ CABEZAS (2021), p. 87.

¹⁷ CABEZAS (2021), p. 87.

“preprocesal”, pues presupone que no ha habido una sentencia definitiva que se pronuncie sobre la culpabilidad de la persona imputada.¹⁸

Por su parte, por “sustancialmente inocente” Cabezas parece entender a quien no ha cometido delito alguno y puede verse enfrentada de todas formas a un proceso penal en calidad de imputada. La idea de que quien no ha cometido delito alguno difícilmente podrá desarrollar su existencia de forma plena si la amenaza de la persecución penal puede “desencadenarse indefinidamente” es un argumento que parece más bien ser contrario a la existencia misma del derecho penal. Desde la perspectiva de esta persona, ¿por qué resultaría más perturbador del desarrollo pleno de su existencia la posibilidad de ser sujeta a un proceso penal por hechos que han acaecido hace mucho tiempo, que serlo por hechos acaecidos recientemente? En todo caso hay a su respecto una amenaza penal que podría eventualmente desencadenarse en cualquier momento.

El proceso penal es un escenario hostil,¹⁹ en el que la imputada está expuesta a que el normal desarrollo de su vida se vea perturbado de manera importante. En la preocupación por reducir ese impacto, las reglas que configuran el proceso establecen ciertas limitaciones a la dictación de medidas especialmente intrusivas o vulneradoras de derechos, de modo que estas sean dictadas únicamente en casos calificados. Ello debiera permitir moderar en algún sentido la amenaza permanente que el derecho penal supone.

¹⁸ Cuando ya ha habido sentencia definitiva, también podemos encontrarnos frente a una persona inocente, en el caso en el que dicha sentencia haya sido absolutoria. Pero en este caso la noción de “inocencia” es ambigua, pues puede designar dos cuestiones que es necesario diferenciar claramente. En un primer sentido, una persona es inocente porque no ha sido demostrada su culpabilidad, es decir, porque la evidencia a favor de su culpabilidad no supera el estándar de prueba para condenar que se ha definido legalmente. En un segundo sentido, una persona puede ser declarada inocente porque en el proceso se ha demostrado su ausencia de culpabilidad. Esta es la distinción entre “inocencia probatoria” e “inocencia material”, en los términos utilizados por LAUDAN (2008), p. 8, o entre “negación externa” y “negación interna” de la culpabilidad de la acusada, en los términos utilizados por MAÑALICH (2020b), pp. 47 y s.

¹⁹ Incluso podría afirmarse que todo procedimiento judicial conlleva cierta hostilidad. En este sentido, por ejemplo, podría entenderse que uno de los fundamentos de la excepción de cosa juzgada es evitar el “hostigamiento procesal”. En este sentido, VERA (2023), pp. 448 y s.

El argumento, en realidad, solo resulta atendible cuando pensamos en quien de hecho ha cometido un delito y queda en consecuencia sujeta a que el Estado ejerza en su contra su potestad punitiva. Es respecto de la culpable que tiene sentido preguntarse si la amenaza de que el proceso penal se dirija en su contra por ese hecho en particular debe encontrarse sujeta a alguna limitación temporal, para que de ese modo ella pueda desarrollar su vida de manera plena. Sin embargo,

there is another way an untried offender can achieve closure: by turning themselves in and facing the consequences. The law's goal of preserving defendants' interests in future planning should not be equated to preserving defendants' interests in evading the law.²⁰

La consideración de que la prescripción de la acción penal beneficia a quien no ha sido declarada culpable por sentencia condenatoria firme tiene en todo caso relevancia. Dado que la prescripción de la acción penal obsta a que se desarrolle el proceso que conduciría a la dictación de una sentencia definitiva, ya sea absolutoria o condenatoria, en realidad lo que hace es impedir la averiguación respecto de si se ha cometido algún delito por el que alguien tenga que responder. Cuando la ley establece plazos de prescripción de la acción penal, lo que está haciendo, más que decir que esta persona que ha cometido un delito no será sancionada si ha transcurrido este lapso de tiempo, es decir que después de transcurrido este lapso de tiempo ya no nos preocuparemos de si hay alguna responsabilidad penal que no haya sido hecha efectiva. Ello habla a favor de entender que la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena son instituciones distintas y no dos manifestaciones de una misma institución.

2.2 PRESCRIPCIÓN COMO "PENA NATURAL" QUE COMPENSA LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA RESPONSABLE

²⁰ SEPÚLVEDA y BESWICK (en prensa), p. 8.

La posición recién revisada, según la cual sería ilegítimo que el Estado mantuviera indefinidamente abierta la posibilidad de perseguir penalmente a una persona, pues ello impediría que esta pueda desarrollar plenamente su vida, pudiera relacionarse en algún sentido con la clásica posición según la cual, transcurrido el plazo de prescripción, la pena dejaría de encontrarse justificada, puesto que el propio paso del tiempo podría ser entendido como un equivalente funcional de la pena, en la medida en que el sufrimiento ocasionado por la incertidumbre de si será o no castigada haría que la persona responsable “ha[ya] recibido ya su merecido” por el delito cometido.²¹ Así, transcurrido el plazo de prescripción, el sujeto habría “expiado suficientemente su culpa, al verse mortificado por los remordimientos y por la angustiosa huida de la acción de la justicia” durante dicho lapso, de manera que la prescripción resulta ser una especie de pena natural “cuyo contenido aflictivo consiste en la incertidumbre, angustia o miedo a ser descubierto y al sufrimiento de la pena”, de modo que “la culpabilidad ha quedado compensada ya con un ‘mal’ equivalente al derivado del delito”.²² Por lo mismo, transcurrido dicho periodo de tiempo, estaría vedada al Estado la imposición de una pena, pues esta sería excesiva desde el punto de vista del merecimiento de castigo por parte del sujeto que ha delinuido y vulneraría entonces el principio *ne bis in idem*, que obsta a que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho.

La idea anterior resulta problemática desde ya porque es enteramente contingente si la persona responsable por el delito ha sufrido o no durante el plazo de prescripción por la incertidumbre de ser sancionada penalmente. Es perfectamente posible imaginar casos en los que tal sufrimiento no ocurre y no parece haber sustento para decir siquiera que este tiene lugar en la mayoría de los casos. Sustentar una institución jurídica como la prescripción en consideraciones de hecho que no tienen una base empírica sólida resulta sumamente difícil de sostener. Por lo demás,

²¹ RAGUÉS I VALLÈS (2004), p. 26.

²² GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 67.

the blindness of raw time does not provide us with any means of distinguishing between the condemned person who has expiated his crime for twenty years and the cheater who hid in Monte Carlo for twenty years after his crime.²³

Pero, por otro lado, incluso si se concede que tal sufrimiento por la incertidumbre, angustia o miedo de ser descubierta de hecho tiene lugar, de ello no se sigue que ese sufrimiento pueda ser considerado como suficientemente equivalente a la pena estatal, de modo que esta última deje de encontrarse justificada. Esta posición parece centrarse en el componente de aflicción de la pena, de manera que se la entiende fundamentalmente como la irrogación de un mal a quien ha cometido un delito, mal que tiene que ser proporcional al mal derivado del delito para que, de ese modo, “compense” la culpabilidad de la autora. Sin embargo, si bien la pena consiste efectivamente en la irrogación de un mal a la persona condenada, ella no es pura aflicción, sino que tiene una dimensión expresiva de la que no es posible dar cuenta si una se centra exclusivamente en el padecimiento sufrido por la persona a quien la pena es impuesta.²⁴ En este sentido, la pena puede ser entendida precisamente como “la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso”.²⁵

La pena estatal no puede ser identificada con el hecho bruto de la irrogación de un mal a la responsable de un delito. Así, por ejemplo, la pena privativa de libertad, en tanto pena, no puede ser identificada con el hecho bruto de que la persona condenada sea encerrada en un determinado establecimiento. Para que ese encierro cuente como pena, es necesario dar cuenta de él en un plano distinto, en el que este *significa* algo. Por lo mismo, la naturaleza de la pena estatal es la de un hecho institucional, en la medida en que solo es comprensible como tal por referencia a las reglas que configuran la práctica punitiva y que le atribuyen a ese encierro un determinado significado. En este sentido, “el encierro de un

²³ JANKÉLÉVITCH (2005), p. 41.

²⁴ MAÑALICH (2007), pp. 136 y ss., 161 y ss.

²⁵ KINDHÁUSER (2010), p. 31.

ser humano en una celda adquiere la significación de una pena para *nosotros*, en virtud de una conexión que *nosotros* establecemos entre ese encierro y una representación que *nosotros* nos hacemos del mismo”, de modo que “el estatus del encierro de un ser humano en una celda como una pena privativa de libertad no es independiente de nuestra interpretación de ese encierro como una pena ejecutada sobre alguien”.²⁶

Por lo mismo, la relación de equivalencia entre el delito y la pena no es una relación que tenga lugar en el plano de la realidad bruta, no es una relación entre el mal causado por el delito y el mal sufrido por la persona responsable en virtud de la imposición de la pena. Por el contrario, la relación de equivalencia entre el delito y la pena se da en el plano del significado que es posible atribuir al uno y a la otra, en virtud de su contenido expresivo. Así, el delito puede ser entendido como una declaración de voluntad a través de la cual la responsable expresa el desconocimiento de la norma como razón vinculante para su acción. Por su parte, a través de la imposición de la pena, el derecho reafirma la validez de la norma quebrantada por la responsable, declarando que aquella sí tiene fuerza vinculante. Entonces, la equivalencia entre delito y pena es semántica, no fenoménica.²⁷

La dimensión expresiva de la pena es la que nos permite entender que, a través de su imposición, el Estado lo que hace es reprocharle a la responsable el desconocimiento de la norma en el que consiste el delito. Pero esta dimensión de expresión de reproche no es disociable en la práctica del componente aflictivo de la pena. Si bien podemos distinguir conceptualmente entre la expresión de reproche y la irrogación de un mal como dos componentes de la pena, pragmáticamente es la irrogación misma del mal lo que expresa reproche por la conducta de la responsable.²⁸

²⁶ MAÑALICH (2018), pp. 34 y s.

²⁷ MAÑALICH (2007), pp. 162 y s.

²⁸ MAÑALICH (2007), pp. 136 y ss., 161 y ss.; FEINBERG (1974), pp. 99 y s.; PINTO (2020), cap. 2.

Esta conexión entre la expresión de reproche y la irrogación del mal en el que consiste la pena es fundamental para que esta última sea equivalente al delito. En términos semánticos, el delito en tanto acto de habla no es un acto explícitamente performativo, pues no consiste en una pura declaración. La única forma que tiene la autora de declarar exitosamente, por ejemplo, que la norma que prohíbe el homicidio no la vincula es matando a otra persona, porque el desconocimiento de la norma consiste en la realización de aquello que esta prohíbe, no en el solo anuncio de que se rechaza la norma. Por lo mismo, porque la declaración de la autora se objetiva en su conducta, entonces la pena también requiere que el reproche se objetive en la irrogación de un mal, pues solo de este modo la pena puede expresar reproche en términos congruentes con el modo de expresión del delito.²⁹

Debido a lo anterior, resulta problemática la clásica distinción entre imposición y ejecución de la pena como momentos distintos del ejercicio de la potestad punitiva estatal, según la cual en el acto mismo de la sentencia condenatoria habría que reconocer una “sanción primaria”, consistente precisamente en la expresión de reproche por la conducta delictiva realizada, a la que luego se añadiría una “sanción secundaria” consistente en la irrogación de un mal a la responsable.³⁰ Dado que la expresión de reproche tiene lugar a través de la irrogación de un mal, entonces la imposición de la pena no es propiamente un momento del ejercicio de la potestad punitiva y no puede ser caracterizada como una *sanción* primaria, pues en la imposición de la pena por sentencia condenatoria no hay punición alguna. La sentencia condenatoria es simplemente el acto de adjudicación por el cual se afirma que el Estado tiene un derecho subjetivo punitivo en contra de la condenada y queda en consecuencia habilitado para irrogarle el mal en el que consiste la pena. En este

²⁹ Este argumento no excluye la posibilidad de que, en ciertos casos, la sola declaración de culpabilidad pudiera ser suficiente para expresar reproche por el delito cometido, pero para ello sería necesario que tal declaración de culpabilidad cuente ya como la irrogación de un mal. MAÑALICH (2007), pp. 163. Para la distinción entre sanción primaria y sanción secundaria, véase CONTESE (2007), pp. 268 y ss.

³⁰ ROXIN (1997), pp. 95 y ss.

sentido, la punición consiste en la ejecución de la pena, no en su imposición en la sentencia condenatoria.³¹

Retomando el punto hecho al comienzo de este apartado, el argumento anterior debiera llevarnos a descartar que la sola constatación de que la responsable ha sufrido un padecimiento considerable pudiera resultar equivalente a que sobre esta hubiese sido impuesta una pena estatal, pues si bien tal padecimiento pudiera ser incluso superior al que causaría la imposición de una pena, carece de la dimensión expresiva que convierte a dicha irrogación de un mal en una pena propiamente tal.

Por ello, hablar de “pena natural” es una contradicción en sus propios términos, pues en la naturaleza solo hay sufrimiento de un mal, no pena. Cuando nos preguntamos por la posibilidad de que el sufrimiento padecido por la responsable por causas distintas de la pena estatal pudiera ser considerado como equivalente a esta última, de modo que tenga sentido que esta no sea impuesta a aquella, de lo que se trata en realidad es de la posibilidad de que a ese sufrimiento se le atribuya una significación punitiva que permita reinterpretarlo normativamente como pena.³²

Para lo anterior no basta, como ya se afirmara, la sola constatación de que la responsable ha padecido un sufrimiento considerable, sino que, para que este pueda ser reinterpretado en clave de justicia punitiva, es necesario que este sea consecuencia del delito cometido pero que se encuentre fuera del control agencial del sujeto, de modo que pueda ser considerado como azaroso.³³ Esto no ocurre con el miedo y la angustia de la responsable por la incertidumbre de si será atrapada por la justicia o no, pues si bien este sufrimiento es una consecuencia del delito cometido, no está fuera de su control agencial, en la medida en que puede evitar tal angustia poniéndose a disposición de la justicia.

³¹ MAÑALICH (2011b), pp. 15 y s.

³² CORREA (2020), p. 36.

³³ CORREA (2020), pp. 65 y ss.

2.3 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR FALTA DE NECESIDAD DE PENA EN TÉRMINOS DE PREVENCIÓN ESPECIAL

También se ha afirmado que la función que cumpliría la prescripción sería evitar que se impongan penas en situaciones en que estas resultan innecesarias en términos de prevención especial, pues la resocialización de la responsable “puede haberse alcanzado por el mero transcurso del tiempo”.³⁴ Además, respecto de esta persona ya resocializada, la imposición de la pena puede incluso resultar contraproducente, en la medida en que pueda ella misma operar como un factor criminógeno respecto de una persona que ya ha demostrado haber abandonado su compromiso delictual.

Lo anterior puede ser efectivo, aunque tenemos ya un problema en la comprobación empírica de tales afirmaciones. Pero de ello no se sigue que entonces resulte ilegítima la imposición de la pena una vez transcurrido largo tiempo desde la perpetración del hecho. La pena puede tener efectos de prevención especial y también puede resultar contraindicada en términos de prevención especial, pero ello no significa que dependa de ello su justificación. No es difícil imaginar casos en los que no hay ninguna necesidad de pena en términos de prevención especial y, no obstante aquello, la legitimidad de la imposición de la pena está fuera de discusión. Un claro ejemplo de ello es lo que ocurre en los casos de crímenes de lesa humanidad, en los que es altamente improbable que las personas responsables vuelvan a cometer tales delitos y, sin perjuicio de ello, consideramos imprescindible su adecuada sanción. Incluso, el derecho internacional y el derecho nacional establecen la imprescriptibilidad de tales delitos.

³⁴ RAGUÉS I VALLÈS (2004), pp. 34 y s.

Sin perjuicio de lo anterior, así como la determinación judicial de la pena es sensible a consideraciones de prevención especial, tanto positiva como negativa³⁵, también la regulación de la prescripción de la acción penal puede ser sensible a consideraciones de prevención especial. Ello explica, por ejemplo, que, en nuestro ordenamiento jurídico, la comisión de un nuevo crimen o simple delito interrumpa el plazo de prescripción y haga perder todo el tiempo ya transcurrido, volviendo a correr el plazo desde un comienzo. En estos casos, no es que la prescripción se explique por la falta de necesidad de pena en términos de prevención especial, sino que, en la perpetración de un nuevo delito, se ha mostrado su necesidad en términos de prevención especial.

2.4 PRESCRIPCIÓN POR PÉRDIDA DE LA LESIVIDAD SOCIAL DEL DELITO

Hay quienes buscan fundamentar la prescripción a partir de la idea de que la pena es un modo de reacción frente a una conducta que de algún modo perturba el orden social, de modo que la pena sirve a la preservación de ese orden social que ha sido perturbado. Este carácter perturbador del orden social que tiene el delito no tendría un carácter estático, “sino que va atenuándose progresivamente con el paso del tiempo hasta desvanecerse por completo”, llegando un momento en el que “el hecho delictivo deja de ser visto por la colectividad como un fenómeno peligroso para el modelo social vigente y pasa a percibirse como una parte del pasado”.³⁶ Ello haría que, transcurrido un largo período de tiempo, el Estado no se encuentre justificado para imponer una pena, “pues tal suceso habrá perdido toda su capacidad para afectar negativamente al presente modelo social” y “en el caso de imponerse una pena al responsable de hechos muy lejanos en el tiempo se vulneraría el principio de que sólo es legítima la pena necesaria para el mantenimiento del orden social vigente”.

³⁵ En este sentido pueden ser entendidas ciertas figuras como la circunstancia atenuante por irreprochable conducta anterior del numeral 6 del artículo 11 o las circunstancias agravantes por reincidencia de los numerales 15 y 16 del artículo 12, ambos del Código Penal, o las penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la ley N° 18.216.

³⁶ RAGUÉS I VALLÈS (2004), p. 42.

Esta posición se vincula fuertemente con una teoría de la prevención general positiva como teoría de justificación de la pena, según la cual la imposición de la pena buscaría la resolución del conflicto generado por el delito, confirmando frente a la comunidad la vigencia de la norma quebrantada. Transcurrido largo tiempo desde la comisión del delito, ya no sería necesaria esta confirmación de la vigencia de la norma, pues el delito habría dejado de generar el efecto de pérdida de la confianza en la vigencia del derecho.

Para esta teoría, las normas de comportamiento fundan expectativas normativas de conducta, expectativas que se caracterizan por el hecho de que pueden ser mantenidas contrafácticamente,³⁷ es decir, su frustración no es una razón suficiente para abandonar dicha expectativa, a diferencia de lo que ocurre con las expectativas fácticas, cuya frustración debiera llevarnos a modificar nuestra expectativa. En este sentido, las expectativas fácticas se ajustan al mundo, mientras que las expectativas normativas buscan que sea el mundo el que se ajuste a dichas expectativas. Por ejemplo, dado que hay una norma de comportamiento que prohíbe matar a otro, tenemos la expectativa de que las personas se abstengan de realizar conductas que causen la muerte de otro y podemos seguir teniendo dicha expectativa pese a que, en los hechos, alguien cometa un delito de homicidio. Sin embargo, en el caso de las normas de comportamiento, esa expectativa normativa en su vigencia requeriría su estabilización frente a la contravención, de modo que esta no se constituya en una razón para el abandono de la expectativa. La imposición de la pena cumpliría precisamente esa función de estabilización de la expectativa frente a su frustración, pudiendo entenderse la pena entonces como “un acto expresivo cuyo sentido es la confirmación de la vigencia de la norma quebrantada”.³⁸

Tratándose de delitos cometidos hace ya largo tiempo, no sería necesaria en términos de prevención general positiva la imposición de la pena, pues el tiempo ha

³⁷ MAÑALICH (2007), p. 138.

³⁸ MAÑALICH (2007), p. 138.

mostrado que las y los ciudadanos continúan manteniendo la expectativa en la vigencia de las normas jurídicas pese a que su contravención no ha sido sancionada: “el orden jurídico aparece restaurado por la sola influencia del tiempo”.³⁹ Puede ocurrir que el hecho siga causando cierta conmoción pública, dada su espectacularidad, pero de todas formas este “es percibido con el paso del tiempo como un acontecimiento histórico”, de modo que “el delito cometido [no] representa ya una amenaza para la convivencia”.⁴⁰ Así, tratándose de la sanción por delitos cometidos hace ya largo tiempo, “se trataría siempre de una cuestión de justicia (retributiva); no de una necesidad preventiva”.⁴¹ Es interesante esta última afirmación, pues, según ella, si se abandona una teoría de la prevención general positiva y se sostiene, en cambio, una teoría retribucionista de justificación de la pena, dejaría de ser un problema que la pena se muestre como innecesaria en términos preventivos y no tendríamos un problema de justificación de la pena cuando esta se impone largo tiempo después de la perpetración del hecho. Sobre esto se volverá más adelante.

Un problema de la teoría de la prevención general positiva, en los términos en los que fue presentada recién, es que esta resultaría

demasiado ‘psicologizante’, en tanto la referencia a la confianza en la vigencia de la norma parecería encerrar una referencia a estados mentales de la generalidad de los individuos que pueden orientar su comportamiento con arreglo a la norma.⁴²

Lo anterior dado que la conexión que cabría postular entre la imposición de la pena y el efecto de confirmación de la vigencia de la norma, siguiendo a esta teoría, sería una conexión causal y, en tal medida, contingente.⁴³ La imposición de la pena está orientada hacia la producción de dicho efecto, pero la ocurrencia de este último depende de que las y

³⁹ GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 78.

⁴⁰ GONZÁLEZ TAPIA (2003), pp. 78 y s.

⁴¹ GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 79.

⁴² MAÑALICH (2007), p. 139.

⁴³ MAÑALICH (2015), p. 19.

los ciudadanos efectivamente vean por esa vía reforzada su confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico, lo que puede no ocurrir y es, en todo caso, difícil de comprobar empíricamente.

Una teoría de la retribución también puede entender que la pena se justifica porque confirma la vigencia de la norma de comportamiento, que ha sido puesta en cuestión a través del delito, de modo que su imposición sirve al “interés en la preservación de la propia autoridad del Estado”.⁴⁴ Sin embargo, una diferencia fundamental entre esta teoría y una teoría de la prevención general positiva radica en que, para la primera, la conexión entre la imposición de la pena y la reafirmación de la autoridad de la norma es una conexión interna y, en tal medida, necesaria. De este modo,

la reafirmación de la autoridad del derecho quebrantado no es algo que hubiera de tener lugar, contingentemente, a consecuencia de la punición retributivamente orientada, sino que se trata de una prestación cuya realización se encuentra *constitutivamente determinada* por la satisfacción de las condiciones institucionales de las cuales depende que la respectiva reacción al quebrantamiento imputable del derecho exhiba el estatus de una punición merecida.⁴⁵

Bajo esta comprensión, lo que la autora hace al cometer un delito es quebrantar una determinada norma de comportamiento y, por esa vía, desconocer la autoridad de dicha norma, pues el reconocimiento de dicha autoridad habría supuesto la adecuación de su conducta a la misma. Por su parte, el Estado, a través de la imposición de la pena, reafirma frente a la responsable la autoridad de la norma, declarando que esta sí vale. Esa reafirmación de la autoridad de la norma tiene lugar únicamente a través de la imposición de la pena, que resulta justificada por el solo hecho de haberse cometido el delito. Ello no se ve afectado por el hecho de que el delito, por el tiempo transcurrido, ya no genere

⁴⁴ MAÑALICH (2015), p. 12.

⁴⁵ MAÑALICH (2015), p. 20.

sentimientos de indignación en la población, pues la pena no se justifica en atención a la necesidad de apaciguar dichos sentimientos. En este sentido,

time can attenuate or erase the misdeed that was committed, but not get rid of the commission of it. It neutralizes the *effects* of the misdeed, but it cannot destroy the *fact* of the misdeed. Time cannot make it so that what came to pass did not come to pass.⁴⁶

2.5 PRESCRIPCIÓN POR FALTA DE IDENTIDAD ENTRE LA PERSONA QUE COMETIÓ EL DELITO Y LA PERSONA SANCIONADA

Algunos autores han afirmado que una teoría retribucionista de la justificación de la pena también podría encontrarse con problemas a la hora de justificar la imposición de una pena transcurrido largo tiempo desde la perpetración del hecho, pues las personas cambiamos a lo largo del tiempo, de modo que, por ejemplo, después de veinte años, la persona a quien se le impone la pena ya sería una persona distinta de aquella que perpetró el delito por el cual está siendo castigada. Esto haría que, “although the criminal was (and perhaps timelessly is) deserving of punishment, the criminal is no longer accessible to us. Inhabiting the criminal’s body and social role, we find a new woman”.⁴⁷

La cuestión cobra relevancia pues, para una teoría retribucionista de justificación de la pena, esta no cumple únicamente una función expresiva, sino ante todo una función comunicativa. En este sentido, la pena puede ser caracterizada como un acto de habla ilocucionario que cumple la función de “expresar un reproche merecido por un comportamiento incorrecto que es imputable como acción culpable”,⁴⁸ cuyo éxito ilocucionario depende de “la obtención de un acuerdo entre hablante y oyente: este último

⁴⁶ JANKÉLÉVITCH (2005), p. 45.

⁴⁷ REGAN (1983), p. 122.

⁴⁸ MAÑALICH (2007), p. 156.

ha de reconocer qué pretensión ha entablado el hablante para que así pueda tomar posición crítica de aceptación o de rechazo frente a esta pretensión”.⁴⁹

Lo anterior hace que, para que la imposición de la pena resulte justificada, deban cumplirse dos condiciones distintas, una referida al momento de la perpetración del hecho por el cual la pena se impone y otra referida al momento de su imposición. En primer lugar, es necesario que, para la persona sobre la cual se impondrá la pena, el quebrantamiento de la norma de comportamiento haya sido evitable y le pueda además ser reprochado, es decir, que el quebrantamiento de la norma de comportamiento le sea personalmente imputable. Solo así la pena podrá ser entendida como la expresión de un reproche que es merecido por la persona en contra de la cual está destinado. Pero, en segundo lugar, es necesario además que, al momento de la imposición de la pena, la responsable cuente con la capacidad de comprenderla en tanto expresión de reproche merecido, pues solo así la pena puede ser entendida como una interacción comunicativa con la persona sobre la cual se impone.

Ello explica, por una parte, que a la inimputable no sea procedente aplicarle una pena, sino solo una medida de seguridad, pues a aquella no podemos reprocharle su conducta, dado que no cuenta con la capacidad cognitiva necesaria para transformar la norma de comportamiento en un motivo para comportarse de acuerdo con ella. Por lo mismo, con ella solo podremos relacionarnos estratégicamente, con el fin de neutralizar el peligro que pueda suponer.⁵⁰ En este sentido, el artículo 455 del Código Procesal Penal dispone que, respecto del enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y

⁴⁹ MAÑALICH (2007), p. 159.

⁵⁰ Siguiendo la nomenclatura utilizada por STRAWSON (1995), pp. 41 y ss., 44 y ss., la pena es expresiva de una “actitud reactiva”, es decir, de una actitud que tenemos frente a quienes reconocemos como responsables por su conducta, y por lo tanto se funda en la culpabilidad del sujeto. Por su parte, las medidas de seguridad son expresivas de una “actitud objetivante”, es decir, de una actitud que tenemos frente a quienes no reconocemos como responsables, y por lo tanto respecto de quienes no tiene sentido albergar la expectativa de que corrijan su conducta por la apelación a normas. Por lo mismo, las medidas de seguridad se fundan en la peligrosidad del sujeto.

antijurídico, podrá aplicarse una medida de seguridad siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas.

Pero, por otra parte, a quien era plenamente imputable al momento de la perpetración del hecho, pero, al momento de la imposición de la pena, ya no cuenta con la capacidad cognitiva necesaria para comprender la pena en tanto expresión de reproche, tampoco podemos imponerle una pena. Por ello, el artículo 465 del Código Procesal Penal dispone que, respecto de la imputada que cayere en enajenación mental después de iniciado el procedimiento, habrá de decretarse el sobreseimiento temporal del procedimiento hasta que desapareciere su incapacidad o el sobreseimiento definitivo si se tratare de una enajenación mental incurable.

Asimismo, dado que es la imposición de la pena la que debe desempeñar esta función comunicativa con la condenada, esta debe ser capaz de comprenderla en tanto expresión de reproche durante toda su ejecución. Por lo mismo, tampoco puede continuar ejecutándose la pena si la condenada, de manera sobreviniente, pierde dicha capacidad de comprensión. Ello explica que el artículo 482 del Código Procesal Penal disponga que, si la condenada cae en enajenación mental, no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad que le haya sido impuesta.

A partir de lo anterior, Silva Sánchez aventura que no solo respecto de quien cae en enajenación mental después de la perpetración del delito se presenta un problema de justificación de la pena en términos retributivos, sino que este problema puede plantearse también en los casos en que pudiéramos reconocer una cierta *inidentidad* personal entre la persona que perpetró el delito y la persona que es acusada por el mismo, pese a que se trate del mismo individuo, lo que sería crucial para que aquella sobre quien se impone la pena “no constituya un mero objeto que «sufre» tales juicios como daños, sino también un sujeto que los «entiende» como reacciones con sentido a un «hecho propio» que asimismo

expresaba sentido”.⁵¹ Algunos de los casos en los que sería posible reconocer esta “inidentidad”, según Silva Sánchez, serían aquellos en los que, entre el momento de la perpetración del delito y el momento del juicio, el sujeto ha experimentado profundos cambios vitales que harían que, en algún sentido, “ya no sea el mismo”, dentro de los cuales estarían aquellos en los que han transcurrido largos períodos de tiempo entre el delito y el juicio. En estos casos, estaríamos haciendo responsable por el delito a alguien que ya no puede “reclamar ese acto como suyo”⁵² y se produciría un conflicto con el principio de culpabilidad, más específicamente, con el principio de personalidad de las penas, en la medida en que no pueda afirmarse que la persona siga siendo la misma, pese al mantenimiento de su individualidad.⁵³

Otro argumento que apunta en la misma dirección es aquel según el cual, transcurrido un largo periodo de tiempo, “the psychological relation between deed and doer is lost with time and thus criminal sanctions will not address the wrong originally committed”.⁵⁴ Un enfoque como este encuentra sustento en la obra del filósofo Derek Parfit, para quien la identidad personal “consists in various kinds of psychological continuity, of memory, character, intention, and the like, which in turn rest upon bodily continuity”, es decir, en una serie de continuidades que se dan entre un sujeto en un momento determinado y ese mismo sujeto en otro tiempo determinado, y no en “a quite separate ‘further fact’”.⁵⁵ Para Parfit, lo anterior no es incompatible con la posibilidad de afirmar responsabilidad por nuestros crímenes pasados, en la medida en que podríamos sostener que “psychological continuity carries with it desert for past crimes”. Sin embargo, esta “continuidad psicológica” sería una cuestión de grado y que decaería con el tiempo: cuando una persona es detenida varios años después de haber cometido un crimen, solo habría una conexión psicológica débil entre aquella y quien era al momento del crimen.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ (2008), p. 676.

⁵² SILVA SÁNCHEZ (2008), p. 678.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ (2008), pp. 664 y s.

⁵⁴ SEPÚLVEDA (2023), p. 248.

⁵⁵ PARFIT (1982), p. 227.

Por lo mismo, Parfit considera que, “when some convict is now less closely connected to himself at the time of his crime, he deserves less punishment” e incluso, “if the connections are very weak, he may deserve none”.⁵⁶

Este argumento, sin embargo, pierde fuerza una vez que dejamos de entender la culpabilidad como una conexión psicológica entre la autora y el delito, como lo hacía el modelo causalista, y pasamos a entenderla en términos normativos. Para el modelo causalista, la culpabilidad estaba dada por la relación psicológica que existiría entre la autora y su hecho, la que podía ser dolosa o culposa, dependiendo de si “la voluntad del sujeto se dirigió precisamente a causar el resultado típico” o si, en cambio, “su voluntad no se dirigía a causar el resultado típico, pero éste se produjo por la acción causal del sujeto”.⁵⁷ Bajo este esquema, entonces, la culpabilidad depende del contenido de la voluntad del sujeto y tiene como presupuesto la imputabilidad, pues de ella dependería la capacidad de dirigir el contenido de la voluntad.⁵⁸

Así, si se entiende la culpabilidad como una conexión psicológica entre la responsable y el hecho, es natural entender que con el transcurso del tiempo pueda haber una “reducción en la culpabilidad”, en la medida en que con el tiempo vaya debilitándose esa conexión psicológica. Y, en consecuencia, esta reducción en la culpabilidad debiera tener un impacto en la pena a imponer o puede llegar incluso a exigir que no se imponga pena alguna.

Sin embargo, ya el modelo neocausalista deja de entender la culpabilidad como una relación psicológica y comienza a entenderla en términos normativos, pasando a ser central la pregunta por la reprochabilidad de la conducta del sujeto, es decir, que al sujeto le pueda ser reprochada “la realización de un hecho antijurídico cuando era exigible una

⁵⁶ PARFIT (1984), p. 326.

⁵⁷ GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 54

⁵⁸ GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 55.

actuación conforme a derecho”.⁵⁹ Bajo esta comprensión normativa de la culpabilidad, la pregunta ya no es si, transcurrido un largo periodo de tiempo, podemos constatar aún una relación psicológica entre el sujeto y aquello que hizo, sino más bien si normativamente tiene sentido todavía reprocharle aquello.

Para esta concepción normativa de la culpabilidad, el contenido de esta está dado por la capacidad de motivación conforme a la norma y por la exigibilidad de la conducta conforme a derecho. Así, para poder afirmar la culpabilidad de la autora por el injusto, es necesario que, en el momento en el que tendría que haberse abstenido de ejecutar la conducta prohibida o en el que tendría que haber ejecutado la conducta requerida, esta haya sido capaz de reconocer la norma como razón para la acción y de motivarse conforme a ella y que dicha conducta conforme a derecho le haya sido exigible.⁶⁰

Aquí es especialmente relevante tener en consideración que el momento en el cual ha de afirmarse la culpabilidad del sujeto para poder hacerlo penalmente responsable es el momento en el que tendría que haber evitado la conducta que quebranta la norma de comportamiento. Lo que ocurra después de ese momento es en principio irrelevante para la afirmación de culpabilidad por el injusto, por lo que no tiene sentido preguntarse si, al momento del juicio, la autora “sigue siendo culpable”.

Anteriormente se afirmó, sin embargo, que la capacidad cognitiva de la condenada al momento de la imposición y ejecución de la pena sí era relevante, pues es necesario que esta sea capaz de comprender la pena en tanto expresión de reproche por su conducta. Pero afirmar esta exigencia de capacidad cognitiva no es equivalente a afirmar la necesidad de que la condenada conserve cierta medida de culpabilidad por el hecho o cierta relación psicológica con este, sino simplemente que ella debe ser capaz de comprender la pena como consecuencia de algo que ella misma ha hecho. Y para ello

⁵⁹ GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 64.

⁶⁰ MAÑALICH (2011a), pp. 96 y ss.

basta, en principio, que podamos reconocer que continúa siendo el mismo individuo y que el hecho es en tal medida parte de su biografía.

Si bien el problema de la preservación de la identidad individual a lo largo del tiempo es, en términos filosóficos, un genuino problema, en términos jurídicos y morales podemos presuponer dicha identidad. Como afirma Feinberg,

all of our ordinary notions of responsibility, as well as such basic moral practices as promise-making, presuppose a continuity of personal identity between earlier and later stages of the same self.⁶¹

Esto resulta claro tratándose del juicio de responsabilidad penal, que se preocupa en todo caso de la responsabilidad por conductas ya realizadas y por lo mismo pasadas. En todo juicio de atribución de responsabilidad penal hay una distancia temporal entre el momento en el cual el sujeto realizó la conducta por la cual lo estamos haciendo responsable y el momento en el cual le atribuimos dicha responsabilidad:

For the most part, criminal law looks backwards. In bringing an offender to trial, the criminal justice system initiates an enquiry into an act which that person has done, evaluating this act in the context of a system of rule which laws out the forms of punishable act and the mental state which must accompany them for criminal guilt to be established. At this stage, the focus is entirely on a past event and on a past actor.⁶²

Por supuesto, es posible imaginar casos extremos en los que quizás pudiera tener sentido entender que, si bien quien cometió el delito es el mismo individuo que quien se encuentra sometido a juicio, no obstante no hay identidad entre uno y otro, como por ejemplo cuando el sujeto ha sufrido una pérdida de memoria significativa. Quizás sería

⁶¹ FEINBERG (1986), pp. 83 y s.

⁶² MCCALL (2001), p. 51.

razonable que estos casos fueran tratados de un modo análogo al de la imputada que cae en enajenación mental, por encontrarse seriamente afectada la capacidad del sujeto de reconocer el delito como un hecho propio. Pero en todo caso no es el mero transcurso del tiempo el que produce este efecto.

2.6 PRESCRIPCIÓN COMO IMPERATIVO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Hay algunos autores que han buscado el fundamento de la prescripción de la acción penal en la idea de seguridad o certeza jurídica, según la cual “la prescripción está al servicio de la firmeza, de la estabilidad de los vínculos regulados por el derecho”,

dato que la eficacia venidera de los preceptos jurídicos requiere eliminar, al cabo de un cierto tiempo durante el cual estos no hallaron aplicación, un estado de incertidumbre, cuyo mantenimiento sería riesgoso tanto para [la] existencia del derecho como para la paz de la comunidad.⁶³

Esta forma de entender el fundamento de la prescripción de la acción penal la emparenta en algún sentido con la prescripción extintiva y con la usucapión, que pueden ser entendidas precisamente como instituciones que buscan la estabilización de situaciones jurídicas inestables. Este no ha sido el único fundamento que se ha ofrecido de tales instituciones y también a ese respecto la discusión ha sido profusa. Excede con creces los objetivos de este trabajo dar cuenta de manera acabada de esta discusión, por lo que solo se presentarán sucintamente algunas de las posiciones en pugna, en la medida en que argumentos similares se han ofrecido también para sustentar la prescripción de la acción penal.

⁶³ GUZMÁN DALBORA (2005), p. 74.

Tratándose de la prescripción extintiva del derecho civil, algunos autores han planteado su fundamentación a partir de lo que ha sido llamada una “tesis subjetivista”, que centra su atención en la inactividad de la acreedora durante un determinado lapso. En este sentido, se ha planteado que la prescripción extintiva sería una especie de sanción a la acreedora que ha sido negligente en el ejercicio de sus derechos; o que el no ejercicio de sus derechos podría ser entendido como una renuncia tácita a los mismos por parte de la acreedora.⁶⁴

A mi juicio, las posiciones anteriores difícilmente logran ofrecer un fundamento plausible a la institución de la prescripción extintiva, pues, por una parte, no resulta claro por qué la negligencia de la acreedora en el ejercicio de sus derechos debiera beneficiar a la deudora que ha sido negligente en el cumplimiento de su obligación. Y, por otra parte, entender que en el no ejercicio de sus derechos hay una renuncia de la acreedora a los mismos no logra explicar por qué en nuestro ordenamiento jurídico la prescripción civil solo extingue la acción para exigir el cumplimiento de la obligación, pero no extingue la obligación misma. Declarada la prescripción judicialmente, la deudora continúa teniendo una obligación en favor de la acreedora y, por lo tanto, esta última sigue siendo titular de un derecho subjetivo a la prestación y puede en consecuencia retener el pago, pues es un pago de lo debido. Lo que ocurre con la prescripción extintiva es simplemente que la acreedora deja de poder recurrir a los mecanismos coercitivos que dispone el derecho para exigir el cumplimiento, por lo que la obligación del deudor pasa a ser una obligación natural. En cambio, en los casos de renuncia a un derecho por parte de la acreedora, la obligación correlativa se extingue y aquella no tiene ya título para percibir la prestación: si la deudora pagara la obligación correlativa al derecho subjetivo al que la acreedora ha renunciado, se trataría de un pago de lo no debido.

⁶⁴ DOMÍNGUEZ (2020), pp. 38 y ss.

Teniendo en consideración lo anterior, son mayoritarias las posiciones que fundamentan la prescripción extintiva desde una “tesis objetiva”. Así, para estas posiciones el fundamento de la prescripción estaría “en el interés que existe en el derecho en consolidar situaciones pendientes”.⁶⁵ Este fundamento suele extenderse tanto a la prescripción extintiva como a la prescripción adquisitiva o usucapión, pues ambas cumplirían la función de estabilizar situaciones jurídicamente inestables. Si no existieran la prescripción extintiva y la usucapión, se perpetuarían situaciones de incertidumbre jurídica, lo que obstaculizaría el normal funcionamiento del tráfico jurídico y la libre circulación de los bienes.

Así, la prescripción adquisitiva se justificaría por la necesidad de que, transcurrido cierto tiempo, la posición jurídica de propietaria y la posición de hecho de poseedora se reúnan en la misma persona. Que dominio y posesión se encuentren disociados es una situación jurídica inestable, en la medida en que quien detenta materialmente la cosa con ánimo de señor y dueño de hecho no es dueña de la cosa y la verdadera dueña, que tiene derecho a la detentación de la cosa, no la tiene en su poder. Esta situación jurídica inestable puede estabilizarse de dos maneras: convirtiendo a la dueña en poseedora o convirtiendo a la poseedora en dueña. Por supuesto, la solución jurídicamente justa sería que la dueña recupere la posesión de aquello que le pertenece, y por lo mismo el ordenamiento jurídico pone a su disposición la acción reivindicatoria, que es la acción que puede ejercer la dueña en contra de la poseedora para recuperar la cosa sobre la cual recae su derecho de dominio.⁶⁶

⁶⁵ DOMÍNGUEZ (2020), pp. 40 y ss.

⁶⁶ En rigor, para recuperar la cosa de quien la detenta ilegítimamente, la dueña no dispone únicamente de la acción reivindicatoria, sino también de otras acciones, como pudieran ser la acción publiciana o la acción del artículo 915 del Código Civil. Si solo contara con la acción reivindicatoria, su derecho de dominio resultaría protegido de manera bastante débil, por la alta exigencia probatoria que esta acción requiere para tener éxito. No obstante, para el argumento que se desarrollará en este trabajo, basta la referencia a la acción reivindicatoria, en la medida en que muestra la insuficiencia de las acciones reales para la estabilización de las situaciones jurídicas inestables. Para un análisis detallado del sistema de acciones reales para la protección del dominio, véase ATRIA (2022); ATRIA (2017a); ATRIA (2018); ATRIA (2017b).

Pero ese solo mecanismo de estabilización no es suficiente. De partida, no es suficiente porque, para tener éxito en el ejercicio de la acción reivindicatoria, el dueño tiene que probar su derecho de dominio sobre la cosa que pretende recuperar. Y, en la medida en que la acción reivindicatoria se dirige en contra de la poseedora, que reclama también ser dueña, entonces quien ejerce la acción reivindicatoria deberá ofrecer “prueba absoluta” de su derecho de dominio.⁶⁷

Cuando el dominio se adquiere por algún modo de adquirir derivativo, como la tradición o la sucesión por causa de muerte, que quien adquiere la cosa se convierta en dueña depende de que quien se la haya transferido haya sido la dueña, pues nadie puede transferir más derechos que los que tiene. Por lo mismo, para probar que se es dueña, habrá que probar que era dueña aquella de quien se adquirió la cosa, y para probar que aquella era dueña, habrá que probar que era dueña aquella de quien adquirió la cosa, y así sucesivamente hasta llegar a quien haya adquirido el dominio originariamente. Si no existiera la usucapión como modo de adquirir el dominio, habría que reconstruir esa cadena de transferencia del dominio hasta quien haya adquirido por ocupación, lo que normalmente habrá ocurrido hace muchísimos años y será sumamente difícil de establecer. De este modo, la usucapión viene a solucionar lo que se conoce como “la prueba diabólica del dominio”, pues gracias a su existencia, a quien alega ser dueña de la cosa le bastará con probar la detentación de la cosa con ánimo de señor y dueño durante diez años, que es el plazo de prescripción adquisitiva extraordinaria.⁶⁸

De este modo, la usucapión logra la estabilización de las situaciones jurídicamente inestables por la vía de impedir que, después de diez años de posesión pacífica, el derecho de quien detenta la cosa pueda ser cuestionado, y además facilita que la dueña logre acreditar su derecho de dominio para efectos de recuperar la cosa de manos de quien la detenta sin derecho.

⁶⁷ ATRIA (2017a), pp. 150 y ss.

⁶⁸ Para el análisis de la prueba del derecho de dominio en las acciones reales, véase LARROUCAU (2015).

Por su parte, la prescripción extintiva también puede justificarse en la necesidad de seguridad jurídica. La regularidad del tráfico económico se vería afectada si las personas estuvieran expuestas a que les fueran cobradas deudas muy antiguas, incluso de sus antepasados. Esto además es consistente con que la prescripción extintiva solo extinga la acción civil para exigirla judicialmente, pero no la obligación, que pasa a ser una obligación natural. El ordenamiento jurídico reconoce que la deudora una obligación en favor de la acreedora y que esta última tiene derecho a recibir la prestación, pero después del plazo de prescripción, ya no habilita a la acreedora para perseguir judicialmente su cumplimiento.

Este fundamento, sin embargo, no puede ser extendido para explicar el fundamento de la prescripción de la acción penal, desde ya porque la responsabilidad penal está limitada temporalmente en la medida en que esta se extingue por la muerte del responsable, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, en el que por regla general los derechos y obligaciones se transmiten a los herederos. Ello hace que en todo caso llegue un momento en el que el Estado ya no podrá perseguir la responsabilidad penal por la perpetración de un delito. Por lo mismo, para sostener que el fundamento de la prescripción de la acción penal está en la necesidad de seguridad jurídica en términos objetivos, sería necesario proveer de algún argumento que explique por qué sería necesario limitar aún más en términos temporales la posibilidad de ejercicio de la potestad punitiva del Estado para el normal funcionamiento del ordenamiento jurídico. Esta misma consideración ha llevado a algunos autores a afirmar que la idea de seguridad o certeza jurídica no puede ofrecer un fundamento plausible a la prescripción de la acción penal, pues “en un ordenamiento donde todos los delitos fuesen imprescriptibles, la certeza del derecho no es vulnerada”.⁶⁹

⁶⁹ CABEZAS (2021), p. 88.

Por lo mismo, es usual que se busque fundamentar la prescripción de la acción penal ya no en la idea de seguridad jurídica en términos objetivos, sino a partir de la idea de certeza jurídica en términos subjetivos. Bajo esta comprensión, lo relevante sería que quien que ha cometido un delito tenga la certeza de que solo durante un determinado período de tiempo se encuentra expuesta al riesgo de que el Estado se dirija en su contra, pues “mantener a una persona indefinidamente bajo el yugo de una acusación o la inminencia de una pena, es incompatible con un derecho penal moderno”.⁷⁰ Esta posición nos remite a las dos primeras alternativas de fundamentación de la prescripción de la acción penal que ya fueron analizadas y desechadas en este capítulo.

⁷⁰ GUZMÁN DALBORA (2005), p. 75.

3 FUNDAMENTACIÓN PROCESAL DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

3.1 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL COMO GARANTÍA DERIVADA DEL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

Una primera fundamentación procesal que se ha ofrecido de la prescripción de la acción penal es aquella relacionada con el derecho al debido proceso, específicamente con el derecho a ser juzgada en un tiempo razonable, sin dilaciones indebidas. En este sentido, transcurrido el plazo de prescripción, sería contrario al debido proceso someter al sujeto al proceso penal, pues

continuar con la persecución penal —o, incluso, dictar una condena— una vez transcurrido cierto tiempo desde la comisión del delito supone una vulneración del derecho de todo ciudadano a que su caso sea resuelto por los tribunales en un tiempo razonable.⁷¹

Esto también podría explicarse porque

el transcurso de un largo tiempo entre la comisión del hecho y la declaración de culpabilidad podría generarle al sujeto algunas gravosas consecuencias *endoprocimentales*, sometiéndolo indefinidamente a los tiempos, siempre más largos, de la justicia penal.⁷²

Esta fundamentación, sin embargo, es difícil de sostener. En primer lugar, las garantías derivadas del derecho al debido proceso⁷³ son independientes de que se reconozca la prescripción de la acción penal como causa de extinción de la responsabilidad penal, lo que se muestra en el hecho de que, también tratándose de delitos imprescriptibles, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad, el imputado tiene

⁷¹ RAGUÉS I VALLÈS (2004), p. 25.

⁷² CABEZAS (2021), p. 73.

⁷³ Para el análisis de las garantías que se derivan del derecho a un debido proceso y su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, véase GARCÍA PINO y CONTRERAS (2013).

derecho a ser juzgado en un tiempo razonable. Además, si realmente lo que estuviera en juego con la prescripción fuera este derecho, entonces resultaría problemático desde este punto de vista que los plazos de prescripción sean distintos dependiendo de la gravedad del hecho y que haya delitos por los cuales la acción penal no prescribe.

Pero, además, el derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas se refiere fundamentalmente a la duración del proceso penal desde que este se dirige en contra de la imputada y hasta su terminación por sentencia firme. En este sentido, es una limitación que opera una vez que ya se han formulado cargos en contra de la imputada, mientras que la prescripción de la acción penal tiene que ver fundamentalmente con el tiempo transcurrido antes de dicha formulación de cargos.⁷⁴ Esto se muestra en el hecho de que, como lo dispone el artículo 96 del Código Penal y el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, el curso de la prescripción de la acción penal se suspende una vez que se ha formalizado la investigación y se reanuda, como si nunca se hubiere suspendido, si, en los términos del artículo 96 del Código Penal, se paraliza la prosecución del proceso por tres años o se termina sin condenar a la imputada o si, como lo dispone el inciso final del artículo 248 del Código Procesal Penal, tras el cierre de la investigación el fiscal decide no perseverar en el procedimiento.

Relacionado con lo anterior, el derecho a ser juzgada en un tiempo razonable es asegurado por reglas intraprocesales que buscan resguardar que el proceso penal no se extienda excesivamente. En este sentido, por ejemplo, el artículo 234 del Código Procesal Penal establece que, una vez formalizada la investigación, el juez de garantía podrá fijar un plazo para el cierre de la investigación y, como lo dispone el artículo 247 del mismo código, en todo caso el fiscal deberá cerrar la investigación transcurridos dos años desde la formalización de la misma. Por su parte, también sirven al resguardo de esta garantía, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 186, que permite que cualquier persona que se

⁷⁴ BESWICK y SEPÚLVEDA (en prensa), p. 3.

considere afectada por una investigación que no ha sido judicialmente formalizada pueda solicitar al juez de garantía que le fije al fiscal un plazo para dicha formalización; lo dispuesto en el artículo 260, que establece un plazo de veinticuatro horas desde la notificación de la acusación para que el juez de garantía cite a los intervinientes a la audiencia de preparación del juicio oral y establece además un plazo para su celebración; lo dispuesto en el artículo 281, que establece un plazo breve para que el juez de garantía haga llegar al tribunal de juicio oral en lo penal el auto de apertura del juicio oral; lo dispuesto en el artículo 282, que establece la continuidad del juicio oral; lo dispuesto en el artículo 283, que faculta de manera limitada al tribunal de juicio oral en lo penal a suspender la audiencia de juicio y establece que su suspensión por un periodo que excediere de diez días impedirá su continuación; o lo dispuesto en los artículos 343 y 344, que establecen que la decisión de absolución o condena deberá ser comunicada, tras la deliberación de los jueces, en la audiencia respectiva y que fijan un plazo para la redacción de la sentencia.

3.2 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR LA PROGRESIVA EVANESCENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Otra posibilidad es entender el fundamento de la prescripción de la acción penal a partir de consideraciones puramente procesales. Por ejemplo, hay quienes entienden que la razón de ser de la prescripción de la acción penal es que, con el paso del tiempo, “aumenta progresivamente la dificultad para probar lo realmente acaecido”,⁷⁵ pues los medios de prueba irían haciéndose crecientemente menos fiables, lo que aumentaría el riesgo de error judicial y podría atentar contra el derecho a defensa de la imputada, en la medida en que también sería más difícil la obtención de prueba de descargo. Si bien esta es una posición que prácticamente no cuenta con respaldo hoy, resulta pertinente para efectos de este trabajo dar cuenta de ella en términos algo más profundos de lo que suele hacerse, pues se

⁷⁵ RAGUÉS I VALLÈS (2004), pp. 30 y s.

sostendrá más adelante que la regulación que la ley haga de la prescripción de la acción penal puede ser sensible a consideraciones relativas a los efectos epistémicos que esta puede tener en el proceso penal.

Para dar cuenta de la posición anterior, es necesario hacer algunas precisiones respecto a la caracterización del proceso penal. Desde el punto de vista de la evaluación de la justicia de su resultado, el proceso penal puede ser caracterizado como un caso de lo que Rawls llama “justicia procedimental imperfecta”, la que se corresponde con una de las dos formas de “justicia procedimental impura”, por oposición a lo que cabría llamar “justicia procedimental pura”.

Según la caracterización que hace Rawls de estos tipos de justicia procedimental, la distinción entre justicia procedimental pura y justicia procedimental impura depende de si existe o no un criterio independiente del procedimiento que permita evaluar la justicia o corrección del resultado. Tratándose de la justicia procedimental pura, no existe tal criterio independiente, sino que “existe un procedimiento justo o imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento”.⁷⁶ El ejemplo que da Rawls de un caso de justicia procedimental pura es el de los juegos de azar, pues en ellos, en la medida en que se defina un procedimiento imparcial, todas las posibilidades distintas en que puede resultar dicho procedimiento son igualmente justas.⁷⁷ Otro ejemplo de este tipo de justicia procedimental pura son las elecciones democráticas de representantes, pues la justicia del resultado depende de que el procedimiento electoral se haya desarrollado de manera correcta —por ejemplo, que no se hayan ingresado votos adicionales a las urnas, que las actas no hayan sido manipuladas, que las personas hayan podido emitir su voto de manera libre, etc.— y, observándose tales reglas, el resultado será justo sea quien sea la persona que resulte electa.

⁷⁶ RAWLS (2012), p. 89.

⁷⁷ RAWLS (2012), p. 89.

Rawls no diferencia entre formas distintas de justicia puramente procedimental y parece dar a entender que toda forma de justicia puramente procedimental sería perfecta, en la medida en que el seguimiento del procedimiento llevaría necesariamente a un resultado justo, cuya justicia estaría dada precisamente por el hecho de haberse seguido el procedimiento, pues no hay criterio alguno independiente de dicho procedimiento que sirva para evaluar la justicia del resultado. Sin embargo, Atria introduce la distinción entre justicia puramente procedimental perfecta y justicia puramente procedimental imperfecta, entendiendo por esta última aquellos casos en que “no hay ni un criterio independiente del procedimiento ni un procedimiento que defina lo justo”.⁷⁸ Atria afirma que, si bien parece carecer de sentido esta idea de que no sea posible apelar ni a un criterio externo ni al procedimiento mismo para evaluar la justicia del resultado, la justicia puramente procedimental imperfecta sería fundamental para entender las instituciones, pues en ellas

la idea de un criterio independiente cumple una función *puramente negativa*, en tanto provee de un criterio para identificar los déficits del procedimiento. No tiene relevancia individuatoria alguna, en tanto no permite identificar, con prescindencia del procedimiento, un resultado justo. La idea de justicia (en tanto independiente del procedimiento) desempeña una función puramente constitutiva, no apelativa.⁷⁹

Así, esta categoría supone que habría un criterio de justicia extrínseco al procedimiento, pero que se especifica como un criterio “unilateralmente negativo de justicia”, de “mera injusticia sustantiva”, en circunstancias en que “la inversión de tal criterio no resulta en la formulación de un criterio positivo de justicia sustantiva”.⁸⁰

En contraste con los supuestos de justicia puramente procedimental, Rawls caracteriza la justicia procedimental impura como aquella en la que “existe un criterio

⁷⁸ ATRIA (2016), p. 382.

⁷⁹ ATRIA (2016), p. 383 (cursivas en el original).

⁸⁰ MAÑALICH (2020b), p. 32.

independiente de lo que es una división justa, un criterio definido previa y separadamente del procedimiento que ha de seguirse”.⁸¹ Así, lo distintivo de los casos de justicia procedimental impura es que la justicia del resultado del procedimiento del que se trate es evaluada según un criterio que es externo a ese mismo procedimiento.

Al interior de la justicia procedimental impura, Rawls distingue dos formas: la justicia procedimental (impura) perfecta y la justicia procedimental (impura) imperfecta. La diferencia entre ambas formas de justicia procedimental impura está dada por si el procedimiento fijado garantiza o no la justicia del resultado obtenido, el que en todo caso será justo si se corresponde con un criterio de justicia que es independiente de dicho procedimiento. Es característico de la justicia procedimental perfecta que “es posible encontrar un procedimiento que produzca seguramente el resultado deseado”, de modo que “existe una norma para decidir el resultado que es justo, y un procedimiento que garantiza que se llegará a él”.⁸² El ejemplo que da Rawls de este tipo de justicia procedimental impura perfecta es la división de un pastel entre un número determinado de personas. El criterio para evaluar la justicia de la división es externo al procedimiento por el cual se realiza la división: por ejemplo, la división será justa en la medida en que sea igualitaria, que a cada persona le corresponda una porción igual a la que le corresponda a las demás. Según Rawls, el procedimiento que aseguraría la justicia del resultado de la división, y que por lo tanto se correspondería con un caso de justicia procedimental impura perfecta, sería el siguiente:

que una persona divida el pastel y tome la última parte, permitiendo a los otros que escojan antes. Dividirá el pastel en partes iguales, ya que de este modo estará seguro de obtener la mayor porción posible.⁸³

⁸¹ RAWLS (2012), p. 88.

⁸² RAWLS (2012), p. 88.

⁸³ RAWLS (2012), p. 88.

Sin embargo, que el anterior sea efectivamente un ejemplo de justicia procedimental impura perfecta es algo que puede ser discutido. Como identifica Mañalich, incluso si la persona que realiza la división del pastel tiene la capacidad de dividirlo en partes iguales y si el procedimiento asegura que dicha persona tenga un interés individual en que la división sea equitativa, ello no asegura que efectivamente el pastel sea dividido en partes iguales y que por lo tanto a cada persona le corresponda una porción equivalente de pastel, pues es siempre posible que quien tiene la capacidad de dividir el pastel en partes iguales e interés en ello, no obstante erre al realizar la partición.⁸⁴

Lo anterior lleva a Mañalich a afirmar que la distinción entre justicia procedimental (impura) perfecta y justicia procedimental (impura) imperfecta en realidad no sería una distinción binaria, sino gradual, dependiendo de qué tan probable sea que el seguimiento del procedimiento lleve a la obtención de un resultado sustantivamente justo, según el criterio de evaluación externo del que dispongamos.⁸⁵ Asimismo, en el diseño del procedimiento podrían incorporarse mecanismos de justicia puramente procedimental que compensen en cierta medida la insatisfacción del estándar sustantivo (externo) de justicia.⁸⁶ De este modo, por ejemplo, las garantías que se establecen en favor de la imputada en el proceso penal pudieran ser entendidas como mecanismos de justicia puramente procedimental que, en cierta medida, compensan la insatisfacción del estándar sustantivo de justicia que nos permite evaluar la corrección o incorrección de la sentencia definitiva.

Por su parte, lo característico de la justicia procedimental imperfecta es que el procedimiento no asegura la corrección del resultado, sino que solo se puede aspirar a fijar reglas procedimentales que sirvan a dicho propósito, de modo de disminuir lo más posible el riesgo de error en el resultado. Sin embargo, incluso siguiéndose cuidadosamente el

⁸⁴ MAÑALICH (2020b), p. 34.

⁸⁵ MAÑALICH (2020b), p. 34.

⁸⁶ MAÑALICH (2020b), p. 34.

procedimiento fijado, es posible que la decisión sea incorrecta.⁸⁷ El ejemplo que da Rawls de justicia procedimental imperfecta es precisamente el proceso penal:

El resultado deseado es que el acusado sea declarado culpable si y sólo si ha cometido la falta que se le imputa. El procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto. La teoría de los juicios examina qué reglas procesales de pruebas y similares, siendo compatibles con otros fines del derecho, son las que mejor pueden servir para lograr este propósito. [...] [Pero a]un cuando se obedezca cuidadosamente al derecho, conduciéndose el procedimiento con equidad y corrección, puede llegarse a un resultado erróneo. Un inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad.⁸⁸

De este modo, lo que define si la decisión judicial en el proceso penal es correcta o incorrecta no es únicamente la observancia de las reglas que constituyen el proceso, sino además su adecuación a un criterio externo al proceso, lo que la distingue de instancias de justicia puramente procedimental, donde no existe un criterio externo que sirva como parámetro de evaluación del resultado del proceso. A su vez, lo que hace que el proceso penal sea una instancia de justicia procedimental *imperfecta* es que siempre habrá un margen de incertidumbre que no podrá ser erradicado, por lo que no resulta posible diseñar el proceso penal de un modo tal que excluya completamente el riesgo de error en la decisión.

De que el proceso penal pueda ser caracterizado como una instancia de justicia procedimental imperfecta se sigue que la relación que se da entre el diseño del procedimiento y la justicia de su resultado es una relación instrumental y extrínseca.⁸⁹ Así, las reglas que configuran el procedimiento pueden ser evaluadas en atención a la medida

⁸⁷ RAWLS (2012), p. 89.

⁸⁸ RAWLS (2012), p. 89.

⁸⁹ MAÑALICH (2020b), p. 31.

en que sirven a la realización del criterio sustantivo de justicia que permite evaluar, a su vez, la justicia del resultado del proceso.

El criterio externo al proceso penal que sirve de parámetro de evaluación de la decisión en él adoptada está dado por el sometimiento de este al principio de culpabilidad,⁹⁰ que, en tanto principio de legitimación del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, exige que la pena sea impuesta única y exclusivamente a quien ha cometido un delito. Por lo mismo, el resultado del proceso penal será justo en la medida en que la imputada sea declarada culpable si y solo si ha cometido el delito que se le imputa, y sea declarada inocente en caso contrario. Lo anterior muestra que, como afirma Mañalich, la culpabilidad como criterio sustantivo que permite evaluar la justicia o injusticia del resultado de un proceso penal es un criterio bivalente y bilateral: bivalente porque determina la justicia tanto de la decisión de condena como de la decisión de absolución, y bilateral porque determina tanto la justicia de una decisión de condena o absolución que satisface dicho criterio sustantivo como la injusticia de la decisión que no lo satisface.⁹¹

El derecho penal sustantivo es el que fija las condiciones de las cuales depende que una persona sea culpable en sentido amplio y que, por lo tanto, corresponda imponerle una pena determinada. Este contiene un conjunto de normas de sanción penal, cuya estructura está dada por la asociación de una determinada consecuencia jurídica, la pena, a un determinado supuesto de hecho. De la formulación de tal supuesto de hecho puede obtenerse por contradicción la norma de comportamiento que la norma de sanción penal refuerza.⁹² De este modo, el ordenamiento jurídico prohíbe o requiere una serie de conductas a través de la puesta en vigencia de normas de comportamiento y refuerza esas normas de comportamiento asociando una pena a su quebrantamiento. A través del delito, la agente expresa su desconocimiento de la respectiva norma de comportamiento como

⁹⁰ MAÑALICH (2020b), p. 31.

⁹¹ MAÑALICH (2020b), pp. 32 y s.

⁹² Para la tarea de individuación de normas de comportamiento a partir del catálogo de normas de sanción contenido en la ley penal, véase MAÑALICH (2014), pp. 50 y ss.

razón vinculante para su acción, poniendo en cuestión la autoridad de la misma. El derecho, a través de la imposición de la pena, reafirma la vigencia de la norma quebrantada, expresando que la cancelación de la misma a través del delito no vale.⁹³ Por lo mismo, la pena solo se encuentra justificada allí donde se impone a quien es efectivamente culpable por el delito, pues solo en ese caso la pena puede ser entendida como cancelación de la cancelación de la norma quebrantada y, en tal medida, como reafirmación de esta.

Lo anterior se relaciona fuertemente con el proceso penal y nos permite dar cuenta del costo que supone que este arroje como resultado una sentencia errónea, tanto en el caso de absolución de una persona culpable (falso negativo), como en el caso de condena de una persona inocente (falso positivo).⁹⁴ Es en el contexto del proceso penal que se realiza la comprobación de que ha tenido lugar el quebrantamiento de una norma de comportamiento y de que dicho quebrantamiento resulta imputable a una persona determinada que, en tal medida, puede ser hecha penalmente responsable por la comisión de un delito. Si entendemos que la pena retributivamente justificada reafirma la vigencia de la norma quebrantada, que ha sido puesta en cuestión a través de la perpetración del delito, entonces cuando a la comisión de un delito no sigue la imposición de una pena, la vigencia de la norma quebrantada no es reafirmada y, entonces, queda sin ser cancelada la cancelación de la misma que tiene lugar a través del delito. Esto ocurre tanto cuando, habiéndose cometido un delito, en el proceso penal respectivo no logra probarse aquello y entonces el sujeto que debiera ser hecho responsable resulta absuelto, como cuando habiéndose cometido un delito, ni siquiera llega a iniciarse el proceso penal. Por su parte, en el caso en que se impone una pena a quien no ha cometido un delito, esa pena no se encontrará justificada en términos retributivos, de modo que estaremos frente a un ejercicio sustantivamente ilegítimo de la potestad punitiva del Estado. Así, tratándose de

⁹³ MAÑALICH (2015), pp. 12, 20.

⁹⁴ Para los distintos tipos de error que pueden presentarse en el proceso penal, véase LAUDAN (2006), pp. 9 y ss.; CARBONELL (2023).

una sentencia absolutoria injusta, la no imposición de la pena conllevará la no reafirmación de la vigencia de la norma quebrantada; mientras que, tratándose de una sentencia condenatoria injusta, a la persona condenada se le impondrá una pena que no se encuentra justificada, por no haber habido quebrantamiento alguno de una norma de comportamiento de su parte.

Lo anterior muestra que, si bien es el mismo principio de culpabilidad el criterio que nos permite evaluar la injusticia de la decisión de absolucón de un culpable y de la decisión de condena de un inocente, ello no lleva a una valoración simétrica de ambos tipos de error, sino todo lo contrario. Es precisamente el hecho de que es el principio de culpabilidad el que nos provee del criterio para evaluar la justicia de la decisión adoptada en el proceso penal lo que explica la valoración asimétrica que nuestro ordenamiento jurídico hace de la decisión de absolucón injusta y de la decisión de condena injusta. Esto porque

el principio de culpabilidad no funciona como un estándar de justicia *distributiva*, sino más bien como un estándar de justicia *retributiva*, con arreglo al cual la legitimación del reproche jurídico de culpabilidad materializado en la respectiva reacción punitiva depende críticamente de la sustentación de un juicio de merecimiento personalizado. De ahí que la punición de un inocente resulte retributivamente insoportable en un sentido en que la falta de punición de un culpable no lo es, precisamente porque (solo) en el primer caso llega a materializarse una reacción cuya injusticia retributiva la vuelve teleológicamente inauténtica.⁹⁵

La valoración asimétrica que nuestro ordenamiento jurídico hace de los dos tipos de error que pueden darse en el proceso penal se refleja muy claramente en la regulación que

⁹⁵ MAÑALICH (2020a), p. 96. A una conclusión distinta podrían llegar partidarios de una teoría mixta o combinatoria de justificación de la pena que entiendan que la pena se justifica por prevención, limitada dicha justificación por el principio de culpabilidad, pues en tales teorías el principio de culpabilidad sí opera como un criterio de justicia *distributiva*, que determina sobre quién es justo imponer el costo asociado a la persecución de la finalidad preventiva. Véase HART (2008), pp. 8 y ss., 11 y ss.

el Código Procesal Penal hace de la acción de revisión,⁹⁶ la que solo resulta procedente para la anulación de sentencias condenatorias injustas, mas no para la anulación de sentencias absolutorias injustas.⁹⁷ Asimismo, esta valoración asimétrica se muestra también en la fijación del estándar de prueba que debe satisfacerse para que el tribunal pueda adoptar una decisión de condena. Dicho estándar de prueba se encuentra establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

Artículo 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.⁹⁸

[...]

⁹⁶ Artículo 473 CPP. Procedencia de la revisión. La Corte suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiera condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos:

a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estuvieren sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no hubiere podido ser cometido más que por una sola;

b) Cuando alguno estuviere sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena;

c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o dicho testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal;

d) Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriese algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado, y

e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme.

⁹⁷ Para una crítica a esta configuración de la acción de revisión y una argumentación a favor de contemplar la posibilidad de revisar sentencias absolutorias fraudulentas o de desestimar la excepción de cosa juzgada en estos casos, véase MARTNER (2020), pp. 99 y ss.; MAÑALICH (2021a), pp. 466 y ss. Con todo, una regulación semejante también será expresiva de una valoración asimétrica de ambos tipos de error, en la medida en que solo permita la revisión de sentencias absolutorias por causales de injusticia procedimental grave, pero no la revisión de sentencias absolutorias que posteriormente aparezcan como sustantivamente injustas, en circunstancias en que tal revisión por injusticia sustantiva sí sea procedente tratándose de sentencias condenatorias.

⁹⁸ Esta formulación del estándar de prueba en materia penal ha sido fuertemente criticada por apelar a la convicción del tribunal como criterio subjetivo. Véase ACCATINO (2011); FERRER (2021), pp. 29 y ss.; LAUDAN (2005); DEI VECCHI (2020b), pp. 36 y ss.

En la labor de la jueza en materia probatoria, podemos distinguir analíticamente dos momentos distintos: por una parte, la valoración de la prueba en sentido estricto y, por otra parte, la decisión sobre la prueba. En el primer momento, el de valoración de la prueba en sentido estricto, la jueza determina “el apoyo empírico que los elementos de prueba aportados [al proceso] proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso”.⁹⁹ Esta valoración de la prueba en sentido estricto tiene lugar en condiciones de incertidumbre, pues solo es posible evaluar si a partir de la evidencia aportada una determinada hipótesis puede ser confirmada como una explicación posible de la existencia de esa evidencia, lo que no es suficiente por sí mismo para excluir hipótesis alternativas igualmente explicativas.¹⁰⁰ Así, las pruebas aportadas no pueden demostrar de manera cierta la verdad o falsedad de la hipótesis formulada, sino que solo las corroboran en mayor o menor medida.¹⁰¹

Luego, en un segundo momento, la jueza debe determinar si el grado de corroboración que la evidencia aporta a las hipótesis sostenidas es suficiente para tenerlas por probadas y, en consecuencia, decidir si tiene por probada o no tal afirmación.¹⁰² Los estándares de prueba establecen en qué medida el grado de corroboración que la evidencia aporta a una determinada hipótesis es suficiente para tenerla por probada, es decir, “cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento” para que una determinada afirmación sobre los hechos pueda servir de premisa fáctica para la decisión final, de modo que dicha decisión resulte en tal medida justificada.¹⁰³

Al fijar el grado de corroboración que es suficiente para tener por probada una determinada afirmación sobre los hechos, los estándares de prueba distribuyen el riesgo de error entre falsos negativos y falsos positivos. Por lo mismo, expresan la valoración que

⁹⁹ ACCATINO (2011), p. 485.

¹⁰⁰ ACCATINO (2011), p. 485.

¹⁰¹ ACCATINO (2011), p. 486.

¹⁰² ACCATINO (2011), p. 486.

¹⁰³ ACCATINO (2011), p. 486.

tiene el ordenamiento jurídico de ese error. Allí donde falsos negativos y falsos positivos son valorados simétricamente, se fijará un estándar de prueba mínimo —típicamente, uno de preponderancia de evidencia—, según el cual habría que tener por probada una afirmación allí donde, dada la evidencia disponible, esta resulta más probablemente verdadera que su negación. En cambio, allí donde la valoración de las distintas posibilidades de error es asimétrica, como ocurre en el proceso penal, se fijará un estándar de prueba más exigente, que reduzca el riesgo de falsos positivos, a costa de aumentar el riesgo de falsos negativos.¹⁰⁴

Pero en el proceso penal no solo resulta relevante la distribución que se hace del riesgo de error, sino también que las reglas del mismo contribuyan a la disminución de ese riesgo. Así, tales reglas podrán ser evaluadas en atención a la medida en que sirven instrumentalmente a esos objetivos de disminución del riesgo de error y de distribución del mismo entre falsos positivos y falsos negativos. La actividad probatoria juega un rol central en este punto, pues la corrección de la decisión de absolución o condena dependerá, en parte, de la justificación de las premisas fácticas que le sirvan de sustento. Lo crucial aquí será la comprobación empírica de las afirmaciones realizadas por los intervinientes sobre si ha tenido lugar un quebrantamiento imputable de alguna norma de comportamiento que hace que sea merecida la imposición de una sanción penal a quien resulta responsable por aquel, de modo que se produzcan justificadamente las premisas que sustentarán la sentencia definitiva.

A partir de lo anterior, podemos afirmar que el proceso penal tiene un compromiso fuerte con la búsqueda de la verdad, que se expresa en la relación teleológica que es posible establecer entre prueba y verdad. Así, en palabras de Ferrer,

¹⁰⁴ CARBONELL y VALENZUELA (2023), pp. 186 y ss.; DEI VECCHI (2020b), pp. 34 y ss.

la finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio.¹⁰⁵

Lo anterior no equivale a decir, sin embargo, que la decisión definitiva en el proceso penal sea correcta únicamente en el caso de que las premisas fácticas en que ella se sustenta sean verdaderas. En este punto, es necesario distinguir entre dos nociones distintas de corrección de la decisión judicial en el proceso penal.¹⁰⁶

Por una parte, podemos entender corrección como justicia, de modo que será correcta aquella decisión judicial que sea sustantivamente justa. En los términos ya vistos, y dado que el criterio que nos permite evaluar la justicia de la decisión adoptada en el proceso penal en tanto instancia de justicia procedimental imperfecta está dado por el principio de culpabilidad, la sentencia definitiva será justa en la medida en que el procedimiento termine en la condena de la persona imputada, si esta es culpable, o en su absolución, si es inocente. Bajo esta concepción de corrección, está claro que la corrección de la decisión en el proceso penal sí depende en parte de la verdad de las premisas fácticas que la sustentan, pues que una persona sea culpable o inocente depende de que efectivamente haya realizado aquello que se le imputa o de que efectivamente no lo haya realizado, respectivamente.

Pero, por otra parte, podemos entender corrección como justificación, de modo que una decisión judicial será correcta cuando se encuentre justificada, lo que no depende de que las premisas fácticas en las que se sustenta la decisión sean verdaderas, sino de que se hayan construido a partir de proposiciones que se encuentren probadas en el proceso respectivo.

¹⁰⁵ FERRER (2005), p. 56. En un sentido similar, LAUDAN (2006), p. 2, quien afirma que “a criminal trial is first and foremost an *epistemic* engine, a tool for ferreting out the truth from what will often initially be a confusing array of clues and indicators”.

¹⁰⁶ Véase CARBONELL (2015); CARBONELL (2017); CARBONELL (2022).

Si bien entre prueba y verdad hay una relación teleológica, en el sentido de que el objetivo de la actividad probatoria es el conocimiento de la verdad de lo ocurrido, ello no implica que los enunciados “está probado que p ” y “es verdadero que p ” sean sinónimos. Pues las limitaciones que tiene la actividad probatoria en tanto medio a través del cual se pretende establecer la verdad de las proposiciones que servirán de premisas a la decisión judicial hacen que no sea posible garantizar que el fin perseguido efectivamente se obtenga, es decir, que aquellas proposiciones que resulten probadas en el procedimiento sean verdaderas.¹⁰⁷ Por lo mismo, el sentido de “está probado que p ” es menos pretencioso que el sentido de “es verdadero que p ”, de partida porque el enunciado “es verdadero que p ” es un enunciado cuyo valor de verdad no depende de la evidencia que pueda ofrecerse en su favor, mientras que el enunciado “está probado que p ” es un enunciado relacional, es decir, solo es posible afirmar que una proposición p está probada en relación con un determinado conjunto de evidencia, no en términos absolutos.¹⁰⁸

Lo anterior lleva a que, si entendemos que la decisión judicial en el proceso penal será correcta en la medida en que se encuentre justificada, entonces, en lo que a las premisas fácticas se refiere, la decisión judicial en el proceso penal será correcta en la medida en que se funde en premisas fácticas construidas a partir de proposiciones que se encuentren probadas en relación con los antecedentes probatorios aportados al proceso, es decir, cuando haya elementos de juicio suficientes a favor de p .¹⁰⁹ Y, por supuesto, es siempre posible que haya elementos de juicio suficientes a favor de p que hagan que p se encuentre probada y, por lo tanto, que se encuentre justificada la decisión que adopta p como premisa, pero que en realidad p no sea verdad; como también es siempre posible que no haya elementos de juicio suficientes a favor de p , por lo que p no se encontrará probada y no podrá servir de premisa para la decisión, en circunstancias en que p sí es verdad.

¹⁰⁷ FERRER (2005), p. 31.

¹⁰⁸ FERRER (2005), p. 35.

¹⁰⁹ FERRER (2005), p. 35.

Estos serán casos en los que la decisión será correcta en el segundo sentido del término, pues será una decisión justificada, pero incorrecta en el primer sentido del término, pues será una decisión sustantivamente injusta.¹¹⁰

Este segundo sentido en el que podemos entender la corrección de una decisión judicial es especialmente relevante porque es el único que nos permite controlar intersubjetivamente dicha decisión. Si bien la justicia de la decisión en el proceso penal depende de que el imputado que es condenado sea efectivamente culpable o de que el imputado que es absuelto sea efectivamente inocente, y por lo tanto de que las premisas fácticas en las que se sustenta sean verdaderas, nuestra aproximación cognitiva a la verdad es siempre imperfecta. Por lo mismo, no es posible erradicar por completo del proceso penal —ni de ningún otro contexto— la incertidumbre respecto a la verdad de las premisas fácticas, no podemos alcanzar la certeza de que aquello que tenemos por verdadero es efectivamente verdadero. Esto lleva a que la justicia de la decisión judicial en términos sustantivos no sea controlable más allá de su corrección en términos de justificación.¹¹¹

No obstante lo anterior, entre ambos sentidos de corrección existe una relación teleológica, que se sigue de la relación teleológica ya afirmada entre el proceso penal y el principio de culpabilidad en tanto criterio que determina la justicia de la decisión en términos sustantivos. Así, el parámetro de evaluación de las reglas del proceso penal, de

¹¹⁰ Para la relación entre verdad y justificación de la decisión judicial, véase DEI VECCHI (2023).

¹¹¹ Esto no se ve alterado por el hecho de que el Código Procesal Penal, en el artículo 473 letra d), contemple la posibilidad de revisar las sentencias condenatorias allí donde, por ejemplo, “ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado”. Si bien la acción de revisión permite anular una sentencia por ser injusta en términos sustantivos, aunque haya sido correcta en términos de su justificación, en el contexto del procedimiento que se inicia por la acción de revisión tenemos la misma limitación en la averiguación de la verdad de lo ocurrido: tampoco allí podemos erradicar completamente la incertidumbre. Por lo mismo, si bien la introducción de los nuevos antecedentes hará que ahora tengamos elementos de juicio para tener por probada una proposición (la inocencia del imputado) que es incompatible con la proposición que tuvimos por probada en el proceso en el que se dictó la sentencia revisada (su culpabilidad), esa misma es una decisión que solo podremos controlar en términos de su justificación. Para un análisis de la prueba de la inocencia en el contexto de una acción de revisión, véase CARBONELL y VALENZUELA (2021).

cuya observancia depende la corrección de la decisión en términos de justificación, es la medida en que ellas disminuyen el riesgo de error,¹¹² es decir, el riesgo de incorrección en términos de justicia sustantiva. Dentro de estas reglas, aquellas que regulan la actividad probatoria juegan un rol especialmente relevante.

Una de las cuestiones clave en este punto es que al proceso pueda aportarse toda la prueba necesaria para la adopción de la decisión. En este sentido, “mientras mayor sea la capacidad del proceso para captar información, mayores serán las probabilidades del juez de emitir una decisión correcta, pues tendrá mejor información para la decisión”.¹¹³ Por lo mismo, rige en esta materia un principio general de inclusión, según el cual “en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles todas las pruebas, típicas o atípicas, que sean *relevantes* en la medida en que aporten informaciones útiles para formular esa decisión” y “se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aún [sic] siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica”.¹¹⁴ Estas normas jurídicas que ordenan la exclusión de prueba en principio relevante podemos calificarlas de epistémicas, si se fundan en la falta de fiabilidad de la prueba en cuestión, o de contraepistémicas, si se fundan en otras consideraciones que no dicen relación con sus avales para servir de apoyo a la comprobación de una determinada proposición, sino con la persecución de otros valores que también pueden buscarse en el proceso.¹¹⁵

Dado que, como ya fuera revisado, el enunciado “está probado que *p*” es un enunciado relacional, pues solo puede ser afirmado en relación con un determinado

¹¹² ACCATINO (2019), p. 95.

¹¹³ VALENZUELA (2017), p. 20. Sin perjuicio de lo anterior, no siempre más información supone mejor información, no solo porque puede tratarse de información poco confiable en términos epistémicos, sino porque además nuestra capacidad de procesamiento de la información es limitada, de modo que la existencia de demasiada información puede dificultar la decisión. Ello explica, por ejemplo, que el artículo 276 del Código Procesal Penal permita al juez de garantía excluir del juicio oral prueba sobreabundante.

¹¹⁴ TARUFFO (2003), p. 30.

¹¹⁵ En este sentido, ACCATINO (2019), p. 96.

conjunto de evidencia, entonces las reglas de exclusión de prueba tienen un impacto crucial en el riesgo de error de la decisión judicial, ya que alteran la conformación de ese conjunto de evidencia en relación con el cual el juez tendrá que decidir si un determinado enunciado se encuentra o no probado. Por lo mismo, el criterio central a este respecto es el de relevancia: en principio, toda evidencia relevante —aquella que, si es fiable, vuelve la hipótesis en juego más o menos probable de lo que era antes de la inclusión de dicha evidencia¹¹⁶— debiera ser incluida y, por el contrario, aquella evidencia que no es relevante debiera ser excluida. La exclusión de prueba relevante es en principio problemática desde este punto de vista, pues puede llevar a que, en relación con el conjunto de evidencia sí incluida, no se encuentre probado un enunciado verdadero que sí se habría encontrado probado de haber sido incluida dicha evidencia, o, por el contrario, a que, en relación con ese mismo conjunto de evidencia, sí se encuentre probado un enunciado falso que no se habría encontrado probado de haber sido aquella incluida. Por lo mismo, la exclusión de prueba relevante aumenta el riesgo de error en la decisión judicial.¹¹⁷

Si bien hay consenso en que la prueba irrelevante debe ser excluida del proceso penal, no existe el mismo consenso en cuanto a la exclusión de prueba relevante pero de baja fiabilidad. Esto porque se ha considerado que la fiabilidad de la evidencia debiera ser evaluada en la etapa de valoración de la prueba por parte del órgano encargado de la decisión sobre los hechos, y no en una fase previa que lleve a que dicha evidencia no sea incluida en el juicio.¹¹⁸

Hasta ahora, el riesgo de error en el proceso penal se ha evaluado únicamente desde el punto de vista de la decisión judicial adoptada en la sentencia definitiva. Sin embargo, si

¹¹⁶ LAUDAN (2006), p. 17; DEI VECCHI (2020a), cap. II, pp. 54 y ss.

¹¹⁷ Esto ha llevado a algunos autores a rechazar las reglas que ordenan la exclusión de prueba relevante en atención al resguardo de otros valores que puedan perseguirse también en el proceso. Véase LAUDAN (2006), pp. 117 y ss.

¹¹⁸ LAUDAN (2006), pp. 17 y ss.

se considera que cada vez que una persona realiza una conducta que, de acuerdo con las condiciones fijadas por el derecho penal sustantivo, es constitutiva de delito y resulta punible, ella es penalmente responsable y corresponde que le sea impuesta una pena, entonces también son casos en los que se incurre en un error aquellos en que ella ni siquiera es perseguida penalmente porque no llega a iniciarse el proceso en su contra o en que este se inicia pero termina anticipadamente sin llegar a dictarse sentencia definitiva.¹¹⁹

Lo anterior hace que, en principio y al menos desde la perspectiva de la vocación epistémica del proceso, la prescripción de la acción penal sea una institución sospechosa, pues parece ser uno de los obstáculos más radicales a la averiguación de la verdad en el proceso, dado que impide precisamente el inicio del mismo. Dado que la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal, habiendo transcurrido el plazo de prescripción que la ley señala para el hecho del que se trate, el Ministerio Público puede abstenerse de toda investigación, según lo prevé el artículo 168 del Código Procesal Penal. Además, si no obstante haber transcurrido el plazo de prescripción, se hubiera iniciado de todas formas el proceso, que se haya extinguido la responsabilidad penal es una de las causales que permite decretar el sobreseimiento definitivo, en los términos del artículo 250, lo que hace que el proceso termine anticipadamente sin necesidad de que exista un pronunciamiento por parte del tribunal respecto del fondo del asunto.

Así, tratándose de hechos en relación con los cuales la acción penal ya ha prescrito, el diseño del proceso penal impide la formulación de la pregunta por la eventual comisión de un delito, pues no se llevará a cabo el proceso en el cual esa pregunta es objeto de examen y respuesta. Si bien conceptualmente la prescripción, en tanto causa de extinción de la responsabilidad penal, supone que dicha responsabilidad ha nacido, porque se verifican todos los elementos del hecho punible, en términos procesales, que la acción se encuentre prescrita impedirá la comprobación de tal circunstancia. Solo excepcionalmente

¹¹⁹ LAUDAN (2006), p. 10.

llegará a dictarse sentencia definitiva sobre hechos respecto de los cuales la acción penal pudiera encontrarse prescrita —por ejemplo, allí donde dicha prescripción depende de que el sujeto no sea condenado por hechos que pudieran haber interrumpido el plazo de prescripción en cuestión—, pero en ese caso, de haber efectivamente prescrito la acción penal, el tribunal tendrá que declararlo así y consecuentemente absolver a la acusada, aunque la perpetración del delito y la participación de esta en él se encuentren suficientemente acreditadas y sin que sea necesario siquiera que el tribunal se pronuncie sobre esto último.

El hecho de que la extinción de una eventual responsabilidad penal obste al desarrollo del proceso mediante el cual podría tener lugar la comprobación de que dicha responsabilidad penal ha nacido efectivamente ha resultado especialmente problemático en ciertos contextos en los que el establecimiento de la verdad como forma de justicia y reparación parece ser un fin digno de perseguir en sí mismo, con independencia de si eso se traduce en definitiva en que el responsable sea efectivamente castigado. Lo anterior ha llevado a que, en dichos contextos, se haya afirmado que, precisamente para que se pueda averiguar qué es lo que ha ocurrido, la extinción de la responsabilidad debiera ser declarada luego de que se hayan investigado los hechos y haya habido un pronunciamiento respecto del acaecimiento de los mismos, y no antes de que el proceso tenga lugar.

Una primera posición en la línea señalada fue la conocida en el contexto de la democracia transicional chilena como “doctrina Aylwin”. Esta doctrina se planteó como “solución” al problema que suponía la imposibilidad de perseguir los delitos cometidos por la dictadura cívico-militar chilena entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, respecto de los cuales la misma junta militar otorgó una amnistía¹²⁰ mediante el

¹²⁰ En la medida en que la amnistía también impide el inicio del procedimiento penal, las consideraciones esgrimidas a propósito de la prescripción de la acción penal son válidas también para este caso.

decreto ley Nº 2191 de 1978, y por lo tanto se había extinguido en principio la responsabilidad penal por los mismos. La doctrina Aylwin sostenía que

la aplicabilidad de la amnistía otorgada a través del DL 2191 tendría que sujetarse, en todo caso, al agotamiento de la investigación orientada a la determinación precisa del hecho punible y de los sujetos eventualmente responsables, quienes recién entonces podrían verse favorecidos por esta causa de extinción de la responsabilidad penal.¹²¹

Así, sería posible que judicialmente se comprobara que el delito en cuestión tuvo lugar, dictándose luego el sobreseimiento definitivo dada la extinción de la responsabilidad que supone la amnistía.

El problema de la doctrina Aylwin no solo estaba dado por su incompatibilidad con la regulación del Código de Procedimiento Penal en ese entonces vigente —la que, en lo fundamental, era equivalente a la regulación actual, ya revisada, que obsta al inicio del proceso penal allí donde es claro que la responsabilidad penal se ha extinguido—, sino además por el hecho de que conducía a que, respecto de tales hechos, se terminara dictando sobreseimiento definitivo al término de la investigación, resolución que produce efectos de cosa juzgada y que, por lo mismo, impide un nuevo proceso relativo a los mismos hechos una vez desconocida la aplicabilidad del decreto ley Nº 2191 a ese respecto.¹²²

A su vez, más recientemente, algunas voces han sostenido que, tratándose de casos de violencia sexual, las víctimas de dicha violencia tendrían un “derecho a la verdad”, más allá de la sanción penal por los hechos de violencia que fueren constitutivos de delito.¹²³

¹²¹ MAÑALICH (2010a), p. 157.

¹²² MAÑALICH (2010a), pp. 157 y ss.

¹²³ Véase, por ejemplo, el fallo de un Juzgado de Garantías de Argentina, que declara la responsabilidad penal por un delito de abuso sexual ya prescrito, disponible en el siguiente enlace: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/91180-juicio-verdad-primera-sentencia-firme-caso-abuso-prescripto>

Este derecho a la verdad entraría en conflicto con la configuración procesal que impide el desarrollo del proceso cuando aparece de manifiesto que, de comprobarse la eventual responsabilidad del imputado por el hecho, dicha responsabilidad se encontraría en definitiva extinguida por la prescripción de la acción penal. Lo anterior tendría que llevar a la inaplicabilidad de dichas reglas de clausura del proceso, de modo que este tendría que desarrollarse de todas formas, aunque la acción penal se encuentre prescrita, para que pueda comprobarse procesalmente que el delito efectivamente se cometió, sin perjuicio de que la sentencia definitiva no imponga una pena al autor del mismo precisamente porque su responsabilidad penal se ha extinguido.

El razonamiento anterior debiera llevarnos a afirmar que la regulación de la prescripción produce efectos contraepistémicos en el proceso. Sin embargo, conviene notar en este punto que, tal como se expusiera al inicio de este apartado, uno de los fundamentos que se han esgrimido para la justificación de la institución de la prescripción es que esta sería una regla de aseguramiento de la calidad del conocimiento. Así, por ejemplo, Binding sostenía que “la única razón que justifica la prescripción de la acción penal se halla en la progresiva disolución de los medios probatorios que el paso del tiempo conlleva”, de modo que “llega un momento en el cual el ser o no-ser de las pretensiones punitivas ya no alcanza, en promedio, a ser fijado con certeza histórica”, momento en el cual el legislador “tiene que reconocer una prescripción”, pues “la pena justa es solo la pena del crimen completamente probado”.¹²⁴

Es discutible que esta razón probatoria pueda ser esgrimida de manera convincente como fundamento de la institución de la prescripción penal. Un primer obstáculo está dado por el hecho de que ella es capaz de explicar únicamente la prescripción de la acción penal, pero no la prescripción de la pena.¹²⁵ Pero este es un obstáculo fácil de sortear, pues

¹²⁴ BINDING, en MAÑALICH (2010a), pp. 209 y s., n. 9.

¹²⁵ De hecho, autores que han sostenido esta posición han llegado a afirmar que la prescripción de la pena no tendría fundamento alguno. Véase BINDING, en MAÑALICH (2010a), pp. 209 y s., n. 9.

es enteramente posible entender que ambas instituciones, pese a compartir nomenclatura y a operar ambas por el paso del tiempo, no obedecen a un mismo fundamento, sino que se explican por razones distintas. Como ya se afirmara, esto fue expresamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico por la ley N° 21.160, de 2019, que declaró imprescriptibles los “delitos sexuales cometidos contra menores de edad”, en la medida en que sujetó a un régimen de imprescriptibilidad la acción penal respecto de tales delitos, pero no introdujo modificación alguna en el régimen de prescripción de la pena impuesta por esos mismos delitos.

Pero incluso si miramos únicamente al fundamento de la prescripción de la acción penal, esta posición tiene el problema de no resultar compatible con la regulación vigente, que hace depender los plazos de prescripción de la acción penal de la gravedad del hecho punible del que se trate, pues no parece posible sostener que, mientras más grave sea el delito, más lenta es la progresiva disolución o evanescencia de los medios de prueba.¹²⁶

Además, la progresiva evanescencia de los medios de prueba con el paso del tiempo es algo enteramente contingente, que no es posible afirmar en términos generales como para encontrar allí el fundamento de una institución de aplicación general como la prescripción de la acción penal.¹²⁷ No es difícil imaginar casos no marginales en los que, transcurridos los plazos de prescripción, sigamos contando con evidencia suficiente que pueda ser aportada al proceso y que permita tener por probada más allá de toda duda razonable la ocurrencia del hecho y la participación punible de la imputada en ella. Pero, además, hay grupos relevantes de casos en los que el paso del tiempo produce el efecto contrario: la aparición de medios probatorios que en el tiempo inmediato después del hecho resultaba especialmente difícil obtener.¹²⁸ Estos últimos casos son particularmente

¹²⁶ En este sentido, RAGUÉS I VALLÉS (2004), p. 31; MAÑALICH (2010a), pp. 209 y s., n. 9.

¹²⁷ RAGUÉS I VALLÉS (2004), p. 31.

¹²⁸ Como se verá en infra 4.3, esto explica las reglas especiales de imprescriptibilidad de la acción penal o de cómputo del plazo de prescripción que nuestro ordenamiento jurídico contempla para los crímenes de lesa

relevantes, pues en ellos, en la práctica, resulta especialmente problemático el obstáculo a la persecución penal que supone la prescripción de la acción penal.

humanidad, para los delitos contra la indemnidad sexual cometidos contra menores de edad y para los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

4 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL COMO AUTOLIMITACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD PUNITIVA

4.1 COMPATIBILIDAD ENTRE UNA TEORÍA RETRIBUCIONISTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Es prácticamente un lugar común la afirmación según la cual una teoría retribucionista de justificación de la pena no estaría en condiciones de proveer de un fundamento a la prescripción y, aún más, sería incompatible con la misma. Ello, porque “en la visión tradicional de la retribución como teoría ‘absoluta’ parece[ría] difícil justificar que el mero paso del tiempo sirva como una especie de derogación del deber de irrogar un castigo”.¹²⁹

Lo anterior es difícilmente debatible si se acepta la equiparación entre teorías absolutas de justificación de la pena y teorías de la retribución. Para una teoría absoluta de la justificación de la pena, esta se encontraría justificada en sí misma, no por referencia a los fines ulteriores que su imposición perseguiría. Así, una teoría absoluta de la retribución sería tributaria de una concepción deontológica de la moral y, para ella, la imposición de la pena sería un imperativo categórico, es decir, no solo un derecho para el Estado, sino también un deber. Por lo mismo, para esta teoría solo sería posible justificar una institución como la prescripción en la medida en que se afirme que algo ocurre con el paso del tiempo que hace que la imposición de la pena deje de encontrarse retributivamente justificada, lo que ya fue descartado en este trabajo.

Sin embargo, no es necesario aceptar dicha equiparación entre una teoría absoluta de justificación de la pena y una teoría de la retribución.¹³⁰ La retribución como principio de justificación de la pena estatal es compatible tanto con una teoría absoluta o deontológica como con una teoría relativa o consecuencialista de la justificación de la pena.

¹²⁹ CABEZAS (2021), p. 68.

¹³⁰ De aquí en adelante, MAÑALICH (2007), pp. 148 y ss.; MAÑALICH (2010a), pp. 101 y ss.; MAÑALICH (2015).

Bajo una teoría consecuencialista de la retribución, “la irrogación de un mal en respuesta a un quebrantamiento imputable del derecho no puede ser entendida como un fin en sí mismo”, sino que “tiene que orientarse a la realización de alguna finalidad susceptible de ser perseguida a través de la punición, cuya realización confiera legitimidad a ésta”.¹³¹ Esa finalidad perseguida a través de la punición puede ser identificada con “la preservación de la propia autoridad del Estado”, la que, en tanto interés secundario, se legitima “por referencia a la manera en que las normas jurídicas *autoritativamente* puestas en vigor por ese Estado sirven a la promoción y la salvaguarda del más vasto y diverso conjunto de intereses primarios”.¹³² Así, a través del delito la agente desconoce la autoridad del Estado, al quebrantar la norma de comportamiento que este ha puesto en vigor. Por su parte, el Estado, a través de la imposición de la pena, restablece la autoridad de la norma previamente quebrantada.

En virtud de lo anterior, la culpabilidad por el quebrantamiento de la norma de comportamiento basta para que la imposición de la pena se encuentre justificada y, en consecuencia, para que podamos afirmar que el Estado tiene un derecho a la punición de la responsable. De este modo,

para el [Estado] el delito [...] constituye la fuente de un derecho subjetivo, correlativo al deber del condenado —quien ya ha infringido, de modo reprochable, el deber impuesto por la norma de comportamiento— de tolerar la imposición y ejecución de la pena.¹³³

Sin embargo, de ello no se sigue que el Estado tenga al mismo tiempo un deber de imponer la pena retributivamente justificada. La fundamentación de tal deber “habría de

¹³¹ MAÑALICH (2015), p. 11.

¹³² MAÑALICH (2015), p. 12.

¹³³ MAÑALICH (2010a), p. 106.

encontrarse en una consideración distinta; a saber: en la necesidad de la afirmación de la autoridad del derecho”.¹³⁴

En este sentido, una teoría consecuencialista de la retribución deja espacio para que, bajo ciertas consideraciones, el Estado pueda renunciar a su derecho punitivo o autolimitarse en su ejercicio. De este modo puede ser precisamente comprendida la prescripción de la acción penal: como una autolimitación del Estado en el ejercicio de su poder punitivo. Así, la prescripción de la acción penal puede ser vinculada “a un juicio estatal de prudencia acerca de las condiciones de ejercicio de su propia pretensión punitiva”, a partir del cual el Estado de derecho se comprometería a “no mant[ener] indefinidamente abierta la contingencia de la punición, poniéndose un plazo para hacer efectiva su (eventual) pretensión punitiva”.¹³⁵

En conclusión, una teoría consecuencialista de la retribución no provee de un fundamento para la prescripción de la acción penal, en la medida en que nada ocurre con el transcurso del tiempo que haga que la pena deje de encontrarse retributivamente justificada, pero tampoco es incompatible con dicha institución. De este modo, la regulación de la prescripción de la acción penal es una cuestión de política criminal, y no una cuestión de límites constitucionales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, por lo que, como se verá a continuación, la ley tiene un amplio ámbito de discrecionalidad al respecto.

4.2 RAZONES PARA LA AUTOLIMITACIÓN ESTATAL DE LA POTESTAD PUNITIVA

No es fácil dar cuenta de las razones por las cuales el Estado limita temporalmente el ejercicio de su potestad punitiva, sobre todo si, como se ha visto en este trabajo, no hay problemas de justificación de la pena involucrados en el transcurso del tiempo, sino que la

¹³⁴ MAÑALICH (2010a), p. 107.

¹³⁵ MAÑALICH (2010a), p. 213.

regulación de la prescripción de la acción penal obedece a un juicio prudencial del Estado acerca de la necesidad de reforzar la autoridad de la norma quebrantada por el delito. Sin embargo, se intentarán esbozar algunas alternativas.

Una posibilidad es entender que el Estado clausura temporalmente la contingencia de la punición como una forma de no mantener indefinidamente abierta la pregunta acerca de si la autoridad de las normas que ha puesto en vigor se ha visto cuestionada o no. En este punto, es particularmente relevante la consideración, ya esgrimida a lo largo de este trabajo, de que la prescripción de la acción penal, en primer lugar, impide el inicio o la prosecución del procedimiento penal y solo consecuentemente extingue la responsabilidad penal. Así, la extinción de la responsabilidad penal cuando ha prescrito la acción penal es solo una consecuencia del hecho de que no será posible constatar que algún delito ha sido cometido. De hecho, cuando ha operado esta prescripción, solo excepcionalmente sabremos que ha nacido una responsabilidad penal que se ha visto posteriormente extinguida.

Lo anterior puede vincularse, además, con la función de restablecimiento de la autoridad de la norma de comportamiento quebrantada que cumple la pena retributivamente justificada. Así, es posible entender que la clausura temporal de la contingencia de la punición es funcional a la estabilización de la autoridad de las normas de comportamiento, en la medida en que, mientras dicha contingencia siga abierta, el Estado tiene una deuda pendiente con el restablecimiento de la autoridad de la norma. Sin embargo, como se verá en el apartado siguiente, que la prescripción de la acción penal sea efectivamente funcional a la estabilización de la autoridad de la norma dependerá, en todo caso, de que su efecto de extinción de la responsabilidad penal sea relativamente marginal. Allí donde, dadas las particularidades del tipo de delito en cuestión, sea usual que la aplicación de las reglas de prescripción de la acción penal conlleve la impunidad de quienes han quebrantado la norma de comportamiento, entonces la prescripción significará más bien una consolidación de la merma de la autoridad de la norma, y habrá

entonces buenas razones para sujetar el ejercicio de la acción penal por tales delitos a reglas especiales de prescripción.

Esta idea también permite ofrecer un fundamento a la ya asentada imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Es usual que se afirme que el fundamento de dicha imprescriptibilidad estaría dado, por una parte, por la particular gravedad de tales delitos, que volvería intolerable la impunidad de los responsables, sin importar cuánto tiempo haya transcurrido; y, por otra parte, porque serían delitos cuya impunidad ha sido amparada por el aparato estatal.¹³⁶

Sin embargo, la primera razón parece insuficiente para ofrecer un fundamento a la imprescriptibilidad de la acción penal por estos delitos. El principal punto de apoyo que tenemos para determinar cuán grave es considerada una conducta determinada es la pena que la ley asocia a la misma. Pero las penas que la ley N° 20.357 asocia a los distintos crímenes de lesa humanidad que tipifica no son las penas más altas que prevé nuestro ordenamiento jurídico. Los delitos más graves que contempla el Código Penal —violación con homicidio, en el artículo 372 bis, y secuestro o sustracción de menores con homicidio, con mutilación, con lesiones graves gravísimas o con violación, en los artículos 141 inciso final y 142 inciso final— tienen asociada una pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, la que es más severa que cualquiera de las penas que prevé la ley N° 20.357 y, sin embargo, tales delitos no son por regla general imprescriptibles.

Por su parte, que se trate de “delitos de impunidad” permite explicar que el Estado prudencialmente decida ampliar los plazos de prescripción, e incluso establecer que tales delitos sean imprescriptibles, pero no logra explicar que el Estado se encuentre obligado a tal imprescriptibilidad. Los crímenes de lesa humanidad son

¹³⁶ AGUILAR (2008), pp.154 y ss.

delitos contra intereses fundamentales, cometidos por personas vinculadas a las funciones de mantención de vigencia del orden establecido, en forma sistemática y/o [sic] generalizada, y bajo condiciones fácticas de impunidad conocidas y asumidas *ex ante* por los autores de esos delitos.¹³⁷

Bajo dicha consideración, la prescripción de la acción penal confirma ese carácter de delito de impunidad, en la medida en que, para garantizarla, es necesario que, transcurrido cierto período de tiempo, ya no sea posible la persecución penal. Sin embargo, ello solo es así si la extinción de la responsabilidad penal como efecto del transcurso del plazo de prescripción “es consecuencia de la omisión del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos”,¹³⁸ es decir, si hay una imposibilidad jurídica o institucional de llevar adelante la persecución penal, en la medida en que desde el propio aparato del Estado haya una decisión de no persecución para garantizar la impunidad. Por lo mismo, una vez que el aparato estatal deja de estar cooptado por quienes perpetraron tales crímenes o una vez que desaparecen los obstáculos jurídicos e institucionales a la persecución penal, en principio no habría problema con que comenzara a transcurrir el plazo de prescripción de la acción penal, pues ya no estaría asegurada la impunidad de los responsables.

Es necesario, entonces, ofrecer una razón distinta para la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. Y dicha razón puede encontrarse en el hecho de que los crímenes de lesa humanidad son crímenes de Estado, es decir, “una criminalidad cuyo contexto es la transformación (de al menos parte) del aparato estatal en una mafia criminal”, “política operada criminalmente hasta el punto de tener que predicarse el adjetivo ‘criminal’ de la propia acción del Estado”.¹³⁹

¹³⁷ BASCUÑÁN (2007), p. 72.

¹³⁸ BASCUÑÁN (2007), p. 73.

¹³⁹ MAÑALICH (2010a), p. 30.

Esta caracterización de los crímenes de lesa humanidad como criminalidad de Estado lleva a que el Estado no pueda zanjar la pregunta por si sus normas se han visto quebrantadas por la vía de cerrar la contingencia de la punición, en la medida en que es su propia constitución como Estado de derecho la que se encuentra en juego al no perseguir las responsabilidades penales involucradas.

4.3 CONTINGENCIA DE LA PUNICIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Si la prescripción, entonces, es un compromiso del Estado de no mantener indefinidamente abierta la contingencia de la punición, su regulación necesariamente “descansa sobre el presupuesto de que la persecución penal ha sido viable *de iure*”.¹⁴⁰ Pues si la persecución penal es jurídicamente imposible, entonces la contingencia de la punición no se encuentra abierta.

Ello explica, por ejemplo, que, tratándose de delitos que se encuentran sujetos a una condición objetiva de punibilidad —como es el caso del auxilio al suicidio, tipificado en el artículo 393 del Código Penal, cuya punibilidad depende de que se efectúe la muerte del suicida—, el plazo de prescripción comience a correr cuando se verifica dicha condición, y no desde que se realiza la conducta que satisface la descripción típica, como se entendería si se aplicara literalmente el artículo 95 del Código Penal, según el cual el plazo de prescripción comienza a correr “desde el día en que se hubiera cometido el delito”. Siguiendo con el ejemplo del auxilio al suicidio, el plazo de prescripción comenzará a correr desde que se efectúa la muerte del suicida, y no desde que el autor le facilita el medio con el cual el primero causa su muerte. Ello, porque, antes de verificarse la condición objetiva de punibilidad, no es posible el ejercicio de la acción penal, de modo que la contingencia de la punición se encuentra cerrada. Solo en el momento en que se

¹⁴⁰ MAÑALICH (2010a), p. 214.

verifica la condición objetiva de punibilidad dicha contingencia se abre y, entonces, tiene sentido que comience a correr el plazo que el Estado ha fijado para el ejercicio de su pretensión punitiva.

Lo anterior también ha llevado a algunos autores a afirmar que, allí donde la persecución penal se encuentra institucionalmente obstaculizada, las reglas relativas a la prescripción de la acción penal no pueden resultar aplicables. En este sentido, por ejemplo, Mañalich sostuvo que, tratándose de delitos cometidos por agentes de la dictadura cívico-militar chilena, y con independencia de que la jurisprudencia se haya decantado por la afirmación de su imprescriptibilidad, en todo caso debía entenderse que no resultaba aplicable la regulación de la prescripción de la acción penal al menos durante el lapso en el que se reconoció institucionalmente como válido el decreto ley N° 2.191, de amnistía, pues precisamente por ello en ese tiempo la persecución penal no era jurídicamente posible.¹⁴¹

Esto se relaciona también con lo que se ha llamado “denegación interesada de justicia”, etiqueta que designa “las situaciones en las que [la] solicitud de intervención jurisdiccional es denegada por consideraciones que atañen, en general, al propio aparato estatal competente”.¹⁴² En estos casos, el resultado de impunidad puede ser consecuencia del transcurso del plazo de prescripción sin que se haya dirigido en contra de la responsable el proceso penal por tal denegación interesada de justicia.

La denegación interesada de justicia no es necesariamente una hipótesis de inviabilidad *jurídica* de la persecución penal, en la medida en que puede no estar condicionada por normas jurídicas que *de iure* obstaculicen la persecución penal, como ocurría con el decreto ley N° 2.191. Pero tampoco se trata en sentido estricto de casos de inviabilidad puramente fáctica, pues la denegación interesada de justicia puede estar condicionada de modo sistemático-institucional, “cuando por razones de configuración

¹⁴¹ MAÑALICH (2010a), pp. 214 y ss.

¹⁴² WILENMANN (2020), p. 197.

general del poder del Estado o por diseño institucional se encuentra comprometida el tipo de imparcialidad que se espera en relación con los actos que deben ser juzgados”.¹⁴³ Esto también puede ocurrir no por diseño institucional, sino por corrupción generalizada del aparato estatal.

Por supuesto, la denegación interesada de justicia puede también ser “contingente, vinculada al caso particular”, cuando “se trata simplemente de situaciones en que hay compromisos ajenos al cumplimiento de la función por parte de quienes tienen deberes públicos desinteresados ligados al acto jurisdiccional en cuestión”, de modo que hay una “implicación personal [que] condiciona la imparcialidad que debe esperarse de los funcionarios involucrados”.¹⁴⁴

En este tipo de casos, resulta problemático que resulten aplicables las reglas generales relativas a la prescripción de la acción penal, en la medida en que falla el que hemos visto que es su presupuesto: que, durante dicho lapso, la contingencia de la punición se haya encontrado abierta. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no contempla una regla expresa que solucione este tipo de casos. La pregunta pasa a ser entonces si es posible la suspensión de la prescripción de la acción penal sin una regla expresa que lo permita. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha desechado la aplicación de la prescripción de la acción penal en casos de denegación interesada de justicia vinculados a crímenes de lesa humanidad perpetrados por la dictadura cívico-militar,¹⁴⁵ pero no se ha pronunciado al respecto en casos de denegación interesada de justicia contingentes, no condicionada sistemáticamente. En estos casos, pareciera que es necesario que sea la ley la que contemple una regla de suspensión del plazo de prescripción, como la que se encuentra en el proyecto de nuevo Código Penal, contenido en el boletín N° 14795-09, actualmente en tramitación en el Congreso, que, en el inciso tercero del artículo 128 de

¹⁴³ WILENMANN (2020), p. 197.

¹⁴⁴ WILENMANN (2020), p. 198.

¹⁴⁵ Véase WILENMANN (2020), pp. 203 y s.

su versión original, establece que “la prescripción de la acción penal también se suspende por el tiempo durante el cual los organismos de la persecución penal hubieren sustraído deliberadamente al hechor de tal persecución”.

La pregunta ahora es qué ocurre en aquellos casos en los que la persecución penal, pese a ser jurídicamente posible, es fácticamente inviable. En principio, el plazo de prescripción de la acción penal debiera correr con independencia de cuán viable sea en los hechos la materialización de la pretensión punitiva del Estado.¹⁴⁶ Sin embargo, es enteramente razonable que la regulación de la prescripción de la acción penal sea sensible a los obstáculos fácticos o fáctico-institucionales que la persecución penal debe enfrentar, allí donde estos obstáculos son estadísticamente significativos. Ello se relaciona estrechamente con la idea, ya revisada, según la cual el Estado puede sujetar el ejercicio de su potestad punitiva a un juicio prudencial vinculado a la necesidad de la afirmación de la autoridad de la norma. Así, por ejemplo, puede resultar necesaria la existencia de una regulación especial allí donde la aplicación de las reglas generales en materia de prescripción de la acción penal pudiera llevar a altas tasas de impunidad respecto de ciertos delitos, pues, en esos casos, la autoridad de la norma de comportamiento se vería considerablemente mermada en la medida en que el Estado no se encuentre fácticamente en condiciones de reafirmarla en un número significativo de casos.

Sin perjuicio de lo anterior, este juicio prudencial acerca de la viabilidad o inviabilidad de la persecución penal debe realizarlo la ley, pues es en la deliberación democrática en el Congreso donde, en un Estado democrático de derecho, debieran fijarse las condiciones generales del ejercicio de las potestades del Estado, lo que incluye el tiempo durante el cual será posible el ejercicio de la acción penal.¹⁴⁷ Por lo demás, no parece razonable que los jueces pudieran discrecionalmente decidir que los plazos de prescripción de la acción penal no corrieran, por ejemplo, en casos de excesiva dificultad

¹⁴⁶ MAÑALICH (2010a), p. 213.

¹⁴⁷ MAÑALICH (2010a), p. 230.

probatoria. De esto, sin embargo, no se desprende que la regulación de la prescripción de la acción penal se encuentre sujeta a las exigencias que se derivan del principio de legalidad. Sobre esto se volverá más adelante.

Como se verá a continuación, son estas consideraciones las que permiten explicar algunas reglas especiales que contempla nuestra regulación actualmente vigente en materia de prescripción de la acción penal.

4.3.1 Prescripción de la acción penal por delitos cometidos por funcionarios públicos

El artículo 260 bis del Código Penal dispone que, tratándose de ciertos delitos cometidos por empleados públicos, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr desde que el empleado público que intervino en ellos cesare en su cargo o función, a menos que, dentro de los seis meses siguientes al cese del cargo o función, asumiere un cargo nuevo en el que ejerza facultades de dirección, supervigilancia o control respecto del anterior, en cuyo caso el plazo de prescripción comenzará a correr desde que cesare en este último cargo o función.

El artículo 260 bis fue incorporado al Código Penal por la ley N° 21.121, que fue publicada en el Diario Oficial en noviembre de 2018. En la moción parlamentaria que dio inicio a dicho proyecto de ley, se planteó que la regulación de la prescripción de la acción penal representaba un problema tratándose de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, pues “los delitos de corrupción generalmente no son descubiertos en situación de flagrancia, siendo en la mayoría de los casos investigados con bastante posterioridad a su perpetración”, lo que tendría como consecuencia que muchas veces, “al momento de poder formalizar la investigación, haya operado a lo menos la media prescripción, y en algunos casos, la prescripción completa”.¹⁴⁸ Sin embargo, la moción

¹⁴⁸ Boletín N° 10.739-07, Moción parlamentaria.

parlamentaria no propuso ninguna modificación al régimen de prescripción de la acción penal para la persecución de estos delitos, sino que únicamente propuso algunos aumentos de pena, para que estos delitos pasaran a ser constitutivos de crimen y así el plazo de prescripción fuera de diez años, en lugar de cinco.

La norma del artículo 260 bis se introdujo por indicaciones de diputados en el segundo trámite constitucional. Lo que se buscaba era establecer una regla de suspensión de la prescripción mientras quien comete el delito desempeña su cargo u otro cargo con facultades de control respecto del primero, pues en esos cargos el funcionario tiene cierto poder para evitar que se conozcan los hechos u ocultar los medios de prueba necesarios para acreditarlo.¹⁴⁹

Lo anterior muestra que la preocupación que está detrás de la norma es la sujeción de la prescripción de la acción penal a la viabilidad fáctico-institucional de la persecución penal. El diagnóstico es que, mientras el funcionario público que ha cometido un delito de corrupción permanece en su cargo o desempeña otro cargo con facultades de dirección, supervigilancia o control respecto del anterior, será considerablemente más difícil que el delito sea descubierto, dado el cierto control que tiene el sujeto respecto de los antecedentes y medios probatorios, control que se perdería cuando el sujeto cesa en el cargo y este pasa a ser desempeñado por otra persona.

4.3.2 Prescripción de la acción penal por delitos contra la indemnidad sexual

La primera modificación al régimen de prescripción de la acción penal por delitos contra la indemnidad sexual fue la incorporación al Código Penal de un artículo 369 quáter —que hoy ya no se encuentra vigente— mediante la ley N° 20.207 de 2007. Lo que hacía esta disposición era establecer una regla de suspensión del plazo de prescripción, según la cual,

¹⁴⁹ Boletín N° 10739-07, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados, 4 de octubre de 2017.

tratándose de delitos contra la indemnidad sexual de menores de edad, este comenzaba a correr cuando la víctima cumplía dieciocho años.

En una de las mociones parlamentarias que dio origen al proyecto de ley, se señaló que este era necesario, ya que “frecuentemente el autor del abuso no es denunciado, pues las víctimas no han alcanzado aún su madurez emocional y el desarrollo cognoscitivo necesario para evaluar el contenido, intencionalidad y consecuencias de actos de esta naturaleza” y “recién al ser adultos, toman cabal conocimiento que fueron sexualmente abusados [sic]”, lo que sumado a un “temor al agresor” explicaría que estos hechos no fueran denunciados prontamente. Así, la aplicación de la regla general contenida en el artículo 95 del Código Penal “impide a quienes han sido violentados sexualmente cuando niños, ejercer la acción penal correspondiente al llegar a mayor edad y tomar real conciencia de los abusos sufridos”.¹⁵⁰

En otra moción parlamentaria, refundida con la referida anteriormente, se ofrecieron razones adicionales para la inclusión de esta norma, también relacionadas con la demora con la que estos hechos suelen ser denunciados. Así, se tuvo en consideración que, cuando una persona menor de edad es víctima de un delito contra su indemnidad sexual, normalmente serán los adultos que se encuentran a su cargo quienes decidirán si someter a la justicia al culpable. Estos adultos a cargo “muchas veces deciden no deducir denuncia para evitar la estigmatización del niño y el trauma psicológico que eventualmente puede significar enfrentar un proceso judicial”, y ello sin contar los casos en que son los propios padres los agresores y procuran esconder los hechos.¹⁵¹

Luego, la ley N° 21.160, de 2019, derogó el artículo 369 quáter, ya revisado, e incorporó al Código Penal un nuevo artículo 94 bis, que establece que la acción penal respecto de los delitos contra la indemnidad sexual cometidos contra menores de edad

¹⁵⁰ Boletín N° 3786-07, Moción parlamentaria.

¹⁵¹ Boletín N° 3799-07, Moción parlamentaria.

será imprescriptible. La moción parlamentaria que dio inicio a este proyecto de ley consideraba que la regla del artículo 369 quáter no era suficiente, pues

la realidad nos muestra a hombres maduros, que rondan los 50 años de edad, y que recién ahora se atreven a denunciar graves delitos de connotación sexual de que fueran víctimas durante su niñez, adolescencia e incluso, en algunos casos, durante su primera juventud.¹⁵²

Por lo mismo, en estos casos sería usual que, cuando la persona afectada finalmente se encuentra en condiciones de denunciar el hecho, la responsabilidad penal por el mismo se encuentre ya prescrita.

Así, la justificación de la suspensión del plazo de prescripción, primero, y del establecimiento de una regla de imprescriptibilidad, después, estaría dada por las particularidades que suelen tener estos delitos, que “tienen dificultades para ser descubiertos antes del término de los normales plazos de prescripción”, en la medida en que las víctimas suelen tardar varios años en denunciarlos, “[y]a sea por su desconocimiento en materia sexual, [por su] incompreensión del contenido de injusto de estas conductas, [o por] la dependencia con sus agresores (que suelen ser familiares o cercanos)”.¹⁵³

Lo anterior resulta especialmente claro si se tiene en consideración que el artículo 94 bis del Código Penal vuelve imprescriptibles no solo los delitos de violación, estupro y abuso sexual, cuando sean cometidos contra víctimas menores de edad, sino también otros delitos, cuando estos se cometen en conjunto con el delito de violación y la víctima es menor de edad. Así, son también imprescriptibles el secuestro con violación (artículo 141, inciso final), la sustracción de menores con violación (artículo 142, inciso final), la tortura con violación (artículo 150 B nº 2), los apremios ilegítimos con violación (art. 150 E nº 2) y

¹⁵² Boletín N° 6959-07, Moción parlamentaria.

¹⁵³ CABEZAS (2021), p. 119.

el robo con violación (art. 433 n° 1). Sin embargo, no se incluyó en el listado de delitos que el artículo 94 bis vuelve imprescriptibles la violación con homicidio del artículo 372 bis, cuando es cometida contra una víctima menor de edad. Ello es consistente con entender que este régimen especial de prescripción de la acción penal obedece a razones relacionadas con las dificultades probatorias que son usuales en este tipo de delitos, dado el tiempo que puede demorarse la víctima en denunciar, el ocultamiento del hecho por parte de su círculo cercano, o la falta de prueba que es característica de la forma de comisión de estos delitos. Todo ello haría que estos delitos usualmente tarden en salir a la luz. Ninguna de esas consideraciones resulta pertinente tratándose del caso en el que, con ocasión de la violación, se comete también homicidio.

5 ¿SUJECIÓN DEL RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL?

5.1 FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

El principio de legalidad penal, que exige que tanto la conducta constitutiva de delito como la pena asociada a la misma se encuentren expresamente descritas en la ley, surge con el Iluminismo penal como una forma de controlar la arbitrariedad que caracterizaba al sistema penal en el Antiguo Régimen.

Esta primera conceptualización del principio de legalidad fue construida a partir de los postulados de la teoría del contrato social¹⁵⁴ y se encontraba vinculada a una teoría prevencionista de justificación de la pena, que, específicamente, entendía que la pena se fundamenta en una finalidad de prevención general negativa, en la medida en que las leyes operarían como “motivos sensibles”¹⁵⁵ que buscan disuadir a las personas de la realización de determinadas conductas que son estimadas por la sociedad como dañosas.

Beccaria entendía que era posible extraer el principio de legalidad del contrato social que constituía el poder del Estado. Esto porque es la ley quien representa a toda la sociedad unida por el contrato social, de modo que es esta la única que detenta la autoridad para establecer delitos y penas. De lo anterior se desprende la exigencia de reserva legal y el mandato de aplicación estricta de la ley penal, pues sancionar aplicando fuentes normativas distintas de la ley o aplicando la ley por analogía equivaldría a imponer penas que no han sido establecidas legalmente y que, por lo tanto, no pueden ser reconducidas a la voluntad de la sociedad expresada en la ley.¹⁵⁶

¹⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA (1964), p. 254.

¹⁵⁵ BECCARIA (2000), pp. 215 y s.

¹⁵⁶ BECCARIA (2000), p. 218.

Además, es posible desprender de los postulados de Beccaria tanto la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal como el mandato de determinación. Beccaria entiende al ser humano como un ser racional que, antes de decidir actuar de una u otra manera, pondera los costos y beneficios que tal actuación conlleva. Dentro de los costos asociados a una conducta, se encuentra el riesgo de que, como consecuencia de la misma, a quien la realiza le sea impuesta una pena. Por ello, para que quien decide actuar pueda efectivamente ponderar los costos y beneficios que se seguirían de su conducta, sería necesario que pueda saber con anterioridad si la conducta que se dispone a realizar es una conducta para la cual el ordenamiento jurídico prevé alguna sanción penal y cuál es la pena que arriesga al realizarla.¹⁵⁷

Lo anterior se vincula fuertemente con la teoría de la prevención general negativa planteada por Feuerbach, según la cual, a través de la conminación legal de la pena, el Estado realiza una amenaza dirigida a los ciudadanos, de modo que el anuncio de pena pretende coaccionar psicológicamente a los sujetos para que se abstengan de la realización de comportamientos delictivos. Para que esta amenaza cumpla efectivamente su objetivo, la pena debe estar determinada claramente con anterioridad al hecho y el sujeto debe tener la certeza de que, si se abstiene de realizar cualquier conducta constitutiva de delito, entonces no se encuentra expuesto al riesgo de ser sancionado penalmente.¹⁵⁸

A partir de lo anterior, hay quienes han sostenido una fundamentación “subjetivista” del principio de legalidad, ya que entienden que el objetivo de este es proveer a los sujetos de certeza en términos subjetivos respecto de cuáles son las conductas prohibidas por la ley y cuya realización arriesga la imposición de una sanción penal, de

¹⁵⁷ BECCARIA (2000), p. 222.

¹⁵⁸ En este sentido, CURY (1988), p. 12, quien afirma que “[s]i la finalidad de la pena es disuadir mediante la amenaza de su imposición, entonces, para que los ciudadanos se sientan efectivamente motivados a desistir de ejecutar el delito, es indispensable que la ley les dirija la advertencia de que el hecho está castigado como tal antes de haberlo realizado”.

modo que estén en condiciones de conocer qué conductas se encuentran prohibidas y puedan orientar su conducta de acuerdo con ello.¹⁵⁹

Lo anterior no se encuentra exento de críticas. En primer lugar, no es posible afirmar el conocimiento efectivo de la ley por parte de los sujetos sometidos a ella. Para la imputación jurídico-penal, es necesario que la agente haya conocido la ilicitud de su comportamiento, lo que es objeto de una presunción que admite prueba en contrario, pero para ese conocimiento de la ilicitud en ningún caso se requiere un conocimiento acabado de la ley penal, sino simplemente la consciencia de que la conducta realizada es contraria al ordenamiento jurídico, consciencia que rara vez estará sustentada en un conocimiento de la ley. Por lo demás, el conocimiento de la ilicitud es un elemento de la categoría de la culpabilidad por el injusto y, por lo tanto, es un criterio de imputación de cuya satisfacción depende que a la agente pueda serle dirigido el reproche penal. Si falta el conocimiento de la ilicitud, ello pudiera llevar a que el tribunal tenga que decidir absolver a la imputada, en la medida en que esta haya obrado bajo un error de prohibición invencible, pero ello poco tiene que ver con si la conducta delictiva se encuentra expresamente establecida en la ley o con cuál sea la pena que la ley prevé para dicha conducta.

Por otro lado, esta comprensión del fundamento del principio de legalidad entiende el seguimiento estratégico de la norma como el paradigma de vinculación al derecho. Para este modelo, el modo de relación de los ciudadanos con el ordenamiento jurídico es un modo de relación estratégica, en el que las normas operan como razones para, por ejemplo, abstenerse de realizar aquellas conductas que tales normas sancionan, pero que concurren en igualdad de condiciones con otras razones que el sujeto pueda tener a favor o en contra de realizar tal conducta. Al decidir actuar, el sujeto pondera esas diversas razones y calcula qué le resulta más beneficioso, si delinquir o abstenerse de ello.

¹⁵⁹ VAN WEEZEL (2011), pp. 6 y ss.; SANTANA (2000), pp. 22 y ss.; CURY (1988), p. 91.

Esta posibilidad de seguimiento estratégico de las normas debe ser tolerada por el ordenamiento jurídico. Honrar el mandato kantiano de neutralidad del derecho obliga a admitir como no problemático el seguimiento estratégico de las normas jurídicas y a amparar jurídicamente a quien adecua su conducta a ellas, con independencia de cuál haya sido el motivo que explique ese comportamiento conforme a derecho. Incluso, el ordenamiento jurídico puede promover dicho seguimiento estratégico, a través del establecimiento de “incentivos” para la adecuación de la conducta a las normas jurídicas. En otras palabras, en virtud del mandato de neutralidad, para el derecho es suficiente la adecuación (“*conformity*”) a la norma, entendiendo por tal la omisión de una acción en una situación tal en la que resulta aplicable una norma que la prohíbe o la ejecución de una acción en una situación tal en la que resulta aplicable una norma que la requiere. El derecho no exige, además de la adecuación a la norma, conformidad con la misma (“*compliance*”), entendiendo por tal la ejecución u omisión de una acción prohibida o requerida por la norma en virtud del reconocimiento de dicha norma como razón para la acción.¹⁶⁰

No obstante lo anterior, resulta problemático entender que el paradigma de vinculación al derecho es la vinculación estratégica a las normas, pues ello tiene como consecuencia no solo que el derecho deba amparar a quien, por razones puramente prudenciales, adecua su conducta a la norma, sino también a quien estratégicamente decide delinquir. En este sentido, resultaría necesario que el ordenamiento jurídico ampare las consideraciones que la agente tuvo a la vista para realizar el cálculo de costos y beneficios que lo llevó a quebrantar la norma, de modo que estaría vedada la alteración *ex post* de los riesgos que acarrea para ella dicha conducta. Así,

el basamento de la irretroactividad penal se encuentra en la idea de seguridad jurídica, entendida, en términos negativos, como no exclusión de la posibilidad de los ciudadanos de

¹⁶⁰ MAÑALICH (2022), p. 419.

conocer el ordenamiento jurídico y calcular la calificación jurídico-penal de sus conductas, para evaluar si serán o no castigados y, en caso efectivo, cómo lo serán.¹⁶¹

Llevado esto a la regulación de la prescripción de la acción penal, se concluye que esta debe encontrarse sujeta al principio de legalidad y, específicamente, a la prohibición de retroactividad, pues

[p]ara que no sea imposible que las personas evalúen los riesgos penales de sus actuaciones y decidan si delinquen o no, es necesario que puedan saber durante cuánto tiempo el Estado puede perseguirlos criminalmente.¹⁶²

Lo anterior es consistente con la idea de que el pretendido efecto disuasivo del establecimiento de una sanción para una conducta determinada está dado no solo por la magnitud de esa sanción, sino también por la probabilidad de que esa sanción sea efectivamente impuesta a quien delinque. Sin embargo, esta misma consideración debiera llevarnos a afirmar que el fundamento del principio de legalidad no puede ser el de otorgar certeza jurídica en términos subjetivos respecto de la probabilidad de que quien delinque sea en definitiva descubierta y sancionada. Ello porque la probabilidad de que llegue a imponerse efectivamente la pena depende de una serie de factores de diversa índole y no es razonable pensar que todos ellos pudieran quedar sujetos a la prohibición de retroactividad. Por ejemplo, avances científicos o tecnológicos que conlleven una sofisticación de los métodos investigativos a los que puede recurrir el Ministerio Público, y que, por lo tanto, aumenten la probabilidad de que la responsable sea descubierta, alteran el esquema de costos y beneficios que esta última tuvo en consideración a la hora de decidir delinquir y resultaría absurdo pretender que tales avances solo puedan ser utilizados en la investigación de delitos cometidos con posterioridad a su implementación.

¹⁶¹ OLIVER (2007), p. 261.

¹⁶² OLIVER (2007), p. 261.

Por lo demás, entender que el paradigma de vinculación al derecho es el seguimiento estratégico de las normas no logra dar cuenta del fundamento de la obligatoriedad de las mismas, del sentido en el que es posible afirmar que una norma funda un deber de conducta. Como afirma Hart en *El concepto de derecho*, “donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria”.¹⁶³ Llegados a este punto, cobra relevancia lo que Hart llama el “aspecto interno de las reglas”, por oposición al “aspecto externo” de las mismas. Quien observa las prácticas de una determinada sociedad desde un punto de vista externo puede simplemente reconocer ciertas regularidades en la conducta de las personas que integran dicha sociedad e identificar que, ante ciertas desviaciones de tales regularidades, estas reaccionan con hostilidad o imponiendo algún tipo de castigo. Pero si se limita exclusivamente a este punto de vista externo, no logrará dar una explicación relativa a la aceptación de tales reglas por parte de quienes integran la sociedad ni podrá describir su conducta en términos de reglas, y por lo tanto tampoco en términos de obligaciones y deberes, que son nociones dependientes de la existencia de reglas.¹⁶⁴ Por lo mismo, el punto de vista externo no logra dar cuenta del modo en el que quienes integran una sociedad se relacionan con las normas, en la medida en que, siguiendo el ejemplo utilizado por Hart, para ellas la luz roja del semáforo no es simplemente un signo que les permite predecir que los automóviles se detendrán, sino que es una *razón* para que estos se detengan, de conformidad con las reglas que hacen que detenerse frente a la luz roja sea una conducta obligatoria, lo que hace, a su vez, que la infracción de dicha regla no sea simplemente una base para predecir que habrá una reacción hostil, sino que es una *razón* para dicha reacción.¹⁶⁵

Relacionado con lo anterior, entender como paradigma de vinculación al derecho el seguimiento estratégico de las normas no logra dar cuenta de la especificidad de estas en

¹⁶³ HART (1998), p. 102.

¹⁶⁴ HART (1998), p. 111.

¹⁶⁵ HART (1998), pp. 112 y s.

tanto razones para la acción.¹⁶⁶ La existencia de una norma que prohíbe una determinada conducta es una razón de primer orden para abstenerse de realizar dicha conducta. Pero ello no es suficiente para afirmar que, en virtud de la norma, su destinataria se encuentra obligada a adecuar su conducta a la norma, pues la agente puede tener otras razones a favor o en contra de realizar la conducta que la norma prohíbe realizar. La específica obligatoriedad de la norma se explica porque aquella es, al mismo tiempo, una razón de segundo orden que desplaza otras razones que la agente pudiera tener para comportarse de una determinada manera.¹⁶⁷ Y que la norma en cuestión opere tanto como una razón de primer orden para comportarse de una determinada manera, como una razón de segundo orden que desplaza otras razones concurrentes, es independiente de si el ordenamiento jurídico asocia una determinada consecuencia punitiva a su quebrantamiento. En este sentido,

legal normativity cannot possibly be explained by the fact that many duty-imposing legal rules may be backed by “sanction-stipulating” rules. For the rules of the latter kind are merely *auxiliary* reasons and, as such, they do not contribute to a legal duty-imposing rule being a mandatory norm.¹⁶⁸

Para explicar de mejor manera lo anterior, resulta conveniente recurrir aquí a la distinción que es posible establecer entre normas de comportamiento y normas de sanción. El derecho penal está compuesto por un conjunto de normas de sanción que especifican una determinada conducta a modo de supuesto de hecho y asocian a ella una determinada consecuencia punitiva. Considérese, por ejemplo, la norma que sanciona el homicidio simple, contenida en el artículo 391 n° 2 del Código Penal, según la cual el que mate a otro será penado con presidio mayor en su grado medio a máximo. Como resulta claro, esta norma especifica un determinado supuesto de hecho (“el que mate a otro”) y establece

¹⁶⁶ Para la caracterización de las normas de comportamiento como razones para la acción, véase MAÑALICH (2022), pp. 407 y ss.

¹⁶⁷ MAÑALICH (2022), p. 424.

¹⁶⁸ MAÑALICH (2022), p. 412.

que, en el caso de que tal supuesto de hecho se vea realizado, entonces corresponderá sancionar al sujeto que realizó dicha conducta con una pena a ser determinada, de acuerdo con las reglas de determinación de la pena, a partir del marco penal legalmente previsto (“presidio mayor en su grado medio a máximo”).

Las normas de sanción no son normas que se encuentren dirigidas a los sujetos que el ordenamiento jurídico espera que ajusten su comportamiento a ciertos parámetros o estándares normativamente fijados. En este sentido, las normas de sanción penal no son normas primarias o regulativas, pues su función no es proveer tal estándar normativo ordenador de la conducta de las destinatarias de dichas normas, sino que son normas secundarias, que en tal medida tienen la naturaleza de normas constitutivas y cumplen la función de conferir poderes para la modificación de situaciones normativas. Específicamente, las normas de sanción son, en la terminología de Hart, reglas de adjudicación, que se caracterizan por ser “reglas constitutivas que especifican las condiciones, la forma y las consecuencias de la aplicación y la imposición institucionalizadas de las reglas que conforman el respectivo sistema jurídico”.¹⁶⁹ Las normas de sanción, en tanto reglas constitutivas, no determinan el carácter deóntico de una determinada conducta, sino que determinan que quien ha realizado el supuesto de hecho de la norma quede en una determinada posición institucional en la que está expuesta a la imposición de una específica sanción penal.¹⁷⁰

Sin embargo, si nos quedamos únicamente con el conjunto de normas de sanción que conforman el derecho penal, no es posible explicar en qué sentido quien comete un delito se comporta de manera antijurídica. Esto porque, para caracterizar un determinado comportamiento como antijurídico, es necesario que podamos afirmar que tal comportamiento quebranta alguna norma jurídica, y quien comete un delito no quebranta la norma que sanciona tal conducta, sino que realiza su supuesto de hecho. Para poder

¹⁶⁹ MAÑALICH (2021b), p. 10.

¹⁷⁰ MAÑALICH (2021b), p. 11.

afirmar que tal conducta es ilícita, necesitamos de otra norma que provea del estándar de conducta que resulta contravenido por la conducta delictiva. Estas son las normas de comportamiento, que sí son normas primarias o regulativas y buscan dirigir el comportamiento de sus destinatarias por la vía de prohibir u ordenar determinadas formas de conducta. Estas normas de comportamiento se encuentran reforzadas por las normas de sanción, en la medida en que el supuesto de hecho de estas últimas se corresponde con una conducta que quebranta las primeras, lo que a su vez permite entender la imposición de la sanción penal como un mecanismo de expresión de reproche por el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento. Continuando con el ejemplo ya ofrecido anteriormente, la norma de sanción contenida en el artículo 391 n° 2 del Código Penal refuerza la norma de comportamiento que prohíbe matar a otro y, entonces, la pena impuesta a la autora de un delito de homicidio expresa reproche por haber quebrantado dicha prohibición.

La distinción anterior nos permite afirmar que son las normas de comportamiento las que, en primer lugar, proveen de razones para la omisión o ejecución de una acción determinada. Así, la norma que prohíbe matar a otro provee a la agente de una razón para abstenerse de realizar cualquier acción que pudiera, con un grado de probabilidad suficiente, condicionar causalmente la muerte de otro. Por su parte, la norma de sanción que asocia una consecuencia punitiva al quebrantamiento de dicha norma de comportamiento opera como una razón auxiliar para la adecuación de la conducta a esta.

En conclusión, y como ya se afirmara, las normas de comportamiento no solo proveen a la agente de una razón para la omisión o ejecución de una determinada acción, sino que tal razón es además perentoria o “excluyente de la deliberación”.¹⁷¹ Por lo mismo, se trata no solo de una razón de primer orden para la omisión o ejecución de una determinada acción, sino también de una razón de segundo orden que excluye cualquier

¹⁷¹ MAÑALICH (2012), p. 584.

otra razón que pudiera tener la agente para la ejecución u omisión de esa misma acción.¹⁷² Esto lleva a desconocerle cualquier relevancia a la eventual ponderación de razones que pudiera haber realizado quien decide delinquir y en tal medida quebranta la norma de comportamiento, pues para el derecho esas otras razones son razones que la agente debiera haber descartado sin más. Y, por lo tanto, las expectativas de impunidad que pudiera haber tenido quien quebranta la norma al momento de realizar la conducta constitutiva de delito son expectativas que no merecen protección jurídica alguna.¹⁷³

En una situación enteramente diferente se encuentra quien, por razones puramente estratégicas —por ejemplo, por temor a la sanción que el ordenamiento jurídico asocia a una determinada conducta—, da seguimiento a la norma de comportamiento. Como ya se viera, si bien el ordenamiento jurídico no ampara el quebrantamiento estratégico de la norma, sí tolera el seguimiento estratégico de la misma, pues solo así honra el mandato de neutralidad del derecho, en virtud del cual este “no puede imponer al ciudadano motivo alguno para el seguimiento de la norma que de él se esperaba”.¹⁷⁴ Por lo mismo, “la norma de sanción penal puede operar como una razón prudencial auxiliar a favor del seguimiento de la norma de comportamiento”.¹⁷⁵ Por ello, sí resulta necesario que el ordenamiento jurídico garantice la predictibilidad del surgimiento de la correspondiente punibilidad, mas no así la predictibilidad de su extinción.

Si se descarta la fundamentación del principio de legalidad a partir de una exigencia de certeza jurídica en términos subjetivistas, habría que encontrar su fundamento en una vinculación fuerte del mismo con la función de garantía que desempeña en un Estado democrático de derecho. De acuerdo con esta comprensión, el principio de legalidad no es un instrumento de cognoscibilidad subjetiva de la ley penal, sino un mecanismo de protección de las personas frente al poder del Estado. De este modo, el principio de

¹⁷² MAÑALICH (2010b), p. 173; MAÑALICH (2022), pp. 411 y ss.

¹⁷³ MAÑALICH (2010a), pp. 227 y ss.

¹⁷⁴ MAÑALICH (2010a), p. 227.

¹⁷⁵ MAÑALICH (2010a), p. 227.

legalidad busca evitar la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, por la vía de vincular tal ejercicio a la ley. En virtud del principio de legalidad, se asegura que quienes ajustan su conducta a las normas de comportamiento no se verán expuestas a la imposición de una pena y, además, se protege a quien es objeto de persecución penal de arbitrariedades o abusos en los que pudiera incurrir el Estado en el ejercicio de su potestad punitiva.¹⁷⁶

Esta fundamentación del principio de legalidad permite, además, determinar el alcance de las exigencias que se derivan del mismo, de modo de limitarlo a aquellos aspectos que se vinculan con el carácter delictivo del hecho y con el merecimiento de pena por la conducta realizada.

5.2 ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

La pregunta acerca de si la regulación de la prescripción de la acción penal se encuentra sometida al principio de legalidad y, específicamente, si se encuentra sometida a la prohibición de retroactividad de la ley penal, ha sido objeto de mucho debate. Esta discusión suele estar relacionada con la disputa acerca de si la prescripción de la acción penal es una institución de naturaleza sustantiva o de naturaleza procesal.

Así, por ejemplo, Cabezas sostiene, a partir de la fundamentación de la prescripción en el “principio de humanidad”, que esta institución se encuentra “íntimamente ligada a la idea de legalidad y certeza del derecho” y que su naturaleza es sustancial, de modo que, “más allá de eventuales efectos procesales o de la operatividad de su mecanismo, la prescripción queda sometida al principio de legalidad y, por tanto, a la prohibición de retroactividad”.¹⁷⁷ Y agrega que lo anterior se funda en el “principio de tutela de la

¹⁷⁶ YÁÑEZ (2019), pp. 27 y ss., 95 y ss.

¹⁷⁷ CABEZAS (2021), pp. 89 y s.

confianza o protección de la objetividad” o “garantía de objetividad”,¹⁷⁸ el que requeriría “que el Estado asuma cierto compromiso con el individuo en orden al sometimiento a las reglas que él mismo se ha fijado”,¹⁷⁹ en virtud de lo cual “la prohibición de retroactividad funciona[ría] como un mecanismo que asegura cierta neutralidad”, en el sentido de que la valoración que hace el Estado de una conducta operará siempre hacia el futuro, sin que se conozca contra quiénes producirá efectos jurídicos.¹⁸⁰

Lo anterior llevaría, según Cabezas, a que necesariamente la regulación de la prescripción de la acción penal deba encontrarse sometida a la prohibición de retroactividad, pues

el valor de la neutralidad se vería comprometido con una reforma de los plazos de prescripción, sucesiva a la comisión, porque se entendería como un cambio de las reglas del juego dirigida no a la comunidad, sino solo a aquellos que ya han cometido (presuntamente) un delito y, por tanto, en general, conocidos o determinables por el Estado.¹⁸¹

Sin embargo, lo que determina qué aspectos del derecho penal se encuentran cubiertos por el principio de legalidad y, específicamente, por la prohibición de retroactividad es la consagración que de dicho principio hace la Constitución Política de la República. En los incisos 8º y 9º de su artículo 19 nº 3, la Constitución consagra el principio de legalidad penal en los siguientes términos:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

[...]

¹⁷⁸ CABEZAS (2021), p. 90.

¹⁷⁹ CABEZAS (2021), p. 91.

¹⁸⁰ CABEZAS (2021), p. 92.

¹⁸¹ CABEZAS (2021), p. 93.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

Estos son términos similares a aquellos en los que se encuentra consagrado el principio de legalidad penal en el artículo 11 n° 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 15 n° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 9 la Convención Americana de Derechos Humanos, todos ellos tratados internacionales de derechos humanos que han sido firmados y ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes.

Así, aquello que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos mencionados exigen que se encuentre determinado en una ley previa es la pena a ser impuesta por la perpetración de un delito y la descripción de la conducta a la que se asocia dicha pena. De este modo, solo se encuentran sujetas a la prohibición de retroactividad, por una parte, aquellas disposiciones que determinan que, bajo nuestro ordenamiento jurídico, una conducta sea constitutiva de delito y, por otra parte, aquellas que determinan las condiciones de las que depende que dicha conducta merezca una pena, y la naturaleza y el quantum de la pena a imponer.

Lo anterior lleva a que la pregunta relevante a este respecto sea “si, a través de la fijación de plazos de prescripción que condicionan temporalmente el ejercicio de la acción penal, el legislador expresa o no una decisión acerca del específico merecimiento de pena del hecho”.¹⁸² Pues solo en tal medida tendrá sentido afirmar que, según lo dispuesto por la Constitución, la regulación de la prescripción de la acción penal se encuentra sometida a la prohibición de retroactividad.

¹⁸² MAÑALICH (2010a), p. 217.

La respuesta a la pregunta anteriormente planteada es negativa. Como se revisó en el apartado 2 de este trabajo, nada ocurre con el transcurso del tiempo que tenga algún impacto en el carácter delictivo del hecho o en el merecimiento de pena por el mismo. El transcurso del plazo de prescripción de la acción penal no hace “desaparecer” el injusto culpable en cuestión, sino que solo impide que pueda reconocerse institucionalmente que este ha tenido lugar, a través la dictación de una sentencia condenatoria como resultado de un proceso penal.¹⁸³

Por su parte, la regulación que da nuestro ordenamiento jurídico al ejercicio de la acción penal para perseguir la responsabilidad penal por un hecho constitutivo de delito nos muestra su independencia respecto de la naturaleza el hecho. El ejemplo más claro a este respecto me parece que está dado por la regulación del ejercicio de la acción penal para perseguir la responsabilidad penal por un delito contra la indemnidad sexual de una persona menor de edad.

El artículo 369 del Código Penal establece que, por regla general, tratándose de los delitos comprendidos en los artículos 361 a 366 quáter (violación, estupro, abuso sexual), no se puede proceder penalmente sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal. Es decir, para estos delitos nuestro ordenamiento jurídico concede acción penal pública previa instancia particular, de modo que es el Ministerio Público quien persigue la responsabilidad penal por alguno de estos delitos, pero solo puede iniciar la investigación si la víctima del delito denuncia el hecho.

Ahora bien, tratándose de delitos contra la indemnidad sexual de menores de edad, se concede acción penal pública sin necesidad de instancia particular previa, por lo que el Ministerio Público puede iniciar la investigación de oficio. Ello se consagra en el mismo

¹⁸³ MAÑALICH (2010a), p. 221.

artículo 369 del Código Penal, que establece que, tratándose de víctimas menores de edad, se estará a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal, que establece que se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.

Sin embargo, la ley N° 21.160 introdujo en el Código Penal el artículo 369 quinquies, que establece que, tratándose de delitos contra la indemnidad sexual perpetrados en contra de una víctima menor de edad, estos se considerarán delitos de acción penal pública previa instancia particular desde el momento en el que la víctima cumpla dieciocho años, si no se ha ejercido antes la acción penal.

Lo anterior muestra que la regulación de la acción penal de algún modo se independiza de la naturaleza del delito en cuestión, pues nada cambia en la gravedad de un delito contra la indemnidad sexual de una persona menor de edad cuando esta cumple dieciocho años y nada cambia tampoco en la culpabilidad del hechor o en el merecimiento de pena y, sin embargo, la ley le atribuye a ese hecho el efecto de producir un cambio en el tipo de acción penal que se concede para perseguir la responsabilidad penal por tales delitos.

La regulación de la prescripción de la acción penal tampoco es un componente interno o constitutivo de la punibilidad del hecho.¹⁸⁴ A este respecto, resulta conveniente distinguir entre condiciones de punibilidad del hecho, por un lado, y condiciones de perseguibilidad del mismo, por otro.¹⁸⁵ Las segundas determinan los presupuestos de los que depende que el Ministerio Público pueda iniciar la investigación penal respecto de hechos presuntamente constitutivos de delito y ejercer la acción penal para perseguir la responsabilidad penal por los mismos. Las primeras, en cambio, determinan los

¹⁸⁴ MAÑALICH (2010a), p. 222.

¹⁸⁵ MAÑALICH (2010a), pp. 220 y ss.

presupuestos de los que depende que en la resolución del asunto de fondo el tribunal respectivo pueda fundar una sentencia condenatoria.¹⁸⁶

La diferencia anterior es recogida por la regulación del Código Procesal Penal, que establece a lo largo del procedimiento una serie de momentos en los cuales se obstaculiza la persecución penal si se constatan determinadas circunstancias, entre las cuales se encuentra la prescripción de la acción penal en tanto causa de extinción de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, el artículo 114 letra d) establece que la querrela deberá ser declarada inadmisibile cuando de los antecedentes contenidos en ella apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida; el artículo 168 establece que el Ministerio Público podrá no iniciar la investigación cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado; el artículo 250 letra d) ordena al juez de garantía decretar el sobreseimiento definitivo de la causa cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por alguno de los motivos establecidos en la ley; y los artículos 263, 264, 265 y 271 establecen que el imputado podrá oponer como excepción de previo y especial pronunciamiento, antes de la audiencia de preparación del juicio oral o en el juicio oral, la extinción de la responsabilidad penal, en cuyo caso se deberá decretar el sobreseimiento definitivo si el fundamento de la decisión se encontrare suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación. En todos estos casos, no llegará a haber un pronunciamiento acerca de si se cometió un delito por el cual le haya cabido responsabilidad penal a la imputada.

Por supuesto, es posible que el tribunal no tenga los elementos de juicio necesarios para pronunciarse acerca de los presupuestos del ejercicio de la acción penal hasta la dictación de la sentencia definitiva. Esto ocurrirá, por ejemplo, en el caso en el que la determinación de si ha prescrito la acción penal para perseguir la responsabilidad penal

¹⁸⁶ MAÑALICH (2010a), p. 221.

por un hecho determinado dependa de la decisión de absolución o condena respecto de un hecho posterior que esté siendo juzgado conjuntamente y que pueda haber interrumpido la prescripción de la acción penal por el primer hecho. Pero en este caso, de todas formas, en la sentencia definitiva que declare la prescripción de la acción penal el tribunal no necesitará pronunciarse sobre si llegó a nacer la responsabilidad penal de la imputada por haber cometido un delito.

Lo anterior muestra que, en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de los plazos de prescripción no se encuentra sujeta a la prohibición de retroactividad de la ley penal que establece el artículo 19 n° 3 de la Constitución. Hay quienes podrán considerar que el alcance del principio de legalidad es demasiado restringido si no cubre los plazos de prescripción, pero ello sería un argumento para que dicho alcance sea expandido a través de una reforma de la Constitución, de acuerdo con los procedimientos que la propia Constitución establece para ello. La valoración del alcance del principio de legalidad, determinado por los términos en que está consagrado en la Constitución, como demasiado restringido no puede ser un argumento para su expansión vía interpretación. Sin perjuicio de ello, no es claro que el sometimiento de una ampliación de los plazos de prescripción de la acción penal a la prohibición de retroactividad pueda vincularse a los fundamentos ya revisados del principio de legalidad penal.

Esto no obsta a que sea la propia ley la que decida que una regulación que amplíe los plazos de prescripción de la acción penal solo pueda aplicarse respecto de hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, como ocurrió por ejemplo con la ya referida ley N° 21.160, que declaró imprescriptibles los delitos contra la indemnidad sexual de menores de edad, que en su artículo transitorio estableció que, para los hechos delictivos cometidos con anterioridad a la publicación de la ley, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal, que establecía la suspensión del plazo de prescripción hasta que la víctima cumpliera dieciocho años. Sin embargo, según lo ya

visto, no habría problema de constitucionalidad alguno si la ley decidiera que esa nueva regulación sí se aplicará a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Ahora bien, la pregunta es qué ocurre si una ley que amplía los plazos de prescripción nada dice respecto de su aplicación en el tiempo. Este fue el caso, por ejemplo, de la ya referida ley N° 20.207, que introdujo el artículo 369 quáter en el Código Penal, y de la recientemente aprobada ley N° 21.632, de noviembre de 2023, que amplió los plazos de prescripción de la acción penal por los delitos establecidos en la Ordenanza de Aduanas, que antes prescribía en tres años y ahora prescribe según las reglas generales del Código Penal.

Cuando una ley, por ejemplo, aumenta la pena prevista para un delito determinado, sin decir nada respecto de su aplicación en el tiempo, el tribunal debe aplicarla solo a hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, pues se encuentra directamente vinculado por la Constitución a este respecto, en la medida en que el artículo 19 n° 3 contiene un mandato dirigido al juez que lo obliga a no castigar el delito con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Pero esto no vale para el caso en el que una ley amplía los plazos de prescripción, pues, como ya vimos, estas no quedan cubiertas por lo dispuesto en el artículo 19 n° 3, de modo que no es posible construir a este respecto un mandato constitucional dirigido al juez. Lo que correspondería en este caso es que se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 11 del Código Procesal Penal, según el cual las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones favorables a la imputada. En este sentido, el momento relevante para determinar qué ley aplicar en lo relativo a los plazos de prescripción de la acción penal será el del inicio del procedimiento respectivo, no el de la perpetración del delito en cuestión.

6 CONCLUSIONES

El objetivo central de este trabajo era ofrecer un fundamento plausible a la institución de la prescripción de la acción penal, que permitiera dar cuenta de manera coherente de su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

Para lo anterior, y teniendo en consideración lo mucho que se ha discutido a nivel doctrinario acerca de la fundamentación de la prescripción de la acción penal y de su naturaleza jurídica, se comenzó presentando un grupo de posiciones que tienen en común que ofrecen una fundamentación sustantiva de la prescripción de la acción penal. Si bien estas posiciones son bastante diversas entre sí, todas ellas entienden que, transcurrido el plazo de prescripción, hay un problema de justificación en la imposición de la pena y que, por lo tanto, el Estado debe reconocerle al transcurso del tiempo el efecto de extinguir la responsabilidad penal. Delitos excepcionales, como los crímenes de lesa humanidad, pudieran justificar, para algunas de estas posiciones, reglas especiales de imprescriptibilidad, pero estas debieran, en todo caso, ser miradas al menos con desconfianza.

En este trabajo se intentó refutar cada una de las posiciones presentadas que fundamentan la prescripción de la acción penal y mostrar, en consecuencia, que el solo transcurso del tiempo no conlleva un problema de justificación de la pena estatal. Si se ha cometido un delito, el Estado tiene en principio un derecho punitivo en contra de la responsable y se encuentra, entonces, legitimado para esgrimir en su contra su pretensión punitiva.

A continuación, se presentaron posiciones que fundamentan la prescripción de la acción penal a partir de consideraciones procesales. La atención aquí estuvo puesta especialmente en la tesis según la cual la prescripción de la acción penal se fundamentaría en la progresiva evanescencia de los medios probatorios con el transcurso del tiempo. Si

bien se consideró que esta posición no explica el fundamento de la prescripción de la acción penal, se analizaron con algo más de detalle las consideraciones probatorias que resultan relevantes en el proceso penal. Ello, porque la viabilidad de la persecución penal depende en una medida importante de que haya evidencia suficiente que pueda ser aportada al juicio destinado a establecer la responsabilidad penal de la imputada y, por lo mismo, es razonable que la regulación de la prescripción de la acción penal sea sensible a ese tipo de consideraciones.

Habiendo ya descartado la plausibilidad de las posiciones que suelen enfrentarse en el debate doctrinario sobre la materia, se buscó ofrecer una reconstrucción de la prescripción de la acción penal como una autolimitación del Estado de derecho en el ejercicio de la potestad punitiva. Para ello, en primer lugar, se mostró que la prescripción de la acción penal resulta compatible con una teoría consecuencialista de la retribución, pues, bajo esta teoría, de la afirmación de un derecho punitivo del Estado no se sigue un deber de castigar. En este sentido, se buscó mostrar que, transcurrido un largo periodo de tiempo, el Estado se encuentra legitimado para castigar a la responsable por el quebrantamiento de una norma de comportamiento y, por esa vía, restablecer la autoridad de la norma quebrantada. Pero que, sin embargo, el Estado puede renunciar al restablecimiento de la autoridad de la norma quebrantada, de modo que la regulación de la prescripción de la acción penal obedece a un juicio prudencial relativo a la necesidad de restablecimiento de la vigencia de la norma.

Luego, se exploraron las razones por las cuales el Estado se autolimita en el ejercicio de la potestad punitiva. Aquí, se entendió que el Estado clausura temporalmente la contingencia de la punición como una forma de no mantener indefinidamente abierta la pregunta acerca de si la autoridad de las normas que ha puesto en vigor se ha visto cuestionada o no. De este modo, se entendió que la prescripción de la acción penal es funcional a la estabilización de las normas de comportamiento, en la medida en que,

mientras la contingencia de la punición se encuentre abierta, el Estado tiene una deuda pendiente con el restablecimiento de la autoridad de la norma.

Esta explicación se vincula fuertemente con la consideración de que la prescripción de la acción penal es un arreglo procesal, cuyo efecto principal es impedir el inicio o continuación del proceso penal, y que solo consecuentemente extingue la responsabilidad penal. Es más, para que la prescripción de la acción penal sea efectivamente funcional a la estabilización de la autoridad de la norma, es necesario que su efecto de extinción de la responsabilidad penal sea relativamente marginal. Ello explica que sea usual que se contemple un régimen especial de prescripción de la acción penal para los delitos en los que la aplicación de las reglas generales de prescripción conllevaría la impunidad de los responsables en un grupo estadísticamente significativo de casos. Pues, en esos casos, la prescripción de la acción penal tendría como efecto, más bien, una consolidación de la merma de la autoridad de la norma.

Esta caracterización de la prescripción de la acción penal como un compromiso del Estado de no mantener indefinidamente abierta la contingencia de la punición exige que su regulación descansa sobre el presupuesto de que, durante dicho lapso, la punición haya sido efectivamente contingente. Así, este trabajo continuó con el análisis del problema que supone aplicar las reglas generales de prescripción de la acción penal allí donde la persecución penal es inviable.

A partir de lo anterior, se estimó que estas consideraciones son las que mejor explican las reglas especiales de prescripción de la acción penal que han sido introducidas en nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años en materia de delitos cometidos contra funcionarios públicos y de delitos contra la indemnidad sexual de menores de edad.

Finalmente, y a partir de lo ya desarrollado acerca del fundamento de la prescripción de la acción penal y de su naturaleza jurídica, el trabajo terminó descartando que aquella se encuentre sometida a las exigencias que se derivan del principio de legalidad penal. Específicamente, se desestimó que cambios en la regulación de la prescripción penal se encuentren cubiertos por la prohibición constitucional de aplicación retroactiva de la ley penal.

Si bien puede haberlo parecido, este trabajo no es una defensa de la ampliación de los plazos de prescripción ni del establecimiento de reglas de imprescriptibilidad. Antes bien, lo que se buscaba en este trabajo era defender que la configuración del régimen de prescripción de la acción penal es una cuestión de política criminal, respecto de la cual la ley puede decidir prudencialmente, en atención a consideraciones de la más diversa índole. Por lo mismo, la discusión no puede zanjarse simplemente apelando a cuestiones vinculadas a la justificación de la pena o a los principios limitadores del derecho penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ACCATINO, Daniela (2011), "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVII, pp. 483-511.
2. ACCATINO, Daniela (2019), "Teoría de la prueba: ¿somos todos 'racionalistas' ahora?", en *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, N° 39, pp. 85-102.
3. AGUILAR, Gonzalo (2008), "Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno", en *Revista Ius et Praxis*, Año 14, N° 2, pp. 147-207
4. ATRIA, Fernando (2016), *La forma del derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons.
5. ATRIA, Fernando (2017a), "El sistema de acciones reales, parte especial: acción reivindicatoria, publiciana y del art. 915", en *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, pp. 147-212.
6. ATRIA, Fernando (2017b), "El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario", en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. XXX, N° 2, pp. 57-86.
7. ATRIA, Fernando (2018), "El sistema de acciones reales, parte especial: los interdictos posesorios", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30, pp. 9-54.
8. ATRIA, Fernando (2022), "El sistema de acciones reales, parte general: una reconstrucción conceptual", en *Revista Ius et Praxis*, Año 28, N° 3, pp.111-129.
9. BASCUÑÁN, Antonio (2007), "Derechos fundamentales y derecho penal", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, pp. 47-74.
10. BECCARIA, César (2000), *De los delitos y las penas*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
11. CABEZAS, Carlos (2021), *Prescripción de la acción penal. Herencia y desafíos político-criminales*, Santiago, DER Ediciones.
12. CARBONELL, Flavia (2015), "Sobre la idea de decisión judicial correcta", en *Análisis e Diritto*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, pp. 11-46.
13. CARBONELL, Flavia (2017), "Elementos para un modelo de decisión judicial correcta", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27, pp. 1-35.
14. CARBONELL, Flavia (2022), "Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno", en *Política Criminal*, Vol. 17, N° 33, pp. 58-84.
15. CARBONELL, Flavia (2023), "Los errores del Juez. Presupuestos y tipologías", en GARCÍA AMADO, Juan Antonio (dir.), *El error judicial. Problemas y regulaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 57-86.
16. CARBONELL, Flavia y VALENZUELA, Jonatan (2021), "La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: el caso de la revisión", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 1, pp. 55-80.
17. CARBONELL, Flavia y VALENZUELA, Jonatan (2023), "Conocer y censurar: consideraciones sobre los fundamentos epistémicos y axiológicos del proceso penal", en BEADE, Gustavo, BRACACCINI, Fernando y MOLLIS, Santiago (eds.), *Castigo, proceso y teoría política*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, pp. 177-189.

18. CONTESSE, Javier (2007), "Consideraciones acerca de la relación entre reproche penal y pena: el caso del 'shaming punishment' en la práctica punitiva norteamericana", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, pp. 241-274.
19. CORDERO, Eduardo (2020), "El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 2, pp. 359-384.
20. CORREA, Rafaela (2020), *La pena natural entre la suerte y el merecimiento: una propuesta de reconstrucción desde el principio de justicia punitiva*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
21. CURY, Enrique (1988), *La ley penal en blanco*, Bogotá, Editorial Temis S.A.
22. DEI VECCHI, Diego (2020a), *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Puno, Zela Grupo Editorial.
23. DEI VECCHI, Diego (2020b), "Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba", en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. XXXIII, N° 2, pp. 25-48.
24. DEI VECCHI, Diego (2023), "Sentencia judicial, prueba y error. El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales", en *Isonomía*, N° 58, pp. 107-148.
25. DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis (2004), "El nuevo modelo de la seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 06-03, pp. 1-34.
26. DOMÍNGUEZ, Ramón (2020), *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición actualizada, Valparaíso, Prolibros.
27. DOUGLAS, Thomas (2019), "Punishing Wrongs from the Distant Past", en *Law and Philosophy*, N° 38, pp. 335-358.
28. FEINBERG, Joel (1974), "The Expressive Function of Punishment", en FEINBERG, Joel, *Doing & Deserving*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, pp. 95-118.
29. FERRER, Jordi (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons.
30. FERRER, Jordi (2021), *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons.
31. GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, pp. 229-282.
32. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1984), *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, Editorial Civitas.
33. GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel (2003), *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, Dykinson.
34. GUZMÁN DALBORA, José Luis (2005), "Crímenes internacionales y prescripción", en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y WOISCHNIK, Jan (eds.), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 69-81.
35. HART, H.L.A. (1998), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
36. HART, H.L.A. (2008), *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press.

37. JANKÉLÉVITCH, Vladimir (2005), *Forgiveness*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press.
38. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1964), *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Losada.
39. KINDHÄUSER, Urs (2010), "Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimidad y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal", en *Derecho y Humanidades*, N° 16, Vol. 1, pp. 31-48.
40. LARROUCAU, Jorge (2015), "Acciones reales y estándares de prueba", en *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 2, pp. 109-160.
41. LAUDAN, Larry (2005), "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, pp. 95-113.
42. LAUDAN, Larry (2006), *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Nueva York, Cambridge University Press.
43. LAUDAN, Larry (2008), "The Presumption of Innocence: Material or Probatory?", disponible en SSRN: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1152886>
44. LÓPEZ, Julián (2006), "Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas", en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Lexis Nexis, pp. 181-207.
45. MAÑALICH, Juan Pablo (2007), "La pena como retribución", en *Revista de Estudios Públicos*, pp. 117-205.
46. MAÑALICH, Juan Pablo (2010a), *Terror, pena y amnistía*, Santiago, Flandes Indiano.
47. MAÑALICH, Juan Pablo (2010b), "Norma e imputación como categorías del hecho punible", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, pp. 169-190.
48. MAÑALICH, Juan Pablo (2011a), "El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno", en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. XXIV, N° 1, pp. 87-115.
49. MAÑALICH, Juan Pablo (2011b), "El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos", en *Revista de Criminología e Ciencias Penitenciarias*, Vol. 1, N° 2, pp. 1-30.
50. MAÑALICH, Juan Pablo (2012), "Reglas primarias de obligación. Las 'reglas del derecho penal' en el concepto de derecho de H.L.A. Hart", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, N° 11, pp. 571-585.
51. MAÑALICH, Juan Pablo (2014), "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas", en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, pp. 21-70.
52. MAÑALICH, Juan Pablo (2015), "Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling", en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, N° 2, pp. 1-32.
53. MAÑALICH, Juan Pablo (2018), *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Santiago, Thomson Reuters.
54. MAÑALICH, Juan Pablo (2020a), "Culpabilidad y justicia procedimental", en PERIN, Andrea (ed.) y Ackermann, Ignacio (coord.), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.

55. MAÑALICH, Juan Pablo (2020b), "Justicia, procedimiento y acción de revisión. El principio de culpabilidad frente a la cosa juzgada", en *Revista Ius et Praxis*, Año 26, Nº 1, pp. 28-56.
56. MAÑALICH, Juan Pablo (2021a), "Cosa juzgada fraudulenta en el caso 'quemados'", en *Política Criminal*, Vol. 16, Nº 31, pp. 456-491.
57. MAÑALICH, Juan Pablo (2021b), "La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas", en *Revus*, Nº 44, pp. 1-27.
58. MAÑALICH, Juan Pablo (2022), "Norms, Authority, and Practical Reason. On Raz's Conception of Legal Normativity", en *Rechts Philosophie*, Año 8, Nº 4, pp. 406-435.
59. MARTNER, Clara (2020), *Suerte procesal: un análisis de los falsos negativos en el contexto del enjuiciamiento del terror en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
60. MCCALL, Alexander (2001), "Time, Guilt and Forgiveness", en CHRISTODOULIDIS, Emiliós y VEITCH, Scott (eds.), *Lethe's Law. Justice, Law and Ethics in Reconciliation*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 47-61.
61. NOVOA, Eduardo (2005), *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
62. OLIVER, Guillermo (2007), "La aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad", en *Revista de Dercho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XXIX, pp. 257-266.
63. PARFIT, Derek (1982), "Personal Identity and Rationality", en *Synthese*, Vol. 53, Nº 2, pp. 227-241.
64. PARFIT, Derek (1984), *Reasons and persons*, Oxford, Clarendon Press.
65. PINTO, Andrea (2020), "El momento comunicativo de la pena en la filosofía del derecho de Hegel", en Mayer, Laura y Vargas, Tatiana (coords.), *Mujeres en las ciencias penales. Una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 265-296.
66. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (2004), *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, Atelier.
67. RAWLS, John (2012), *Teoría de la justicia*, 1ª ed. electrónica, México D.F., Fondo de Cultura Económica.
68. REGAN, Donald (1983), "Paternalism, Freedom, Identity, and Commitment", en STARTORIUS, Rolf (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, pp. 113-138.
69. ROXIN, Claus (1997), *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Madrid, Civitas.
70. SANTANA, Dulce María (2000), *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, Ad-Hoc,
71. SEPÚLVEDA, Carla (2023), *Time limits on the prosecution of crimes. A theoretical and comparative study of english and german law*, Tesis doctoral, Wolfson College, Facultad de Derecho, Universidad de Oxford.

72. SEPÚLVEDA, Carla y BESWICK, Samuel (en prensa), "Statutes of Limitation", en *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*.
73. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008), "Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. el juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado", en GARCÍA VALDÉS, Carlos et al. (coord.), "Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat", tomo II, Madrid, Edisofer.
74. STRAWSON, Peter (1995), "Libertad y resentimiento", en STRAWSON, Peter, *Libertad y resentimiento. Y otros ensayos*, Barcelona, Buenos Aires y México, Ediciones Paidós, pp. 37-67.
75. TARUFFO, Michele (2003), "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", en *Discusiones: Prueba y conocimiento*, N° 3, pp. 15-41.
76. VALENZUELA, Jonatan (2017), *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*, Santiago, Rubicón Editores.
77. VAN WEEZEL, Alex (2011), *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Abeledo Perrot.
78. VERA, Juan Sebastián (2023), "Ne bis in idem procesal y cosa juzgada en materia penal: ¿idéntico sentido normativo?", en *Política Criminal*, Vol. 18, N° 35, pp. 433-459.
79. WILENMANN, Javier (2020), "Denegación interesada de justicia y prescripción de la acción penal", en *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 3, pp. 195-210.
80. YÁÑEZ, Isabel (2019), *Análisis del artículo 492 del Código Penal a la luz del principio de legalidad penal*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.