

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL PARA LOS DELITOS QUE AFECTEN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A. APUNTE PREVIO

La prescripción de la acción penal es uno de los temas más controvertidos en el escenario jurídico nacional. Son diversas las posturas que se han planteado a las cuestiones que van desde su ubicación sistemática hasta los problemas de aplicación en casos concretos. A propósito de este trabajo, se abordarán los alcances de la imprescriptibilidad de la acción penal (en especial, respecto a la decisión de aplicarla en los casos de delitos contra la administración pública¹): ¿se trata de una expresión del Derecho penal de la peligrosidad?

B. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

a. Sobre el concepto de prescripción de la acción penal

El paso del tiempo extingue, en algunos casos, toda posibilidad que el Estado intervenga y sancione a una persona por la supuesta comisión de un hecho penalmente relevante. Y es que el tiempo es un dato de la realidad que tiene efectos normativos. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ considera que –en general– el transcurso de largos periodos de tiempo puede hacer “disminuir hasta incluso desaparecer la necesidad preventivo-especial de la

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona-España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Integrante del Consejo Directivo del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

** Este trabajo, en gran parte, se publicó en la edición n° 46 del Boletín del Estudio Oré Guardia.

¹ El 20 de agosto 2017 se publicó la Ley n° 30650, en la que se establece la imprescriptibilidad de los “supuestos más graves” de delitos contra la administración pública. Sin duda, la aplicación de esta norma requiere de una Ley que delimite los supuestos delictivos ajenos a la posibilidad de prescripción. Entre los antecedentes de esta norma, se tienen los Proyectos de Ley n° 119/2016-CR, 121/2016-CR y 127/2016-CR. De otro lado, utilizo la denominación “delitos contra la administración pública”, que engloba el contexto típico que se quiere “combatir” a través de lo expuesto en la Ley ya mencionada.

pena, dada la ausencia de peligrosidad futura del sujeto. Asimismo, puede verse afectada la necesidad preventivo general (positiva) de la pena”².

En nuestra legislación podemos encontrar muestras de lo expuesto. Así, por ejemplo, una persona es reincidente sólo cuando, *dentro de los cinco años* contabilizados desde el cumplimiento de la pena, vuelve a cometer un delito doloso. Al verificarse la situación de reincidencia, el juez puede agravarle la sanción en una mitad por encima de la pena máxima establecida por el legislador para el delito cometido (art. 46-B del CP). Esta sanción más grave se fundamenta en la mayor peligrosidad objetiva mostrada por el delincuente al volver a cometer un delito, dentro de un plazo determinado³. De ese modo, el tiempo (cinco años desde que cumplió la pena) es un criterio que permite a la autoridad afirmar y —con ello— desvalorar la peligrosidad del sujeto y legitima una pena más severa⁴. De otro lado, el tiempo también es un elemento a tener en cuenta al momento de determinar la legitimidad o no de un proceso. Así, un proceso llevado a cabo en un

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal”, en GARCÍA VALDÉS, CUERDA RIEZU, MARTÍNEZ ESCAMILLA, ALCÁCER GUIRAO Y VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid 2008, p. 678. Se afirma que el “quebrantamiento de la tranquilidad social causada por la comisión ilícita ha quedado superado por razón del tiempo transcurrido, como asimismo la originaria necesidad de su reparación por medio de la sanción es ya exigencia trascendida; el tiempo (...), ha desdibujado aquella necesidad reparadora, si bien no en esencia, sí por lo menos en su apariencia”. SPROVIERO, Juan H, *Prescripción de la acción y de la pena*, Buenos Aires 1998, p. 45.

³ SILVA SÁNCHEZ anota, como un modelo teórico de un Derecho penal de la seguridad, el siguiente: “El único derecho de la seguridad del Estado es el Derecho penal de la culpabilidad por el hecho. Pero es posible advertir, en el caso de los sujetos que, de otro modo, se caracterizarían como peligrosos, incrementos del injusto o de la culpabilidad, que conducen a incrementos de pena”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en AA.VV., *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos (Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6)*, Bilbao 2009, p. 32. ZIFFER, Patricia, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en el derecho penal*, Buenos Aires 2008, p. 188. La autora afirma que “actualmente sigue vigente la comprobación de que es muy poco lo que se sabe acerca de los criminales reincidentes, tanto en cuanto [sic] a su estructura de personalidad como respecto de su desarrollo cronológico y su influenciabilidad con los instrumentos del Derecho penal. Las dudas, sin embargo, no necesariamente han de traducirse en un rechazo categórico de toda decisión de pronóstico”.

⁴ MIR PUIG, Santiago, *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona 1974, p. 190: “tras el transcurso de cierto tiempo, no parece que la *nueva comisión delictiva* (no la antigua, claro está) tenga *la misma* significación que la producida con mayor proximidad respecto de la primera. Las más importantes fundamentaciones de la reincidencia conducen a este planeamiento. La adoptada por nosotros lo impone de forma ineludible (...). El transcurso del tiempo disminuye el *poder* del sujeto de aprovechar como advertencia la pena sufrida. Con ello disminuye el sentido del *desprecio*, cualificado como *rebeldía*, frente a los bienes jurídicos propios de la reiteración, porque pierde intensidad una de las bases esenciales del mismo”.

plazo irrazonable resulta ajeno a un Estado social y democrático de Derecho⁵.

Ahora bien, el paso del tiempo también cumple un papel configurador de la necesidad de intervención del Estado a través de un proceso y de una pena. La acción penal prescribe, de manera ordinaria, cuando se ha superado el plazo máximo de la pena abstracta del delito materia de cuestión (art. 80 del CP)⁶. Y se toma en cuenta el plazo máximo de la pena abstracta sumado en una mitad, cuando se incurra en una causal de interrupción, como lo es la actuación del Ministerio Público (art. 83 del CP), por decirlo en términos generales⁷. Y es que, en principio, el Estado no tiene de modo permanente la potestad de perseguir y sancionar a una persona por un supuesto delito cometido. Existe un plazo que se presenta como una barrera para el *ius puniendi*.

b. La imprescriptibilidad

En el Perú se regula la imprescriptibilidad para injustos considerados de una especial gravedad⁸. Así, mediante el D.S. n° 079-2001-RE se ratificó el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (texto vigente desde el 1 de julio de 2002, según el Of. n° 0-3-A/199-2002-RE [GAB], publicado el 10 de septiembre de 2002). En dicho Estatuto se indicó que los crímenes de competencia de la Corte (por ejemplo, los delitos de genocidio y de lesa humanidad) no prescribirán. Asimismo, se tiene la Res. Leg. n° 27998

⁵ El TC peruano ha señalado que el Estado “no tiene derecho a juzgar a una persona de modo indefinido, pues ello supone contrariar la esencia misma del ser humano representada por su dignidad”. Se afirma que la inexistencia del plazo no puede ser utilizado como un argumento para sostener un juzgamiento *sine die*, pues “ello supondría aceptar la tesis incivilizada de que el juez puede ser arbitrario, inhumano, en tanto la ley no establece un control temporal para el ejercicio de su fin constitucional”. Resolución aclaratoria en la STC n° 3509-2009-HC/TC.

⁶ Según el art. 80 del CP la prescripción ordinaria opera al haberse cumplido tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito denunciado. Acorde a lo establecido por nuestro TC que menciona que “el plazo de la prescripción de la acción depende de la pena conminada para determinado delito” (STC n° 4118-2005-HC/TC). Así las cosas, ¿qué se entiende por pena conminada? Este concepto es también conocido como pena-tipo, es decir, la pena legal o abstracta fijada por el legislador para el delito cometido.

⁷ No toda actuación del Ministerio Público interrumpe el plazo ordinario de prescripción. La Corte Suprema ha establecido que sólo hará surgir dicho efecto la imputación válida presentada por la Fiscalía (Casación n° 347-2011-Lima).

⁸ Como antecedente dogmático, se menciona que cuando se trate de sujetos cuya recuperación social parece imposible, no cabe aplicar la prescripción de la acción penal (BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, París 1823, tomo II, p. 162). De esta forma, se excluye la aplicación de esta causa de extinción de la acción penal a sujetos considerados peligrosos.

(publicada el 12 de junio de 2003), en la que se aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁹. De esta forma, en nuestro sistema jurídico en determinados casos se amplía temporalmente la posibilidad de que el Estado pueda indefinidamente perseguir a una persona¹⁰. Para algunos, se trata de una medida inocuizadora¹¹. Desde mi punto de vista, para determinar la legitimidad de la medida se requerirá establecer el fundamento de la prescripción. Sólo de esa forma se evitará que a través de esta figura se pretenda encubrir o racionalizar los instintos humanos de venganza.

En cuanto a los fundamentos de esta institución, tradicionalmente las posturas se han debatido entre las teorías procesales¹² y las teorías materiales¹³. ¿Se trata de un instituto procesal o un instituto material? o,

⁹ En el preámbulo de la Convención se indica lo siguiente: “es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes (...) los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”.

¹⁰ La imprescriptibilidad en delitos que conllevan la violación de Derechos Humanos conforme al Derecho penal internacional, ha ido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes resoluciones: sentencia sobre el fondo del caso Barrios Altos v. Perú, del 14 de marzo del 2001; sentencia sobre el fondo del caso Bulacio v. Argentina, del 18 de setiembre del 2003 y la sentencia emitida en el caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador, del 22 de noviembre de 2007.

¹¹ PASTOR, Daniel R., *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Buenos Aires 1993, p. 28.

¹² Se dice que la teoría de la prueba es una justificación “clásica” de la prescripción del delito. Y es que, como señala GONZÁLEZ TAPIA, “el argumento central de la misma es que con el paso del tiempo las pruebas del hecho, de la culpabilidad y de la inocencia del sujeto, desaparecen o se dificulta extraordinariamente. Ello incrementa las posibilidades de un error judicial y, en consecuencia, de castigar a un inocente”. De esta manera, el fundamento de la prescripción está también vinculado con el derecho a la presunción de inocencia y el de defensa. También se la ha relacionado con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (el proceso no se puede extender temporalmente más allá de todo plazo razonable). Se cuestiona esta posición, pues en ella lo relevante sería el incorrecto funcionamiento de la administración de justicia y no el tiempo transcurrido. GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, *La prescripción en el Derecho penal*, Madrid 2003, pp. 47 y 55. Para MEDINA, “los hechos acaecidos, por definición, no desaparecen de la realidad por el paso del tiempo; permanecen en el pasado y, obviamente, no son susceptibles de transformación ni exclusión alguna. Además, tampoco, se extingue la punibilidad del hecho realizado porque para saber si un hecho es o no susceptible de ser penado, hay que enjuiciarlo, y la prescripción pretende evitar precisamente que se proceda a emitir tal juicio”. Según dicho autor, la naturaleza de la prescripción es procesal, pues “impide el desarrollo pleno y natural del proceso”. MEDINA CEPERO, Juan Ramón, *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Madrid 2001, p. 7.

¹³ Para la Corte Suprema de Justicia del Perú la prescripción es una institución propia del Derecho Penal sustantivo. Así, en el Acuerdo Plenario n° 8-2008/CJ-116, F.j.10 se menciona que: “La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal”. Además, en cuanto al fundamento de la prescripción de la acción penal se afirma que este radica en “la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, *carecen de contenido lesivo que*

como algunos mencionan, ¿estamos ante una causa de extinción de la “acción penal” o de la responsabilidad penal (“del delito”)?¹⁴.

En la actualidad esta discusión es abordada desde una perspectiva funcionalista, la misma que lleva a decir que las diversas instituciones que fundamentan la imposición de la pena comparten fines comunes, en especial, el de la necesidad de pena¹⁵. La necesidad de pena dota de unidad a los presupuestos de la pena (“artificialmente” diferenciados en materiales y procesales). En esa línea, considero que la prescripción se fundamenta en el decaimiento de la *necesidad de pena* por el paso del tiempo¹⁶. La prevención general y la prevención especial se ven mermadas hasta

justifique su sanción” [se cita a RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón, *La prescripción penal. Fundamento y aplicación*. Barcelona, 2004, p. 45]. Asimismo, en el Acuerdo Plenario n° 1-2010/CJ-116, se indica lo siguiente: “Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal”. Dicha posición también la tiene el TC. En efecto, el Tribunal ha indicado que la prescripción, “desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que *el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma*” (STC n° 1805-2005-HC/TC). Es decir, mediante la prescripción “se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se *extingue* la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, *la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo*” (STC n° 2522-2005-HC/TC).

¹⁴ Si consideramos que se trata de una causa de extinción de la responsabilidad penal, el efecto práctico inmediato sería el siguiente: a. Respecto a la teoría de la accesoriadad de la participación delictiva, a pesar que según el estado del proceso o de la evidencia del caso fue posible demostrar el injusto del autor (cuya acción penal, por alguna razón, prescribió), de ninguna manera podrá sancionarse al partícipe (cuya acción penal no prescribió), ya que el hecho del autor “nunca existió” o “dejó de tener relevancia penal”, por el paso del tiempo. B. Con relación al deber de motivación de las decisiones estaduales (fiscal o juez), la autoridad no deberá pronunciarse respecto la supuesta existencia de un comportamiento penalmente antijurídico, pues éste se “extinguió” al transcurrir el plazo prescriptorio.

¹⁵ Cfr. GILI PASCUAL, Antoni, *La prescripción en Derecho Penal*, Pamplona 2001, p. 63. En sentido similar, GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel, *La prescripción en el Derecho Penal*, Madrid 2003, p. 112.

¹⁶ Anota ROBLES PLANAS: “De ahí dedujo BINDING que el Estado sólo puede reclamar la pena cuando realmente sea necesaria: cuando el Derecho a castigar (*‘Strafrecht’*) se traduce en un deber (*‘Strafpflicht’*) para el Estado. ¿Pero cuándo sucede ello? Ni más ni menos –señaló BINDING– que cuando el mal de no castigar sea superior para el propio Estado que el mal de castigar”. ROBLES PLANAS, Ricardo, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona 2012, p. 36. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Una primera lección de Derecho penal”, en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid 2010, p. 72. Indica con razón que “el castigo no merecido es injusto en términos individuales, por muy necesario que fuera en la perspectiva social. Lo que no excluye que esa necesidad permita la adopción de medidas no punitivas. Por su parte, el castigo innecesario, por individualmente merecido que fuera, es injusto en términos sociales. Por eso, ante el hecho mismo del castigo, y ante cualquiera de sus modalidades, es necesario valorar las dos circunstancias referidas”.

extinguirse por motivos temporales¹⁷. El “llamado de la norma” tiene una actualidad determinada a los efectos intimidatorios¹⁸, mientras que la resocialización del individuo sólo puede operar en un tiempo circunscrito. En resumen, la posibilidad que tiene el Estado de ejercer la acción penal en contra de una persona importa para él o ella un permanente riesgo de castigo. La prescripción anula dicha posibilidad de persecución por el mero transcurso de tiempo. La prescripción se funda en la función que cumple el Derecho penal: de ejercer o no el *ius puniendi* por razones de necesidad¹⁹.

¿Cómo determinar la *necesidad de pena*? Esta se puede fijar teniendo en cuenta la gravedad del hecho (el objeto de referencia de la prescripción no es el responsable del hecho, sino el hecho en sí). La necesidad de pena no es un pensamiento en abstracto, sino concreto, no se puede generalizar respecto de todo comportamiento delictivo; es necesario considerar la naturaleza y las circunstancias de cada tipo de delito. Por ello, hay delitos que por su propia naturaleza mantienen en el tiempo el interés razonable de la colectividad y del Estado para su persecución. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos de genocidio, tortura o de desaparición forzada. Aprecio que en estos casos la pena aparece siempre como necesaria (valoración fundada en el objeto jurídico de protección: la humanidad). La gravedad de estas conductas confirma la intervención del Estado y, por ende, la imprescriptibilidad en su persecución penal.

¹⁷ Se afirma que existe un importante sector de la doctrina que tiende a reconocer a la prescripción un carácter material, “ya que ésta afecta a los propios derechos fundamentales constitucionalmente protegidos –derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)– y al cumplimiento de la función de garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) del justiciable a no ser sometido a un proceso penal más allá del tiempo. Ello obedece a la propia esencia de la amenaza penal que requiere ser actuada de forma rápida y eficaz a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. La distinción tiene, por otro lado, fundamentalmente incidencia en relación a la retroactividad de los plazos de prescripción determinados por una nueva ley”. BARREIRO, Agustín Jorge; RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2ª edición, Navarra 2015, p. 421.

¹⁸ Desde posturas que asumen la prevención general positiva, que no se comparten, también se considera como el fundamento de la prescripción a la necesidad de pena: para que la pena pueda cumplir la función de asegurar la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma infringida, es preciso que la pena esté conectada a la infracción de la norma, conexión que queda debilitada con el paso del tiempo. En España asume esta postura, GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona 1997, p. 80.

¹⁹ Sobre el fundamento de la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción se han elaborado las más diversas teorías, en el fondo de todas las cuales subyace la idea del efecto del paso del tiempo sobre la necesidad y legitimidad de la pena. Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid 2011, p. 1007.

Ahora bien, ¿resulta justificado en la actualidad ampliar los supuestos de imprescriptibilidad?, por ejemplo, ¿deben considerarse imprescriptibles los delitos contra la administración pública? Consideramos que no, quienes exponen este tipo de medidas flexibilizadoras (mejor dicho, anulatorias de la garantía) buscan legitimar la demora e ineficacia del aparato estatal de justicia incluso cuando se afecten los derechos y garantías del justiciable marcado por claros y únicos criterios efectistas abandonados (o que debieran abandonarse) en la dogmática penal actual. A mi juicio, las penas existentes (en gran parte, elevadas²⁰) de por sí justifican y expresan el mayor reproche y con ello se amplía el plazo para la persecución penal (el cálculo del plazo de prescripción se determina, como se anotó, en virtud del máximo de la pena abstracta). Por lo tanto, no habría necesidad de hacer indefinida la posibilidad de procesar y sancionar a una persona en estos casos. Además, en el plano constitucional, esta posición no es proporcional²¹. Al respecto, el principio de proporcionalidad es un límite al poder coercitivo del Estado²². Un sector de la doctrina ha planteado que el principio de proporcionalidad no debe entenderse de modo tradicional como la equiparación entre pena y gravedad total del hecho, sino de modo

²⁰ En la actualidad en el Perú, una persona que provoca dolosamente la amputación de un brazo a la víctima tiene una pena máxima de ocho años (art. 121 del CP). Igual pena máxima se impone al funcionario público que se apropie de una cierta cantidad de dinero del Estado (por ejemplo, mil soles), conforme al art. 387 del CP. Asimismo, quien provoca un perjuicio económico al Estado producto de una colusión desleal tiene una pena máxima de quince años (art. 384 del CP).

²¹ En el plano constitucional, el principio de proporcionalidad no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución Política peruana, siendo deducido, en un primer momento, de la idea del debido proceso material establecido en el art. 139 de la Constitución (STC n° 061-2002-AA/TC). Posteriormente, el TC señaló que: “El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no” (STC n° 0010-2002-AI/TC).

²² Como anota MIR PUIG: “Se trata de una exigencia que no nació, sin embargo, para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionalmente grave, en comparación con su utilidad preventiva –así, cuando para evitar que el pequeño ratero siguiera delinquiriendo fuese necesario encerrarle durante toda su vida–. La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal”. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona 2016, p. 138.

“amplio” a partir de un balance entre los costes y los beneficios de una norma penal o de una decisión judicial. De esta forma, la determinación del plazo de prescripción, orientada a su proporcionalidad, requerirá de un específico proceso de ponderación²³. Se trata de una visión económica del mencionado principio, en el que se refleja –finalmente– la “clásica” lucha entre los postulados utilitaristas y los argumentos garantistas. Con todo, a partir del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, el criterio costo-beneficio utilizado para el cálculo de la proporcionalidad de la medida estatal ha sido tomado en cuenta en el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, considerados sub-principios que ayudan a determinar la legítima proporción de una medida estatal²⁴.

A mi juicio, no es necesario establecer la imprescriptibilidad en los delitos que afectan la administración pública pues, como se apuntó antes, existen otras alternativas menos aflictivas e idóneas para desvalorar la conducta del sujeto. En el caso concreto, existen penas elevadas en nuestro sistema penal para esta clase de delitos, que cumplen con aquella función expresiva que se pretende alcanzar con la “persecución perpetua”. De otro lado, no es proporcional que en delitos que afectan al Estado se establezca este tipo de medidas y no en el caso de delitos en los que se tutelan valores tan preciados como la vida o la salud (más aún si se tiene en cuenta que nuestro sistema penal, de corte liberal, tiene como propósito principal la tutela de bienes jurídicos²⁵ entendidos como aquellos valores²⁶ orientados a resguardar el

²³ HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires 2003, p. 47.

²⁴ La necesidad de que en el ejercicio del poder penal se realice una adecuada ponderación, ha sido reconocida por el TC peruano en diversas resoluciones (SSTC n° 2192-2004-AA/TC, 2235-2004-AA/TC, 0045-2004-PI/TC, entre otras sentencias).

²⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, Buenos Aires-Montevideo 2010, pp. 585-586: “[Las normas] son directivas de conducta, cuya misión es influir sobre los ciudadanos (mediante el mecanismo de la prevención general disuasoria), para que se abstengan de la realización de hechos delictivos”. Con respecto al ciudadano interesado en su seguridad, la norma supone “una fuente de orientación, una institucionalización de su expectativa”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?”, en *CPC* (93), 2007, pp. 37-38: “norma y bien jurídico no tienen por qué ser incompatibles, sino todo lo contrario: ambos se exigen mutuamente, de manera que la norma es la forma y el bien jurídico el contenido”.

²⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, p. 174. Quien sostiene que el concepto de bien jurídico se funda en la relación dialéctica de la realidad con el valor. Además, hace una precisión señalando un ejemplo “el Derecho penal no ha de proteger el ‘valor vida’ en cuanto tal valor, sino las vidas concretas de los ciudadanos. Pero por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuanto meros datos biológicos, sino *por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad*”. La cursiva es mía.

desarrollo de la persona en la sociedad²⁷, dejando en un segundo plano a las instituciones, cuya función político criminal es precisamente garantizar la participación del individuo en la comunidad).

Por último, el cálculo de la proporcionalidad de la medida penal no puede ir desligado de los fines que persigue el Derecho penal. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ sostiene con razón que “por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente”²⁸. Por ello, considero que la finalidad preventiva del propio sistema penal no puede perseguirse a cualquier precio. De lo contrario, se estará instrumentalizando al ser humano. La prevención tiene que ser justa. Y una medida como la expuesta (imprescriptibilidad en los delitos que afecten a la administración pública) no tiene dicho carácter no sólo por las razones que se acaban de exponer, sino porque coloca en primer plano al interés de satisfacer los “sentimientos de justicia” (concepto relativo²⁹) por encima de los intereses del individuo en su propia seguridad (la razonable expectativa de no permanecer por siempre bajo el riesgo de ser procesado y sancionado por el Estado).

C. CONCLUSIÓN

La idea de hacer imprescriptible la acción penal en los delitos que afectan a la administración pública (o de forma más “concreta”, en los “supuestos más graves”), no es necesaria. Resulta, en el plano constitucional, una medida desproporcionada. Tras los argumentos que “justifican” este tipo de

ROXIN, por su parte, explica que el bien jurídico no es un sustrato de naturaleza ideal, sino se trata de una “entidad real”. Además, no tiene por qué tener una realidad material. Lo importante es que sea una realidad necesaria “para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”. ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” (trad. Ortiz de Urbina Gimeno), en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona 2007, pp. 447-448.

²⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 431-432.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 413-414.

²⁹ Se afirma que esencialmente la alarma social es provocada por los medios de comunicación. De modo crítico, se sostiene que en los últimos años tal concepto ha tenido un papel relevante en la configuración de planes de prevención delictiva, tanto en España como en la Unión Europea. Sobre este tema, cfr. FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás, GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel; RECHEA ARBEROLA, Cristina; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, María Isabel; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores y VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*, Madrid 2007, pp. 31-34 y 123 y ss.

reacciones, se encuentra la idea de un Derecho penal máximo en contra de sujetos peligrosos, cuya infracción penal provoca una elevada conmoción social que amerita que la sociedad se defienda (se resguarde). Aprecio que quien comete un delito en contra de la administración pública (funcionario público o no) no es *per se* un “enemigo” en términos funcionales a quien hay que separarlo de la sociedad mediante alternativas inoportunas. Dicha persona es un ciudadano que merece ser sancionado con una pena proporcional al injusto cometido y perseguido con las reglas del proceso adecuadas a un Estado social y democrático de Derecho. De lo contrario, el diseño normativo a imponerse no será propio de una política criminal legítima.