

CABEZAS, Carlos, "Recensión: SILVANI, Simona, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna: Il Mulino, 2009, 457 páginas.
Polít. Crim. Vol. 6, N° 12 (Diciembre 2011), Rec. 1, pp. 495 - 499.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12R1.pdf]

Recensión: SILVANI, Simona, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, Il Mulino, 2009, 457 páginas.

Carlos Cabezas Cabezas
Universidad de Antofagasta
ccabezas@uantof.cl

Los recientes sucesos ampliamente comentados en los medios de comunicación chilenos relativos a conductas delictivas de parte de miembros del clero contra personas que a la fecha de comisión del ilícito eran menores de edad, ha reabierto el debate en torno al problema de la prescripción del delito como evento capaz de extinguir la responsabilidad penal. A la modificación realizada en 2007 respecto del *dies a quo* de los crímenes de los párrafos 5° y 6° del título VI del libro II del Código penal (art. 369 bis), ya se alzan voces y proyectos parlamentarios encaminados a considerar estos delitos imprescriptibles. Por otra parte, la ley N° 20.357 de 18 de julio de 2009 que tipifica crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra considera esos hechos como indignos de la extinción de la responsabilidad por el mero transcurso del tiempo.

En un contexto similar, pero con motivaciones completamente diversas, la obra de la profesora de la Universidad de Pisa Simona Silvani *Il giudizio del tempo* se presenta como una excelente oportunidad para reflexionar sobre las características del instituto en nuestro país, el cual permanece casi sin modificaciones desde la entrada en vigencia del Código penal chileno hace ya más de 130 años y que se relaciona directamente con uno de aquellos grandes problemas filosóficos del Derecho, cual es la definición de justicia.

La autora propone una investigación orientada no desde las premisas filosóficas del instituto, como ha sido tratado tradicionalmente, sino a través de cómo la prescripción opera concretamente (p. 66). Es decir, un método inductivo. Esta propuesta se basa, como indico más adelante, en la, a juicio de la autora, imposibilidad o al menos dificultad de encontrar un único fundamento de la prescripción. Para alcanzar este objetivo, el plan de la obra se organiza en una primera parte orientada a la búsqueda del fundamento filosófico de la prescripción, pasando revista luego a la forma en que el instituto se ha desarrollado en la historia del Derecho penal italiano. Luego, la autora conecta el problema de la prescripción con el mandato de una duración razonable del juicio, pretendiendo revelar los agudos problemas de armonización entre ambos mecanismos, para, a continuación, explicar la operatividad casi patológica de la prescripción en el modelo italiano de justicia, agravado por la reforma del 2005; en la segunda parte de la obra, la autora traza su propia posición de *lege ferenda*, luego de examinar los sistemas español, francés e inglés y los proyectos legislativos y doctrinales que han pretendido, sin éxito, modificar la prescripción en el sistema italiano. Se incluye, junto con la nutrida bibliografía utilizada, un índice analítico con el objeto de facilitar la lectura.

Respecto a la primera parte de la obra, relativa al fundamento filosófico de esta causa de extinción de la responsabilidad penal, la autora, como ya he adelantado, luego de pasar revista someramente a las distintas teorías de la pena, considera imposible radicar un fundamento único y absoluto. “En realidad, la prescripción en su alcance abstracto de principio, separada de la disciplina ofrecida por los códigos, no puede afirmarse sujeta por un fundamento racional *absoluto* y unívoco; ella se coloca, al contrario, sobre un plano de racionalidad particularmente “sensible”. Será la elección operada por el legislador, sobre la base de valoraciones político-criminales expresivas de exigencias variadamente condicionables, a orientar el instituto hacia una más que hacia otra de las diferentes funciones que han sido elaboradas” (p. 53). A pesar de ello, lo identifica *tendencialmente* con la prevención general positiva: “[N]o por una *plena coherencia* sino que, más bien, por una *no-incompatibilidad* del instituto prescripcional respecto a la funcionalidad general preventiva” (p. 58). Las razones para ello esgrimidas dicen relación, principalmente, con la variedad de contenidos y de fines del instituto: garantía del individuo e interés estatal por el ejercicio del *ius puniendi*. Ahora bien, la autora, en la búsqueda de un fundamento secular y eminentemente utilitarístico de la prescripción termina por entregar una muy breve relación de los intensos problemas filosóficos que acarrea el instituto y que, inevitablemente, se conectan con la idea de justicia que manejan nuestras sociedades contemporáneas. Ello es perfectamente conciliable con los fines que se propone, es decir, un examen propiamente del Derecho italiano y de cómo este hace funcionar la prescripción en la práctica, aunque no es posible no esbozar una crítica a tal propuesta, toda vez que tampoco existe un análisis profundo de las teorías de la pena y que tampoco se percibe con claridad en el resto de la obra en que incide este fundamento tanto en el análisis general del instituto cuanto en la propuesta de *lege ferenda*.

La historia del instituto puede resultar también algo exigua: si bien, como es tradicional, parte de la doctrina romana, luego salta a los antecedentes de las primeras codificaciones; es decir, el medio evo y buena parte de la edad moderna quedan automáticamente descartados como materiales idóneos para la adecuada comprensión del rostro actual de la prescripción del delito. En este sentido, repetimos el espíritu de las críticas esbozadas en el párrafo anterior: si bien es cierto, el texto desea demostrar el sentido de la prescripción *hoy*, es discutible que los aportes de la ciencia jurídica entre los siglos V al XVI no sean de ayuda, sobre todo si se entiende que, si bien el Derecho penal moderno surge sólo en el siglo XVIII, los antecedentes radicados en los trabajos de prácticos, glosadores y postglosadores son imprescindibles para entender ese concreto origen histórico. En todo caso, resulta de gran interés el análisis de la *ratio* en las obras de Rocco que se verán reflejados, luego en el Código del 30 y cómo dicho fin se ha visto transformado ya sea por la práctica, ya sea por la reforma del 2005 en lo que se refiere a la impronta autoritaria de la prescripción, derivada de la teoría de la subjetivización de la norma penal: “El mayor rigor dogmático y sistemático se confunde, en realidad, con la exigencia de fortalecer el derecho sustancial de punir como derecho a la conservación y defensa del Estado a quien corresponde un deber de obediencia penal” (p. 110).

En este punto es posible percibir algunas diferencias evidentes con nuestro sistema y que inciden en el funcionamiento patológico de la prescripción en el sistema italiano. Para empezar, un conjunto de reformas desarmónicas, es decir, aquellas que modifican sólo el

derecho sustantivo, sin parar mientes en el código de rito, condenan al fracaso la operatividad del sistema: la autora insiste en este punto, pues la modificación legislativa del juicio penal no fue acompañada por una oportuna reforma a las causas de extinción de la responsabilidad, lo que redundaría en una sobrecarga excesiva del *Pubblico Ministero* y en donde la prescripción funciona como instrumento deflativo. Así, en los hechos, si bien la instancia persecutoria carece del principio de oportunidad, en la práctica la prescripción penal funciona como filtro, en el sentido que poseen prioridad aquellos procesos respecto de los cuáles existe todavía bastante tiempo para investigar y luego proceder, mientras que se sacrifican aquellos cuyo plazo ya se encuentra *ad portas* de su cumplimiento. En segundo lugar, otra diferencia evidente estriba en cómo el mecanismo prescripcional se haya construido a través de las dos instituciones que contribuyen a su articulación: la interrupción y la suspensión. La primera que se produce como regla general con la condena y la segunda con una serie de actos procesales enumerados en el art. 159. Las sucesivas reformas al respecto han, a juicio de la autora, desdibujado completamente la idea original de Rocco, es decir, que la prescripción funcionase excepcionalmente, complicando un panorama ya bastante enmarañado. Estos graves problemas se desarrollan en los capítulos tercero y cuarto y son uno de los puntos más altos de la obra por el nivel de análisis jurisprudencial y doctrinal desarrollado (p. 133 y 134).

Sobre todo en el capítulo tercero, Simona Silvani deja en claro como la prescripción, a pesar de mantener una fuerte relación con los tiempos del proceso penal, poseen naturalezas diversas. Ello es demostrado a través de una muy interesante comparación entre las pretendidas *ratio* de la prescripción de los delitos y los fines perseguidos por el principio de la duración razonable (*ragionevole durata*) del juicio encaminado a la determinación del ilícito y sus responsables. Con ello, rebate las tesis que, en el Derecho italiano, tienden a identificar la prescripción como uno de los instrumentos que obran a favor del principio procesalístico. Insiste sobre un punto que me parece importante y, a veces, olvidado en doctrina: la prontitud como requisito de la justicia, razonablemente balanceada por el tiempo necesario para la adecuada averiguación de los hechos y sus responsables (p. 149-160). Luego, en el capítulo cuarto se empeña en describir la operatividad práctica del instituto a través de un muy cuidadoso examen de la jurisprudencia atingente, dedicando sendas secciones a los problemas derivados de ciertas categorías de delitos: permanentes, continuados, de corrupción, etc. Ocupa un lugar de interés la operatividad del instituto como herramienta de defensa, en el sentido que, dado que buena parte del impulso procesal está en manos del imputado, el alargamiento del proceso es visto como una forma de escamotear la condena (p. 146). Nuevamente se revelan, entonces, los defectos de la desarmonización del proceso penal –tendencialmente acusatorio– con la configuración de la prescripción en el sistema.

El capítulo sexto emprende el examen de algunos ordenamientos extranjeros, particularmente el español y francés, que comparten algunas características, y el sistema inglés, de interés en el sentido que, como es conocido, carece formalmente de una causa de extinción por el sólo transcurso del tiempo, pero que, bajo ciertos requisitos, admite un cierto efecto destructivo de la pretensión del Estado cuando el proceso se alarga en detrimento de los derechos del imputado. Se echa en falta en esta prospectiva comparada alguna mención al Derecho penal internacional, el cual ha consagrado la imprescriptibilidad

de los delitos consagrados en el Tratado de Roma. Aquello extraña, toda vez que, aun cuando se trata de un trabajo que coloca su interés sobre todo en el Derecho interno, no tomar en consideración el desarrollo de un ordenamiento que se está transformando cada día en una herramienta interpretativa, incluso para las jurisdicciones nacionales, no puede justificarse. Nuevamente, la ausencia de un tratamiento filosófico más profundo de la materia conspira para ofrecer una visión demasiado parcializada de la rica realidad normativa acerca de la prescripción.

El último capítulo del trabajo ofrece la propuesta de la autora, la que se estructura a través de una clara diferencia entre la prescripción del delito y el tiempo de la duración razonable del proceso. Se parte de una premisa: la propuesta sólo dice relación con la prescripción en sus aspectos sustantivos, considerando al proceso italiano actual como un dato “no modificable” (p. 391). Las afirmaciones previas de la autora en el sentido que prescripción y proceso se hayan relacionadas aunque comparten fundamentos distintos hacen pensar que una propuesta de *lege ferenda* que no se pronuncie sobre el tema del rito está condenada al fracaso; sin embargo esta premisa es sólo aparente: la autora si toma en consideración aspectos procesales. En el párrafo sexto del capítulo se refiere precisamente, a la extinción del proceso por el decurso del tiempo. Respecto a la prescripción del delito, se manifiesta contraria a mantener el modelo tradicional que considera que el tiempo para prescribir deba cubrir todo el lapso desde la comisión del delito hasta la sentencia de condena (p. 396). Respecto del problema del *dies a quo* considera correcta el modelo actual, es decir, que su transcurso se inicie en el momento de la comisión del delito, con las excepciones ya conocidas por la ley italiana respecto a delitos permanentes y continuados y agregando, como la hecho el *Code* francés y el Código español de *dies a quo* distintos en el caso de delitos de difícil averiguación, como aquellos de violencia sexual contra menores, admitiendo una solución similar (pero no idéntica) a la asumida por el artículo 369 *bis* del Código penal chileno (p. 404). Respecto al *diez ad quem*, la autora considera necesario que la prescripción termine al momento de la *notitia criminis*, es decir, en el momento en que el delito es descubierto y se realizan las primeras indagaciones para descubrir a sus responsables. Las razones estriban en que en ese momento “se vuelve a encender la memoria del hecho que el tiempo estaba progresivamente esfumando” (p. 405). Respecto al cómputo de los plazos, rechaza el mecanismo actualmente previsto por el *Codice* que relaciona los plazos de prescripción con la pena en abstracto de cada tipo penal –es decir plazos prescripcionales distintos, dependiendo del tiempo de privación de libertad que cada tipo reserva al delito con plazos máximos y mínimos– considerando mejor el sistema original, el cual es similar al chileno.

A este punto, el lector podría preguntarse cuál es la opinión de la autora acerca de la polémica cuestión de la naturaleza de la prescripción, cuestión que ha dividido la doctrina y que, dependiendo de la postura, genera consecuencias sobre todo respecto a la sucesión de leyes en el tiempo. Sobre el particular, y partiendo de la base que la autora considera que la prescripción no posee *un único fundamento* es difícil dar una respuesta. De varias partes de la obra y, sobre todo, de su propuesta de *lege ferenda* parece desprenderse que al menos la prescripción *ante processo* posee naturaleza sustantiva, mientras que la prescripción con *processo avviato*, es decir, aquella que corre desde la interrupción motivada por la *notitia criminis* posee naturaleza adjetiva, pudiendo evadirse, de esta forma, la retroactividad de la

ley penal más benigna, acercándose en ese sentido a la postura de Giunta y Micheletti (ver Giunta, Fausto y Micheletti, Dario, *Tempori Cedere, prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giapichelli, Torino, 2003, especialmente páginas 80 y siguientes). Sin embargo, no existe una declaración explícita sobre el particular y cuando la autora se refiere al tema de la irretroactividad, banco de prueba de la naturaleza de la prescripción, hace referencia justamente a los autores recién citados, a propósito de la inconstitucional norma transitoria de ley 251/2005, conocida como *ex Cirielli* y que, modificando los plazos y mecanismos de la prescripción, proveía una disciplina diferenciada acerca de la aplicación retroactiva más favorable (p. 284) aunque termina afirmando su acuerdo cuando la jurisprudencia de legitimidad condenó a dichas normas transitorias a la inconstitucionalidad.

Como conclusión se puede afirmar que la obra presenta interés sobre todo para conocer en detalle el instituto de la prescripción en el sistema italiano y extraer de dicha experiencia valiosas lecciones. Sobre todo aquella que dice relación con el delicado balance que el Derecho penal debe mantener con el proceso, de modo que una reforma sustancial no puede no tomar en consideración los efectos que ésta traerá en la práctica. Ahora, en lo que se refiere a sus objetivos originales –que no aparecen explícitamente, pues falta en la obra una introducción pero que pueden deducirse de su plan– es decir, *un estudio del tiempo* me parece que estos no se cumplen en forma óptima, toda vez que las reflexiones históricas, filosóficas y comparatísticas no comparecen o no surten un efecto tan decisivo en el capítulo clave, aquél de la propuesta personal. Ello no quita méritos a la obra, pero obliga a redimensionar su alcance.