



Reflexiones acerca de *la incertidumbre*

Miguel Schweitzer W.

Decano Facultad de Derecho. UFT

Nada puede resultar más incentivante que referirse a la incertidumbre en los períodos de crisis, sea que se trate de un periodo de mercados volátiles y de economías depresivas, sea que se trate de períodos preelectorales con resultados imprevisibles, sea que se trate de momentos en las vidas personales en que no se avisan resultados probables sino inciertos.

Enfrentar la incertidumbre entonces, puede ser la musa del creador, pero al mismo tiempo puede convertirse en el sepulturero del estructurado. Como una moneda, la otra cara de la incertidumbre es la certeza. Y como en el mundo de las artes la primera puede llegar a ser imprescindible, en el mundo del derecho la segunda es también crucial.

Desde los griegos, afirma el Profesor Enrique Cury, la certeza jurídica y origen del instituto que la consagra –la prescripción–, se viene transmitiendo primero al derecho romano, más tarde al derecho canónico, para terminar consagrándose en la codificación francesa.

Hasta no hace mucho, en nuestro país no se discutía

que en materias jurídicas resultaba indispensable como necesidad social, el tener certeza jurídica. Las instituciones, en su necesaria estabilidad, no podían dar lugar a la incertidumbre. Lo que podía ser discutible era que, llegado un momento esa situación tenía que adoptar certeza y por ende, pasar a ser indiscutida. Había operado el instituto de la prescripción.

En el ámbito penal, la incertidumbre no resulta concebible, y mucho menos, en un sistema reglado y codificado como el que nos rige. El principio rector es el de la legalidad, que se traduce en el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, o sea, no puede castigarse un hecho como delito si no hay una ley anterior que lo haya descrito y sancionado. La certeza es rectora.

En paralelo a lo anterior, si no ha sido posible determinar quien es el autor de un hecho que constituye delito, o habiéndose establecido, éste no ha sido habido, ello no puede ser indefinido. Tanto ese autor, como la víctima, pasado un período de tiempo, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, transformarán su incertidumbre –de ser descubierto y de obtener reparación– en certeza

"quizá no sea aventurado pensar que, a medida que transcurre el tiempo, algo de la certeza en nuestro país irá dejando paso a un poco de incertidumbre, con todas las ventajas que ello supone"...

y la responsabilidad penal del autor quedará extinguida y la expectativa de reparación de la víctima, frustrada. Lo que no se concibe en nuestro derecho es mantener la incertidumbre de si será o no castigado algún día, o por el contrario, si la víctima alcanzará en algún momento su reparación. Pasado un tiempo, la situación se sana y ambas partes –para bien o para mal, según el caso– saben a que atenerse. Prescribió la acción penal o la pena y el *ius puniendi* del Estado no puede hacerse efectivo, en aras de la certeza jurídica necesaria para la paz social.

Lo mismo es aplicable a la pena asignada, si el autor logra evadir su aplicación –sea porque al momento de la sentencia estaba en libertad o porque logra fugarse– puesto que transcurrido un período de tiempo sin que haya sido atrapado, esa situación incierta termina y la certidumbre toma su lugar, pues no podría aplicársele la sanción por estar ella prescrita.

Ello se recoge entonces por el derecho penal, en el instituto denominado de la prescripción, que hace que tanto la acción penal como la pena, no puedan ser ejercidas o aplicadas, si ha transcurrido un período de tiempo desde que ocurrió el hecho punible o se dictó sentencia condenatoria, sin que el autor del hecho o el condenado haya sido encontrado.

Como es obvio, es ésta una institución que –en palabras del profesor Alfredo Etcheberry– “no está cimentada en una idea estricta de justicia, sino más bien, de paz social”¹, pero que sin embargo resulta imprescindible en la práctica.

Rodríguez Devesa, por su parte, la define como aquella “que consiste en la extinción, por el transcurso del tiempo, del derecho del Estado a imponer pena o a hacer ejecutar la ya impuesta”². Para Enrique Cury,

el fundamento de índole material lo encuentra en el transcurso de un período de tiempo más o menos prolongado, que hace que la exigencia de retribución y la necesidad de imponer o ejecutar una pena como forma de prevención general se atenúe hasta desaparecer.³

Los autores, en general, centran el fundamento de la prescripción en que el transcurso del tiempo debilita la pretensión punitiva del Estado, agregándose que, a medida que pasa el tiempo se dificulta la obtención o la mantención de las pruebas, afectando con ello el debido proceso. Por último, pasado el tiempo, los cambios en la personalidad del delincuente –su edad, su posible resocialización, la menor energía criminal, etc.– así como el olvido del recuerdo, hacen que resulte innecesaria la sanción o su aplicación en concreto. En suma, es en palabras de Antón Oneca y Rodríguez Muñoz “el efecto destructor del tiempo”.⁴

Cury rechaza sin embargo el argumento de la dificultad en la obtención o mantención de las pruebas, debido en parte, porque ello no siempre ocurre y además, porque no puede ser aplicable para la prescripción de la pena ya impuesta. Añade, que no tendría sentido la diferencia de plazos según la gravedad del delito en esta materia, puesto que las pruebas de un delito de hurto menor pueden dificultarse igual o más que las de un homicidio calificado.⁵

Si bien es cierto, es preciso aceptar que la iniquidad que conlleva el saneamiento de hechos criminosos sucumba ante la necesidad de paz social por el inefable transcurso del tiempo, ello contempla paliativos como la suspensión y la interrupción de la prescripción, significando que, en el primer caso, si se ha vuelto a delinquir, se pierde el tiempo transcurrido y vuelve a contarse el plazo desde el comienzo de ejecución del nuevo delito para ambos. La interrupción se produce cuando se inicia la persecución penal pero ésta deja de activarse por un período de tiempo, lo que hace que el plazo de prescripción que estaba corriendo se interrumpa, pero vuelva a correr sin contarse el tiempo intermedio cuando vuelve a activarse el proceso o la aplicación de la pena.

Sin embargo, la aceptación de la prescripción –en cuanto a instrumento indispensable de la certeza jurídica– como

necesidad de paz social, no es unánime en doctrina y a medida que transcurren los años, la dogmática penal ha ido cambiando.

En Italia, Giuseppe Bettiol señalaba que, si bien la prescripción era una respuesta a una necesidad social en que los derechos no ejercidos durante un período de tiempo deben entenderse extinguidos y que en materia penal puede intervenir la enmienda del reo y su readaptación social, así como que la alarma social que provocó la comisión del delito se desvanezca, con lo que desaparecería la necesidad del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en aquellos casos que merecen la pena de muerte o el presidio perpetuo, la legislación italiana no aplica la prescripción, ya que se estima que no se produce ni el olvido ni la resocialización.⁶

A su vez, después de la II Guerra Mundial, la atrocidad de los crímenes cometidos y el recuerdo permanente de éstos, ha hecho que muchos países declaren imprescriptibles los delitos denominados de lesa humanidad, concurriendo con la moderna doctrina del derecho internacional humanitario, que prefiere la necesidad de paz social en aras de no aplicar ni la prescripción ni las leyes de amnistía a los crímenes atroces.

Lo que además concuerda con el Common Law que –salvo las excepciones contenidas en las leyes escritas (Statute Law)- no considera la prescripción como un instituto de general aplicación. Ello por cuanto, para dicho sistema normativo, fundamentado en la resolución de casos y en que el precedente determina y conforma su doctrina, la incertidumbre no es un obstáculo y la certeza no constituye una necesidad.

El tema, de por sí discutible, lleva a reflexionar si quien cometió un delito que, sea porque no se denunció o por

cuanto no se descubrió quien había sido su autor, pasados los años, y efectivamente habiéndose readaptado el criminal y olvidado o perdonado su conducta por la víctima, debe no obstante continuar la incertidumbre en cuanto a que en cualquier momento puede él ser llevado a juicio y eventualmente ser condenado.

Así como no pareciera ser razonable que, ante tal situación no pueda operar la certeza jurídica a través del mecanismo de la prescripción, tampoco parece racional ni equitativo que, frente a crímenes atroces, donde difícilmente puede concebirse que opere el olvido y la reinserción social del delincuente, el autor del crimen se beneficie del instituto de la prescripción a expensas de la víctima y de la prevención social.

Se debería abogar entonces porque, en materia penal, el principio general sea el de la certidumbre, que implica, según la gravedad del delito perpetrado, establecer plazos diferenciados de prescripción de la acción y de la pena. Esto es, que una vez que hayan transcurrido, no se podrá ejercer la primera ni aplicar la segunda.

Sin embargo, ello no podría establecerse para aquellos casos de crímenes atroces –como los denominados de lesa humanidad y quizá algunos otros a definir- en que debe prevalecer siempre la posibilidad de ejercer la acción penal contra el responsable o aplicar la pena al condenado, tanto como medida de prevención social indispensable cuanto como forma de satisfacción a la víctima.

Como un corolario para el campo del derecho penal, quizá no sea aventurado pensar que, a medida que transcurre el tiempo, algo de la certeza en nuestro país irá dejando paso a un poco de incertidumbre, con todas las ventajas que ello supone, pero también con todos los inconvenientes.

1. Alfredo Etcheberry: Derecho Penal T.II pag.257

2. José Rodríguez Devesa: Derecho Penal Español. Parte General T. I pag.582

3. Enrique Cury: Derecho Penal T.II pag.429

4. Antón Oneca y Rodríguez Muñoz: Derecho Penal T.I pag.575

5. Enrique Cury: ob. cit.

6. Giuseppe Bettiol: Diritto Penale pag.738