

4. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Malversación de caudales públicos. Cumplimiento del plazo de prescripción de las penas corporales impuestas

HECHOS

La Corte de Apelaciones revoca la resolución impugnada, que denegó la petición de la defensa para que se reconociera la prescripción de las penas impuestas en sentencia firme, y en su lugar se declaran prescritas las penas de cinco años de presidio menor en su grado máximo y de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, que le fueron aplicadas al condenado.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (acogido - revoca).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Valparaíso.*

ROL: *2691-2019, de 9 de enero de 2020.*

PARTES: *Ministerio Público con Enrique Kittsteiner Yovanini.*

MINISTROS: *Sr. Raúl Eduardo Mera M., Sr. Pablo Droppelmann C. y Abogado Integrante Sra. Susana Bontá Medina.*

DOCTRINA

Las disquisiciones que ante estrados se efectuaron por la Fiscalía y la querellante, respecto de la gravedad de los ilícitos y de lo que repugna la impunidad alcanzada en los hechos por el sentenciado, no pueden considerarse aquí. Esas razones, de nuevo, pueden esgrimirse de lege ferenda, para criticar el tratamiento que la ley da a la prescripción de la pena, pero no pueden ser atendidas por la Corte para contrariar la ley vigente. Pesa en el ánimo, claro, que un sujeto condenado por delitos tan repudiables, particularmente en un momento histórico en que la corrupción es especialmente desvalorada, como debe ser, obtenga impunidad; y cuánto más ha de pesar que la obtenga porque tiene los medios económicos y de cobertura social que le permitieron ocultarse, como por lo común no pueden hacerlo otros delincuentes de menor peso social y económico, que por eso mismo, desde la perspectiva moral son menos execrables. Pero ese pesar anímico no puede justificar que los jueces, que lo son de derecho y no de moral ni de justicia abstracta, pasen por sobre las reglas legales vigentes que les obligan a declarar una prescripción que, en efecto, está cumplida. Por consiguiente, habiéndose dictado la sentencia condenatoria de término con fecha seis de octubre de dos

mil catorce, y no habiendo comenzado nunca a ejecutarse ninguna de las penas de simple delito aplicadas al condenado, sin que conste que éste haya salido del país ni que haya cometido nuevos ilícitos en el intertanto, el plazo de prescripción de ambas penas de presidio menor en su grado máximo que se le impusieron se completó el 6 de octubre de 2019 (considerandos 8° y 9° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/4727/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 93 N° 7°, 97, 98 del Código Penal.*

¿PUEDE EFECTIVAMENTE EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE
UNA PENA ‘SUCESIVA’ CORRER DESDE LA SENTENCIA DE TÉRMINO?

DIVA SERRA CRUZ¹
Universidad de Chile
Universidad de Roma “La Sapienza”

Nos encontramos ante una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que se pronuncia sobre un recurso presentado por la defensa de un imputado, condenado con dos penas corporales de presidio menor en su grado máximo por delitos de malversación de caudales públicos. Sin embargo, la defensa no recurre de dicha condena, sino de la resolución mediante la cual se niega la declaración de la prescripción de ambas penas, en razón de lo establecido en el art. 102 del Código Penal que, de acuerdo a lo afirmado por el tribunal recurrido, exigiría la comparecencia personal del imputado, que no se verificó en la especie, y porque además procedería, de acuerdo a la opinión manifestada en la resolución, la aplicación de la figura de unificación mediante sumatoria de las penas de cinco años y tres años y un día, lo que daría un total de ocho años y un día de condena, mutando las dos condenas por simple delito, en una condena por crimen, y modificando como consecuencia de este hecho, el plazo de prescripción desde cinco años a diez, criterios ambos que el tribunal de alzada no comparte en absoluto, revocando el fallo y declarando la prescripción de ambas penas por separado.

Todavía, más allá de las interesantes discusiones que se pueden plantear tanto en relación a la existencia o no de una exigencia de comparecencia personal previs-

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Abogada de la misma Universidad. Doctoranda en Derecho Público (mención derecho penal y procesal penal), Universidad de Roma “La Sapienza”, Becaria Conicyt, Programa beca doctorado en el extranjero, Convocatoria 2017, Resolución exenta de aprobación de convenio N° 6141/2017.

ta en el art. 102 CP, como respecto de la posibilidad de sumar penas para efectos prescriptivos, modificando como consecuencia el plazo de prescripción aplicable, me parece que merece especial atención la interesante sugerencia planteada en el considerando sexto y catalogada por la Corte como *de lege ferenda* respecto del momento a partir del cual comenzaría a correr el plazo de prescripción de una pena que no es susceptible de cumplirse porque debe primero ejecutarse la pena más grave, cuestión que resolvería el art. 98 del CP indicando –simplemente– que en ese caso la prescripción correría desde la sentencia de término.

En primer lugar, es importante tener presente que el ordenamiento jurídico chileno distingue en materia de prescripción penal, entre prescripción de la acción penal, y prescripción de la pena, regulando ambos casos de extinción de la responsabilidad penal por el paso del tiempo en el art. 93, numerales 6° y 7°. La prescripción de la acción penal se produce “por el transcurso del tiempo después de cometido un delito y antes de pronunciarse la sentencia condenatoria”², y la prescripción de la pena, por el transcurso del tiempo después de la sentencia condenatoria y antes del cumplimiento total de la condena”³, instituto este último respecto del cual se generan los problemas en el caso comentado, pues existe una condena a sufrir dos penas corporales de presidio menor en su grado máximo, de fecha 12 de agosto del año 2014, la que, sin embargo, no comenzó nunca a ejecutarse.

Ahora bien, antes de concentrarnos en el análisis del problema que hemos declarado como aquel que merece mayor atención, dedicaré algunas palabras a explicar porque me parece que la Corte de Valparaíso ha resuelto correctamente el problema en relación con la aplicación del art. 102 CP, si bien con una prevención. Sin embargo, no será posible ahondar mayormente en relación con el segundo problema, es decir, a si procede o no la sumatoria de las sanciones con fines prescriptivos, modificando en consecuencia una prescripción de cinco años para convertirla en una prescripción de diez, ya que lamentablemente considero que faltan elementos de juicio para evaluar críticamente la decisión del tribunal,

² ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal. Tomo Primero. Parte General*. Tercera edición revisada y actualizada, (Santiago, 1997), p. 257. El autor hace presente, además, que la institución de prescripción de la acción penal se denomina, en el derecho comparado, prescripción del delito, indicando adicionalmente que la Comisión Redactora del Código acordó expresamente cambiar dicha expresión por la actual “por ser más propia en su significado aquella frase que ésta”. En ese sentido, el código penal español al regular las causas de extinción de la responsabilidad penal se refiere a la prescripción del delito y la prescripción de la pena en los numerales 6° y 7° del art. 130 respectivamente; por su parte, el código penal italiano habla de la prescripción como causa de extinción del delito en el art. 156 (*la prescrizione come causa di estinzione del reato*), y luego en el art. 172 se refiere a la prescripción como causa de extinción de la pena (*la prescrizione come causa di estinzione della pena*).

³ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, ob. cit., p. 257.

pues no se profundiza en las razones –normativas o de principio– que ha tenido a la vista el tribunal recurrido para acoger dicha sumatoria, y el tribunal de alzada para rechazarla, más allá del texto del art. 74.

Como he anunciado en párrafos precedentes, el contenido del art. 102 CP es uno de los argumentos utilizados por el tribunal recurrido para negarse a acoger la solicitud de prescripción de las penas corporales aplicadas, indicando que se trataría de un artículo que exige la presencia personal o física de parte del imputado, cuestión que no se verificaría en la especie. Sin embargo, se trata de un razonamiento que el tribunal de alzada contradice, precisamente por considerar que, de acuerdo con la norma citada, sí bastaría la presencia jurídica del imputado, dado que la exigencia de presencia física por parte de éste podría entenderse en cualquier caso como una exigencia en relación con la declaración de la prescripción de oficio, y no a petición de parte, cuestión que exige un análisis sumamente cuidadoso, pues la acertada afirmación de necesidad presencial simplemente jurídica se debilitaría ante el reconocimiento de una exigencia de presencia física basada en la misma norma, aplicable al caso de declaración de oficio.

El problema interpretativo del art. 102 proviene de la expresión utilizada en la norma con relación al imputado o acusado⁴, cuando se señala que este “se halle presente en el juicio”, lo que el tribunal recurrido ha interpretado como una exigencia de presencia física, acogiendo las alegaciones de la Fiscalía que considera, a luz del nuevo Código Procesal Penal, en especial del art. 102 CPP, que si la presencia del imputado se satisficiera con la representación del letrado defensor “nunca habría un condenado ausente”⁵.

En relación con la discusión que se genera en sede interpretativa, es importante tener presente que las normas de prescripción, sea de la acción como de la pena, son normas de orden público y que, tal como indican los arts. 101 y 102 del CP, será declarada de oficio por el tribunal, el afectado no puede renunciar a ella, y corre a favor y en contra de toda clase de personas. Ahora bien, no obstante poderse declarar de oficio, para que el tribunal decrete dicha prescripción, es necesario –de acuerdo con lo establecido expresamente por el art. 102– que el imputado o acusado se encuentre “presente en el juicio”, lo que significa que no se puede proceder en su rebeldía, tratándose de una norma que exige la presencia jurídica y no material del imputado o acusado⁶,

⁴ Antes de la reforma procesal penal contenida en la Ley N° 19.806, el artículo se refería al procesado en lugar de imputado o acusado.

⁵ Argumento de la Fiscalía, citado por el Tribunal de alzada en el considerando segundo.

⁶ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, ob. cit., p. 261.

pudiendo éste actuar en dicha diligencia por medio de abogado o apoderado sin problema, opinión que defiende el tribunal de alzada siguiendo en ello a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

Sin embargo, creo que la interpretación recién expuesta no debería verse afectada en modo alguno, a la vista del nuevo proceso penal y, en especial, a la calidad de imputado contenida en él, que pretende superar la antigua concepción de reo o procesado con el objetivo de “ampliar la cobertura de protección de una persona imputada de un delito”⁷. Por ello, el nuevo Código ha decretado a favor del imputado la obligatoriedad de la defensa⁸, el derecho a no ser juzgado en ausencia⁹, y el derecho a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo durante todo el procedimiento¹⁰, cuestiones que no se traducen en la exigencia de su presencia en cada una de las actuaciones ante el tribunal, pues cuando esta es requerida, el CPP lo ha exigido expresamente, como por ejemplo en la audiencia de formalización de la investigación en que el “imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente”¹¹, razón por la cual no se puede modificar, basándose en estas normas, la interpretación que se ha dado al artículo 102 CP en orden a considerar que la presencia requerida del imputado por la norma es jurídica y no física.

De este modo llegamos a la sección más interesante del fallo y, quizás, como el propio tribunal afirma en el considerando sexto, aquella que podría contener la objeción más plausible contra la prescripción de –al menos– parte de la condena, en el sentido que, precisamente porque las penas debían cumplirse una tras otra y se principiaba por la más grave, la lógica indicaría que sólo ésta podría haber prescrito, pues la menos grave no era aún susceptible de cumplirse, mientras no se satisficiera o se declarara prescrita la primera. Indica adicionalmente el tribunal que se trataría de una objeción *de lege ferenda* para reformar el art. 98 que, en su texto vigente, dispone que la prescripción se cuenta (cuando la pena no se ha comenzado a cumplir) no desde que hubiere debido principiar a ejecutarse, sino desde la fecha de sentencia de término, cuestión que creemos debe ser ponderada, pues si la solución planteada es solo *de lege ferenda*, significa que el ordenamiento jurídico chileno, atendido el modo de computar el plazo

⁷ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I. Primera edición, (Santiago, 2002), p. 224.

⁸ Art. 8° CPP.

⁹ Art. 93, letra i) CPP.

¹⁰ HORVITZ LENNON; LÓPEZ MASLE, ob. cit., p. 240.

¹¹ Art. 232 inc. 1 CPP.

de prescripción contenido en el artículo referido, posibilita la dictación de penas imposibles de ejecutarse.

El texto del artículo 98 proviene íntegramente de la norma respectiva del Código Penal español¹², ordenamiento jurídico en el que se ha planteado en numerosas ocasiones el mismo problema que en el caso comentado, razón por la cual el año 2015 se reformó para agregar un segundo numeral que regula la suspensión del plazo de prescripción de la pena durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75¹³, que en términos muy similares a nuestro artículo 74 indica que cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.

No obstante la reforma al artículo 134 recién transcrita, el propio Tribunal Supremo ha indicado que ésta, en realidad, no implica una modificación del régimen jurídico anteriormente vigente, limitándose simplemente a “explicitar que la interrupción de la prescripción que comportan estas actuaciones, por tratarse de contingencias inherentes a la *ejecución natural de la pena*, suponen una mera paralización del plazo y no el reinicio del periodo de cómputo, para aquellos supuestos a los que esta circunstancia puede tener relevancia”¹⁴, razón por la cual me parece relevante ponderar, si más allá de reconocer como necesidad una reforma al art. 98, hoy se puede llegar a una conclusión que se haga cargo de las diferencias evidentes que existen entre una pena única, cuyo cómputo de prescripción puede correr sin problemas desde la sentencia, y el caso en que decretándose dos penas, una de ellas debe necesariamente cumplirse después de ejecutada la primera, pues de lo contrario su cumplimiento se volvería ‘ilusorio’.

Pensemos precisamente en el caso actual, en el que nos encontramos ante dos penas corporales de presidio menor en su grado máximo, una de cinco años y otra de tres años y un día. Así, si se considera que la prescripción corre pura y simplemente desde la fecha de la sentencia de término, asumiendo que ambas penas tienen una prescripción de cinco años, la ejecución de la segunda

¹² Se trata de la norma contenida en el art. 134 del texto actualmente vigente.

¹³ Se trata de la letra b) del numeral 2 del art. 134, incorporado mediante la ley orgánica 1/2015, de fecha 30 de marzo del año 2015. Para un estudio profundo sobre la discusión en relación con la suspensión de la prescripción de la pena, se recomienda el trabajo de CÁRDENAL MONTRAVETA, Sergio, “Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 21, 2019, pp. 1-28.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Penal, 4430/2018, de fecha 21 de diciembre de 2018.

se tornaría, en caso de existir efectiva ejecución de la primera, imposible o, utilizando las palabras de nuestro legislador, ‘ilusoria’, pues una vez concluido el cumplimiento de la primera pena, la segunda se encontraría en estado de ser declarada prescrita.

Para evitar problemas como el enunciado y, aun en ausencia de una norma que resolviera expresamente el problema, parte importante de los tribunales españoles consideraron que aun cuando el precepto establece sólo dos momentos de inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, “implícitamente cabía inferir de su redacción, como pacíficamente admitía la doctrina, que en él se contemplaba el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción”¹⁵, es decir, la prescripción se consideraba interrumpida de manera ‘natural’, cuando la sentencia condenatoria dictada se estuviera ejecutando en los términos legalmente previstos, que no era más que el cumplimiento sucesivo por orden de gravedad de las penas privativas de libertad que debieran llevarse a término¹⁶.

Así, una interpretación como la precedente resultaría no sólo compatible con el ordenamiento jurídico vigente en Chile, sino además adecuada para resolver el problema que se produciría a la hora de ejecutar penas decretadas como sucesivas, precisamente para evitar que su cumplimiento se vuelva ‘ilusorio’, pues el plazo de prescripción no puede continuar corriendo en el tiempo durante el cual una sanción se está ejecutando, precisamente en los términos legalmente establecidos, debiendo interrumpirse (criterio jurisprudencial español antes de la reforma), o suspenderse (criterio legal reconocido a partir de la reforma). Sin embargo, sea que se adopte el criterio jurisprudencial pre-reforma, o el criterio reconocido en la ley española después de ella, la hipótesis contemplada en el caso comentado no quedaría cubierta, pues el hecho que legitima detener el cómputo de la prescripción es la ejecución legal de la pena, no la falta de ella, que permitiría en el caso particular que los tiempos sigan corriendo en contra del Estado y a favor del imputado desde la dictación de la sentencia de término, no habiendo lugar a la excepción.

Evidentemente, una reforma legal zanjaría la discusión, pero en el intervalo es importante hacerse cargo del problema, pues no debería aceptarse como respuesta aquella que implica que la aplicación de una pena se vuelve ‘ilusoria’, sobre todo a la luz del hecho de que el propio legislador reconoce dicho criterio como uno que debe ser atendido, razón por la cual se reguló la aplicación sucesiva de penas con el objetivo preciso de “evitar que el reo eluda el cumplimiento de las

¹⁵ Tribunal Constitucional español, sentencia 97/2010 de fecha 15 de noviembre del año 2010.

¹⁶ Razonamiento del Tribunal Supremo español, sala penal, manifestado en diversas causas, véase, por ejemplo, 4430/2018, y anteriores a la reforma del art. 134 numeral 2, sentencias números 127/1984, 148/2013 o 12/2016.

penas privativas de libertad”¹⁷, cuestión que sucedería en el caso de reconocer que el cómputo de prescripción para el caso de la pena sucesiva corre desde el momento de la sentencia de término, aún en el caso de que exista cumplimiento efectivo de la pena más grave.

¹⁷ LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, tomo I. Novena edición, actualizada por ZENTENO, Julio, (Santiago, 1995), p. 177.

CORTE DE APELACIONES

Valparaíso, nueve de enero de dos mil veinte.

Vistos y considerando:

1.- Que la defensa del condenado reclama que se declare la prescripción de las penas corporales que le fueron aplicadas en la sentencia firme, petición denegada en primer grado sobre la base de dos argumentos; el primero consiste en que para declarar esa prescripción se requiere que el condenado esté presente, conforme lo exige el artículo 102 del Código Penal, en tanto que el sentenciado de autos está ausente, pues no se ha presentado al tribunal, ni ha sido habido, sin que baste la comparecencia de su apoderado porque la ley requeriría una presencia personal o física, y no la meramente jurídica. El segundo argumento refiere que, como se le ha impuesto al condenado dos penas, una de cinco años y la otra de tres años y un día, ambas de presidio menor, lo que cabe hacer es sumar sus cuantías, arribando de ese modo a un total de ocho años, que es ya pena de crimen y no de simple delito, con lo cual el plazo de prescripción no es de cinco años, sino de diez.

2.- Que en lo que toca al primer argumento, el mismo es errado. Ante

todo, la posición doctrinaria y jurisprudencial ampliamente mayoritaria señala desde antiguo que la presencia requerida por el artículo 102 citado es jurídica y no material. Ahora bien, ha dicho la Fiscalía ante estrados que eso ya no se puede sostener en el nuevo sistema procesal penal, puesto que el artículo 102 del Código Procesal del Ramo dispone que el imputado, y luego condenado, queda amparado por defensa jurídica –de oficio o particular– “hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare”, con lo cual, si la calidad de presente que requiere para el sentenciado el artículo 102 del Código Penal, se satisficiera con la representación del letrado defensor, entonces nunca habría un condenado ausente y la exigencia de que esté presente, que esa norma contiene, carecería de sentido. Esa reflexión puede responderse diciendo que el cambio de sistema procesal no puede implicar que varíe la naturaleza de una exigencia que estaba establecida desde mucho antes por el Código Penal, de modo que si esa referencia a que el reo esté presente pierde ahora sentido, pues así ha de ser, lo que a todo evento se constituiría en un incentivo para modificar la ley, no para descubrir ahora que el artículo

102 del Código Penal dice algo distinto a lo que siempre se entendió que decía. Pero si la argumentación esgrimida por el Ministerio Público se admitiera y aceptáramos que el artículo 102 del Código Penal exige ahora una presencia física del condenado, tenemos que esa presencia se requiere como requisito para proceder de oficio a declarar la prescripción de la pena; no se requiere, en cambio, para declararla a petición de parte, y esto, que resulta fundamental para resolver el punto en este caso, tiene una lógica evidente.

3.- Que, en efecto, admitido que fuera que la presencia requerida es la física, tenemos que la norma cobra pleno sentido, concordándola con el artículo 102 del Código Procesal Penal: si nadie pide la prescripción, en el momento en que el condenado se presente (físicamente) o sea habido, el juez de inmediato deberá estudiar, y en su caso declarar, la prescripción, sin esperar requerimiento de parte. De ese modo se evita que se cumpla una pena que ya debería declararse caducada por el término transcurrido. Pero si el sentenciado no comparece en persona ni ha sido habido, nada le toca declarar al juez de oficio, porque no se está ante el caso de efectivo cumplimiento de aquello quizás fenecido. No existe, pues, en ese caso, la urgencia de resolver si la pena pervive o no, y esa es la razón por la que el juez nada ha de declarar de oficio al respecto. Pero la parte siempre tiene el derecho a reclamar que esa prescripción se declare, y entonces esa sola petición revela la necesidad de resolver el punto y no

hay ninguna razón para exigir que el sentenciado se presente personalmente. No la hay, porque la ley no la exige (solo lo hace para proceder de oficio, en la tesis que analizamos) y porque la exigencia misma no tiene sentido. La comparecencia personal no es un requisito que la ley contemple por razones voluntaristas, para “castigar” al que persiste en ocultarse. Su único sentido posible es el de liberar al juez del deber de escudriñar qué penas puedan estar prescritas, de entre las impuestas en causas falladas muchos años antes, cuya ejecución no se haya concretado, si nadie ha pedido que se declare la prescripción. Ese deber nacería solo si el condenado aparece o es habido, para que no se cumpla una pena que ya no subsiste; pero también nacerá si la parte, a través de su apoderado, lo solicita, que es precisamente el caso de autos. En ambos casos nace ese deber porque en los dos se entera oficialmente el juez (sin necesidad de imponerle la carga de revisar cuanto fallo antiguo sin ejecutar exista) de que hay una pena que puede haber prescrito.

4.- Que despejado, entonces, que el primer argumento de la negativa es equivocado, cabe hacerse cargo del segundo, según el cual han de sumarse las dos penas corporales aplicadas, para, en base al total de tiempo resultante, calificar el producto como pena de crimen o de simple delito, lo que llevaría en este caso a concluir que el acusado fue condenado a ocho años y un día de presidio, lo que configura pena de crimen y por ende prescribe

en diez años. Ese argumento también es equivocado.

5.- Que, en efecto, lo que prescribe son las penas impuestas en la sentencia firme. Cada pena. El condenado de autos no lo fue a sufrir una sanción de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo; lo fue a dos penas de presidio menor en su grado máximo; una por cinco años y la otra por tres años y un día, lo que quiere decir que fue sentenciado a dos penas de simple delito. Aquí no cabe modificar el fallo y aplicar ahora una suerte de unificación jurídica. En la especie se le sancionó conforme a lo preceptuado por el artículo 74 del Código Penal, que dispone que al culpable de dos o más delitos se le impondrán “todas las penas” correspondientes a las diversas infracciones, y que regula luego la forma en que ellas se cumplirán, cuidando incluso de decir que ese cumplimiento será simultáneo solo cuando ello no implique que alguna de las sanciones resulte ilusoria, caso en el cual las sanciones se sufrirán en orden sucesivo, comenzando por la más grave, que es lo que aquí se dispuso. Por tanto, no cabe duda de que se aplicaron dos penas distintas y por lo mismo es la naturaleza de cada una de ellas, por separado, la que hay que estudiar para saber cuál es el plazo de prescripción que a cada cual corresponde.

6.- Que una objeción más interesante podría formularse diciendo que, precisamente porque las penas debían cumplirse una tras otra y se principiaba por la más grave, la lógica indicaría que solo ésta podría haber prescrito,

pues la menos grave no era aún susceptible de cumplirse, mientras no se satisficiera, o se declarara prescrita, la primera. Ese razonamiento, sin embargo, podría ser un buen argumento *de lege ferenda* para propiciar una reforma del artículo 98 del Código Penal, pero no puede esgrimirse contra el texto vigente, que dispone con toda claridad que la prescripción se cuenta (cuando la pena no se ha comenzado a cumplir) no desde que hubiere debido principiar a ejecutarse, sino desde la fecha de la sentencia de término. Luego, la prescripción de las dos penas de simple delito aplicadas en la especie, comenzó a correr desde la fecha de aquel fallo y se completó tras cinco años, por no constar que el sentenciado haya abandonado el país, ni tampoco que hubiere cometido en el intertanto otro delito.

7.- Que Fiscalía y querellante hacen hincapié en que esta Corte, al conocer el recurso de apelación respecto de la pena sustitutiva que en definitiva se negó al condenado, tuvo en consideración la extensión sumada de las sanciones impuestas. Eso, sin embargo, no cambia el hecho de que se aplicaron dos penas distintas, y el tenor actual del inciso final del artículo 1º de la Ley N° 18.216 reafirma todo lo razonado al respecto, porque además de que es de redacción posterior al fallo que nos ocupa, con lo cual solo ahora la ley manda expresamente sumar la extensión de las penas impuestas, para entender el resultado como sanción única, lo hace, según dice en forma literal “a efectos de su eventual sustitución

y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33”. Es decir, no para los efectos de analizar la prescripción. Se nos dirá, tal vez, que la razón es la misma y puede ser, pero adviértase que eso importaría reclamar la aplicación de analogía desfavorable al reo en materia penal, lo que constituye un ejercicio prohibido. Es precisamente el razonamiento inverso el correcto: si la Ley N° 18.216 tuvo que decir que las penas separadas se suman para considerarlas como una sola, por su total, para los efectos de determinar si procede la sustitución de que esa normativa trata, entonces ello ha ocurrido porque precisamente no se trata de una sola pena, y por ende en lo no alcanzado por esa regla excepcional, las sanciones deben seguir tratándose en forma separada. En el caso que nos ocupa, dos penas de simple delito, que prescriben en cinco años.

8.- Que, por fin, las disquisiciones que ante estrados se efectuaron por la Fiscalía y la querellante, respecto de la gravedad de los ilícitos y de lo que repugna la impunidad alcanzada en los hechos por el sentenciado, no pueden considerarse aquí. Esas razones, de nuevo, pueden esgrimirse *de lege ferenda*, para criticar el tratamiento que la ley da a la prescripción de la pena, pero no pueden ser atendidas por la Corte para contrariar la ley vigente. Pesa en el ánimo, claro, que un sujeto condenado por delitos tan repudiables, particularmente en un momento histórico en que la corrupción es especialmente desvalorada, como debe ser,

obtenga impunidad; y cuánto más ha de pesar que la obtenga porque tiene los medios económicos y de cobertura social que le permitieron ocultarse, como por lo común no pueden hacerlo otros delincuentes de menor peso social y económico, que por eso mismo, desde la perspectiva moral son menos execrables. Pero ese pesar anímico no puede justificar que los jueces, que lo son de derecho y no de moral ni de justicia abstracta, pasen por sobre las reglas legales vigentes que les obligan a declarar una prescripción que, en efecto, está cumplida. Es éste un caso en que la vieja fórmula “*dura lex sed lex*” se aplica en favor del reo, y se aplica contra los jueces que, quieran que no, han de sufrirla también, como todos.

9.- Que por consiguiente, habiéndose dictado la sentencia condenatoria de término con fecha seis de octubre de dos mil catorce, y no habiendo comenzado nunca a ejecutarse ninguna de las penas de simple delito aplicadas al condenado Enrique Kittsteiner Yovanini, sin que conste que éste haya salido del país ni que haya cometido nuevos ilícitos en el intertanto, el plazo de prescripción de ambas penas de presidio menor en su grado máximo que se le impusieron se completó el 6 de octubre de 2019.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 93 N° 7°, 97 y 98 del Código Penal, y artículo 358 del Código Procesal Penal, se revoca la resolución apelada de fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de Garantía de Valparaíso en

sus autos RIT 7326-2013, que denegó la petición de la defensa de Enrique Kittsteiner Yovanini para que se reconociera la prescripción de las penas impuestas en sentencia firme, y en su lugar se declaran prescritas las penas de cinco años de presidio menor en su grado máximo y de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, que le fueron aplicadas al señalado Kittsteiner Yovanini por sentencia firme de fecha 12 de agosto de 2014, en la causa RIT 185-2014 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

Atendido lo resuelto, no se emite pronunciamiento respecto de las peticiones subsidiarias formuladas por la defensa.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Sr. Mera.

No firma la Abogado Integrante Sra. Susana Bontá Medina, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse ausente.

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Raúl Eduardo Mera M. Pablo Droppelmann C.

Rol N° 2691-2019.