



Universitat de València

Departament de Dret penal

Estudios de doctorado: Tendencias Actuales del Derecho penal 072 A

Tesis Doctoral

**Régimen jurídico de la prescripción en
el Código Penal español**

Presentada por:

Francisco Pastor Alcoy

Directoras

Prof. Dra. Vicenta Cervelló Donderis

Prof. Dra. Asunción Colás Turégano

Valencia, 2015

**Todo tiene su momento,
y cada cosa su tiempo.**

(Eclesiastés, 3,1)

A quienes
me han regalado su
tiempo:
A mis padres
Paco y Encarna,
a mis hermanas
Encarna e Inmaculada;
a mi mujer
Concha;
a mis hijos
Quico, Agustín y Clara.

SUMARIO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

ABREVIATURAS

INTRODUCCION GENERAL Y METODOLOGIA.....	1
---	---

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS Y

EVOLUCION LEGISLATIVA DE LA PRESCRIPCION

1 Antecedentes remotos	5
2 Código penal de 1822.....	9
2.1 Cuestiones generales.....	9
2.2 Plazos de prescripción del delito.....	12
2.3 Interrupción de la prescripción.....	15
2.4 Prescripción penal y civil.....	16
2.5 Prescripción de la pena	17
2.6 Conclusiones.....	17
3. Proyectos de código penal de 1830, 1831 y 1834	20
3.1 Proyecto de Código Penal de 1830.....	20
3.2 Proyecto de Código Penal de 1831.....	21
3.3 Proyecto de Código Penal de 1834.....	24
3.4.-Conclusiones.....	26
4. Código penal de 1848 y la reforma de 1850	26
4.1 Prescripción de la pena.....	26
4.2 Prescripción del delito.....	28
5. Código penal de 1870.....	32
5.1 Prescripción del delito.....	32
5.1.1 Interrupción de la prescripción del delito.....	32
5.2 Prescripción de la pena.....	35
6. Código penal de don Carlos VII	36
7. Código penal de 1928.....	37
7.1 Prescripción de la acción	37
7.1.1 Interrupción.....	38
7.1.2 Causas de suspensión.....	42
7.2 Prescripción de "la acción para la ejecución de la pena".....	42
7.2.1 Interrupción.....	43
7.3 Modificación o exclusión de los plazos de prescripción.....	43
7.3.1 Reducción de los plazos de prescripción.....	43
7.3.2 Exclusión de la prescripción	44
7.4. Atenuación de pena por el transcurso de la mitad del plazo prescriptivo.	45

8. Código Penal de 1932.....	47
8.1 Prescripción del delito.....	47
8.2 Prescripción de las penas.....	49
8.3 Ley de Vagos y Maleantes.....	51
9. Legislación franquista.....	52
9.1. Orden de 12 de enero de 1937: Suspensión y ampliación en un mes de los plazos de prescripción en territorio marxista.....	52
9.2. Orden de 16 de marzo de 1939: Suspensión y ampliación en tres meses de los plazos en zona roja.....	53
9.3 Ley de 1 de abril de 1939 suspendiendo los plazos con efectos retroactivos al 17 de julio de 1936.....	54
9.4 Ley de 3 de febrero de 1940: Plazo especial de dos años para delitos no comunes cometidos con ocasión del Movimiento Nacional.....	55
9.5 Proyectos falangistas	56
9.5.1 Proyecto de Código Penal de 1938.....	56
9.5.2 Proyecto falangista de Código Penal de 1939	57
9.6 Código Penal de 1944	59
9.6.1 Prescripción de los delitos.....	59
9.6.2 Prescripción de las penas.....	61
9.6.3 Modificación del art. 116 por Ley de 24 de abril de 1958.....	62
9.7 Decreto-ley 10/1969 que declara la prescripción de todos los delitos anteriores al 1 de abril de 1939.....	63
9.8 Prescripción de las medidas de seguridad en la Ley 16/70, de 4 de agosto.....	64
10. Legislación democrática anterior al CP 1995	65

CAPITULO 2

CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA PRESCRIPCION

1. Concepto.....	69
1.1 Introducción.....	69
1.2. Nuestra propuesta.....	71
1.2.1 Concepto de prescripción.....	72
1.2.2 Características accesorias.....	75
2. Controversia sobre la admisibilidad de la prescripción.....	76
2.1 Teorías negativas.....	77
2.2 Teorías afirmativas.....	78
2.3 Teorías mixtas (admisión parcial).....	78
3.Fundamentos. Consideraciones previas	82
3.1 Fundamentos múltiples	84
3.2 Fundamentos únicos	86
3.3 Fundamento en las discusiones legislativas y exposiciones de motivos en España.....	87
3.3.1 Dificultades probatorias	87

3.3.2 Efectos del castigo tardío en la familia.....	88
3.3.3 Evitación de chantajes.....	89
3.3.4 Protección de víctimas menores	89
3.3.5 Falta de necesidad de aplicación de la pena.....	90
4. Análisis de fundamentos relativos al proceso.....	92
4.1 Dificultades probatorias.....	92
4.1.1 Crítica a las objeciones.....	93
4.2 Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	101
4.3 Seguridad jurídica.....	105
4.4 Derecho a la presunción de inocencia.....	114
4.5 Derecho a la tutela judicial efectiva.....	117
4.6 Descongestión judicial y penitenciaria.....	118
4.7 Eficiencia económica del sistema penal.....	120
5. Análisis de fundamentos relativos al derecho material.....	127
5.1 El transcurso del tiempo como hecho jurídico.....	127
5.2 Teoría de la extinción de los efectos antijurídicos.....	128
5.3 Teoría psicológica.....	128
5.4 Teoría de la expiación moral o indirecta.....	128
5.5 Teoría de la enmienda.....	129
5.6 Innecesariedad de pena.....	131
5.6.1-Crítica.....	137
5.7 Función del derecho penal.....	140
5.8 Limitación del poder punitivo.....	144
5.9 Dignidad humana.....	145
6. Nuestra postura: el tiempo como síntoma y método objetivo de solución de crisis.....	147

CAPITULO 3

NATURALEZA DE LA PRESCRIPCION

Y CLASIFICACION DE LAS NORMAS QUE LA REGULAN

1. Introducción.....	153
1.1 Relevancia de la naturaleza.....	156
1.2 Relación entre el fundamento y naturaleza.....	161
1.2.1 Teorías que vinculan fundamento y naturaleza.....	161
1.2.2 Nuestra postura: desvinculación como opción legislativa....	162
1.3. Deslindar la naturaleza material y procesal.....	167
2. Naturaleza jurídica de la prescripción.....	171
2.1 Naturaleza material.....	171
2.1.1 Ubicación en la estructura del delito.....	173
2.2 Naturaleza procesal.....	175
2.2.1 Teoría de Banacloche.....	177
2.2.2 Crítica.....	178
2.3 Naturaleza mixta.....	180

2.3.1 Reforma sobre víctimas menores.....	182
2.3.2 Reforma sobre infracciones conexas.....	186
2.3.3 Reforma sobre suspensión de la prescripción.....	187
4.-Tabla de elementos que definen la naturaleza.....	189
3. Propuesta de derecho fundamental con reconocimiento constitucional.	192
3.1 Introducción.....	192
3.2 Tesis negacionistas de derecho fundamental.....	193
3.3 Carácter constitucional según Binder.....	195
3.4 Nuestra postura sobre el carácter constitucional.....	196
3.4.1 Relevancia de derecho fundamental.....	197
3.4.2 Limitaciones temporales en la Constitución.....	205
3.5 Propuesta de modificación constitucional.....	211
4. Clasificación de las normas de la prescripción	215

CAPITULO 4

LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION

1. Plazo de prescripción.....	219
1.1 Necesidad de plazo.....	220
1.2 Unidad o pluralidad de plazo.....	221
1.3 Los plazos	222
1.4 Imprescriptibilidad.....	224
2. Determinación del plazo de la prescripción de las infracciones.....	227
2.1 El CP de 1944.....	228
2.2 El CP de 1995, en su redacción originaria.....	229
2.2.1 Proyecto.....	229
2.2.2 Redacción original de 1995.....	232
2.2.3 Errores de redacción.....	234
2.2.4 Criterios de los plazos.....	236
2.2.5 Infracciones con penas de prisión.....	236
2.2.6 Infracciones castigadas con penas privativas de derechos..	247
2.2.6.1. Penas compuestas	
privativas de libertad y derechos.....	248
2.2.6.2 Penas privativas de derechos en el CP de 1973.....	248
2.2.6.3 Penas privativas de derechos en el CP de 1995...	250
2.2.6.4 Problemas de la pena	
compuesta de distinta naturaleza.....	255
2.2.6.5 Aumento de los plazos a	
profesionales, funcionarios y autoridades.....	257
2.2.7 Plazos especiales.....	259
2.2.7.1. Injurias y calumnias.....	259
2.2.7.2 Las faltas.....	259
2.2.8 Imprescriptibilidad del genocidio.....	262
2.3 Plazos tras la reforma general L.O. 15/2003.....	265

2.4	Reforma L.O. 5/2010.....	270
2.4.1	Eliminación del plazo de 3 años.....	270
2.4.2	Prescriptibilidad del art.614.....	270
2.4.3	Nueva imprescriptibilidad.....	271
2.4.4	Plazo para el concurso de infracciones y conexas.....	271
2.5.	Plazos tras la reforma L.O. 1/2015.....	271
2.5.1	Plazo de un año para los delitos leves.....	272
2.5.2	Ampliación de las infracciones leves por el art 13.4 CP.....	272
2.5.3.	La multa de tres meses.....	274
3.	Determinación de la pena y plazo de prescripción.....	275
3.1.	CP de 1944.....	275
3.2	CP de 1995.....	278
3.2.1	Pena abstracta o concreta.....	278
3.2.2	Nuestra postura.....	293
3.3	La prescripción en el concurso ideal y medial.....	300
3.3.1-	Redacción originaria del CP de 1995.....	300
3.3.1.1	Plazo único.....	301
3.3.1.2	Plazos individuales.....	303
3.3.2.-	Reforma operada por L.O. 5/2010.....	305
3.3.3	Reforma L.O.1/2015.....	306
3.4	La prescripción en las infracciones conexas.....	308
3.4.1	Reforma L.O. 5/2010.....	309
3.5	Infracciones con pena potestativa.....	318
3.6	Infracciones con pena alternativa.....	326
3.7	La transformación de formas de participación en delitos.....	329
3.8	Las faltas.....	330
3.8.1	Jurisprudencia mayoritaria hasta el Acuerdo de Sala del TS de 26 de octubre de 2010.....	341
4.	Propuestas sobre los plazos de lege ferenda.....	344
4.1	Propuesta de Gili y Pedreira.....	344
4.2	Propuesta de GEPC.....	347
4.3	Nuestras propuestas.....	350
4.3.1	Características de los plazos.....	350
4.3.2	Crítica a la pena de prisión permanente revisable.....	355
4.3.3	Relación de los plazos de las infracciones y las penas.....	356
4.3.4	Relación de los plazos del CP con el CP Militar.....	358
4.3.5	Sobre la caducidad del proceso.....	359

CAPITULO V

EL COMPUTO DE LOS PLAZOS Y SU INTERRUPCION

1.	Prescripción por inicio tardío	361
-----------	---	------------

1.1 Comienzo del plazo: la comisión del delito.....	363
1.1.1 Delito instantáneo.....	368
1.1.2 Delito permanente o de tracto continuo.....	369
1.1.3 Delito continuado.....	372
1.1.4 Algunos supuestos complejos.....	376
1.2 Víctimas menores de edad.....	392
1.2.1 Concepto de menor edad.....	393
1.2.2 Emancipación.....	394
1.3 Muerte del menor.....	395
1.4 Nuestra postura.....	396
2. Procedimiento dirigido contra el culpable antes de la STC 63/2005.....	398
2.1-Procedimiento.....	398
2.2. Dirigido contra el culpable.....	402
2.2.1 Evolución histórica.....	402
2.2.2 Criterios flexibles en la jurisprudencia del TS.....	414
2.2.3 Interpretación doctrinal: determinación del sujeto.....	420
2.2.4 Imputación expresa que permita la defensa efectiva.....	423
3. Procedimiento dirigido contra el culpable tras la STC 63/2005.....	430
3.1 Alcance de la sentencia.....	431
3.2 Postura del Tribunal Supremo.....	437
3.3 Postura de la FGE.....	441
3.4 Procedimiento dirigido contra el culpable tras la LO 5/2010.....	443
3.5 Procedimiento dirigido contra el culpable tras la LO 1/2015.....	446
4. Paralización del procedimiento.....	448
4.1. Es indiferente la causa de paralización.....	448
4.2 Actos que no interrumpen la paralización.....	454
4.2.1 Diligencias inocuas o de relleno.....	454
4.2.2 Diligencias de investigación de Fiscalía.....	460
4.3 Actos que no interrumpen la paralización	460
4.4 Nulidad de actuaciones.....	466
4.5 Efectos de la interrupción de la prescripción.....	470
4.6 Suspensión de la interrupción.....	472

CAPITULO 6

LA PRESCRIPCION DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. La prescripción de las penas.....	477
1.1 Concepto, fundamento y plazos.....	477
1.1.1. CP de 1995.....	483
1.1.2. Reforma LO 15/2003.....	484
1.1.3. Reforma LO 1/2015.....	487
1.1.4. Pena impuesta.....	487
1.1.5 Personas jurídicas.....	489

1.1.6 Penas accesorias.....	491
1.2 Inicio del cómputo del plazo	492
1.2.1 CP 1995 y reforma LO 1/2015.....	492
1.2.2. Desde la fecha de la sentencia firme.....	493
1.2.2.1 Juicio en ausencia.....	494
1.2.2.2 Pluralidad de sentencias en el mismo proceso...	499
1.3 Interrupción.....	500
1.3.1 Efectos de la interrupción.....	500
1.3.2 Actos que no interrumpen la prescripción.....	502
1.3.2.1 Suspensión por tramitación del indulto y recurso de amparo.....	507
1.3.3. Interrupción de la prescripción.....	508
1.3.3.1 Suspensión condicional de la pena (art 80).....	509
1.3.3.2 Cumplimiento sucesivo de penas de prisión.....	520
1.3.4 Pena de multa.....	523
1.3.5 Suspensión del plazo de prescripción por L.O. 1/2015.....	529
2 La prescripción de las medidas de seguridad.....	530
2.1. Antecedentes históricos.....	530
2.1.1. Código penal de 1928.....	530
2.1.2 Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933.....	531
2.1.3 Ley de Peligrosidad y rehabilitación social de 1970	533
2.2 Código Penal de 1995.....	535
 CONCLUSIONES FINALES	 541
 BIBLIOGRAFIA.....	 551

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AP	Actualidad Penal
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española
CEJ	Centro de Estudios Judiciales
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir.	Director
DP	Doctrina Penal
Ed.	Editor
GEPC	Grupo de Estudios de Política Criminal
LO	Ley Orgánica
M.Fiscal	Ministerio Fiscal
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RAJ	Revista Aranzadi de Jurisprudencia
RGD	Revista General de Derecho
RGLyJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RPJ	Revista Poder Judicial
S	Sentencia
S/f	Sin fecha
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como objeto el régimen jurídico de la prescripción en el código penal español para lo cual hemos analizado la evolución legislativa de la misma en el ordenamiento jurídico. El régimen jurídico de esta institución ha variado notablemente desde el CP de 1822, y muy especialmente desde 1995 a la actualidad.

Son numerosos los problemas teóricos y prácticos que ha suscitado esta institución que produce la radical consecuencia de extinguir la responsabilidad criminal.

Cada institución jurídica se ha dicho que es una ventana por la que puede divisarse todo el ordenamiento jurídico de un país. En el caso de la prescripción su evolución en los códigos penales permite contemplar las facilidades o barreras que se han interpuesto para su aplicación, tanto en el plano legal como en su interpretación.

Ni siquiera el concepto de la prescripción ha sido unívoco en nuestra legislación penal. Históricamente con la palabra prescripción se han significado conceptos dispares.

La fundamentación de la prescripción tampoco es unánime y en ausencia de cualquier referencia o valoración en los prólogos o explicación de motivos en las codificaciones son múltiples los motivos que se alegan a favor, o en contra de la misma.

La naturaleza jurídica de la prescripción ha sido objeto de intenso debate. En no pocas ocasiones para explicar y fundamentar esta institución se volvía la mirada a otras ramas del derecho, fundamentalmente al derecho civil, por estar más desarrollado.

JUSTIFICACION DEL TEMA

Especial relevancia ha tenido en el régimen de la prescripción la Constitución española de 1978 y la doctrina del Tribunal Constitucional. Es de destacar que primero se afirmó la adecuación de esta institución a la Carta Magna.

El Código Penal de 1995 supuso importantes cambios en la prescripción a los que se unieron nuevas interpretaciones jurisprudenciales y un diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo y la doctrina científica que ha germinado en importantes cambios legislativos y que situaron esta institución en un primer plano de la actualidad jurídica.

La prescripción del delito ha sido durante el siglo XX una materia que mereció, a nuestro juicio, una escasa o limitada atención de la doctrina científica española en relación a otros temas relativos a la teoría del delito.

En la primera década del siglo XXI han visto la luz diversas obras que desde la dogmática española abordaban la prescripción del delito con nuevas propuestas

En resumen, podemos afirmar que la prescripción, por sus radicales consecuencias jurídicas, plantea toda una serie de cuestiones problemáticas que entendemos que merecen nuevos planteamientos en el intento de dotar de mayor coherencia a esta institución, así como propuestas que contribuyen a su desarrollo.

OBJETO

Hemos pretendido ofrecer una visión evolutiva del régimen de la prescripción en los códigos penales españoles.

La estructura de la tesis se divide en seis capítulos distribuidos de la siguiente forma:

En el capítulo primero, los antecedentes históricos, con una primera aproximación a los más remotos y luego con mayor detenimiento en cada uno de los códigos españoles, así como los proyectos más significativos en esta materia, y en la legislación que desarrollaba las medidas de seguridad.

En el capítulo segundo proponemos un concepto de prescripción, exponemos la controversia sobre la admisión o rechazo de esta institución y abordamos los fundamentos que se han propuesto ofreciendo por nuestra parte una fundamentación propia

El capítulo tercero lo dedicamos a la naturaleza de la prescripción, en la que distinguimos la versatilidad de esta figura para poder ser articulada de forma distinta en cada ordenamiento según la voluntad del legislador y nos planteamos si la misma puede llegar a ser formulada como un derecho fundamental con reconocimiento constitucional con las consecuencias que ello conlleva.

El capítulo cuarto aborda la problemática de los plazos de prescripción tanto en el código penal de 1973 como en el de 1995 y sus sucesivas reformas, con la problemática de la relación entre la determinación de la pena y el plazo de prescripción y acabamos ofreciendo propuestas de lege ferenda sobre los plazos.

El capítulo quinto está dedicado al cómputo de los plazos y a la polémica sobre la expresión "procedimiento dirigido contra el culpable" y analizamos la paralización del procedimiento y la interrupción.

El capítulo sexto se detiene en la prescripción de la pena y de las medidas de seguridad para completar la visión panorámica de toda la prescripción regulada en el Código Penal de 1995, así como las incidencias que en materia de prescripción de la pena han tenido también los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

METODOLOGÍA

Las fuentes son las habituales que se suelen utilizar en una investigación de estas características.

El análisis sistemático de las normas que han regulado sucesivamente la prescripción con los cambios que ello ha supuesto.

Estudiamos la doctrina científica que ha abordado el estudio de esta institución, con especial detenimiento en los trabajos de la doctrina española más recientes.

También se han utilizado los pronunciamientos más significativos del Tribunal Constitucional, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y también la denominada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCION LEGISLATIVA

Un análisis de los antecedentes legislativos de la prescripción en materia penal proporciona elementos de interés para algunas de las cuestiones que posteriormente serán tratadas en la presente investigación. La evolución legislativa de la prescripción permite comprobar la transformación de la que ha sido objeto y las vacilaciones en cuanto a su naturaleza jurídica, que han podido condicionar su aplicación y los problemas básicos que presenta.

Los antecedentes históricos anteriores a la codificación española únicamente los citamos a título de mero precedente, pues centramos el objeto de este trabajo en la actual concepción penal de la prescripción, si bien los mismos sirven para comprender que la extinción de la responsabilidad por el transcurso del tiempo lejos de ser una institución novedosa ha estado desde antiguo presente en la historia del derecho.

1.-ANTECEDENTES REMOTOS

Existen referencias de Demóstenes y Lysias en el sentido de resaltar que los griegos conocían la prescripción para algunos delitos¹, si bien se señala generalmente que aparece, sin duda histórica alguna, en el derecho romano, concretamente en la "Lex Iulia de adulteriis"², en tiempos de Augusto, que establecía el plazo de prescripción de cinco

¹ PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892, pág.437.

² Digesto, Libro 48, Tit. V, Ley 29.

años, lapso quinquenal que DAMBACH³ relaciona con la institución religiosa del "lustrum".

Por nuestra parte entendemos que podemos ver un remoto precedente la prescripción en el Código de Hammurabi (1730-1688 a de C) donde en sus primeros artículos 9 a 13 viene a regular lo que podríamos calificar como el hurto de hallazgo o apropiación indebida de bien perdido en relación a la denuncia falsa y señala en su artículo 13 "Si los testigos de tal señor no estuviesen a mano, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al (término del) sexto mes, no presenta sus testigos, este señor es un falsario. Sufrirá en su totalidad la pena de este proceso⁴". A nuestro entender dicho precepto por razones procesales de presentación de prueba le concedía al denunciante el plazo de seis meses para traer a sus testigos, pasado el cual a quien se le condenaba era a él por falsario.

En la época de los grandes jurisconsultos romanos la prescripción se institucionaliza para los "crimina publica", con un plazo de prescripción de 20 años⁵, con excepción de los delitos como el parricidio⁶, la apostasía⁷ y la suposición de parto⁸, que son imprescriptibles por su gravedad, por la influencia de la religión o la imprescriptibilidad del estado de las personas. Los delitos contra la honestidad y algunos otros seguían teniendo un plazo de prescripción de cinco años.⁹

En la Edad Media en la Península Ibérica distinguiremos por una parte al derecho penal de los musulmanes y por otra de los reinos cristianos.

³ Cfr. DAMBACH: *Studi sulla dottrina della prescrizione criminale*, Berlino 1860. cit. por PESSINA, pág.437.

⁴ LARA PEINADO, F.: *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid 1986, pág.8.

⁵ Ad legem Corneliam de falsis, Código, Libro IX, Tit. 22, Ley 12, t. 5º

⁶ De lege Pompeia de parricidis, Digesto, Libro 48, Tit. XIII, Ley 10.

⁷ De apostatis, Código, Libro I, Tit. VII, ley 4.

⁸ De lege Cornelia de falsis, Digesto, Libro 48, Tit. X, Ley 19.

⁹ Ad legem Iuliam peculatus, Digesto, Libro 48, tit.XIII, Ley 7.

Respecto al primero, la existencia de la prescripción como causa de extinción de la pena está debatida. En el derecho penal de los musulmanes de la península ibérica, según pone de manifiesto JIMENEZ DE ASUA¹⁰, mientras para unos la aplicación de la prescripción era usual, atendiendo al tiempo transcurrido y a la buena conducta, para otros solo tenía lugar cuando el reo hubiera perdido la extremidad a cuya amputación había sido condenado.

En este último caso no podríamos referirnos al concepto actual de prescripción sino a la extinción de la condena por imposibilidad de aplicarla.

En el derecho penal de los reinos cristianos, el Fuero Juzgo trata en su título II, Ley I, de la prescripción de 30 o 50 años. La Ley II, del Título II fija el plazo de prescripción de 50 años para los siervos fugitivos.

El plazo común es de treinta años, según establece el Título II, Ley III, todo se prescribe por este tiempo "*los pleitos buenos y los malos*" si fueren demandados, es más, "*si fueren de algún pecado*", de forma que VIADA LOPEZ-PUIGSERVER¹¹ considera que en esta ley se consigna "*la prescripción de la acción criminal, por un plazo de treinta años*".

En las Partidas la prescripción civil se encuentra sistematizada, no así la prescripción penal que no cuenta con una ordenación, sino con disposiciones independientes al tratar de algunos delitos.

La partida 3^a, Título XIII, Ley III respecto a la pena que merecen "los robadores" señala que "*esta pena deve ser demandada fasta un anno desde el día en que el robo fue hecho*".

La Partida XII, Título XIV, Ley XVIII respecto a los hurtos y robos preceptúa que "*si el Rey o el Consejo non*

¹⁰ JIMENEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Losada, Buenos Aires, 1964, pág.745.

¹¹ VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, C: *La prescripción de las acciones y el perdón de los delitos*, Reus, Madrid, 1950, pág. 73.

demandasse el furto que auia fecho el su oficial, depues que los supiere por cierto, fasta cinco annos, non le podría demandar de pena de pecha de quatro doblo".

Para BERNI CATALA¹², en el hurto "aunque sean muchos los ladrones, puede instarse la acción de hurto in solidum, Ley 20, tit. 14, part.7 y semejante acción no admite prescripción".

El delito de falsedad, prescribía a los 20 años¹³. Respecto al adulterio se establece los plazos de cinco años y de treinta años si hubiere fuerza¹⁴.

También se establecía el plazo de treinta años para los delitos de estupro¹⁵ y para el incesto¹⁶.

El plazo para el delito de injurias¹⁷ se fijaba en un año. El delito de "engaño" -semejante al delito de estafa- tenía un plazo de dos años, según BERNI CATALA¹⁸ quien señalaba "La acción de engaño dura dos años, ley 2, tit 16, part.7. en lo que mira al engaño de la de la mitad del justo precio, se extendió hasta 4 años, Ley I, Tit II, lib 5, Recop. y en práctica he visto darse lugar hasta 30 años, sobre casas y tierras vendidas por menos de la mitad del justo precio".

La prescripción en materia penal, aunque regulada de forma asistemática y parcial se encuentra presente en la legislación histórica anterior a la codificación.

¹² BERNI CATALA, Joseph: *Practica criminal con nota de los delitos sus penas*, 2ª ed. Valencia, 1765, pág.28.

¹³ Título VII, de la Ley V. "Quien puede acusar a los fazedores de falsedades, e fasta quanto tiempo (...) puede esto fazer el día que fuese fecha la falsedad fasta veynte años".

¹⁴ Partida VII, Título XVII, Ley IV: "puede se fecha la acusación del adulterio desde el dia en que fue fecho este pecado fasta cinco annos e dende en adelante non podría ser fecha acusación sobre el, fueras ende si el adulterio fuese fecho por fuerça. Ca entonces, bien podria ser ende acusado el lo fizo fasta treynta annos".

¹⁵ Título XIX, Ley II.

¹⁶ Título XVIII, Ley II.

¹⁷ Título IX, Ley XXII "Fasta quanto tiempo puede ome demandar emienda de la desonra que recibio". Fasta un año puede todo ome demandar emienda de la desonrra o del tuerto que recibió".

¹⁸ BERNI CATALA, J. ob. cit., pág. 44.

La prescripción, ha tenido una regulación dispar en nuestro derecho histórico, con la siguiente evolución en nuestros Códigos Penales:

- 1) Código Penal de 1822, arts. 172 a 178, regulan la prescripción de todos los delitos y se negaba la de la pena.
- 2) Código Penal de 1848 y 1850 en sus arts. 126 y 127 contenían la prescripción de todas las penas y se omitía cualquier referencia a la del delito.
- 3) Código Penal de 1870, en los arts. 133 y 134 se preceptúa la prescripción de todos los delitos y penas.
- 4) Código Penal de Don Carlos VII, del año 1875, (Navarra y País Vasco), en sus arts. 126 y 127 regulan la prescripción de la pena, y omiten cualquier referencia al delito.
- 5) Código Penal de 1828, en sus arts. 197 a 208 establecen la prescripción de todos los delitos y penas.
- 6) Código Penal de 1932, los arts. 115 a 119 regulan la prescripción de todos los delitos y penas.
- 7) Código Penal de 1944, los arts. 112 a 116 contienen la prescripción de todos los delitos y penas.
- 8) Código Penal de 1995, los art 131 a 135, regulan la prescripción de los delitos, penas y medidas de seguridad, declarando imprescriptible el delito de genocidio y la pena por dicho delito.

Es de referir que existen preceptos relativos a la prescripción en el orden penal en leyes especiales.

2. CÓDIGO PENAL DE 1822

2.1 Cuestiones generales

El primer código punitivo español, aprobado por Decreto de 8 de junio de 1822 y promulgado el 9 de julio del mismo año, llegó efectivamente a entrar en vigor durante unos meses, tal como demostró CASABO¹⁹ quien rebatió las numerosas dudas que se habían suscitado al respecto.

En la doctrina diversos autores han negado la regulación de la prescripción del delito en éste cuerpo legal, así VIADA LOPEZ-PUIGCERVER²⁰ señala "*En nuestros Códigos no encontramos esta institución en el de 1822*" y en igual sentido MORILLAS CUEVA²¹ manifiesta que "*El Código Penal de 1822 no hacía mención a la prescripción del delito y negaba expresamente la prescripción de la pena en el artículo 178*". Por otra parte, DEL TORO²² al indicar los antecedentes históricos de esta institución guarda total silencio respecto al Código de 1822.

Contrariamente a dichas opiniones, hemos de manifestar que la prescripción del delito sí que se encontraba expresamente establecida en los arts. 171 y siguientes.

Esta institución se presenta regulada, como veremos, de forma aparentemente confusa pero tras su atento examen se puede concluir que aún cuando su redacción no sea la más afortunada, la concepción subyacente es bastante clara. En las discusiones solo se opuso frontalmente a la existencia de la prescripción del delito la Universidad de Sevilla²³.

¹⁹ CASABO RUIZ, J.R.: "La aplicación del Código Penal de 1822", Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor J. Antón Onéca. Ed Universidad de Salamanca, Salamanca 1982, págs. 919-929.

²⁰ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, C., ob. cit.,pág. 76.

²¹ MORILLAS CUEVA, L.: "La prescripción del delito y de la pena" en PELLISÉ PRATS (dir.) *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XX, Francisco Seix, Barcelona, pág. 270.

²² DEL TORO MARZAL, A.: "Comentarios a los arts. 112 y ss., en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G./CASABO RUIZ, J.R.: *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona 1972, pág.672.

²³ "Diario de las Actas y discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821. Madrid, 1821, pág.425: "*La comisión cree que no tiene necesidad de detenerse ahora a exponer las razones en que se ha fundado para establecer la prescripción, porque deben estar muy al alcance de todos los señores diputados. Por más que diga la Universidad de Sevilla, es tan necesario o conveniente poner un término a la responsabilidad criminal como a la*

Respecto a la prescripción de la pena, sí que aparece referenciada en el art. 178, si bien, como acertadamente señala MORILLAS CUEVA para negarla expresamente. La referida mención resulta reveladora, pues aún cuando sea para prohibirla, ello denota su conocimiento por parte del codificador.

La prescripción aparece por vez primera, en la rúbrica del Capítulo XI, que justamente se titula "*De la prescripción de los delitos y culpas*". Dicho capítulo se inicia con el art.171 donde se hace referencia a la muerte del culpable, y donde se establece que el pago de las costas, multas y demás penas pecuniarias prescribían a los tres años de la muerte del culpable. Dicho capítulo XI terminaba con el art. 178 que prohibía expresamente la prescripción de la pena.

Este capítulo se inicia con el art. 171²⁴ que resulta, sin duda, el que más problemas de comprensión puede plantear.

La prescripción se presenta confusamente tratada, pues primero se proclamaba que la muerte del culpable o delincuente pone fin a todo procedimiento o acción criminal y a renglón seguido se establece que lo relativo al pago de las costas, multas y demás penas pecuniarias prescribían a los tres años contados desde el día siguiente de la muerte del culpable.

Esta regulación equívoca resulta más aparente que real. Estimamos que el legislador de 1822 no está confundiendo la

civil, ó de lo contrario podrá padecer mucho la inocencia; y ciertos castigos tardíos, aunque merecidos si se hubiesen aplicado a tiempo, no servirán sino para indisponer al pueblo contra las leyes." Sesión de 3 enero.

²⁴ Art 171 C.P. de 1822: "*En cualquier delito o culpa la muerte del culpable o delincuente pone fin a todo procedimiento o acción criminal contra él, escepto en el acaso y en los términos del art. 33. Pero por lo relativo al pago de costas, multas y demás penas pecuniarias no se prescribirá la acción contra sus bienes hasta tres años contados desde el dia siguiente al de la muerte. Si dentro de éste termino se hubiese interpuesto o continuado la demanda anteriormente interpuesta contra dichos bienes, se contarán los tres años para la prescripción desde el dia en que se hubiese abandonado la demanda, que se entenderá ser el del último acto hecho en el procedimiento."*

muerte del culpable con la prescripción, pues lo que establece es justamente lo contrario, es decir, que en lo relativo a las penas pecuniarias, multas y costas procesales subsisten tras la muerte del culpable, y tienen un plazo de prescripción de tres años.

La muerte del culpable y la prescripción no se equiparan ni confunden. La referencia al deceso del culpable es la introducción que efectúa el legislador para señalar que si bien la muerte ha puesto fin a todo proceso o acción criminal, tras dicho evento existe un plazo de prescripción de tres años para las penas pecuniarias, pagos de costas y multas, las cuales subsisten a la muerte del culpable, y tienen un plazo de prescripción de tres años.

Lo que hoy sorprende del contenido de este precepto no es la regulación de la prescripción, sino la subsistencia de la responsabilidad criminal post mortem respecto de las penas pecuniarias, multas y costas, encontrándonos con que dichas sanciones penales tienen un plazo de prescripción de tres años contados "*desde el día siguiente al de la muerte*".

Ello no supone, sin embargo, que el legislador de 1822 confundiera la prescripción en materia penal con la civil, pues el art. 177 establecía, como veremos, que "*la demanda civil o dirigida únicamente a obtener los resarcimientos, restituciones o indemnizaciones sin acusar criminalmente el delito, no interrumpe la prescripción de este en cuanto a la acusación y el procedimiento criminal*".

2.2 Plazos de prescripción del delito

Respecto a los plazos de prescripción el delito de injurias prescribía a los 30 días (Art. 172)²⁵, el adulterio y

²⁵ Art. 172.-Los delitos de injurias, así en cuanto a la acción criminal como la civil, se prescriben pasados treinta días después de aquel en que se hubieren cometido, ó en que hubieren llegado a noticia del injuriado, si en el intermedio no hubiese sido acusado el reo por quien

el estupro²⁶ al año (art 173).

En el artículo 172 se regulaba tanto la prescripción del delito preprocesal, es decir cuando se consuma con anterioridad al proceso (por tardía "acusación") como la prescripción del delito por "abandono de la querrela" una vez ya iniciado el procedimiento. Aquí, en ambos casos se señalaba el mismo plazo prescriptivo.

Lo mismo hemos de referir respecto al delito de adulterios y estupros, en cuanto el art. 173 se remite a "*las propias circunstancias expresadas en el artículo precedente*"

El resto de los delitos no enunciados en los arts. 172 y 173 cuentan con plazos de prescripción distintos, y que además se bifurcan, pues el Código de 1822 establecía un sistema de doble plazo para los delitos, según el momento en que ésta aconteciera, antes de la iniciación del proceso (prescripción preprocesal) o durante la tramitación del mismo, (paralización del procedimiento).

El primero de los plazos, más breve, tiene lugar cuando la prescripción se produce desde la comisión del delito hasta la interposición de acusación, demanda o inicio de oficio del procedimiento criminal. El segundo plazo más extenso opera por el abandono del procedimiento ya iniciado.

Así el art. 174, para los delitos que no merecen pena corporal, ni de infamia, ni privación de empleo ni inhabilitación, establece los plazos de 3 y 5 años²⁷.

competa después de intentado el medio de la conciliación. Si hubiere sido acusado, se contarán los treinta días para la prescripción desde aquel en que el acusador hubiere abandonado la querrela.

²⁶ Art. 173.-Los delitos que comprende el capítulo de adulterios y estupros se prescriben en el término de un año con las propias circunstancias que las expresadas en el artículo precedente.

²⁷ Artículo 174: "*En los demás delitos que no merezcan según la Ley pena corporal ni de infamia, ni privación de empleo, ni inhabilitación para ejercer profesión o cargo público, la acción para acusarlos o proceder criminalmente contra ellos, o para demandar los resarcimientos e indemnizaciones, se prescriben en el término de tres años, contados desde el día siguiente a aquel en que se cometió el delito, o se hizo el acto que lo constituya, siempre que en el intermedio no se haya interpuesto la*

Los delitos o culpas más graves (por exclusión las que no son ni el art. 173, ni el 174) tienen el plazo de 8 años para la prescripción preprocesal, y 12 años para la prescripción por abandono del proceso, según establece el art.175 de nuestro primer Código Penal²⁸.

Por tanto, los delitos más gravemente castigados tenían un plazo de prescripción mucho más breve que los actuales, pues solo eran de 8 y 12 años.

En los debates parlamentarios, la duración de los plazos fue ampliamente abordada por Universidades, Audiencias y Colegios profesionales que efectuaron pronunciamientos contradictorios al respecto. La Audiencia de Mallorca solicitó que fueran más breves "*por la dificultad de defenderse*", mientras que la Audiencia de Extremadura propuso la imprescriptibilidad de ciertos delitos graves, de los cuales, y en sentido similar, el Tribunal Supremo propugnaba que no debía prescribir la acción pública. La Universidad de Orihuela alegó que era excesivo el término de un año para el delito de adulterio y estupro, mientras que el Colegio de Abogados de Cádiz por el contrario lo estimaba corto. Ante todas estas alegaciones, la Comisión de Codificación contestó que los plazos establecidos para unos y otros delitos eran bastante proporcionados, y justificó la brevedad del señalado para las injurias en que se trata de un delito privado, "*y de tal clase que si el ofendido ha tenido calma para dejar pasar el término de la prescripción sin quejarse, interesa al honor*

acusación o demanda, o empezado de oficio el procedimiento criminal. Si dentro de los tres años se hubiere interpuesto la acusación o demanda de persona particular, el tiempo para la prescripción se contara desde que se hubiere abandonado la demanda o acusación. Si dentro de los tres años se hubiera empezado a proceder criminalmente de oficio, no habrá lugar a la prescripción sino después de cinco años, contados desde que se hubiere abandonado el procedimiento".

²⁸ Artículo 175: "*En los delitos o culpas más graves el término de la prescripción para los efectos esperados en los dos primeros párrafos del artículo precedente, será el de ocho años, y si dentro de ellos se hubiere empezado a proceder criminalmente de oficio, el de doce, según lo prevenido en el párrafo tercero del propio artículo".*

y a la tranquilidad de las familias que no se publiquen fuera de tiempo²⁹."

La Comisión, además, se declaró abiertamente contra la imprescriptibilidad y al efecto manifestó que *"si debe admitirse la prescripción en unos, debe admitirse en los demás, con la diferencia de que sea mayor o menor el término³⁰."*

2.3 Interrupción de la prescripción

Los arts.176³¹ y 177³² regulaban la interrupción de la prescripción. Según el art. 176 la comisión de un nuevo delito interrumpía y anulaba el cómputo de la prescripción del anterior que debía iniciarse de nuevo.

Sobre esta cuestión, la Audiencia de Valladolid alegó en el debate parlamentario que sería mejor si el segundo delito fuera de la misma especie que el primero, a ello se contestó que *"cualquiera otro delito cree la comisión que debe interrumpir la prescripción, porque no es justo que esta aproveche al que continúa delinquiendo³³."*

Bajo este precepto encontramos que subyace una concepción de clara naturaleza penal, y no procesal del instituto de la prescripción, que se proyecta en el ámbito de la responsabilidad criminal individual de cada sujeto.

Particularmente interesante resulta el art. 177, pues en virtud del mismo las demandas civiles o de restitución o indemnización sin acusar criminalmente no interrumpían la

²⁹ Diario de las actas y discusiones... ob. cit. pág. 426.

³⁰ Ídem, pág. 427.

³¹ Art. 176.-Cualquier delito o culpa que se cometa antes de cumplirse el término de la prescripción, la interrumpe y deberá empezarse a contar el término desde la fecha del segundo delito.

³² Art. 177.-La demanda civil o dirigida únicamente a obtener los resarcimientos, restituciones o indemnizaciones sin acusar criminalmente del delito, no interrumpe la prescripción de este en cuanto a la acusación y procedimiento judicial.

³³ Diario de las actas... ob. cit., pág. 427.

prescripción del procedimiento criminal. Precepto que nos permite afirmar que el Código Penal de 1822 distinguía claramente entre la prescripción civil y la penal, no existiendo interferencias de la primera en la segunda.

2.4 Prescripción penal y civil

Hemos de hacer referencia a que el art. 174 y 175 se refiere tanto a los plazos de prescripción "*para acusarlos o proceder directamente contra ellos*" (penal), como a los plazos de prescripción "*para demandar los resarcimientos e indemnizaciones*" (civil). Ello no significa que se confundan los conceptos, prescripción penal y civil, sino que los plazos de prescripción penal y civil tienen los mismos lapsos temporales.

Es la lectura del art. 177, la que nos da la clave al afirmar que "*La demanda civil, o dirigida únicamente a obtener los resarcimientos, restituciones o indemnizaciones sin acusar criminalmente el delito, no interrumpe la prescripción de este en cuanto a la acusación y procedimiento criminal*"

La demanda civil no interrumpe, consiguientemente, la prescripción del proceso penal sino únicamente del civil. Cuando el art. 174 menciona a la demanda como causa de interrupción de la institución objeto de este estudio, solo se esta refiriendo a la prescripción civil, no a la penal.

El correcto entendimiento del art. 174 del Código Penal de 1822 se consigue, tras la lectura del art. 177, que nos proporciona la clave interpretativa del precepto 174, el cual no solo establece la prescripción penal, si no que al mismo tiempo, de forma paralela pero independiente, aprovecha para regular la prescripción de la acción civil de resarcimiento e indemnizaciones, a la que le concede los mismos plazos

temporales.

Por tanto, en el Código Penal de 1822 se regulaba de forma paralela, con los mismos plazos, pero autónomamente independientes la prescripción de la responsabilidad civil nacida de un hecho delictivo, y la *"acción para acusarlos o proceder criminalmente contra ellos"*, pero la demanda civil no interfería en la prescripción penal.

2.5. Prescripción de la pena

El Código Penal de 1822 en su artículo 178 prohíbe expresamente la prescripción de la pena³⁴.

La referencia en este precepto 178 a *"la demanda o proceso"* refuerza la doble regulación, criminal y civil, que se efectúa en el Código Penal. Al establecer que no habrá lugar en tiempo alguno a **"prescripción contra lo sentenciado"** niega tanto la prescripción de la pena, como la prescripción de la sentencia civil. En el debate parlamentario, la Audiencia de Madrid se mostró partidaria de la prescripción de la pena, si bien la comisión de codificación se opuso³⁵.

2.6. Conclusiones

Como rasgos esenciales de la regulación de la prescripción en el primer Código Penal español, podemos

³⁴ Art 178: *"En la demanda o proceso, sea de oficio o por acusación, en que se haya llegado a dar sentencia final, aunque sea en ausencia y rebeldía, no habrá lugar en tiempo alguno a prescripción contra lo sentenciado"*.

³⁵ Diario de las actas y discusiones... ob. cit: Alegaciones al artículo 181: *"La Audiencia de Madrid opina que en ciertos casos conviene que haya prescripción contra lo juzgado, porque hay delitos que no proceden de perversidad, y que se purgan bastante con el abandono de casa y familia. La comisión cree al contrario, que contra lo juzgado no debe haber prescripción, porque no sería justo que al que no solo ha cometido el delito, sino que ha sido rebelde al llamamiento de la ley, se le concediese la impunidad por medio de la prescripción contra una sentencia que según todos los principios deber surtir cumplido efecto"*.

destacar:

-Regulación expresa de la prescripción del delito y prohibición expresa de la prescripción de la pena.

-Brevedad de los plazos prescriptivos. El plazo más elevado es el de 12 años.

-Los plazos se determinan en relación a la gravedad de sus penas, y tienen dualidad de plazos según se produzca la prescripción preprocesal o por abandono del procedimiento, exigiendo esta última mayor lapso.

-Se regula tanto la prescripción para acusar el delito como para demandar los resarcimientos e indemnizaciones. Ambas tienen el mismo plazo prescriptivo por lo que nos encontramos ante una doble regulación paralela pero independiente y autónoma.

-El delito de injurias, adulterio y estupro, tienen plazos especialmente breves, y no existe dualidad de plazos según el momento en que opere la prescripción.

-Interrumpe la prescripción del delito la comisión de otro.

-La demanda civil no interrumpe la prescripción en cuanto a la acusación y procedimiento criminal.

-La muerte del reo no extingue la responsabilidad en cuanto a las penas pecuniarias, por lo que se establece un plazo de prescripción de tres años contados desde el día siguiente de la muerte del reo.

El Código Penal de 1822 tuvo una breve vigencia, pues en 1823 pereció el régimen político que lo había alumbrado y volvió a regir la Novísima Recopilación, Las Partidas, así como la demás legislación indicados en la Ley de Prelación de Códigos.

Es de señalar que GARCIA GOYENA³⁶ indica que la

³⁶ GARCIA GOYENA, F.: Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes: comentado y comparado con el penal de 1822, el

prescripción en los delitos era de treinta años según el Fuero Juzgo y las Partidas, *"hoy bastará la de veinte: tiempo necesario en el Derecho romano, en el Código francés y penal de 1822"*³⁷.

Los delitos de asonada y el de desafío eran imprescriptibles según pone relieve este autor, pues así expresamente lo determinaban las correspondientes Leyes³⁸.

Interesante resulta, por otra parte, la visión crítica de la realidad que nos revela un jurista de la época, VALLE LINACERO sobre el estado precario de la justicia en la España de 1840, donde por la ausencia de medios nos podemos encontrar con situaciones que al margen de toda legalidad, presentan rasgos similares a la prescripción. Así, sobretodo en el ámbito rural, en ocasiones se libera a los presos para no soportar los gastos que generan³⁹, incluso se oculta la comisión de pequeños delitos, o las dilaciones indebidas en la ejecución conducen a la impunidad⁴⁰, o al incumplimiento llano de las sentencias⁴¹.

francés y el inglés, Librería de los señores, viuda e hijos de Antonio Calleja, Madrid, 1843, pág. 205.

³⁷ Ob. cit. II tomo, pág. 444

³⁸ Ob. cit. Tomo I, pág. 205, y Tomo II, pág. 91.

³⁹ VALLE LINACERO, F.: *Leyes penales vigentes actualmente en España, recopiladas de nuestros códigos, ordenanzas y colecciones de decretos*, Félix Valle Linaceros, Madrid, 1840, pág. LXXVII: *"Sin casas, pues, sin cárceles, sin dotación, sin funcionarios capaces, (...) Así las faltas y delitos cortos se disimulan, la impunidad los acrecienta; aun en ocasiones se da suelta a los criminales por qué no hay con que mantenerlos sin algún reparto vecinal; no se tiene sitio en donde custodiarlos con seguridad y hay que vigilarlos por individuos de los pueblos, con pérdida de jornales y gravamen de responsabilidad, de la cual y de cuyos gravámenes disgustos y gastos se ahorran con la amañada soltura de los criminales. No ha vivido en los pueblos de España quien crea que en esto hay equivocación o exageraciones.*

⁴⁰ VALLE LINACERO, F.: ob. cit., pág. CXXXII: *"Mandan las leyes que, concluidos los pleitos y causas, se pongan las definitivas y fallos dentro del término señalado por una ley del tít. 16, lib II de la Novisima Recopilación, y pasan meses y aun años sin cumplirse ¿Y qué se sigue de este escándalo? Que los delitos quedan impunes"*.

⁴¹ VALLE LINACERO, F.: Ob cit., pág. CXXXIV: *"Todo esto lo ven hasta los ciegos, porque ni todos los presidiarios están en el presidio, ni los condenados a él han salido a cumplir sus condenas, ni otras sentencias se han llevado a cabo"*.

3. PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL DE 1830, 1831 Y 1834

Los proyectos a los que se alude no llegaron a su promulgación por las circunstancias y vicisitudes políticas de su tiempo, pero su lectura resulta interesante para acercarnos al concepto de prescripción de la época y a su evolución respecto al Código de 1822 con importantes novedades.

Los proyectos de 1830, 1831 y 1834, presentan innovaciones como la prescripción de las penas, la interrupción de la prescripción, o una amplia gama de los plazos, que posteriormente se plasmarán en códigos posteriores, de ahí su interés.

3.1. Proyecto de Código Penal de 1830

Así, en el P.C.P. 1830 se conceptúa la prescripción del delito como prescripción de la acción penal (art. 446). La muerte del delincuente se entiende como causa de prescripción de la acción penal (art. 446). Los delitos castigados con pena de muerte son imprescriptibles (art. 446). Se establece el cómputo desde "el día de la perpetración del delito, si no se hubiere propuesto la acusación contra el delincuente" (art. 447) con la interrupción por la perpetración de un nuevo delito (art. 448), se establece la prescripción de "la ejecución de la pena" cuyos plazos son proporcionales "por doble tiempo del que se necesitaría para la prescripción de la acción penal" (art.449).

Desde un punto de vista sistemático se mezclan los preceptos relativos a la prescripción con la remisión, el perdón del ofendido (art. 450) o la absolución (art. 451). Las acciones civiles que nazcan del delito se extinguen con la prescripción de las acciones penales (art 452).

Transcribimos a pie de página el tenor literal de los

preceptos sobre los que la doctrina no ha prestado la suficiente atención⁴².

3.2. Proyecto de Código Penal de 1831

El Proyecto de 1831 distingue claramente entre los conceptos de "extinción" y "prescripción" de forma que la muerte del delincuente ya no "prescribe" sino que "extingue toda acción penal contra él" (art. 1181) y la absolución "extingue toda acción penal" (art. 1188). No hay delitos imprescriptibles, declarando expresamente prescriptibles los castigados con pena de muerte (art. 1182). Se trata de una de las aportaciones que estarán presentes en los códigos españoles, a pesar de las contradicciones que pueda suponer

⁴² Art.446.-No prescriben las *acciones* penales procedentes de los delitos que tengan impuesta pena capital. En los demás delitos prescribirá la *acción* penal:

1°Por la muerte del delincuente.

2°Por el transcurso de veinte años en los delitos de pena corporal cuyo plazo sea de quince; de doce, cuando éste diez; y de ocho en todos los demás de menor plazo.

3°Por el de cuatro años en los delitos a que sólo se haya impuesto pena pecuniaria.

4°Por el de tres años en los delitos de incontinencia y demás contra las buenas costumbres.

5°Por el de un año en los delitos de injuria verbal, y en los de injuria de hecho cuya pena no exceda de un mes de reclusión.

6°Por el de seis meses en los delitos de que habla el art.555.

Art.447.-Los términos de prescripción prefijados en el artículo precedente se contarán desde el día de la perpetración del delito, si no se hubiese propuesto la acusación contra el *delincuente*; y si se hubiese puesto acusación desde la fecha de la última *diligencia* actuada en el procedimiento.

Art.448.-La *prescripción* se interrumpe por la perpetración de un nuevo *delito*.

Art.449.-Pronunciando sentencia en una causa que llegue a ejecutoriarse, no prescribirá la ejecución de la pena sino por doble tiempo del que se necesitaría para la prescripción de la acción penal según las disposiciones del artículo 446.

Art.450.- En los delitos privados se acaba el derecho de acusar por la remisión o perdón del ofendido; y habiendo éste fallecido, por el del interesado primero en orden que tenga derecho a entablar la acusación.

Art.451.-La absolución definitiva del acusado en sentencia ejecutoriada extingue toda acción penal sobre el mismo delito.

Art. 452.-Las acciones civiles que procedan de delito se extinguen con la prescripción de las acciones penales que nazcan del mismo delito.

la prescriptibilidad del delito castigado con pena capital, y que será analizado en su momento. Respecto a la técnica legislativa se establece el plazo de cinco años como precepto de recogida para los delitos que "tengan señalada otra cualquiera pena" (art. 1184). Los delitos contra la honra, reputación, incontinencia, tienen señalado plazo especial de un año (art. 1185).

Respecto al cómputo se mantiene "el día de la perpetración del delito" y es de referir que se va perfilando la diferencia de la prescripción de la acción y de la pena, al exigirse en la primera "que no hubiere recaído sentencia (art.1186). Al respecto, el precepto 1186 supera con nuevos matices al art 447 del Proyecto de 1830.

La prescripción de un delito se sigue interrumpiendo por la prescripción de uno nuevo (art 1187), si bien se innova al exigir "que tenga prefijada pena corporal de igual o mayor gravedad que el anterior", (condición que recuerda por su similitud a la impuesta para la reincidencia en el art. 10.15 del CP de 1973 en su última redacción antes de ser derogado).

Se establece la imprescriptibilidad de la pena para las "condenaciones pronunciadas en sentencia definitiva" en las penas de muerte o corporal perpetua (art. 1189). El plazo de prescripción de las penas es proporcional a los del delito "prescriben por doble tiempo del que esté prefijado en la sentencia", si bien existen limitaciones agravatorias "con la restricción de que en los delitos enormes, no tendrá lugar la restricción por menos tiempo de veinte años" (art. 1190). La prescripción de la pena no altera los efectos civiles de esta (art. 1191).

El art. 1193 viene a establecer una pena de prohibición de fijación del domicilio para el delincuente "en el caso de la prescripción de un delito o de una condena que sea de pena corporal" en las proximidades del ofendido o sus

herederos (art. 1193). Además los Tribunales pueden exigir una fianza de buena conducta al reo de delito enorme beneficiado por la prescripción (art. 1194).

La responsabilidad civil y sus acciones desligadas de la acusación criminal van asimismo presentándose con mayor autonomía (art. 1195 y 1196).

Reproducimos a pie de página el tenor literal de los preceptos del proyecto.⁴³

⁴³ Art.1181.-La muerte del delincuente extingue toda acción penal contra él. Se exceptúan las multas aplicadas a la parte ofendida por reparación del daño, que se tendrán como responsabilidad civil del delito.

Art.1182.-La acción penal en los delitos de pena de muerte, o corporal perpetua sobre que no haya recaído sentencia condenatoria, prescribe por veinte años.

Art.1183.-En los delitos enormes, cuya pena corporal sea de tiempo limitado, prescribe la acción penal por quince años.

Art.1184.-En los delitos comunes que tengan señalada pena corporal de obras públicas municipales, reclusión, servicio militar forzado, o extrañamiento temporal, prescribe la acción penal por el transcurso de diez años.

En los que tengan señalada otra cualquiera pena de las que tienen lugar en estos delitos, la prescripción se verificará a los cinco años.

Art.1185.-Por excepción de las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes prescribirá la acción penal por un año.

1°En los delitos de incontinencia con ofensa y daño privado que se contiene en la Sección 40 *Título* 100 Libro 20 de este Código.

2°En los delitos contra la honra, reputación y decoro de las personas que se comprenden en el *Título* 11 del mismo Libro a excepción de las injurias de que hace mención los *artículos* 994 y 1002, que *prescribirán en treinta días*.

Art.1186.-El término de la prescripción, cuando no se haya instruido la acción penal por medio de la acusación fiscal contra el delincuente, se contará, el delito desde el día de la perpetración del delito.

Habiendo precedido acusación se contará desde la fecha de la última diligencia practicada en el procedimiento en que no hubiere recaído sentencia.

Art. 1187.-La prescripción de un *delito* se interrumpe por la perpetración de otro nuevo que tenga prefijada pena corporal de igual o mayor gravedad que el anterior.

Art. 1188.-Absuelto el acusado definitivamente sin que la sentencia deje abierto el juicio para ampliar las pruebas de su criminalidad, queda extinguida toda acción penal contra él por el mismo delito.

Art.1189.-Las condenaciones pronunciadas en sentencia definitiva, que recaiga en juicio contradictorio, o por contumacia y rebeldía, si fueren de pena de muerte o corporal perpetua, son imprescriptibles.

Art.1190.-Las condenaciones por pena corporal de tiempo limitado o de las demás penas, prescriben por doble tiempo del que esté prefijado en la sentencia, con la restricción de que en los delitos enormes, no

3.3.-Proyecto de Código penal de 1834

El Proyecto del Código Penal de 1834 no mejora los aspectos técnicos del Proyecto de 1831, sino que parece una vuelta al Proyecto de 1830, si bien no deja de contemplarse alguna influencia del Proyecto de 1831.

Se declara la imprescriptibilidad de las acciones penales de los delitos con pena capital, pero no se impondrá esta sino la inmediata "después de transcurridos quince años desde la perpetración del delito" (art. 541). Nos encontramos ante una figura nueva: La sustitución de la pena capital a otra inferior por el paso del tiempo, o una pseudo prescripción que no ocasionaría la extinción de la responsabilidad criminal sino su sustitución por otra menos

tendrá lugar la restricción por menos tiempo de veinte años; en las comunes de obras públicas municipales, de reclusión, de servicio militar forzado o de extrañamiento del territorio español, por menos tiempo de quince; y en los de la misma calidad que tengan señalada otro género de pena corporal, por menos tiempo de ocho; y si ésta fuere de otra especie por cinco.

Art.1191.-Las prescripciones de las condenaciones aprovecha solamente para que el reo quede exonerado de la pena corporal, sin causar alteración alguna en los efectos civiles de ésta.

Art.1192.-Cumplido el término de la prescripción, no será oído al reo contumaz, aunque se presente a excepcionar contra la acusación.

Art.1193.-En el caso de la prescripción de un delito o de una condena que sea de pena corporal, el delincuente no podrá establecer su domicilio en toda la extensión del territorio jurisdiccional del Tribunal Superior en que este comprendido el lugar de la perpetración ni tampoco a menos distancia de diez leguas del pueblo donde habite la persona ofendida por el delito, o sus herederos por línea derecha de ascendientes o descendientes"

Art.1194.-Los Tribunales podrán exigir a un reo de delito enorme que por beneficio de la prescripción quede exento de la pena, que preste fianza de buena conducta, y en su defecto, sujetarlo a la vigilancia especial de las autoridades por el tiempo que debiera estarlo, según la calidad de la pena corporal que estuviere señalada en la ley al delito, cuya acción hubiere prescrito.

Art.1195.-La acción civil para la reparación de los daños causados por el delito a la persona ofendida, prescribirá a los mismos plazos señalados para la prescripción de la acción penal, según la calidad de cada delito.

En caso de muerte del ofensor subsistirá vigente la acción contra sus herederos hasta que haya transcurrido el plazo de su prescripción.

Art.1196.-El ejercicio de la acción civil que solamente se dirija a la reparación de los daños y perjuicios el delito, sin que comprenda la acusación criminal contra el delincuente, no interrumpirá la prescripción de la acción penal.

grave.

La prescripción se interrumpe por la perpetración de un nuevo delito "de cualquier especie" (art. 543), volviendo a la más pura configuración del derecho penal de autor.

Los plazos de prescripción de la pena son directamente proporcionales "por el doble tiempo" (art. 544), sin más limitaciones ni excepciones.

Respecto a las acciones civiles se extinguen con la prescripción de las acciones penales "excepto en los robos simples o cualificados" (art. 547).

Igualmente reproducimos por su interés el texto íntegro del Proyecto de 1834 del Código Penal⁴⁴.

⁴⁴ Art.541.-Las acciones penales se extinguen con la muerte del delincuente.

Y no prescriben las procedentes de los delitos que tengan impuesta por la ley pena capital; pero no se impondrá esta, y sí la inmediata, después de transcurridos quince años desde la perpetración del delito.

En los demás delitos prescribirá la acción penal:

Primero.-Por el transcurso de veinte años en los delitos de pena corporal, cuyo plazo sea de quince; de doce cuando este sea de diez; y de ocho en todos los demás de menor plazo.

Segundo. Por el de cuatro años en los delitos que merezcan pena pecuniaria.

Tercero. Por el de tres años en los delitos de incontinencia y demás contra las buenas costumbres.

Cuarto. Por el de un año en las injurias graves, y por seis meses en las leves.

Art. 542.-Los términos de prescripción fijados en el artículo precedente se contarán desde el día de la perpetración del delito, si no se hubiese propuesto la acusación contra el delincuente; y si se hubiere puesto acusación, desde la fecha de la última diligencia actuada en el procedimiento.

Art.543.-La prescripción se interrumpe por la perpetración de un nuevo delito de cualquiera especie.

Art.544.-Pronunciada sentencia en una causa que llegue a ejecutoriarse, no prescribirá la ejecución de la pena sino por doble tiempo del que se necesitaría para la prescripción de la acción penal, según las disposiciones del artículo 541.

Art.545.- En los delitos privados, no exceptuados en el art.528, se acaba el derecho de acusar por la remisión o perdón del ofendido, y habiendo este fallecido, por el del interesado primero en orden que tenga derecho a entablar la acusación.

Art.546.-La absolución del acusado en sentencia ejecutoriada extingue la acción penal.

Art.547.-Las acciones civiles que proceden de delito, se extinguen con la prescripción de las acciones penales que nazcan del mismo delito, excepto en los robos simples o cualificados.

3.4. Conclusiones

Los Proyectos de Código Penal de 1830, 1831 y 1834 abordan toda una serie de cuestiones en torno a la prescripción del delito y de la pena que resultan sumamente interesantes pues a pesar de no pasar de ser proyectos van a plasmarse en códigos posteriores, bien directamente para regular la prescripción u otras instituciones de derecho penal como la responsabilidad civil, o el perdón.

Los referidos proyectos suponen antecedentes prelegislativos de gran importancia pues abordan desde diversas perspectivas las principales cuestiones que afectan a la prescripción del delito y de la pena en los códigos posteriores. Si bien en algunos sentidos se denota la influencia del modo de legislar anterior a la codificación con supuestos particulares y continuas excepciones puntuales y asistemáticas que salpican los preceptos generales de la prescripción, también se puede observar la evolución hacia un código como sistema articulado en el que aparece una parte general válida para todos los preceptos y no como una mera suma de preceptos de índole penal.

En materia de prescripción, los referidos proyectos han tenido gran influencia en los códigos posteriores, mucho más que el Código Penal de 1822.

4. CÓDIGO PENAL DE 1848 Y LA REFORMA DE 1850

4.1 Prescripción de la pena

Ni en el Código Penal aprobado por Ley de Cortes de 19 de marzo de 1848, ni en su reforma de 1850 existe mención

alguna sobre la prescripción de los delitos.

Contrariamente a lo que ocurría en el Código Penal de 1822, en que la prescripción de la pena aparecía expresamente prohibida, en los Códigos Penales de 1848 y 1850 aparece expresamente aceptada lo cual supuso una novedad que no pasó desapercibida para la doctrina de la época⁴⁵.

El artículo 126 del Código Penal de 1848 estableció los plazos de prescripción de la pena⁴⁶. Todas las penas prescribían, incluida la de muerte, la cual tenía el plazo más amplio de todos, el de 20 años, lo cual como veremos fue criticado posteriormente por la doctrina. En cualquier caso, no deja de sorprender que el máximo plazo de prescripción de la pena del Código de 1848 resulte más breve que los establecidos en los Códigos Penales de este siglo, como los Códigos Penales de 1822, 1932, 1944 y el de 1995.

Como requisitos para que operara la prescripción de la pena se exigía que el reo no hubiera cometido nuevos delitos y que no se hubiera ausentado de la Península e Islas adyacentes (Art 127)⁴⁷.

La única modificación existente en el CP de 1848 y el de 1850 radica en el plazo de prescripción de las penas leves que el art. 126 Código Penal de 1848 establecía en 10 años, el Código Penal de 1850 lo reduce a cinco años, si bien dicho cambio no parece deberse a un cambio legislativo sino a la

⁴⁵ ARAMBURU y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho penal español arregladas al código reformado de 30 de junio de 1850*, B. González, Oviedo, 1860, pág. 154: "Se introduce una disposición desconocida por nuestra antigua legislación, y aun por algunas actuales extranjeras."

⁴⁶ Art.126.-"Las penas impuestas por sentencia que cause ejecutoria se prescriben:

Las de muerte y cadena perpetua a los 20 años.

Las demás penas aflictivas a los 15 años.

Las penas correccionales a los 10 años.

Las penas leves a los 10 años.

El término de la prescripción se cuenta desde que se notifique la sentencia que cause la ejecutoria en que se imponga la pena respectiva".

⁴⁷ Art 127.-Para que tenga lugar la prescripción se necesita que el sentenciado durante el término de ella no haya cometido delito alguno ni se haya ausentado de la Península e islas adyacentes.

subsanción de un error de imprenta cometido en la publicación del Código Penal de 1848, según señalaba VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ⁴⁸, al referir que "*evidentemente se ha cometido un error de imprenta, poniendo diez años en lugar de cinco, como dice el manuscrito original y también el diario de Sesiones de las Cortes*".

En la edición de JOSE DE CASTRO Y OROZCO⁴⁹, del Código Penal de 1848 no aparece dicha errata, estableciendo que las penas leves prescriben a los cinco años.

El Código Penal de 1850 estableció que las penas leves prescribían a los cinco años.

4.2 Prescripción del delito

Hemos referido que ni el Código Penal de 1848, ni en el de 1850 se regula la prescripción del delito. No se prohíbe de forma expresa (tal como efectuó el Código Penal de 1822 respecto a la prescripción de la pena) sino que simplemente se omite, se silencia cualquier referencia a la misma.

No existiendo regulación alguna, sin que estos códigos arrojen ninguna luz al respecto sirven a VIADA LOPEZ-PUIGCERVER⁵⁰ para señalar que en el Código Penal de 1848 "*la prescripción del delito sigue sin ser acogida*", sin embargo, dicha apreciación no era compartida por los comentaristas del código de 1848 y 1850.

Esta ausencia de la prescripción del delito no paso desapercibida para la doctrina de la época. Así, los célebres comentarios de PACHECO⁵¹, atribuyeron la ausencia de

⁴⁸ VIZMANOS, T.M. y ALVAREZ MARTINEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, J.González y A. Vicente, Madrid, 1848, pág. 406.

⁴⁹ CASTRO Y OROZCO, J./ORTIZ DE ZUÑIGA, M: *Código penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, tomo I, Manuel Sanz, Granada, 1848, pág.249.

⁵⁰ VIADA C.: *Ob. cit.*, Pág. 77.

⁵¹ PACHECO, J.F.: *El Código penal concordado y comentado*, 3ª ed., Manuel Tello, Madrid, 1867 pág. 528: "*No creemos nosotros que ni la Comisión de Códigos ni el gobierno hayan querido proscribir la doctrina de la prescripción de los delitos, por no haberla consignado en la ley que*

regulación de la prescripción del delito en el Código Penal de 1848 y 1850 a que la voluntad del legislador era integrarlo en la ley de procedimiento. En idéntico sentido se pronunció VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ⁵² *"La comisión de códigos creyó que debía descartar del penal cuanto se refiere al procedimiento, como se ha hecho por el legislador francés y otros modernos"*.

Efectivamente, la Comisión de Códigos en su sesión celebrada el día 20 de noviembre de 1844 recogió las palabras de SEIJAS⁵³: *"Aunque no he traído redactado el título de la prescripción, podríamos ocuparnos de sus bases, y expondré a la Comisión mi pensamiento. Ella recordara que cuando se discutían las bases generales del Código Penal presenté una distinguiendo la prescripción de las acciones generales de la prescripción de la pena. La prescripción de las acciones dije que era materia del Código de procedimientos, pero la prescripción de las penas tuvo razón el señor Vizmanos en decir que corresponde al Código Penal y debe tratarse en el Libro I"*.

Hemos de recordar que CASABO⁵⁴ señala que ya en el debate parlamentario al Código Penal de 1822 hubo oposición a que la prescripción del delito se regulara en la ley sustantiva penal.

Resulta evidente que el legislador de 1848 no pretendía prohibir la prescripción del delito, sino únicamente su

vamos recorriendo. Juzgamos que la han creído más propia del Código de actuación, como que se reduce a una pérdida de acciones; y que por esa causa no la han incluido en el penal. (...)

Siempre que del silencio de esta ley no se quiera inferir que se han extinguido las prescripciones de la acción criminal, dejaremos en buen hora que se las consigne y sancione en la ley que se estime más conveniente."

⁵² VIZMANOS, ob. cit., pág. 405.

⁵³ Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Actas de las sesiones celebradas durante el año 1844. Redacción del Código Penal, trascripción de Lasso, pág. 102. (citada por GALLEGU DIAZ: "Prescripción penal y prohibición de retroactividad". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Enero 1986, N° 1, pág. 35.

⁵⁴ CASABO RUIZ, J.R.: *El Código Penal de 1822*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia, 1968, pág.397.

remisión a las normas de procedimiento, máxime si nos atenemos a la discusión parlamentaria donde el presidente de la comisión responde a preguntas del Sr. Peña Aguayo sobre que el reo fugado antes de que se le notifique la sentencia *"gozará de la prescripción de la acción, porque la sentencia pronunciada después de haberse fugado el reo es en rebeldía; y la notificación es el complemento de la ejecutoria."*⁵⁵

La ausencia de regulación de la prescripción de los delitos en el Código Penal de 1848, según el sentir unánime de la doctrina de la época, no significaba ni mucho menos su prohibición, así VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ⁵⁶ señalan: *"¿Cuales serán pues los casos en que el delito se estinga: 1° Si el delincuente muere (...) 6° por la prescripción de la acción penal. En todos estos casos no debe perseguirse el delito, o sentenciarse al delincuente, según determinará sin duda la ley de procedimientos criminales, y se observa en nuestra actual práctica"*.

Por tanto, los referidos autores nos dan noticia no solo de la intención de regular la prescripción del delito (*"no debe perseguirse el delito o sentenciarse al delincuente"*) en la ley de procedimiento, sino que dicha la prescripción del delito se observaba en la práctica.

Es más, podemos encontrar en los tratados prácticos de la época referencias a la existencia de la prescripción *"de las acciones criminales. Así, en el año 1865, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALVÁN⁵⁷ afirman "Nueva es en todo entre nosotros la doctrina de la prescripción de las penas; no así de la prescripción de las acciones criminales. En esta última no se ocupa el Código, sin duda por creer que es competencia del de procedimientos (...) Bástanos indicar que el silencio del código en la materia no cambia nuestro anterior derecho, que*

⁵⁵ Crónica de la Codificación española, N° 5, vol. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, Acta n° 19 de 20 de noviembre de 1844.

⁵⁶ VIZMANOS T.M. y ALVAREZ MARTINEZ, C.: Ob. cit. Pág. 404 y 405.

⁵⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBAN, J.M.: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1865, pág.201.

quedará vigente mientras una nueva ley de actuaciones judiciales no venga a alterarlo".

Y es, efectivamente, en una obra de carácter procesal, de los mismos autores, donde GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN⁵⁸ señalan que respecto a la prescripción de las acciones penales debe regir para todos los delitos el plazo de 20 años, por aplicación analógica de las Partidas, excepto el delito de adulterio y estupro cuya acción dura cinco años, y los mismos con violencia subsiste por 30 años, y el de injuria por un año.

Respecto a los delitos de imprenta estos sí que tenían señalado un plazo de prescripción de la acción penal, por la legislación de la época, así GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN⁵⁹ señalan: *"Hay un termino especial por cuyo transcurso queda prescrita la accion para perseguir los delitos de imprenta. Este es el de un mes para los impresos que no pasen de veinte pliegos del tamaño de papel sellado y el de tres meses para los que escedan de dicho número (Art 54)".*

⁵⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBAN, J. M.: Tratado académico forense de los procedimientos judiciales, tomo III, 3ª ed., Madrid, 1861, pág. 37 y 38: "Mas debe cuidarse mucho que no esté prescrito el derecho de acusar, doctrina común a los casos en que empieza el proceso por acusación particular y a los que se hace por excitación fiscal o de oficio. No encontramos ley alguna que contenga una regla general al efecto. El Código Penal como oportunamente observaremos, habla solo de la prescripción de las penas impuestas en sentencia ejecutoriada; pero nada dice de la prescripción del derecho de acusar, ni del deber que tienen el Ministerio fiscal de excitar y el juez de proceder de oficio, dejándolo sin duda para el Código de procedimientos. Sin embargo, diversas leyes de Partida (Leyes 2,3, 4, 5, 7 y 9 del Tit. VII, Part. VII) hacen relación de ciertos delitos a cuya acusación fijan el término de veinte años. Fundándose en motivos de analogías, y en la tendencia del espíritu de las leyes, quieren algunos, entre ellos el señor Hevia Bolaños, que este término sea extensivo a todos los delitos, opinión que adoptamos en defecto de otra mas autorizada. Esceptuarse de esta regla general los delitos de adulterio y estupro cuya acción dura cinco años, el de violencia que subsiste por treinta y el de injurias por solo un año".

⁵⁹ GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN. J.M: "Tratado Académico ..." Ob. cit., págs. 303 y 304.

En la posterior Ley de 7 de marzo de 1867, sobre libertad de imprenta, también podemos encontrar en su art. 42 y 43, la prescripción de la acción penal⁶⁰. Estos preceptos establecen diversos plazos de prescripción de la acción penal, de dos, tres y cuatro meses según el delito se hubiera cometido en un folleto, periódico o libro. Para el delito de injuria y calumnia se establece un plazo de tres meses, si el interesado vive en las Antillas el plazo es de seis meses, y en las Filipinas de un año.

En cualquier caso, podemos afirmar que los Códigos Penales de 1848 y 1850 no supusieron, la prohibición de la prescripción de los delitos hasta la aparición del Código Penal de 1870.

5. CÓDIGO PENAL DE 1870

La prescripción aparece en el Código Penal de 1870, de 17 de junio en los artículos 132 a 135, en el Título VI, del Libro I, que lleva por rúbrica de la extinción de la responsabilidad penal. En el artículo 132, en sus apartados 6 y 7 se establece la prescripción del delito y de la pena⁶¹.

⁶⁰ Art. 42.-En los delitos que son objeto de esta ley, la acción penal prescribe por sesenta días cuando dichos delitos hubieren sido cometidos en un periódico; por noventa, cuando se hubieren cometido en un folleto, y por ciento veinte cuando se hubieren cometido en un libro.

Por los delitos de injuria y calumnia la acción penal prescribe en el término de tres meses, cuando los injuriados o calumniados residiesen en la Península e islas adyacentes.

Los términos expresados principiaron a correr desde el día de la publicación del impreso.

Art.43.-Si el interesado residiere en las Antillas o Filipinas, la prescripción será por seis meses y un año respectivamente.

⁶¹ Art. 132.- La responsabilidad criminal se extingue: (...)

6° Por la prescripción del delito.

7° Por la prescripción de la pena.

5.1 Prescripción del delito.

El Código Penal de 1870 sí que regula expresamente la prescripción del delito, estableciendo la prescripción de todos los delitos, incluidos los castigados con pena de muerte y cadena perpetua, que tenían señalado un plazo prescriptivo de 20 años.

Los plazos de prescripción del delito se equiparan a los establecidos en el CP de 1850 para las penas, salvo los delitos de calumnias e injurias, a los que se asigna un plazo, respectivamente de un año, y seis meses mientras que las faltas⁶², prescriben a los dos meses.

5.1.1.-Interrupción de la prescripción del delito

Los dos últimos párrafos del art. 132 del Código de 1870 regulaban la interrupción del plazo de prescripción. Respecto a nuestra legislación actual se observa que en el CP de 1870 el **inicio** del plazo de prescripción se producía el día en que se hubiera cometido el delito, y si el delito permanecía oculto, el inicio del plazo empezaba a contar desde que se descubriera y "*se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo*".

⁶² Art. 133.- Los delitos prescriben a los veinte años, cuando señalare la ley al delito la pena de muerte o de cadena perpetua.

A los quince, cuando señalare cualquiera otra pena aflictiva.

A los diez, cuando señalare penas correccionales.

Exceptuarse los delitos de calumnia e injuria, de los cuales el primero prescribirá al año, y el segundo a los seis meses.

Las faltas prescriben a los dos meses.

Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en los párrafos primero, segundo, y tercero de este artículo.

El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito; y si entonces no fuere conocido, desde que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo. Esta prescripción se interrumpirá desde de que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción, desde que aquel termine sin ser condenado, o se paralice el procedimiento, a no ser por rebeldía del culpable procesado".

Por contra, ese plazo de prescripción se interrumpía desde que el **procedimiento se dirija contra el culpable**. Es decir, que el procedimiento judicial para averiguar el delito, no interrumpía la prescripción sino que lejos de ello lo que suponía era **iniciar** el plazo de la prescripción, plazo de prescripción que solo se interrumpía cuando dicho **procedimiento se dirigía contra el culpable**.

El inicio de un procedimiento que no se dirigía contra el culpable no interrumpía la prescripción sino que por el contrario iniciaba el cómputo del plazo prescriptivo.

En el CP de 1870, la paralización del proceso también producía la prescripción, si bien se exceptuaba que esta estuviera motivada por la "*rebeldía del culpable procesado*", es decir que, a sensu contrario, la rebeldía del culpable no procesado, la rebeldía en suma del autor que no había sido reconocido y procesado no interrumpía la prescripción.

La claridad del precepto no dejaba lugar a dudas, y así señalaba GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA⁶³: "*Con tal de que el delito sea conocido, aunque no lo sea su autor, el tiempo de prescripción se cuenta desde el día de su perpetración. Cuando no es conocido, correrá el tiempo desde el día en que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo. Este término, sin embargo, se suspende y la prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable. Todas las razones que abonan la prescripción cesan entonces. El sujeto pierde la posesión de estado; su fama queda en suspenso, de hombre irreprochable se convierte en presunto reo*".

En la prescripción de los delitos, cuando existe interrupción, SILVELA⁶⁴ se muestra partidario de contar el

⁶³ GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870*, tomo II, 2ª ed, Madrid, 1903, pág.699.

⁶⁴ SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, M.G. Hernández, Madrid, 1879, pág. 461.

tiempo transcurrido con anterioridad y para ello se funda en que *"cuando el legislador ha querido anular el tiempo pasado en un caso análogo, al hablar de la prescripción de la Pena, lo ha expresado claramente"*.

5.2 Prescripción de la pena

En el Código Penal de 1870 la prescripción de la pena se establece en el artículo 134⁶⁵. Como puede observarse, los plazos señalados para la pena son los mismos que los establecidos para el delito, excepto en el delito de injuria y calumnia, que no aparecen mencionados en la prescripción de las penas. Para las penas leves se fija el lapso temporal de un año, superior al plazo de dos meses, para la prescripción de las faltas.

La fijación de plazos de prescripción de duración inferior a la propia pena, en los arts. 133 y 134, fue criticado por SILVELA⁶⁶ quien señalaba que *"el cumplimiento de la condena aparece, por consiguiente, menos eficaz que su incumplimiento, pues este extingue su responsabilidad en menos espacio de tiempo"* situación que calificaba de irracional⁶⁷.

⁶⁵ Artículo 134:

"Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

La de muerte y cadena perpetua, a los veinte años.

Las demás penas aflictivas, a los quince años.

Las penas correccionales, a los diez años.

Las leves, al año.

El tiempo de esta prescripción comenzará a correr desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena si hubiera ésta comenzado a cumplirse.

Se interrumpirá quedando sin efecto el tiempo transcurrido para el caso en que el reo se presentare o sea habido, cuando se ausentare a país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradición, o teniéndolos, no estuviere comprendido en ellos el delito, o cuando cometiere uno nuevo antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo."

⁶⁶ SILVELA, ob. cit, pág. 461.

⁶⁷ SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en principios y en la*

Una novedosa causa de interrupción de la prescripción de la pena, en el Código español de 1870, es que el reo se haya ausentado a país extranjero con el que no haya celebrado España tratado de extradición, o que si existiese tratado no esté el delito en el comprendido. Dicha causa de interrupción es calificada por SILVELA⁶⁸ como "*curiosa por ser al parecer indígena*", y la fundamenta en motivos políticos.

6. EL CÓDIGO PENAL DE DON CARLOS VII

El Código Penal carlista, en su edición oficial de 1875, se aplicó durante varios años en parte de Navarra y del País Vasco.

Este Código trata en su Título VI "*De la prescripción de las penas*" a las que dedica los artículos 122 y 123, que son una fiel reproducción de los artículos 126 y 127 del Código Penal de 1850, y al igual que este Código no efectúa ninguna mención a la prescripción del delito.

legislación vigente en España, M.G. Hernández, Madrid, 1884, pág.435 "*Si se trata de prescribir la acción que nace de la sentencia, el tiempo no puede ser nunca menor que el que duraría la condena misma; pues dentro de los principios que venimos sustentando es irracional que se mire como menos eficaz que la Pena justa su incumplimiento. Los Códigos que admiten la prescripción de la pena perpetua, faltan a estos principios lo mismo que aquellos que establecen un espacio más corto para prescribir la pena o el delito que el de la duración integra de la condena*".

⁶⁸ SILVELA. L. ob. cit. pág.439: "*Más a poco que se medite, se ve que el pensamiento de donde nace esta original disposición es otro muy distinto. Con muchas naciones muy adelantadas en cultura no se han celebrado tratados: en todos los convenios hasta el día hay delitos exceptuados, como, por ejemplo, los políticos; y por consiguiente, si el reo permanece en tales países observando la más honrada y ejemplar conducta, según puede comprobarse sin género de duda, al volver a su patria lo primero que se le presenta es la pena que ha de ser extinguida. La enmienda cierta, segura y evidente, nada pues vale y significa.*"

7. CÓDIGO PENAL DE 1928

Este Código de 8 de septiembre de 1928 regulaba tanto la prescripción del delito como de la pena, si bien, a diferencia de los demás códigos, aparecían unificadas en su artículo 191⁶⁹.

7.1. Prescripción de la acción

La prescripción, que hoy denominamos del delito, es denominada en el art. 197 del Código Penal de 1928 como "*La acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos*", una terminología procesal.

Los plazos fijados no son muy extensos, de 20 años para los delitos castigados con pena de muerte, de 14 años para los delitos graves, los menos graves con pena superior a los dos años de prisión, prescriben a los seis años, y cuando la pena es inferior a los tres años. El delito de calumnia y de injuria prescribe a los dos años.

Como innovación, el último párrafo del art. 197 señala⁷⁰ que cuando los individuos estén en rebeldía "***los plazos de prescripción se aumentarán en un tercio de su duración***"

⁶⁹ Art 191.-La responsabilidad criminal se extingue:
(...) 6º Por prescripción.

⁷⁰ Art 197.-La acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos se extingue:

Por el transcurso de veinte años respecto de los delitos castigados con pena de muerte.

Por el de catorce años para los delitos castigados con penas graves. Por el de seis años para los delitos castigados con penas menos graves, con excepción de los que fueren con penas inferiores a dos años y de los con multa inferior a tres mil pesetas, los cuales prescribirán a los tres años.

La acción para perseguir los delitos de calumnia, injuria y difamación prescribirá a los dos años.

La acción para perseguir las faltas prescribirá a los dos meses. Los delitos cometidos por medio de la Prensa o cualquier otro medio de difusión, prescribirán al año, salvo lo que se establezca por leyes especiales.

Tratándose de individuos en rebeldía, los plazos de prescripción mencionados se aumentarán en un tercio de su duración.

Otra de las importantes innovaciones del Código Penal de 1922 es el inicio del cómputo del plazo de prescripción que supuso una importante modificación, respecto al Código de 1870, al establecerlo en el momento de la comisión del delito⁷¹.

El inicio del plazo de prescripción ya no se inicia cuando se descubra el delito, sino siempre desde su comisión, lo cual ha sido entendido por la doctrina como una contradicción con su conceptualización procesal efectuada en el precepto anterior, así DEL TORO⁷², manifiesta "*el hecho de ser la acción el valor prescriptible, aconsejaba, para obtener una rigurosa solución técnica, que el plazo de prescripción se computase desde que el delito fuera conocido, puesto que es un principio general de Derecho que no puede prescribir pretensión alguna sino desde el instante en que fue posible su ejercicio*".

7.1.1. Interrupción

De especial relevancia, por su claridad, son las causas que interrumpen la prescripción. En este cuerpo legal "*cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación y castigo del delito*" interrumpía la prescripción, pues así lo establecía clara y expresamente el art. 199 del Código⁷³.

⁷¹ Art 198.-El plazo de prescripción de la acción penal, comenzará a correr desde el momento en que el delito se haya consumado o frustrado o se hayan practicado los últimos actos de tentativa, conspiración, proposición o provocación.

⁷² DEL TORO MARZAL, A.: "Comentarios a los arts. 112 y ss., en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G./ CASABO RUIZ, J.R., *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona 1972, pág.673.

⁷³ Art 199.-La prescripción de la acción penal se interrumpe por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito.

El plazo seguirá corriendo, cuando desde la actuación a que se refiere el plazo anterior transcurrieren tres años sin practicarse nuevas actuaciones

A diferencia del Código de 1870 y de los Códigos posteriores, el art. 199 no exigía como requisito para interrumpir la prescripción que el procedimiento "se dirija contra el culpable".

La redacción de este precepto supone un claro y evidente contraste con todos los demás códigos penales españoles anteriores y posteriores que volvieron a exigir que para interrumpir la prescripción el procedimiento debía dirigirse contra el culpable.

La novedad que introdujo este art.199 del citado Código de 1928, no pasó desapercibida para la doctrina de la época y así señalaba JARAMILLO⁷⁴: "*No menos trascendente es la reforma respecto del señalamiento del instante en que se interrumpe el plazo de prescripción que **ahora es cualquier actuación judicial** dirigida a la averiguación o castigo del culpable, mientras que en el Código anterior ese instante arrancaba desde que el procedimiento se dirigía contra el culpable*".

La regulación que contenía este Código y su entrada en vigor, supuso para JARAMILLO el fin del debate sobre la necesidad o no de que el culpable estuviera procesado para entender que el procedimiento se dirigía contra él⁷⁵.

En congruencia con lo que suponía esta reforma (abandonada luego en todos los códigos posteriores) JARAMILLO terminaba manifestando: "*No caben ya debates de esta naturaleza: cualquier actuación judicial, sea en procedimiento criminal concreto o sea efecto de acuerdo dictado en otra forma, con tal que se dirija a la*

⁷⁴ JARAMILLO GARCIA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Silvestre Ferreira, Salamanca, 1928, pág.417.

⁷⁵ JARAMILLO, Ob. cit., pág. 417: "*En segundo término, la practica procesal enseña que puede haber actuaciones que no signifiquen en sentido estricto **procedimiento contra el culpable**.*

(...) *Hasta llegó a decirse que un procedimiento criminal no podía entenderse contra el culpable mientras no estuviera él procesado, pues el art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento criminal dice que desde el momento en que surjan indicios racionales de criminalidad contra determinada persona, se entenderá, contra ellas dirigidas las sucesivas diligencias*".

averiguación y castigo del culpable interrumpe el plazo de prescripción."

Apenas seis años después, el Código Penal de 1932, abandonaba la efímera redacción del CP de 1928 sobre la prescripción y, preceptuaba en el art. 117 que para que el plazo de prescripción se interrumpiera el procedimiento **se dirigiera contra el culpable.**

La evolución histórica sobre la interrupción de la prescripción del delito resulta muy reveladora, en cuanto puede alumbrar las dudas interpretativas sobre el entendimiento de la expresión "*procedimiento dirigido contra el culpable*".

Dicha expresión en nuestro derecho histórico se ha contrapuesto a otras distintas:

El CP de 1870, diferenciaba claramente las siguientes expresiones:

1) "**Desde que (el delito) se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo**".

2) "**Desde de que el procedimiento se dirija contra el culpable.**"

La expresión 1) indicaba el **inicio** del cómputo de la prescripción, mientras que la 2), señalaba el término de la interrupción.

Luego parece obvio que procedimiento dirigido contra el culpable no resulta lo mismo que empezar a proceder judicialmente para la averiguación y castigo del delito.

El CP de 1928 para establecer la causa que interrumpe la prescripción desaparece la fórmula "*desde de que el procedimiento se dirija contra el culpable.*", la cual es sustituida por "*cualquier actuación judicial dirigida a la*

averiguación o castigo del delito" (art 199)

La sustitución de una locución por otra, denota una clara contraposición, ya que si ambas expresiones tuvieran la misma significación la reforma hubiera sido ociosa e innecesaria. Tampoco puede pensarse que la reforma únicamente supuso dotar de mayor claridad a un precepto que ya significaba lo mismo, pues la lectura del CP de 1870 tiene un sentido distinto, y además la profundidad de la reforma no paso inadvertida para la doctrina que como JARAMILLO subrayó su importancia.

Más relevancia tiene que la novedosa dicción del art. 199 del CP de 1928 fuera abandonada por todos los Códigos Penales españoles posteriores, tanto el de 1932, como el de 1944 como el de 1995. En todos estos, como causa de interrupción de la prescripción no señalaron "*cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito*", sino la expresión "**desde que el procedimiento se dirija contra el culpable**".

Concluimos afirmando que en nuestro derecho positivo la expresión legal "**desde que el procedimiento se dirija contra el culpable**", es totalmente distinta a las expresiones:

-Se empiece a proceder judicialmente para la averiguación y castigo del delito.

-Cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito.

Cuando el legislador ha querido utilizar locuciones de tanta claridad y rotundidad como "**Cualquier actuación judicial *dirigida a la averiguación o castigo del delito***", así la ha hecho.

Por lo tanto, desde una perspectiva de interpretación histórica legal, resulta absolutamente incompatible intentar asimilar la frase "**procedimiento *dirigido contra el culpable*** con la de "**Cualquier actuación judicial *dirigida a la***

averiguación o castigo del delito".

7.1.2 Causas de suspensión

El CP de 1928 reguló en el artículo 200 las causas legales de suspensión del cómputo del plazo de prescripción por cuestiones previas, prejudiciales o de competencias⁷⁶. Esta cuestión resulta muy relevante, pues en posteriores códigos penales, en los que no existían ningún precepto similar en que fundamentarse, los Tribunales no aplicaban la prescripción señalando que esta había quedado suspendida por diversos motivos, cuando lo cierto es que no existía ningún precepto que regulara dicha suspensión.

7.2 Prescripción de "la acción para la ejecución de la pena"

El art. 201 del Código Penal de 1928 instituyó plazos de prescripción de la pena más largos que los que se exigían para la prescripción del delito. Así, la pena de muerte o la de 30 años de duración prescribía a los 30 años, las demás graves a los 20, las menos graves a los 10, las inferiores a dos años a los cuatro, mientras que las leves prescribían al año⁷⁷.

⁷⁶ **Art 200:** *Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no tendrá lugar cuando el comienzo o la prosecución de las actuaciones judiciales dirigidas a la averiguación o castigo del delito, dependa de la resolución de alguna cuestión previa o prejudicial, o de competencia, quedando entonces la prescripción en suspenso hasta que se decida sobre el particular".*

⁷⁷ Art 201.-La acción para la ejecución de la pena impuesta por sentencia firme prescribe:

Por el transcurso de 30 años en la de muerte, reclusión o prisión de treinta años de duración.

En las demás penas graves por el transcurso de un plazo de veinte años.

Las penas menos graves prescribirán a los diez años, con excepción de las inferiores a dos años y de la multa inferior a tres mil pesetas que prescribirán a los cuatro años.

Las penas leves prescribirán al año.

A diferencia del art. 197 los plazos de prescripción de la "acción para ejecutar la pena" no se amplían en un tercio en el caso de que el condenado este en rebeldía, que será lo más frecuente.

En caso de condena a diversas penas, el plazo de prescripción se computará ateniéndose a la más grave, según el art. 202.

El inicio del cómputo de la prescripción se regula en el art. 203, y esta se produce desde el día en que la sentencia haya quedado firme, desde el quebrantamiento de la condena si hubiera empezado a cumplirse. También se regula el supuesto de la revocación de la libertad condicional, en cuyo caso el día a quo es el día de la revocación.

7.2.1. Interrupción

El art. 204 regula la interrupción de la prescripción de la condena *"desde el momento en que el reo se presente o sea habido"*.

Si en el Código Penal de 1870, la comisión de un nuevo delito interrumpía la prescripción de la pena, esto ha variado en el Código Penal de 1928 que ahora analizamos, pues en éste código no se interrumpe la prescripción, sino que como veremos se excluye la misma.

7.3 Modificación o exclusión de los plazos de prescripción

7.3.1 Reducción de los plazos de prescripción

Reducción de 1/3 por buen comportamiento.

El Código Penal de 1928 introduce importantes novedades, como la reducción en un tercio de los plazos de prescripción, tanto de la pena como del delito, *"en el caso de buena*

conducta plenamente probada del reo o del condenado", según establece el art. 205⁷⁸.

7.3.2. Exclusión de la prescripción.

Gran interés despierta, el art. 206, que en determinados supuestos excluye de los beneficios de la prescripción. Al utilizar en plural el término "beneficios", entendemos que se está refiriendo tanto al beneficio propio de extinguir, como el de disminuir la responsabilidad criminal del art. 208.

Al utilizar el concepto "excluir" frente al de "interrumpir" usado en el art.204, el artículo 206 viene a significar que el término prescriptivo no vuelve a contar de nuevo, sino que la prescripción ya no opera:

"Art 206.- Quedan excluidos de los beneficios de la prescripción de la acción penal o de la prescripción de la pena:

1º El reo de delito que comete de nuevo cualquier otro y el de la falta que ejecute un hecho punible. Esto no obstante, el Tribunal, en vista de las circunstancias que concurren en el delito y en el delincuente, apreciará si la prescripción implica o no la extinción de la responsabilidad criminal para el reincidente.

2º Los sometidos a detención por habituales⁷⁹.

3º Los destinados a internamiento en manicomio judicial o particular.

4 Los alcoholizados, toxicómanos y vagos mientras subsista la necesidad de su internamiento.

⁷⁸ Art 205.-En el caso de buena conducta plenamente probada del reo, o del condenado, se disminuirán en un tercio los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena.

La aplicación de este beneficio, podrá ser solicitada por el interesado al quedar a disposición del Tribunal, tanto en el caso de presentación espontánea como en el de ser habido, para que se sustancie como cuestión previa.

⁷⁹ El art. 70 regulaba la delincuencia habitual.

Este precepto viene a suponer que en determinados supuestos la acción penal o la pena son imprescriptibles, pero no en atención a la penalidad, ni a la gravedad del delito, o al bien jurídico protegido, sino en atención a la conducta posterior del culpable.

Se faculta al juez para aplicar o no la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad, en el párrafo 2º del art. 226.1

El párrafo 3º y 4º, impide la prescripción de personas que por su conducta son merecedores de medidas de seguridad como internamiento en manicomio, o en el caso de los alcoholizados, toxicómanos y vagos "*mientras subsista la necesidad de su internamiento*".

En el art. 207 establecía que *los delitos por imprevisión, imprudencia o impericia no producirán el efecto de interrumpir la prescripción.*

7.4 Atenuación de la pena por el transcurso de la mitad del plazo prescriptivo

El art. 208, a diferencia del 205, no reduce los plazos de prescripción de "la acción penal" o de la pena, sino que otorga efectos de atenuar notablemente la pena, cuando no ha llegado a completarse el plazo de prescripción pero ha transcurrido más de la mitad de dicho plazo y el delincuente ha observado buena conducta y se ha presentado de forma espontánea ante los Tribunales⁸⁰.

El art. 191.6 del Código Penal de 1928 afirma que la responsabilidad criminal se extingue por la prescripción, sin

⁸⁰ Art. 208.- Cuando hubiere transcurrido más de la mitad del plazo señalado para la prescripción de la acción penal o de la pena, en el caso de presentación espontánea, los Tribunales, teniendo en cuenta la conducta del delincuente, podrán en cada caso concreto y a su prudente arbitrio disponer que le sea abonada, en la pena de privación o restricción de libertad, una parte del tiempo transcurrido, que no podrá exceder de la mitad de la pena.

embargo de forma incongruente con lo anterior el art. 208, por el transcurso de la mitad del plazo prescriptivo, atenúa la responsabilidad. Por lo tanto, o bien el art.208 no regula la prescripción, o bien el art. 191.6 debiera señalar que la responsabilidad criminal se extingue "o se modifica" por la prescripción.

En el siguiente cuadro mostramos ordenamos por orden de gravedad los plazos de prescripción de la acción del delito. Así los delitos castigados con pena de muerte tienen un plazo ordinario de 20 años, pero si están en situación de rebeldía (Art 197 in fine) se aumentan en un tercio, es decir, el plazo se convierte en el de 26 años y 8 meses. En caso de buena conducta (art 205 CP) plenamente probados el plazo se reduce en un tercio, es decir a 13 años y 4 meses. Transcurrido más de la mitad del plazo señalado para la prescripción, (en el caso de la pena de muerte 10 años) en caso de presentación espontánea se puede rebajar la pena de privación o restricción de libertad hasta la mitad de la pena.

<u>PRESCRIPCION DE LA ACCION DEL DELITO</u>				
	Plazo rebeldía	PLAZO ORDINARIO	Reducción 1/3 Plazo Buena conducta	Reducc. 1/2 Mitad plazo
Muerte	26a 8m	20 años	13a 4m	10
Penas graves	18a 4m	14 años	9a 4 m	7 años
Penas menos grav	8a	6 años	4 años	3 años
Penas Inf 2a	4a	3 años	2 años	1a y 6m
Calm, Inj, Dif	2a 8m	2 años	1a y 4m	1a
Prensa	1a 4m	1 año	8m	6 meses
Faltas	2m 20d	2 meses	1m 10d	1 mes

El Código Penal de 1928 es el único que otorga efectos jurídicos a los plazos incompletos de prescripción. No existe

ningún precepto similar en la legislación española ni anterior ni posterior⁸¹.

En el Código Penal de 1928 nos encontramos ante la regulación mas subjetiva de la institución. El comportamiento del reo o condenado, puede excluir la prescripción del delito o de la pena.

Los plazos aumentan o pueden disminuir según el comportamiento del sujeto, e incluso no llegando a consumarse la prescripción, se puede rebajar la pena hasta su mitad⁸².

8. CODIGO PENAL DE 1932

El Código Penal de 1932 supuso una reforma del Código de 1870. El 14 de abril de 1931 se proclama la II República Española y el Gobierno Provisional por Decreto de 15 de abril derogó la vigencia del Código Penal de 1928 declarándolo en vigor el Código de 1870 en tanto no apareciera un nuevo código. El Código Penal de 1932 entró en vigor el 1 de diciembre de dicho año.

El artículo 115 del Código Penal de 1932, al enumerar las causas que extinguen la responsabilidad criminal dedica su apartado 4º a la prescripción del delito, y el 5º a la prescripción de la pena.

8.1 Prescripción del delito

⁸¹ El Código Penal de 1995, como veremos, regula en su art. 4.4 la suspensión de la ejecución de la pena cuando medie petición de indulto, y se fundamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Aún cuando las dilaciones indebidas y la prescripción guardan gran relación son cuestiones distintas, y en todo caso la suspensión de la ejecución por la petición del indulto, no supone que la pena no llegue a ejecutarse si el indulto es denegado, y si fuera concedido, la pena quedará finalmente sin efecto, no por su suspensión, sino en virtud del indulto. Por ello entendemos, que este art. 4.4 del CP de 1995 no guarda relación con el que analizamos.

⁸² Lo que con arreglo al sistema penológico del CP de 1995 supondría bajar la pena en un grado.

Los plazos prescriptivos⁸³ del delito se encuentran enumerados en el art. 116. El Código del 32 supuso una disminución de los lapsos de prescripción del delito que el legislador fundamentó en la Exposición de Motivos, en la benignidad del nuevo Código⁸⁴.

El mayor plazo de prescripción del delito es el de quince años para los delitos castigados con pena de reclusión. Los otros plazos de prescripción son de diez, y de cinco años. La calumnia prescribe al año, la injuria a los seis meses, y otros delitos de imprenta a los 3 meses, mientras que las faltas prescriben a los dos meses.

El inicio del plazo se produce al igual que en el CP de 1928, desde el día en que se hubiere cometido el delito. Es respecto a la interrupción donde se abandona la literalidad del texto de 1928, para señalar en el art. 117 que *"Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento **se dirija contra el culpable**, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento"*.

Como puede observarse se abandona por completo la expresión del CP de 1928 en el que *"cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación y castigo del delito"* y

⁸³ Art 116.-Los delitos prescriben a los quince años, cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión.

A los diez, cuando señalare una pena que exceda de seis años.

A los cinco, cuando señalare cualquiera otra pena.

Exceptúanse los delitos de calumnia o injuria y los comprendidos en el art. 559 de este Código, de los cuales, los primeros prescribirán al año, los segundos a los seis meses y los últimos a los tres meses".

Las faltas prescriben a los dos meses.

Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo.

⁸⁴ Exposición de Motivos del Código Penal de 1932, IV, pág. 19, 1ª Edición oficial: *"La benignidad en que se inspira este Proyecto de reforma del Código de 1870 hace que se rebajen los plazos de prescripción del delito (antiguo art. 133 y nuevo art.116)"*.

se vuelve a exigir que el procedimiento "se dirija contra el culpable".

El tenor literal de dicho precepto ha sido reproducido en el art. 117 del Código Penal de 1944 y en el art. del Código Penal de 1995

8.2 Prescripción de las penas

En cuanto a la prescripción de las penas, nos encontramos en el artículo 118 con los plazos más elevados de toda la codificación penal⁸⁵, que luego mantendría el Código Penal de 1944. El legislador, en la Exposición de Motivos⁸⁶, justificó el aumento en las críticas efectuadas por SILVELA⁸⁷ al Código Penal de 1870.

El mayor de los plazos se sitúa en los 35 años. No deja de sorprender esta cuestión, pues el Código penal de 1928 otorgaba un plazo prescriptivo a la pena de muerte, inferior al que el Código de 1932 señalaba a la mayor pena permitida por este código, la reclusión mayor.

Advertimos una clara incoherencia entre la reducción del plazo de prescripción de los delitos y el aumento del plazo de la pena, puesto que el argumento de "la pena del torpe",

⁸⁵ Art 118.-Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

La de reclusión mayor a los treinta y cinco años.

La de reclusión menor, a los veinticinco.

Las demás penas cuya duración exceda de seis años, a los quince.

Las penas superiores a un año y que no excedan de seis, a los diez.

Las restantes penas, con excepción de las leves, a los cinco años.

Las penas leves al año.

⁸⁶ Exposición de Motivos del CP de 1932, IV, 1º Edición oficial, Pág. 19: *"El grave error, que le llevó a D.Luis Silvela a hablar de la "pena del torpe", nos ha forzado a elevar los plazos de prescripción de ésta en el art. 118 (antes 134)".*

⁸⁷ SILVELA en su artículo "La pena del torpe" cuenta como de dos condenados a cadena perpetua, mientras uno cumple condena el otro logra fugarse para volver 20 años después como un próspero hombre de negocios que visita en la cárcel a su "torpe" compañero al que le ofrece gestionar su indulto. (Citado por ANTON ONECA, J./ RODRIGUEZ MUÑOZ J.A.: *Derecho penal I, Parte general*, Madrid, 1949, pág. 575).

también puede aplicarse "al delito del torpe". No deja de sorprender, aún cuando de esta cuestión nos ocuparemos más adelante, que un delito castigado hasta con 30 años de prisión, prescriba a los quince años, y si lo que prescribe es la pena impuesta por ese mismo delito, el plazo se vea aumentado a 35 años.

La notificación personal al reo de la sentencia firme, o el quebrantamiento de la condena si esta hubiera comenzado a cumplirse inician el plazo de prescripción de la pena.

La interrupción deja sin efecto el tiempo transcurrido y se produce por la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que esta pueda comenzar de nuevo (art.119)⁸⁸.

El precepto resulta muy parco y para su comprensión resulta necesario partir de la prescripción del delito. Aún cuando el art. 119 no lo mencione resulta evidente que si al reo antes de cumplir el plazo de prescripción le es ejecutada tardíamente la condena, ello interrumpirá también la prescripción. Por tanto, para comprender la prescripción de la pena, nos hemos de remitir a la regulación de la prescripción del delito.

La regulación de la prescripción de la pena en el Código de 1932 supuso una importante modificación en su art. 119 respecto al art. 134 del Código 1870 en el que se inspira, al eliminar el código republicano como causa de interrupción del plazo la ausencia del reo a país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradición o "*teniéndolos, no estuviere comprendidos en ellos el delito*", eufemismo con el que se trataba de evitar la extinción de la

⁸⁸ Art 119.- El tiempo de la prescripción de la pena comenzará desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena si hubiere esta comenzado a cumplirse.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo.

responsabilidad de los delitos políticos, según se indicó.

8.3.Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933

Es de referir que esta Ley de 4 de agosto de 1933 (Gaceta de Madrid N° 237, de 5/8/1933) en su parte expositiva indicaba que en la misma se "señala el límite máximo que pueden durar las medidas de seguridad, a cuyo cumplimiento no afectarán la amnistía, el indulto o el perdón de la parte ofendida".

Quedan excluidas expresamente las aludidas causas de extinción de la responsabilidad, subsistiendo la prescripción de las medidas de seguridad que se regulan en el art.19 y que estableció tres plazos distintos: de 10 años; de cinco años y de tres años⁸⁹.

Así el plazo de prescripción de diez años se aplica para medidas de seguridad previstas para los "vagos habituales" (Art 6.1); a los rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales o que exploten menores de edad (art.6.2); a los que no justifiquen la posesión legítima de dinero (art. 6.3); a los que exploten juegos prohibidos (art. 6.4) o "a los que

⁸⁹ Art 19..-"Las medidas de seguridad prescribirán:

A los diez años, si se trata de internamiento en Establecimiento de custodia, de trabajo o de colonias agrícolas.-b) A los cinco años si se trata de internamiento en asilos curativos de templanza para bebedores y toxicómanos, o de sumisión a la vigilancia de delegados.-c) A los tres años, en cualquier otro caso.

El término de la prescripción comienza a contarse desde el día en que quedo firme la resolución que se impuso, o desde aquel en que se hubiere interrumpido irregularmente la ejecución de la medida.

Antes de expirar el termino de la prescripción puede acordar el Tribunal ya de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de parte legítima, una nueva medida de seguridad que sustituya a la incumplida.

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo, quedan interrumpidos si el peligroso fuese condenado por razón del delito.

La amnistía, el indulto o el perdón de la parte ofendida no afectarán al cumplimiento y extinción de las medidas de seguridad, salvo la ley en que la amnistía se conceda dispusiere especialmente lo contrario.

observen conducta reveladora de inclinación al delito" (art.6.8).

El plazo prescriptivo de cinco años se aplica a los ebrios y toxicómanos habituales (art. 6.5); a los que ocultaren su verdadero nombre o personalidad (art.6.7)

El lapso más pequeño de tres años, de carácter residual, es de aplicación a supuestos tales como tráfico de sustancias de ilícito comercio (art.6.6).

9. LEGISLACIÓN FRANQUISTA

Durante la vigencia del Código Penal de 1932, la sublevación militar en 1936 y la guerra civil supuso una división geográfica que también afectó a la legislación penal, ya que en la zona controlada por las fuerzas sublevadas dictaron ordenes y decretos en materia penal y concretamente de la prescripción que no han merecido estudio doctrinal a pesar de las cuestiones que plantean. Por ello, y con carácter cronológico nos referiremos a una serie de normas dictadas en el ámbito de la zona franquista.

Aún cuando carecieron de toda virtualidad, los proyectos de Código Penal falangistas, también serán referidos por la originalidad que suponen.

9.1. Orden de 12 de enero de 1937: Suspensión y ampliación en un mes de los plazos de prescripción en territorio marxista.

La Orden de 12 de enero de 1937⁹⁰ de la Junta Técnica de la Jefatura del Estado señalaba en su artículo 1: "*Para la prescripción de las acciones civiles, criminales o contencioso-administrativas que deban ejercitarse en*

⁹⁰ B.O.E. 86 de los días 14 de enero. Referencia Aranzadi 48.

territorio que este o haya estado ocupado por los marxistas, no se computará el tiempo de la ocupación y un mes más, a no ser que aun sin descontar ese tiempo, puedan ser ejercitadas durante un término superior a dos meses."

La referida Orden aparece justificada en su exposición de motivos en "*las dificultades existentes para ejercitar las correspondientes acciones judiciales en territorio ocupado por las hordas marxistas*" y para proteger a los demandados que permanezcan en territorio no liberado contra sentencias ganadas dolosamente al amparo de una rebeldía.

Esta orden parte de una premisa procesalista del instituto de la prescripción, y parece estar diseñada para las acciones civiles, a las que se le ha asimilado la prescripción "*de las acciones criminales*", sin distinguir entre el delito y la pena.

Se suspenden las acciones ejercitables en "*zona marxista*", pero no las ejercitables en "*zona nacional*".

Nos encontramos ante una ruptura del principio de unidad del derecho penal, por razón del territorio, pero no por existir dos legislaciones distintas, una en cada zona en conflicto, sino porque uno de dichos ordenamientos prevé un tratamiento distinto según la zona en que se ejercite.

9.2 Orden de 16 de marzo de 1939: Suspensión y ampliación en tres meses de los plazos en zona roja

Por Orden de fecha 16 de marzo de 1939 del Ministerio de Justicia⁹¹ se dispuso que para la prescripción de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas, "*ejercitables en territorio que haya estado sometido bajo la dominación roja*", no se computará el tiempo de dominación y tres meses más⁹²".

⁹¹ B.O.E. del 19 de marzo, N° 321, Ref. Aranzadi 321.

⁹² Esta orden establecía como excepción los casos en que "sin rebajar

Dicha Orden se fundamentaba en *"las dificultades para ejercitar acciones en los órdenes civil, penal, y contencioso administrativo (...) y que subsisten respecto a los territorios recientemente liberados y de los próximos a su liberación"*

Es evidente, que se parte de una concepción procesalista de la prescripción de la "acción penal" a la que da el mismo tratamiento que las civiles y administrativas. Además, el art. 3º de esta orden le concede a esta norma *"efecto retroactivo al 1º de enero del corriente año"*.

Mientras que la Orden de 13 de enero de 1937 amplió el plazo de prescripción en un mes, esta Orden de 16 de marzo de 1939, supone, además de mantener la suspensión, una rectificación ampliando los plazos prescriptivos en zona roja en tres meses, y con carácter retroactivo al 1 de enero de 1937.

9.3 Ley de 1 de abril de 1939 suspendiendo los plazos con efectos retroactivos al 17 de julio de 1936

La Ley de 1 de abril de 1939 de la Jefatura del Estado⁹³ va a más allá que todas las anteriores pues supone la suspensión de los plazos de prescripción con carácter retroactivo al día 17 de julio de 1936.

El artículo cuarto de esta Ley, único precepto dedicado al orden penal, señala *"Con el mismo efecto de retroacción al 17 de julio de 1936 se suspenden los plazos de prescripción de los delitos y de las acciones que solo pueden ejercitarse o promoverse a instancia de parte o previa denuncia"*.

En el artículo sexto, se corrige la terrible desigualdad entre ambas zonas de las Ordenes dictadas anteriormente. Ahora, el eje de la suspensión será el perjudicado, así se

el tiempo no computable, puedan ser ejercitadas las expresadas acciones en un plazo que exceda de seis meses".

⁹³ B.O.E. N° 97, de 7 de abril de 1939, Referencia Aranzadi 396.

establece: *"El tracto prescriptivo empezará de nuevo a correr para cada caso desde el día en que se halle en territorio liberado⁹⁴ la persona que sin la suspensión hubiese sido perjudicada por su transcurso y cuente con los medios de justificación suficientes para hacer valer su derecho o acción"*.

El párrafo segundo del art. sexto preveía también la ampliación del plazo prescriptivo en dos meses en algunos supuestos⁹⁵.

9.4 Ley de 3 de febrero de 1940: Plazo especial de dos años para delitos no comunes cometidos con ocasión del Movimiento Nacional

La Ley de 3 de febrero de 1940 de la Jefatura del Estado, (B.O.E. 37) estableció plazos especiales de prescripción, de solo dos años, para los delitos políticos cometidos con anterioridad al día en que oficialmente terminó la guerra civil española.

Así estableció este art.1:

"Los delitos no comunes sancionados con penas privativas de libertad inferiores a doce años y un día, cometidos con ocasión del Movimiento Nacional, con anterioridad a 1 de abril de 1939, prescribirán a los dos años, contados a partir de ese día cuando no se haya incoado procedimiento o dado estado a la denuncia, y siempre que el culpable no se hubiere ocultado o permanecido maliciosamente fuera de su residencia habitual o ausentado a país extranjero".

⁹⁴ En el artículo séptimo se establecía que: *"A efectos de la presente Ley se entenderá encontrarse en territorio liberado todo el que voluntariamente se halle en el extranjero"*.

⁹⁵ *"Si a partir de la reanudación del tracto prescriptivo hasta el momento en que legalmente deba concluir mediaran menos de sesenta días desde el en que deba considerarse alzada la suspensión. En todo caso, ningún plazo de los que se hallaren en curso el 17 de julio de 1936 se entenderá extinguido hasta que transcurran sesenta días a partir del siguiente a la inserción de esta Ley en el Boletín Oficial del Estado."*

En el supuesto de que el reo se presentare en territorio nacional, y en todo caso hiciese vida ordinaria, el plazo de prescripción comenzaba a correr desde la fecha en que se haya comprobado se encontraba en esas condiciones.

Para los que hubieren hecho su presentación antes del 1º de abril de 1939, el plazo empezará a contarse en esta fecha de liberación de todo el territorio nacional.

La exposición de motivos de esta Ley resulta interesante ante el silencio que suelen guardar todos los Códigos Penales, excepto el de 1932, sobre la justificación de la prescripción, que en esta Ley dichos plazos se fundamentarían en razones de justicia material que afectaba a grandes sectores sociales, y a la posibilidad de abusos y chantajes para no delatar⁹⁶.

9.5.-Proyectos falangistas

9.5.1 Proyecto de Código Penal de 1938

Los preceptos relativos a la prescripción se encuentran en los arts. 103 al 108 y su principal originalidad radica en que los plazos de prescripción del delito están directamente relacionados con la pena máxima señalada a cada delito (art. 104). Se trata de una remisión directa por la que la pena máxima de cada delito es además el plazo de prescripción de dicho delito. Existirán tantos plazos de prescripción del delito como penas máximas aparezcan en el código.

Respecto a la prescripción de la pena el plazo se

⁹⁶ "Exposición de Motivos Ley 3 de febrero de 1940, B.O.E. de 6 de febrero, Ref. Aranzadi, 214: *Sería, por otra parte, injusto mantener indefinidamente un estado de alarma en grandes sectores que, por su colaboración escasa y más o menos inconsciente en la acción de la anti-España, se encuentran sometidos a la amenaza de una denuncia que no puede dejarse a capricho del denunciante en cuanto al cuándo de su ejercicio, porque, a más de revelar esta inacción incumplimiento de obligaciones legales y deberes de ciudadanía, puede originar abusos y vejaciones por parte de quien posee el secreto capaz de perturbar la tranquilidad individual y familiar de las víctimas*".

encuentra marcado "por el transcurso de un lapso de tiempo igual al límite máximo de la pena impuesta" (art. 106). Ello supone necesariamente que el plazo de prescripción de la pena sea igual o menor que el plazo de prescripción del delito, y en todo caso supone una equiparación entre el tiempo de la pena y el tiempo de la prescripción de la pena.

Transcribimos a pie de página el articulado completo sobre la prescripción.⁹⁷

9.5.2 Proyecto falangista de Código Penal de 1839

⁹⁷ Art.103.- La responsabilidad se extingue:

1° Por la muerte del reo.

2° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

3.- Por indulto.

El indultado no podrá habitar, por el tiempo que, a no haberlo sido, debería durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido sin el consentimiento de éste, quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado.

4.- Por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos que no puedan dar lugar a procedimiento de oficio.

5.- Por la prescripción del delito.

6.- Por la prescripción de la pena.

Art.104.- Los delitos prescriben por el transcurso de un lapso de tiempo igual al límite máximo de la pena señalada por la Ley.

Las faltas prescriben a los dos meses.

Cuando la pena señalada sea compuesta se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo.

Art.105.- El término de la prescripción empezará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento.

Art.106.- Las penas impuestas por sentencia firme prescriben por el transcurso de un lapso de tiempo igual al límite máximo de la pena impuesta.

Art.107.- El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena si hubiere ésta comenzado a cumplirse.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo.

Art.108.- La responsabilidad civil nacida de delitos o faltas se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil.

Este proyecto carece de originalidad, si bien destaca por los benignos plazos de prescripción del delito, cuyo máximo plazo es de quince años en contraposición a los graves plazos de prescripción de la pena, cuyo máximo plazo es de 35 años.

Reproducimos el texto en nota a pie de página⁹⁸.

⁹⁸ Art 125.-La responsabilidad penal se extingue:

(...)

4° Por la prescripción del delito.

5.- Por la prescripción de la pena.

Art.126.- Los delitos prescriben a los quince años, cuando la ley señalare al delito la pena de reclusión.

A los diez cuando señalare una pena que exceda de seis años.

A los cinco, cuando señalare cualquier otra pena.

Exceptúanse los delitos de calumnia o injuria y los comprendidos en el art.551 de este Código, de los cuales, los primeros prescribirán al año, los segundos a los seis meses y los últimos a los tres meses.

Las faltas prescriben a los dos meses.

Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará a la mayor la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo.

Art.127.- El término de la prescripción comenzará a correr de el día en que se hubiere cometido el delito.

Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de prescripción desde que aquél termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento.

La prescripción se interrumpirá también, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, en el caso de que el perseguido o procesado se ausentare a país extranjero aún cuando hubiere adquirido otra nacionalidad.

Art.128.- Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: La de reclusión mayor a los treinta y cinco años. La de reclusión menor a los veinticinco.

Las demás penas cuya duración exceda de seis años, a los quince.

Las penas superiores a un año y que no excedan de seis, a los diez.

Las restantes penas, con excepción de las leves, a los cinco años.

Las penas leves, al año.

Art.129.- El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta comenzado a cumplirse.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo.

En el caso de que el reo se ausentare a país extranjero se observará lo dispuesto en el párrafo tercero del art.127.

Art.130.- La responsabilidad civil nacida de delitos o faltas se extinguirá, del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil.

9.6 Código Penal de 1944

9.6.1 Prescripción de los delitos

El Código penal de 1944, en su art. 113 aumentó el plazo⁹⁹ de prescripción de los delitos más gravemente castigados (pena de muerte y reclusión mayor¹⁰⁰) a los 20 años. La Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio modificó el primer párrafo del art. 113 suprimiendo la referencia a la pena de muerte¹⁰¹.

Este código mantuvo el plazo de 15 años para los delitos castigados con la pena de reclusión menor¹⁰², y en el resto de delitos conservó la dicción del Código Penal de 1932, suprimiendo únicamente el plazo de 3 meses para los delitos de inducción por imprenta. De esta forma, los delitos cuya pena excedan de seis años tienen un plazo prescriptivo de 10 años y el plazo de cinco años para los delitos que tuvieran señalada "cualquier otra pena".

Los delitos castigados con penas no privativas de libertad (confinamiento, extrañamiento, destierro, inhabilitaciones) no contaban con plazo prescriptivo expresamente mencionado, por lo que fue una cuestión debatida

⁹⁹ Art.113 "Los delitos prescriben: A los veinte años cuando la Ley señalare al delito las penas de muerte o de reclusión mayor.

A los quince, cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión menor.

A los diez, cuando señalare una pena que exceda de seis años.

A los cinco, cuando señalare cualquier otra pena.

Exceptúense los delitos de calumnia e injuria, de los cuales los primeros prescribirán al año, y los segundos a los seis meses.

Las faltas prescriben a los dos meses.

Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo".

¹⁰⁰ La pena de reclusión mayor tenía una duración de veinte años y un día a treinta años. (Art 30).

¹⁰¹ El art. 113 parraf. 1º quedó redactado así: "Los delitos prescriben a los veinte años cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión mayor".

¹⁰² La pena de reclusión menor tenía una duración de doce años y un día hasta veinte años (Art 30).

la determinación del plazo de prescripción de los delitos castigados con penas privativas de derechos.

El Tribunal Supremo adoptó dos soluciones posibles, mientras un sector minoritario de la jurisprudencia¹⁰³ optó por aplicar los plazos según exclusivamente la duración de dichas penas, sin diferenciar si se trataban de penas privativas de derechos o de libertad, otro criterio que acabó imponiéndose en la jurisprudencia¹⁰⁴ declaraba que los delitos castigados con penas privativas de derechos tenían un plazo de prescripción de cinco años, en virtud del art. 113 párrafo 4 que establecía dicho plazo cuando la Ley señale "*cualquier otra pena*".

Según reconocía el propio Tribunal Supremo¹⁰⁵ "*La jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado mayoritariamente por esta segunda interpretación, **incluyendo las penas privativas de derechos, cualquiera que fuere su duración, en el plazo prescriptorio de cinco años***" que justificaba esta solución en la "*menor gravedad que aprecia en las penas privativas de derechos con respecto a las penas privativas de libertad, por lo que merecen un plazo más benigno de prescripción, a lo que añade que, en caso de duda, debe resolverse siempre a favor del reo*".

Esta solución resulta coherente y lógica con los principios que inspiran la prescripción.

La referida Sentencia a mayor abundancia acudía a una interpretación sistemática del art.114 para argumentar que "*la pena de extrañamiento, que tiene una duración de doce años y un día a veinte años, es decir, igual que la pena de reclusión menor, sin embargo no aparece en el plazo segundo*

¹⁰³ Sentencias de 18 de febrero de 1954, 4 de febrero de 1960, 7 de abril de 1960 y 28 de octubre de 1972. (Citadas por MORILLAS CUEVA, en "La prescripción del delito y de la pena", Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XX, Ed. Francisco Seix SL, Barcelona 1993).

¹⁰⁴ Sentencias de 4 de octubre de 1934, 1 de junio de 1946, 25 de marzo de 1963, 28 de octubre de 1964, 1 de junio y 19 de diciembre de 1974. (Citadas por MORILLAS CUEVA en Ob. cit.)

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1994, R.J.A. 3147.

junto a dicha pena", Aún cuando compartimos la solución, discrepamos de este último argumento, pues de una lectura sistemática del art. 114 queda claro que no puede aplicarse el plazo señalado para la pena de reclusión menor, lo que la interpretación sistemática no aclara es si la pena de extrañamiento al tener señalada *"una pena que exceda de seis años"* ha de tener un plazo de diez años, o debe aplicarse el plazo de cinco por ser *"cualquier otra pena"*.

Respecto a las faltas, el art. 114 establecía que *"prescriben a los dos meses"*, sin embargo, a las faltas conexas con delitos y a las faltas que inicialmente fueron instruidas como delitos y terminaron siendo declaradas faltas en la Sentencia, la jurisprudencia dominante¹⁰⁶ se negó a aplicarle el breve plazo de los dos meses mientras fueron instruidas en un proceso por delito, como más adelante expondremos con mayor detenimiento.

El inicio del cómputo de la prescripción del delito y su interrupción¹⁰⁷ está regulado en el art. 114 y era una copia literal del art. 117 del CP de 1932.

9.6.2 Prescripción de las penas

El CP de 1944 supuso un aumento del plazo de prescripción para los delitos mas gravemente castigados, sin embargo esto no ocurrió en la prescripción de la pena. A pesar de la mayor gravedad de la pena capital el mayor plazo de prescripción se mantuvo para las penas, en el extenso plazo de 35 años.

¹⁰⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1993, R.J.A. 7142, de 30 de julio de 1993, R.J.A, 6448, de 30 de diciembre de 1993, R.J.A. 9817, entre otras.

¹⁰⁷ **Art. 114** del Código Penal: *"El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.*

Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquel termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento".

Los plazos de prescripción de la pena estaban regulados en el art. 115 de este Código¹⁰⁸. El apartado primero de este precepto fue reformado por la Ley 8/1983, de 25 de junio que suprimió la referencia a la pena de muerte.

9.6.3 Modificación del art.116 por Ley de 24 de abril de 1958

En la redacción primitiva del Código Penal de 1944, el art. 116 que regulaba el cómputo e interrupción de la prescripción de la pena era una copia del art. 119 del Código Penal de 1932. El art. 116 fue modificado por la Ley de 24 de abril de 1958 en que se sustituyó¹⁰⁹ el inicio del cómputo del plazo desde la notificación personal al reo, por "*desde la fecha de la sentencia firme*".

La Ley 24 de abril de 1958¹¹⁰ en su exposición de motivos justificó la reforma que ahora señalaba la fecha de firmeza de la sentencia como inicio de la prescripción de la pena no empezada a cumplir, para equiparar "*la situación de estos reos con la de los que quebrantaron sus condenas*".

Al respecto, QUINTANO RIPOLLES¹¹¹ señalaba que con anterioridad a la reforma podía suceder que no hubiera lugar a la prescripción por no haberse llevado a cabo la formalidad

¹⁰⁸ **Art 118**

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:
Las de muerte y reclusión mayor a los treinta y cinco años.
La de reclusión menor, a los veinticinco.
Las demás penas cuya duración exceda de seis años, a los quince.
Las penas superiores a un año y que no excedan de seis, a los diez.
Las restantes penas, con excepción de las leves, a los cinco años.
Las penas leves al año.

¹⁰⁹ El primer párrafo del art. 116 quedó redactado así: "El tiempo de la prescripción de la pena comenzará a correr desde *la fecha de la sentencia firme* o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse".

¹¹⁰ B.O.E. de 25 de abril de 1958, N° 99, Ref. Aranzadi 761.

¹¹¹ QUINTANO RIPOLLES, A: *Compendio de Derecho Penal*, vol. I. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1958, pág. 506.

de la notificación personal, por ejemplo, si el reo se anticipa a huir antes de la misma, resultando así notoriamente perjudicado frente a otros supuestos de quebrantamiento de idéntica naturaleza.

Nos encontraríamos, en un momento del proceso (entre la sentencia y su notificación personal) que constituiría un extraño supuesto de tierra de nadie entre la prescripción del delito y la prescripción de la pena, pues no sería posible aplicar ni la una ni la otra, según lo reseñado. No nos mostramos partidarios de que esta solución fuera la correcta antes de la Reforma de 1958, pues la sentencia penal no alcanza la firmeza hasta que es notificada tanto a la representación procesal como al acusado, de tal forma, que una sentencia no notificada personalmente no es firme, y por lo tanto entendemos que sería de aplicación el plazo de prescripción del delito, pues aun cuando no quepan recursos ordinarios contra la sentencia, sí que pueden existir otro tipo de recursos, como aclaración de sentencia o incluso nulidad de actuaciones posibles en situaciones extremas, etc.

9.7 Decreto-ley 10/1969 que declara la prescripción de todos los delitos anteriores al 1 de abril de 1939.

El referido Decreto-ley (B.O.E. 78/1969) declaró la prescripción de todos los delitos cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939 que alcanzaba a "toda clase de delitos, cualesquiera que sean sus autores, su gravedad o sus consecuencias" (art.1)¹¹² y afectaba tanto a los procesos que

¹¹² Art.1 Se declaran prescritos todos los delitos cometidos con anterioridad al 1 de abril de 1939.

Esta prescripción, por ministerio de Ley, no requiere ser judicialmente declarada y, en consecuencia, surtirá efecto respecto de toda clase de delitos, cualesquiera que sean sus autores, su gravedad o sus consecuencias, con independencia de su calificación y penas presuntas, y sin tener en cuenta las reglas que los códigos vigentes establecen sobre cómputo, interrupción y reanudación de los plazos de prescripción del delito.

no se habían iniciado como a los "que no haya recaído aún sentencia firme" (art.2)¹¹³. En realidad respecto a estos últimos ello suponía no contabilizar las interrupciones que se hubieran podido producir de la prescripción, en clara vulneración a lo establecido en el entonces art. 114, tal como señalaba expresamente el Decreto: "y sin tener en cuenta las reglas que los códigos vigentes establecen sobre cómputo, interrupción y reanudación de los plazos de prescripción del delito" (art.1).

9.8 Prescripción de las medidas de seguridad en la Ley 16/70, de 4 de agosto.

El Código Penal de 1944 y sus sucesivas reformas parciales no establecieron plazos de prescripción para las medidas de seguridad. La Ley 16/70, de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social (B.O.E. 187, de 6 de agosto), reguló en su art. 35 donde se señalaban los plazos de 3, 5 y 10 años¹¹⁴.

¹¹³ Art.2 Extinguida por prescripción la acción para promover su investigación y castigo, no se incoará a partir de la publicación de este Decreto-ley ningún proceso por delitos anteriores a la fecha señalada; se procederá inmediatamente al sobreseimiento y archivo de los procedimientos en que no haya recaído aún sentencia firme, sin que puedan abrirse los archivados por rebeldía de los procesados, y quedarán sin efecto todas las medidas procesales derivadas de la misma.

¹¹⁴ Art 35.-"Las medidas de seguridad prescribirán:

a) A los diez años, si se trata de internamiento en establecimiento de custodia o de trabajo.

b) A los cinco años, si se trata de internamientos en asilos curativos de templanza y reeducación, o de sumisión a la vigilancia de los delegados.

c) A los tres años, en cualquier otro caso.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que quedó firme la resolución en que se impuso la correspondiente medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse la que se trate, o desde aquel en que se hubiera interrumpido irregularmente su ejecución.

Si la medida de seguridad fuera en su cumplimiento posterior al de una pena, se computará el plazo desde la extinción de tal condena.

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo quedan interrumpidos si el peligroso fuera

10 LEGISLACION DEMOCRATICA ANTERIOR AL CP DE 1995

En la España postconstitucional se dictó una norma que afectaba a la prescripción. Se trató de la Ley 1/1984, de 9 de enero que adicionó un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre¹¹⁵.

En virtud de esta Ley se añade un nuevo art. 11 bis a Ley 46/1977, de 15 de octubre, del siguiente tenor:

Art. 11 bis.-Las acciones para el reconocimiento de los derechos establecidos en esta Ley serán imprescriptibles. No obstante, los efectos económicos de los derechos reconocidos estarán sujetos a las distintas normas de **prescripción** del Ordenamiento Jurídico.

Asimismo la Disposición Adicional establece:

Disp. Adicional.-Los interesados podrán solicitar la aplicación de la Ley de Amnistía incluso cuando haya habido resolución judicial que declare la inadmisión del proceso por **prescripción** de la acción.

Puesto que la Ley de Amnistía contenía preceptos de naturaleza penal, civil y laboral, se debe entender que la prescripción pudiera referirse a todos ellos. En cualquier caso tanto el precepto adicionado como la Disposición Adicional única fueron declaradas inconstitucionales por la Sentencia 147/1986, del Pleno del Tribunal Constitucional (B.O.E.295/1986)¹¹⁶.

condenado por razón del delito.

¹¹⁵ B.O.E. N° 10/84, de 12 de enero.

¹¹⁶ En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido:

1º) Declarar la inconstitucionalidad del artículo único de la Ley 1/1984 de 9 de enero, en cuanto declara imprescriptibles las acciones

Código Penal Militar

La Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, modificada por las leyes orgánicas 4/1987, 2/1989, 13/1991 y 11/1995, también regula la prescripción, en su título IV dentro de la extinción de la responsabilidad criminal:

Artículo 45. (Modificado por la Ley Orgánica 11/1995)

Los delitos prescriben a los veinte años, cuando se hallasen castigados con la pena de prisión superior a quince años; a los quince, si estuvieren penados con prisión por más de diez años; a los diez, si la pena fuera de prisión superior a un año o de pérdida de empleo, y a los cinco años, en los demás supuestos.

Cuando la pena señalada al delito fuese compuesta o alternativa se estará a la más grave a los efectos de la prescripción.

Artículo 46. (Modificado por la Ley Orgánica 11/1995)

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

La de prisión cuya duración exceda de veinte años, a los treinta años.

La de prisión cuya duración exceda de quince años, a los veinte años.

La de prisión cuya duración exceda de diez años, a los quince años.

La de prisión cuya duración exceda de cinco años, a los diez años.

Las restantes penas, a los cinco años.

laborales incluidas en los artículos 5 y 8 de la Ley 46/1977 de 15 de octubre.

2º) Declarar la inconstitucionalidad de la disposición adicional de la Ley 1/1984.

Ley Orgánica 5/1985, de 15 de junio, de régimen electoral general.

No contiene norma específica sobre la prescripción, por lo que el CP tiene carácter supletorio debiendo estarse para la determinación de los plazos a la Disposición Transitoria Undécima.

Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

No recoge ninguna norma específica sobre la prescripción en el ámbito del derecho penal, por lo que el CP tiene carácter supletorio debiendo estarse para la determinación de los plazos a la Disposición Transitoria Undécima.

En su art. 15 regula la prescripción de las infracciones administrativas a las que se les asigna un plazo de prescripción de cuatro años y el mismo plazo para las sanciones impuestas por infracciones administrativas.

Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de control de cambios

Ninguna disposición prevee la prescripción en el ámbito del derecho penal, por lo que el CP tiene carácter supletorio.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

No dispone de ninguna norma específica sobre la prescripción en el ámbito del derecho penal. En el ámbito administrativo, la prescripción se regulaba en el art. 52 y tras la reforma 8/2000, de 22 de diciembre, con idéntico contenido en el art. 56.

Ley de 12 de enero de 1887, sobre protección de cables

submarinos.

Nada regula sobre la prescripción en el ámbito del derecho penal, por lo que el CP tiene carácter supletorio.

Ley de 22 de diciembre de 1955, penal y disciplinaria de la marina mercante.

No recoge ninguna norma específica sobre la prescripción en el ámbito del derecho penal, por lo que el CP tiene carácter supletorio debiendo estarse para la determinación de los plazos a la Disposición Transitoria Undécima.

Ley de 24 de diciembre de 1964, penal y procesal de la navegación aérea

No contiene ningún precepto sobre la prescripción en el ámbito del derecho penal, por lo que el CP tiene carácter supletorio debiendo estarse para la determinación de los plazos a la Disposición Transitoria Undécima.

CAPITULO 2

CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

1 CONCEPTO

1.1. Introducción

Es de advertir que el estudio de la prescripción en derecho penal históricamente ha sido analizado de forma muy dispar en los manuales de derecho penal, incluso tratado en escuetas líneas o silenciado¹¹⁷, y en los manuales de derecho procesal penal lo habitual es que se omita toda referencia a la prescripción, incluso en aquellas épocas en las que se propugnaba su naturaleza mixta (procesal y penal) por los penalistas.

Los códigos españoles no han ofrecido un concepto o definición de la prescripción limitándose a tratarla como una causa que extingue la responsabilidad criminal, esto es a señalar su consecuencia.

Si bien en la doctrina se han ofrecido diversidad de definiciones, las mismas resultan bastante genéricas pivotando en dos ideas que se reiteran:

-Una causa que extingue o excluye la responsabilidad penal.

-Es la renuncia expresa del estado al ejercicio del ius puniendo por el transcurso del tiempo.

Se ofrece, en muchas ocasiones definiciones muy generalistas e insatisfactorias con el denominador común del paso del tiempo, que algunos autores calificarán de renuncia

¹¹⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978, pág.101, donde se indica que la relación punitiva "se extingue por obra de hechos jurídicos extintivos (muerte del reo, cumplimiento de condena, amnistía, etc.: art 112 del Código Penal)".

del estado y otros de imposibilidad.

Así, TENCA¹¹⁸ indica que se trata de "la renuncia que hace el estado a continuar con la persecución del delito por el mero paso del tiempo desde su comisión." Señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON¹¹⁹ que "en términos generales la prescripción consiste en la exclusión de la pena impuesta o a imponer por el transcurso del tiempo. La prescripción no es otra cosa que la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado pues, por el paso del tiempo, ha perdido su interés."

La pérdida de interés en el castigo es para ORTS BERENGUER Y GONZALEZ CUSSAC¹²⁰ un elemento caracterizador afirmando que "la prescripción supone que el transcurso de un tiempo determinado impide al Estado poder valorar penalmente unos determinados hechos y atribuir responsabilidad penal por los mismos. Es decir, con el paso del tiempo el Estado pierde el interés por castigar un hecho y en consecuencia renuncia al ejercicio del poder punitivo. En resumen consiste en la extinción de la pena impuesta o que se puede imponer por el transcurso del tiempo, debido a la falta de interés en castigos en esos casos.

La prescripción para BANACLOCHE PALAO¹²¹ es "el efecto producido por el transcurso del tiempo y la inactividad procesal, que se concreta en la imposibilidad de exigir una responsabilidad penal ya declarada o todavía por declarar".

Incide PEDREIRA GONZALEZ¹²² en que la prescripción del delito constituye un límite temporal a la pretensión punitiva del estado, que, fundado en la exigencia social de

¹¹⁸ TENCA, A.: *Excepciones en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 2011. pág.183.

¹¹⁹ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 748.

¹²⁰ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 209.

¹²¹ BANACLOCHE PALAO, J.: "Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal", *Revista de Derecho Procesal*, n°2, 1997, pág. 283.

¹²² PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 38.

que no se prolonguen indefinidamente las situaciones jurídicas expectantes, se concreta básicamente en una causa de exclusión de la pena.

Indica BOLDOVA PASAMAR¹²³ que "consiste en la extinción de toda posibilidad de valorar jurídico-penalmente los hechos, de atribuir responsabilidad criminal por los mismos, debido al transcurso de un plazo de tiempo predeterminado".

Advirtiendo que lo hace a muy grandes rasgos, RAGUES I VALLES¹²⁴ la define como "la extinción de la responsabilidad criminal debida al transcurso de cierto tiempo entre la comisión de una infracción penal y el momento de su efectiva persecución (prescripción del delito) o entre la imposición de una pena o medida de seguridad y el momento de su ejecución (prescripción de la pena y de la medida de seguridad."

1.2. Nuestra propuesta

Mantenemos que dentro de lo que se ha venido estudiando como prescripción del delito o la falta, es decir la prescripción de las infracciones penales, resulta indispensable delimitar un concepto esencial válido para cualquier ordenamiento y posteriormente ofrecer características accesorias de la prescripción propias o peculiares de cada ordenamiento jurídico que han venido a condicionar su entendimiento, y al efecto es posible realizar una clasificación del panorama que presenta la regulación de la prescripción.

¹²³ BOLDOVA PASAMAR, M.A.: "Extinción de la responsabilidad penal" en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. (Coord. GRACIA MARTIN, L.) ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág.330.

¹²⁴ RAGUES I VALLES, R.: *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004 , pág. 16.

1.2.1 Concepto de prescripción

Por nuestra parte, proponemos la siguiente definición con las características esenciales en el plano prelegislativo

La prescripción de la infracción penal es una institución jurídica que se produce por el transcurso de un determinado lapso de tiempo prefijado de inactividad judicial ininterrumpida, ya sea antes de iniciarse el proceso, durante el mismo, y antes de la sentencia firme, cuya consecuencia es la imperativa extinción de la responsabilidad criminal en que haya incurrido o podido incurrir cada sujeto que ha podido participar en la comisión de dicha infracción penal, siendo esta institución susceptible de ser regulada en cada concreto ordenamiento jurídico con normas sustantivas, procesales o mixtas.

Los elementos de esta definición son:

A) Transcurso de un determinado lapso de tiempo prefijado: Nos encontramos con el eje sobre el que gravita la prescripción, pero dicho eje no es sólo el transcurso del tiempo. No es solo el transcurso de un tiempo incierto o discrecional sino que dicho plazo de tiempo necesariamente debe de estar predeterminado o establecido legalmente con anterioridad. Las definiciones de prescripción generalmente han centrado todo su énfasis en el transcurso del tiempo, pero lo relevante y lo que permitirá diferenciar ese instituto de otros, como las dilaciones indebidas, es que la prescripción es consustancial a un plazo prefijado, lo que en primer lugar aportará la seguridad jurídica que ofrece la objetividad del simple cómputo del inicio y término que ofrece un carácter preciso, automático -la jurisprudencia de forma visual llega a hablar del "reloj" de la prescripción- y en principio ajeno a elementos valorativos o

discrecionales.

B) Inactividad judicial ininterrumpida: El plazo al que anteriormente referido es de "inactividad judicial ininterrumpida", de forma que la actividad policial u otras carece de toda relevancia, siendo esencial que dicha inactividad sea "ininterrumpida" en cuanto el lapso temporal sí se interrumpe por actuación judicial debe de empezar a contar de nuevo. El requisito de que el plazo no se interrumpa es el que va a permitir diferenciar esta institución de otras como la caducidad en que se atiende a la duración total del proceso, con o sin actividad judicial. La consumación del plazo prefijado ininterrumpido alcanza una significación distinta de la del simple transcurso del tiempo en que las actuaciones si van jalonando largos espacios de tiempo. Los actos que interrumpen la prescripción ponen de manifiesto un interés y voluntad persecutoria mediante una actividad dirigida que permite ir vinculando un hecho del pasado con la correspondiente responsabilidad criminal, mientras que el plazo ininterrumpido ha ido generando un estado de seguridad jurídica, transcurrido el cual ya no debe ser perturbado.

C) Momentos en los que aparece: La prescripción de las infracciones puede producirse en dos etapas:

-Preprocesal, o por inicio tardío del procedimiento. Se produce cuando el plazo se completa antes de iniciarse el proceso.

-Por paralización del proceso. Se produce en el seno de un proceso que queda paralizado durante el plazo prefijado. La paralización del proceso a su vez puede antes de la existencia de sentencia o en fase de recursos contra la misma pero antes de que la misma sea firme.

El momento en que se produce la prescripción puede ser

tenida en cuenta por el legislador para establecer distintos plazos según el momento en que se produce, y también tendrá consecuencias procesales en cuanto a la forma de su declaración pues si se constata una vez ya iniciado el Juicio Oral o tras la sentencia firme procederá la sentencia absolutoria, mientras que si se produce antes del Juicio procederá el auto de libre sobreseimiento, mientras que si se produce antes del procedimiento y se constata corresponderá o no iniciar las actuaciones o en caso de que se hayan iniciado el auto de inadmisión de denuncia o querrela.

Además, el momento en que aparece puede tener relevancia a efectos de la dificultad de concretar la infracción cometida y cual resulta ser el plazo prescriptivo de aplicación.

D) Consecuencia: La extinción total de la responsabilidad criminal y la imposibilidad de imponer penas o medidas de seguridad es la imperativa y única consecuencia necesaria de la prescripción. La prescripción nunca puede ser de aplicación potestativa o quedar bajo la discrecionalidad o arbitrio judicial, y al tiempo produce la extinción total de la responsabilidad criminal, lo que permite diferenciarla de otras causas que atenúan la responsabilidad de aplicación discrecional en la concreción de la pena o de atenuantes como las dilaciones indebidas.

E) Susceptibles de ser reguladas en cada ordenamiento jurídico con normas sustantivas, procesales o mixtas. La infranqueable realidad de la observación de las normas jurídicas que regulan la prescripción en cada ordenamiento es que la misma ha sido regulado tanto mediante normas de naturaleza material (causa de extinción o exclusión de la pena) como mediante normas cuya auténtica naturaleza es la

procesal al estar configuradas en relación a la posibilidad del ejercicio de la acción penal o que la delimitación de las causas de interrupción son meramente procesales. Nos encontramos con una institución que ha sido definida como transfronteriza y que nosotros denominamos "dúctil" en el plano prelegislativo -tal como desarrollamos en el capítulo III- en cuanto resulta una opción legislativa que resulte regulada mediante normas de naturaleza estrictamente sustantivas, estrictamente procesales o con normas mixtas, con las consecuencias que ello conlleva, y por ello resulta necesario analizar cada concreto ordenamiento jurídico para determinar su concreta naturaleza jurídica.

1.2.2. Características accesorias

A) Exigencia de otros requisitos

Algunos ordenamientos, especialmente en el pasado, además del transcurso ininterrumpido del plazo de tiempo exigen algún otro requisito como que el responsable no haya cometido otro delito o no se haya dado a la fuga.

Se trata de requisitos que inciden en el comportamiento del responsable del delito y que entroncan con el fundamento de una resocialización natural del reo sin necesidad de pena, o que vendría a constituir un estadio prelegislativo de la suspensión y remisión condicional de la pena.

B) Plazos escalonados

Los plazos de prescripción habitualmente vienen establecido de forma gradual en atención a la gravedad o naturaleza de la infracción, pudiendo también establecer la ley la existencia de delitos imprescriptibles por su extrema gravedad.

C) Momentos de inicio o interrupción

También cabe que la ley regule la suspensión temporal de los plazos de prescripción o su prórroga por determinadas circunstancias.

La prescripción de la infracción se declara por resolución judicial preferentemente antes de juicio, pero también puede declararse tras el mismo antes de declararse la firmeza.

2. CONTROVERSIA SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRESCRIPCION

El estudio de la fundamentación de la prescripción, y la postura que se adopte al respecto tendrá, precisamente, como consecuencia la aceptación, negación, o posturas mixtas -que en ocasiones han sido reducidas o tomadas como negativas- respecto a la propia existencia de este instituto.

En la actualidad la prescripción está aceptada en la doctrina y la legislación pero no siempre ha sido así. Incluso en los últimos lustros se constata la existencia de un movimiento antiimpunidad que iniciado respecto al genocidio, se ha extendido a otros delitos graves (terrorismo) o incluso pretende ampliarse en delitos con presión informativa.

Íntimamente ligada a la fundamentación de la prescripción se encuentra la postura afirmativa o negativa sobre la propia existencia de esta institución. Más allá de su constatación en el derecho positivo de cada época y nación, la prescripción ha contado en la doctrina con partidarios y detractores. Entre los últimos se encuentran aquellos que no encuentran fundamento de suficiente entidad para la extinción de la responsabilidad criminal.

2.1. Teorías negativas de la prescripción

Son contrarios a la existencia de prescripción HENKE ZACHARIAE, OERSTED pues la misma contraviene el principio de que a todo delito le corresponde una pena como consecuencia necesaria e inevitable, por ello resulta peligrosa para el orden social pues es un premio para el que ha logrado eludir la acción de la justicia¹²⁵.

En España las teorías negativas absolutas a la prescripción no han contado con partidarios, aunque como observaremos en las últimas dos décadas han ido ganando partidarios las tesis mixtas de negación parcial para determinados delitos, y en algunos casos se pretende reconvertir la prescripción en plazos de caducidad del proceso.

VERA BARROS¹²⁶ sintetiza los argumentos contra la prescripción por reducción a los siguientes:

a) La prescripción contradice los principios del derecho penal desde que importa una esperanza de impunidad que alienta al hombre al delito.

b) Debilita el efecto intimidatorio de la conminación de la pena.

c) Se opone al principio general de que ningún delito puede quedar impune.

d) Constituye un premio a los delincuentes más hábiles que han conseguido eludir la acción de la justicia.

e) Al importar una garantía de impunidad es una incitación al delito.

f) Siendo la culpabilidad de carácter permanente no puede afectarla el simple transcurso del tiempo.

¹²⁵ Cfr. HENKE: "Manual de Derecho Penal y de los delitos criminales" tomo II, pág. 147; ZACHARIAE, tomo IV, pág. 364. OERSTED; Reglas fundamentales de la legislación penal, (citados por PESSINA, Ob. cit. pág. 741).

¹²⁶ VERA BARROS, O.: *La prescripción penal en el Código penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pág.25.

2.2 Teorías afirmativas de la prescripción

Entendía PACHECO¹²⁷ que la prescripción nace de una idea equitativa y que fijada con tacto "a nadie repugnará que la ley conceda este favor aun a los mas decididos criminales."

La existencia de la prescripción es pacíficamente admitida por la doctrina, tal como ponen de manifiesto numerosos autores como FIANDACCA¹²⁸.

Dentro de las teorías afirmativas debemos incluir a los que aceptan tanto la prescripción del delito como de la pena con carácter general, aún cuando no discuten que además del plazo puedan exigirse algunos requisitos.

2.3. Teorías mixtas: admisión parcial

Dentro de la postura mixta, podemos encontrar diversas posturas: quienes admiten la prescripción de los delitos, pero no de las penas; los que admiten la prescripción de los delitos y penas pero no en todos los supuestos.

Entre los autores que consideramos integran alguna de estas posturas mixtas podemos señalar:

Admite BENTHAM¹²⁹ la existencia de prescripción para los delitos imprudentes o en los que no existe mala fe e incluso permite extenderla a los delitos no consumados.

BETTIOL¹³⁰ se muestra partidario y defensor de la prescripción y llega a afirmar que "no se justifica la oposición de los positivistas al instituto de la

¹²⁷ PACHECO, J. F.: Estudios de Derecho penal: lecciones pronunciadas en el ateneo de Madrid en 1839 y 1840, Boix, Madrid, 1843, pág. 287.

¹²⁸ FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte generale*. 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1995, pág. 742.

¹²⁹ BENTHAM J.: Tratado de la legislación civil y penal. Ed Beaume, Burdeos, 1829, pág. 162.

¹³⁰ BETTIOL, G: "Diritto Penale, Palermo, 1945, pág. 533 y 534.

prescripción, que responde tanto a exigencias individuales como colectivas, así desde el punto de vista retributivo como preventivo". Sin embargo, excluye "del beneficio de la prescripción los delitos para los cuales se prevé la pena de muerte o cadena perpetua".

Exigía GAROFALO¹³¹ como condición para aplicar la prescripción la transformación del delincuente, excluyéndola para los "incorregibles".

Totalmente contrario se muestra FERRI¹³² a aplicar la prescripción a los delincuentes natos, locos y habituales y se muestra partidario para los delincuentes ocasionales y pasionales.

Entendemos que se muestra partidario BECCARIA¹³³ de la prescripción del delito y en contra de la pena: "Más las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo tanto para la defensa del reo cuanto para las pruebas de los delitos. (...) Igualmente aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna a favor del reo que se ha sustraído con la fuga; pero los delitos leves y no bien probados deben librar con la prescripción la incertidumbre de la suerte del ciudadano¹³⁴".

La gran mayoría de autores españoles han venido admitiendo la conveniencia de la prescripción sin mayores reparos y sin cuestionarla, aunque más recientemente se constatan reservas para los delitos más graves o para la prescripción de la pena. Existe una gran tradición en nuestros códigos penales. En la legislación positiva española se ha admitido la prescripción de todos los

¹³¹ GAROFALO, R: *La criminología*, La España moderna, Madrid, s/f., pág. 333.

¹³² Cfr. FERRI, E: "Principios de derecho criminal" N° 40, pág. 145, (cit. por VERA pág. 24).

¹³³ BECCARIA, C.: *Tratado De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1998. Cap. XXX, pág.92.

¹³⁴ Sin embargo, consideran que BECCARIA rechaza la prescripción algunos autores como CUELLO CALON, E. *Derecho Penal*, tomo I, Barcelona, 1945, pág. 621.

delitos, incluso -sorprendentemente- de aquellos castigados con pena de muerte. El Código de 1848 y 50 no recogió la prescripción de los delitos por entender que debían ser regulados en la legislación procesal criminal y no en el código penal, pero su ausencia no era una negación a dicha institución sino a cuestiones de sistemática legal.

Ha sido el Código Penal de 1995 el que se ha apartado de los precedentes legislativos tradicionales y ha instituido primeramente la imprescriptibilidad del genocidio y que tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 ha ampliado a los delitos de lesa humanidad y a los cometidos "contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado".

Por nuestra parte¹³⁵ ya criticamos, y posteriormente MORALES PRATS¹³⁶ la existencia de infracciones imprescriptibles proponiendo plazos extraordinarios de especial dificultad en supuestos de delitos tan graves como el genocidio. También OLAIZOLA NOGALES¹³⁷ entiende que la imprescriptibilidad del genocidio resulta discutible.

Antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la prescripción, MENDEZ PEREZ es el único autor que se atrevió a sostener la inconstitucionalidad de este instituto, si no en su totalidad sí al menos en lo referente al párrafo 2º del art. 114 del Código Penal de 1973 que establecía como causa de prescripción la paralización del procedimiento. MENDEZ PEREZ¹³⁸ indicaba que "Creemos que el artículo 114, párrafo segundo, del Código Penal, en cuanto

¹³⁵ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pág. 34 y 35.

¹³⁶ MORALES PRATS, F.: "Artículos 130 y ss" en QUINTERO OLIVARES, G. (dir) *Comentarios al nuevo Código penal*, (2 ed.) Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 651.

¹³⁷ OLAIZOLA NOGALES, I.: "La Prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos", AP, La Ley, N° 38, 1998, pág.2.

¹³⁸ MENDEZ PEREZ, J. "La prescripción de las faltas por paralización del procedimiento penal", *Revista General de Derecho*, Valencia, 1986, pág. 611.

determina como una de las causas de la prescripción de los delitos y de las faltas, establecida en el artículo 113, la paralización del procedimiento, es un anacronismo trasnochado; inconstitucional desde 1978, y, en consecuencia, debemos considerarlo derogado en este puntual extremo, por imperativo del ordinal 3 de la disposición derogatoria de la Constitución Española, porque a su aplicación actual conculcaría flagrantemente el derecho fundamental que a toda persona asiste, de obtener, para la defensa de sus derechos, una tutela judicial eficaz de los jueces y tribunales”.

No pasó mucho tiempo desde la creación del Tribunal Constitucional hasta que tuvo que pronunciarse sobre la supuesta inconstitucionalidad de la prescripción. Lo hizo el Pleno de la sala en la sentencia 157/90 de 18 de octubre (BOE 8-XI-1990) que no solo afirmó la constitucionalidad del instituto sino que fue más allá al indicar que “sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico-penal que consagrará la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas”.

Tras la introducción por el Código penal de 1995 de la innovación de la imprescriptibilidad del delito y la pena de genocidio han sido diversos autores que bajo distintas argumentaciones se han mostrado partidarios de aumentar la imprescriptibilidad a otros delitos o que cuestionan la existencia de la prescripción de las penas o del delito.

Así, se propugnó la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo por su similitud con el genocidio, lo que se llevó a cabo en la reforma operada por LO 5/2010.

Desde una visión procesalista de la institución, BANACLOCHE¹³⁹ niega toda fundamentación y razón de existencia a la prescripción de la pena.

¹³⁹ BANACLOCHE PALAO, J.: ob. cit., pág.301.

Siguiendo GONZALEZ TAPIA¹⁴⁰ muy de cerca a MENDEZ PEREZ si bien no atendiendo a la supuesta vulneración de la tutela judicial efectiva sino a la falta de una adecuada fundamentación del instituto, se cuestiona la conveniencia de mantener la prescripción del delito por paralización del procedimiento.

La aceptación de la prescripción indica MORILLAS CUEVA¹⁴¹ no puede ser absoluta ante el debate histórico y falta de unanimidad sobre su fundamento, afirmando que "no es prudente la aceptación rotunda y sin reservas del instituto prescriptivo" pues según alega "hay que reconocer que en muchas ocasiones la prescripción es aprovechada por los individuos menos interesantes, más expertos en el delito y, generalmente, más peligrosos para la sociedad. Por esto se precisa, como pidió Quintano, la fijación de condiciones y cortapisas tendentes a evitar que la prescripción se convierta, como temían los positivistas y también Prins y Saldaña, en una prima otorgada al criminal hábil".

3 FUNDAMENTO: CONSIDERACIONES PREVIAS

La fundamentación de la prescripción no había merecido en la doctrina histórica española un extenso desarrollo. No deja de resultar sorprendente que una institución que extingue la total responsabilidad criminal, eliminando toda posibilidad de imponer pena o medida de seguridad o ejecutar estas, hubiera recibido tan poco estudio. Es más, quizás, el escaso estudio que ha merecido tenga su propia significación histórica. Los argumentos que se han ofrecido para justificar la prescripción han resultado muy dispares y

¹⁴⁰ GONZÁLEZ TAPIA, M.I.: *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pág 83.

¹⁴¹ MORILLAS CUEVA L./BARQUIN SANZ, J.: Artículo 130 y ss en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Edersa, Madrid, 2000, pág.1094.

de una brevedad tal y falta de desarrollo que denominarlas "teorías" resulta excesivo, pues en muchos casos se trata de unas razones carentes de desarrollo, sistematización y enlace con jurídico o que resultan simples tautologías.

Por el contrario, en las últimas décadas, REY GONZALEZ, BANACLOCHE, TAPIA GONZALEZ, GILI PASCUAL Y PEDREIRA GONZALEZ han ofrecido serios esfuerzos por un análisis crítico de los fundamentos.

Si bien antes de adentrarnos en el análisis de cada uno de los fundamentos que se han propuesto queremos poner de manifiesto la disparidad inicial que ya se produce sobre si existe una fundamentación única o múltiple, así como si es posible indagar en la mente del legislador español que ha regulado esta institución.

3.1 Fundamentos múltiples

En primer lugar, resulta relevante señalar que son pocos los autores que postulan un único fundamento para la prescripción, como más adelante se expondrá. La mayoría de los autores aducen una serie de fundamentos distintos entre los que destacan por su constancia: razones de política criminal, extinción de la alarma social, la seguridad jurídica, la dificultad probatoria y el incumplimiento de los fines de la pena, aún cuando hay muchos más. Los defensores de una pluralidad de fundamentos son entre otros entre los que nos adscribíamos¹⁴² en un trabajo anterior, CARRARA¹⁴³, FIANDACA¹⁴⁴, FLORIAN¹⁴⁵, PESSINA¹⁴⁶, MAGGIORE¹⁴⁷, DEL TORO¹⁴⁸,

¹⁴² PASTOR ALCOY, F.: "La prescripción en el Código Penal de 1995... ob. cit., págs. 17 a 20.

¹⁴³ CARRARA, F.: *Programa del curso di diritto criminale*, Fratelli Cammelli, Firenze, 1924, pág.477.

¹⁴⁴ FIANDACA, G. Y MUSCO E. ob. cit., págs. 741 y ss.

¹⁴⁵ FLORIAN, E.: *Trattato di Diritto penale*, Milano, 1934, pág.72.

¹⁴⁶ PESSINA, E, ob. cit., pág. 435.

¹⁴⁷ MAGGIORE, G: *Derecho Penal*, vol. II, Temis, Bogotá, 1985, pág. 363.

¹⁴⁸ DEL TORO MARZAL, A.: "Comentarios a los arts. 112 y ss., en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G./ CASABO RUIZ, J.R.: *Comentarios al*

SAUER¹⁴⁹, ANTÓN ONECA¹⁵⁰ RODRÍGUEZ DEVESA¹⁵¹ GOMEZ DE LA ESCALERA¹⁵², JESCHECK¹⁵³, MANZANARES¹⁵⁴, PUIG PEÑA¹⁵⁵, RODRÍGUEZ RAMOS¹⁵⁶, COBO DEL ROSAL¹⁵⁷ LANDECHO¹⁵⁸, MORILLAS CUEVA¹⁵⁹, MAPELLI¹⁶⁰, MIR¹⁶¹, MORALES PRATS¹⁶², SIGÜENZA¹⁶³, REY GONZALEZ¹⁶⁴, BERDUGO¹⁶⁵, PEDREIRA GONZALEZ¹⁶⁶.

Así COBO Y VIVES¹⁶⁷ señalan que "el fundamento de la prescripción es también muy discutido y, en cierto modo no es una razón, sino que son múltiples las que basan la prescripción y sus efectos en el derecho penal. Las consideraciones político criminales van desde el debilitamiento de la pretensión punitiva, pues han desaparecido, en gran medida, las razones para su castigo, hasta la imposibilidad de realización de los fines de la

Código Penal, Ariel, Barcelona 1972, pág.668.

¹⁴⁹ SAUER, G.: *Derecho Penal, parte general*, d Bosch, Barcelona 1956, pág. 390

¹⁵⁰ ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, Akal, Madrid, 1986, pág. 612.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ DEVESA. J.M.: *Derecho penal español, parte general*, Dykinson, Madrid, 1981, pág. 649

¹⁵² GOMEZ DE LA ESCALERA, JJ: "Novedades en la prescripción de las infracciones penales y de sus penas". *La Ley*, N° 3987, Madrid, 1996.

¹⁵³ JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho penal, parte general*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239.

¹⁵⁴ MANZANARES, J.L.: *Código penal, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997 pág. 1587.

¹⁵⁵ PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal, parte general*, Federico Puig Peña, Madrid 1988, pág. 702.

¹⁵⁶ RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Prescripción del delito y derechos fundamentales. Comentario a la STC 152/1987, de 7 de octubre". *La Ley*, N° 1940, Madrid, 1988.

¹⁵⁷ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág 748.

¹⁵⁸ LANDECHO VELASCO C. y MOLINA BLAZQUEZ, C. "Derecho Penal español" ed Tecnos, Madrid, 1996. pág. 550.

¹⁵⁹ MORILLAS CUEVA L./BARQUIN SANZ, J.: ob. cit.Pág.1095.

¹⁶⁰ MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, 1996,pág. 227.

¹⁶¹ MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, pág. 773.

¹⁶² MORALES PRATS, ob. cit., pág. 640.

¹⁶³ SIGÜENZA LOPEZ, J.: *El sobreseimiento libre*, Aranzadi, Navarra 2002, págs. 235 y ss.

¹⁶⁴ REY GONZÁLEZ, C.: *La prescripción de la infracción penal*, Marcial Pons, 2 ed., Barcelona, 1999, págs. 53

¹⁶⁵ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: *Manual de Derecho penal. Parte general* Praxis, Barcelona, 1994, pág. 192.

¹⁶⁶ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: "Artículos 130. 5 y 6" y ss. en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Edersa, Madrid, 2000, Pág.1087.

¹⁶⁷ COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTON T.S., ob. cit. pág.748.

pena, la absoluta negación del principio de inmediatividad y celeridad de la justicia penal, etc. No existe un fundamento unitario aceptado de forma generalizada”.

Según el momento en que tiene lugar la prescripción del delito, al que califica de instituto múltiple, REY GONZALEZ¹⁶⁸ ofrece fundamentos distintos “el fundamento de este instituto no es único sino múltiple, cómo múltiples son las formas de alcanzarse la prescripción, tan diferentes entre ellas que, sin duda, tienen su fundamento en razones no siempre coincidentes”, por lo que este autor llega a diferenciar hasta cinco tesis distintas de índole procesal, asignándoles a cada una de ellas una fundamentación, que acaba siendo reiterada (Delito tardíamente conocido/hecho conocido antes del plazo de prescripción, pero el presunto autor es conocido después, etc.) para determinar cual es el fundamento de la prescripción en cada caso. Para este autor nos encontraríamos por tanto ante fundamentos diversos -e independientes- que no confluyen en cada “forma de alcanzarse la prescripción”.

MORILLAS CUEVA y BARQUIN SANZ¹⁶⁹ afirman que “el estado ante poderosas razones de política criminal y utilidad social basadas todas ellas en los efectos que produce el paso del tiempo y entre las que pueden incluirse la mayoría de las enunciadas con anterioridad que van desde la disminución del interés represivo, la extinción de los efectos antijurídicos del hecho y de la alarma social producida, las dificultades probatorias hasta la eliminación de un estado de incertidumbre en las relaciones jurídicas entre el delincuente y el estado, renuncia a ejercitar el ius puniendi que le corresponde al declarar extinguida la responsabilidad penal”.

Por otra parte, es de indicar que un buen número de

¹⁶⁸ REY GONZÁLEZ: Ob. cit, pág. 52 y ss.

¹⁶⁹ MORILLAS CUEVA L./BARQUIN SANZ, J. ob. cit. pág.1095.

autores diferencian entre la fundamentación de la prescripción del delito y la prescripción de la pena (. Si bien es de indicar que la mayoría de los autores que efectúan esta distinción parten del presupuesto de que la naturaleza jurídica de la prescripción del delito es de orden procesal, mientras que la prescripción de la pena es de orden material lo que les conduce a buscar distinta fundamentación.

3.2. Fundamentos únicos

Las teorías tradicionales de la prescripción fueron sintetizadas en nuestra patria por FERRER SAMA¹⁷⁰ siguiendo a MANZINI y han gozado de arraigo en la jurisprudencia y también en la doctrina actual como REY GONZALEZ¹⁷¹ y PEDREIRA GONZALEZ¹⁷². Estas teorías lejos de presentarse como excluyentes en ocasiones se complementan o han sido posteriormente reformuladas y a ellas aludiremos a continuación.

En las últimas décadas en España se han efectuado serias propuestas ofreciendo un fundamento único de la prescripción, así GILI PASCUAL¹⁷³ encuentra su fundamento en los fines de la pena mientras que RAGUES I VALLES¹⁷⁴ lo hacen en la función del derecho penal y PEDREIRA GONZALEZ¹⁷⁵ quien retomando a FERRER SAMA la asienta en "la exigencia social de que no se prolongue de forma indebida la incertidumbre de la amenaza penal".

Para BANACLOCHE¹⁷⁶ el único fundamento legítimo de la

¹⁷⁰ FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Murcia, Sucesores de Bagues, 1947, pág..411.

¹⁷¹ REY GONZÁLEZ, C.: ob. cit. pág.45 y 46.

¹⁷² PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. "La prescripción de los delitos y de las faltas" ob. cit., págs.140,142,143.

¹⁷³ GILI PASCUAL, A.: Ob cit. pág.76.

¹⁷⁴ RAGUES Y VALLES, R.: ob cit. pág.47.

¹⁷⁵ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: *La prescripción de los delitos...* ob. cit. pág.147.

¹⁷⁶ BANACLOCHE PALAO, J.: Ob cit. pág.289.

prescripción es "la protección de la seguridad jurídica de los justiciables, conseguida al evitar que se celebren procesos que no gozan ya de las mismas garantías que permiten dictar una sentencia justa y eficaz".

3.3. Fundamento en la discusiones legislativas y exposiciones de motivos

No existe una justificación o motivación legal explícita de la prescripción en ninguno de nuestros Códigos Penales, ni en sus exposiciones de motivos, tal como señala algún autor. Ello no debe de extrañar pues los códigos penales no son manuales doctrinales y salvo las reformas específicas apenas abordan en profundidad los motivos que esconde cada precepto¹⁷⁷.

No obstante, para conocer la voluntad del legislador sí que nos pueden ser de utilidad las discusiones de los proyectos de codificación por un parte, y las reformas parciales a los códigos que supusieran una modificación en torno a la prescripción y que por tanto pudieran tener en la exposición de motivos de la reforma alguna referencia al respecto. Ambas cuestiones resultan de especial interés, habida cuenta de que su estudio ha pasado hasta el momento desapercibido para la doctrina científica.

3.3.1 Dificultades probatorias

En el primer código penal español, el de 1822, la única referencia a la fundamentación de este instituto la efectuó

¹⁷⁷ El Diario de las actas y discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821, en su sesión de 3 de enero de 1822 resultan elocuentes al respecto las palabras del Señor Calatrava: "La comisión cree que no tiene necesidad de detenerse ahora a exponer las razones en que se ha fundado para establecer la prescripción".

el Sr. Calatrava¹⁷⁸ en las discusiones: "(...) La comisión cree que no tiene necesidad de detenerse ahora a exponer las razones en que se ha fundado para establecer la prescripción, porque deben estar muy al alcance de todos los señores diputados. Por más que diga la Universidad de Sevilla, es tan necesario o conveniente poner un término a la responsabilidad criminal como a la civil, o de lo contrario podrá padecer mucho la inocencia; y ciertos delitos tardíos, aunque merecidos si se hubiesen aplicado a tiempo, no servirán sino para indisponer al pueblo contra las leyes"

3.3.2 Efectos del castigo tardío en la familia

En la discusión de codificación del Código Penal de 1848 se introduce la familia del reo como argumento¹⁷⁹:

"Olvida el Sr Vizmanos que en este punto no consideramos únicamente al penado, sino a la familia que puede tener y a las personas que se hayan unido con el considerándolo como un hombre honrado. La imposición de una pena, aunque menor, era castigar a la mujer, a la familia, a personas extrañas al delito. Además cuando ocurre un caso de esta naturaleza, siempre es efecto de un descuido de los funcionarios públicos, y resultaría que por culpa de estos se imponía una pena a la familia".

Lo relevante de la citada aportación es que por una parte considera el aspecto social o familiar de la imposición de una pena cuyas consecuencias se proyectan a la misma, especialmente en una sociedad de corte patriarcal, en el que el hombre se presenta como el principal sustento.

¹⁷⁸ El Diario de las actas y discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821, Madrid, 1821, pág. 425.

¹⁷⁹ CRONICA DE LA CODIFICACION ESPAÑOLA, 5 Vol II. Ministerio de Justicia, 1970, pág. 616.

3.3.3 Evitación de chantajes

Las leyes que modifican los plazos de prescripción o las reformas parciales sobre la materia aportan algunas motivaciones:

Así, la Ley 3 de febrero de 1940 de prescripción de delitos no comunes y de hechos que dan lugar a responsabilidad política.

Esta ley redujo significativamente el plazo de los delitos a dos años. Con la prescripción se trataría de evitar amenazas o chantajes.

-“Se contrariaría el espíritu de nuestro códigos, que en su letra recogen la limitación de la corrección de los delitos colectivos, eximiendo en determinados casos a lo meros ejecutores si no se pusiera un límite al estado perenne de zozobra de muchos españoles que colaboraron con la insurrección roja.

Sería, por otra parte, injusto mantener indefinidamente un estado de alarma en grandes sectores sociales que, por su colaboración escasa y más o menos inconsciente en la acción de la anti-España, se encuentran sometidos a la amenaza de una denuncia que no puede dejarse al capricho del denunciante en cuanto al cuándo de su ejercicio, porque a más de revelar esta inacción incumplimiento de obligaciones legales y deberes de ciudadanía, puede originar abusos y vejaciones por parte de quien posee el secreto capaz de perturbar la tranquilidad individual y familiar de la víctima.”

3.3.4 Protección de víctimas menores

La reforma operada por L.O. 11/1999 (BOE 1.5.1999) no fundamenta la prescripción. El cambio legislativo obedece,

según el penúltimo párrafo de la exposición de motivos al ejemplo de derecho comparado de que en los delitos sexuales relativos a menores los plazos de prescripción no empiecen a correr hasta el día en que la víctima alcance la mayoría de edad.

Dicha modificación legislativa supone desde nuestro parecer un importante cambio en lo relativo al momento inicial del cómputo de la prescripción en cuanto puede llegar a retrasar de forma muy relevante los plazos prescriptivos, y mermando la seguridad jurídica de la institución. El hecho de que la reforma se funde en la equiparación al derecho comparado pone aún más de manifiesto la ruptura que dicha reforma supone respecto a la prescripción tal como había regulado durante décadas en España.

3.3.5. Falta de necesidad de aplicación de la pena

La L.O. 5/2010 (BOE 23.5.2010) en su exposición de Motivos, en su punto IX, último párrafo viene a determinar la falta de necesidad de aplicación de la pena como fundamento de la prescripción, por lo que fundamenta la nueva imprescriptibilidad que se legisla en la necesidad de que sí se imponga pena: "Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado".

La Exposición de Motivos, de la reforma del CP LO 1/2015 (BOE 31.3.2015) en su apartado séptimo no ofrece

fundamentación alguna, sino que regula la exclusión del inicio del tiempo de la prescripción en el caso de pluralidad de condenas de la misma naturaleza, por lo que parece desprenderse de dicha modificación que el fundamento de la misma sigue siendo la falta de necesidad de aplicación de la pena, en cuanto que el cumplimiento de otra pena de la misma naturaleza supone que persiste esa necesidad de cumplimiento de la pena. En lo relativo a que la suspensión de la pena de prisión tampoco interrumpe la prescripción, parece deducirse el mismo fundamento en cuanto la suspensión de la pena es conceptuada como una forma alternativa de cumplimiento de la misma, tal como aparece en la rúbrica anterior al art.80.

Así, indica la citada exposición de motivos:

"Se excluyen del cómputo del plazo de prescripción de las penas el tiempo de ejecución de otra pena de la misma naturaleza y el tiempo de suspensión de la condena ya impuesta.

Las penas de la misma naturaleza –en particular, las penas privativas de libertad– se cumplen de forma sucesiva por orden de gravedad (artículo 75 del Código Penal), por lo que resulta conveniente excluir expresamente, en la regulación del plazo de prescripción de la pena pendiente de cumplimiento, el tiempo durante el cual el penado está cumpliendo otra pena de la misma naturaleza que forzosamente tiene que ser cumplida en primer lugar.

De igual modo, parece conveniente que la interpretación habitual según la cual el período de tiempo de suspensión de la pena no se computa como plazo de prescripción de la misma tenga un reflejo expreso en la ley.

Se introducen algunas correcciones técnicas en el artículo 130 del Código Penal con la finalidad de regular adecuadamente el régimen de extinción de la responsabilidad penal en los casos de suspensión de la ejecución de la pena

y de regular la eficacia del perdón en los casos de los delitos leves perseguibles únicamente a instancia del agraviado”.

4. ANALISIS DE FUNDAMENTOS RELATIVOS AL PROCESO

4.1 Dificultades probatorias

Se trata de un argumento tradicional que como indica GILI¹⁸⁰ casi omnipresente en la doctrina alemana así como en la doctrina italiana y española (MORILLAS CUEVA¹⁸¹, PIÑOL RODRIGUEZ¹⁸²...) así como por nuestra jurisprudencia.

Refiriéndose a la llamada prescripción del delito, se basa en las enormes dificultades probatorias que han de surgir siempre que se trate de enjuiciar un hecho cometido hace largo tiempo. JESCHECK¹⁸³ afirma que “aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser cada vez mayor el peligro de sentencias erróneas”.

Afirma PESSINA¹⁸⁴ que “las pruebas y principalmente las de la inocencia, se han hecho difíciles por el transcurso del tiempo e igualmente SAVIGNY¹⁸⁵ señalaba el peligro de una resolución injusta porque las pruebas hubiesen desaparecido o se hubieren debilitado en su valor procesal.

No es inusual que la dificultad probatoria se añada a otra justificación, así ORTOLAN¹⁸⁶ los basa en dos: “El efecto

¹⁸⁰ GILI, A.: ob. cit. pág. 66 quien cita al efecto a RUDOLPHI, MAURACH, GOSSEL, ZIPF

¹⁸¹ MORILLAS CUEVA/BARQUIN SANZ, Ob. cit. pág. 1095.

¹⁸² PIÑOL RODRIGUEZ, J.R.: “Extinción de la responsabilidad criminal” en SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. (coord.) en *Manual de Derecho penal. Parte General*, Tomo I (6ª ed.) Aranzadi, Pamplona, 2011, pág.511.

¹⁸³ JESCHECK, H.: *Tratado de derecho penal, parte general*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1239.

¹⁸⁴ Ob. Cit. pág. 436.

¹⁸⁵ Cfr. SAVIGNY, F.: “Vom Bereuf unsewr seit für Gesetzburg und Rechtswissenschaft”. Heilderberg, 1892.

¹⁸⁶ ORTOLAN, M.: *Tratado de Derecho Penal*, Leocadio López, Madrid, 1878, pág.380.

del olvido producido por la marcha del tiempo, el que haciendo desaparecer el recuerdo del hecho culpable y la necesidad del ejemplo, hace caer de las manos de la sociedad el derecho de castigar, porque hace que se desvanezca el interés social en el castigo" y "la pérdida de los elementos de prueba, que desaparecen y llegan a ser muy inciertos con el transcurso del tiempo;; pérdida que expondría a la justicia a fatales errores, sobre todo cuando se apoyase en las pruebas de la inocencia"

En la actualidad, REY GONZALEZ¹⁸⁷ -quien ofrece fundamentos distintos según el momento en que se produce la prescripción- usa este mismo fundamento para la prescripción del delito tardíamente conocido, y "cuando el hecho es conocido antes del plazo de prescripción, pero el presunto autor es conocido después" y lo enlaza con la presunción de inocencia y con la interdicción de la indefensión pues el acusado "ya no puede valerse de los medios de defensa que hubiera tenido a su alcance si hubiera sido acusado desde el primer momento"

4.1.1. Crítica a las objeciones

En nuestra doctrina GARCIA PEREZ¹⁸⁸ y GILI PASCUAL¹⁸⁹ citan una serie de objeciones a esta fundamentación de la prescripción. Con independencia de cual sea finalmente nuestra postura, creemos que dichas interesantes objeciones no resultan tan contundentes, si se examinan pormenorizadamente:

No puede constituir el fundamento de una institución un hecho que no siempre acompaña a la misma -afirma GILI- pues ni las dificultades probatorias surgen siempre con el paso de

¹⁸⁷ REY GONZÁLEZ, ob.cit., pág. 53 y 54.

¹⁸⁸ GARCIA PEREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997 págs. 286 y ss.

¹⁸⁹ GILI PASCUAL, A.: ob. cit. Págs. 66 a 69.

un determinado lapso de tiempo, a la vez que tales dificultades pueden existir también desde el principio - indica GARCIA PEREZ, citando a BOCKELMANN- con independencia de aquel. El empeoramiento de la situación probatoria es, pues, un efecto coyuntural, tal vez frecuente, pero no necesario del transcurso del tiempo.

En contra de lo manifestado, el paso del tiempo siempre produce dificultades probatorias. No debemos olvidar que en la práctica abundan pruebas de distinto signo y la existencia de pruebas tardías de cargo no significa que, en su momento, pudiesen haberse encontrado pruebas de descargo. Las dificultades probatorias no deben entenderse como negación de la existencia de pruebas singulares, sino referida a la totalidad de las pruebas de cargo y descargo. Cuando el conocimiento del delito o su persecución procesal llegan tarde quizá sea posible obtener algunas pruebas sólidas pero lo que ya nunca sabremos es qué pruebas de igual o distinto signo incriminatorio han desaparecido, ya sea sobre los elementos esenciales del tipo penal como elementos relativos a la aplicación de las circunstancias de los sujetos implicados.

Respecto al argumento de que la única prueba que se debilita por el paso del tiempo es la prueba testifical, estimamos que ello no es así pues el tiempo dificulta, en principio todas las pruebas. Los soportes de la prueba documental se deterioran, desaparecen (la legislación fiscal y mercantil sólo obliga a mantener documentos contables durante unos años) o lo que desaparecen son pruebas contextuales como documentos que pueden servir para cotejar la autenticidad de las firmas dubitadas u otros documentos que modifican, complementan o matizan los documentos incriminatorios. Así, no es infrecuente que pasado un tiempo, una de las partes pueda destruir o perder el contrato que resolvía o dejaba sin efecto un negocio jurídico.

Respecto a la prueba pericial, el mismo objeto material del delito puede deteriorarse o contaminarse, dificultándose su análisis, o resulta imposible obtener muestras que aporten datos a la investigación. Respecto a la inspección ocular o el hallazgo de indicios en el lugar de los hechos es obvio que el transcurso del tiempo, los convierte en ineficaces e incluso engañosos por la superposición de huellas que inconscientemente -o de forma manipuladora- dejan otros sujetos.

Por otra parte, no debe confundirse la concreción legal del lapso de tiempo necesario para la prescripción -que pudiera ser acertado o no- con la fundamentación de este instituto. Si las dificultades probatorias surgen con unos u otros plazos temporales, es una cuestión que sí resulta importante, no es lo esencial en lo referente a esta argumentación. Establecida la inseguridad de las pruebas por el tiempo, el establecimiento legal de unos concretos lapsos pueden haberse establecido teniendo en cuenta también otras necesidades o criterios de política criminal.

También se objeta que las dificultades probatorias pueden existir desde un principio, pero esa realidad no va en detrimento de esta fundamentación de la prescripción. Para los supuestos en que no existe prueba desde un principio, el derecho ya cuenta con un proceso de instrucción para su búsqueda, y establece el sobreseimiento o la absolución por la presunción de inocencia. Por tanto, ello no resulta un argumento de peso para descartar las graves dificultades probatorias añadidas que surgen con el transcurso del tiempo como causa de fundamentación de la prescripción.

Como segundo argumento "decisivo" contra esta fundamentación, GILI¹⁹⁰ siguiendo a BLOY alude a que la oscuridad de la situación probatoria deberá conducir a la no

¹⁹⁰ GILI PASCUAL, A.: ob. cit. pág. 67. Cfr. BLOY, R.: Strafausschließungsgründe, pág. 183 y ss., V. en el mismo sentido GARCIA PÉREZ, O.:ob cit., pág. 286.

imposición de la pena, pero ello ocurre con independencia de la prescripción, en virtud del principio in dubio pro reo, que funciona con independencia del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, con lo que citando a JAHNKE acaba concluyendo la superfluidad de la prescripción, pues el principio in dubio pro reo habría ocupado su lugar.

No lo entendemos así, pues la aplicación del principio in dubio pro reo (o la presunción de inocencia cuando no hay pruebas válidas) requiere la existencia de una resolución final tras su correspondiente proceso y valoración judicial, mientras que la existencia de prescripción lo que provoca es la innecesariedad de iniciar o continuar el proceso hasta sentencia o incluso que este mismo nunca llegue a ver la luz, pues en ocasiones ni siquiera se inicia procedimiento alguno ante la manifiesta prescripción de los hechos que pretendían denunciarse.

La presunción de inocencia o el principio in dubio pro reo no han operado siempre en la realidad judicial con la misma intensidad que en la actualidad, y no cabe duda de que si bien producen, al igual que la prescripción, la absolución del imputado, la prescripción resulta un mandato absolutorio de una objetividad e imparcialidad indiscutible. Mientras el "in dubio pro reo" está sujeto a la valoración subjetiva del juez que sopesa las pruebas, la prescripción goza de una objetividad que supone una garantía para el justiciable y la sociedad.

Además, no puede olvidarse un aspecto fundamental que ya desarrolló PESSINA¹⁹¹ y es que el paso del tiempo puede perjudicar todas las pruebas, pero especialmente las pruebas de descargo. La tardanza en acusar a un inocente es la mejor forma de causarle una auténtica indefensión, por las graves dificultades para poder articular prueba. Ante un falso testimonio de quien se presenta tardíamente como víctima

¹⁹¹ PESSINA, E.: ob. cit. pág.436.

resulta en la práctica verdaderamente difícil que un inocente pueda ser capaz de demostrar, con años de posterioridad, dónde estuvo el día del crimen, lo que en la mayoría de casos no ocurriría si al inocente imputado le hubieran preguntado en fechas recientes.

En segundo orden, GILI¹⁹² recopila otra serie de argumentos contra la fundamentación probática de la prescripción:

La prescripción de la pena es uno de ellos. Puesto que al prescripción de la pena opera con posterioridad al proceso, resulta inviable justificarla basándose en las dificultades probatorias, que en cualquier caso, han sido previamente superadas.

Coincidimos con GILI con que de prosperar este fundamento habría que buscar en la prescripción de la pena otra fundamentación distinta o congruentemente hacerla desaparecer.

Sin embargo, entendemos que puede mantenerse que también la prescripción de las penas impuestas en procesos lejanos en el tiempo puede fundarse en problemas de pruebas o peligro de un juicio equivocado, si bien para ello debería compartirse algunos presupuestos:

-Los modernos métodos de investigación, así como la evolución de las garantías procesales y materiales (tanto de derecho positivo como por las innovaciones jurisprudenciales) que con el paso del tiempo van acompañando el desarrollo de la sociedad, ponen de manifiesto las injusticias e inseguridades de los procesos penales del pasado. La simple coincidencia del grupo sanguíneo podía fundamentar, no hace tantos años, una condena que hoy no se produciría. En dicho sentido, cuando han transcurrido los altos plazos de prescripción de la pena, sin que esta se haya cumplido, es muy posible que con el procedimiento que se siguió en el

¹⁹² GILI PASCUAL, A.:ob.cit. pág.68.

momento en que debe de iniciarse la efectiva ejecución de la pena, no pudiera construirse una sentencia condenatoria. A la misma Administración de Justicia puede repelerle ejecutar una pena dictada hace lustros cuando imperaban practica de pruebas con criterios jurisprudenciales que hoy no se comparten por considerarlos obsoletos o por exigir un mayor número de requisitos a las pruebas que sirvieron de base para la condena.

La necesaria presencia del secretario judicial en un registro domiciliario, los criterios necesarios para aplicar la prueba de indicios, o la existencia en la actualidad de la identificación mediante ADN de los vestigios son radicales cambios de criterios jurisprudenciales o novedosas técnicas que no pudieron llevarse a cabo en aquellas fechas -que no dan lugar a recurso de revisión- pero que pueden producir notorias disonancias al ejecutar en la actualidad viejas sentencias formadas con criterios de derecho material o procesal que ya han sido superados.

En dicho sentido, además, la prescripción de las penas puede haber estado supliendo de facto las funciones del recurso de revisión contra sentencia firme. La existencia de este recurso extraordinario no es tan lejana en el tiempo.

La existencia de plazos distintos de la prescripción que aparecen graduados en función de la gravedad del delito, también es una objeción que se formula a la fundamentación probática¹⁹³. Frente a ello, hay que oponer que la existencia de una gama de plazos prescriptivos distintos no es en sí consustancial a este instituto. La prescripción podría existir con un único plazo general. La existencia de distintos plazos podría obedecer a otras cuestiones como aumentar las cortapisas a la aplicación de la prescripción.

Por otra parte, aun cuando se entendiera esencial la existencia de plazos distintos tal como recoge GARCIA PEREZ

¹⁹³ Ídem.

se podría alegar contra esta objeción que los hechos más graves se recuerdan durante más tiempo que los más leves. No estamos de acuerdo en que esta explicación serviría únicamente para uno de los medios de prueba, la prueba testifical, ya que la conservación de documentos, contratos o vestigios también puede depender de la importancia que puedan tener según la gravedad que la víctima u otros implicados le concedan.

La imprescriptibilidad de determinados delitos. Tal como indica GILI la esencia de la prescripción no puede depender de la concreta regulación positiva. Es de reseñar que hasta el Código Penal de 1995 no existían delitos o penas imprescriptibles en España por lo que dicha objeción sería válida sólo para la actual regulación legal de la prescripción. No obstante, la extraordinaria gravedad -en principio- del genocidio, o del terrorismo no resulta suficiente pues la gravedad del mismo supondría la existencia de unas pruebas difíciles de borrar, y por otra parte, tal como exponemos, dicha imprescriptibilidad del genocidio se debe a acuerdos internacionales en la materia que tienen un fundamento de política criminal común en materia internacional.

La interrupción de los plazos de prescripción. No es desde nuestro punto de vista un obstáculo, ya que justamente la existencia de diligencias que interrumpen el plazo de prescripción lo que pone de manifiesto es que el hecho puede ser investigado y que se aportan datos incriminatorios a la investigación, que a su vez permiten profundizar en la misma. Es más, contrariamente, la interrupción de dichos plazos es justamente un sólido argumento que permite fundamentar la prescripción en las dificultades de la prueba. Ya que si van apareciendo pruebas la prescripción se interrumpe y no ha lugar a extinguir la responsabilidad.

También resulta crítica GONZALEZ TAPIA ¹⁹⁴ con las dificultades de la prueba como fundamento de esta institución "pues si la presunción de inocencia rige en todo el proceso y esta dirigida, precisamente a evitar que se condene a un ciudadano sin pruebas, no acierto a vislumbrar cuál es la cautela añadida que aporta la prescripción". A esta crítica hemos de indicar que efectivamente en el pasado la prescripción ha podido venir a suplir de facto el actual desarrollo del principio de presunción de inocencia que se alza en nuestra época como la garantía fundamental por excelencia. Pero es de indicar que la libre valoración de las pruebas que rige en nuestro ordenamiento penal, requiere una ponderación de pruebas que formalmente pueden resultar suficientes para destruir la presunción de inocencia, como lo puede ser un reconocimiento por uno o varios testigos, pero el paso del tiempo desde la comisión de los hechos puede suscitar dudas sobre la fiabilidad de la memoria de dichos testigos, y la prescripción sí que añade la cautela añadida que impide juzgar los delitos prescritos, pero al tiempo también irradia el principio de especial cautela que debe de adoptarse ante la prueba de hechos que no resultan recientes en el tiempo y que por ello aumenta la posibilidad de error judicial.

En conclusión, por nuestra parte entendemos que el efecto del paso del tiempo en las pruebas sí que es una causa de entidad suficiente para justificar la prescripción del delito. Supone que el legislador impone un límite -temporal- a la potestad judicial de apreciación de la prueba. Límite que se aplica mediante unos plazos.

Ello, además, aparece congruente con la proporcionalidad de las pruebas de investigación en relación a la gravedad del delito que propugna la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 226/1998, STC 171/1999, STC 123/2002). No todos los

¹⁹⁴ GONZÁLEZ TAPIA, M.: ob cit. pág.52.

medios probatorios (registros domiciliarios, etc.) resultan lícitos para la investigación de infracciones leves o menos graves.

4.2. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

La necesidad de acotar el tiempo del proceso y su relación con la prescripción es algo que manifestó BECCARIA¹⁹⁵. La lentitud de la justicia, y de forma más específica la concepción de las dilaciones indebidas siempre han estado presentes tanto históricamente como en la actualidad entre los argumentos para fundar el instituto que estudiamos. La prescripción es vista por QUINTERO OLIVARES¹⁹⁶ como un medio para evitar la lentitud de la justicia. GONZALEZ REY¹⁹⁷ estima que el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas es el principal fundamento de la prescripción de la infracción penal cuando opera por paralización del procedimiento.

Compartimos con GILI¹⁹⁸ la crítica a aquellos autores¹⁹⁹ que se denominan "nuevos" a los fundamentos de la prescripción que se basan en preceptos constitucionales. A

¹⁹⁵ BECCARIA, C: "Tratado de los delitos y de las penas", Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1998. Cap. XXX, Pág. 92: Las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo, tanto para la defensa del reo, cuanto para las pruebas de los delitos, y el Juez vendría a ser legislador, si estuviese a su arbitrio determinar el necesario para probar un delito. Igualmente aquellos delitos atroces, que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados no merecen prescripción alguna a favor del reo si están probados, pero los delitos breves y no bien probados deben librar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano; porque la oscuridad en que se hallan confundidos por largo tiempo quita el ejemplo de la impunidad".

¹⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, G.: *Adonde va el Derecho Penal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, Pág. 34.

¹⁹⁷ REY GONZÁLEZ, C.:ob. cit. Pág.56.

¹⁹⁸ GILI PASCUAL, A.:ob. cit. pág.69 y ss.

¹⁹⁹ REY GONZÁLEZ, C.:ob. Cit. pg .53.

poco que se investigue en el pasado aparecen todos estos principios citados por la doctrina para fundar la prescripción. En todo caso, lo que sí que resulta novedoso es acudir al texto constitucional de 1978, con el carácter supralegal e interpretativo que posee, para fundar la prescripción.

Conviene recordar que en las discusiones de nuestro primer código penal de 1822 ya se citó expresamente las dilaciones indebidas al tratar la prescripción del delito. Se ha afirmado por BOLDOVA²⁰⁰ que este es el principio constitucional más próximo a la prescripción. Sin embargo, GILI viene a negar este fundamento en una doble vertiente:

a) Se trata de instituciones independientes que discurren por caminos distintos y toda dilación indebida no produce prescripción, ni toda prescripción se debe a dilaciones indebidas.

b) Las dilaciones indebidas son materia que puede examinar el Tribunal Constitucional aplicando diversos remedios, mientras que la prescripción es de carácter ordinario.

Las consideraciones que indica GILI resultan certeras, pero no compartimos su conclusión. El fundamento de la institución no puede confundirse con la misma institución. Efectivamente no existe constitucionalizado un "derecho a la prescripción" como podría argumentarse tampoco hay un "derecho a las eximentes o atenuantes." El principio de prohibición de dilaciones indebidas es eso: un principio exigible o programático que después se podrá concretar en diversas instituciones o preceptos de diversa índole, al igual que el principio de presunción de inocencia se concreta en el sobreseimiento definitivo por falta de pruebas o en la excepcionalidad de la prisión preventiva, o en la libre absolución.

²⁰⁰ BOLDOVA PASAMAR, ob. cit., pág. 332.

La fundamentación no supone identidad o exclusividad.

Es más, las anteriores objeciones si las analizamos en profundidad resultan no ser tales.

No toda dilación indebida produce la prescripción, pues la legalidad ordinaria ha reservado los casos más extremos para que se produzca la extinción de la responsabilidad criminal. Ante los efectos radicales de la prescripción, para que esta opere, el legislador ha establecido unos requisitos que deben concurrir. La prescripción sería el instrumento de mayor entidad para las dilaciones indebidas más graves.

Respecto a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre su propia competencia en materia de dilaciones indebidas y de los tribunales ordinarios en materia de prescripción, no debe olvidarse determinados factores importantes:

-En los textos legales anteriores a la Constitución existía una total ausencia de la expresión dilaciones indebidas. El alcance y contenido de dicho concepto ha tenido que ser desarrollado por el propio Tribunal Constitucional, careciendo de una pormenorizada y sistematizada regulación positiva, si bien con la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 se ha establecido la atenuante de dilaciones indebidas en el Art. 21.6.

-La prescripción existe en todos los códigos penales españoles, se encuentra regulada en el Código Penal y con referencias en la Lecrim y existe una abundante jurisprudencia.

-El límite de las competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional ha sido motivo de importantes controversias jurídicas y doctrinales.

Por ello, estimamos que las objeciones anteriores no nos resultan suficientemente convincentes. Por nuestra parte, estimamos que la prescripción sí que encuentra

fundamento parcial en las dilaciones indebidas, pero no solo en ellas, pues la prescripción también opera cuando las dilaciones no son indebidas sino que concurren por cualquier causa, como es el caso de la suspensión por petición de indulto o recurso de amparo.

Resulta interesante señalar como durante muchos años la jurisprudencia española -hasta la década de los 60- negó la prescripción cuando la paralización del procedimiento se debió a fuerza mayor, masificación de los juzgados, etc., lo cual sería congruente con la necesidad de que resulten indebidas.

Puesto que el Código Penal solo hace referencia a la paralización y no a la causa debida o indebida de la paralización la jurisprudencia más acorde con el principio de legalidad proclamó que "no es lícito distinguir donde la ley no distingue" y por tanto cualquier causa de paralización producía la prescripción.

Por tanto, si la Constitución prohíbe las dilaciones indebidas en cualquier jurisdicción, el derecho penal va más allá al otorgar efecto extintivo de la responsabilidad penal a todas las dilaciones, si bien, es de hacer notar que las dilaciones no son indeterminadas, sino preestablecidas legalmente por plazos concretos.

En la prescripción preprocesal, es decir la que acontece entre el hecho cometido y el inicio del proceso, puede argumentarse que no existiendo proceso no cabe referirse a "dilaciones indebidas" ya que las mismas solo pueden transcurrir en el proceso, lo cual impediría atribuir este fundamento a la prescripción cuando opera con antelación al inicio proceso. Se trata de una crítica que surge de una interpretación literal del término "dilación" en cuanto sinónimo de alargar. A este argumento cabría oponer que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede referirse tanto a las que se refieren al proceso

iniciado como a las dilaciones que se constatan antes del inicio de un proceso debido y que han retrasado su inicio. No cabe olvidar que el mismo Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal contienen normas referidas a la obligación de formular denuncias y de iniciar los correspondientes procesos, castigándose la omisión de dichos deberes.

4.3 Seguridad jurídica

La seguridad jurídica, en distintas formulaciones ha sido defendida como uno de los fundamentos de la prescripción por diversidad de autores.

La seguridad jurídica se encuentra proclamada en el art.9.3 del la Constitución española, en un precepto que además garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las normas, la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y la responsabilidad de los poderes públicos.

DIEZ PICAZO²⁰¹ indica que en dicho precepto "hay demasiadas cosas y no todas homogéneas, pero cada una de ellas, o el conjunto de todas, forma lo que antes y después tendremos que llamar seguridad jurídica".

Llega BERNALDO DE QUIROS²⁰² a afirmar que "la impunidad de hecho del culpable, se transmuta en impunidad de derecho".

Es de destacar que los autores que defienden un fundamento único de este instituto, lo basan mayoritariamente en la seguridad jurídica. Así YUSEFF

²⁰¹ DIEZ-PICAZO, L.: *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pág.11.

²⁰² BERNALDO DE QUIROS, C.: *Derecho penal. Parte general*, José María Cájica, Puebla, 1949,pág. 265.

SOTOMAYOR²⁰³ entiende que "la diversidad de argumentos que han sido formulados por los distintos autores pueden agruparse en un criterio único" , si bien para ello acude a una concepción excesivamente lata de la seguridad jurídica, al afirmar que "el fin de la seguridad jurídica está comprendido en el concepto y fin más amplio de la justicia", citando para ello a RECASENS para quien la creación del derecho descansa no en lo valores éticos, ni en la Justicia, sino el valor de la seguridad²⁰⁴.

Igualmente dentro de los que fundan la prescripción en la seguridad jurídica, y como argumento único, debemos citar a LISZT quien afirma que "la razón de ser de este fenómeno y, al mismo tiempo, su justificación interna, no reside en la fuerza misteriosa del tiempo, creadora o destructora de derecho, sino en que el orden jurídico que tiene por misión la realización de fines prácticos y no la observancia rigurosa de los principios generales, ha tenido en cuenta el poder de los hechos" por lo que la inexistencia de prescripción supondría una "perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas y ya consolidadas y extendidas".

Para MUÑOZ CONDE²⁰⁵ "su fundamentación radica, pues, más en razones de seguridad jurídica, que en consideraciones de estricta justicia material". PEDREIRA GONZALEZ²⁰⁶ considera "parcialmente aceptables" los fundamentos múltiples de la institución si bien considera el de la seguridad jurídica "el fundamento de mayor trascendencia. REY GONZÁLEZ²⁰⁷ indica que la prescripción es una consecuencia del principio de seguridad jurídica, si bien

²⁰³ YUSSEFF SOTOMAYOR, G.: ob. cit. pág. 40-41.

²⁰⁴ Cfr. RECASENS, L. Estudio de Filosofía del Derecho en Filosofía del Derecho de G. del Vecchio, tomo I, Méjico, 1946, pág.156, citado por YUSSEFF SOTOMAYOR, G.: ob. cit. Pág.41. En igual sentido PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: *La prescripción del delito...* ob. cit. Pág.149.

²⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal, parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 420.

²⁰⁶ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: *Comentarios...* pág.1087.

²⁰⁷ REY GONZÁLEZ, C.: ob cit. Pág.45.

argumenta dicha afirmación en que se pretende con este instituto garantizar que ningún inocente pueda verse obligado a buscar en la historia de su vida argumentos de su defensa ante un hecho lejano en el tiempo.

Es BANACLOCHE PALAO²⁰⁸ quien con mayor extensión y profundidad se ha encargado de defenderla, llegando a situarla como principal fundamento de la misma: "El único fundamento legítimo de la prescripción de los ilícitos penales - y cualquier otro que se esgrima puede poner en entredicho la justicia de la institución- es el de la protección de las seguridad jurídica de los justiciables, conseguida al evitar que se celebren procesos que no gozan ya de las mínimas garantías que permiten dictar una sentencia justa y eficaz²⁰⁹".

Este autor²¹⁰ entiende que pasado determinado tiempo existe "la dificultad de encontrar elementos que permitan reconstruir lo sucedido y formar una mínima convicción al juzgador" por lo que "la imposibilidad de dar una respuesta adecuada (...) es lo que justifica la creación de la figura de la prescripción."

Lleva su concepción de los fundamentos de la prescripción BANACLOCHE a sus últimos extremos propugnando la sustitución de la prescripción por la caducidad con la existencia de un único plazo de duración del proceso penal. El análisis de esta interesante propuesta, lo efectuaremos con mayor detenimiento más adelante, si bien no consideramos que la prescripción pueda fundamentarse exclusivamente en la seguridad jurídica.

La postura de BANACLOCHE estimamos que resulta un tanto contradictoria pues el hecho de asentar la seguridad jurídica cómo único fundamento de la prescripción le conduce a proponer la sustitución de la prescripción por la

²⁰⁸ BANACLOCHE PALAO, J.: ob. cit., pág. 281-319.

²⁰⁹ Ídem, págs. 288-289.

²¹⁰ Ibídem, pág 287.

caducidad, por resultar más congruente. Estimamos que en realidad lo que por esta vía se ha encontrado no es el fundamento de la prescripción penal sino el fundamento de la caducidad -instituto procesal, inexistente en el derecho procesal penal español- y propugna su irrupción en nuestro derecho partiendo de las cenizas de la prescripción.

La prescripción y la caducidad son instituciones distintas que obedecen a fundamentos distintos. Desde una vertiente procesalista puede defenderse las ventajas procesales de la caducidad frente a la prescripción, pero para ello se niega que pueda existir otra fundamentación que no sea la seguridad jurídica y la naturaleza procesal de la prescripción, de lo que disentimos.

La existencia de la prescripción de la infracción -y de la pena- con plazos distintos configurados en relación a la gravedad y naturaleza penal del delito, y muy especialmente la existencia de causas que interrumpen y reinician el cómputo de los plazos de la prescripción, la imprescriptibilidad del genocidio, la extinción obligada de la responsabilidad de la infracción penal cuando la prescripción se produce en segunda instancia -es decir cuando ya se ha enjuiciado, dictado sentencia pero que es recurrida por cualquier motivo- son tal acumulación de elementos que prescindir de los mismos o promover su modificación supone, sencillamente, no estar analizando la prescripción, sino otra institución -la caducidad-.

No podemos compartir algunos extremos indicados por BANACLOCHE. Así indica que "durante mucho tiempo no existieron figuras de efectos parecidos a la prescripción. Sin embargo, con la llegada de los estados de derecho modernos, se han regulado algunas formas de extinguir la responsabilidad criminal -la amnistía, el indulto o la prescripción-²¹¹". La prescripción en derecho penal era ya

²¹¹ Ibídem, Pág. 285.

conocida por los griegos, los romanos y figuraba en Las Partidas o *Els Furs* etc. como ya se indicó en el capítulo histórico. Es decir, en épocas donde la seguridad jurídica no gozaba del desarrollo ni preeminencia actual, ya existía prescripción en el orden penal, lo cual hace dudar de que ese fuera el fundamento de la misma.

Por otra parte, BANACLOCHE reconoce que la prescripción de la pena no puede tener su fundamento en la seguridad jurídica "puesto que ya no existe presunto inocente, sino culpable declarado, ni existe víctima que clame justicia, porque ésta ya se ha impartido." Congruentemente este autor propugna la imprescriptibilidad de las penas, es decir la desaparición en el código penal de la prescripción de la pena. A tal consecuencia lleva la admisión de este único fundamento tal como advierte GARCIA PEREZ²¹² y como ya propugnaba BINDING²¹³.

En el fondo, lo que subyace en la visión de BANACLOCHE es el desconocimiento de la existencia de los fines de la pena, de forma que cuando estos fines están ausentes la misma resulta innecesaria.

Enumera FERRER SAMA²¹⁴ las diferencias entre la prescripción penal y civil y señala que "La prescripción en derecho penal, como en las demás ramas del derecho, obedece al fenómeno generalmente reconocido de la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas. El *ius puniendi* determina una verdadera relación jurídica entre el estado y el delincuente, y esa relación es la que resulta afectada por el transcurso de los plazos legalmente establecidos. El tiempo influye en la responsabilidad penal, extinguiéndola

²¹² GARCIA PEREZ, O.: *La punibilidad... ob. cit.* pág. 286: "Esta argumentación sólo puede explicar la prescripción del delito y ha de estimar la rescripción de la pena como un elemento disfuncional o reconocer que ambas formas de prescripción tienen un fundamento distinto."

²¹³ Cfr. BINDING, K: *Handbuch des Strafrechts*, Duncker Humblot, Leipzig, 1885, pág. 830 (cit. por GARCIA PÉREZ, pág.286).

²¹⁴ FERRER SAMA, A.: *ob. cit* págs 408 y 409 y 411.

por la única razón de que después de cierto período transcurrido se elimine toda incertidumbre en las relaciones jurídicas, viniendo a fundamentarse así la prescripción en motivos de política penal". Y al efecto concluye que "la única base firme de la prescripción penal está en la necesidad social de eliminar un estado de incertidumbre en la relaciones jurídico-penales entre delincuente y el Estado".

En la doctrina argentina NOVOA y FONTECILLA²¹⁵ justificaban la prescripción en la necesidad de considerar consolidados los derechos y saneadas las situaciones anormales cuando ha transcurrido un tiempo suficientemente largo. "Existe una necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de la elusión prolongada de la responsabilidad criminal".

PEDREIRA siguiendo a FERRER SAMA y a YUSEFF SOTOMAYOR justifica la prescripción "en la exigencia social de que no se prolongue de forma indefinida la incertidumbre de la amenaza penal. Para PEDREIRA GONZALEZ²¹⁶ la seguridad jurídica supone la cesación de una "incertidumbre intolerable" y "una exigencia básica que cuenta con apoyo constitucional (art. 9.3 C.E.) y en su opinión "existe un equilibrio entre las exigencias de seguridad jurídica y las de justicia material". Para este autor la seguridad jurídica es también el principal fundamento de la prescripción de la pena al ser ésta una institución de "carácter unitario", Si bien PEDREIRA bajo el fundamento de la seguridad jurídica intenta posteriormente vincular dicha seguridad jurídica a la limitación del poder propio de un estado democrático de derecho con reconocimiento de la dignidad de la persona y por último viene a añadir la relación de todo ello con

²¹⁵ Citados por YUSEFF SOTOMAYOR, ob cit. pág. 37.

²¹⁶ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: Comentarios... pág.1087.

causas de exclusión de la pena²¹⁷.

Ha sido en nuestra doctrina GILI PASCUAL²¹⁸ quien con más rotundidad ha refutado la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción, llegando a afirmar que "si no se aceptase que existen argumentos para fundamentar la exclusión de la responsabilidad por el paso del tiempo, no existiría peligro alguno para esa seguridad ni necesidad de patrocinar institución alguna que la garantizase, pues considerando siempre necesaria la pena y, por tanto, imponible en todo caso, no hay merma en cuanto a la certeza jurídica de su imposición." El citado argumento, válido desde una perspectiva teórica, se enfrenta sin embargo, a nuestro juicio, a importantes matizaciones que lo invalidan.

Hemos de hacer hincapié en una importante cuestión que había pasado en muchas ocasiones desapercibida para la doctrina que ha analizado la prescripción de las infracciones penales y que es el momento en que esta se produce en el proceso y el condicionamiento que ello produce. Aún cuando ello será objeto de un estudio más pormenorizado, la prescripción de la infracción opera con un automatismo y con carácter previo de modo tal que, siempre, inexorablemente se aplica a personas que no han sido condenadas por sentencia firme. La declaración de prescripción del delito o falta no supone que se haya constatado por sentencia firme la culpabilidad del acusado pero que ésta se haya extinguido. Cuando se declara la prescripción de la infracción lo único que viene a afirmarse es que se desconoce si el acusado ha tenido o no responsabilidad, pues aunque así fuera esta se habría extinguido, por lo que en todo caso procede la absolución.

Situada así, la aplicación de la prescripción, el principio de seguridad jurídica sí que fundamenta la

²¹⁷ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: *La prescripción del delito...* ob. cit. págs 147 a 156.

²¹⁸ GILI PASCUAL, A.: ob. cit., pág.72 y ss.

prescripción. No toda comisión de delito acaba desencadenando la imposición de una pena pues la relación delito-pena proclamada por el derecho penal, viene condicionada por el escrupuloso respeto a un proceso y a unas garantías que en el caso de que no se cumplan imposibilitan la aplicación de la pena. Justamente, la prescripción aparece cuando en vez de haberse impuesto una pena tras la comisión de un delito lo que se ha sobrevenido es una inactividad prejudicial o procesal de tal magnitud que crea una inseguridad jurídica, que cómo se verá va mucho más allá del simple imputado.

Debemos rebatir a GILI PASCUAL cuando, en defensa de su congruente postura, afirma que "la única forma en que puede pensarse en la seguridad jurídica como principio que da vida a la prescripción es a través de la confusión de la incertidumbre jurídica con la incertidumbre personal" que puede vivir quien se sabe potencial destinatario de la prosecución penal." El procesamiento, y también en menor medida la posibilidad del mismo, además de la incertidumbre personal lo es también para la familia del reo y sus relaciones laborales y patrimoniales. Las medidas cautelares, embargos preventivos pueden desestabilizar el futuro del reo y su actitud de ahorro o inversión económica ante un futuro personal oscuro o sobre el que se cierne la incertidumbre. Esa situación no solo afecta al reo y su familia, sino también al de otras personas con intereses patrimoniales o relaciones jurídicas que puedan verse afectados (copropietarios, socios, clientes, proveedores etc.).²¹⁹ En realidad, todos los bienes del imputado pueden hallarse sometidos a unas medidas cautelares que de prolongarse, sin que se divise su cese, produce una situación inmovilista. En algunos delitos como la

²¹⁹ El embargo judicial de la parte de una copropiedad supone en la practica toda una serie de graves problemas al resto de comuneros que van a verse sometidos no en sus decisiones a una intervención judicial.

insolvencia punible, resulta especialmente patente que quedan cuestionados todos los negocios que ha efectuado el imputado. Ello produce inseguridad jurídica en las personas que han contratado con el mismo o desean hacerlo y que pueden sufrir anotaciones preventivas o embargos en los bienes que adquirieron al imputado o en las cantidades que siguen recibiendo por los créditos que ostentan frente al acusado y que se hallan bajo la sospecha de haberse contraído en fraude de otros acreedores.

La aplicación de la prescripción tiene como efecto el cese inmediato de una situación expectante por el obligado fin del proceso, y mantenemos que ello también puede presentar efectos positivos a la supuesta víctima o a sus herederos, aun cuando los mismos hubieran preferido que no se produjera. Que la muerte o la lesión de una persona haya ocurrido ocasionada por suicidio, autolesión, accidente o delito puede conllevar importantes consecuencias económicas en indemnizaciones por parte de la empresa, compañías de seguro, etc. La existencia de un proceso abierto que ni avanza ni se cierra supone también dilatar sine tempore el cobro de dichas indemnizaciones. Se olvida que, en ocasiones, el fin del proceso por absolución puede conllevar la indemnización a la víctima o sus herederos por parte de terceros. Es más, la historia procesal demuestra que el proceso penal también se ha utilizado de forma torticera para impedir temporalmente o paralizar las acciones civiles en lo que se ha denominado "querrela catalana". El obligado fin del proceso penal ante la inactividad aporta seguridad jurídica al cesar un estado expectante pues en todo proceso siempre existirá incertidumbre sobre el resultado absolutorio o condenatorio del mismo.

No se trata, por tanto, en calmar la inseguridad jurídica del imputado o de su incertidumbre. La prescripción

penal otorga seguridad jurídica a toda la sociedad al imponer unos límites a la situación excepcional originada por un proceso penal paralizado o la eterna pendencia del mismo. En ocasiones, esa situación "excepcional" puede afectar a los bienes de terceros ajenos al delito pero cuyos bienes han podido ser usados para la comisión del delito como es el caso de armas, etc.

Podría cuestionarse la proporcionalidad del fundamento de seguridad jurídica con los efectos absolutorios que provoca la prescripción. Sin embargo, es de recordar que al sujeto al que se le aplica la prescripción de la infracción no es el culpable, sino un posible culpable al que a pesar de los años transcurridos no se le ha declarado culpable -al no existir sentencia firme-.

Admitir el principio de seguridad jurídica como fundamento de la prescripción supone situar el centro de la misma en el ámbito procesal, pues en realidad, más que declarar la extinción de la responsabilidad criminal, lo que supondría es declarar la imposibilidad de proseguir el proceso o ejecutar su resultado. La naturaleza procesal, material, mixta, o las distintas formulaciones jurídicas que podría adoptar la prescripción serán abordadas en el capítulo siguiente.

4.4 Derecho a la presunción de inocencia

En tanto que la prescripción de la infracción penal produce la absolución del imputado cuyo proceso ha estado paralizado (o ni siquiera se ha iniciado) postulamos que la prescripción puede entenderse como la más clara manifestación del desarrollo y culminación del principio de presunción de inocencia. La presunción de inocencia es un principio tan importante que ante determinadas situaciones temporales acaba convirtiéndose, por ley, en el derecho a

ser declarado inocente, pues no se ha logrado una sentencia de culpabilidad a pesar de los años transcurridos.

Si la presunción de inocencia es capaz de ceder ante las pruebas obtenidas validamente en un proceso que dan lugar a una sentencia condenatoria, el proceso judicial, el derecho a penar, también es susceptible de ceder ante la presunción de inocencia cuando dicho proceso se inicia de forma tardía o se paraliza. La prescripción conlleva la obligación de dictar una resolución absolutoria para el reo pues la presunción de inocencia no destruida por sentencia firme y mantenida durante los correspondientes lapsos temporales de forma interrumpida, sin ser cuestionada por elementos que la interrumpan, se ha alzado en el "derecho" a ser declarado inocente.

La presunción de inocencia pasaría de ser una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario a ser una presunción legal *iuris et de iure* por el transcurso de los plazos prescriptivos.

El desarrollo del derecho a la presunción de inocencia explicaría también la existencia de la interrupción de la prescripción, pues una presunción de inocencia que no es, materialmente cuestionada por actos procesales concretos y actuales, de forma ininterrumpida acaba consolidándose ante la inexistencia o paralización de un proceso válido que la cuestione.

Bajo esta óptica, la prescripción puede contemplarse como una institución que aporta un plus a la garantía de presunción de inocencia, que de no ser eficazmente cuestionada en el plazo legal se transforma de una presunción a una prueba plena e irrefutable de inocencia. El derecho a ser considerado inocente mientras no se demuestre lo contrario, al no haber sido cuestionado en el plazo legal se transmuta en derecho ser declarado inocente, como consecuencia de un auténtico derecho que tiene consecuencias

tanto cuando se abre un proceso sin pruebas como cuando se incoa tardíamente o se apertura pero se deja inconcluso y paralizado entre la expectativas de la imputación y la expectativa de la presunción de inocencia que acaba decantando la situación.

El principal problema que presenta mantener la culminación de la presunción de inocencia es la imposibilidad de que pueda servir para fundamentar la prescripción de la pena o de la medida de seguridad si lo que se pretende es encontrar un fundamento único.

En la doctrina española desde otra perspectiva CAAMAÑO²²⁰ opina que la prescripción penal "pretende básicamente que ningún inocente tenga que verse en la situación de rebuscar en su pasado para hallar argumentos y materiales que le permitan articular una defensa frene a una imputación de un hecho delictivo pretendidamente cometido hace mucho tiempo. La acotación por la Constitución del ejercicio en el tiempo del ius puniendi del estado convierte la prescripción en una garantía constitucional de la inocencia, cuya regulación incumbe al legislador".

La formulación de CAAMAÑO parece pensada para la prescripción por inicio tardío del procedimiento y parte de la premisa que es la propia Constitución la que ha acotado en el tiempo el ejercicio del ius puniendo, afirmación que parece desprender de la doctrina del Tribunal Constitucional de la STC 157/1990 (BOE 8.11.1990) que indica que "sería cuestionables constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas". Si bien no podemos sino compartir la referida doctrina constitucional que se encuentra formulada en términos de proscripción de la imprescriptibilidad absoluta, lo cierto es que en contra de lo que afirma

²²⁰ CAAMAÑO, F.: *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág.157.

CAAMAÑO ningún precepto constitucional acota temporalmente el ejercicio del ius puniendi.

4.5 Derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva se configura como el derecho a obtener una respuesta en derecho a las pretensiones formuladas.

El derecho a obtener una resolución judicial, como recuerda GARBERI LLOBREGAT²²¹ "no se satisface con la emisión de una cualquiera respuesta judicial, sino con una decisión que (...) ha de ser de fondo, motivada, fundada en derecho y congruente."

En nuestra doctrina, MENDEZ PEREZ²²² cuestionó la constitucionalidad de la prescripción por paralización del proceso en cuanto impedía adoptar una resolución sobre el fondo, y estimaba que la aprobación de la Constitución española de 1978 con la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva suponía la derogación tácita del instituto de la prescripción en el orden penal.

Sin embargo, es de indicar que lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva no es la adopción de una resolución fundada en un precepto legal como lo es la prescripción, sino por el contrario la paralización indefinida del proceso sin que se adopte ninguna resolución sobre el fondo ni avance verdaderamente el proceso.

La tutela judicial efectiva se produce ante la exigencia legal de que el juez acabe teniendo que adoptar una decisión, y en el derecho penal el fondo de la cuestión solo puede ser la condena o la absolución, por lo que la resolución de absolución por prescripción se presenta como

²²¹ GARBERI LLOBREGAT, J.: *Constitución y derecho procesal*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág.160.

²²² MENDEZ PEREZ, J.: "La prescripción de las faltas por paralización del procedimiento penal" *Revista General de Derecho*, Valencia, 1986, pág. 620.

la respuesta más aceptable.

4.6 Descongestión judicial y penitenciaria

Para GILI PASCUAL²²³ la descongestión de los órganos encargados de administrar justicia, puede ser un efecto colateral de la institución, pero no cabe "en ningún caso estimarse como su fundamento" en oposición a JAKOBS²²⁴ para quien supone un medio de selección de casos.

VIADA²²⁵ trae a colación a SAVIGNY quien afirmaba que "muchos procesos se evitan con la institución prescriptiva" y, "si no debemos evitar los justos, si conviene no dar lugar a los innecesarios".

Refiere VERA BARROS²²⁶ un sector doctrinal que entre otros fundamentos relativos a las funciones del derecho procesal, respecto a la prescripción de los delitos, indica que con ella se evita que se pierda el tiempo en pesquisas inútiles y el peligro de condenas injustas.

Por nuestra parte, entendemos que no puede descartarse como un fundamento histórico, válido e incluso aceptable de la prescripción. Ya en el año 1840, VALLE LINACERO da cuenta, como advertimos en el capítulo histórico, de la "soltura de criminales" ante la ausencia de lugares para custodiarlos y el gasto que suponen, lo que se pondrá en relación con el análisis de económico de los costes del delito que más adelante se abordará.

Igualmente, VIADA LOPEZ-PUIGCERVER²²⁷ afirma que "de no existir la prescripción se acumularía sobre los órganos juzgadores una tarea imposible de llevar a término y en que la obligación de conocer de asuntos nacidos en épocas

²²³ GILI PASCUAL, A.: ob. cit., pág.83.

²²⁴ JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág.416.

²²⁵ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER: C.: ob. cit, pág.42.

²²⁶ Cfr. VERA BARROS, ob. cit. pág. 32, quien al respecto cita a MERKEL.

²²⁷ VIADA LOPEZ PUIGCERCER, C.: Ob. cit. pág.51.

remotas, imposibilitaría el resolver los actuales”

Ante el colapso o congestión de los órganos judiciales, el jurista reclamará las oportunas medidas correctivas y el aumento de personal y efectivos para paliar dicha situación. Ello resulta, desde luego, la opción más acorde con un estado social democrático y de “derecho”. El estado que renuncia a la aplicación del “derecho” por imposibilidad material de efectuarlo parece que no satisface el postulado del imperio de la ley. Sin embargo, la historia pasada y reciente demuestra que no siempre es posible atender adecuadamente todas las demandas constitucionales, y que en un estado democrático los gobiernos están legitimados para establecer unas prioridades en el gasto público. Y si la Justicia es un bien que debe ser procurado y atendido también lo son la educación o la sanidad y no se conoce estado en el mundo que satisfaga todas la prestaciones posibles.

La justicia no debe ser lenta, ni debe incurrir en dilaciones indebidas, ni tampoco puede colapsarse, pero cuando esto ocurre, cuando el cauce para solventar los problemas delictivos no funciona con las garantías indispensables no nos parece inadecuado que el legislador haya creado un sistema de descongestión en que, como mal menor, son expulsadas las infracciones más alejadas en el tiempo (que son las que presentan mayores problemas probatorios o dificultades de enjuiciamiento o ejecución) y con un sistema de lapsos que dificulta la expulsión de las infracciones más graves.

En la realidad podemos encontramos con otras medidas legislativas o gubernativas más perniciosas que la prescripción para descongestionar la Administración de Justicia. Así podemos indicar:

-La destipificación de determinadas infracciones, especialmente las más leves como las faltas ha sido en

ocasiones usada con la única finalidad de descongestionar las oficinas judiciales, ya que en España son los mismos Juzgados de Instrucción los encargados de instruir las faltas y los delitos. La destipificación parcial de los daños por imprudencia, con la gran repercusión que ofrecen por la siniestrabilidad automovilística es un ejemplo.

-La concesión de periódicas amnistías generales masivas ante la congestión de centros penitenciarios fueron practicas habituales durante el franquismo y durante la democracia los criterios de concesión de indultos ha sido ampliamente cuestionada.

4.7 Eficiencia económica del sistema penal

A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha iniciado su desarrollo el llamado Análisis Económico del Derecho que según LANDES Y POSNER²²⁸ "es ampliamente considerado, y no sólo por quienes lo practican, como el desarrollo más influyente en el pensamiento jurídico desde la desaparición del realismo jurídico de los años cuarenta".

Para MONTERO Y TORRES²²⁹ esta metodología no ha merecido por lo común la atención de los penalistas y criminólogos españoles, a pesar de los avances "espectaculares" de los últimos años.

El Análisis Económico del Derecho, en la esfera penal se circunscribe por una parte a los costes del delito y por otra a las consecuencias jurídicas de la comisión del delito en cuanto éstas pueden modificar o no la decisión de delinquir

²²⁸ LANDES W./POSNER, R.: "The influence of Economics on Law: A quantitative Study", Journal of Law & Economics, vol. XXXVI, april 1993, pág. 385.

²²⁹ MONTERO SOLER A. y TORRES LOPEZ, J: "La economía del delito y de las penas", Ed Comares, Granada, 1998, pág.XIII.

del sujeto.

La prescripción de las infracciones penales puede encontrar una fácil fundamentación en el Análisis Económico del Derecho si acudimos a los principios del mismo. La economía es la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos. Al partir de la anterior definición cualquier decisión humana se encuentra dentro del estudio económico pues cuando el tiempo y los medios para alcanzar los fines son limitados y pueden ser clasificados en orden de importancia, la conducta tiene necesariamente la forma de elección.

Se atribuye a BECKER²³⁰ haber sentado las bases del análisis económico de la decisión criminal el cual no sería sino una aplicación concreta del enfoque económico del comportamiento humano, en cuanto el análisis económico resulta aplicable a toda conducta en la que se deba elegir entre diversas alternativas.

Si el castigo del culpable es uno de los fines de la pena nos encontraremos con que los medios (recursos policiales y judiciales) son limitados y también es limitado el tiempo. Aunque no existiera la prescripción de las infracciones penales el castigo del culpable se encontraría limitado en el tiempo por causas naturales como la muerte del propio culpable -que extingue la responsabilidad criminal- u otras causas biológicas que acontecen normalmente con el paso del tiempo, olvido de los hechos por la lejanía o senilidad por parte de las personas que se vieron involucradas como sujetos activos, pasivos o testigos.

Frente a esas causas naturales o biológicas que suponen un límite natural -y también legal- ocasionadas por el paso

²³⁰ BECKER, G.S.: "Crime and punishment: An economic approach" Journal of Political Economy, N°76, 1968.

del tiempo en el ser humano, nos encontramos con que el legislador ha creado otros límites prefijados de forma general para que pueda declararse la extinción de la responsabilidad criminal.

Para alcanzar el fin del castigo del culpable contando con medios limitados y tiempo también limitado el estado adopta medidas para lograr la máxima eficiencia de forma que los recursos disponibles deben ser utilizados de la mejor forma posible, con el menor coste y proporcionando el máximo beneficio.

Al establecer plazos de prescripción para las infracciones cometidas en tiempo más lejano, los medios limitados de investigación pueden dedicarse a la averiguación de las infracciones cometidas de forma más reciente, que de otra forma quizás nunca llegarían a poder ser resueltas.

Siempre es mayor el número de delitos que se cometen que los que son castigados, no existiendo ninguna sociedad en que el cien por cien de los delincuentes son descubiertos. Por otra parte, es conocido que cuanto más tiempo pasa desde la comisión de un delito más difícil resulta reunir pruebas conducentes a su averiguación.

Desde esta perspectiva la prescripción de las infracciones penales, al menos de la prescripción del delito, tendría su fundamentación en conseguir la máxima eficiencia de los recursos disponibles, liberando a los órganos judiciales y policiales de su obligación de investigar infracciones remotas o lejanas en el tiempo de difícil o imposible resolución, de forma que puedan centrarse en infracciones más recientes, lo que además proporciona mayor beneficio a la sociedad en cuanto estas últimas infracciones permanecen vivas en el recuerdo social y su castigo además de poder facilitar la resocialización del delincuente, refuerza la obligatoriedad del cumplimiento de la norma y el establecimiento de las relaciones patrimoniales entre los

sujetos implicados que aún están vivos y pueden beneficiarse de la efectividad de las normas y pueden publicitar la vigencia de las normas y la confianza en el sistema legal.

Dentro de esta teoría se afirma que los costes adicionales o esfuerzos económicos para combatir la delincuencia más allá de un concreto nivel finito superan los beneficios adicionales resultantes para la sociedad. La escasez de recursos impedirá la erradicación total de las infracciones penales. A mayor y creciente número de delitos por instruir con unos medios limitados ello producirá necesariamente una decreciente eficacia de dichos medios que pueden llegar a colapsar el sistema.

La prescripción supone el sacrificar la punibilidad de las infracciones cometidas más lejanas en el tiempo ante el riesgo de que pueda llegar a colapsarse el sistema. En dicho sentido, la prescripción es una institución que menos número de arbitrariedades permite. Ya que resulta difícil imaginar otra institución que pueda ser más equitativa a la hora de desempeñar la función de asumir la escasez de recursos y su optimación en el tiempo que la prescripción.

La existencia de distintos plazos prescriptivos, de mayor duración para los más graves, incide en la fundamentación de máxima eficiencia en cuanto no solo se dedican menos medios sino también menos tiempo a la investigación de ilícitos que son calificados como infracciones leves, o menos graves respecto a las graves.

Las consecuencias de aceptar esta fundamentación desde el análisis económico del derecho conduce al establecimiento o no de la prescripción, y a la mayor o menor duración de sus plazos, en relación al número de delitos cometidos periódicamente y a la mayor o menor cantidad de medios. De forma que en una sociedad con bajo índice de delincuencia y mayores medios de investigación, los plazos de prescripción serían superiores a la de aquellas sociedades donde esto no

ocurra.

Al efecto resultaría interesante analizar si existe alguna relación entre las interpretaciones jurisprudenciales más reticentes o proclives a estimar la prescripción en relación con el estado de colapso de los propios órganos que deben declararla.

Para GILI²³¹ la descongestión de los órganos encargados de administrar justicia puede resultar un efecto colateral de la institución, pero "no puede en ningún caso estimarse como fundamento". Dicho rechazo frontal supone desconocer que el dejar de investigar o perseguir unos delitos va a posibilitar la persecución de otros más recientes. Admitir las limitaciones del Estado en la persecución de infracciones y establecer por medio de la prescripción una especie de prelación no nos parece merecedor de repulsa. Lejos de ello, supone una medida acorde con el principio de proporcionalidad (se deja de investigar unos delitos para investigar otros delitos), racional (pues evita el aumento sinfín del colapso que a todos perjudica) y que garantiza además el principio de igualdad ante la ley, dificultando las arbitrariedades o favoritismos. El exigir mayores medios, es decir dotaciones económicas, para la Justicia será legítimo pero no contempla que los recursos y presupuestos económicos son finitos.

El estudio de las amnistías e indultos generales en directa relación con la insostenible masificación de las cárceles durante la época franquista resulta significativo. De forma que ante unos medios limitados -prisiones- para la ejecución de las penas que no podían de hecho albergar a todos los penados se optaba de forma sistemática por declarar extinguida la pena a través del instituto del indulto o de la amnistía, lo cual no suponía el aumento de coste que supondría la alimentación de los presos o construcción de nuevas cárceles.

²³¹ GILI, A.: ob. cit., pág. 83.

Ante los medios limitados para la ejecución de todas las penas, pues todas las penas tienen un coste -incluida la multa, en la que debe dedicarse un tiempo a la averiguación de bienes, embargos, subastas, etc.- el legislativo ha optado dentro de su soberanía, por extinguir la responsabilidad criminal.

Dentro del Análisis Económico del Derecho, la acción delictiva conlleva unos beneficios (monetarios o no) para el sujeto activo, al tiempo que unos costes para dicho sujeto. Se efectúa una importante matización al distinguir entre los costes inmediatos (utensilios empleados, etc) y costes retardados que son los que derivan de las consecuencias jurídicas del delito, siendo el principal la pena.

Efectivamente la pena es un coste retardado, en cuanto en un sistema ordinario de justicia criminal siempre se declarará y se ejecutará dicha pena con un lapso temporal a la comisión del delito.

Al estudiar las variables que pueden incidir en la decisión criminal, además de la posibilidad de arresto o condena y/o la naturaleza y duración de la pena, algunos autores introducen la actitud frente al riesgo del sujeto, así como la información. Siguiendo en esta materia a MONTERO Y TORRES²³², los mismos indican que el papel de la información en el comportamiento criminal ha recibido escasa atención por parte de los estudiosos cuando la decisión de delinquir "dependerá en gran medida del cual haya sido la información disponible que permita evaluar lo más apropiadamente posible los beneficios y costes".

En dicho sentido hemos de afirmar que toda información relativa a las causas genéricas de exclusión de la punibilidad y especialmente la de aquellas que puedan operar de forma generalizada sin especiales requisitos personales,

²³² MONTERO SOLER, A. y TORRES LÓPEZ, J.: ob. cit. pág. 39.

como la prescripción de las infracciones, constituirá un elemento que disminuye, a ojos del sujeto, la posibilidad de condena, y que por tanto puede incidir a favor de la opción criminal.

Quizás esta puede ser una de las razones por las que la prescripción de las infracciones penales haya sido escuetamente estudiada y divulgada.

Si bien, en la doctrina hay quien niega la existencia generalizada del efecto disuasorio de la pena, y entre alguno de los argumentos exponen la existencia de sujetos que no consideren los resultados de una acción en términos de probabilidades pues se centran en los beneficios que les reportaría el delito. A nuestro entender a estos sujetos la información respecto a la posibilidad de extinguir la responsabilidad criminal por prescripción no sería una variable que influyera a favor de la comisión del delito, en cuanto que no presentándosele al sujeto la probabilidad de condena, las causas de extinción de la responsabilidad resultan inocuas.

Por ello, desde el análisis económico del derecho es posible fundamentar la prescripción de forma más amplia que la simple descongestión de los órganos judiciales, como la búsqueda de la mayor eficiencia de todos los órganos e instituciones (policías fiscalía, órganos judiciales, centros penitenciarios) encargados de la represión del delito.

Como antecedente doctrinal de esta fundamentación vemos la teoría de pérdida de interés o interés disminuido. El transcurso del tiempo acredita que el estado ya no tiene interés en la persecución o castigo. La prescripción tiene por presupuesto la inmanencia de un cierto interés de penar, el cual va desapareciendo con el tiempo. Si ha transcurrido un plazo mayor que aquel durante el cual se estima que permanece dicho interés, la pena carece de finalidad.

BETTIOL²³³ indica que se presume "la falta de un interés estatal para la represión del delito, a causa del tiempo transcurrido desde el momento de la perpetración de aquel".

Desde una vertiente eminentemente procesal este fundamento tiene un enlace con el conocido principio de economía procesal, y así RIBA TREPAT²³⁴ manifiesta que "al considerar un plazo debe de partirse de la premisa de máximas garantías y máximo resultado, que supone una completa tutela de los intereses del ciudadano, acompañada de una consideración respecto a la duración admisible de las actuaciones procesales, lo que determina que el tiempo invertido en responder a las expectativas formuladas ante la jurisdicción debe ser el mínimo indispensable para que el juicio resulte eficaz". Para la citada autora la economía procesal se alza como "un criterio fundamental" de las funciones legislativas e interpretativas.

5. ANALISIS DE FUNDAMENTOS RELATIVOS AL DERECHO MATERIAL

5.1. El transcurso del tiempo como hecho jurídico

MANZINI²³⁵ señala que la prescripción supone reconocer como "hecho jurídico el hecho natural del paso del tiempo".

PESSINA²³⁶ ya criticó esta formulación "la esencia de la prescripción no consiste en el mero transcurso del tiempo, sino en no haberse ejecutado un derecho dado durante un tiempo más o menos largo. Esto ocurre lo mismo en el derecho civil que en el penal."

Entendemos que el transcurso del tiempo es un elemento

²³³ BETTIOL, G.: *Derecho Penal, parte general*, Temis, Bogotá, 1965, pág. 727.

²³⁴ RIBA TREPAT, C.: *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 20.

²³⁵ MANZINI, V. "Tratado de derecho penal", tomo V, primera parte, vol V. Ediar SA, Buenos Aires, 195, : pág. 139 y ss

²³⁶ PESSINA, E. "Elementos de Derecho Penal" ob cit. pág. 435.

esencial de la prescripción, pero elevarlo a fundamento supone incurrir en una tautología que nada aporta, tal como ya indica YUSEFF SOTOMAYOR²³⁷.

El requisito del paso del tiempo ciertamente encierra el fundamento, pero ello requiere una mayor explicitación de los efectos del paso del tiempo en relación con las consecuencias que se le asigna.

5.2. Teoría de la extinción de los efectos antijurídicos

La potestad de penar proviene de un delito, más este es considerado como un hecho productivo de inmanentes efectos antijurídicos que el derecho penal debe reprimir y eliminar. Ahora bien, estos efectos antijurídicos desaparecen, incluso sin la reacción de la pena, por la sola acción suavizadora del tiempo.

Tal como indica PEDREIRA²³⁸ no cabe aceptar aquellas fundamentaciones que propugnan la desaparición de los efectos antijurídicos del hecho por el simple paso del tiempo, pues el delito "no puede desvanecerse (...) un hecho ilícito no se convierte lícito por el mero transcurso del tiempo"

5.3 Teoría psicológica

El transcurso del tiempo excava una laguna incolmable, eliminando el nexo psicológico entre el hecho y el agente. Cuando ello tiene lugar, la pena pierde su valor y su fin. Un descolorido recuerdo no es suficiente, pues tal recuerdo debe estar presente en el reo y en la sociedad.

5.4 Teoría de la expiación moral o indirecta

²³⁷ YUSEFF SOTOMAYOR, G.: *La prescripción penal*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, pág.41.

²³⁸ PEDREIRA GONZALEZ, F.M.: ob. cit. pág.136.

Se presume que el culpable ha expiado suficientemente su culpa al verse mortificado por los remordimientos y por la angustiosa huida a la acción de la justicia durante un largo periodo de tiempo.

Según GARAUD²³⁹ Imponerle una pena sería atentar contra el principio "non bis in ídem".

YUSSEF²⁴⁰ señala que es la única fundamentación aducida en los trabajos preparatorios del código de instrucción civil de Francia.

Esta antigua teoría, que hoy apenas se menciona, sin embargo late un principio de justicia material en aquellos supuestos donde la pena de destierro forma parte del catálogo de delitos y justamente el reo evita la pena huyendo al extranjero, o permaneciendo encerrado en un lugar seguro. Si ciertamente no se puede hablar estrictamente de un bis in ídem, sí que ha existido una "penalidad" de facto para el sujeto. Si el Tribunal Constitucional se ha referido en ocasiones a la expresión "pena de banquillo" para el inocente sometido a un proceso penal, también puede acuñarse la expresión "pena de exilio o prófugo."

Sin embargo, esta teoría choca frontalmente con el principio de legalidad en la ejecución y determinación de la pena imponible, que en ningún caso puede quedar al arbitrio del culpable. No obstante, conviene recordar que en la actualidad se ha ampliado notablemente institutos como la posibilidad de sustitución de la pena (con audiencia del reo) y la suspensión de la pena.

5.5 Teoría de la enmienda

Se estima innecesario penar después del transcurso del

²³⁹ Cfr. GARAUD, ob. cit, pág. 544.

²⁴⁰ YUSSEF SOTOMAYOR, ob. cit.. pág. 40

plazo prescriptivo, porque se presume que durante tal tiempo el delincuente se ha corregido. En nuestra patria SILVELA²⁴¹ se mostró partidario de esta fundamentación frente a otras.

En el mismo sentido se puede sumar la teoría del cambio de identidad del reo defendida por MONTES²⁴² al indicar "parece que ha dejado de existir la identidad del autor del delito y el hombre actual, sobre todo cuando éste ha tenido desde entonces una conducta honrada."

VALDES RUBIO²⁴³ estima que "mediante el largo transcurso del tiempo el derecho está reafirmado y restaurado el orden jurídico, porque el criminal se ha corregido, puesto que dio durante mucho tiempo constantes pruebas de respeto, acatamiento y cumplimiento de la justicia".

En contra se pronuncia PEDREIRA GONZALEZ²⁴⁴ afirma que "no parecen admisibles, aquellos argumentos que presumen la corrección del delincuente por el paso del tiempo, ni los que suponen que el criminal ya ha sufrido bastantes remordimientos durante este tiempo. Señala este autor que estos fundamentos se apoyan en un optimismo antropológico excesivo y carecen de una justificación razonable.

Dicha crítica también podría extrapolarse a otras causas de extinción de la responsabilidad pues el efectivo cumplimiento de la pena de prisión tampoco permite afirmar la corrección del delincuente y el elevado número de reincidentes o personas que vuelven a delinquir acreditan "el excesivo optimismo antropológico" de quienes creen que el cumplimiento de las penas resocializa al individuo.

²⁴¹ SILVELA, L.: ob. cit., Madrid, 1884, pág. 433: "El transcurso del tiempo, pues, el olvido del delito no justifica racionalmente la prescripción. El verdadero fundamento no puede hallarse más que en el concepto de pena y de su relación con el crimen, y no puede ser otro, como consignamos al principio del presente párrafo, como la supuesta enmienda del reo"

²⁴² MONTES, J.: *Derecho penal español*, tomo 2, El Escorial, 1929, pág. 585.

²⁴³ VALDES RUBIO, J.M.: *Derecho Penal: su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Tomo I. Asilo de huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1909, pág. 647.

²⁴⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: "Comentarios... ob, cit., pág.1087.

5.6 Innecesariedad de pena

La innecesariedad de la pena es un fundamento de antiguo esgrimido, que en ocasiones se ha podido enunciar como la "teoría del olvido". La sociedad olvida aun los delitos más atroces después de cierto tiempo, de donde resulta que la reacción penal transcurrido ese tiempo, no tendría finalidad alguna.

Así, MONTES²⁴⁵ indicaba "Todas estas razones tienen su valor; pero solamente una, la cesación de la necesidad social de la pena, puede considerarse como fundamental. (...) Fundada la pena en un elemento variable, como la necesidad social, se concibe la posibilidad de una prescripción extintiva de la acción penal, producida por un cambio de circunstancias y la extinción de las causas de aquella necesidad." CARRARA²⁴⁶ afirma que "cesado el daño público se entiende inútil la reparación penal, pero el daño privado puede subsistir". FIANDACA²⁴⁷ indica que cede la exigencia de prevención general que preside la represión del delito. VIADA²⁴⁸ recuerda que "la pena que no cumple ya sus fines -por estar estos satisfechos- no debe de aplicarse". Para MIR²⁴⁹ "El fundamento de la prescripción se halla en parte vinculado a la falta de necesidad de la pena tras el transcurso de cierto tiempo." JARAMILLO²⁵⁰ entre otras consideraciones estima que transcurrido el plazo "se entiende ineficaz la pena, desaparecida la repugnancia social del delito cometido."

Para FERRAJOLI²⁵¹ "su fundamento axiológico no se

²⁴⁵ MONTES, J.: "Derecho penal español, tomo 2, El Escorial, Madrid, 1917, pág. 347.

²⁴⁶ CARRARA, F.: ob. cit. pág.477

²⁴⁷ FIANDACA, G./MUSCO E. ob. cit. pág.742.

²⁴⁸ VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, C.: *La prescripción de las acciones y el perdón de los delitos*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1950, pág.40.

²⁴⁹ MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, pág. 773.

²⁵⁰ JARAMILLO, A.: ob. cit., pág. 414.

²⁵¹ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed,

diferencia del de las condiciones originarias de no procedibilidad. Por ejemplo, la justificación de la improcedibilidad por la prescripción es en buena medida la misma que hemos visto para la improcedibilidad por ausencia de querrela: el transcurso del tiempo sin que nadie haya ejercitado la acusación indica, en efecto, la pérdida de utilidad de las penas por la pérdida de toda su función preventiva y, en particular, de la función primaria, que es evitar que los perjudicados se tomen la justicia por su mano".

En la actualidad BOLDOVA²⁵² indica que cuando la prescripción se refiere en particular al delito o a la pena, ésta se suele fundamentar específicamente en que "la realización de los fines de la pena, a la vista del tiempo transcurrido, deviene imposible o innecesaria". En similares términos se había pronunciado ALVAREZ GARCIA²⁵³.

En la doctrina española más actual, ha sido GILI²⁵⁴, GONZALEZ TAPIA²⁵⁵, GARCIA PEREZ²⁵⁶ y quienes con más profundidad han fundamentado la prescripción en los fines de la pena al mantener que tanto la prescripción de la infracción, como la de la pena, como las medidas de seguridad encuentran su esencia en la innecesariedad de la pena.

Al efecto, GILI apunta como ya lo hiciera VERA BARRIOS que aquellas doctrinas penales contrarias a la prescripción como la Escuela Positiva o el nacionalsocialismo parten de una concepción puramente retributiva de la pena.

Citando a BLOY²⁵⁷ que afirma el carácter histórico que

Trotta, Madrid, 1997, pág.574.

²⁵² BOLDOVA PASAMAR, M.A.: ob. cit. pág.331.

²⁵³ ALVAREZ GARCIA, F.J.: Artículos 112 y ss. en LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRIGUEZ RAMOS L.(coords.) *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, pág.292.

²⁵⁴ GILI PASCUAL, A.: ob. cit. pág. 76 y ss.

²⁵⁵ GONZÁLEZ TAPIA, I.:ob. cit. pág. 82 y 156.

²⁵⁶ GARCIA PEREZ, O.: ob. cit. pág. 289

²⁵⁷ Cfr. BLOY, R.: *Die dogmatische Bedeutung Strafaussfhebungsgründe*, Dunker Humblot, Berlin, 1976 pág. 188 y s.

adquieren los hechos delictivos por el paso del tiempo, afirma GILI²⁵⁸ que "la razón, incontestada incluso por quienes defienden el carácter procesal de la prescripción, estriba en el cambio que el paso del tiempo opera en la percepción social del hecho delictivo." "Atendidos los fines de la pena, tras el transcurso de un plazo prolongado de tiempo, ésta ha dejado de ser necesaria."

Acudiendo a la prevención general negativa el efecto intimidatorio sobre la ciudadanía ha perdido su sentido y prescindir del castigo no debilita en estos casos el efecto preventivo²⁵⁹. Además, para BUSTOS²⁶⁰ resulta contradictorio intimidar a los demás con un sujeto resocializado.

GILI llega a afirmar que "también desde las modernas formulaciones que conciben el derecho penal como instrumento de estabilización de las expectativas normativas defraudadas por la conducta delictiva encuentra explicación el instituto de la prescripción". La pena tendría como principales destinatarios a los potenciales afectados, a los que pretende reafirmar la norma. Para GILI "si el mantenimiento de la validez de la norma ha sido ya alcanzado por otras vías (el paso del tiempo), la pena ha dejado de tener sentido". Pues si dado el transcurso del un lapso considerable de tiempo, no existen dudas acerca de la vigencia de norma infringida (...) debe considerarse inapropiada la intervención del derecho penal.

No compartimos dicha visión, pues estimamos que se parte de una premisa gratuita "que la validez de la norma ha sido alcanzada por el paso del tiempo". Justamente, la inaplicación de una norma penal el efecto que produce es el cuestionamiento de su validez. Ello se percibe especialmente en los casos de aquellas normas reiteradamente inaplicadas.

²⁵⁸ GILI PASCUAL, A.: Ob cit. pág 77

²⁵⁹ GILI PASCUAL, A.: ob. cit., pág.78.

²⁶⁰ BUSTOS RAMIREZ, J.: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pág. 371.

Es más, la prescripción de determinados delitos o penas ha podido poner de manifiesto la tolerancia de la sociedad y de los operadores jurídicos para cuestionar con su pasividad o dejación la validez de las normas con su inaplicación. No debe de sorprender que el proceso despenalizador por el que se acaben destipificando hechos delictivos pase por sucesivas fases, tales como la transformación de los delitos públicos en semipúblicos o éstos a privados, la posibilidad de aplicar el perdón y también la falta de impulso en su persecución. No resulta sorprendente, en la historia penal, un significativo descenso de procesos y de condenas en delitos como el adulterio, la usura o relativos a la prostitución con anterioridad a su total o parcial despenalización.

Afirma GARCIA PEREZ²⁶¹ que "el paso del tiempo no influye sobre lo injusto culpable, puesto que éste es algo estático". Pero resulta innegable que un breve plazo de prescripción sí que afecta a su punición. Otorgar un breve plazo de prescripción que pueda dificultar su persecución supone limitar la posibilidad de punición de lo injusto culpable.

No resulta extraño afirmar que puede constatarse una tendencia psicológica u organizativa a perseguir las infracciones que se consideran más graves frente a las leves o a las que gozan de cierta tolerancia social, gubernamental o judicial por todo tipo de motivos. Sin embargo, de todo ello sí que resulta la innecesariedad de la pena, pero justamente por un argumento diverso al esgrimido por GILI, la validez de la norma en cuestión está en entredicho, desfasada por los cambios sociales, o cuestionada socialmente.

Respecto a los autores citados por GARCIA PEREZ²⁶² como

²⁶¹ GARCIA PEREZ, O., ob. cit. pág.290.

²⁶² GARCIA PEREZ, O., ob. cit. pág.286.

RUDOLPHI que estiman la finalidad preventivo-general de la pena como fundamento de la prescripción al "considerar extinguida la necesidad material de la pena al haberse restablecido por si sola la paz jurídica por efecto del tiempo" nos encontramos con una premisa susceptible de diversas valoraciones: que el paso del tiempo restablece la paz jurídica.

Sin negar que el paso del tiempo aminora y enfría los ánimos, la víctima del delito que no ha recibido indemnización, ni compensación moral alguna por parte del estado que no le ha garantizado el cumplimiento de la ley, raro será que entienda "restablecida la paz jurídica". La inactividad del sujeto pasivo del delito quizá pueda presumirse como un aquietamiento o restablecimiento de la paz pública, pero en dicho caso el entendimiento de la prescripción en materia penal guardaría unas extraordinarias similitudes con la prescripción en el orden civil.

No podemos compartir la opinión de GARCIA PEREZ²⁶³ cuando afirma el posible efecto contraproducente que supondría pues "al hacer uso de la pena se puede dar la sensación de que las infracciones a la norma en el presente son más numerosas" contribuyendo con ello a aumentar la desconfianza de los ciudadanos en su vigencia. A nuestro entender es el número de delitos que acaban impunes lo que aumenta la desconfianza, y no los delitos que sí, a pesar del tiempo transcurrido, acaban con la condena del culpable.

Respecto a la fundamentación de la institución en la función de prevención especial de la pena, GILI se desmarca de la tradicional teoría de la enmienda que postulaba la corrección del individuo por el paso del tiempo pues ello supondría acoger "favorablemente el condicionamiento de la prescripción a la circunstancia de que el sujeto no haya vuelto a delinquir durante el plazo establecido" tal como

²⁶³ GARCIA PEREZ, O., ob. cit., pág. 289.

ocurría en la prescripción de la pena en el CP de 1944.

Para GILI la eficacia de la función preventivo-especial se contemplaría porque la pena está concebida desde el presupuesto de cumplimiento inmediato por lo que "la imposición tardía de aquélla y la exigencia de su cumplimiento se desmarcarían completamente del fin de reinserción al que debe tender según el texto constitucional (art. 35.2 CE), incidiendo contraproducentemente en la resocialización.

GILI destaca que los mencionados fines de la pena proporcionan un fundamento unitario a la institución tanto del delito, como de la pena y las medidas de seguridad y que la existencia de plazos distintos resulta irrelevante pues en la prescripción del delito no existe condena firme por lo que el legislador pondera la repercusión social y la disminución de la eficacia preventiva.

GONZALEZ TAPIA²⁶⁴, llega a la conclusión, por exclusión del resto de fundamentos, que esta institución se justifica básicamente en argumentos derivados de la función preventivo-general de la pena. Para ello desecha como fundamentos los fines de la pena desde la idea de la retribución, pues el transcurso del tiempo no hace desaparecer el hecho, ni las circunstancias que rodearon su comisión, así como la teoría de la expiación moral o indirecta recordando que ANTON ONECA ya indicó que la aflicción por la expectativa de pena no será nunca comparable con el sufrimiento efectivo de la misma. También rechaza la prevención especial y la supuesta enmienda del reo como justificación de este instituto, llegando a afirmar que ello precisaría comprobar que el sujeto no ha delinquido de nuevo, y además llevaría a reducirla a la prescripción de la pena²⁶⁵.

²⁶⁴ GONZÁLEZ TAPIA, I., ob. cit., pág. 156.

²⁶⁵ Ídem, pág.73.

5.6.1 Crítica

Las teorías que fundamentan la prescripción en la innecesariedad de la pena aportan de fondo un profundo argumento como es una justificación de igual entidad que la imposición de la pena. Para que deje de imponerse una pena que deje de ser necesaria la misma constituye un argumento impecable. Sin embargo a esa equiparación entre paso del tiempo e innecesariedad de pena, cabe oponer diversos argumentos:

A) Existencia de interrupción. Se suele silenciar la existencia de la interrupción de la prescripción. En la medida en que existan actuaciones interruptoras, entre el hecho delictivo y su posterior declaración o ejecución de la pena pueden transcurrir tiempo muy superior al establecido para la prescripción. Es decir, en tanto en cuanto se interrumpa la prescripción el proceso resulta interminable. Así, la sentencia por un delito menos grave puede producirse al cabo de 20 años o más si se ha ido interrumpiendo la prescripción. En este supuesto, se cumplirían todos los fundamentos relativos a la finalidad de la pena, y sin embargo, no podría aplicarse la prescripción.

Ello nos conduce a plantearnos o bien desechar esta fundamentación, o para ser congruentes con la misma postular la desaparición de la interrupción o establecer un plazo máximo de duración del proceso, como proponen REY GONZALEZ²⁶⁶ y GONZALEZ TAPIA²⁶⁷. Si bien, ello nos hace plantearnos si es posible prescripción sin interrupción, o en este caso estaremos, en realidad, ante otra institución como la caducidad, inexistente en la actualidad en derecho penal español.

²⁶⁶ REY GONZÁLEZ, C.: ob. cit. pág.64 y 181.

²⁶⁷ GONZÁLEZ TAPIA, I.: ob. cit. pág.82.

En cualquier caso, no puede ser fundamento de la prescripción aquel que suponga convertir la misma en otra institución como lo es la caducidad.

Aun cuando será tratado con mayor extensión, la principal crítica que hacemos a la vinculación de la prescripción con los fines de la pena es que esta teoría se centra exclusivamente en "el transcurso del tiempo" olvidando que dicho transcurso del tiempo debe ser "sin interrupciones". Es a nuestro juicio "la inactividad judicial" durante un cierto tiempo ininterrumpido la clave para buscar el fundamento de la prescripción.

B) Distintos plazos de prescripción de la infracción penal (delitos y faltas) para supuestos castigados con la misma pena.

Si el fundamento de la prescripción esta en la finalidad de la pena, necesariamente habrá que centrarse en la misma, desvinculada del hecho delictivo, aún en la prescripción de la infracción. Si el legislador ha castigado delitos diferentes con la misma pena es porque entiende que el tratamiento resocializador debe ser el mismo. Resulta inexplicable, por tanto que pueda ocurrir que infracciones con la misma pena en abstracto puedan tener distinto plazo prescriptivo, como es el caso de la injuria y la calumnia, respecto a los delitos menos graves, o determinados supuestos tipificados como delito de genocidio y que son imprescriptibles aun cuando si atendiéramos a la pena tendría el mismo plazo de prescripción que un delito menos grave.

Por otra parte, somos de la opinión que la fundamentación en los fines de la pena, por congruencia, supondría aplicar el plazo de prescripción de la infracción tras haber determinado la pena en concreto al supuesto, no solo con arreglo a la pena establecida en la parte especial

del código penal, sino también sobre todas aquellas cuestiones que inciden en la penalidad a aplicar como los grados de ejecución del delito, eximentes, atenuantes privilegiadas y atenuantes ordinarias. Si la prescripción se funda en la necesidad o no de la pena, es la concreta pena impuesta (en sentencia no firme) o que se hubiera impuesto la que debería tomarse para determinar el plazo prescriptivo.

C) Distintos plazos de prescripción para el delito y la pena.

La existencia de sentencia firme o no, no resulta a nuestro juicio motivo serio para la existencia de plazos distintos, máxime cuando a priori en nuestro ordenamiento actual no se puede predecir cual es el mayor o menor plazo prescriptivo, ya que mientras en la prescripción de la infracción toma como base la pena establecida en el marco genérico al delito, en la prescripción de la pena se adopta la pena impuesta. Por ello, aún cuando nominalmente sean mayores los plazos prescriptivos de la pena que del delito, ello dependerá sustancialmente de la existencia de formas imperfectas de ejecución, eximentes incompletas, circunstancias agravantes, etc. Con ello queremos significar que no existe ponderación alguna entre la existencia de sentencia firme y la aplicación de plazos mayores o menores de prescripción.

D) Prescriptibilidad de las medidas de seguridad.

La aplicación de las medidas de seguridad en los casos de sujetos inimputables supone, a nuestro juicio, una brecha en la misma existencia de prescriptibilidad para supuestos donde la pena no puede cumplir su función hasta el extremo que no se impone una pena sino, justamente, una medida de seguridad. Lo congruente sería determinar la

imprescriptibilidad de las medidas de seguridad. Únicamente la sanación del sujeto justificarían la inaplicación de las medidas de seguridad, pero ello debe ser independiente del tiempo transcurrido, pues si el sujeto ha dejado de ser inimputable carece de sentido aplicar las medidas hayan transcurrido o no los plazos de prescripción.

E) Equiparación de los efectos de la pena con su no imposición, lo que supone la innecesariedad de todas las penas.

Mantener la resocialización automática del reo -y por tanto la innecesariedad de la imposición de una pena- por la no imposición de una pena durante los plazos prescriptivos supone otorgar los mismos efectos a la pena que a su ausencia. Es tanto cómo afirmar que para un delito de asesinato -atendiendo únicamente a los efectos resocializadores- resulta tan resociabilizador imponer una pena de 20 años o dejar el procedimiento paralizado 20 años, pues en ambos casos se resocializará el culpable.

Aún cuando el tema será tratado en el correspondiente capítulo es de resaltar que en determinados supuestos el plazo de prescripción coincide con la pena máxima imponible, lo cual no supone ya asemejar, sino identificar la imposición de pena con la no-pena.

5.7. Función del derecho penal

En nuestra doctrina RAGUES I VALLES²⁶⁸ con base en ROXIN y JAKOBS que atribuyen como misión del derecho penal el mantenimiento de un orden social, tras desechar el resto de teorías fundamenta la prescripción en la función del derecho penal, que pese a su gran semejanza pretende deslindar de la

²⁶⁸ RAGUES I VALLES, R.: *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pág.43.

teoría de la innecesariedad de la pena, si bien recurre a los argumentos de la misma. Recuerda que con el paso del tiempo se modifica la percepción social de los acontecimientos y que la imposición de la pena a hechos muy lejanos "vulneraría el principio de que sólo es legítima la pena necesaria para el mantenimiento del orden vigente".

La principal diferencia entre la teoría de la función del derecho penal y de la innecesariedad de la pena, radica según RAGUES I VALLES en que la primera teoría afirma la falta de lesividad de tales hechos, pues los acontecimientos que ya forman parte del pasado al convertirse en "historia" no ponen en peligro el modelo social vigente.

Estamos de acuerdo con que el transcurso del tiempo modifica la percepción social, -y también la individual- respecto a hechos delictivos, y en apoyo a esta teoría podría añadirse que la misma justificaría las previsiones legales para el inicio del cómputo prescriptivo de los delitos permanentes o continuados, en cuanto hasta que no cesa la actividad delictiva sigue lesionando el bien jurídico protegido o "el orden social".

Sin embargo, a mi juicio existen graves objeciones a esta teoría y es que la prescripción no se basa en el simple transcurso del tiempo desde la comisión del hecho, sino en lapsos temporales de inactividad judicial, en la paralización del proceso, en la inejecución, que admiten interrupciones que vuelven a iniciar el cómputo prescriptivo, de forma tal que la aparición de pruebas distanciadas o la realización intermitente de actos judiciales impiden la prescripción pese a tratarse de hechos que pudieran ser calificados de "históricos". Y ello, resulta especialmente relevante cuando el pilar esencial de la teoría de la función de la pena es el mantenimiento del orden social. Dicha teoría no permite explicar porqué se admite la interrupción de la prescripción, y porque dos

hechos idénticos cometidos el mismo día uno puede ser considerado "histórico" y el otro no por la paulatina y lenta recopilación de pruebas o actos interruptivos de la prescripción.

Para RAGUES I VALLES la prescripción se produciría cuando el delito que ha quedado sin reacción no ha tenido fuerza bastante para producir una variación de la configuración social, pues una vez constatada la pervivencia del modelo social, deja de ser necesario castigar dicho hecho.

No podemos compartir dichas afirmaciones pues el instituto de la prescripción no exige valorar la pervivencia de modelo social alguno, sino el simple transcurso del tiempo, siendo de referir que sin necesidad de acudir a ejemplos de terrorismo que pueden condicionar la vida social y política, se constata que pueden cometerse desde fuera o dentro de las instituciones públicas delitos que puedan llegar a quebrar la confianza en múltiples aspectos del sistema financiero, político o económico, sanitario, llegando incluso a producir graves modificaciones (legales o no) de la vida en dichos ámbitos y, sin embargo, ello no impide que estén sometidos a un plazo de prescripción.

No es la no pervivencia de la alteración del orden social el fundamento de la prescripción, que llevaría a la imprescriptibilidad de los delitos de rebelión, sedición, traición, etc.

A mayor abundancia, es de indicar que los plazos de prescripción son fijados por la norma previamente a la comisión del hecho, no en el momento de enjuiciar los hechos, por lo que resulta un tanto forzado predecir con carácter general la supuesta falta de lesividad de los hechos delictivos que aun no se han producido y para los que se prevé la imposición de penas. Ello sería propio de una prescripción sin plazos prefijados legalmente, al libre

arbitrio judicial.

Tampoco resulta satisfactoria la brevedad de los plazos prescriptivos para que puedan ser considerados históricos por la sociedad (y por el individuo). Una estafa millonaria con centenares de afectados que han quedado desposeídos de sus bienes difícilmente puede considerarse como un hecho "histórico" a los cinco años de haberse cometido. En dicho sentido, RAGUES I VALLES viene a justificar la brevedad de algunos lapsos prescriptivos en base a criterios de economía procesal²⁶⁹. Proclamando la teoría de la función de la pena como fundamento único de la prescripción. El referido autor mantiene que el legislador no puede rebasar legítimamente el momento en que el hecho pasa a ser percibido como pasado, "pero por debajo de dicho límite el propio legislador goza de un margen de libertad para eximir del castigo cuando haya transcurrido cierto tiempo de su comisión", con lo que está admitiendo la existencia legítima de otros fundamentos que nada tienen que ver con la función del derecho penal, aun cuando no resulten contradictorios.

El mantenimiento del orden social presente como fundamento de la prescripción no ofrece respuesta satisfactoria a la interrupción de dicho instituto, ni tampoco permite vincular los plazos temporales de prescripción con dicha finalidad.

Si de lo que se trata es de valorar la vinculación del hecho pasado con el mantenimiento del orden social presente, debería valorarse si el ataque al bien jurídico protegido ha sido satisfactoriamente resarcido o minimizado o ha sido de tal entidad que dicho ataque aún se constata. La pérdida de la vida humana, o una mutilación, siendo delitos de resultado producen unos efectos permanentes de tal entidad que debieran ser imprescriptibles, de aceptarse dicha tesis.

²⁶⁹ RAGUES I VALLES, R.: Ob. cit., pág. 51 y 52.

5.8 Limitación del poder punitivo

La prescripción supone una limitación a la punición de los delitos o a la ejecución de las penas. Esta innegable limitación puede deberse a motivos basados en el análisis económico del derecho o también a ser una variable más (la variable temporal) por la que se decide la expansión o retraimiento de la penalidad de todo el código penal.

Esa limitación viene determinada por los plazos de prescripción, cuya simple variación por la simple reforma legal de unos pocos artículos produce la expansión o retraimiento punitivo de todo el código.

Por ello, para conocer el efectivo alcance punitivo del sistema penal de un país no sólo resulta necesario saber los hechos típicos sino también el límite temporal que cada uno de ellos tiene señalado para su prescripción lo cual necesariamente incidirá en las estadísticas.

En el siglo XX se ha reiterado que la prescripción en orden penal no guarda relación con la civil. Así ANTÓN ONECA²⁷⁰ indicaba "No puede aplicarse en cambio, la doctrina de derecho civil que justifica la prescripción de la acción por abandono o negligencia del titular. En lo penal prevalece el interés social, y la función punitiva crea no sólo poder, sino otros deberes correlativos, los cuales no deben extinguirse mediante incumplimiento (Binding). Como veremos aquella doctrina, hoy ausente en el Código penal, fue inspirador del Código de 1870".

La prescripción supone un límite temporal al poder penal del estado, tal como desarrolla BINDER²⁷¹ quien tras recordar que la potestad punitiva es un poder de alta intensidad, y que dicho poder en un estado de derecho siempre es limitado, señala que dicho poder tiene límites materiales (exigencia de

²⁷⁰ ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, Akal, Madrid, 1986, pág. 613.

²⁷¹ BINDER, A.M.: "*Prescripción de la acción penal: El indescifrable enigma de la secuela del Juicio*". *Doctrina Penal*, N° 49-52, 1990, pág.279.

transgresión de la ley), límites instrumentales (legalidad de la pena), límites formales (principio de legalidad procesal) y límites institucionales (sólo puede aplicarse por el Poder Judicial) ya ello BINDER añade unos límites temporales "sólo es admisible ejercer el poder penal dentro de un plazo cuyo término debe de ser preciso"). Añadiendo que dicho límite temporal se halla en el mismo plano político-institucional que las restantes limitaciones al ejercicio del poder penal.

La gran aportación de BINDER al entendimiento de la prescripción es situarla en un plano superior a la mera legalidad ordinaria penal y construyendo dicha tesis propugna una interpretación dinámica evolutiva del orden constitucional que con "el enorme desarrollo de sus posibilidades de poder para la dignidad de las personas, permite incluir a los límites temporales como los propios de las garantías constitucionales previstas para limitar el poder penal del Estado²⁷²". Abordaremos en el capítulo III con mayor detenimiento las consecuencias de esta interesante aportación.

Para FLETCHER²⁷³ si las normas del derecho penal no expresan principios morales generales sino las condiciones bajo las que un Estado puede privar a un individuo de su libertad "es preferible la concepción que impone determinados límites temporales a la persecución".

5.9 Dignidad humana

La idea de la dignidad humana vinculada a la prescripción penal aparece con claridad en BINDER²⁷⁴ quien expresamente alude a ella al desarrollar los límites temporales del poder punitivo del estado, afirmando que "el

²⁷² BINDER, A.M.: ob. cit. pág.279.

²⁷³ FLETCHER, G.P.: *Conceptos básicos de derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág.26.

²⁷⁴ BINDER, A.M.: ob cit,. pág.278.

conjunto armónico de estos límites configura un escudo protector de la dignidad humana, frente al uso arbitrario o abusivo del poder”.

La eliminación del uso abusivo de la acusación tardía por particulares ya se mencionaba de forma expresa en la exposición de motivos de la Ley española de 3 de febrero de 1940 de prescripción de delitos no comunes y de hechos que dan lugar a responsabilidad política, en la que se refiere a “amenazas de denuncia” y “abusos y vejaciones por parte de quien posee el secreto capaz de perturbar la tranquilidad individual y familiar de la víctima”.

En la doctrina española más actual, PEDREIRA GONZALEZ²⁷⁵ dentro de la compleja fundamentación que elabora indica que en la actualidad la prescripción se fundamenta porque en un Estado democrático de derecho, que reconoce dentro de su núcleo de valores esenciales la libertad, la dignidad individual y la seguridad jurídica, no es tolerable que la amenaza del Estado sobre el individuo se prolongue en el tiempo de forma indefinida conectándola con la dignidad humana.

Sin embargo, dicha fundamentación parece confrontarse con la existencia de prescripción del delito y de la pena en momentos políticos muy dispares e incluso la constatación de que el CP de 1995 existen delitos imprescriptibles, que han ido ampliándose y algunos plazos prescriptivos se han aumentado respecto al CP de 1944 (las faltas prescriben a los 6 meses, frente a los dos meses, y las penas de prisión de más de 5 años han pasado a prescribir a los 15 años, cuando antes las penas de prisión de hasta 6 años prescribían a los 10).

A nuestro parecer, el simple transcurso del tiempo no convierte en “indigna” una consecuencia jurídica del delito,

²⁷⁵ PEDREIRA GONZÁLEZ. F.M.: La prescripción del delito... ob. cit., pág. 151.

ni la mera expectativa de pena sobre un individuo podemos reputarla más indigna que la propia pena.

Cuestión distinta es que se mantenga la imputación un delito de forma indefinida sin causa ni prueba para ello. Desde dicho prisma sí que nos resulta satisfactoria esta fundamentación en cuanto no resulta digno un estado de imputación indefinido y sin avance alguno, pero ello sólo en la medida en que no sólo se constate la paralización sino también la imposibilidad de avance, lo que no ocurrirá en todos aquellos casos en que la prescripción del delito es alegada o constatada tras diversas actuaciones judiciales posteriores a que la misma se hubiera producido o incluso tras el juicio.

6. NUESTRA POSTURA: EL TIEMPO COMO SÍNTOMA Y MÉTODO OBJETIVO DE SOLUCION DE CRISIS

El transcurso del lapso ininterrumpido de tiempo se alza como un síntoma, pretexto (*praescriptio*) y método objetivo de solución de crisis del sistema penal al extinguir la responsabilidad criminal y concluir del proceso penal o impedir su inicio tardío.

La prescripción al extinguir la responsabilidad penal impide la imposición o ejecución de pena. Puesto que todo el derecho penal se encuentra, en principio, dirigido a la imposición y ejecución de la pena, resulta muy coherente y racional intentar justificar la prescripción es la innecesariedad de la pena, y por consiguiente innecesariedad de iniciar o seguir un proceso. Dicha fundamentación nace de la consecuencia radical que conlleva la prescripción, y de la obligación de encontrar un fundamento de suficiente entidad acorde con dicha consecuencia.

Sin embargo, del estudio histórico de la fundamentación

de la prescripción nos encontramos con una amplia pluralidad de justificaciones. Algunas de aquellas podrían hoy entenderse, en un sentido amplio y con matizaciones, englobadas dentro de las actuales concepciones de la finalidad de las penas.

Fundamentar la prescripción en base a su consecuencia: la impunidad, ajustando dicha impunidad a la actual concepción de la penalidad puede ser un ejercicio que otorgue congruencia a la institución, pero que a su vez plantea una serie de interrogantes pues la prescripción habría carecido de fundamentación en aquellas épocas con concepciones distintas a las actuales respecto a la penalidad y en las que sin embargo sí que existía esta institución.

Proponemos que, a nuestro parecer, la prescripción es una institución creada para solventar un conjunto de problemas dispares y complejos que se plantea en el ámbito de la punibilidad, y del proceso, cuya resolución particular puede resultar susceptible de gran subjetividad y a las que la exigencia de un determinado lapso temporal de inactividad judicial ha permitido unificarlas bajo un requisito objetivo y medible.

Es más, la prescripción debe ser observada dentro de las demás causas de extinción de la responsabilidad criminal dónde el legislador la ha ubicado. Es una salida del sistema penal.

El indulto, la amnistía, el perdón y la prescripción cumplen una función correctora del sistema de justicia penal, donde se acredita que la impunidad puede ser en determinadas circunstancias una respuesta justa al delito o menos injusta en concretas situaciones que la punición o más beneficiosa para la sociedad que la punición.

Dentro de las excepciones al "ningún crimen sin pena" el indulto es el de apreciación más subjetiva y particular,

y la prescripción, de aplicación judicial es una institución que sirve desde la ley para escapar de la punibilidad que no exige una ponderación valorativa sino una constatación fáctica de gran simplicidad de corte objetivo como lo es la verificación del lapso legalmente predeterminado por la ley.

De la misma forma que exigen determinados delitos que han sido denominados "tipos de recogida", como las coacciones, en cuanto suponen la punición de conductas que no se encuentran más específicamente descritas, la prescripción bajo la simple condición del lapso temporal viene a "recoger" como causa de extinción de la responsabilidad penal una multitud de cuestiones (procesales y materiales) que presentan y afloran con una característica común: **el paso de lapsos predeterminados de tiempo sin actividad judicial. Dicha característica en realidad es un método de agrupar amplísimas situaciones que responden a motivos muy dispares,** y ello explica la dificultad de encontrar una fundamentación adecuada y por otra el hecho de que las diversas teorías fundadoras de la prescripción puedan aportar justificaciones particulares o visiones parciales que sin embargo nunca acaban de resultar totalmente satisfactorias.

La paralización o inactividad ininterrumpida durante el lapso temporal es **el síntoma relevante o concluyente** de que se ha producido una crisis en el proceso o que dicho proceso iniciado o pendiente de iniciar está desembocado a concluir con una resolución absolutoria por las dificultades probatorias de un enjuiciamiento tardío, por la escasa fiabilidad de la celebración de un proceso en tales condiciones, etc.

La prescripción ofrece una respuesta en derecho, objetiva y con automatismo resolutivo, sin vaguedades, y sin necesidad de entrar en elementos valorativos ni probatorios, ni de otro tipo de justificación y sin necesidad de

continuar el proceso. Dicho método resulta eficiente y expeditivo en cuanto la prescripción del delito cercena el proceso sin necesidad, en principio, de llegar al Juicio Oral.

Ello permite explicar el motivo por el que las diversas fundamentaciones o razones que históricamente se han aducido a favor de la prescripción ofrecen una respuesta que resulta parcial y limitada.

La prescripción así entendida, como **simple método de recogida de situaciones dispares que tienen en común una prolongada inactividad, permite una comprensión evolutiva del derecho, en la que bajo el síntoma único de la paralización temporal se podía dar una respuesta que posteriormente ha sido ofrecida con mayor rigor por otras instituciones legales, o principios materiales y procesales** que han ido perfilándose.

Se trata de una institución milenaria que en su sencillo estado embrionario ha coexistido al tiempo que otras instituciones que han derivado de la misma.

Así, la prescripción ha podido servir en el pasado para limitar la prisión preventiva, cuando esta no tenía límites temporales; ha actuado supliendo el principio de presunción de inocencia (cuando ha transcurrido un plazo sin pruebas suficientes) o el principio in dubio pro reo y ha sido una garantía del derecho de defensa efectiva para el sujeto tardíamente acusado.

Dicho método en su sencillez (tirar lo viejo, dar "carpetazo" a lo que nadie ha podido resolver en años, al proceso en estado comatoso) con la evolución de los sistemas jurídicos ha podido encontrar mecanismos sustitutivos de la prescripción más certeros para solventar la problemática que subyace en la misma, como pueden serlo:

La suspensión de la ejecución de la pena, entra en nuestro ordenamiento penal en el año 1908, y es de referir

que entronca claramente con la concepción de que el paso del tiempo sin delinquir produce los mismos efectos de la pena en supuestos de delitos de penas cortas de libertad. No puede obviarse que la suspensión de la pena hasta el CP de 1995 exigía que la nueva comisión de un delito interrumpía la prescripción de la pena.

En conclusión, la prescripción tiene un fundamento múltiple por que múltiples son las incidencias que el transcurso del tiempo permite aunar y dicho instrumento subsidiario y rudimentario "de recogida" va perdiendo razón de ser a medida que otras figuras, garantías o principios vayan a solventar con más precisión dichos problemas.

CAPÍTULO 3

NATURALEZA JURÍDICA Y CLASIFICACION

DE LAS NORMAS QUE LA REGULAN

1. INTRODUCCION

La naturaleza jurídica de la prescripción ha sido y sigue siendo una cuestión muy discutida. Con carácter previo estimamos que resulta interesante señalar que el análisis de la naturaleza jurídica es una cuestión cuya relevancia ha ido relativizándose. Atribuye LE PERA²⁷⁶ a DE LUCA la primera utilización de dicho término en 1672, y sin negar la importancia de la cuestión indica que dicho "estilo de ciencia" culmina con la escuela histórica y la padectística alemana para luego citar a autores como BULYGIN quien niega relevancia alguna a dicha cuestión.

En el ámbito civil no son pocos los autores como LOIS ESTEVEZ²⁷⁷ que ponen de manifiesto que la naturaleza jurídica es el "problema que más enfrenta a los juristas" o LE PERA²⁷⁸ quien realza que las soluciones no son pacíficas "y son bien conocidas polémicas perpetuadas a lo largo de varias generaciones de juristas que (aunque quizás agotadas) nunca concluyeron formalmente".

Nos parece adecuado en nuestra investigación adoptar el concepto de naturaleza jurídica propuesto por ALEXY²⁷⁹ para quien "indagar acerca de la naturaleza de algo es indagar acerca de sus propiedades necesarias. Entonces, la pregunta ¿cuál es la naturaleza jurídica del derecho? puede sustituirse por la pregunta ¿cuáles son las propiedades

²⁷⁶ LE PERA, S.: *La naturaleza jurídica*, Ediciones Pannedeille, Buenos Aires, 1971. Pág.37.

²⁷⁷ LOIS ESTEVEZ, J.: "Sobre el concepto de naturaleza jurídica". Anuario de Filosofía del Derecho, BOE, Madrid, 1956 pág.159.

²⁷⁸ LE PERA, S.: Ob. cit. pág.11.

²⁷⁹ ALEXY, R.: *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pág.86.

necesarias del derecho?”

En el derecho penal, históricamente, y también en la actualidad la naturaleza jurídica de la prescripción de la infracción penal ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina científica que se encontraba dividida en tres grandes opciones: la procesal, la sustantiva y la mixta.

Esta disyuntiva históricamente ha venido planteada, tal como indicaba GÓMEZ ORBANEJA²⁸⁰ si el proceso se excluye debido a que el transcurso del tiempo ha extinguido los efectos punitivos del delito, o si es la exclusión del proceso lo que produce dicha consecuencia.

Estimamos que no puede negarse la influencia que a su adscripción ha tenido en cada país y época la concreta regulación normativa, en varios aspectos que en nuestra parte sintetizamos en los siguientes:

A) Su denominación: El hecho de aparecer nominada en distintas épocas o lugares en los códigos como la “prescripción de la acción penal”, ha sido un elemento que ha llevado a calificarla como propia del derecho procesal. En similar sentido GOMEZ ORBANEJA²⁸¹ refiere la diversidad de términos de las que se vale el legislador como una de las causas de confusión entre las condiciones de punibilidad y de procedibilidad.

B) El cuerpo legal en que se encontraba establecida. Es de recordar que en nuestros primeros códigos penales no aparece regulada la prescripción del delito y sí la de la pena, por estimar que esta última pertenecía al derecho material, mientras que la primera debía ser regulada en el código procesal.

²⁸⁰ GOMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo I, Barcelona 1947 pág. 39 y ss,

²⁸¹ GOMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho y proceso*, Aranzadi, Navarra, 2009. pág.390.

- C) Su concreta regulación y los requisitos legales para su concreta aplicación. Así, los distintos momentos de inicio del cómputo de la prescripción (comisión del delito o descubrimiento) las causas de interrupción de la prescripción (cualquier tipo de actuación procesal, o exclusivamente las de carácter inculpativo) etc.
- D) Su fundamentación, siendo de referir que los autores que fundaban la prescripción en las dificultades probatorias en el proceso de forma consecuente tienden a asignarle una naturaleza procesal, mientras que aquellos que la fundan en fundamentos tales como la restauración de la paz social por el transcurso del tiempo, o la innecesariedad de la pena o regeneración del delincuente le otorgan una naturaleza material.
- E) Por sus consecuencias, tal como se ha puesto de manifiesto por GILI PASCUAL²⁸² y RAGUES I VALLES²⁸³ las consecuencias que se atribuían en materia de aplicación retroactiva de la prescripción a la naturaleza material, en contra de su inaplicación en el caso de considerarlas desde una perspectiva procesal ha podido condicionar su adscripción para evitar la prescripción de delitos en Alemania tras la segunda guerra mundial.

Para GILI²⁸⁴ el debate ha estado condicionado especialmente en tres aspectos: por la influencia del derecho civil y la tendencia a asimilar los artículos de previo pronunciamiento con la teoría de las excepciones del proceso civil; en la construcción de la teoría del delito en que la prescripción que opera con posterioridad a la

²⁸² GILI PASCUAL, A.: ob.cit., págs. 21 y ss.

²⁸³ RAGUES I VALLES, R.: ob. cit., págs 77 y ss.

²⁸⁴ GILI PASCUAL, A.: Ob. cit, págs.20 y 21.

confirmación de todas las categorías secuenciales que fundamentan la responsabilidad no puede tener un adecuado encaje lo que conduce a expulsarla fuera de la estructura del delito y por último a la confusión doctrinal entre la naturaleza y el fundamento de la prescripción.

1.1 Relevancia de la naturaleza

Durante décadas a la adscripción de esta institución al derecho procesal o material se le otorgaban importantes consecuencias que hoy se cuestionan o se niegan.

- A) El carácter de impedimento procesal asimilada a la excepción de orden civil, vendría a suponer la necesidad de ser alegada a instancia de parte, sin que pudiera ser aplicable de oficio.
- B) El carácter procesal obligaría además a alegarla en el momento adecuado para ello, sin que pudiera ser alegado ex novo en los recursos, o de forma extemporánea a su regulación positiva. Al respecto GOMEZ ORBANEJA²⁸⁵ refiere como hasta la Sentencia del TS de 4 de octubre de 1935, venía "negando reiteradamente que pueda plantearse en casación la excepción de prescripción como excepción de punibilidad -así como de las demás enumeradas en el art.666- cuando no se hubiese hecho uso de la "dilatoria"".
- C) Configurándose como una institución procesal en la que rige el principio "tempus regit actum" los cambios legislativos que ampliaran los plazos de prescriptivos se aplicarían de forma retroactiva.

²⁸⁵ GOMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho y...*, ob. cit. pág.398.

En la doctrina española actual se cuestionan o niegan las aludidas consecuencias, así analizando con carácter general la incidencia de las normas procesales con los límites del ius puniendo, sin referencia expresa a la prescripción CARBONELL MATEU²⁸⁶ critica las doctrinas procesalistas que bajo el argumento de la neutralidad de dichas normas proclaman una vigencia absoluta del principio "tempus regit actum", y así reconociendo el carácter neutral de muchas normas procesales, sin embargo matiza que "son muchas las que sí afectan a derechos individuales, incluso a privaciones de libertad que puedan ser acordadas durante el proceso, o a restricción de garantías. Entiendo que en este caso (...) estas normas no puedan ser aplicadas retroactivamente".

Resulta concluyente al analizar el carácter relativo con que el Tribunal Constitucional interpreta el referido principio procesal CARBONELL MATEU²⁸⁷ quien afirma que "la irretroactividad de las normas procesales no debe de afectar a aquellos supuestos en que se cometió un delito bajo la vigencia de una ley procesal más beneficiosa.

Por nuestra parte ya nos pronunciamos en un anterior trabajo²⁸⁸ sobre la aplicación retroactiva de la prescripción en lo que favorezca al acusado y contra la aplicación retroactiva del aumento de plazos de prescripción.

Estimamos que el art. 9.3 de la Constitución supone una prohibición a la aplicación retroactiva de la prescripción en perjuicio del reo lo cual afectaría a la seguridad jurídica y el marco normativo tal como estaba establecido a la fecha de

²⁸⁶ CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2 ed. Pág. 149

²⁸⁷ CARBONELL MATEU, J.C. . Ob cit. pág, 147 y 148.

²⁸⁸ PASTOR ALCOY, F: *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996. Págs. 83 a 93.

comisión de los hechos, y ello resulta de especial relevancia si se adopta la seguridad jurídica como fundamentación de la prescripción, o como veremos, la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos. Por nuestra parte estimamos que si la prescripción es una autolimitación del poder punitivo del estado, dicha limitación no puede ser modificada en perjuicio del acusado o penado respecto a hechos pasados con incidencia directa en su derecho a la libertad, o privación de otros derechos pues supondría una arbitrariedad.

En cuanto a la aplicación retroactiva de la prescripción si esta resulta favorable al reo, (como es el caso de la disminución de 5 a 3 años del plazo de prescripción de muchos delitos tras la entrada en vigor del CP de 1995) tradicionalmente la doctrina ha venido señalando que ella dependerá de que se acepte o no su naturaleza material, pues si la prescripción tiene naturaleza material, como hoy es mayoritariamente aceptado por la jurisprudencia, sí que tendrá efecto retroactivo cuando la nueva regulación beneficie al reo, pero no tendría efecto retroactivo si su naturaleza jurídica fuera procesal.

La anterior opinión es refutada por COBO Y VIVES²⁸⁹ que demuestran que la norma posterior que establece un plazo de prescripción más breve se debe de aplicar aún cuando la prescripción fuera considerada con carácter procesal, pues las normas procesales se rigen por la regla del "tempus regit actum", y por tanto debería aplicarse los plazos más breves de prescripción, sin que se entrase en consideración la retroactividad de la ley más favorable. Siguiendo a COBO Y VIVES, el problema vendría entonces cuando la ley posterior en materia de prescripción fuera más gravosa, señalando los indicados autores que la solución no vendría por la naturaleza material o procesal de la prescripción sino por el

²⁸⁹ COBO DEL ROSAL M/VIVES ANTON, T.S: ob. cit., pág 159 y ss.

carácter absoluto o relativo que se otorgue a la regla "tempus regit actum", que sólo puede ser tomada de forma relativa por imposición del art.9.3 de la Constitución y por tanto en aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o implique cualquier clase de restricción de libertad, "no regirá la regla tempus regit actum, sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción. En cualquier caso, como hoy la jurisprudencia de forma unánime proclama la naturaleza material de la prescripción, es indudable que si es beneficiosa tendrá efecto retroactivo, y aún cuando tuviera naturaleza procesal también debería aplicarse según lo expuesto por COBO y VIVES²⁹⁰.

De una u otra forma, ya sea por su naturaleza material o por la interpretación relativa de la norma tempus regit actum, impuesta por el art.9.3, nuestra postura es que siempre deberá aplicarse la legislación que permita la prescripción al caso concreto.

Así igualmente se pronuncia FRIGOLS BRINES²⁹¹ quien señala que "la naturaleza jurídica de la prescripción es indiferente, al menos en lo que a su protección por la prohibición de retroactividad se refiere, puesto que aún cuando no fuera un elemento de la punibilidad, la perseguibilidad determina también unos límites del ius puniendi que también deben de ser respetados, ya que mediante la modificación de ésta puede también incrementarse, en la práctica, la potestad punitiva del estado".

Si bien la jurisprudencia y legislación alemana adoptó otro criterio ampliando los plazos de prescripción para la persecución de los crímenes nazis estimando que se trataba de una norma procesal, ello también fue muy criticado en la

²⁹⁰ COBO DEL ROSAL M/VIVES ANTON, T.S: ob. cit., pág 159 y ss

²⁹¹ FRIGOLS BRINES, E: *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho español*, J.M. Bosch, Barcelona, 2004, pág.362.

doctrina pues como indica HASSEMER²⁹² "quien entienda la prohibición de retroactividad desde el punto de vista de la protección a la confianza y como prohibición de criminalización fáctica, considerará la prolongación retroactiva de los preceptos de la prescripción como una infracción de los principios jurídicoestatales, como una superación del derecho penal por la política criminal".

Nos adscribimos a lo manifestado en la doctrina española por MUÑOZ CONDE²⁹³ sobre la imposibilidad de juzgar "respecto a los crímenes cometidos por los nazis o por cualquier otro grupo criminal en cualquier parte del mundo en épocas en las que los plazos de prescripción vigentes ya han transcurrido en el momento actual, por más que algunos de ellos han sido declarados imprescriptibles después" considerando un argumento "puramente formalista" el argumento de que la prescripción es de naturaleza procesal y que desatienden el fundamento de la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables.

Entre los autores que han investigado la prescripción, GILI PASCUAL²⁹⁴ afirma que no cabe extraer consecuencias decisivas de su naturaleza jurídica y RAGUES I VALLES²⁹⁵ pone de manifiesto que desde una perspectiva de la función del derecho la "etiqueta que se asigne a cada concreta figura legal no puede predeterminar en ningún caso su alcance y efectos jurídicos, sino que éstos deben definirse siempre tras analizar la función que responde a dicha figura dentro de la globalidad del sistema punitivo".

²⁹² HASSEMER, W.: *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 323 y 324.

²⁹³ Muñoz Conde, F.: "El Derecho penal en tiempos de cólera", en Muñoz Conde, Francisco, Lorenzo Salgado, José Manuel, Ferré Olivé, Juan Carlos, Cortés Bechiarelli, Emilio, Nuñez Paz, Miguel Ángel (Directores) y Núñez Paz, Miguel Ángel (Editor y Coordinador), *Un derecho penal comprometido*, Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 851 y ss.

²⁹⁴ GILI PASCUAL, A.: ob. cit., Aranzadi, Navarra, 2001. Pág.20.

²⁹⁵ RAGUES Y VALLES, R.: Ob. cit. pág. 77.

1.2. Relación entre fundamento y naturaleza

1.2.1. Teorías que vinculan fundamento y naturaleza

La mayoría de la doctrina, diferenciando con claridad, la distinción entre el fundamento jurídico de la institución de la prescripción y su naturaleza (sustantiva, procesal o mixta) razonan que es esencial profundizar primero en el fundamento de la prescripción de lo que cabrá deducir luego su naturaleza, de forma tal que si el fundamento de la institución es material (por ejemplo por no merecer pena) nos encontraremos con su atribución al derecho sustantivo, mientras que sí se fundamenta en ofrecer garantías (seguridad de la prueba) nos encontraremos ante una naturaleza procesal.

Concluye GONZALEZ TAPIA²⁹⁶ que "la prescripción penal en la actualidad debe de considerarse una institución material, porque sustantivos son sus fundamentos y los fines que este instituto está llamado a cumplir.

Reitera la estrecha vinculación entre naturaleza jurídica y fundamento de la prescripción, COBO DEL ROSAL²⁹⁷ quien la que conceptúa como causa de exclusión de la pena.

En el derecho penal alemán, GOLDSCHMIDT²⁹⁸ al analizar el art.66 que establecía que la persecución penal y la ejecución penal desaparecen por la prescripción, se muestra contrario a quienes ven un supuesto conflicto de dicho precepto con la naturaleza material de la prescripción, señalando que derecho a la persecución penal y derecho a la ejecución penal son las dos formas típicas de aparición del derecho a la pena como constitutivo y derecho de soberanía

²⁹⁶ GONZÁLEZ TAPIA, M.I: ob.cit. pág.29.

²⁹⁷ COBO DEL ROSAL, M: *Caso Marey*, Dykinson, Madrid, 2003, pág.247.

²⁹⁸ GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho, Derecho Penal y Proceso*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2010. Págs. 656 y 657.

añadiendo que "si los mismos en concreto son de carácter material o se deben a causas de interrupción procesales, depende de su naturaleza más íntima. Así como el indulto y la abolición aparecen como institutos procesales, aunque afecten al derecho justicial (sic) material del derecho a la pena, la prescripción es un hecho material" y por ello critica a quienes partiendo del derecho positivo extraen que "la causa de eliminación de la pena material de la prescripción haya alcanzado la expresión de un impedimento procesal".

1.2.2 Nuestra postura: Desvinculación como opción legislativa

Mantenemos que la vinculación entre fundamento jurídico y naturaleza no es imprescindible o necesaria pudiendo constarse una desvinculación entre ambas.

Si bien resulta habitual sostener una opción legislativa congruente, también el legislador dentro de su amplísima y soberana potestad puede valerse del derecho penal sustantivo para ofrecer garantías al proceso, e igualmente puede utilizar el derecho procesal no sólo para establecer las cuestiones adjetivas o circunstanciales relativas al modo, cuándo y dónde del proceso, sino también para modular el mismo contenido del derecho material, pues en el fondo se trata de la posibilidad de usar distintas técnicas legislativas, unas que delimitan el objeto del derecho material y otras que limitan, condicionan o restringen la persecución de la infracción.

Así, el legislador dispone de una pluralidad de posibilidades de otorgar garantías a la prueba testifical mediante normas procesales regulando la edad mínima de los testigos, la exigencia de juramentos o promesas, la obligación de declarar separadamente, la prohibición de

comunicar con otros testigos, pero también puede otorgar garantías tipificando como delito el falso testimonio con lo que el testigo tendrá la conminación amenaza de la comisión de dicho delito. Es decir, la administración de Justicia, el propio proceso, o determinados actos procesales ("dictar una resolución injusta") como elementos que configuran bienes jurídicos pueden resultar protegidos por la norma penal que los transforma a su vez en elementos típicos de un delito y por tanto la actividad, u omisión procesal pasa a configurarse como hechos típicos del delito, en un bucle en el que un acto procesal pasa a tener además una relevancia típica penal.

De igual forma, el legislador puede establecer requisitos procesales que puedan condicionar la persecución del delito (autorización para procesar, necesidad de denuncia del ofendido para iniciar el proceso, necesidad de querrela, exigencia de fianza, obligación de poder especial, etc.) que pueden ser usados como filtros para eliminar procesos querulantes, o dificultar los mismos.

Estimamos por tanto que el fundamento de la prescripción puede determinar su naturaleza jurídica, o su adscripción al derecho procesal o material, pero que también resulta posible que el legislador en su soberanía utilice para establecer la prescripción normas procesales o penales, aún cuando ello pueda dificultar la comprensión de la norma. La utilización de instrumentos procesales o sustantivos será una opción legislativa, más o menos congruente con el fundamento, pero el fundamento no resulta determinante para el legislador, ni del fundamento cabe en esta institución extraer su naturaleza jurídica.

Por tanto, debemos de disentir de autores como GILI PASCUAL²⁹⁹ que indica que los dos ámbitos sustantivo y procesal "conforman una unidad y sus instituciones pueden

²⁹⁹ GILI PASCUAL, A.:ob. cit., pág.62.

ser funcionalmente equivalentes, empleando uno u otro" quien señala que el problema de la prescripción se desvanece, y citando a BUSTOS, "daría lo mismo decir que es derecho penal o procesal-penal".

Por nuestra parte, reconociendo tal como ya hicimos que la adscripción de la prescripción al derecho sustantivo o procesal no tiene las consecuencias radicales que se le asignaban en materia de retroactividad³⁰⁰, y que la prescripción puede ser legislada con una perspectiva sustantiva o procesal ello sí que puede tener consecuencias jurídicas, como por ejemplo en el momento de concretar o valorar qué concretas actuaciones interrumpen la prescripción, y a quién deben de ir referidas cuando existe una pluralidad de autores o partícipes, y en materia de conexidad de las infracciones, e incluso en materia de recursos aplicables respecto a la infracción de ley sustantiva o quebrantamiento de normas procesales, etc.

El lugar de colocación o situación de las normas puede parecer irracional porque tal como afirma PRIETO-CASTRO³⁰¹ el legislador no tiene deberes de sistema, sino que, al contrario, le es lícito valerse de una oportunidad legislativa para establecer en un cuerpo legal cualesquiera normas nuevas, pertenecientes a otra esfera, o para colmar lagunas que ha advertido en leyes de distinta clase. De igual forma, en ocasiones existen instituciones que con independencia de dónde estén reguladas pueden ser articuladas desde normas de naturaleza procesal o material con independencia de su fundamento.

A diferencia del proceso civil en que el cumplimiento de las normas materiales puede lograrse por cauces muy distintos a los del proceso (arreglos extrajudiciales, mediación, cumplimiento voluntario del individuo, etc.), en

³⁰⁰ PASTOR ALCOY, F. "La prescripción en el código penal...", pág. 86.

³⁰¹ PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo I, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1985, pág.102.

el derecho penal resulta imposible imponer una pena sin proceso³⁰², siendo un principio el "nulla poena sine iudicio" (art.1 Lecrim) -es más puede constituir delito de torturas- por lo que tal como indicaba GOMEZ ORBANEJA³⁰³ existe un "nexo peculiar" entre pena y proceso de forma tal que "la exclusión de la pena podrá lograrse, o directamente, mediante una norma que obligue a absolver (...) o indirectamente, mediante una norma que impida proceder".

Es de recordar que con muy buen criterio, los estudiosos de la prescripción acuden a su regulación positiva en su país para intentar descifrar su naturaleza, y es que existen elementos en su regulación que delimitaran inequívocamente su naturaleza procesal o material, que en el caso de que confluyan de diverso signo podrán ser calificados de naturaleza mixta, de la misma forma que pueden existir regulaciones que acentúen unas características más propias del derecho sustantivo o procesal.

La prescripción es una institución a la que calificaremos de "dúctil" en cuanto admite ser forjada en la fragua del legislador como derecho procesal o material, al igual que otros elementos excluyentes de la responsabilidad penal.

Nuestro trabajo justamente consiste en aislar el elemento esencial, embrionario, pre-legislativo de la prescripción, para posteriormente asistir a los diferentes alumbramientos que pueden concebirse del mismo, desarrollando una teoría integral de la prescripción con la clasificación de sus distintas manifestaciones.

Estimamos que cuando una institución con fundamento material es regulada mediante el derecho procesal se produce

³⁰² KAUFMANN, H.: *Pretensión penal y derecho a la acción penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, pág. 206.

³⁰³ GOMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho y proceso*, Aranzadi, Navarra, 2009, pág.391

un fenómeno que no ha sido debidamente analizado en que se crea una institución a la que podemos calificar de híbrida, o incongruente, en cuanto plantea consecuencias que pueden considerarse contraproducentes, pero también cabe que hayan sido expresamente buscadas por el legislador para evitar determinadas consecuencias inherentes a su fundamento material.

Lo cual dependerá de las consecuencias que en cada legislación se asignen al derecho procesal (tipo de recursos, plazos, excepciones, sobreseimiento/sentencia, etc...)

Desde nuestro punto de vista, no existe un mandato de coherencia o vinculación entre fundamento y naturaleza jurídica, de forma tal que lo que habrá que dilucidar, en cada caso, es si la formulación legal empleada resulta inadmisibles por entrañar un especie de ley realizada en fraude de derechos fundamentales que son sorteados merced a una técnica legislativa de heterogeneidad entre naturaleza y fundamento, que pudiera ser calificada de tramposa, o si por el contrario las consecuencias de dicha formulación legal resultan enriquecedoras al propio sistema jurídico aportando consecuencias que resultan positivas en cuanto ofrece un balance final más acertado a los fines o función del derecho penal.

Así, si la concreta formulación legal de la prescripción de la infracción responde a un fundamento de derecho material, pero es regulada y delimitada con leyes procesales para evitar la prohibición de retroactividad desfavorable en contra del reo, nos encontraremos ante una regulación híbrida de consecuencias inaceptables en cuanto dicha regulación aparece formulada en fraude de una norma superior de carácter constitucional que prohíbe la aplicación retroactiva de normas desfavorables para el reo.

Por el contrario, si la regulación híbrida facilitara

el acceso a una mayor cantidad de recursos en la medida en que algunos ordenamientos jurídicos prevén recursos dispares según la infracción de preceptos sustantivos o procesales, dicha regulación híbrida resultaría aceptable.

La formulación de las normas, y especialmente de las normas penales de todo tipo, puede revestir cierta complejidad de forma tal que unas normas específicas se superpongan a otras para corregir, matizar, o eliminar consecuencias que el legislador considera desaconsejables.

Así, en otro ámbito cuando el delito contra la salud pública (art 368 CP), tipifica en el mismo precepto el acto de traficar con drogas, con el acto de poseer drogas con el ánimo de traficar, al homologar en el mismo precepto un delito de actividad, con uno de simple posesión con intencionalidad, está tipificando con la misma penalidad dos actividades, que con otra técnica legislativa distinta podrían ser conceptuadas como un delito consumado (traficar) mientras que la simple posesión con ánimo de tráfico merecería ser tenida como tentativa del anterior. Es decir, el legislador, mediante una determinada técnica legislativa ha modificado en este delito la concepción que generalmente se utiliza para determinar la consumación y la tentativa. Otra técnica legislativa de la redacción del tipo penal puede llevar a equiparar al autor y al cómplice. Se trata de decisiones legislativas, normalmente para delitos concretos, en los que el legislador estima que las normas generales de distinción entre consumación y tentativa, o autoría y complicidad merecen la misma penalidad, y dicha decisión, aun cuando resulte gravosa, no cabe en principio tacharla de fraudulenta, pues la dinámica de determinados delitos, e incluso las dificultades de prueba que comportan, pueden llevar a adoptar este tipo de soluciones.

1.3. Deslindar la naturaleza material y procesal

El deslindamiento entre la naturaleza procesal y material no siempre resulta fácil, como pone de manifiesto RAGUES Y VALLES³⁰⁴ quien relativiza dicha distinción existiendo instituciones como la prescripción que presentan especiales dificultades, máxime al constatar que en la doctrina científica tampoco existe unanimidad sobre el deslindamiento de dichas naturalezas.

La característica esencial del derecho procesal es su carácter instrumental. En sentido objetivo, el derecho procesal es calificado por PRIETO-CASTRO³⁰⁵ como el conjunto de normas que regulan el proceso como medio para la finalidad de la tutela del orden jurídico y la protección de los derechos subjetivos, intereses y situaciones, prescribiendo todo lo que afecta a la constitución, funcionamiento y gobierno interior de los órganos jurisdiccionales, a las condiciones de los sujetos que actúan y a los requisitos y efectos de los actos de unos y otros, constitutivos del procedimiento”.

En la doctrina alemana, KAUFMANN³⁰⁶ profundizó en el intento de delimitar conceptualmente entre derecho material y formal poniendo de manifiesto que “cuando se trasladan los principios generales a cuestiones concretas y se constata que, respecto a muchos presupuestos punitivos, es muy difícil decidir si son de naturaleza jurídico-material o jurídico-formal.

Para solventar la atribución a una u otra disciplina KAUFMANN³⁰⁷ propuso un método análogo al proceso civil, planteando para ello imaginar que fuera posible la imposición de pena sin proceso “todas las proposiciones jurídicas que bajo esta presunción mantuviesen su

³⁰⁴ RAGUES Y VALLES, R.: “La prescripción penal... ob. cit., pág 71 Y 89

³⁰⁵ PRIETO-CASTRO, L.: ob. cit., pág.73.

³⁰⁶ KAUFMANN, H.: ob. cit. pág.51.

³⁰⁷ KAUFFMAN, H.: Ob cit., pág.206.

significado se revelarían, con ello, como proposiciones jurídico-materiales, como presupuestos jurídico-materiales de la consecuencia *pena*." De forma simple, esta autora propone la formulación "de una pregunta test" que es la siguiente: "Tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera imposible sin proceso, de la existencia o no existencia de la prescripción (...) o no habría que tener en cuenta tal circunstancia por haberse convertido en algo sin sentido?"

Concluye afirmando la citada autora que "enseguida se ve que una parte de los presupuestos punitivos, por ejemplo, la prescripción, la amnistía, la querrela habría de ser tomada en cuenta aún cuando la pena tuviese lugar sin proceso, mientras que otra parte de los presupuestos punitivos carecería de todo sentido de no haber proceso, por ejemplo las reglas sobre la competencia de Tribunal, la inexistencia de un proceso sobre el mismo asunto, etc."

Debemos disentir de las conclusiones de KAUFMANN en cuanto admitiendo el uso de dicho método, en cuanto tanto la prescripción del delito como de la pena se encuentran vinculados a la paralización del proceso, o a su inicio tardío, si fuera posible imponer pena sin proceso, al menos a nuestro juicio carecería de todo sentido la prescripción o la querrela. Entendemos que la amnistía pueda contemplarse como algo totalmente desvinculado idealmente del proceso, pero no así la prescripción.

En nuestra doctrina PEDREIRA GONZALEZ³⁰⁸, tras recordar las diversas teorías investigadas por KAUFMANN, acaba concluyendo su adscripción al criterio de BELING afirmando que no existe confusión entre fundamento y naturaleza jurídica sino "sólo reconocimiento implícito (...) de que hay fundamentaciones que deben conducir a la afirmación de su naturaleza".

³⁰⁸ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: ob cit., pág. 121 y ss.

Indica ALEXY³⁰⁹ que "preguntar por la naturaleza de algo es más que preguntar por las propiedades interesantes e importantes. Las preguntas sobre la naturaleza del derecho son preguntas sobre sus propiedades necesarias".

Por nuestra parte, mantenemos que la prescripción se construye necesariamente con los elementos básicos del transcurso de un prefijado lapso temporal ininterrumpido de inactividad procesal y con una consecuencia ineludible como lo es la impunidad o exclusión de la pena.

Esos son, y no otros, los elementos y la consecuencia esencial de la prescripción, y a partir de la misma, y dado su carácter fronterizo o "dúctil" existen unas características o elementos secundarios u opcionales relativos al inicio y término del lapso, momentos en los que se admite que puede producirse, causas que lo interrumpen, y elementos relativos al autor y a la víctima, la posibilidad de suspender o no el lapso temporal, así como los efectos de la prescripción que no ha podido alcanzarse por escaso tiempo, así como los fundamentos en que descansa la prescripción que permitirán construirla por cada legislador con una naturaleza jurídica material, procesal o mixta, pero que en todo caso dependerá de las distintas opciones que el legislador asuma.

Al efecto, es de referir, que el legislador no tiene obligación alguna de construir sistemas perfectos o rígidos sino que por la tradición jurídica unida a nuevas necesidades legislativas o para solución de problemas puntuales puede nutrirse de normas con naturaleza material y procesal con lo que la naturaleza acabará siendo mixta.

Este carácter dúctil con que bautizamos a la prescripción, unido a la posibilidad de ciertas figuras jurídicas fronterizas de ser reguladas de forma

³⁰⁹ ALEXY, R.: *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pág.44.

inconsecuente o híbrida con sus fundamentos, resulta plenamente clarificador a nuestro juicio con el fundamento de esta institución que ofrece una solución cierta a un conjunto de problemas y cuestiones de distinta significación que como método acaban siendo agrupados por el transcurso de los plazos temporales que permite identificarlos.

2 NATURALEZA JURIDICA DE LA PRESCRIPCION

2.1 Naturaleza material

En España, desde la segunda mitad del siglo XX ha predominado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina el carácter material de la prescripción. FERRER SAMA³¹⁰, quien desecha los términos "prescripción del delito" y "prescripción de la acción penal" concluyendo que lo procedente es "hablar de la prescripción de la responsabilidad penal" y que "el fenómeno que se ofrece es el de extinción de responsabilidad penal, y como quiera que tal responsabilidad es el objeto material de la acción, es lógico que esta al carecer ya de objeto, no pueda ejercitarse". FERRER SAMA rechaza la teoría ecléctica en cuanto "lógicamente cualquier impedimento de fondo, apreciándole como artículo de previo pronunciamiento, influye en la esfera procesal".

En sentido muy similar se pronuncia en Argentina, VERA BARROS³¹¹ tras criticar la tesis de los fundamentos procesales de la prescripción y poniendo la atención en el momento de la comisión del delito como inicio del plazo, así como la determinación de los plazos en torno a la gravedad del delito para sustentar su naturaleza material, afirmando

³¹⁰ FERRER SAMA, A.: ob. cit. págs.414 y 415.

³¹¹ VERA BARRROS, O.: *La prescripción penal en el código penal*, Editorial Bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1960, pág.42 y ss.

que solo puede obedecer "a la extinción del derecho a castigar que tiene el estado". También critica la tesis mixta en cuanto "si se reconoce el significado jurídico-material de la prescripción. Es absurdo admitir que sea a la vez un impedimento de la persecución penal" pues "la prescripción cancela la reclamación penal, por lo cual no puede realizarse ya la persecución penal".

DEL TORO³¹² tras realizar una evolución legislativa de la prescripción en los códigos penales españoles advirtiendo los cambios desde el Código Penal de 1932 que en su art.117 suprimió el inicio del cómputo desde el descubrimiento del delito siguiendo y partiendo de la definición legal de delito como "acción u omisión voluntaria penada por la ley" (Art 1 CP) le conduce a "inadmitir una concepción procesal de la prescripción. La penalidad es, precisamente, el elemento fundamental de referencia que el art.113 utiliza para establecer la influencia del transcurso del tiempo en la noción de delito. De nuevo ha de señalarse que el ejercicio de la acción persecutoria es independiente, con arreglo a la ley procesal, de la gravedad de la pena que pueda imprimir al tipo" y por ello debe de valorarse en torno "a la noción de delito y no respecto a la acción procesal".

Reconoce MIR PUIG³¹³ tanto a la prescripción del delito como de la pena "naturaleza material y no de mero obstáculo procesal" y en sentido similar GIMENO SENDRA³¹⁴ señala que "al constituir una causa de extinción de la responsabilidad penal ostenta naturaleza material". De la misma forma, REY GONZALEZ³¹⁵ sitúa la prescripción del Código Penal de 1995 de

³¹² DEL TORO MARZAL, A.: "Comentarios a los arts. 112 y ss., en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G./ CASABO RUIZ, J.R.: "Comentarios al Código Penal", Ariel, Barcelona 1992, pág.672 y ss.

³¹³ MIR PUIG, S. *Derecho penal, parte general*. 4 ed., PPU, Barcelona 1996, pág.774.

³¹⁴ GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2007, pág.645.

³¹⁵ REY GONZÁLEZ, C: *La prescripción...*. Ob cit. pág. 42 y 40.

naturaleza material, al igual que GONZALEZ TAPIA³¹⁶.

Por nuestra parte, estimamos que el derecho penal encuentra numerosos límites que impiden una aplicación expansiva. El carácter fragmentario propio de la regulación penal se predica también en la dimensión temporal que la prescripción otorga a la imposibilidad de atribución o ejecución de la consecuencia jurídica del delito, manteniendo la vigencia del tipo penal. De forma tal, que por el carácter fragmentario, no goza de trascendencia penal cualquier ataque a un bien jurídico. A ello hay que añadir que en los casos en los que al ataque al bien jurídico sí se le concede trascendencia penal, la misma también resulta fragmentaria o limitada en el tiempo.

2.1.1 Ubicación en la estructura del delito

La concreta ubicación dentro de la estructura de la teoría del delito entre los que defienden la naturaleza material de la prescripción presenta graves problemas. Así GILI PASCUAL³¹⁷ pone de manifiesto que habitualmente se ha desplazado su estudio "hacia ámbitos distintos a la teoría jurídica del delito -ya sea al campo de individualización de la pena o al del proceso".

Por nuestra parte, entendemos que justamente las dificultades para ubicar la prescripción del delito y de la pena dentro de la teoría del delito puede ser una de las causas por la que muchos manuales de derecho penal español, estructurados con arreglo a la misma, omitan cualquier referencia o lleguen a nombrar la prescripción, constituyendo dicho silencio el llamado sesgo cognitivo del investigador que silencia aquellos datos que entran en controversia con la teoría que se mantiene, salvo que dicha

³¹⁶ GONZÁLEZ TAPIA, M.I: ob. cit., pág. 42.

³¹⁷ GILI PASCUAL, A.: ob. cit., pág. 19.

omisión pueda interpretarse como una adscripción tácita excluida del derecho penal, al derecho procesal.

El fondo de esta cuestión ha sido analizado con detenimiento por RAGUES I VALLES³¹⁸ quien plantea tres alternativas. La primera defendida por LORENZ en la que la prescripción debe de concebirse como una causa de exclusión del injusto, constituyendo una causa independiente de las causas de justificación en la que el injusto que existía inicialmente desaparece por el transcurso del tiempo. La segunda tesis que formula a título de hipótesis el propio RAGUES I VALLES supondría ubicar la prescripción en la culpabilidad, partiendo del presupuesto de que dicha categoría debiera de explicar las finalidades de la pena y aporta el argumento de que así puede deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ubica en la culpabilidad los efectos de las dilaciones indebidas y también del presupuesto de concebir dicha categoría con un carácter dinámico pues "la necesidad de resolver con la pena el conflicto generado por la realización del hecho antijurídico puede modificarse con posterioridad a la consumación". Según el citado autor estas propuestas provocan una sensible pérdida de claridad analítica, por lo que en realidad defiende la tercera opción que es ubicar la prescripción en la categoría de la punibilidad.

Por nuestra parte, estimamos que efectivamente la aceptación de la categoría de la punibilidad resulta la más satisfactoria para la prescripción del delito, en cuanto se trata de un elemento muy posterior y alejado de la comisión del delito. Esta categoría resulta la que mejor entronca con el carácter personal de la prescripción del delito cuando existen pluralidad de sujetos afectados unos sí y otros no por la prescripción, y al tiempo también dota de congruencia a la prescripción de las medidas de seguridad y de la pena.

³¹⁸ RAGUES I VALLES, R.: ob. cit., pág 84 y ss.

Critica MENDES DE CAVALHO³¹⁹ a quienes, sostienen que las causas de extinción de la responsabilidad criminal son causa de exclusión o extinción de la pena señalando la profunda diferencia que a su entender concurren entre las excusas absolutorias que "son causas personales de exclusión de la pena que concurren ya durante la ejecución del hecho y parten de la constatación en el sujeto de una determinada cualidad que da lugar a la imposibilidad de configurar la punibilidad, mientras que las causas de levantamiento o anulación de la pena suponen la realización voluntaria por el sujeto activo de un comportamiento postdelictivo de signo positivo".

2.2 Naturaleza procesal

Es a nuestro juicio significativo que si bien la prescripción de la infracción penal, la pena y la medida de seguridad no había sido excesivamente analizada en los manuales españoles de derecho penal hasta finales del siglo XX, ha recibido aún más escasa o nula atención durante décadas por los procesalistas españoles.

La naturaleza procesal de la prescripción es habitualmente defendida tanto en Francia, como en Alemania especialmente tras la segunda guerra mundial, mientras que tanto en Italia, desde el Código de 1930, como en España con el Código de 1932 y luego de 1944 predomina de forma mayoritaria la concepción sustantiva de la prescripción, si bien con algunas excepciones que estimamos puntuales.

La prescripción conceptuada como un instituto de naturaleza procesal tendría plena acogida como una excepción o impedimento de procedibilidad.

En la doctrina italiana, FERRAJOLI³²⁰ califica la

³¹⁹ MENDES DE CARVALHO, E.: *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid, 2007, págs. 217 y 218.

³²⁰ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, 2ª ed.,

prescripción como una de las "condiciones de improcedibilidad positivas y habitualmente sobrevenidas respecto al ejercicio de la acción penal, como la muerte del reo, el desistimiento de la querrela, la prescripción del delito, la misma amnistía y el pago anticipado de la multa en las faltas (oblazione)". Tras aludir a la doctrina penal, que tras el Código Penal italiano de 1930 las considera como figuras de derecho material denominándolas entre otras como «causas extintivas de la responsabilidad penal» denominación que FERRAJOLI considera críticamente como "un fenómeno improbable y misterioso, cual es la extinción del hecho-delito (sic) o de sus consecuencias jurídicas". FERRAJOLI propone que "todas estas figuras deberían caracterizarse más propiamente como causas o condiciones de improcedibilidad, diferenciándose de la querrela, de la instancia, de la solicitud y de la autorización por el solo hecho de que no es su ausencia sino su presencia lo que paraliza el ejercicio de la acción penal impidiendo su iniciación o su prosecución".

Para calificarlas como causas de improcedibilidad, FERRAJOLI refuerza su postura con tres apuntes, al entender en primer lugar que se basan en cuestiones ajenas a la estructura del delito "a diferencia de las causas sustanciales de exclusión del delito" y en segundo lugar que no dan lugar a la absolución del reo sino el sobreseimiento con la fórmula «no se debe proceder, porque, como dice nuestro código, "la acción no podía ser iniciada o no puede proseguirse" y por último "su fundamento axiológico no se diferencia del de las condiciones originarias de no procedibilidad". Por ejemplo, la justificación de la improcedibilidad por la prescripción es en buena medida la misma que hemos visto para la improcedibilidad por ausencia de querrela: el transcurso del tiempo sin que nadie haya

ejercitado la acusación indica, en efecto, la pérdida de utilidad de las penas por la pérdida de toda su función preventiva y, en particular, de la función primaria, que es evitar que los perjudicados se tomen la justicia por su mano.

En España, VIADA LOPEZ-PUIGSERVER³²¹ mantenía el carácter procesal estimando que "no prescribe el delito, sino la acción penal"³²² refiriendo que es el ejercicio de la acusación lo que prescribe, y por ello se muestra partidario de que el inicio de la prescripción opere a partir del momento en que se conoce el delito pues "ninguna acción puede prescribirse non nata".³²³ Si bien este autor incurre en la incongruencia de postular de lege ferenda la atenuación de la pena por el transcurso de al menos una cuarto de la prescripción del delito³²⁴.

Afirma su naturaleza procesal BOLDOVA PASAMAR³²⁵ al estimar que se trata "de la prescripción de la acción penal (de la acción persecutoria)" al fundamentarla en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

2.2.1. Teoría de Banacloche

En la actualidad en la doctrina española es BANACLOCHE PALAO³²⁶ quien apuesta de una forma clara por la concepción procesal de la prescripción hasta el extremo de pretenderla sustituir de lege ferenda por la caducidad, pues estima que "es una causa que impide el desarrollo pleno y normal del proceso" es decir "un óbice a la procedibilidad".

BANACLOCHE proclama que "la prescripción es una institución procesal que produce efectos en el proceso y

³²¹ VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, C.: Ob.cit. pág.51.

³²² Ídem, pág.56.

³²³ Ibídem, pág.65.

³²⁴ Ibídem, Ob cit, pág.146.

³²⁵ BOLDOVA PASAMAR, M.A.: ob. cit., pág.358.

³²⁶ BANACLOCHE PALAO, J.: ob. cit., pág. 306.

derivadamente fuera de él”, concretamente la considera “una excepción procesal penal fundada en la existencia de un obstáculo que impide el normal desarrollo del juicio oral y el pronunciamiento de una sentencia justa”.

2.2.2. Crítica

Por nuestra parte disentimos de los presupuestos y de las conclusiones anteriores que en primer lugar parten de una irremediable correlación entre fundamento y naturaleza de la prescripción de la infracción sobre la que ya nos hemos pronunciado anteriormente.

Indica BANACLOCHE³²⁷ que el hecho delictivo no cabe considerarlo prescrito en cuanto “no desaparecen de la realidad por el paso del tiempo, permanecen en el pasado, y evidentemente no son susceptibles de transformación ni exclusión alguna”. La premisa anterior colisiona con la legalidad vigente en materia penal que a las dilaciones indebidas contempladas en el Art. 21.6 del CP (L.O. 5/2010) las considera una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal. Choca con realidad jurídica que el legislador penal ha querido otorgar consecuencias jurídicas al transcurso del tiempo tras la comisión del delito, al igual que a otros hechos posteriores como la reparación del daño (art. 21.5 CP). Evidentemente, no prescribe el hecho, sino como ya afirmaba en la primera mitad del siglo XX, FERRER SAMA, sí lo hace la responsabilidad criminal la cual sí que es susceptible de transformarse durante la dinámica comisiva -un claro ejemplo es el art.242.2 del CP en el uso la violencia o intimidación sobrevenida tras el apoderamiento para proteger la huida, o también durante el proceso que transforma lo que inicialmente podía calificarse como delito de hurto en un delito de robo con violencia o

³²⁷ BANACLOCHE, J.: ob. cit., pág..305.

intimidación en las personas.

Por último, afirma BANACLOCHE que "tampoco extingue la punibilidad del hecho realizado, porque para saber si un hecho es o no susceptible de castigo (punible) hay que enjuiciarlo, y la prescripción pretende evitar precisamente que se proceda a emitir tal juicio". Este alegato también podría predicarse del resto de causas que extinguen la responsabilidad criminal enumeradas en el art.130 del Código Penal tales como la muerte del reo o el perdón del ofendido. Se trata de causas que efectivamente vienen a operar de forma automática con un carácter propio de las denominadas excepciones o artículos de previo pronunciamiento en que, a efectos prácticos, resulta ya innecesario entrar a debatir el fondo del asunto. Si el acusado ha muerto, si han transcurrido los plazos de prescripción, etc. el hecho que inicialmente se presentaba como punible deja de serlo, y por tanto resulta contrario a la economía procesal enjuiciarlo, con el coste de todo tipo que supone dicho enjuiciamiento, para acabar llegando a declarar que sí que era punible pero que ha dejado de serlo. A nuestro entender no cabe confundir la punibilidad que, en el plano abstracto, se encuentra inscrita en cada uno de los hechos tipificados como infracciones penales, con la prueba y proceso que se requiere para afirmar y concretar a cada sujeto dicha punibilidad.

La teoría que analizamos no nos parece suficientemente convincente y BANACLOCHE advierte que al considerar la prescripción del delito de naturaleza procesal, carece de sentido la existencia de plazos distintos en relación a la gravedad del delito, por lo que para salvar este grave obstáculo a su teoría, propone sustituir la prescripción por un plazo único de caducidad. Dicha propuesta, a nuestro juicio, resulta claro exponente de lo inadecuado de esta teoría, pues en la misma primero se propone suprimir

aquellos elementos que justamente refutan su teoría y por último su propuesta se eleva a eliminar la propia institución de la prescripción y por suplirla por otra distinta como lo es la caducidad.

La interrupción de la prescripción es otro elemento que cuestiona la teoría, por lo que la defensa de la caducidad por este autor resulta ser la única vía de escape a la tesis procesal defendida en tales términos.

Por último, BANACLOCHE admite que la prescripción de la pena no puede tener naturaleza procesal en cuanto ya no hay duda alguna de la culpabilidad del penado, y por ello el tiempo no cuestiona el proceso, ante lo cual necesariamente debe de adscribirse al derecho sustantivo. Por ello, para este autor³²⁸ la prescripción de la pena tendría una justificación "muy discutible" "de que transcurrido cierto tiempo desde que se impuso la pena, ya no cabe, por ser contrario a los fines inspiradores de ésta, proceder a su cumplimiento".

No son pocos los autores que como BANACLOCHE marcan las diferencias entre la prescripción del delito y de la pena, si bien estimamos que al admitir la naturaleza material de la prescripción de la pena se debilita la posibilidad de rechazar esta naturaleza a la prescripción del delito.

Por ello, debemos disentir de estos planteamientos procesalistas que no nos parecen de la debida consistencia ni desde un punto de vista intrínseco con la regulación de la prescripción de la infracción, ni desde una perspectiva sistemática con la prescripción de la pena que es regulada a continuación de la anterior y que descansa en idéntico presupuesto del transcurso del tiempo.

Estimamos que las aportaciones de BANACLOCHE resultan muy valiosas para configurar de lege ferenda una proposición legislativa procesal de la caducidad en el orden penal, pero

³²⁸ BANACLOCHE PALAO, J.: ob. cit. pág. 312.

la misma la creemos un tanto alejada de la tradición y de la realidad jurídica española en lo relativo a la prescripción.

Respecto a la introducción de la caducidad en el ordenamiento jurídico español, estimamos que desde un punto de vista material preferimos optar por una cuasi-prescripción o atenuante analógica de prescripción como causas de disminución de la pena. La limitación temporal máxima del proceso como causa de extinción, estimamos que provoca, por sus consecuencias, una máxima litigiosidad y recurribilidad para prolongar indebidamente el proceso como estrategia defensiva, y que requeriría para su adecuado control sustanciales cambios en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.3 Naturaleza mixta

La doctrina que ha defendido la denominada naturaleza mixta o doble de la prescripción lo hace partiendo de la constatación de características propias tanto del derecho procesal como del derecho penal. No se trata por tanto de amplios razonamientos, sino de escuetas consideraciones que además se relacionaban con la fundamentación del instituto.

En España, FAIREN³²⁹ mantenía la "doble naturaleza, material y procesal" vinculando la naturaleza con la justificación, y así en cuanto al derecho sustantivo por la corrección del culpable y desde el punto de vista procesal por el debilitamiento de las pruebas, la masificación, y la seguridad jurídica de los hombres y de sus relaciones.

Más recientemente, MARTIN PALLIN³³⁰ afirma que "la

³²⁹ FAIREN GUILLEM, V.: *Meditaciones sobre una exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código Penal*, Colección de estudios de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, Valencia, 1973, pág.123.

³³⁰ MARTÍN PALLÍN, J.A.: "La prescripción de los delitos ¿mera política criminal o derecho fundamental?", *Diario La Ley*, N° 6929, La

naturaleza jurídica de la prescripción es mixta y además tiene un componente interpretativo más propio del derecho procesal penal que del derecho sustantivo”,

Si bien, tanto en el Código Penal de 1944 como en el Código en su redacción original de 1995 hemos mantenido por nuestra parte³³¹ la naturaleza material de la prescripción, tal como se encontraba regulada en España, estimamos que en la actualidad y, de lege data, tras diversas reformas que analizaremos a continuación, la misma responde a una estructura legislativa sustantiva y procesal, al haberse introducido elementos que son propios del derecho procesal, y que ha alterado sustancialmente algo tan relevante como lo es la efectiva extensión de los plazos de prescripción por motivos que debemos calificar de puramente procesales.

2.3.1.-Reforma sobre víctimas menores

El art. 132.1 del Código Penal en su redacción introducida por la L.O. 14/1999, de 9 de junio preceptúa que:

“Los términos establecidos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita. En la tentativa de homicidio y **en los delitos** de aborto no consentido, lesiones contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, **cuando**

Ley, 2008, pág.2.

³³¹ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción del delito, la falta y la pena*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1995, pág.31 y PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción en el código penal de 1995 y su aplicación retroactiva*, Ed Practica de Derecho, Valencia, 1996, pág. 59.

la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

La referida reforma del art. 132 ha supuesto un brusco cambio en el inicio del cómputo de la prescripción. De determinados delitos cuando la víctima fuere menor de edad, que deja de ser el día de la comisión del hecho.

Entendemos que la citada reforma solo resulta de aplicación a "los delitos" y no a las faltas.

Hasta la reforma operada por LO 1/2015, el art. 13 diferenciaba las infracciones penales en delitos (art. 13.1 y 13.2 en relación con los arts. 33.2 y 3) y las faltas (arts. 13.3 y 33.4).

Si bien es cierto que tanto en el pasado, como en el nuevo Código penal, el legislador ha utilizado en ocasiones el término "delito" sin la precisión y rigor jurídico que serían de desear ofreciendo un concepto lato o extensivo también de las faltas, entendemos que ello no es el caso que nos ocupa.

Las faltas prescribían a los seis meses, en comparación con los delitos que tienen plazos sustancialmente muy superiores. Si el plazo de prescripción de las faltas cometidas contra menores empezaba a contar cuando estos llegaran a la mayoría de edad, ello suponía el dislate de exigir para una infracción leve -una falta- (en los casos de corta edad de la víctima) el mismo plazo de prescripción que un grave delito como la agresión sexual.

Ello supondría una ruptura absoluta y total con los mismos fundamentos de la prescripción que perdería su razón de ser y conduciría a una perniciosa inseguridad jurídica.

La conclusión a la que llegamos, es que las faltas prescribían siempre a los seis meses aún cuando la víctima

fuera un menor. Por otra parte, ello concuerda con el criterio del Tribunal Supremo de no emplear interpretaciones restrictivas que impidan la aplicación de la prescripción, mantenido desde la dos últimas décadas:

"Lo acertado es no emplear interpretaciones restrictivas de esta institución, dada la naturaleza de la misma, que concuerda con los fines de la pena y con el resultado que la acción del tiempo ejerce sobre la conciencia social perturbada por el delito, o lo que es lo mismo, por el efecto destructor que el transcurso del tiempo hace sobre el desvalor social y jurídico que el delito produjo al tiempo de su comisión. (Cfr TS S 5 feb 1908, 10 marzo 1954, 10 nov 1957 y 13 marzo 1973) (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril 1990, La ley 1990-3, 705 R 13015-R)

"En toda esta materia, es norma interpretativa consolidada por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala que **debe actuarse con criterios "pro reo"** (SS 157/90 de 18 de octubre -RTC 1990/157- del Tribunal Constitucional y 6 de abril de 1990 -R.J.A. 3193- del tribunal Supremo entre otras). (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1992, R.J.A. 2368)

"El termino de la prescripción de la acción penal o del delito **no deben interpretarse con criterio restrictivo,** dada la naturaleza de esta institución, que concuerda con los fines de la pena y con el resultado deprimente que la acción del tiempo ejerce en la conciencia social, perturbada por el delito. (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1908, CJ V.I,64)

"El mismo interés público exige que no se castigue a quien las leyes penales eximen de responsabilidad por el tiempo señalado para la prescripción del delito. Se refuerza esta argumentación por la lectura del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que impone a todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal la

obligación de consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al reo".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993, R.J.A. 2158)

En los delitos contra menores de edad el aumento del plazo de prescripción se produce para darle la posibilidad de ejercer sus derechos al alcanzar la mayoría de edad. Estimo que la reforma efectuada para posibilitar el futuro ejercicio de la acción por la víctima ha venido a adulterar el contenido material de la prescripción para añadirle un elemento procesal en cuanto el inicio del cómputo de la prescripción se retrasa hasta que la víctima cumpla 18 años o si fallece antes a dicho momento.

La adición de este elemento procesal a la naturaleza sustantiva que tenía le acaba otorgando una naturaleza mixta, en cuanto se altera el plazo prescriptivo en el sentido de incrementarlo.

Si bien analizaremos con más detalle, esta reforma, resulta a nuestro modo de ver que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se retrasa (puede multiplicarse varias veces en el caso de de delitos que tenían un plazo de prescripción de 3 o 5 años) en relación a elementos ajenos a la estructura y elementos típicos del delito, y que pueden ser incluso desconocidos para el propio autor del delito, pues el mismo puede desconocer la edad exacta o fecha de nacimiento de su víctima, (o incluso la Justicia puede desconocerlo) o si la misma fallece posteriormente por causas ajenas al delito. El inicio del plazo de prescripción al apartarse del momento de la comisión del delito y del dominio del autor viene a desnaturalizar el plazo de prescripción preprocesal y genera graves incertidumbres en la prescripción por paralización del proceso cuando esta transcurre todavía durante la minoría

de edad de la víctima, con dos soluciones que siempre resultaran insatisfactorias, como son entender que una vez interrumpida la prescripción del delito por el inicio del proceso carece de fundamento aplicar para el inicio de la paralización procesal el inicio del cómputo del plazo al que llamaremos exacerbado que nos parece la solución más acorde con ese inicio de cómputo excepcional, o bien entender que resultara irrelevante toda paralización del proceso mientras la víctima sea menor, o hasta que fallezca, con lo que de facto el mismo delito enjuiciado puede presentar plazos fluctuantes e inciertos.

2.3.2. Reforma sobre infracciones conexas

La Ley Orgánica 5/2010 que reformó el art.131 del Código penal, estableció en su apartado trigésimo tercero al art. 131 que modificó su apartado cuarto e introdujo el apartado quinto con la siguiente redacción:

Art. 131.4.- Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

5: En los supuestos de concursos de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.

La determinación del plazo de prescripción utilizando como criterio las infracciones conexas, siendo este un criterio eminentemente procesal, regulado en la Lecrim y que resulta una norma para seguir en el mismo proceso infracciones distintas, incluso cometidas por distintos sujetos, a mi juicio, supone otorgar a una cuestión

meramente procesal la facultad de modificar el plazo de prescripción de la infracción.

Así, mientras que en la regulación de los plazos de prescripción o de imprescriptibilidad se utilizan criterios eminentemente materiales (en relación a la penalidad de la infracción, su gravedad o levedad, o el concreto bien jurídico protegido), el art.131.5, en su redacción operada por la LO 5/2010 introduce un elemento procesal, por lo que la regulación existente adquiere claramente una naturaleza mixta.

En realidad, dicha reforma viene a otorgar carácter de derecho positivo al criterio mayoritario del Tribunal Supremo y la jurisprudencia históricamente sobre esta cuestión, para evitar que delitos o faltas con menor plazo, prescribieran al ser enjuiciados con delitos más graves. Esta cuestión será analizada con mayor detenimiento en el correspondiente capítulo.

2.3.3. Reforma sobre suspensión de la prescripción

La L.O 5/2010 introdujo también en nuestro ordenamiento la institución de la suspensión de los plazos de prescripción. Reforma que ha sido posteriormente ratificada por la LO 1/2015.

La suspensión del cómputo del plazo de prescripción supone una excepción que de una parte:

1.-Solo opera en la prescripción por inicio tardío del procedimiento, por lo que la prescripción tiene adquiere notables diferencias según el momento procesal en el que se produce, ya que mientras una vez ya iniciado el procedimiento no puede darse suspensión del cómputo de la prescripción por paralización, sí que puede darse por inicio tardío. Dicha diferencia, según el momento procesal, ya le otorga un carácter procesal.

2.-El plazo de suspensión es de seis meses para los delitos y dos meses para las faltas, siendo de referir que si bien otorgaba un plazo distinto para las faltas, que tienen un proceso distinto muy específico, unificaba el plazo de suspensión tanto para los delitos menos graves, como para los graves, es decir delitos que tenían un plazo de prescripción de 3 años, 5 años, 10 años, 15 años, y 20 años, tienen fijado el mismo plazo de suspensión de 6 meses, y dicha uniformidad de plazo es propia del carácter procesal que tiene la suspensión así configurada.

3.-La lectura de la reforma, supone arbitrar una solución intermedia entre el criterio del Tribunal Supremo que mantenía que la presentación de denuncia o querrela ya interrumpía la prescripción, con el criterio del Tribunal Constitucional de que es la admisión a trámite lo que la interrumpe. Tal como se regula la suspensión, en primer lugar se sigue el criterio del Tribunal Constitucional de que es cuando se dicta resolución judicial motivada (art. 132.2.1^a) cuando se interrumpe la prescripción, pero el efecto interruptivo de la prescripción, no se produce en el momento de dicha resolución, sino que se retrotrae en el tiempo a contar "desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia", si bien para ello dicha resolución judicial debe de haberse producido dentro del plazo de seis meses si se trata de un delito, o de dos meses si se trata de una falta. Por otra parte, se adopta parte de la tesis del Tribunal Supremo al establecer que si se inadmite la querrela o se admite fuera de dichos plazos sigue el cómputo de la prescripción.

Con independencia de la crítica que en su momento podamos efectuar, estimamos que la posibilidad de que la resolución judicial interruptiva tenga carácter retroactivo o no, depende por una parte de que se admita la querrela y denuncia, y de otra parte de un plazo de seis meses, que a

nuestro juicio es un plazo preclusivo.

Por todo ello, nuestra postura es que partiendo de la premisa de que la prescripción puede tener distinta naturaleza jurídica en cada ordenamiento, estimamos que la naturaleza puramente material es la que resulta más congruente en relación a su consecuencia de exclusión de la pena y sus fundamentos más relevantes, y en el plano del derecho positivo estimamos que la prescripción de las infracciones penales tenía una naturaleza material en el Código Penal de 1944 y en el Código Penal de 1995, que tras las reformas operadas por L.O. 14/1999 y Lo 5/2010 y Lo 1/2015 debe de conceptuarse como de naturaleza mixta.

2.4. Tabla de elementos que definen la naturaleza

A continuación, mostramos en las páginas siguientes un cuadro sinóptico donde hemos relacionado aquellos elementos que estimamos que son propios de una naturaleza material o procesal de la prescripción, siendo de referir que la naturaleza mixta se constata por la coexistencia de ambos.

Estimamos que dicha tabla puede ser un instrumento útil utilizando a modo de test en que se señalan las características de cada ordenamiento.

Elementos que definen la naturaleza

	MATERIAL	MIXTA	PROCESAL
PRESCRIPCION PREPROCESAL	El inicio del plazo se computa desde la comisión del delito.		El inicio del plazo se computa desde el descubrimiento del delito
			El inicio del plazo se computa desde la posibilidad del ejercicio de la acción penal
	La comisión de nuevos delitos por el sujeto pueden interrumpir la prescripción, por su conexión material (delito continuado, concurso medial, concurso ideal)		Los delitos conexos procesalmente pueden interrumpir la prescripción y alterar los plazos de cualquier sujeto
PRESCRIPCION PROCESAL	Actos procesales dirigidos contra el culpable		Cualquier acto procesal dirigido a la averiguación del delito o del delincuente
PLAZOS	Distintos plazos escalonados		Puede admitir un único plazo para todos los delitos y faltas
	Hay distintos plazos en atención a la naturaleza o bien jurídico protegido		Admite distintos plazos en relación al tipo de proceso
	Hay distintos plazos en atención a la gravedad de la infracción		Admite distintos plazos en relación a la complejidad del proceso
	Admite la interrupción		Admite interrupción y/o suspensión o prorroga de plazos por cuestiones de índole procesal
	Los diversos plazos son los mismos en todo el proceso		Admite plazos distintos según el momento procesal
	Admite otorgar una disminución de la RP cuando el plazo no se ha alcanzado		El plazo incompleto carece de relevancia por amplio que haya sido
	Admite la imprescriptibilidad por la gravedad o naturaleza del delito		
	Mismos plazos o similares para la prescripción del delito que la pena		

			Admite la imprescriptibilidad de la pena
	Los plazos de prescripción son iguales o superiores a la duración de las penas imponibles (o impuestas)		Los plazos de prescripción pueden ser inferiores a la duración de las penas imponibles o impuestas
			Admite la imprescriptibilidad o plazos distintos según el tipo de pruebas
	Solo actos procesales de contenido material interrumpe la prescripción		Cualquier acto procesal interrumpe la prescripción
			Puede exigir determinadas resoluciones para inicio del plazo: sobreseimiento, rebeldía, declaración de firmeza, etc
	La prisión provisional interrumpe la prescripción mientras dure		La prisión preventiva resulta irrelevante a efectos de interrumpir la prescripción
	Cada acusado de un mismo proceso tiene el plazo de prescripción en relación a su responsabilidad		Los acusados de un mismo proceso comparten el plazo de prescripción
	La conexión procesal no supone un aumento de plazos		La conexión procesal sí supone un aumento de plazos
	El plazo de prescripción es el de la infracción finalmente declarada		El plazo de prescripción viene determinado por el título de imputación que en cada momento del proceso se mantenía.
PRESCRIPCIÓN PENA			
	Plazos en relación a la naturaleza de la pena		
	Imprescriptibilidad de la pena de muerte		
			Imprescriptibilidad o plazo único muy superior a la prescripción de los delitos
	Interrupción solo por actos que afectan a la		

	ejecución de la pena		
	El pago parcial de la multa por tercero no interrumpe la prescripción		
PRESCRIPCIÓN MEDIDA SEGURIDAD	Acepta la Imprescriptibilidad		
	Los plazos pueden ser idénticos a la duración de las medidas impuestas		Imprescriptibilidad o plazo único muy superior a la prescripción de los delitos, e idéntico a la prescripción de la pena.

3. PROPUESTA DE DERECHO FUNDAMENTAL CON RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

3.1. Introducción

Por nuestra parte, frente a la división tripartita que históricamente se ha propuesto (material, procesal, mixta) nos planteamos si cabe afirmar que la prescripción puede llegar a ser considerada como un derecho fundamental con reconocimiento constitucional.

En dicho sentido es de indicar que el Tribunal Constitucional español en la primera sentencia que abordó la constitucionalidad de la prescripción STC 157/90 (BOE 8.11.1990) estableció que:

“Determinar el régimen jurídico de la prescripción de las infracciones penales es algo que corresponde hacer al legislador, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto, pero, dados los valores constitucionales en juego, sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que

consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas". (Fundamento Jurídico 3)

Si bien en dicha sentencia y en muchas otras posteriores afirmaba el carácter de legislación ordinaria de la prescripción cuya interpretación corresponde a los Tribunales ordinarios, en la Sentencia 63/2005 se produjo un giro sustancial de la misma que analizaremos posteriormente.

3.2. Tesis negacionistas de derecho fundamental

Justamente, tras esta Sentencia se han alzado en la doctrina española distintas voces que niegan que la prescripción pueda ser considerada como un derecho fundamental.

Así BACIGALUPO³³² afirma que "la naturaleza de las normas sobre la prescripción no constituyen valores ni principios constitucionales. El efecto limitativo del *ius puniendi* de la prescripción, por otra parte, no se deduce de su *carácter material*, pues también si se la considerara como un instituto de naturaleza procesal contendría la misma limitación del derecho de sancionar del Estado, el que, después del transcurso de un cierto tiempo, carecería del derecho de perseguir el delito".

En sentido parecido, MARTIN PALLIN³³³ si bien primeramente manifiesta que "El legislador vulneraría el principio de proporcionalidad y por extensión el de legalidad, si establece penas excesivas para hechos nimios, pero nunca lo vulneraría si reduce o aumenta los plazos para la prescripción de los delitos. Por tanto, se puede compartir la relevancia constitucional de la prescripción

³³² BACIGALUPO ZAPATER, E: "Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal.(Notas sobre la STC 63/2005)",. Diario la Ley. Año XXVI. Número 6265, La Ley, 2005, págs. 6 y 7.

³³³ MARTÍN PALLÍN, J.A.: La prescripción de los delitos ¿mera política criminal o derecho fundamental?. Diario La Ley, N° 6929, Sección Doctrina, 21 Abr. 2008, Año XXIX, La Ley, Pág. 4.

pero no su carácter de derecho fundamental susceptible de amparo”.

Por todo ello se afirma que en realidad, no existe un derecho en sentido estricto a la prescripción de los delitos.

En segundo lugar es de indicar que si bien durante años el Tribunal Constitucional trato de legislación ordinaria a las normas que regulan la prescripción, dicha postura fue expresamente modificada para dar lugar al recurso de amparo en cuanto manifestación de que operaba sobre un derecho fundamental como lo es la libertad humana que sí está reconocida expresamente en la constitución.

Sin citar la prescripción, sino refiriéndose a la racionalidad legislativa DIEZ RIPOLLES³³⁴ cuestiona lo que denomina “criterio constitucionalista” de remitirse a la constitución de cada Estado para determinar los contenidos de la racionalidad jurídico penal, distinguiendo dentro de este criterio el “amplio” en que la “Constitución aporta un modelo de sociedad y un conjunto de decisiones valorativas genéricas bajo cuya inspiración debe configurarse el derecho penal desde sus fundamentos” y una segunda perspectiva “estricta” que va más allá y “sostiene que la Constitución contiene dentro de sí una buena parte de los principios jurídicopenales y de las decisiones políticocriminales que han de conformar el derecho penal”. El referido autor viene a identificar a CARBONELL MATEU como quien propugna que “la Constitución no incorpora un programa políticocriminal concreto, pero sí unas líneas programáticas generales y un sistema de valores que no puede ser contradicho”, mientras que para otros autores como ARROYO ZAPATERO los contenidos materiales de la Constitución proyectan su influencia sobre el conjunto del sistema punitivo de forma que “existirían

³³⁴ DIEZ RIPOLLES, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pág.177.

cuatro o cinco principios penales con arraigo constitucional de los que derivarían la practica totalidad de las decisiones políticocriminales y dogmáticas”.

Como se ha indicado, DIEZ RIPOLLES discrepa abiertamente del criterio constitucionalista tildando de “ficción la de que la norma constitucional responda a las preguntas fundamentales de la política criminal y del derecho penal”, concluyendo que dichas tesis “ignoran la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades, así como la pluralidad de frentes sociales a los que atender (...) proponen un modelo rígido de sociedad, escasamente dinámico o, todo lo más, sometido al arbitrio de las interpretaciones judiciales.” La “sobreinterpretación de la Constitución” se convierte para este autor en una “rémora”.

3.3 Carácter constitucional según Binder

En Argentina, BINDER³³⁵ desarrolla el carácter de derecho fundamental de la prescripción bajo las premisas que resumimos:

1.-En un estado de derecho fundado en la democracia es poder del estado es siempre especialmente limitado;

2.-Existen diversas clases de límites materiales, formales, institucionales y “también límites temporales (sólo es admisible ejercer el poder penal dentro de un plazo, cuyo término debe de ser preciso).

3.-“Este límite temporal se halla en el mismo plano político-institucional que las restantes limitaciones al ejercicio del poder penal”.

4.-“Este escudo protector frente al poder penal del estado constituye uno de los conceptos fundamentales del estado de derecho”, de forma que el respeto sustancial del concepto de persona como ser libre, igual en dignidad,

³³⁵ BINDER, A.: Ob. cit., pág.279.

valioso por si mismo y que no puede usarse como un medio conduce "a ubicar estos límites o garantías en el plano superior del sistema jurídico, es decir, en su ley fundamental o constitución básica".

3.4 Nuestra postura sobre el carácter constitucional

A partir de las breves aportaciones de BINDER así como de la doctrina que otorga a la prescripción la relevante función de limitar el poder punitivo del estado nos proponemos indagar sobre la posibilidad de articular la prescripción como un derecho fundamental.

El relieve constitucional de la prescripción vendría otorgado esencialmente porque ante el derecho fundamental a la libertad y dignidad humana, el poder punitivo del estado no resulta ilimitado en el tiempo, sino que los poderes del estado ven cercenada su soberanía legislativa en el orden penal por la norma constitucional que directa o secundariamente impone la prescripción de los delitos.

El matiz que aporta esta formulación es que la prescripción se alza como un derecho fundamental de cada individuo a que sus posibles responsabilidades penales sean investigadas y enjuiciadas, o en su caso ejecutadas, bajo una limitación temporal. Es por tanto una limitación infranqueable para el propio estado.

En la doctrina española CAAMAÑO³³⁶ indica que "la acotación por la Constitución del ejercicio en el tiempo del ius puniendo del Estado convierte la prescripción en una garantía constitucional de la inocencia cuya garantía corresponde al legislador (...) para que el ciudadano inocente se sienta libre al poder de coacción del estado, no sólo se requiere certeza acerca de la reacción del futuro -derecho a

³³⁶ CAAMAÑO, F.: *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág.157.

la legalidad- sino también certeza en cuanto al pasado”.

Las consecuencias del reconocimiento constitucional de la prescripción son:

1.-El compromiso con vocación de especial permanencia generacional de no castigar ni investigar infracciones penales por tiempo ilimitado

2.-Las garantías y dificultades de modificación que supone las normas establecidas constitucionalmente (arts. 166-169 CE) consistentes en mayorías cualificadas en ambas cámaras, referéndum, disolución inmediata de las Cortes y ratificación por las cámaras elegidas.

3.-Además supone otorgar a la prescripción el carácter inspirador en todo el ordenamiento que poseen los derechos fundamentales (art. 53.3 CE).

4.-Al alzarse como derecho fundamental goza de los privilegios del mismo (art. 53 CE), como el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) que podría entrar de lleno en el mismo sin acudir a la vía del examen de la motivación de las resoluciones para pronunciarse sobre el fondo.

El planteamiento que efectuamos es que de la misma forma, que las autolimitaciones al poder punitivo como la abolición de la pena de muerte (art. 15 CE), la prohibición de la pena de trabajos forzados (art.25.2 CE) tienen por voluntad del constituyente fundamento de norma constitucional, la prescripción también puede gozar de dicha naturaleza.

3.4.1 Relevancia de derecho fundamental

Es evidente que en la Constitución española de 1978 no existe una norma que de forma expresa constitucionalice la prescripción como un derecho fundamental. El texto

constitucional ni siquiera menciona el término "prescripción".

Las cuestiones que nos proponemos dilucidar son:

CUESTION 1) Si la prescripción puede ser incardinada plenamente en algunos de los derechos fundamentales expresamente establecidos en la Constitución española vigente y, en cualquier caso;

CUESTION 2) si tendría sentido un precepto constitucional donde expresamente se recogiera la prescripción como un derecho, su alcance y su ubicación.

Respecto a la cuestión primera debemos remitirnos al capítulo dedicado a la fundamentación de la prescripción donde se abordó su enlace constitucional, aquí solo incidiremos en algunos principios:

A).-Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

(art. 24.2 CE).

En el derecho francés CHOLET³³⁷ indaga sobre la emergencia de un derecho subjetivo a la celeridad del proceso partiendo de la ausencia tradicional de dicho derecho y las dificultades de su reconocimiento en la legislación francesa, pero considera que la celeridad procesal es un "elemento indispensable de la efectividad de los derechos."

BOLDOVA PASAMAR³³⁸ parte de que "la legitimación constitucional de la prescripción radica asimismo en el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas".

Estimamos que la prescripción de la infracción penal puede entenderse que se alza como la más efectiva y radical consecuencia para el justiciable de la inactividad procesal que desemboca en su absolución. Es decir, si se detecta el inicio tardío o las paralizaciones prefijadas el efecto de

³³⁷ CHOLET, D: *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, Paris, 2006, págs.271 y ss.

³³⁸ BOLDOVA PASAMAR, M.A.:, ob. cit., pág.358.

dichas dilaciones se materializa en la impunidad.

Sin embargo ello debe de matizarse pues si por nuestra parte entendemos que la prescripción guarda una evidente relación o parentesco con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, no cabe integrarse plenamente en él, ni confundirlo pues un proceso inacabable en el que regularmente se practicaran actuaciones podría transcurrir durante décadas (Juicio de la colza, Juicio de la presa de Tous, etc.) sin que llegara a prescribir, y el estado de ignorado paradero o rebeldía del acusado o penado difícilmente puede ser calificado como dilación indebida, de forma tal que la prescripción en España opera tanto en determinadas dilaciones indebidas como en determinadas dilaciones debidas o necesarias.

No existe una vinculación exacta que permita relacionar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como causa o fundamento de la prescripción, pues no existe identidad de hecho entre dilación indebida y el plazo de prescripción. Indica con acierto BACIGALUPO³³⁹ que "las dilaciones indebidas y la prescripción tienen significados procesales y penales diferentes".

Lo cual no significa que pudieran efectuarse cambios legislativos en la prescripción acordes con el desarrollo del proceso sin dilaciones indebidas para que pudiera adecuarse al mismo, eliminando del mismo aquellas paralizaciones que no fueran indebidas. Sin embargo estimamos que ello desnaturalizaría la prescripción tal como la conocemos, con el carácter automático y escasamente valorativo que posee. El tener que valorar si la dilación es debida o indebida, supone y supondría elementos discrecionales de ponderación que alejan a la prescripción del principio de seguridad jurídica que le otorga la

³³⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La noción de un proceso penal con todas las garantías", en *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación continuada, 22-2004, CGPJ, Madrid, 2004, pág.31.

legislación actual.

En dicho sentido debe de recordarse que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un principio flexible y eminentemente valorativo a las concretas circunstancias de cada proceso y que no es predeterminable al inicio, sino a la vista de las complejidades en que va incurriendo el proceso e incluso puede variar en cada momento. Así, a título ejemplificativo, hace unas décadas la elaboración de informes periciales dactiloscópicos o de ADN constituía una técnica que por la escasez de medios resultaba lenta y retrasaba muchos meses e incluso varios años el proceso, mientras que en la actualidad en pocos meses puede obtenerse el correspondiente informe pericial.

B) Derecho a la libertad

Respecto a la prescripción anclada en el derecho a la libertad ello podría valer para los delitos así castigados o penas privativas de libertad, pero resultaría ineficaz respecto para los que se prevé penas de otra naturaleza como la multa, privación de derechos o trabajos en beneficio de la comunidad. Así MARTIN PALLIN³⁴⁰ critica que "Lo mas novedoso, en el debate sobre la prescripción, es su relación con el derecho a la libertad deambulatoria, olvidando que existen muchos delitos para los que el Código Penal no contempla penas privativas de libertad, luego este derecho fundamental no sufriría lo más mínimo en el caso de que fuese denegada la prescripción." Sin embargo, dicha crítica debe de diluirse, ya que la simple lectura del Código Penal de 1995 pone de manifiesto que la pena simple más habitual, con gran diferencia, es la pena de prisión. Las infracciones castigadas con otras penas son las menos y casi siempre como penas compuestas, ya sea conjuntas (v.art 305) o alternativas (art. 379). Pero aún en el supuesto de los

³⁴⁰ MARTÍN PALLÍN, J.A.: ob. cit., Pág.8.

escasos delitos que están exclusivamente castigados con penas de multa nos encontramos con que para el caso de impago de la multa, el Código Penal expresamente prevé la imposición de una responsabilidad personal subsidiaria privativa de libertad (art. 53 CP) ya sea prisión o localización permanente. Respecto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la misma por el mandato constitucional que prohíbe expresamente en el art.25.2 los trabajos forzados, está prevista siempre como pena alternativa a otra de prisión, y dicha pena no puede imponerse "sin el consentimiento del penado" (art. 49 CP).

A mayor abundancia las diversas reformas del CP de 1995 han ido incrementando las penas accesorias (art. 48) consistentes en prohibición de aproximación, residencia o acercamiento a determinados lugares, que aún cuando estén conceptuadas en el código como penas privativas de derechos contienen, al igual que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, una evidente e innegable afectación a la libertad deambulatoria.

Y por último, cabe recordar que el delito de quebrantamiento de una pena o medida cautelar está también castigado con pena de prisión con lo que la privación de libertad forma parte principal y se engarza en la esencia del código penal, hasta el extremo que es justamente la imposibilidad de que las infracciones administrativas concluyan en penas privativas de libertad, una de las esenciales diferencias con el orden penal y lo que permite que la aparente incongruencia -que no ocurría en el código penal de 1973, según ordenaba el art. -de que el orden administrativo contenga infracciones castigadas con multa muy superiores a las infracciones penales leves también castigadas con multa.

Con ello, lo que ponemos de manifiesto es que no debe de sorprender que tanto el legislador como el interprete de

la prescripción la relacionen y fundamenten muy especialmente con el derecho a la libertad en cuanto la pena de prisión, si bien no es la única, sigue desempeñando un papel estelar o muy relevante en el articulado del código penal, pues incluso las penas no privativas de libertad tienen algún engarce o recurso a la misma.

C) Prohibición de la pena de muerte y tratos degradantes

La prohibición de la pena de muerte, en la Constitución española pone de manifiesto el carecer limitado y finito que debe de tener toda pena.

De dicho carácter finito y limitado que se exige a las penas por los delitos más graves (que son los que darían lugar a la pena de muerte) cabe señalar que si la pena necesariamente debe de ser determinada y limitada, también puede serlo el tiempo para su imposición o ejecución, y si ello es válido para los delitos y penas más graves, por simple principio de proporcionalidad también debe de serlo para los delitos y las penas de prisión de menor gravedad.

Si bien de forma general no cabe necesariamente extraer que la prohibición de la pena de muerte desemboque necesariamente en la prohibición de la imprescriptibilidad general de los delitos y la pena, sí que parece resultar altamente incongruente que históricamente en España haya estado vigente la pena de muerte y sin embargo prescribieran todos los delitos, incluidos los castigados con la pena capital. Necesariamente ello nos lleva a reflexionar para deducir la incongruencia del legislador que establece penas definitivas y de consecuencias irreparables pero que está dispuesto a no imponer ni esa pena ni ninguna otra por el simple trascurso del tiempo. Pero al tiempo, también nos puede hacer reflexionar sobre las ventajas de la legislación incongruente y el carácter fragmentario, también en su

aplicación temporal, del derecho penal, y la necesidad de limitar el ius puniendo estatal que incluso se percibía en épocas que consentían penas que hoy son habitualmente conceptuadas como inaceptables y contrarias a la dignidad de la persona por el que el estado no puede disponer de la vida de sus ciudadanos.

D) Prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos y seguridad jurídica.

Como ya indicamos al analizar los fundamentos, la limitación temporal de la persecución de los delitos o la ejecución tardía de las penas que supone la prescripción es una garantía contra la arbitrariedad que supondría la voluntaria omisión de persecución de los delitos contra un ciudadano para crear un estado de amenaza latente arbitrario, propio de un estado policial que vigila a sus ciudadanos pero que no actúa contra ellos.

La administración del tiempo se rige por principios distintos en los distintos ámbitos de actuación, y si bien en las decisiones políticas debe de regir el principio de oportunidad, el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley y la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos impiden un uso selectivo o arbitrario de la persecución penal.

Hemos de señalar que en la actual era de la información y de las bases de datos, el Estado puede detentar una amplia información sobre cada uno de sus ciudadanos que no debe de manejar de forma arbitraria. No puede olvidarse que el poder judicial enjuicia aquellos asuntos que llegan a su conocimiento por particulares, o la mayor de las veces por las agencias policiales que en palabras de ZAFFARONI³⁴¹

³⁴¹ ZAFFARONI, E.U.: "La pena como venganza razonable", Discurso en la investidura de doctor honoris causa por la Università degli Studi di Udine, el 14 de julio de 2009. (portal.uclm.es/portal/DP/NOVEDADES), consulta 1.10.2015.

“seleccionan los candidatos a la criminalización”.

Nuestra conclusión es que la Constitución española no contiene un mandato expreso que ordene la prescripción de los delitos y de las penas, es más el art.118 CE establece que “es obligado cumplir las sentencias y las demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales” y lo cierto es que la prescripción de la pena se alza como un impedimento justamente a una sentencia condenatoria firme.

A nuestro juicio la imprescriptibilidad de determinados delitos y penas establecidos en el art. 131 del C.Penal no pueden ser tachados de inconstitucionales, y respecto al carácter resocializador de la penas es un mandato constitucional que permite una gran pluralidad de implementación mediante penas alternativas a la prisión, posibilidades de adecuación del cumplimiento de las penas a cada individuo mediante el sistema de individualización científica en centros penitenciarios etc. que no necesariamente exigen la prescripción.

Sin embargo, estimamos que tanto la prescripción del delito como de la pena si que laten y engarzan de forma armónica con el texto constitucional.

Respecto a la seguridad jurídica la STC Sala 2^a, S 15-6-2009, n° 147/2009, rec. 3768/2007, (BOE 172/2009) de 17 julio 2009. Pte: Pérez Vera, Elisa, establece:

“El valor al que sirve el instituto de la prescripción penal "es la seguridad jurídica, evitando una pendencia sine die de la amenaza penal sobre aquéllos a quienes pueda considerarse implicados en un delito" (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11 EDJ 2008/4990 ; y en el mismo sentido, STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 8 EDJ 2008/196668), a los efectos de garantizar "su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal" (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3 EDJ 1990/9495 ; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11 EDJ

2008/4990 ; y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2 EDJ 2008/131232), razón por la cual "no se vincula sólo al paso del tiempo, sino que... se relaciona con la actividad judicial a través de la cual se ejerce el ius puniendi del Estado" (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11 EDJ 2008/4990), siendo el momento interruptivo de la prescripción, no el de la notitia criminis por parte del órgano judicial como consecuencia de "la mera presentación y registro de una querrela o denuncia", sino el de la existencia "de un acto de interposición judicial", eso sí, "por quien tenga atribuido el ius puniendi del Estado, porque -el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal-" (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c)".

3.4.2 Limitaciones temporales en la Constitución

Respecto a la CUESTION 2) si tendría sentido un precepto constitucional donde expresamente se recogiera la prescripción como un derecho, su alcance y su ubicación ya manifestamos que desde una perspectiva histórica constitucional se observa una lenta y progresiva constitucionalización de determinados plazos en el orden penal relativos a la prisión y que a continuación desarrollamos:

A) Prohibición de la pena capital

Existe una autolimitación expresa respecto a la pena de muerte derivada entre otros principios, del carácter resocializador que la Constitución en su art.25.2 impone a la penas privativas de libertad y las medidas de seguridad y el art.15 la prohibición de penas degradantes.

Si existe una limitación temporal en cuanto al contenido de la pena, que no puede ser de contenido ilimitado, parece resultar congruente que de dicha

limitación de la pena se derive también la limitación de la persecución del delito y la limitación del tiempo en que debe desarrollarse dicha ejecución.

B) Limitación temporal de la detención policial

La Constitución española de 1978 al regular el derecho a la libertad en el art.17 establece en su punto 2 la limitación de la duración de la detención preventiva indicando que "no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario" "y en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas" Y en el apartado 4 se contiene la previsión legal de que "por la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".

La limitación temporal de la detención también se encontraba regulada en la norma fundamental franquista del Fuero de los Españoles de 1945 que formalmente establecía en su art.18 "Ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriban las Leyes. En el plazo de setenta y dos horas todo detenido será puesto en libertad o entregado a la Autoridad Judicial".

La Constitución Española de 1931 también ordenaba en su art. 29 "Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de detención. Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente".

C) Limitación temporal de la prisión preventiva

La Constitución española de 1978 es la primera norma fundamental en nuestro país, que sin imponer una concreta limitación temporal a la prisión preventiva, si que contiene una norma programática que ordena en el art.17.4 "por la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".

Hay que indicar que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no contenía ninguna limitación temporal de la prisión preventiva hasta el Decreto-ley de 22 de marzo de 1957 que añadió un apartado cuarto al art.503 en el que se ordenaba que la prisión provisional "en ningún caso puede exceder de la pena señalada al delito que lo motiva"³⁴².

³⁴² Dicho apartado cuarto fue expresamente derogado por la Ley 10/1978 (BOE 23.2.1978)

Este precepto ha sido objeto de diversos cambios legislativos:

La Ley 16/1980, de 22 de abril, de modificación de los artículos 503 a 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre prisión provisional estableció que: En ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado.

La Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, de modificación de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre prisión provisional: "La duración máxima de la prisión provisional será de seis meses cuando la pena señalada al delito imputado sea igual o inferior a la de prisión menor, y de dieciocho en los demás casos. El Juez o Tribunal podrá ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de 30 meses, cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, o cuando hubiere producido graves consecuencias en el ámbito nacional, o cuando se hubiere cometido fuera de éste, o bien, la instrucción de la causa fuere de extraordinaria complejidad. Asimismo, podrá el Juez o Tribunal ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, si ésta hubiese sido recurrida.

En los plazos establecidos en este artículo no se computará el tiempo en que la causa sufriere dilaciones indebidas imputables al inculpado.

Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, de modificación de los artículos 503, 504 y 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre prisión y libertad provisionales: "La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor, o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años, respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal. Una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando ésta hubiere sido recurrida. No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia".

Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional: "La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

Nos encontramos, por tanto, con el hecho de que los textos constitucionales han ido evolucionando para incorporar autolimitaciones temporales relativas a la detención y la prisión preventiva. Dentro de dicha dinámica resulta posible predecir que al ponerse de manifiesto la relevancia de la limitación temporal que supone la prescripción de los delitos y las penas ello pueda llegar a convertirse en un derecho fundamental reconocido en la carta magna.

Con independencia de que en la actualidad pueda o no insertarse la prescripción como norma fundamental con valor constitucional, es de advertir que en cuanto a garantía y limitación del poder punitivo del estado puede en un futuro

Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3º o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.

Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

3. Cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en el apartado 1.3º.b) del artículo anterior, su duración no podrá exceder de seis meses”.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Introduce en apartado 6 y modifica la redacción del párrafo 1º del apartado 2 del artículo 504. Su redacción anterior era la siguiente: 2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en el párrafo a) del ordinal 3º del apartado 1 o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.

llegar a alcanzar expresamente dicha relevancia.

La garantía que supone la constitucionalización de la prescripción puede ser especialmente útil en determinados procesos de paz, transiciones políticas o conflictos de bandas, en los que ante un difícil equilibrio de poderes fácticos se considera necesario una auto limitación de la respuesta punitiva que puede resultar más eficaz para la resocialización y la paz que una respuesta ilimitada temporalmente en la persecución de los delitos. No se trata de amnistías o ley de punto final, sino una moderación de la respuesta punitiva que será legítima si es adoptada por quien tiene legitimidad constitucional.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la prescripción si bien engarza directamente con diversos preceptos constitucionales, es simplemente una garantía más, útil y eficaz, que ofrece el ordenamiento jurídico dentro de otras mucho que resultan mucho más eficaces como la presunción de inocencia, la división de poderes, la prohibición de arbitrariedad y de indefensión etc., pero que por su contenido no requiere necesariamente una formulación constitucional, como a mi juicio no lo requiere la prohibición de enjuiciar de nuevo un hecho ya juzgado definitivamente, o la delimitación de la duración de la detención o prisión preventiva, y todo ello por positivas y esclarecedoras que puedan ser dichas limitaciones. Se trata de limitaciones que perfectamente pueden ser articuladas por normas ordinarias, que además en el caso de leyes que afecten a derechos fundamentales requerirán que sean orgánicas.

El fundamento que mejor engarza con la naturaleza constitucional de la prescripción, como autolimitación del poder punitivo del estado es la prohibición de arbitrariedad, en cuanto el ejercicio temporal del ius puniendo no puede ser dilatado innecesariamente.

El reconocimiento de la prescripción penal como un derecho fundamental no supone, desde mi punto de vista, incompatibilidad alguna con la imprescriptibilidad de los delitos extraordinariamente graves como lo son los de genocidio, lesa humanidad o terrorismo con víctimas mortales, pues tal como reiteradamente ha manifestado el Tribunal Constitucional no existen derechos absolutos, y así el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) aparece modulado en el mismo precepto y con la previsión constitucional de la privación de libertad por detención preventiva (art. 17.2), prisión provisional, etc.

Justamente, el hecho de que la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio y de lesa humanidad integren acuerdos internacionales como la Convención de 11 de noviembre de 1968 y el Convenio de 9 de diciembre de 1948 pone de manifiesto la relevancia de la prescripción en un ámbito superior al de la legislación ordinaria, y si la imprescriptibilidad de determinados delitos extraordinariamente graves resulta de lo convenido o impuesto en tratados internacionales, no resulta incongruente que los estados puedan alzar la prescripción de los delitos ordinarios a rango constitucional, máxime en la era de globalización donde los estados legislan sobre la competencia para perseguir delitos cometidos contra sus ciudadanos aun los cometidos fuera de su territorio, por lo que la prescripción con carácter de derecho fundamental se alza no sólo como límite temporal del propio estado, sino también como límite a la extradición de nacionales para ser enjuiciados en otros estados.

En las legislaciones extranjeras nos hemos encontrado con que la Constitución de Colombia³⁴³ de 1991 expresamente en su art.28 que sigue en vigor en la actualidad, contempla

³⁴³ Ver en wsp.presidencia.gob.co/Normativa/Documents/Constitución-Politica-Colombia.pdf. Consulta el 4 de octubre de 2015.

la prescripción en su último párrafo: "En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

3.5 Propuesta de modificación constitucional

La constitucionalización de la prescripción como un derecho subjetivo puede efectuarse con un precepto del siguiente tenor:

"Se garantiza el derecho a la prescripción de las infracciones penales, de las penas y medidas de seguridad en los plazos y requisitos legalmente establecidos excepto la de aquellos que por su extrema gravedad sean declarados imprescriptibles,

Estimamos que dicha norma podría encajar fundamentalmente en tres preceptos según cuál sea la opción respecto a la fundamentación, naturaleza y consecuencias que se pretenda resaltar dentro de la topografía constitucional, que serían los arts.9.3; un nuevo apartado 17.5 y el art.24.2 de la Constitución.

A) Art.9 de la Constitución

Este precepto en su primer apartado ordena la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, por lo que supone en primer lugar proclamar la limitación de los mismos que no son omnímodos, siendo la prescripción un evidente límite a la facultad de perseguir y castigar por la comisión de delitos. El segundo apartado destaca la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, y esa igualdad significa una igualdad de trato que también se predica respecto a la duración de los procesos y del poder de perseguirlos. El apartado tercero proclama la irretroactividad de las normas sancionadoras no

favorables o restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica, así como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Se trata de conceptos que han sido tratados tanto en la fundamentación, y naturaleza de la prescripción.

Por ello, el precepto quedaría así redactado:

Art.9

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, **la prescripción de las infracciones penales, de las penas y medidas de seguridad en los plazos y requisitos legalmente establecidos excepto la de aquellos que por su extrema gravedad sean declarados imprescriptibles**, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

B) Art.17 de la Constitución

Este precepto gravita en torno al derecho a la libertad y las limitaciones de la prisión preventiva y la detención.

En tanto que históricamente, y también en la actualidad la pena de prisión ha sido la más relevante, y la que mejor explica la necesidad de la prescripción, estimamos que dicho precepto, tal como se ha advertido previamente, engarza con los límites temporales de la privación de libertad. En dicho

sentido este precepto reforzaría el derecho a la prescripción, especialmente de las penas de libertad, mientras que la prescripción de otro tipo de penas como multas, o penas a personas jurídicas quedarían en un plano más difuminado.

Art 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

5. Los plazos y requisitos de la prescripción de las infracciones penales, de las penas y medidas de seguridad se establecerán legalmente, excepto la de aquellos que por su extrema gravedad sean declarados imprescriptibles,

C) Art 24 de la Constitución

La dimensión temporal del proceso entronca directamente con la efectividad de la tutela judicial efectiva y la propia eficacia de las normas. La dilación indefinida del proceso es en realidad una negación de facto de las leyes sustantivas que deberían aplicarse, y también una negación del sistema jurídico que debe de hacerlas valer, constituyendo el factor temporal un elemento esencial que no puede pasar desapercibido.

Por todo lo anterior, estimamos que dentro del avance que supone el reconocimiento constitucional de nuevos derechos fundamentales como límites al poder punitivo del estado dentro de la especial relevancia de la dimensión temporal del proceso que ha podido pasar desapercibida en el pasado, pero que constituye un verdadero paradigma dentro del derecho a la tutela judicial efectiva que tienen los justiciables y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como comprensivo de que las causas sean enjuiciadas dentro de un plazo razonable, proponemos la siguiente redacción del art.24.2 de la Constitución española donde entendemos que tendría su mejor ubicación sistemática, desde una perspectiva más propia de las garantías procesales.

Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, **y a la prescripción de las infracciones penales, de las penas y medidas de seguridad en**

los plazos y requisitos legalmente establecidos excepto la de aquellos que por su extrema gravedad sean declarados imprescriptibles, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

4 CLASIFICACION DE LAS NORMAS DE PRESCRIPCION

A nuestro parecer toda regulación de la prescripción, en esencia, presenta la siguiente estructura:

A) Supuesto de hecho: transcurso de un lapso de tiempo predeterminado legalmente.

B) Consecuencia: extinción de la responsabilidad criminal

A partir, de dicha estructura básica mínima de la prescripción, cada legislación puede otorgarle unas características distintas que influirán en su concepción dentro de cada ordenamiento jurídico.

Por ello, proponemos la siguiente clasificación de las posibles regulaciones de la prescripción, que podrán condicionar o interferir en su naturaleza jurídica en cada ordenamiento jurídico y a cuyas características nos hemos ido refiriendo a lo largo de este trabajo:

1.-Por su aceptación o negación

- a) Prescripción absoluta
- b) Prescriptibilidad generalizada con excepciones

- c) Imprescriptibilidad generalizada con excepciones
- d) Imprescriptibilidad absoluta

2.-Por sus requisitos:

- a) Prescripción pura: sólo exige el paso del tiempo.
- b) Prescripción condicionada: exige algún otro requisito, tales como no cometer otro delito, no huir, etc, que suelen consistir en comportamientos del sujeto.

3.-Por su plazo:

- a) Plazo único
- b) Plazos diversos

4.-Por sus efectos:

- a) Único: Prescripción plena, extinción de la responsabilidad penal.
- b) Varios: Además de la anterior, se regula una cuasi-prescripción o prescripción incompleta con efecto atenuatorio por no haberse completado el plazo.

5.-Suspensión de plazo

- a) Admiten suspensión del plazo.
 - Por causas legalmente establecidas
 - Por discrecionalidad judicial debido a dificultades extraordinarias no previstas legalmente (situación de conflicto armado, destrucción de la causa por incendio, etc.)
- b) No lo admiten

6.-Por el momento en que acontece

- a) Preprocesal
- b) Paralización del proceso
- c) Prescripción de la pena, tras sentencia firme

7.-Por su naturaleza jurídica

- a) Derecho material
- b) Derecho procesal
- c) Mixta
- d) Derecho fundamental o constitucional

9.-Por la carga de su alegación y prueba

- a) De oficio
- b) De parte

10.-Por el tipo de norma que las regula

- a) Ley ordinaria
- b) Ley Orgánica
- c) Texto constitucional
- d) Tratado internacional

11.-Por su ubicación sistemática:

- a) En la parte general
- b) En la parte especial, en cada delito.

12.-Por su renunciabilidad

- a) Renunciable
- b) Irrenunciable

13.-Por el momento de su alegación

- a) En cualquier momento
- b) En los momentos procesales especificados en la ley.

14.-Por el objeto de la prescripción:

- a) La responsabilidad criminal de cada sujeto.
- b) La infracción penal.

CAPITULO 4

LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION

1. PLAZO DE PRESCRIPCION

Para la adecuada comprensión de toda la problemática que acontece en torno a los plazos de prescripción, estimo que debemos de referirnos a diversos conceptos que interactúan entre los mismos.

A) Plazo de prescripción es el concreto lapso de tiempo fijado por la ley, habitualmente en años o meses, para que opere la prescripción. La fijación y relación de los diversos plazos ha variado según diversas reformas, por lo que resulta necesario referirnos a las mismas.

B) Determinación del plazo: La norma que regula el plazo de prescripción puede resultar simple o de cierta complejidad no tanto por el establecimiento del plazo, sino por la técnica legal que emplee para establecer cuáles son los delitos a los que se les asigna dicho plazo, siendo de referir que en nuestro código no se vale de un criterio unitario, y además el criterio principal que utiliza es el de la pena imponible, lo cual suscita diversas problemáticas.

C) Cómputo del plazo: Indica cuando comienza y finaliza el plazo de prescripción, y el momento en que opera. Además dentro del cómputo del plazo puede operar la interrupción y la suspensión del plazo.

Por ello, dentro del cómputo del plazo, podemos distinguir:

C.1-Inicio del plazo: Es el momento en que comienza el cómputo del plazo.

C.2-Interrupción del plazo: Ante determinados acontecimientos, actos o circunstancias no puede proseguir el cómputo del plazo.

C.3-Suspensión del plazo: Antes del inicio del plazo o durante el mismo aun cuando transcurra tiempo el mismo no computa a efectos de iniciar o alcanzar la prescripción.

C.4.-Finalización del plazo: Tiene lugar en el momento en que culmina el plazo y se alcanza la prescripción.

Si bien el cómputo del plazo de prescripción, así como en menor medida la determinación del plazo de prescripción han suscitado en las dos últimas décadas en España un gran interés en la jurisprudencia y en la doctrina científica, sin embargo, la fijación legal del plazo de prescripción provoca mucho menos interés y debate, si bien es de indicar que durante la vigencia del Código Penal de 1995 se han producido relevantes modificaciones legales respecto a los plazos que han ido alargándose.

Estimamos que la fijación por el legislador de unos determinados plazos de prescripción es una cuestión que puede y debe ser estudio de la presente investigación, en cuanto el plazo temporal es el pilar fundamental que asienta la prescripción.

En el presente capítulo investigaremos sobre los plazos de prescripción y la determinación de los mismos, siendo el cómputo por su complejidad tratado en el siguiente capítulo.

1.1. Necesidad de plazo

Aun cuando pueda parecer una reiterada obviedad, la existencia de un plazo determinado previamente por la ley es un elemento indispensable dentro del instituto de la prescripción que nos permite diferenciarlo de otras figuras que pueden guardar una semejanza como las dilaciones

indebidas, o la añadida dificultad temporal para la adecuada valoración de las pruebas que puede quedar reflejada en la sentencia por la aplicación del principio de presunción de inocencia, o el principio in dubio pro reo.

La existencia del plazo cierto prefijado legalmente es lo que aporta seguridad jurídica y elimina los elementos subjetivos o valorativos judiciales, y es el elemento diferencial de la prescripción de las infracciones penales.

Si bien existen autores como ENDICOTT³⁴⁴ que sostienen que "la vaguedad y las consiguientes indeterminaciones, son características esenciales del derecho" justamente en el derecho penal resulta necesario un especial esfuerzo para lograr que las normas aporten certeza y seguridad jurídica.

Una resolución judicial absolutoria basada en que el transcurso del tiempo hace innecesaria la pena, o el enjuiciamiento, o impide la adecuada valoración de las pruebas, pero sin relacionarlo con un plazo legal podría responder a una finalidad semejante a la prescripción, pero no lo sería, lo cual pone de manifiesto que la prescripción puede entroncar con otras instituciones como el indulto otorgado por el paso del tiempo, pero resulta distinta.

1.2. Unidad o pluralidad de plazo

Cabe plantearse si es posible fundamentar la existencia de un único plazo de prescripción para todas las infracciones penales.

Estimamos que la existencia de un plazo único puede entroncar con la una visión de la prescripción fundada en el derecho procesal, en el que se estimara que transcurrido un determinado plazo de inactividad el mismo proceso carece de garantías suficientes para la adecuada valoración de la

³⁴⁴ ENDICOTT, T.: *La vaguedad en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 21.

prueba.

La existencia de plazos distintos entronca mejor con la naturaleza material de la prescripción en atención a la gravedad de la conducta y con el principio de proporcionalidad, aun cuando la pluralidad de plazos también es defendible desde una perspectiva procesal en atención al tipo de proceso seguido. Por nuestra parte, estimamos que la pluralidad de plazos es lo que mejor se adapta a la prescripción.

Dicha pluralidad de plazos pueden estar contenidos en la parte general del código, pero también pueden concretarse en la parte especial en cada uno de los delitos, o incluso en cada capítulo.

1.3. Los plazos

En el presente apartado vamos a fijarnos en una cuestión que a nuestro juicio ha merecido escasa atención y que es la fijación por el legislador de la escala de plazos, y ello lo hacemos, con abstracción de la gravedad o entidad de los delitos a los que van referidos dichos plazos, que también será objeto de estudio.

No tratamos en el cuadro que a continuación exponemos de comparar los plazos, pues no debe de olvidarse que los mismos en cada código se relacionan con unos determinados delitos o penas a los que van relacionados, y que además dichos plazos deben de aplicarse dentro del marco normativo de cada código en los que el inicio del cómputo, las causas de interrupción, etc. condicionan su aplicación.

Sin embargo, estimamos que merece ser objeto el estudio de los plazos considerados de forma abstracta.

En el cuadro sinóptico siguiente mostramos la pluralidad de plazos de prescripción del delito ordenados con referencia a las leyes que los establecían por su

duración relacionando los imprescriptibles y los plazos en años y meses (m) que han existido:

LO 1/2015	IMP	20	15		10		5			1			
LO 5/2010	IMP	20	15		10		5			1	6m		
LO 10/1995	IMP	20	15		10		5	3		1	6m		
CP 1944 Art. 113		20	15		10		5			1	6m		2m
CP 1932 Art. 116			15		10		5			1	6m	3m	2m
CP 1928 Art. 197		20		14		6			2	1			
CP 1870		20	15		10					1	6m		2m

IMP: Imprescriptible m: meses

Del siguiente cuadro podemos concluir:

-En España la imprescriptibilidad de algunos delitos se instaura con la LO 10/1995.

El número de plazos de prescripción varia de de un mínimo de cinco a un máximo de siete.

Se observa una escala gradual por quinquenios, 5, 10, 15, 20.

En los plazos inferiores a un año, ha sido el plazo mínimo de dos meses, y el plazo máximo de seis meses.

Las legislaciones que han contado con plazos intermedios entre 1 año y 5 años han sufrido reformas eliminándolos.

No existe una clara fundamentación que justifique la exacta duración de los plazos de prescripción de las infracciones penales, los cuales pueden ser tildados de arbitrarios, tal como calificó DIAZ PICAZO³⁴⁵ al plazo de prescripción general regulado en el Código Civil.

³⁴⁵ DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, pág.177.

Sin embargo, dentro de la absoluta discrecionalidad del legislador a la hora de fijar la duración de los plazos estimamos que sí que puede buscarse una cierta sistemática que convierta dichos plazos en producto de una discrecionalidad razonable.

1.4. Imprescriptibilidad

La Imprescriptibilidad supone la negación de la prescripción, es decir que no hay plazo alguno temporal por el que deba de operar la prescripción. Por extenso que sea el tiempo transcurrido se estima que resultará siempre insuficiente para que deje de ser impune.

Tras la II Guerra Mundial, y a raíz de los Juicios de Nuremberg contra los crímenes cometidos por los nacionalsocialistas surge un movimiento internacional a favor de la imprescriptibilidad de hechos especialmente cruentos. La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", de 26 de noviembre de 1968, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, según establecía el artículo VII.

La existencia de infracciones y penas imprescriptibles supone obviamente la inexistencia de plazos para las mismas. Es decir para dichas infracciones y penas, el legislador estima que por mucho tiempo que trascurra no opera la prescripción.

La imprescriptibilidad, por tanto, supone la negación del transcurso del plazo de tiempo como causa de extinción de la pena, lo cual es un límite a la prescripción, y puede estimarse como un punto de inflexión que puede condicionar el resto del sistema de plazos o incluso permite reflexiones sobre el fundamento y naturaleza del sistema prescriptivo que contiene delitos y penas imprescriptibles.

La legislación española ha experimentado un progresivo aumento de los delitos y penas imprescriptibles que no existían en nuestro ordenamiento hasta el CP de 1995, siendo de referir que en España, hasta los delitos castigados con pena de reclusión mayor a muerte eran prescriptibles. Por tanto, incluso prescribía la pena de muerte.

La evolución ha sido la siguiente:

A) Código Penal de 1995, Lo 10/95 establecía en su art.131.4: "El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso".

B) Reforma L.O. 15/2003, art.131.4:
"Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso".

C) Reforma L.O. 5/2010, art.131.4:
"Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el art.614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona".

El Grupo de Estudios de Política Criminal ha criticado dicha ampliación de los delitos imprescriptibles, que deberían quedar circunscritos a los crímenes internacionales³⁴⁶. Igualmente el GEPC propone excluir de la imprescriptibilidad el art.607.2 del CP de difusión de ideas justificadoras del genocidio o rehabilitación de regímenes por entender "su muy diferente significado lesivo en comparación con el resto de las conductas". Por nuestra

³⁴⁶ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL: *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, Págs.33 y 34.

parte³⁴⁷ ya pusimos de manifiesto el gran desfase entre la pena asignada al art.607.2 del CP y su declaración de imprescriptibilidad.

La opción legal por la imprescriptibilidad de determinados delitos, que tiene su origen en el orden internacional, ha acabado produciendo una irradiación o expansión a otros delitos, como es el caso en Alemania a los delitos de asesinato, y en España tras la reforma operada por L.O. 5/2010 a los delitos de terrorismo que originen una muerte.

Extraemos algunas reflexiones:

A) Admitida la imprescriptibilidad de determinadas infracciones, desde una perspectiva de lógica numérica parece que dichas infracciones supondrán un polo de atracción para elevar el plazo de aquellos delitos que guardan gran semejanza o identidad parcial con los declarados imprescriptibles.

B) Tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 se crea una nueva pena hasta entonces desconocida en nuestro ordenamiento actual denominada "prisión permanente revisable" que aparece diferenciada de la pena de prisión (art.33.2b) y que se encuentra regulada como pena grave en el art.33.2 a), 35 y 36 que presenta la relevante singularidad de no tener fijado plazo máximo de duración.

Tendría cierta lógica que los delitos castigados con esta pena fueran imprescriptibles atendiendo a la necesidad de pena que atribuye el legislador a los mismos, pues resulta un tanto incongruente que el plazo máximo de prescripción sea el de 20 años, cuando a tenor del art.36.1 la prisión permanente requiere la clasificación del condenado realizada por el Tribunal previo pronóstico individualizado y favorable, siendo para ello requisito "el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva".

³⁴⁷ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción en el Código...* ob. cit. pág.34 y 25.

Parece incongruente el plazo de prescripción en relación con el contenido y naturaleza de la prisión permanente, salvo que la prescripción se desarrolle y fundamente como una garantía que venga a limitar los excesos punitivos en que puede incurrir el propio código.

C) La declaración de imprescriptibilidad de determinadas infracciones viene a suponer una legitimación a la posible existencia de plazos extraordinariamente altos de prescripción de los delitos y penas, que resulten inviables o difíciles de alcanzar excepto para sujetos de gran longevidad o que cometieron los hechos en su juventud. Legitimada en el ordenamiento jurídico la imprescriptibilidad, si bien como excepción, también podría justificarse la imprescriptibilidad de facto (atendiendo a la esperanza de vida humana).

Por el contrario entendemos que un sistema que prohibiera la imprescriptibilidad o que consagrara la prescripción generalizada como derecho no admitiría plazos tan longevos que resultarán inviables en atención a la esperanza de vida en cada época.

2. DETERMINACION DEL PLAZO DE LA PRESCRIPCION DE LAS INFRACCIONES

Las regulaciones históricas del Código Penal tienen siempre especial relevancia por la prohibición de aplicación retroactiva de las normas desfavorables y la ultraactividad de las normas penales. Siendo el factor temporal un elemento esencial de la prescripción la concreta regulación que en cada momento ha tenido este instituto cobra mayor énfasis, pues las más de las veces las alegaciones sobre la aplicación de la prescripción versaran sobre hechos que acaecieron hace años. Por ello, hemos estimado oportuno

efectuar un análisis individualizado de cada versión legal con la que ha sido regulada esta causa que extingue la responsabilidad penal.

2.1. El CP de 1944

El plazo de tiempo para que tenga lugar la prescripción es el mismo en ambos supuestos y está fijado en el art. 113 del CP que se transcribe en el siguiente epígrafe.

El art 113 del Código penal establecía los plazos de tiempo que deben transcurrir para que exista la prescripción de los delitos y las faltas.

Mostramos un cuadro sinóptico con los plazos:

Delitos castigados con	Plazo de prescripción
Pena de muerte ³⁴⁸ o Reclusión mayor (20 años y un día a 30 años)	20 años
Reclusión menor (12 años y un día a 20 años)	15 años
Pena que exceda de 6 años (Prisión mayor)	10 años
Otras penas	5 años
Delito calumnia	1 año
Delito de injuria	6 meses
Las faltas	2 meses

Existían dos delitos que tienen un plazo de prescripción específicos, la calumnia y la injuria.

El último párrafo del art. 113 establecía que cuando la pena señalada sea compuesta se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo.

³⁴⁸ La referencia a la pena de muerte fue suprimida por la L.O. 8/1983, de 25 de junio.

Respecto los delitos que están castigados con **penas no** privativas de libertad (confinamiento y extrañamiento) prescriben a los cinco años, sea cual sea la duración de dicha pena, pues así lo ha entendido la jurisprudencia³⁴⁹.

2.2. El CP de 1995, en su redacción originaria

El texto final que fue aprobado por la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre presentaba importantes diferencias respecto al proyecto que se presentó de dicho código. Es por ello que resulta interesante su transcripción para comprobar las modificaciones que se efectuaron durante el trámite parlamentario.

2.2.1 Proyecto

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal publicado en 1994 por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia contaba con el siguiente texto literal:

³⁴⁹ "No plantea cuestión la duración del plazo de prescripción cuando se trate de delitos castigados con penas privativas de libertad. No sucede lo mismo con aquellos delitos que se sancionan con penas privativas de derechos, como sucede con los delitos contra los Altos Organismos de la Nación, tipificados en el artículo 157 del Código Penal, a los que se castiga con la pena de confinamiento. Esta pena, conforme al artículo 30 del Código Penal, tiene una duración de seis años y un día a doce años, es decir, la misma que la pena de prisión mayor. De ahí que ni se siguiera un criterio exclusivamente cuantitativo en la interpretación del citado apartado tercero del artículo 113, sería ese el aplicable. Por el contrario, si su ámbito se restringe a los delitos castigados con penas privativas de libertad, para la pena de confinamiento sería de aplicar el párrafo cuarto, que fija el plazo de prescripción en cinco años cuando se señale cualquiera otra pena. La jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado mayoritariamente por esta segunda interpretación, **incluyendo las penas privativas de derechos, cualquiera que fuere su duración, en el plazo prescriptorio de cinco años.** Así en la sentencia de 19 de diciembre de 1974 (RJ 5324), se justifica ese criterio por la menor gravedad que aprecia en las penas privativas de derechos con respecto a las penas privativas de libertad, por lo que merecen un plazo más benigno de prescripción, a lo que añade que, en caso de duda, debe resolverse siempre a favor del reo. Se refuerzan tales argumentos con el hecho de que la pena de extrañamiento, que tiene una duración de doce años y un día a veinte años, es decir, igual que la pena de reclusión menor, sin embargo no aparece en el plazo segundo junto a dicha pena.

Así las cosas, debe mantenerse el criterio defendido mayoritariamente en las sentencias de esta Sala, ya que otra interpretación sería contraria a los intereses de los acusados y, por consiguiente, **los delitos castigados con la pena de confinamiento prescriben a los cinco años.**"

(Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1994, R.J.A. 3147)

Art 131.1.-Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de diez o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años ó prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los diez, los restantes delitos graves.

A los cinco, los delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2.-Las faltas prescriben a los seis meses.

3.-Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará para la aplicación de las penas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4.-El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.

Art 132.1.-Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita.

2.-La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

Artículo 133.1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los treinta años, las de prisión de diez o más años.

A los veinte, las de inhabilitación por más de diez años y

las de prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los diez, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso.

Artículo 134. El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.

Artículo 135.1. Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad, y a los cinco, si tuvieran otro contenido.

2. El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.

3. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta.

Es de referir que en algunos aspectos el Proyecto resultó estar mejor redactado que el Código tal como fue finalmente aprobado al no incurrir el Proyecto en el vacío legislativo relativo a las penas de prisión e inhabilitación de hasta 10 años. Por otra parte, los plazos de prescripción contemplados en el Proyecto tanto del delito como de la pena resultan menos severos que el CP de 1973, pero más extensos que el Código Penal de 1995 que introducirá plazos más breves, aunque con menor sentido de la proporción.

2.2.2 Redacción original de 1995

La Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, publicada en el BOE del 24 del mismo mes y que entró en vigor a los seis meses de su publicación regula la prescripción en el Libro I, Título VII, Capítulo I, que lleva por rúbrica "*De las causas que extinguen la responsabilidad criminal. En el art. 130 se manifiesta que "La responsabilidad criminal se extingue: 5.-Por la prescripción del delito. 6.-Por la prescripción de la pena".*

Junto a dicho precepto, la prescripción del delito es regulada en los artículos 131 y 132, la prescripción de la pena en el 133 y 134 y la de las medidas de seguridad en el art. 135.

Respecto al proyecto se introduce como modificaciones una sustancial disminución de los plazos de prescripción tanto de los delitos como de las penas, en un doble sentido: ya sea por disminución de las penalidades o por la aminoración de los plazos, o incluso creando nuevos plazos más breves como es el novedoso plazo de tres años que no solo rompe con el proyecto sino también con el anterior código.

La prescripción quedó así regulada en la redacción original del Código Penal de 1995:

Art 131.1.-Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años ó prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los cinco, los restantes delitos graves.

A los tres, los delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2.-Las faltas prescriben a los seis meses.

3.-Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará para la aplicación de las penas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4.-El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.

Art 132.1.-Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita.

2.-La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

Artículo 133.1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los veinticinco años, las de prisión de quince o más años.

A los veinte, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince.

A los quince, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los diez, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso.

Artículo 134. El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.

Artículo 135.1. Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido.

2. El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.

3. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta.

2.2.3. Errores de redacción

Con carácter previo es de advertir la defectuosa técnica legislativa usada por el legislador, en la redacción del Código Penal de 1995. Así son de señalar:

En el art. 130.5. El legislador emplea el término "delitos" para referirse a los delitos y las faltas. Una lectura literal de art. 130.5 y 6 pudiera dar a entender que por prescripción sólo prescriben los delitos y las penas, no las faltas. Siendo incuestionable, a tenor del artículo 131.2 que les asigna un plazo prescriptivo de seis meses, que las faltas -infracciones penales leves- prescriben,

hubiera sido deseable que el art. 130.5 se hubiera referido a la prescripción de las infracciones penales para englobar los delitos y también a las faltas -Art. 13 y 33 CP-.

Se constata un vacío legal al no asignarse plazo de prescripción del delito a aquellos que tienen una pena de prisión máxima de 10 años.

Igualmente hay un vacío legal al no asignarse plazo de prescripción para las penas de hasta 10 años de prisión.

Las medidas de seguridad quedan fuera de sistemática al no aparecer en el art. 130 y no tener consideración de penas. Hubiera sido deseable que en el art. 130 se aludiera a la extinción de la responsabilidad criminal "y de las medidas de seguridad" adicción necesaria ya que sólo puede imponerse medidas de seguridad cuando hay ausencia de responsabilidad criminal.

Si bien, es de advertir que las medidas de seguridad se aplican en muchos casos justamente al exento de responsabilidad criminal (art.100 CP) por lo que la ubicación de la prescripción de las medidas de seguridad dentro del Título VII del Libro I que lleva por rúbrica "De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos" puede parecer desafortunada, al menos para estos casos, en los que pudiera haber tenido una adecuada ubicación en el Título IV, del Libro I "De las medidas de seguridad", en una sección tercera que pudiera denominarse "De la extinción de las medidas de seguridad".

Algunos de dichos errores han ido siendo paulatinamente subsanados en posteriores reformas legales, tal como señalaremos. En dicho sentido constatamos que el instituto de la prescripción en los últimos 20 años ha experimentado una atención tardía, pero constante por parte del legislador que ha ido enmendando los defectos o problemas legales señalados por la doctrina y la jurisprudencia en lo que estimamos un fértil o receptivo

diálogo

2.2.4. Criterios de los plazos

La regulación de la prescripción de las infracciones penales denota la existencia de una diversidad de plazos de prescripción. Dichos plazos de prescripción se encuentran en función de diversos criterios:

1.-Por la gravedad de las infracciones:

-Por remisión a la clasificación del art. 13 y 33 CP

-Por la duración máxima de las penas de prisión e inhabilitación, ajenas a la clasificación de las penas.

2.-Por la materia de las infracciones:

1.-Genocidio

2.-Injuria

3.-Calumnia.

2.2.5. Infracciones con penas de prisión

Para la determinación del plazo de prescripción de las infracciones penales, examinaremos en primer lugar aquellas que se encontraban castigadas exclusivamente con penas privativas de libertad.

El lapso de prescripción para los delitos castigados con penas privativas de derechos (inhabilitación, suspensión, etc.) o con penas compuestas privativas de libertad y de derechos será tratado más adelante, por presentar algunas particularidades propias.

La escala gradual de penas privativas de libertad cuya duración temporal estaban prefijadas en el Código de 1973 en la parte general del Código penal³⁵⁰ ha sido eliminada en el CP de 1995.

En el nuevo texto penal aprobado por L.O. 10/1995 a

³⁵⁰ (Reclusión mayor, reclusión menor, prisión mayor, ...).

cada delito se le asigna una pena cuya duración mínima y máxima se encuentra determinada específicamente en cada precepto, habiéndose perdido esa uniformidad o encorsertamiento en cuanto a la extensión de las penas. De esta forma, varios delitos pueden tener la misma pena mínima a imponer, pero distinta máxima, o a la inversa. Por tanto, la extensión de las penas no se encuentra prefijada con carácter general, sino que cada delito posee mayor o menor extensión³⁵¹ según la voluntad del legislador.

La gran variedad de la duración de las penas, y la ausencia de penas predeterminadas de forma genérica, ha producido que el legislador del nuevo Código Penal se haya visto obligado a variar su redacción respecto al anterior en lo que atañe a la determinación del lapso de prescripción de los delitos, puesto que anteriormente le bastaba con remitirse a la escala gradual de penas genéricas³⁵² establecidas en la parte general (en sus arts.30 y 73) para asignarles un plazo de prescripción. La eliminación de dicho cuadro de penas prefijadas con carácter general ha obligado a modificar la forma de determinar el plazo prescriptivo, siendo de referir que los arts. 13 y 33 del Código penal que podían haber suplido dicha escala gradual se limitaron a establecer una clasificación en las faltas, delitos menos graves y graves, que no colmaba la necesidad de establecer diversos plazos de prescripción, especialmente en los delitos graves. Desde nuestro punto de vista, la clasificación del art.33 del Código Penal ofreció pocas posibilidades aplicativas respecto a la prescripción y otras instituciones como la cancelación de antecedentes, etc. por

³⁵¹ Así, el delito del art. 163.1 establece una pena de "prisión de cuatro a seis años", mientras que el delito contemplado en el art. 150 establece una pena de "prisión de tres a seis años".

³⁵² Así p. ej. el art 113 p.2 del anterior Código señalaba que los delitos prescriben a los quince años cuando tengan señalada pena de reclusión menor.

lo que el importante papel que podría haber constituido el art.33 como eje del engranaje procesal como de la ejecución de la pena se tuvo que suplir mediante otras disposiciones.

Para determinar el plazo de prescripción de los delitos en el Código Penal de 1995 hay que atender, en principio, al límite máximo de la pena asignada a cada delito en particular, pues en función de esa pena máxima se aplicará un plazo u otro de prescripción. En los siguientes epígrafes desarrollamos uno por uno los distintos plazos de prescripción posibles, establecidos por la Ley.

A.-Plazo de 20 años

El art. 131.1 párrafo 2 establecía que los delitos prescriben a los 20 años "*cuando la **pena máxima** señalada al delito sea de prisión de 15 o más años*".

Para determinar el plazo de prescripción de cada delito, habrá en primer lugar que conocer la duración de la pena que tiene concretamente establecido, fijándonos en la pena máxima, que si es de "prisión de 15 o más años", tendrá un periodo de prescripción de 20 años³⁵³.

Como se puede apreciar, el cambio de las penas de los delitos y la modificación de la redacción del artículo de la prescripción supuso en muchos delitos que varíe el lapso de la prescripción con respecto al anterior código penal³⁵⁴.

Podía surgir una cuestión problemática en aquellos

³⁵³ Así, por ejemplo, el delito de asesinato (art 139) tiene fijada la pena de prisión de 15 a 20 años. La pena máxima de dicho precepto es de 20 años, que al ser una "prisión de 15 o más años" tendrá por tanto, el plazo de prescripción que señala el art. 131.1 p.2, es decir de 20 años.

El delito de homicidio (art 138) se encuentra castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, por ello su plazo de prescripción será de 20 años, al ser su pena máxima señalada por la Ley la de prisión de 15 años.

³⁵⁴ El homicidio en el anterior código estaba castigado con reclusión menor y por lo tanto prescribía a los 15 años (Art. 113 p.2), mientras que con el nuevo código prescribe a los 20 años.

supuestos en que por el grado de autoría, ejecución o circunstancias modificativas de la responsabilidad, la pena a imponer se rebajaba a las inferiores en grado a la señalada en el tipo. Esta cuestión y otras sobre la determinación de la pena y su posible repercusión en el plazo de prescripción será objeto de nuestro estudio en páginas posteriores.

B.-Plazo de 15 años

El art. 131.1 párr.2 establecía el plazo de prescripción de 15 años aquellos delitos cuya pena máxima señalada por la Ley sea de prisión por *"más de 10 años y menos de 15 años"*.

C.-Plazo de 10 años

El plazo de prescripción de diez años estaba señalado en el art. 131.1 p3 para los delitos castigados por la Ley con la pena máxima de prisión de más de 5 años y menos de diez años³⁵⁵.

De la lectura del párrafo 2 y 3 del art. 131.1 en su redacción originaria surge una pregunta: ¿Cuál es el plazo de prescripción para los delitos cuya pena máxima señalada por la Ley sea de 10 años, exactos, de prisión?

Los delitos con penas cuyo límite máximo de prisión era el de 10 años no tenían señalado plazo de prescripción. Ello ocurre porque el párrafo 2 del art. 131.1 establecía el

³⁵⁵ Este es el plazo de prescripción, entre otros, para los siguientes delitos:

-Lesiones en miembro no principal del art.150, castigado con la pena máxima de seis años de prisión.

-Detención ilegal del art. 163.1, castigado con la pena máxima de seis años de prisión.

-Detención ilegal del art. 163.3 castigado con la pena máxima de ocho años de prisión.

lapso de prescripción de 15 años para los delitos cuya pena máxima señalada por la Ley sea de "**más de 10 años**", y el párrafo 3 de ese mismo precepto fijaba el plazo de prescripción de 10 años, para los delitos cuya pena máxima era de prisión por "**menos de 10 años**", pero ninguno de ellos hacía referencia a los delitos castigados como máximo con 10 años, exactos, de prisión.

Transcribimos el precepto en el que puede observarse lo que apuntamos:

Art. 131.1 *Los delitos prescriben: (...)*

*A los quince, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación **por más de diez años** ó prisión **por más de diez** y menos de quince años.*

*A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y **menos de diez**, o prisión por más de cinco y **menos de diez años**.*

Los delitos castigados con la pena máxima de 10 años de cárcel, o de inhabilitación, no se encontraban comprendidos en ninguno de los dos párrafos referenciados, sembrando la duda sobre si el plazo de prescripción a aplicar sería el de 10 o el de 15 años.

No se trata éste de un problema ficticio o imaginario pues en el Código Penal se observaban diversos delitos que tienen señalada por la Ley una pena máxima de 10 años³⁵⁶.

A tenor de dichos preceptos es obvio que el Tribunal podía imponer la pena máxima de diez años de cárcel al autor de un delito de secuestro del art. 164 por tanto no sería

³⁵⁶ Art.164: "*El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de **seis a diez años***".

Igualmente están castigados con la pena máxima de 10 años de prisión los delitos del art 143.3 sobre el cooperador del suicida que ejecute la muerte; el art. 182 de abuso sexual con acceso carnal sin consentimiento; el art. 342 sobre perturbación del funcionamiento de una central nuclear, etc.

de aplicación el art. 131.1, par.3 que fijaba el plazo de prescripción de 10 años para los delitos cuya pena máxima sea prisión por más de cinco y **menos de diez años** (pues como resulta obvio 10 años es más de "menos de 10 años"). Igualmente tampoco sería de aplicación el lapso de prescripción del par.2 que establece el plazo de prescripción de 15 años para los delitos castigados con prisión de **más de diez años** y menos de quince.

No hemos encontrado ninguna explicación a este vacío legislativo respecto a las penas castigadas como máximo con 10 años, y ello no parece obedecer a ningún motivo fundado sino a una defectuosa redacción. Obsérvese que este problema no ocurría en el párrafo 1 del art. 131.1, que establecía con claridad el plazo de prescripción de 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito era de "prisión de quince o más años". Si el legislador hubiera empleado la misma técnica de redacción no habría lugar a plantearse esta cuestión. Igualmente, el legislador podría haber dejado bien clara cual era su intención si hubiera establecido que "prescriben a los 10 años los delitos cuya pena máxima señalada por la Ley sea prisión por más de cinco y hasta 10 años de prisión inclusive."

Refuerza la posibilidad de que esta cuestión se deba a una defectuosa redacción de última hora el hecho de que este artículo se encuentre modificado en dicho punto respecto al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994³⁵⁷, el cual señalaba:

Art 131.1 "Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea de prisión de diez o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión mayor por

³⁵⁷ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, Ministerio de Justicia e interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1994.

más de cinco y menos de diez años.

A los diez, los restantes delitos graves.

A los cinco, los delitos menos graves.

Los delitos de injuria y calumnia prescriben al año.

2.-Las faltas prescriben a los seis meses.”

Como puede observarse este precepto había sido totalmente modificado en sus plazos de prescripción del delito en relación a su pena. En la redacción del proyecto, los delitos castigados con pena máxima de 10 años de prisión sí se pueden englobar dentro del plazo de prescripción de 20 años, pues expresamente se menciona “*cuando la pena máxima señalada al delito sea de prisión de **diez o más años**”*. Los plazos de prescripción y las penas de los delitos habían sido modificadas en el nuevo código respecto al proyecto, puesto que el código había endurecido y aumentado muchas penas.

Para solventar la cuestión entendíamos que debía aplicarse el plazo de prescripción de 10 años, y ello lo basabamos en los siguientes argumentos:

1.-Los delitos castigados con una pena máxima de hasta diez años de prisión, no se encontraban comprendidos en ninguno de los apartados del art. 131. No se puede pensar por ello que estos delitos fueran imprescriptibles, pues históricamente en nuestro derecho todos los delitos tenían un plazo de prescripción, y en el código de 1995 el legislador señalaba la excepción expresamente (art. 131.4) al manifestar que los “delito de genocidio no prescribirá en ningún caso”.

Por otra parte, sería absolutamente asistemático que delitos castigados con penas de hasta 25 años de prisión (asesinato agravado del art. 140) tuvieran un plazo de prescripción de 20 años, y sin embargo los delitos castigados con 10 años de cárcel como máximo resularan

imprescriptibles.

2.-Indudablemente se trataba de un error de redacción, pues no existía ninguna justificación al respecto y en ello coincide toda la doctrina científica que ha estudiado la cuestión.

3.-Si los delitos castigados con la pena máxima de hasta 10 años de prisión tenían un plazo de prescripción, este debe de ser por proximidad con otras penas el de 10 años o el 15 años.

4.-Ante la duda, por reducción al absurdo, mantuvimos por nuestra parte³⁵⁸ que la única solución posible que debía primar era aplicar el plazo de prescripción de diez años, por ser ésta la interpretación más favorable al reo, criterio que debe presidir la interpretación de la prescripción, según ha resaltado unánimemente la jurisprudencia del anterior código respecto a otras cuestiones problemáticas que se planteaban³⁵⁹.

Es numerosa la jurisprudencia que ya de antiguo proclamaba este principio³⁶⁰.

³⁵⁸ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción en el Código...* ob. cit. ágs. 26 a 28.

³⁵⁹ Los principales problemas de interpretación que se presentaban ante la jurisprudencia eran: Qué ocurría cuando se desconocía la fecha de comisión del delito; qué debía interpretarse por paralización; cuál era el plazo de prescripción para los delitos castigados con penas privativas de derechos que no aparecían expresamente reseñadas en el anterior código.

³⁶⁰ **"Lo acertado es no emplear interpretaciones restrictivas de esta institución, dada la naturaleza de la misma, que concuerda con los fines de la pena y con el resultado que la acción del tiempo ejerce sobre la conciencia social perturbada por el delito, o lo que es lo mismo, por el efecto destructor que el transcurso del tiempo hace sobre el desvalor social y jurídico que el delito produjo al tiempo de su comisión. (Cfr TS S 5 feb 1908, 10 marzo 1954, 10 nov 1957 y 13 marzo 1973) (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril 1990, La ley 1990-3, 705 R 13015-R).**

"En toda esta materia, es norma interpretativa consolidada por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala que debe actuarse con criterios "pro reo" (SS 157/90 de 18 de octubre -RTC 1990/157- del Tribunal Constitucional y 6 de abril de 1990 -R.J.A. 3193- del Tribunal Supremo entre otras).

Particularmente interesante, por la similitud que puede apreciarse en el problema resulta la siguiente sentencia en la que se cuestionó cual debía ser el plazo de prescripción para los delitos castigados con penas privativas de derechos que no aparecían expresamente referenciados en el Código de 1973. Esta cuestión será tratada más extensamente, baste ahora señalar que la jurisprudencia se inclinó por aplicar el plazo más benigno para el reo³⁶¹.

La doctrina jurídica es unánime al entender de aplicación el plazo de diez años, tal como indican GUINARTE CABADA³⁶² o MORILLAS CUEVA³⁶³.

D.-Plazo de prescripción de 5 años

(Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1992, R.J.A. 2368)

*"Esta sala ha venido interpretando el término paralización en **términos extensivos pro reo**".*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1993, Ponente: Ramón Montero. R.J.A. 6304)

*"El termino de la prescripción de la acción penal o del delito **no deben interpretarse con criterio restrictivo**, dada la naturaleza de esta institución, que concuerda con los fines de la pena y con el resultado deprimente que la acción del tiempo ejerce en la conciencia social, perturbada por el delito."*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1908, CJ V.I,64)
361

*"Se justifica ese criterio por la menor gravedad que aprecia en las penas privativas de derechos con respecto a las penas privativas de libertad, por lo que merecen un plazo más benigno de prescripción, a lo que añade que, **en caso de duda, debe resolverse siempre a favor del reo.***

(Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1994, R.J.A. 3147)

³⁶² GUINARTE CABADA, G.: "Artículos 130 y ss". en VIVES ANTON, T.S. (coord.) en *Comentarios al Código Penal de 1995* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág.680.

³⁶³ MORILLAS CUEVA/BARQUIN SANZ, Ob. cit. pág. 1103, afirman que llegan a la misma solución no por aplicación del principio pro reo sino por descarte de los otros plazos "ya que por definición todo delito conminado con pena máxima de diez años, ésta a su vez conminado con pena inferior a diez años y, por tanto, dentro de los presupuestos en virtud de los cuales la infracción prescribe a los diez años.

El art. 131.1 en su párrafo 5, señalaba el plazo de prescripción de 5 años para los restantes delitos graves.

Art. 131.1 (p.5)

A los cinco, los restantes delitos graves

Los restantes delitos graves eran aquellos castigados con penas superiores a 3 años de prisión hasta 5 años.

El límite máximo de pena lo encontramos por exclusión con el párrafo 4 del art. 131.1 que señalaba un plazo de prescripción de 10 años para los delitos castigados con prisión de "más de cinco años". El límite mínimo de la pena lo encontramos por aplicación de los arts. 13.1 en concordancia con el art.33.2:

Art 13.1: *Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. (...)*

Art 33.2: *Son penas graves: a) La prisión superior a tres años. (...)"*

Son penas graves, y en su consecuencia delitos graves los castigados con las penas señaladas en el art. 33.2:

Art 33.2:

a) *Prisión superior a 3 años*

b) *La inhabilitación absoluta*

c) *Las inhabilitaciones especiales superiores a 3 años*

d) *La suspensión de empleo o cargo público superior a 3 años*

e) *Privación del Derecho a conducir vehículos superior a 6 años*

f) *Privación del Derecho a tenencia y porte de armas superior a 6 años* g) *Privación del D. a residir o acudir a ciertos lugares superior a 3 años.*

El art. 33.2 fija los límites mínimos de las penas graves. Por tanto los delitos castigados con pena de prisión superior a 3 años de cárcel tendrá un plazo de prescripción

de 5 años, si el límite máximo de pena de cárcel no es "de más de cinco años de cárcel", ya que en caso contrario no sería de aplicación el art. 131.1 párrafo 5, sino los párrafos 4, 3 ó 2 según el límite máximo de prisión establecido en cada delito.³⁶⁴

E.-Plazo de 3 años

El art. 131.1 p 5 fijó el novedoso plazo de prescripción de tres años que no existía en el código penal derogado de 1944. Este nuevo plazo esta reservado para los delitos menos graves, lo cual supuso importantísimas repercusiones.

El concepto de "delitos menos graves" lo establece en el art. 13.2, en relación con el art. 33.2. De lo que llevamos estudiado del precepto analizado es la primera vez que el art. 131 utiliza plenamente, sin modificaciones, la clasificación de las infracciones contenida en el art. 13 y 33 del Código Penal.

Art 13.2: *Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.*

Art 33.3: *Son penas menos graves:*

- a) *La prisión de seis meses a tres años.*
- b) *Las inhabilitaciones especiales hasta 3 años*
- c) *La suspensión de empleo o cargo público hasta 3 años.*
- d) *La suspensión de empleo o cargo público superior a 3 años.*
- e) *Privación del Derecho a conducir vehículos superior a 6 años.*

³⁶⁴ Respecto a los otros delitos graves cuya pena consiste en penas privativas de derechos, (art 33.2 b) y siguientes) serán tratados más adelante.

f) *La privación del Derecho a residir o acudir a lugares de 6 meses a 3 años.*

g) *La multa de más de 2 meses.*

h) *La multa proporcional cualquiera que fuese su cuantía*

i) *El arresto de 7 a 24 fines de semana.*

j) *Trabajos en beneficio de la comunidad de 96 a 384 horas.*

La prisión de seis meses a tres años era una pena menos grave y por tanto los delitos así castigados disponían del plazo de prescripción de 3 años.

La redacción del párrafo 4 y 5 del art. 131.1, al indicar los lapsos de prescripción de 5 y de 3 años, no hacía referencia expresa a la pena máxima señalada para la ley, sino que asignaba dichos plazos a "los restantes delitos graves" o a "los delitos menos graves".

Un problema se planteaba cuando un delito tenía una pena cuyo mínimo se encontraba configurada como un delito menos grave, y sin embargo su límite máximo tiene la consideración de pena grave

Así acontecía, por ejemplo, en el delito de lesiones del art. 148 que se encuentra castigado con "la pena de prisión de dos a cinco años".

La respuesta se hallaba en el art. 13.4 CP que indicaba "Cuando la pena, por su extensión pueda incluirse a la vez entre los delitos graves y menos graves, el delito se considerará en todo caso como grave."

Por tanto, el periodo de prescripción de la infracción en estos supuestos, hemos de concluir que era el de cinco años.

2.2.6. Infracciones con penas privativas de derechos

En el presente epígrafe desarrollamos los plazos de prescripción para aquellos delitos castigados con penas privativas de derechos, ya sea de forma principal o compuesta con otras penas de distinta naturaleza.

2.2.6.1. Penas compuestas privativas de libertad y derechos

En el Código Penal de 1995, existen muchos supuestos de delitos con pena compuesta privativa de libertad y privativas de derechos, cada una con distinta extensión, por lo que según se tenga en cuenta una pena u otra asignada conjuntamente al mismo delito se obtendrá un plazo de prescripción distinto. La respuesta se encuentra en el art. 131.3 que establece:

3.-Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará para la aplicación de las penas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

Este párrafo es casi una transcripción del último párrafo del art. 114 del CP 1973, sin embargo en el anterior código no se hacía referencia expresa al plazo de las penas privativas de derechos lo cual sí ocurre ahora, con importantes consecuencias.

2.2.6.2 Penas privativas de derechos en el CP de 1973

En la aplicación del Código Penal Derogado fue una cuestión debatida la determinación del plazo de prescripción de los delitos que se encontraban castigados con penas

privativas de derechos, ya que el antiguo art 113 no mencionaba dichas penas de forma expresa. Un sector minoritario de la jurisprudencia³⁶⁵ señalaba que partiendo de la duración de dichas penas había que aplicar los mismos plazos que si se trataran de penas privativas de libertad. Sin embargo, el sector mayoritario de la jurisprudencia³⁶⁶ manifiesta que los delitos castigados con penas privativas de derechos tenían un plazo de prescripción de cinco años, en virtud del art. 113 par.4 que establecía dicho plazo cuando la Ley señale "cualquier otra pena". La cuestión no suscitaba dudas en la jurisprudencia del código derogado, según expone la sentencia³⁶⁷ del Tribunal Supremo de 21 de

³⁶⁵ Sentencias de 18 de febrero de 1954, 4 de febrero de 1960, 7 de abril de 1960 y 28 de octubre de 1972. Citadas por MORILLAS CUEVA, en "La prescripción del delito y de la pena", Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XX, Ed. Francisco Seix SL, Barcelona 1993.

³⁶⁶ Sentencias de 4 de octubre de 1934, 1 de junio de 1946, 25 de marzo de 1963, 28 de octubre de 1964, 1 de junio y 19 de diciembre de 1974. Citadas por MORILLAS CUEVA en Ob. cit.

³⁶⁷ *"No plantea cuestión la duración del plazo de prescripción cuando se trate de delitos castigados con penas privativas de libertad. No sucede lo mismo con aquellos **delitos que se sancionan con penas privativas de derechos**, como sucede con los delitos contra los Altos Organismos de la Nación, tipificados en el artículo 157 del Código Penal, a los que se castiga con la pena de confinamiento. Esta pena, conforme al artículo 30 del Código Penal, tiene una duración de seis años y un día a doce años, es decir, la misma que la pena de prisión mayor. De ahí que ni se siguiera un criterio exclusivamente cuantitativo en la interpretación del citado apartado tercero del artículo 113, sería ese el aplicable. Por el contrario, si su ámbito se restringe a los delitos castigados con penas privativas de libertad, para la pena de confinamiento sería de aplicar el párrafo cuarto, que fija el plazo de prescripción en cinco años cuando se señale cualquiera otra pena. La jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado mayoritariamente por esta segunda interpretación, **incluyendo las penas privativas de derechos, cualquiera que fuere su duración, en el plazo prescriptorio de cinco años**. Así en la sentencia de 19 de diciembre de 1974 (RJ 5324), se justifica ese criterio por **la menor gravedad que aprecia en las penas privativas de derechos con respecto a las penas privativas de libertad, por lo que merecen un plazo más benigno de prescripción, a lo que añade***

abril de 1994.

2.2.6.3 Penas privativas de derechos en el CP 1995

En el código Penal de 1995 sí que se asignan de forma expresa distintos lapsos de prescripción a los delitos castigados con penas de inhabilitación, por ello en primer lugar, hemos de diferenciar dos supuestos:

a) Las penas privativas de derecho consistentes en inhabilitación absoluta o especial.

b) Las restantes penas privativas de derechos.

Antes de entrar con mayor profundidad en esta cuestión, es conveniente recordar el concepto, y clases de penas privativas de derechos en el Código Penal de 1995.

Art 39.-*Son penas privativas de derechos:*

a).-*La inhabilitación absoluta.*

b).-*Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o cualquier otro derecho.*

c).-*La suspensión de empleo o cargo público.*

d) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*

e) *La privación del derecho a la tenencia y porte de*

que, en caso de duda, debe resolverse siempre a favor del reo. Se refuerzan tales argumentos con el hecho de que la pena de extrañamiento, que tiene una duración de doce años y un día a veinte años, es decir, igual que la pena de reclusión menor, sin embargo no aparece en el plazo segundo junto a dicha pena.

*Así las cosas, debe mantenerse el criterio defendido mayoritariamente en las sentencias de esta Sala, ya que otra interpretación sería contraria a los intereses de los acusados y, por consiguiente, **los delitos castigados con la pena de confinamiento prescriben a los cinco años.***

(Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1994, R.J.A. 3147)

armas.

f) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.*

g) *Los trabajos en beneficio de la comunidad.*

Como hemos señalado, en el anterior código las penas de inhabilitación tenían una duración de seis años y un día a doce años (art. 30 par.5 CP 1973). En el nuevo Código, en su redacción primitiva, tienen asignada de forma genérica, en el art.40, el límite mínimo de seis meses y máximo de 20 años. Sin rebasar dichos límites genéricos, en cada delito se concreta de forma distinta la extensión de la inhabilitación.

La redacción sobre los plazos de prescripción del delito, los fija en referencia no solamente a las penas privativas de libertad, sino también en relación a la pena de inhabilitación que se encuentra referenciada expresamente, lo que no ocurría en el código derogado.

Así, el art.131.1 párrafo 2 y 3 señalan:

Los delitos prescriben:

A los quince (años), **cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.**

A los diez, **cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años.**

Respecto a la inhabilitación absoluta y especial, el art. 39 del nuevo Código, al igual que el de 1973, establece las dos clases de inhabilitación:

a) La inhabilitación absoluta, cuya duración se establece en el art. 40 , y su contenido en el art. 41.

b) La inhabilitación especial, regulada en el art. 40 y en los arts. 42, 44, 45 y 46.

El art. 131.1 p.2 y 3, no distingue si se refiere a la inhabilitación absoluta o a la especial, y por ello pensamos que no puede ofrecer ninguna duda que debe entenderse referido a cualquiera de ambas inhabilitaciones.

La referencia expresa a las penas de inhabilitación, entendemos que modifica y distorsiona la anterior concepción jurisprudencial mayoritaria de los plazos de prescripción, tanto en los delitos castigados sólo con pena de inhabilitación, como en aquellos que tienen asignada penas compuestas privativa de libertad y de inhabilitación de distinta duración.

Los delitos castigados con pena de inhabilitación (penas privativas de derechos) en el anterior código prescribían todas a los cinco años, según la jurisprudencia mayoritaria.

La jurisprudencia minoritaria mantenía que en aquellos casos en que la inhabilitación fuera de 6 años y un día hasta 12 años, el plazo de prescripción era el de 10 años. Como en el anterior código penal las inhabilitaciones como máximo solo podían llegar a los 12 años (art 30), aunque se aceptara la tesis minoritaria de la jurisprudencia, el mayor plazo de prescripción que podía aplicarse era el de 10 años.

En el nuevo Código Penal la pena de inhabilitación puede llegar hasta 20 años (art.40) y a tenor de lo ordenado en la nueva redacción del art. 131. par.2, existe un nuevo plazo de prescripción para los delitos castigados con inhabilitación, el de 15 años, cuando la inhabilitación sea de "más de 10 años".

En la primera redacción del CP de 1995, al igual que lo que ocurría con las penas de prisión, en el art.131.1 no se hace referencia a los delitos en los que la pena máxima de inhabilitación señalada por la ley sea de 10 años, pues el párrafo 2 hace referencia a las castigadas con "más de 10 años" y en el párrafo 3 a las castigadas con "menos de 10

años”.

Estimamos que la solución debe ser la misma que la reseñada para las penas de prisión, al tratarse del mismo problema, es decir que debe de aplicarse el plazo de prescripción de 10 años por ser el más beneficioso para el reo.

Los delitos castigados hasta con 10 años de inhabilitación son, entre otros, los siguientes: 329, 364, 404, 407...

El párrafo 5 del art. 131.1 señala el plazo de prescripción de 5 años para “los restantes delitos graves”.

Art. 131.1 (p.5)

A los cinco, los restantes delitos graves

El art 13.1 señala que “son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave” y el art. 33.2 señala en qué consisten las penas graves, entre ellas se encuentran penas privativas de derechos.

Art 33.2:

- a) *Prisión superior a 3 años*
- b) *La inhabilitación absoluta*
- c) *Las inhabilitaciones especiales superiores a 3 años*
- d) *La suspensión de empleo o cargo público superior a 3 años*
- e) *Privación del Derecho a conducir vehículos superior a 6 años*
- f) *Privación del Derecho a tenencia y porte de armas superior a 6 años*
- g) *Privación del Derecho a residir o acudir a ciertos lugares superior a 3 años*

Los delitos con penas de inhabilitación absoluta castigadas hasta con 6 años tienen un plazo de prescripción

de cinco años. Este límite máximo de 6 años viene establecido por exclusión con el art. 131.1 párrafo 4, que señala el plazo prescriptivo de 10 años para los delitos cuya pena máxima señalada por la Ley sea de inhabilitación por más de 6 años.

La pena de inhabilitación absoluta, referenciada en el art. 33.2 b), tiene siempre la consideración de grave, sea cual sea su duración mínima. A esta conclusión llegamos al estar excluida la inhabilitación absoluta de las penas menos graves establecidas en el art. 33.3.

Los delitos castigados con pena de inhabilitación especial prescriben a los 5 años si están castigados con una pena de esta naturaleza cuyo límite inferior sea de más de 3 años (art 33.2 c) y el límite máximo de 6 años (art 131.1 p.4).

Las delitos castigados con penas privativas de derechos castigados con penas superiores a las establecidas en el art. 33.2 d), e), f, g), prescriben siempre a los cinco años.

Existen otras penas privativas de derechos. De acuerdo con lo establecido en el art. 131.1 par. 5, en concordancia con los arts. 13.2 y 33.2, prescriben también a los cinco años, las siguientes penas:

-La suspensión de empleo o cargo público superior a 3 años. (art 33.2.d)

-Privación del Derecho a conducir vehículos superior a 6 años. (Art 33.2.e)

-Privación del Derecho a tenencia y porte de armas superior a 6 años (Art 33.2.f)

-Privación del D. a residir o acudir a ciertos lugares superior a 3 años (Art 33.2.g)

Resulta indiferente cual sea el límite máximo de estas

penas, siempre que sean superiores a lo establecido en el art, 33.2, pues en todo caso prescribirán a los cinco años, aún cuando tengan unos límite máximos que cualitativamente pudieran ser encuadrados no en el art. 131.1 párrafo 5, sino en los otros párrafos precedentes.

Fundamentamos esta opinión en relación a lo que hemos venido manifestando con antelación. Si bien un sector minoritario de la jurisprudencia entendió respecto al anterior código penal que las penas privativas de derechos tenían los plazos de prescripción en relación a su duración, esa solución entendemos que debe quedar definitivamente descartada, ya que el art. 131.1 párrafo 3 y 4 hace referencia expresa a los plazos de prescripción de los delitos castigados con penas prisión o de inhabilitación, pero no a los castigados con otras penas privativas de derechos, como las relatadas en el art. 33.2 d), e), f), g). Si el legislador hubiera querido aplicar en estas penas privativas de derechos el criterio cuantitativo de su duración, así lo hubiera hecho, tal como lo ha efectuado respecto a la inhabilitación.

2.2.6.4 Problemas de la pena compuesta de distinta naturaleza

Si el delito está castigado con una pena simple de inhabilitación, su plazo de prescripción deberá determinarse en relación a su duración máxima legalmente establecida. El problema se plantea cuando un delito tiene asignadas dos penas, una privativa de libertad y otra de inhabilitación, ambas de distinta duración y con distinto plazo de prescripción.

Un ejemplo de este supuesto, es el delito de tortura del art.174 que establece en su apartado 1 in fine:

"El culpable de tortura será castigado con la pena

de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años."

Si atendemos únicamente a las penas privativas de libertad, el plazo de prescripción para el artículo anterior sería:

- 1) 10 años para el caso de tortura grave. (Art 131.1 p.4)
- 2) 3 años para el caso de tortura no grave. (Art 131.1 p.6)

Sin embargo, el art.174.1 establece que "en todo caso" se impondrá la pena de inhabilitación absoluta con un límite máximo de doce años, por lo cual, el artículo de la prescripción a aplicar no será ninguno de los anteriormente citados sino, en ambos casos, el art. 131.1 p.3 que establece el plazo de prescripción de 15 años para los delitos cuando la pena máxima de señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años.

Estimamos que, de esta forma, la pena de inhabilitación distorsiona los plazos de prescripción aumentando los plazos prescriptivos, en algunas ocasiones de forma notoria. Entendemos que distorsiona³⁶⁸ los lapsos prescriptivos porque en cualquier caso la pena de inhabilitación resulta mucho menos aflictiva que la de prisión, por ello no nos deja de sorprender que su aplicación suponga una variación del plazo de prescripción de 3 a 15 años.

2.2.6.5 Aumento de los plazos a profesionales,

³⁶⁸ PASTOR ALCOY, F. "La Prescripción en el Código penal de 1995 y su aplicación retroactiva. Editorial práctica de Derecho, Valencia, 1996, Pág. 96.

funcionarios y autoridades

En directa relación a lo señalado previamente hemos de indicar que en el Código Penal la pena de inhabilitación especial se impone casi siempre a los profesionales y funcionarios, lo que supone que si dicha pena resulta cuantitativamente superior a la privativa de libertad, ello repercute ampliando el plazo de prescripción.

El libro segundo, título III del CP trata sobre los delitos de lesiones. En este capítulo, los delitos de lesiones de los arts. 147, 152.2 y 3 tienen fijadas únicamente penas privativas de libertad no superiores a tres años de cárcel, por lo que tienen un plazo de prescripción de 3 años, sin embargo, nos encontramos con que el art 152.3 establece que

“Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años”.

Este tipo delictivo que impone la pena de inhabilitación especial de hasta cuatro años, que únicamente se puede imponer a profesionales, presenta un periodo de prescripción de 5 años.

Ello acarrea la incongruencia de que las lesiones establecidas en el art. 147.1 y 2 producidas de forma dolosa cuentan con un plazo de prescripción de 3 años de cárcel, pero si las mismas lesiones son causadas por imprudencia profesional el lapso de prescripción aumenta hasta 5 años, por el efecto de la pena de inhabilitación especial establecida en el art 152.3.

Si bien, el art 152.1.1 rebaja considerablemente las penas privativas de libertad para el caso de que las

lesiones producidas en el art. 147.1 se hayan ocasionado por imprudencia profesional, por contra, el art. 152.3 aumenta el plazo de prescripción.

Resulta paradójico que a menor pena privativa de libertad se aumente el plazo de prescripción por la pena de inhabilitación.

Así, en el supuesto hipotético de que se interponga una denuncia contra un médico por una lesión cometida hace más de 3 años. Si el profesional cometió la lesión del art.147 por imprudencia podrá ser castigado con una pena de arresto e inhabilitación especial, mientras que si cometió la lesión de forma dolosa deberá ser absuelto por haber prescrito el delito, si ha transcurrido el plazo de 3 años. Un resultado que presenta aspectos incongruentes o que parecen contradecir el principio por el que deben de resultar más castigados los delitos dolosos que los imprudentes. La diversidad de plazos provocada por la inhabilitación conduce a situaciones por las que mientras el delito doloso ha prescrito, no ocurre lo mismo con el delito imprudente.

El capítulo V, del título VIII, del libro II, trata sobre los delitos relativos a la prostitución. En dicho capítulo, el art 187.apartado 1 sanciona la prostitución de menores con una pena de hasta cuatro años de prisión, por lo que el delito prescribirá a los cinco años (Art 131.1 p.5).

Ordena el art. 187 en su apartado 2, que cuando el delito anterior se efectúe prevaleciéndose de la condición de autoridad pública o su agente, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior y se incurrirá además, en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, por lo que será de aplicación el plazo prescriptivo del art. 131.1 p3 de 15 años.

Se concluye por ello que el plazo de prescripción del art. 187 será de 5 años para los particulares y de 15 para los funcionarios.

2.2.7 Plazos especiales

Junto a los plazos en atención a la pena, existen determinadas infracciones que cuentan con lapsos especiales como la injuria y la calumnias, las faltas -infracciones penales leves-.

2.2.7.1. Injurias y calumnias

El Art 131.1 par.7 establece que "Los delitos de injuria y calumnia prescriben al año". El Código Penal de 1995 mantiene un plazo de prescripción especial para los delitos de injuria y calumnia, si bien el código de 1973 fijaba un plazo de 6 meses para los delitos de injuria y 1 año para la calumnia, el nuevo Código los ha unificado en el plazo de 1 año. Estos delitos se contemplan en los arts. 205 a 210.

Si bien en la doctrina abundan las opiniones relativas al carácter privado de estas infracciones para contar con un plazo diferenciado tal como expone PEDREIRA³⁶⁹, estimamos que históricamente se explica mejor la brevedad del plazo en relación al bien jurídico protegido habida cuenta de que el ataque al concepto de honor requiere una rápida respuesta pues la reparación del buen nombre u honorabilidad exige un breve lapso temporal tanto para su exigencia como para su reparación mediante la pena al infractor, y ello lo mantenemos porque si bien en el pasado existían mayor número de delitos privados, únicamente contaban con un plazo especial de prescripción la injuria y la calumnia.

2.2.7.2 Las faltas

³⁶⁹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M: Ob. cit., pág.198.

Según el Art 131.2: "Las faltas prescriben a los seis meses". Son faltas las infracciones penales leves (art.13.3) que tienen las penas asignadas en el art.33.4 y que se encuentran reguladas en el libro III del Código penal titulado de las "faltas y sus penas". Por tanto, en el art. 131.2 el legislador sí ha usado la clasificación general de las infracciones contenida en la parte especial.

El Código de 1995 ha aumentado el plazo de prescripción de las faltas a seis meses, frente a los dos que establecía el Código de 1973.

Resulta sorprendente que a finales del siglo XX, donde los hechos se suceden con extraordinaria rapidez y la alarma social es más fugaz que nunca, se multiplique por tres el plazo de duración de la prescripción de las faltas. Que un proceso pueda estar paralizado durante medio año, en vez de durante dos meses, no parece el mejor camino para evitar el abandono funcional, sino que más supone una restricción para el acusado que ve aumentado el plazo de su situación expectante³⁷⁰.

Como ya pusimos de manifiesto por nuestra parte³⁷¹ y ha sido reiterado por otros autores como PEDREIRA GONZALEZ³⁷² no deja de sorprender que el legislador haya optado por una reforma legal para en sentido opuesto a lo manifestado por el Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia 157/90, de 18 de octubre cuando sentenció la absoluta constitucionalidad del plazo de 2 meses que establecía el código de 1973 para la prescripción de las faltas y al respecto manifestó que "una ampliación de los plazos de

³⁷⁰ Puede pensarse que el legislador en vez de intentar agilizar los procesos ajustando los Juzgados al rigor de la ley, lo que ha hecho es justamente lo contrario, es decir adecuar la legislación a la medida de la actual práctica de los Juzgados, y ello, en perjuicio del justiciable.

³⁷¹ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción en el Código...*, ob. cit. pág.33 y 34.

³⁷² PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: "La prescripción de los delitos y de las faltas" Ob cit. pág.200.

prescripción o una modificación de las causas de interrupción de la prescripción podrían cristalizar la desidia o el retraso en el funcionamiento de los órganos judiciales. (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 157/90, de 18 de octubre. Jurisprudencia Constitucional. Tomo XXVIII, BOE 8.11.1990).

Cabría plantearse cuál es el plazo de prescripción de las faltas de injurias y calumnias, si es el de seis meses por su naturaleza de faltas o el de un año por tener las infracciones penales de injuria y calumnia un plazo especial.

Este problema solo resultaría de una lectura apresurada del art. 131, ya que el último párrafo del párrafo 131 establece "los delitos de calumnia e injuria prescriben al año". Estimamos que aquí el termino "delito" se usa en su acepción propia de infracción penal no leve y no impropriamente tal como se hace en el art. 130.6. Ello es así por que se encuentra enmarcada en el párrafo primero del art. 130 donde exclusivamente se regulan los plazos de prescripción de los delitos. Es en el segundo párrafo donde se regulan expresamente las faltas. Por ello, de una interpretación sistemática se llega a la fácil conclusión de que las faltas de injurias y calumnias prescriben a los seis meses, según ordena el párrafo segundo, pues dichas infracciones leves no tienen encuadre en el primer párrafo. Por otra parte, el plazo de la prescripción de los delitos de injuria y calumnia (delitos de opinión) es un plazo excepcional y privilegiado más reducido que el que correspondería de acuerdo a su penalidad asignada. Una interpretación lógica nos lleva a rechazar que la existencia de un plazo privilegiado pudiera operar con la finalidad opuesta a la pretendida. En cuanto a la interpretación jurisprudencial ni en el código penal derogado ni en el actual se ha interpretado nunca que el plazo de estas

infracciones fuera el mismo para las faltas que para los delitos.

2.2.8. Imprescriptibilidad del genocidio

Establece el Art.131.4: *El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.* Este precepto supone una novedad respecto al anterior código pues establece un delito imprescriptible. Hemos de indicar que ello rompe con la tradición de nuestros códigos penales desde el de 1870, 1928, 1932 y 1944, pues hasta en aquellos en los que existían infracciones castigadas con pena de muerte podían prescribir y contaban, al efecto, con el correspondiente plazo de prescripción (Arts. 133, 197, 116, 114 respectivamente).

El delito de genocidio se encuentra regulado en el art. 607 del actual Código Penal, y no deja de sorprender que el único delito imprescriptible tenga señaladas penas muy desiguales según los distintos supuestos, que comprenden desde la pena de 15 a 20 años de prisión del Art. 607.1.1, a la pena de prisión de uno a dos años del Art. 607.2.

No resulta el genocidio el delito más penado del Código Penal. Así sorprende que el asesinato agravado del art. 140 cuenta con una pena de hasta 25 años de cárcel y su plazo de prescripción es el de 20 años, sin embargo el genocidio, castigado con penas muy inferiores sea imprescriptible.

El art. 607 sobre el delito de genocidio comprende supuestos bien distintos, desde causar la muerte, a la propagación o difusión de ideas.

Encontramos al respecto dos posturas:

A) La que afecta a todas las conductas del art. 607 y que es mantenida por GUINARTE CABADA³⁷³ quien razona que a todos los supuestos "afecta la rotulación del capítulo

³⁷³ GUINARTE CABADA, G.: Ob. cit., pág. 682.

(Delitos de genocidio)" e igualmente nos manifestamos en un anterior trabajo³⁷⁴ favorables a dicha postura atendiendo al reforzado tenor literal del precepto que indica de forma enfática que no prescribirán "en ningún caso".

B) La imprescriptibilidad no afecta al apartado 2 del art. 607 según la interesante postura mantenida por MORILLAS CUEVA y BARQUIN SANZ³⁷⁵, a la que se adhiere GONZALEZ TAPIA basándose en que la apología al genocidio es distinta en sentido estricto al referido delito. Por lo que al art. 607.2 debería seguir el régimen prescriptivo general según su penalidad, ya sea cometida por un particular en cuyo caso será el de tres años -en la redacción originaria del CP de 1995-, o si se aplica el art. 607.2 junto al art. 616 la prescripción será de 15 o 10 años.

Tal como acertadamente manifiestan los anteriores autores, las conductas que el código penal conceptúa legalmente como genocidio no coinciden con la definición más estricta de dicho delito, lo cual por otra parte no resulta infrecuente en otras infracciones.

Una interpretación que permite la prescriptibilidad del art. 607.2 se basa en una aplicación literal del art. 131.1 en relación a la rúbrica que precede al art. 607. El capítulo II del título XXIV, del libro II del Código penal donde únicamente figura el art. 607 lleva por rúbrica "Delitos de genocidio". Al figurar en plural el termino "delitos" se indica que el art. 607 contiene no uno sino varios delitos de genocidio. El art. 131.4 emplea la formula en singular: "El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso". De lo cual puede inferirse que se refiere

³⁷⁴ PASTOR ALCOY, F.: La prescripción en el CP de 1995, pág. 34: "Si bien pudiera pensarse que el único supuesto de genocidio imprescriptible es el que causa la muerte, dicha interpretación debe desecharse por la rotundidad del art 131.4 que señala que "el delito de genocidio no prescribirá **en ningún caso.**"

³⁷⁵ MORILLAS CUEVA L. Y BARQUIN SANZ, J.: "Comentarios al Código Penal". AA.VV: Tomo IV, Edersa, Madrid, 1999. Pág. 1112.

únicamente al delito de genocidio en sentido estricto. Es decir, al contenido en el párrafo primero del art. 607.1 y a los cinco casos que en dicho primer párrafo se concretan y que regulan hechos tan graves como la muerte (art. 607.1.1°); la agresión sexual (art. 607.1.2°); peligro para la vida y la salud (art. 607.1.3°); desplazamiento forzado, impedir la reproducción (art. 607.1.4°); lesiones (art. 607.1.5°). El art. 607.2 no es propiamente un caso de genocidio, sino la tipificación como delito de la apología de los supuestos anteriores.

El art. 607.2 regula como genocidio conductas como la difusión de ideas, que nieguen o justifiquen el genocidio. Por perversas y antisociales que resulten estas doctrinas, cuya realización está castigada con la pena de prisión de uno a dos años de cárcel, resulta sorprendente que sean imprescriptibles, mientras que la comisión de un delito mucho más grave como un asesinato común sí que goza de un plazo de prescripción. El principio de proporcionalidad parece quebrar en el caso concreto de la imprescriptibilidad art. 607.2 -que ya de por sí suscita dudas sobre su inconstitucionalidad al castigar la mera difusión de ideas-.

Técnicamente nos parece un factor distorsionador y que aleja la prescripción de su naturaleza material que los plazos de prescripción, o de imprescriptibilidad, no guarden una relación coherente con su gravedad, la cual tiene su más clara expresión en la pena.

La imprescriptibilidad de todos los casos de genocidio no alcanza, para GUINARTE CABADA³⁷⁶, al delito de encubrimiento del genocidio, pues "se trata de un delito diverso, y con un objeto jurídico bien diferenciado" pues no cabe olvidar que el CP de 1995 ha regulado el encubrimiento como un delito autónomo.

Lo que ha impulsado al legislador a establecer la

³⁷⁶ GUINARTE CABADA, G.: Ob. cit., pp. 683.

imprescriptibilidad del delito (y la pena) del genocidio, según LOPEZ GARRIDO y GARCIA ARAN³⁷⁷ es la adecuación a los acuerdos internacionales en la materia (Convención de 11 de noviembre de 1968, sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, y Convenio de 9 de diciembre de 1948, para prevención y sanción del delito de genocidio). En igual sentido BARBERA FRAGUAS³⁷⁸.

Por nuestra parte, contrarios a la imprescriptibilidad de los delitos según la tradición jurídica española en la que prescribían incluso los delitos castigados con pena de muerte propusimos el establecimiento de plazos excepcionales de extraordinaria duración para estos delitos de gravedad excepcional, de la misma forma que la injuria y la calumnia tiene señalados plazos especiales³⁷⁹. En dicho sentido estimamos que plazos de 30, o a lo sumo 40 años, remarcarían la enorme gravedad de dichas infracciones y en atención a la esperanza de vida, en la práctica resultaría muy difícil que alcanzarán la prescripción.

2.3. Plazos tras la reforma general L.O. 15/2003

³⁷⁷ LOPEZ GARRIDO, D. y GARCIA ARAN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Eurojuris, Madrid, 1996. Pág.86.

³⁷⁸ BARBERA FRAGUAS, M.: *Derecho Penal Internacional: el genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación: La responsabilidad del superior jerárquico, autoría inmediata.* Actualidad Penal N° 11, 2002, pág. 253, donde afirma: "Otra característica del delito de genocidio es la imprescriptibilidad, establecida en los arts. 1 y 4 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en que se establece que el delito de genocidio es imprescriptible cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido y que los Estados se comprometen a adoptar con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción o de la pena, establecida por la ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados. Es el único delito del Código Penal español que no prescribe, art. 131.4 y con respecto al cual no prescriben las penas impuestas por sentencia firme (art. 132.2 del CP)".

³⁷⁹ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción en el Código...* ob.cit., pág.35. En igual sentido MORALES PRATS pag 647 en "Comentarios al Nuevo Código Penal"

La fecha de entrada en vigor de la L.O. 15/2003 fue la de 1 de octubre de 2004. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de diciembre es sin duda una de las reformas de mayor calado que ha sufrido el Código Penal de 1995 por afectar a más de un centenar de preceptos que abarcan los tres libros del Código³⁸⁰. Si bien la mayoría de los artículos modificados son de la parte especial, cuarenta y nueve de ellos pertenecen a la parte general, lo que supone una modificación de más un tercio del libro primero. Nos encontramos ante una reforma que podemos calificar de general.

Esta reforma puso de manifiesto los múltiples factores que pueden operar en la aplicación del plazo de prescripción. Para la adecuada aplicación de la prescripción tras esta reforma procede analizar no sólo los concretos preceptos de la prescripción que han resultado directa o indirectamente afectados

1) Por modificación del plazo en el art. 131 CP que regula la prescripción, como la inhabilitación, en que el plazo de prescripción se eleva de cinco a diez años para los delitos con una inhabilitación superior a cinco años, cuando antes dicho plazo estaba reservado a la inhabilitación por más de seis años.

2) Por la reforma del art.33 que establece la gravedad

³⁸⁰ **-Ley Orgánica 15/2003**, de 25 de noviembre, publicada en el BOE 283, de 26 noviembre que entrará en vigor el **1-X-2004** y que modifica o introduce los siguientes artículos:

31,33, 35, 36, 37, 39, 40, 42, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 60, 65, 68, 70, 71, 72, 74, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 92, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 104, 105, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 136, 146, 147, 152, 154, 158, 160, 161, 162, 170, 171, 172, 174, 179, 182, 183, 184, 185, 186, 189, 195, 206, 215, 221, 225, 226, 227, 234, 236, 244, 246, 247, 248, 249, 252, 253, 254, 255, 256, 259, 260, 261, 262, 263, 267, 270, 271, 273, 274, 276, 282, 284, 285, 286, 287, 289, 298, 299, 301, 302, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 314, 324, 325, 328, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 346, 369, 370, 371, 374, 376, 379, 381, 382, 386, 387, 389, 432, 443, 444, 445, 451, 461, 463, 468, 471 bis, 502, 514, 515, 524, 526, 557, 558, 561, 566, 567, 570, 607 bis, 608, 610, 611, 612, 613, 614 bis, 615 bis, 616 bis, 617, 618, 620, 621, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 635, 636, 637.

o menor gravedad de los delitos y que resulta muy relevante por la remisión que parcialmente hacen algunos apartados que regulan la prescripción.

Hasta esta reforma tenían la consideración de grave la pena de prisión superior a tres años. Con la reforma son graves las penas superiores a cinco años, esto va a afectar especialmente a la prescripción de las penas que al conservar su anterior redacción (ajena a la clasificación del art.33 en los plazos de cinco, diez y quince años, va a suponer que el plazo de prescripción de 10 años desaparece para las penas de prisión que pasan del plazo de cinco años para los delitos con pena de prisión de hasta cinco años, al plazo de 15 años de prisión para los que tengan una pena por más de cinco años.

Así el art.33.3 tras la reforma califica como delitos menos graves y por lo tanto prescriben a los tres años la suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años (antes a partir de tres años era delito grave) y la privación del derecho a conducir vehículos a motor hasta 8 años (antes eran 6 años, etc.

3) Cambio de la penalidad del delito, como lo es el delito de estafa (art 250) que tras la reforma LO 15/2003 que tenía la pena máxima de cuatro años y se le reduce a tres años, con lo que el plazo de prescripción disminuye de de cinco a tres años.

4) Por las nuevas reglas penológicas como el art.65.3 que permite imponer potestativamente la pena inferior en un grado al inductor o cooperador necesario, lo cual podría variar el plazo de prescripción si se tomara en consideración la tesis jurisprudencial minoritaria de que atender a la determinación de la pena para cada partícipe.

En lo referente a los plazos de prescripción de las infracciones penales, las reformas introducidas por la LO 15/2003, son

En el art131.1, se incrementa a diez años el plazo prescriptivo de los delitos con una pena máxima de inhabilitación superior a cinco e inferior o igual a seis años, en la anterior regulación el plazo prescriptivo aplicable a los mismos era de cinco años.

En el inciso cuarto del art. 131.1 se establece el plazo de prescripción de cinco años a los delitos en los que la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco, con supresión de la referencia a «*los restantes delitos graves*» contenida en la regulación anterior.

En el apartado 4 del art. 131, establece la imprescriptibilidad, de los delitos de lesa humanidad y los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, que se unen a la imprescriptibilidad del genocidio.

Transcribimos la nueva redacción³⁸¹ a pie de página por el interés que supone.

³⁸¹ TITULO VII: De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos.

CAPITULO I: De las causas que extinguen la responsabilidad criminal

Artículo 130. (Texto según LO 15/2003, en vigor a partir del 1-X-2004)

La responsabilidad criminal se extingue: (...)

6º) Por la prescripción del delito.

7º) Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

*Artículo 131. (Texto según LO 15/2003, en vigor a partir del 1-X-2004)

1. Los delitos prescriben:

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco.

A los tres años, los restantes delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

-
2. Las faltas prescriben a los seis meses.
 3. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.
 4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

Artículo 132. (Texto según LO 15/2003, en vigor a partir del 1-X-2004)

1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

Artículo 133. (Texto según LO 15/2003, en vigor a partir del 1-X-2004)

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.

A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.

A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.

A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.

A los 10, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso”.

En la exposición de motivos de la Lo 15/2003 en el punto II ñ) se justifica en "reformas técnicas" la reforma relativa a los plazos de prescripción de los delitos. Estimamos que dichas alteraciones en los plazos prescriptivos vienen a corregir la poco meditada atribución de los plazos en la redacción originaria del CP.

2.4. Reforma L.O. 5/2010

2.4.1 Eliminación del plazo de 3 años.

La reforma operada por L.O.5/2010, de 22 de junio, (BOE 152) que entró en vigor el 24 de diciembre de 2010 ha tenido gran incidencia en este instituto al eliminar el plazo de prescripción de tres años que se eleva a cinco años. El plazo de prescripción de tres años se aplicaba a los delitos especialmente frecuentes como el hurto, robo con fuerza en las cosas, receptación, estafa básica, apropiación indebida, delitos de violencia intrafamiliar, amenazas, etc.

Al afectar a los delitos más frecuentes, a nuestro juicio esta es la modificación legal que mayor incidencia ha tenido en España, aunque su relevancia numérica haya pasado un tanto desapercibida por otros aspectos de la reforma que si bien resultan de gran relevancia (imprescriptibilidad del terrorismo con muerte, suspensión de la prescripción) en realidad afectan a un numero muy reducido de asuntos aunque algunos de ellos puedan ser de gran impacto mediático.

2.4.2 Prescriptibilidad del art.614

La reforma también declara que el art. 614 no es imprescriptible. Por lo que este delito ha pasado de ser imprescriptible a tener un plazo de prescripción de cinco años, tras la reforma operada por L.O 5/2010, y si los hechos hubieran acaecido con anterioridad a dicha reforma, estimamos que la aplicación retroactiva de dicha Prescriptibilidad llevaría a aplicar el plazo de prescripción de tres años.

Todo ello pone de manifiesto la falta de criterio al regular no solo los plazos de prescripción, sino también la imprescriptibilidad de los delitos.

2.4.3. Nueva imprescriptibilidad

Dicha reforma también declara imprescriptibles los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona. La admisión de la imprescriptibilidad en el CP de 1995 ha derivado en un efecto de pendiente resbaladiza en la que se han ido agregando progresivamente nuevos delitos imprescriptibles.

2.4.4. Plazo para el concurso de infracciones y conexas

Por último, el párrafo quinto añade que "en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave", zanjando legislativamente la polémica que especialmente en la doctrina se tenía sobre la misma.

Estimamos que la solución legal ofrecida en dicho sentido tiene un carácter que acerca cada vez más la prescripción a una concepción procesal en cuanto la conexidad es tomada como elemento para modificar el plazo de prescripción del delito, por lo que el legislador español ha ido convirtiendo la prescripción en una institución cuya

naturaleza, de lege data, es mixta.

La reforma también tiene especial relevancia en cuanto a la interrupción de la prescripción y al establecimiento de la suspensión de la prescripción, que será objeto de atención en capítulo correspondiente.

2.5. Plazos tras la reforma L.O. 1/2015.

2.5.1.-Plazo de un año para los delitos leves

La reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo (BOE 77) que entró en vigor el 1 de julio de 2015, tuvo la novedad de suprimir las faltas. En lo que se refiere a los plazos de prescripción, la LO 1/2015 no ofrece modificaciones relevantes salvo el nuevo lapso de un año para los delitos leves en los que se convierten las faltas que no han resultado destipificadas, con lo que el plazo que tenían dichas infracciones se ha duplicado pues antes prescribían a los seis meses.

Esta modificación significa que el plazo de prescripción de la infracción penal de los delitos leves y las penas leves es el mismo de un año, rompiéndose la tradicional diferencia que exigía mayor plazo de prescripción para la pena leve que para la infracción leve.

Al tiempo, dicha reforma unifica el plazo de prescripción de los delitos leves al de injuria y calumnia.

2.5.1.2. Ampliación de las infracciones leves por el art 13.4 CP

Muy relevante en lo que afecta a la prescripción, es la modificación del art.13.4 CP tras la reforma de la LO 1/2015, que establece ahora:

Artículo 13.

1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.

2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.

3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve.

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

El art. 13.4 in fine constituye una relevante novedad, ya que anteriormente existía una distinción infranqueable entre delito menos grave y falta, mientras que ahora la extensión mínima de la pena ha pasado a convertir delitos que antes tenían la consideración de menos graves en leves en función de su pena mínima.

Ello además se pone en relación con el nuevo art.33.4 g) que incluye como pena leve la multa de hasta tres meses.

Justamente la pena de multa de tres meses es la pena mínima de algunos delitos que antes tenían la consideración de menos graves.

De esta forma, la pena de multa de tres a siete meses del delito de injuria del art.209 in fine que antes determinaba su consideración como menos grave pasa a ser clasificada como delito leve, cuyo plazo de prescripción del delito es el de un año, que ahora se aplica no por la regla especial de prescripción para la injuria de este subtipo, sino en función de la nueva clasificación de la pena.

Esta modificación legal del art.13.4 que afecta a la clasificación de los delitos, no de las penas, produce la incongruencia en materia de prescripción que una infracción

sea clasificado como leve, prescribiendo al año, pero que se le imponga una pena que de conformidad con el art.33.2 tenga la consideración de pena menos grave. Así, no afectando el art.13.4 a la clasificación de las penas, sino exclusivamente al delito, nos encontraremos con que un delito leve goza del plazo propio de los delitos leves, pero dependiendo de la pena impuesta el plazo correspondiente será el delito leve o el del delito menos grave. A efectos prácticos, dos sujetos, uno de ellos condenado a tres meses de multa, y otro a tres meses y un día de multa, el primero tendrá un plazo de prescripción de un año, mientras que el segundo su plazo de prescripción de la pena será de cinco años. Estimamos que para corregir esta disfunción, debería legislarse en el art.33 o 133.

En el caso del art.133 nuestra propuesta es que el precepto debería contener el siguiente enunciado:

Al año, las penas leves y las impuestas por delitos leves.

Otra solución sería interpretar que el art.13.4 in fine opera también sobre las normas del art.33, sin embargo, estimamos que el art.13 lo que regula es la gravedad de los delitos, pero no puede alcanzar su ámbito de aplicación al art.33, máxime cuando lo que hace es una remisión interna al mismo, pues el art.33 es el presupuesto del art.13 al que se remite.

2.5.1.3. La multa de tres meses

La multa de tres meses pasa a tener la consideración de pena leve (art 33. g).

Ello, aparte de lo referido, afecta a la prescripción de esta pena que antes prescribía a los cinco años, y ahora prescribe al año.

3.-DETERMINACION DE LA PENA Y PLAZO DE PRESCRIPCION

3.1. CP de 1944

El plazo exigido para que opere la prescripción es distinto según los casos. El art 113 establecía los periodos en relación, no a la naturaleza del delito, ni a su bien jurídico protegido (salvo el de injuria, calumnia, al que el art. 131 del CP de 1995 añade el de genocidio, lo que supone una excepción a la regla general), sino que el plazo de prescripción estaba en relación al de la penalidad.

Un sector jurisprudencial señalaba respecto al CP de 1973 que para determinar cual era el plazo de prescripción que operaba se debía aplicar, no la pena asignada de forma genérica al delito, sino a la pena concreta que finalmente se aplicaría al concreto caso enjuiciado. Por tanto, la imposición de una pena superior en grado, por la aplicación de una exasperación punitiva establecida legalmente, puede impedir la prescripción al pasar a exigirse un plazo mayor.

Este es el caso de determinados tipos especialmente agravados, o el caso del delito continuado que permite al tribunal imponer la pena superior en grado a la establecida legalmente para el delito. Un delito continuado de apropiación indebida es mucho más grave que un único delito, por ello el autor de un delito continuado tiene más pena, y por ello parece lógico pensar que merece a su vez un plazo de prescripción acorde con la pena que se le puede imponer.

Es por ello, por coherencia del sistema penal, que se debe atender a la pena finalmente impuesta, (o que se impondría de no mediar la prescripción).

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1992, examinó un caso de estupro (art 434 CP de 1944) que al

tener señalado dicho tipo una pena de prisión menor tiene un plazo de prescripción de 5 años, sin embargo al apreciarse en dicho supuesto que se trataba de un delito continuado e imponer la pena superior en grado (Art 69 bis CP) la pena fue agravada a prisión mayor, cuyo plazo de prescripción es el de 10 años³⁸².

Si la imposición de una pena superior en grado efectuada por el Tribunal sentenciador puede impedir la aplicación de la prescripción, (al aumentar correlativamente el plazo exigido) ello nos sirve para reflexionar que también puede

³⁸² "Ciertamente es que el indicado art.113 señala para la fijación del plazo de extinción el correspondiente a la pena "señalada al delito" y que esta pena es en principio la conminada al tipo. El principio de legalidad exige la existencia de una *lex certa* que evidentemente excluye la aplicación de las llamadas "cláusulas generales" y la interdicción de que se apliquen tipos formulados en pena tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una fórmula prácticamente libre o arbitraria, en el estricto sentido de los términos, de los órganos judiciales (STC 105/1988). Es cierto que **el citado art. 69 bis establece una facultad del tribunal para la elevación de la pena hasta el grado medio de la superior en grado**, pero esta pena de posible aplicación motivada no deja de ser *lex certa* y *scripta* en cuanto está previamente establecida como posible en la propia norma preexistente.

Apreciada la existencia de la continuidad delictiva y **hecho uso de la posibilidad de exasperación punitiva establecida en el referido art. 69 bis, la pena correspondiente es la de prisión mayor, que en consecuencia requeriría con arreglo al indicado art. 113 CP el transcurso del plazo de 10 años en lugar del de 5 que correspondería al tipo base si no existiera la continuidad. En consecuencia procede la desestimación del motivo". "Se atiende para la fijación del plazo de prescripción del delito no a la pena del delito abstractamente considerado (art 264 del Código penal), sino a la resultante en concreto de la degradación legalmente autorizada, y, siguiendo este criterio jurisprudencial, que con carácter general podría presentar serios reparos, a la pena de prisión menor aplicada, por rebaja en un grado de la correspondiente al delito base, correspondería el plazo de prescripción de cinco años (art 113.4 del Código), cumplidamente transcurrido desde la declaración de rebeldía (mayo 1992) hasta la reanudación del trámite en junio 1988 al ser habido y detenido el acusado (vid en este sentido la S. 5-1-1988 (RJ 1988, 233). Por lo expuesto, procede la estimación del motivo.**

(Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero 1993, R.J.A. 1047)

También podría servir para apoyar colateralmente esta tesis, la siguiente sentencia: "La doctrina de esta sala tiene declarado repetidamente, en relación con la recta inteligencia de los artículos 112-6, párrafo quinto del 113 y 114 del Código Penal, que **el plazo de prescripción establecido en dichos preceptos es el que corresponde al delito realmente cometido y no al erróneamente imputado**". (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1989, R.J.A.4241).

ocurrir el efecto contrario. Es decir, que por la aplicación de una pena inferior en grado, (por aplicar eximentes incompletas o que el delito se haya ejecutado en grado de tentativa) se podría producir la prescripción, al reducirse también, simultáneamente, el plazo exigido para que se extinga la responsabilidad penal del acusado al operar la prescripción. Así se pronuncia la sentencia de 11 de febrero de 1993.

Esta cuestión resulta muy importante, pues por degradación pueden prescribir delitos, que de otro modo, teniendo en cuenta la calificación de la acusación no se extinguirían penalmente.

La prescripción de los delitos "extingue la responsabilidad penal"³⁸³. Si por las circunstancias concurrentes en la comisión del delito, existe una atenuación de la responsabilidad penal y por ende de la pena, resulta congruente que ello se traslade también, en consonancia, a los plazos de prescripción establecidos en el art. 113 del Código de 1973, tanto en los casos de atenuación como de agravación de la pena.

En aquellos supuestos en que la discrepancia entre la calificación jurídica de los hechos pueda conllevar mayor o menor pena y pueda incidir en la aplicación o no de la prescripción, en lugar de dictar un auto de libre sobreseimiento declarando la prescripción, se celebrará el juicio oral para que el Juez o Tribunal sentenciador determine en sentencia primero cual es la auténtica calificación jurídica de los hechos y por ende el marco penal concreto a aplicar, y en segundo lugar determine el plazo de prescripción y si puede apreciarse o no la prescripción.

En este sentido, transcribimos la sentencia del Tribunal Supremo que casó un auto de la Audiencia que declaró

³⁸³ Art. 130.5 CP de 1995 y art. 114.6 CP de 1973.

extinguida la prescripción. El fiscal solicitaba una pena de prisión mayor, (que prescribía a los 10 años) y la Audiencia aplicó el plazo de prescripción de cinco años. El Tribunal Supremo casa la sentencia y establece que la Audiencia debe proseguir el juicio y una vez examinado el fondo del asunto y determinada la pena a aplicar, entonces debe fijar el plazo correspondiente de prescripción³⁸⁴.

3.2. CP de 1995

3.2.1 Pena abstracta o concreta

³⁸⁴ "El auto recurrido señala que la causa estuvo paralizada en su tramitación desde el 26-5-1984 hasta el 25-1-1991 y por ello aplica el plazo de prescripción establecido en el art. 113.4 del Código Penal: de cinco años, previsto cuando (la ley) señalare cualquier otra pena; pronunciamiento contra el que se dirige esta impugnación al estimar en síntesis que al haberse solicitado por la parte acusadora la imposición de penas de once años, diez años, ocho años y siete años de prisión mayor, la norma a aplicar en cuanto al plazo de prescripción era la contenida en el párrafo tercero de dicho art. 113 del Código Penal, que establece que plazo de diez años cuando (la ley) "una pena que exceda de seis años".

El recurso tiene que ser estimado. Y ello por las razones siguientes: a) Es cierto que reiterada doctrina jurisprudencial de esta sala viene declarando que la prescripción del delito puede ser declarada de oficio por el órgano jurisdiccional (S. entre muchas de 28-6-1988, RJ 5378; y 18 de junio y 31 de octubre de 1992, RJ: 5504, 8626;) pero tal declaración no puede hacerse más que por sentencia si no se ha hecho uso por las partes de la posibilidad procesal que les brindan los arts. 666 y siguientes Lecrim. Entender lo contrario como hace el auto recurrido sería convalidar la infracción de los arts. 741 y 742 de la referida ley procesal. **Sólo en la sentencia se puede en estos casos valorar si la pena solicitada es "la señalada por la ley"**. b) Pero aún admitiendo en hipótesis la aplicabilidad del art. 24 del Código Penal, pues los hechos ocurrieron con anterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (RCL 1983, 1325, 1588 y ApNDL 3264), lo cierto es que dicha normativa anterior permitía exasperar la pena en la forma en que se hizo en la calificación acusatoria. "Anticipar" el fallo en este momento procesal es algo totalmente alejado de los principios procesales y por ello el auto recurrido debe ser casado y anulado; ordenando proseguir la tramitación de la causa pese a tratarse de recurso por infracción de ley en atención a las normas contenidas en los arts. 901 bis a) y 901 bis b) de las tantas veces citada Ley procesal"

(Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1993, R.J.A. 7536)

El problema que se afrontó³⁸⁵ con la entrada en vigor del CP de 1995 lo resumimos con estas preguntas:

¿Qué debe entenderse por "la pena máxima señalada por la Ley"?

La pena máxima señalada por la Ley al delito ¿es únicamente la establecida en la parte especial del código a cada delito?

¿Se debe contar para determinar el plazo de prescripción de la infracción con el aumento o disminución de la pena en grado por la aplicación del delito continuado o el grado de ejecución?

¿Deben de aplicarse las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas para determinar el plazo de la prescripción del delito?

Por nuestra parte mantuvimos que la jurisprudencia del Código Penal de 1973 nos parecía plenamente aplicable al CP 1995 puesto que en ambos códigos se hace referencia a "la pena señalada por la Ley". Si la jurisprudencia entendió que los preceptos legales que señalan una exasperación punitiva en grado, como el delito continuado, o la fijación de una pena inferior en grado, son también "pena señalada por la ley", ello es perfectamente aplicable a ambos códigos, pues en ambos se utiliza una expresión similar.

No obstante, a lo anteriormente mencionado, planteábamos una nueva cuestión relativa a los efectos de aplicación de las circunstancias. En el Código Penal de 1973 las atenuantes y agravantes no alteraban generalmente el plazo de prescripción, pues salvo que se aplicaran de forma privilegiada no podían modificar el grado de la pena, y el mismo lapso de prescripción gozaba un delito al que se impusiera la pena de prisión mayor en su grado máximo o en su grado mínimo, pues ambas penas se encontraban dentro de la prisión mayor.

³⁸⁵PASTOR ALCOY, F. : *La prescripción en el Código Penal...*págs. 62 y ss.

Esto se ha cambiado con el nuevo código penal, pues al no existir penas preconfiguradas de forma genérica, y al establecer los plazos de prescripción en relación a la pena máxima, puede ocurrir que el imponer la pena establecida en un delito en su mitad superior tenga un plazo de prescripción, mientras que si se le impone en su mitad inferior por el efecto de una atenuante, tenga otro.

Así, la fabricación de moneda falsa contemplada en el nuevo art. 386 establece una pena de 8 años a 12 años de prisión.

La pena máxima establecida de forma genérica a dicho delito es de 12 años y por lo tanto, en principio, tiene un plazo de prescripción de 15 años, sin embargo, por aplicación de las reglas penológicas establecidas en el art 66, si concurre una atenuante deberá imponerse la pena en su mitad inferior o sea 8 años a 10 años, sin poder rebasar dicha pena, por lo tanto, en este supuesto, la pena máxima señalada por la ley sería de 10 años, y por tanto su plazo de prescripción sería, no el de 15, sino el de 10 años.

Otro ejemplo, quizás más claro es el del homicidio que en su art. 138 señala:

Art 138 *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.*

Art 131.1.-*Los delitos prescriben:*

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años ó prisión por más de diez y menos de quince años.

Art 66 (redacción L.O. 10/95) *.-"En la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes*

reglas:

1ª.-Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

2ª.-Cuando concorra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales **no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.**"

Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, a tenor de lo establecido en el art. 66.1ª la pena máxima que se puede imponer "legalmente" en el delito de homicidio (art 138) es la pena de 15 años de prisión, para la que el art. 131.1 señala el plazo de prescripción de **20 años**.

La aplicación de circunstancias atenuantes, sin agravantes, según lo ordenado en el art. 66.2ª, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito, que en el caso del homicidio es de 12 años y seis meses. La pena máxima de prisión que la Ley señala para el delito de homicidio con una atenuante es la de 12 años y seis meses de prisión, sin que sea posible rebasar ese límite según lo ordenado en el art. 66.2. Cuando la pena máxima señalada por la Ley sea de más de 10 años y menos de 15 años, el plazo de prescripción del delito es el de **15 años**, según el art. 131.1 párrafo 3.

Aún cuando esta solución pueda sorprender, si partimos de que el cambio de la pena a la superior o inferior en grado (por delito continuado o eximente incompletas), supone a su vez una modificación del plazo de prescripción, no hay razón alguna, para que a tenor de la nueva redacción del código

penal, ello pueda ahora operar también cuando la aplicación de las agravantes o atenuantes suponen una modificación de penalidad y a su vez un distinto plazo prescriptivo.

Así, podría ocurrir que alegada la prescripción del delito como artículo de previo pronunciamiento esta sea denegada porque en dicho momento, antes del Juicio Oral, el Tribunal solo puede prefijar el plazo de prescripción en relación al delito enjuiciado, sin embargo, una vez celebrado el juicio, si se aprecian atenuantes y la consiguiente disminución de la pena máxima que puede ser impuesta, el mismo Tribunal puede estimar la prescripción en la sentencia.

La clave de la cuestión radica en desentrañar a qué se refiere el legislador con la expresión utilizada en el art.131 del Código Penal.

Se podría oponer, en contra de la solución anteriormente apuntada que cuando el art 131 indica "la pena máxima señalada por la Ley" está empleando el verbo "señalar" y por ello se refiere a la pena "señalada" a cada delito en concreto, sin tener en cuenta las modificaciones que pudieran confluir por aplicación de las reglas penológicas de la parte general del Código Penal.

En apoyo de esta tesis podemos señalar que el párrafo 2 del art. 131 señala que los delitos prescriben "*a los veinte años cuando **la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años***", aún cuando en los párrafos siguientes dicha expresión se sustituye por "**la pena máxima señalada por la Ley**"³⁸⁶

³⁸⁶ El cambio de redacción entre el párrafo 2 y los siguientes, puede llevarnos aún a interpretaciones más favorables para el reo, pues podría argumentarse que como el párrafo 2 dice "la pena máxima señalada al delito", dicho plazo de 20 años sólo sería aplicable cuando dicha pena estuviera establecida para el delito concreto y no sería aplicable cuando fuera consecuencia de un aumento de penalidad por tratarse de un delito continuado.

Sin embargo, como en los párrafos siguientes, que establecen plazos menores de prescripción, hace referencia "a la pena máxima señalada por la Ley, e igual de ley es el art. que señala el delito que el que individualiza la pena, sí que podría disminuirse el plazo de prescripción

A esta posible interpretación se opone que el art 131, párrafo 3 y siguientes, al igual que el anterior art. 113, hace referencia a la pena señalada "por la Ley", y como no es lícito distinguir, donde la ley no distingue, máxime en perjuicio del reo, e igual de "ley" es el referido art.138 que establece la pena del homicidio que el art. 66.2 que establece la prohibición de rebasar la mitad inferior de la pena. Es más, la llamada parte general del código, aplicable a todos los delitos no es más que una generalización de unos preceptos, que por economía literaria no se transcriben en todos y cada uno de los artículos de la parte especial, por lo que su ubicación no se le debe dar, en principio, mayor relevancia. ¿Resulta coherente mantener que el aumento de la penalidad a la superior en grado por la aplicación del delito continuado sí que produce el aumento del lapso de prescripción, y sin embargo la disminución de la pena máxima a imponer por la concurrencia de atenuantes, no produce al mismo tiempo una disminución en el plazo de prescripción?

Por nuestra parte manifestábamos que la congruencia lógica que debe presidir la interpretación global de la prescripción exige aplicar un único criterio, lo que no entendemos aceptable es mantener dos posturas distintas, que además siempre vayan en perjuicio del reo.

Como argumento de apoyo recordábamos³⁸⁷ que los plazos de prescripción de la pena (art 133.1) se determinan en relación a las penas impuestas en la sentencia firme que son producto de la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes, por lo que de no tener en cuenta la aplicación de las atenuantes para determinar el plazo de prescripción del delito, podría darse la incoherencia de que el plazo de prescripción de la pena fuera muy inferior a la prescripción del delito, lo que pugnaría con la naturaleza material que

por aplicación de atenuante.

³⁸⁷ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción en el Código...* ob. cit. pág.65.

los sustenta.

Respecto a si se debían tenerse en cuenta o no las circunstancias atenuantes para determinar el plazo de prescripción de los delitos acabábamos concluyendo³⁸⁸ que “la interpretación más favorable al reo que debe presidir la prescripción es que sí deben tenerse en cuenta. No obstante, no parece que ello haya sido la intención del legislador, ni que lo haya previsto adecuadamente, más bien parece un efecto de la desaparición de las penas genéricas predeterminadas”.

El art 112.6 establecía que “la responsabilidad penal se extingue por la prescripción del delito”. Estimamos que en realidad lo que prescribe no es el delito, sino la responsabilidad penal nacida por la comisión del delito. La responsabilidad no es eterna sino que de la misma forma que nace por la comisión de un hecho punible, se extingue por cualquiera de las causas enumeradas en el art. 112 del C.P.

Si lo que prescribe es la responsabilidad penal del sujeto estimábamos que para la determinación del cómputo de la prescripción no solo debe actuar la pena genérica del delito establecido en la parte especial del CP, sino también las particularidades acontecidas en su comisión, como son el grado de ejecución, de participación, o las circunstancias que modifican la responsabilidad.

Manteníamos que postular lo contrario -o sea, que únicamente debe operar la pena establecida de forma genérica al delito- supondría romper con una brecha el sistema del código penal. Parece poco respetuoso con el principio de proporcionalidad y con las normas penológicas, exigir el mismo plazo de prescripción al autor de un homicidio consumado que al cómplice de un homicidio en grado de tentativa, cuando por voluntad legal tienen responsabilidades penales distintas claramente descritas.

Además supone un desajuste con los plazos exigidos para

³⁸⁸ PASTOR ALCOY, F.: Ob. cit. pág.65.

la prescripción de la pena. El legislador podría haber establecido los mismos plazos de prescripción para los casos en que no haya recaído sentencia firme y para los que sí exista, sin embargo, aún cuando el delito cometido sea exactamente el mismo, la duración de los plazos es distinta. Así el legislador ha tenido voluntad de diferenciar ambos supuestos y a la prescripción ocurrida antes de que exista sentencia firme la denomina "prescripción del delito", y la que se produce tras la sentencia firme la designa "prescripción de la pena".³⁸⁹

Los plazos para que pueda operar la prescripción cuando ya hay sentencia firme (prescripción de la pena) son notablemente superiores, lo que aumenta la dificultad de que llegue a consumarse. La voluntad del legislador ha sido tratar de forma desigual dos situaciones diferentes -según haya sentencia firme o no- y dificultar la prescripción cuando no hay ninguna duda posible sobre la culpabilidad del reo, pues existe sentencia condenatoria firme.

En la prescripción de la pena, al existir ya sentencia firme, es la pena impuesta en dicha resolución firme la que se adopta para determinar el plazo de prescripción. Para imponer dicha pena el Tribunal sí que ha tenido en consideración el grado de ejecución, participación y las circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Desde que en nuestro país la jurisprudencia admitió la naturaleza material y no procesal de la prescripción en materia penal, la alegación de la prescripción dejó de estar encorsetada y reservada exclusivamente al artículo de previo pronunciamiento antes del Juicio Oral, sino que ahora por su naturaleza material pueda apreciarse de oficio, y ser alegada en cualquier fase del proceso, incluso ex novo en la vista

³⁸⁹ Aun cuando en ambos casos sostenemos que lo que prescribe no es ni el delito ni la pena, sino la responsabilidad penal nacida de la comisión del delito, o la responsabilidad penal nacida de una pena impuesta en una sentencia firme en que se condena al reo por la comisión de un delito.

del recurso de casación.³⁹⁰

La anterior concepción procesal de la prescripción exigía que únicamente pudiera tenerse en cuenta si había sido alegada como artículo de previo pronunciamiento, por lo que era consustancial que los plazos de prescripción estuvieran absolutamente prefijados en dicho momento.

La prescripción puede declararse, también, una vez efectuado el juicio oral, en la sentencia, pudiendo el Tribunal conocer el asunto para concretar la penalidad y luego determinar el plazo de prescripción.

Por todo ello, manteníamos que lo acertado es determinar los plazos de prescripción tomando como base -no la pena genéricamente asignada al delito- sino la pena que se impondría en la sentencia al caso concreto según el grado de ejecución, participación y circunstancias modificativas.

Ya señalamos³⁹¹ que esta interpretación puede llevar a tener que establecer plazos de prescripción distintos para los diferentes partícipes de un mismo delito que tuvieran responsabilidades penales distintas y que se juzgarán en un mismo proceso. Aún cuando ello pudiera ser problemático no hemos de olvidar que si otorgamos a la prescripción una naturaleza material y no procesal, el derecho procesal no puede modificar el derecho sustantivo aplicable en perjuicio del reo, y que como hemos dicho sería discordante exigir el mismo plazo de prescripción a un cómplice de un asesinato en grado de tentativa que al autor de un asesinato consumado.

Atendiendo a "la especial naturaleza de la prescripción del delito" que puede apreciarse en cualquier momento del

³⁹⁰ Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L: "Apuntes sobre la prescripción del delito y la casación penal. Alegación ex-novo, apreciación de oficio y posible incidencia durante la tramitación del recurso". Actualidad Penal, I, 1988.

³⁹¹ PASTOR ALCOY, F. : *La prescripción en el Código..* pág.61.

proceso BOLDOVA PASAMAR³⁹² indica que ello impide asumir el criterio de las penas concretas, concluyendo que "parece que el único método para determinar sin titubeos el plazo de prescripción, una vez conocida la calificación del delito, es atender únicamente a las penas abstractas señaladas en la figura del delito. Por otra parte, para un solo delito no se pueden establecer tantos plazos de prescripción como intervinientes (...) dado que ello se opone a la unidad del delito".

En la doctrina española GILI PASCUAL³⁹³ tras analizar ambas posturas en las que sistematiza los argumentos a favor y en contra se pronuncia defensor de la interpretación que propugna la determinación del plazo de prescripción fijada por la pena en concreto.

Tras reiterar un análisis de la totalidad del art. 131, PEDREIRA GONZALEZ³⁹⁴ de lege data estima que el sistema español se ha decantado en el Código Penal de 1995 por el marco abstracto de la pena, y para ello se centra en que en el CP de 1995 -en su redacción hasta la Lo 5/2010 prescribían a los tres años los "delitos menos graves", y a los cinco "los restantes delitos graves", lo que a su vez debe de ponerse en relación con los arts.131 y 13.2 del CP y el art.33, concluyendo que "de tales preceptos se deduce indiscutiblemente que la consideración de una infracción como delito grave, menos grave o falta no se hace depender del marco penal genérico previsto en los tipos de la parte especial del Código Penal, sino que prescinde de las mismas. Pues bien, si la valoración de un delito grave, de un delito menos grave o de una falta, como se infiere con toda claridad

³⁹² BOLDOVA PASAMAR, M.A.: ob. cit. pág.335.

³⁹³ GILI PASCUAL, A.: ob. cit., págs.119 yss.

³⁹⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M.: ob. cit. pág.187 y 188 y en igual sentido, PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M.: "La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida Por la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. AÑO XXVI. Número 6249. Martes, 10 de mayo de 2005.

de los arts.13 y 33 del Código Penal depende de la pena prevista para el delito en abstracto, entonces es lógico deducir que la pena, a los efectos de deducir el plazo de prescripción, es la pena establecida para el delito en abstracto, esto es la pena, la pena genérica del tipo de la parte especial”.

Dicho argumento resulta insalvable para PEDREIRA. Sin embargo, la lógica argumentación del citado autor, no nos parece insalvable, ya que el legislador ha usado la técnica de remisión interna al art.33 sólo parcialmente en el art.131 del C.P. GILI PASCUAL³⁹⁵ estima que el art.131 “combina dos criterios: cuantitativo y cualitativo”. El primero, en el que nos vamos a centrar, atendiendo a la gravedad del hecho “ya sea por referencia directa a la misma o bien a través de la clase de delito que, conforme a la gravedad de aquella, estipula el art.13 CP.” En realidad, la técnica utilizada por el legislador a través del art.13 y 33 se emplea al final del art.131 y ello es así porque al legislador a efectos de fijar los plazos de prescripción le resulta incompleta y deficitaria la clasificación tripartita de los delitos graves, menos graves y leves que le llevaría a tres únicos plazos de prescripción. Por ello el legislador prescinde doblemente de dicha clasificación mediante el criterio denominado “cualitativo” de determinados delitos como el genocidio, la injuria y la calumnia, y también mediante la referencia a la pena máxima señalada por la ley al delito (con lo que establece los plazos de prescripción de 20, 15, 10 años y también de 5 años). Resulta relevante señalar que en realidad la remisión del art.131 al art.33 se efectúa como sistema de recogida -como lo indica la expresión “los restantes”, de forma que en su redacción originaria prescribe a los cinco años “los restantes delitos graves”, y

³⁹⁵ GILI PASCUAL, A.: ob. cit. pág.101.

tras la reforma operada por Lo 15/2003 prescriben a los tres años "los restantes delitos menos graves".

La remisión a la clasificación de los delitos regulada en el art.13 y 33 es residual, y además resulta parcial, siendo de referir que la pena de inhabilitación especial de hasta cinco años, que tiene la consideración de delito menos grave y que por ello debería prescribir a los tres años, sin embargo cuando era por "más de tres años y no superaba los cinco" prescribía a los cinco años, en la redacción operada por LO 15/2003".

Ante esta realidad no nos parece que la remisión legislativa de cierre a "los restantes delitos graves o menos graves" deban ser la clave de solución del conflicto, máxime cuando nos encontramos con que los mismos regulan plazos de cinco y tres años.

Dicho de otra forma, entendemos que sí que resulta viable una interpretación que excluyera el lapso de tres años asignado a los delitos menos graves -cuando estaba en vigor- de los efectos de degradación de los plazos, ya que los plazos de 20, 15, 10 y 5 eran para los delitos graves (y algunos menos graves) por lo que no parece irrazonable que pudiera aplicarse el marco penal concreto, con exclusión del criterio cuantitativo, y también de la remisión específica concreta, con lo cual en realidad, la estructura de los plazos de prescripción se apartaría a la clasificación tripartita. Las faltas siempre contarían con el lapso de faltas. Los restantes delitos menos graves, siempre tendrían el plazo de prescripción de tres años, siendo de referir que cualquier degradación de la pena nunca los convertiría en falta. Y dentro de los delitos graves la determinación de la pena operaría en plenitud, excluyendo los plazos estrictamente reservados a los delitos menos graves y faltas.

De lege ferenda sostiene la conveniencia PEDREIRA GONZALEZ³⁹⁶ de optar por el marco concreto de la pena. Este autor efectúa algunas matizaciones relevantes³⁹⁷. En primer lugar señala que cuando la mayoría de autores que defienden la determinación de la pena en relación a la pena en concreto, en realidad se refieren a la pena marco en concreto, pues la pena en concreto sólo cabe imponerla en la sentencia. En segundo término expone que la opción por la pena en abstracto no responde a un criterio que parta de la naturaleza procesal de la prescripción relativa a las dificultades de prueba³⁹⁸.

Propugna una solución "intermedia" TAPIA GONZALEZ³⁹⁹ en la que se "ha de considerar el marco punitivo correspondiente a la figura de la parte especial que se trate, delito o falta, así como a las modificaciones de la dicha pena derivadas de la existencia de una tentativa", de ahí excluye los delitos de genocidio, injurias y calumnia, remarcando que para la fijación del plazo debe procederse a la "exclusión de las modificaciones de la pena vinculadas a la participación en el delito y a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal.

RAGUES I VALLES⁴⁰⁰ realiza su aportación señalando que "entre las dos opciones extremas -marco penal básico previsto en la parte especial y penalidad concreta- parece existir una tercera posibilidad interpretativa". Este autor enumera una serie de supuestos en los que estima que resulta posible aplicar el plazo de prescripción a la penalidad concreta como lo son: a) Cuando la prescripción opera tras una sentencia no firme que queda paralizada, siendo de referir que la

³⁹⁶ PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M.: ob. cit. pág. 193

³⁹⁷ Ídem, pág.175, 176.

³⁹⁸ PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M.: ob. cit., pág.179.

³⁹⁹ GONZÁLEZ TAPIA, M.I: ob. cit. pág.107.

⁴⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, R.: ob. cit., pg.108 a 112.

sentencia ya ha impuesto una pena en concreto; b) Cuando la prescripción opera tras los escritos de calificación de la partes acusadoras, en los que los mismos ya contiene una petición concreta de pena basadas en todas las circunstancias, debiendo operar el plazo de prescripción más grave de las solicitadas; c) Cuando ya se ha dictado por el Juez instructor auto de procesamiento o el auto de transformación de procedimiento abreviado que permite al Juez tener en cuenta las modificaciones en los plazos de prescripción relativos a la tentativa o a la complicidad; d) En fase inicial de instrucción de la misma querrela o denuncia puede quedar de manifiesto el grado de ejecución alcanzado u otras circunstancias personales del autor.

A nuestro juicio, la interesante aportación de este autor permite recordar que a lo largo del proceso puede ir perfilándose en muchos casos con mayor o menor precisión el marco penal imponible o incluso la pena en concreto, pero a nuestro juicio presenta muchos problemas, ya que resulta perfectamente posible que un mismo hecho, de aplicarse dicha teoría presentara plazos muy diversos de prescripción del delito según la fase procesal en la que se encontrara, de forma que el plazo prescriptivo podría variar de forma muy sensible. Por otra parte, en algunos supuestos la aplicación del plazo prescriptivo estaría en manos del mayor o menor acierto de las acusaciones que por el simple sistema de solicitar la pena máxima, o incluso tipos agravados de imposible aplicación (como resulta frecuente en las estafas) impediría declarar la prescripción. Por otra parte, partiendo de la naturaleza material de la prescripción a la que se adscribe este autor, lo relevante no sería ni la gravedad del tipo penal, ni el grado de ejecución alcanzado, sino la apariencia de todo ello según el momento procesal en que nos encontráramos, siendo de referir que dicha alteración en los plazos según el momento procesal acercaría la

prescripción a una naturaleza procesal. A mayor abundancia, resulta difícil de justificar de lege data que tras la sentencia no firme el plazo de prescripción resulte inferior a antes de que se dictara dicha sentencia, máxime cuando dicho plazo de prescripción ya puede haberse producido con anterioridad a dicha sentencia no firme.

El Tribunal Supremo reunido en Junta General de 29 de abril de 1997 con relación a la prescripción, se debate acerca de la pena que ha de ser tomada en cuenta para aplicar los plazos prescriptivos del art. 133 del Código Penal, discutiéndose si ha de partirse de la pena en abstracto fijada para el delito de que se trate, o de la pena en concreto, resultante de la aplicación de normas sobre grados de participación y de ejecución.

Es mayoritaria la opinión de que debe ser tomada en cuenta la pena en abstracto.

Así, en la Sentencia ^a del Tribunal Supremo nº 458/1997 de fecha 12 de abril de 1997 (CENDOJ ROJ STS 2549/1997) se expresa que «el otro polo de la cuestión (...) se centra en torno a si se debe tomar como base para el cómputo, la pena prevista para el delito consumado o se debe partir de la pena correspondiente al delito frustrado. La toma en consideración del delito en abstracto viene determinada no solo por la literalidad de los artículos 49 del anterior Código Penal o el artículo 61 del nuevo sino por el hecho de que las referencias a que hace el actual artículo 131 regulador de la prescripción de los delitos, es siempre a la pena máxima señalada al delito y que la distinción entre delitos graves y menos graves se hace con referencia a la pena genérica señalada al delito tipo. En consecuencia tenemos que afirmar que cuando la ley habla de delitos graves entiende por tales aquellos a los que se señala una pena superior a tres años sin tomar en consideración si el delito se ha cometido en grado de tentativa o consumado, con

lo que podemos afirmar que si por aplicación de una eximente incompleta debemos bajar la pena a una franja inferior a tres grados la gravedad se determina por la **pena** abstracta independientemente de las vicisitudes a las que pueda imperfectas de ejecución o los efectos de la responsabilidad criminal...»

Y en la Sentencia del TS n° 356/1999 de 4 de marzo de 1999 (CENDOJ ROJ STS 1499/1999) se dice que "el actual artículo 131.1 al hablar de la "pena máxima señalada al delito" se decanta en favor de la pena abstracta, en tanto el antiguo artículo 113 se refería a la pena señalada en la ley, con omisión de la palabra "máxima" del vigente Código, lo que no obsta para que, con menor convicción ciertamente, también quepa la consideración abstracta de la pena si el legislador del Código de 1973 está refiriéndose a la pena señalada, que necesariamente ha de comprender un máximo y un mínimo...».

3.2.2.-Nuestra postura

Este debate doctrinal y jurisprudencial que resultó muy vivo con la entrada en vigor del nuevo código penal, ha perdido buena parte de su interés, a nuestro juicio por varias cuestiones. Por una parte, el Acuerdo de la Junta General del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997, optando por la pena genérica señalada al delito que parece haber zanjado la cuestión, pese a alguna sentencia inicial, al menos en el ámbito de la jurisprudencia.

En segundo término, el Código Penal de 1995, en su art.4.4 regulaba expresamente la suspensión de la ejecución de la pena cuando pudiera resultar "vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas". Se trata de un reconocimiento legal al proceso sin dilaciones indebidas. Desde los últimos años del siglo XX la jurisprudencia empezó a aplicar tímidamente las dilaciones indebidas como atenuante

analógica (art 21.6), cuestión que fue admitida por el Tribunal Supremo, (STS 1033/99) y que se fue generalizando incluso aceptando su aplicación como atenuante muy cualificada (STS 2370/2001, STS 2125/2002, STS 663/2002), que permitía bajar la pena en uno o dos grados, y que finalmente en la reforma operada por L.O. 5/2010 se incluyó en el Código penal como circunstancia atenuante en el actual art.21.6 CP. A nuestro juicio, ello fue abriendo una vía que relativizó la relevancia de la prescripción. El transcurso del tiempo venía a ser, anteriormente, una solución maximalista de "o todo o nada", es decir o ha prescrito por haber completado los plazos o se impone la pena en todo su rigor con todas las circunstancias, siendo el tiempo transcurrido de paralización en todo caso aplicable dentro de la estricta discrecionalidad judicial dentro del marco concreto.

Nuestra opinión es que la determinación del plazo de prescripción de la infracción penal en atención a la pena señalada para el delito en abstracto, o para el delito aplicando las normas para determinación de la pena al marco penal concreto según el grado de ejecución, participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad no es una mera cuestión de determinación del plazo, tal como hasta la fecha ha sido tratado en la doctrina. Ni tampoco es un sistema para concretar el plazo sino que en realidad responde a una opción legislativa más profunda.

Bajo la denominación de la "prescripción de la infracción penal o delito" por nuestra parte efectuamos una subclasificación legislativa entre aquellos ordenamientos que han optado por la prescripción de la infracción punible atendiendo a la pena señalada al tipo penal en la parte especial, como es el caso de la legislación alemana y la de aquellos otros que han optado por la prescripción de la responsabilidad criminal del sujeto de la infracción punible con todas las reglas para la aplicación de las penas, como es

la legislación italiana, sin que la cuestión haya sido debidamente definida con claridad por el legislador español como han puesto de manifiesto GILI PASCUAL⁴⁰¹ y PEDREIRA GONZALEZ⁴⁰².

Por nuestra parte, entendemos que no se trata sólo de un método de asignación de plazos, sino que las consecuencias de dicho "sistema" degradando o aumentando los plazos de prescripción resultan de tal calado que puede hablarse de una clase de prescripción que regula la prescripción del delito y de otro sistema que, aunque se denomine igual, regula en realidad la prescripción de la responsabilidad personal de cada responsable del delito.

Es claro que en ambos sistemas se extingue la totalidad de la responsabilidad criminal de cada sujeto responsable de la infracción penal, -pues el grado de ejecución, de participación y las demás circunstancias precisan necesariamente del delito, y no cabe castigar por las circunstancias prescindiendo del mismo- pero en el primer sistema el elemento determinante es la gravedad o entidad de la infracción penal en abstracto, con la relevantísima consecuencia de que el legislador decide prescindir de todo el aparato legal ajeno a la pena del tipo o subtipo penal. En el segundo sistema la fijación del plazo prescriptivo viene determinada por la totalidad de las normas tanto de la parte especial como de la general que regulan la aplicación de las penas para cada sujeto que ha intervenido, pues el plazo no pivota sobre el hecho, sino sobre cada sujeto con sus circunstancias.

Ambas opciones legislativas son legítimas y responden a distintas tradiciones jurídicas y ambas presentan consecuencias jurídicas diferentes que pueden considerarse ventajas o inconvenientes.

⁴⁰¹ GILI PASCUAL. A.: Ob. cit., págs.114 y 115.

⁴⁰² PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: Ob. cit., pág.176.

De esta forma podemos establecer la siguiente clasificación, que como se verá admiten grados de intensidad.

1) Prescripción de la infracción:

1.1.-Infracción del tipo o subtipo penal.

1.2.-Infracción del tipo penal según el grado de ejecución.

2) Prescripción de la responsabilidad del sujeto:

2.1.-Atendiendo al marco penal más concreto según el grado de ejecución y participación.

2.2.-Atendiendo al marco penal tras aplicar a cada sujeto las circunstancias modificativas que supongan alterar el grado de la pena.

2.3.-Atendiendo al marco penal más concreto tras aplicar a cada sujeto las circunstancias modificativas incluso dentro del grado de la pena en su mitad inferior o superior

2.4.-Atendiendo a la pena concreta que se fijaría en la sentencia.

Un sector doctrinal de lege data propone lo que denominan solución intermedia de aplicar el plazo prescriptivo correspondiente a el grado de ejecución y participación alcanzado, pero prescindiendo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. A dicha conclusión llegan partiendo de la premisa de que nos encontramos ante una cuestión problemática dentro de la determinación del plazo de prescripción. Nuestra postura es que en el ordenamiento español efectivamente se trasluce una indefinición que en realidad puede y debe contemplarse dentro del marco de dos opciones: la primera fundada exclusivamente en el delito, y la segunda en el sujeto responsable del delito.

Estimamos que desde una perspectiva histórica ha

resultado sencillo llegar a una concepción de la prescripción del delito basada exclusivamente en la gravedad de la infracción, habida cuenta que en la mayoría de las ocasiones se trata de delitos de autor desconocido, o rebelde donde se desconocen las concretas circunstancias de cada uno de los sujetos que intervinieron. Nos encontramos ante una prescripción propia de la fase preprocesal.

La prescripción de la responsabilidad del sujeto resulta una elaboración jurídica más propia de la prescripción por paralización del proceso que se encuentra en un estado avanzado, ya sea antes o tras dictar sentencia no firme, y que pone por ello de manifiesto la falta de proporcionalidad de la primera opción, especialmente tras la sentencia no firme en la que se ha aplicado importantes degradaciones penológicas en atención a las circunstancias del sujeto.

En lo que respecta a la prescripción de la pena, es de indicar que cabe imaginar sistemas que también obedezcan a la anterior clasificación pues si bien no cabe duda de que en nuestro ordenamiento el plazo de prescripción se enlaza en relación a la pena concretamente impuesta, el legislador podría haber optado por establecer la prescripción de la pena como una "prescripción del delito en fase de ejecución", ya fuera con los mismos plazos que en la prescripción del delito, o aumentando -o disminuyendo- los plazos en relación a la pena señalada al delito cometido. Así podría señalarse los delitos menos graves prescriben a los cinco años siempre que no se haya dictado sentencia firme, y tras la misma las penas por dichos delitos prescribirán a los diez años.

Hemos de recordar que el grado de ejecución de cada delito dependerá de la técnica utilizada en cada caso por el legislador al configurar el tipo penal como un delito de actividad o de resultado, o incluso utilizando ambos criterios en el mismo tipo penal, como es el caso del delito contra la salud pública del art.368 del CP.

Tampoco cabe olvidar que en ocasiones puntuales el legislador ha optado directamente por modificar las consecuencias generales de la tentativa, ordenando que sólo se baje un grado, tal como ocurre en el vigente art.485.3 CP. con el resultado que el plazo de prescripción del delito es el mismo para el delito consumado que para el delito en grado de tentativa.

En todo caso, pensamos que la gran relevancia de la cuestión sobre la disyuntiva entre el delito en abstracto o responsabilidad en concreto, se ha relativizado con un instrumento en principio ajeno a la prescripción, pero que se encuentra vinculado por el factor temporal como modificador de la responsabilidad criminal, como es la normativación de la atenuante de dilaciones indebidas por la L.O. 5/2010, que ya era aplicada antes como atenuante analógica, y sobre todo la aplicación de la misma en los casos próximos a la prescripción como muy cualificada vienen a operar como una cuasi-prescripción. Resulta significativo como algunos ordenamientos regulan junto a la prescripción, las consecuencias del plazo que no ha llegado a alcanzarse. Ello nos sirve para remarcar que cada ordenamiento jurídico presenta muchas alternativas (incluso mediante instrumentos de distinta catalogación para otorgar relevancia jurídica distinta al tiempo.

El examen minucioso de un determinado ordenamiento jurídico, a nuestro parecer, presenta diferencias notables cuando opta por la prescripción de la infracción penal (delito en abstracto) sin que en dicho ordenamiento admita la atenuante de dilaciones indebidas o análoga, y aquel ordenamiento que sí la admite incluso como muy cualificada bajando el grado de la pena. Este último ordenamiento viene a ofrecer una especie de solución que desde una perspectiva penológica se aproxima a la prescripción de la responsabilidad criminal (delito en concreto). La radical

diferencia es que el efecto del tiempo se aplica antes o después de aplicar la pena.

A nuestro juicio existe una "familia" de instituciones que gravita sobre el transcurso del tiempo y que permiten o inciden individualmente para modificar la pena, extinguirla, suspenderla o sustituirla. Estas instituciones que han ido perfilándose de forma un tanto aislada o con vínculos difusos pueden y debieran estructurarse como un conjunto sistematizado.

Lo que resultaría un tanto absurdo es que como consecuencia de la aplicación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas se degradara la pena de forma tal que por esta circunstancia se produjera un cambio de plazo prescriptivo que acarrearía a su vez la prescripción, con lo que el plazo dilatorio incidiría doblemente.

Si bien en el pasado hemos defendido que la mejor interpretación que entronca con la prescripción de la infracción penal es la que enlaza el plazo de prescripción del delito con la concreta responsabilidad criminal del sujeto, y que parece mucho más proporcional que la que prescripción de la infracción penal, sin embargo hemos de referir que disentimos de aquellos autores que llegan al extremo de postular de lege ferenda un sistema proporcional entre la pena concreta y el plazo de prescripción con lo que el número de plazos de prescripción son tantos como la penas que se pueden llegar a imponer.

Lo que subyace en dicha tesis es equiparar la duración de la pena, con la duración de la ausencia o paralización del proceso. Dicha tesis viene a propugnar una equiparación o simetría matemática entre duración de la pena y duración de la paralización. Dicha tesis viene a imponer las normas diseñadas estrictamente para la determinación de la pena, que el Código Penal denomina "de la aplicación de las penas" en la rúbrica del capítulo II, del Título III, del Libro I a la

prescripción del delito que se encuentra regulado entre las causas que extinguen la responsabilidad criminal (Título VII del Libro I).

Nuestra postura es que no cabe una identidad o estricta equiparación entre la duración de la pena a imponer, la pena concreta imponible o incluso la pena impuesta (prescripción de la pena) y la duración del plazo de prescripción del delito o de la misma pena. Estimamos que la prescripción requiere de unos concretos plazos determinados y ciertos, pero no de una multitud de plazos determinables pero inciertos y variables. Ello mermaría el principio de seguridad jurídica, reconocido como un fundamento esencial de la prescripción, pues al venir marcados con el sello de su inconcreción bastaría la aplicación de la discrecionalidad judicial motivada para que la imposición de una pena con un día de más impediría que operara el plazo de paralización ya transcurrido y conocido. La prescripción exige certeza en el plazo de prescripción antes de que el mismo se produzca, y también la eliminación de cualquier elemento discrecional que impida su inaplicabilidad cuando el mismo ya ha transcurrido.

3.3. La prescripción en el concurso ideal y medial

3.3.1 Redacción originaria del CP de 1995

Dos son las posturas contrapuestas para determinar el plazo de prescripción del concurso ideal y medial, cuando nos encontramos con que dicho concurso está formado por dos delitos con distinto plazo prescriptivo, uno de los cuales está prescrito y el otro no.

La primera que es la mayoritaria en la jurisprudencia estima que el concurso ideal y medial conforman una unidad que impide la prescripción por separado de forma que la exasperación punitiva que conlleva el art.77 impedirá, en su

caso, que pueda operar la prescripción respecto al delito que tiene menor plazo de prescripción.

La segunda postura, a la que nos adscribimos supone que el concurso ideal y medial no impedirá nunca la prescripción del delito con menor plazo una vez transcurrido el mismo.

3.3.1.1 Plazo único

Es exponente de esta tesis mayoritaria en el Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal Supremo 3259/2015, de 14 de julio de 2015, (CENDOJ ROJ 3259/2015) Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA en que se alegaba la infracción del artículo 131 del Código Penal al alegar que el delito de falsedad estaría prescrito, ya que no existía una conexión medial con el delito de estafa sino que la conexión entre ambos es meramente procesal.

El TS en esta sentencia cita resoluciones anteriores suyas como las STS nº 1006/2013, de 7 de enero de 2014, que "en los supuestos de concurso medial el plazo de prescripción del conjunto delictivo será el que corresponda al delito más grave". Pero la apreciación de los distintos delitos imputados a una persona como una unidad material no se limita, a los efectos de la prescripción, a los casos de concurso ideal o medial, sino que alcanza a otros supuestos en los que los distintos delitos se relacionan constituyendo una unidad delictiva cohesionada materialmente, como ocurre cuando un delito es un medio para ocultar o agotar otro, supuestos en los que no se aprecian los fundamentos de la prescripción para llegar a acordarla separadamente para alguno de los delitos integrados en aquella unidad. De forma más amplia se formulaba en la STS nº 1444/2003, de 6 de noviembre, en la que se decía que " cuando de infracciones especialmente vinculadas se trata, (...), no cabe apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones

enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 febrero 2000 o 3 de julio de 2002, SS 31 de octubre de 2002, núm. 1798/2002)".

Continúa la sentencia que transcribimos indicando que con la denegación de la prescripción en estos supuestos se da aplicación al acuerdo alcanzado en la Sala General celebrada el 26 de octubre de 2010, según el cual se ratificaba su doctrina en el sentido de que "En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado", fórmula que luego fue introducida en el Código Penal en la reforma operada por la LO 5/2010. Esta consagración legal no impide su aplicación a hechos ocurridos con anterioridad pues esa era la doctrina jurisprudencial, interpretativa de la legalidad previamente vigente. Doctrina igualmente aplicada en otras sentencias de esta Sala como la STS 1100/2011, que, con cita de la STS núm. 912/2010, señalaba que "...que no cabe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlos como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no pudiendo apreciarse la prescripción autónoma de las infracciones enjuiciadas...". En sentido similar, señalando que "el proceso contiene una pluralidad de acciones y dada su conexidad, la prescripción queda condicionada al delito más grave".

3.3.1.2 Plazos individuales

El art 77 del Código Penal regula el concurso medial que supone la realización de varios delitos, uno de los cuales es medio para cometer otro, motivo por el cual existe menos culpabilidad y se aplica una regla penológica que resulta más beneficiosa para el reo que si se aplicará la pena de dichos delitos por separado, ya que expresamente tanto el código penal derogado (art 71) como el redactado por el CP de 1995 señalan que el castigo por separado supone un límite. Al efecto establece el art 77.2 del código Penal de 1995, en su redacción original: "En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penarán separadamente las infracciones". Y en su apartado tercero ordenaba: "Cuando la pena así computada exceda de ese límite, se sancionarán las infracciones por separado".

Si una de las infracciones penándola por separado se encuentra prescrita (por tener un plazo menor de prescripción) resulta obvio, que dicha infracción no se le podrá aplicar pena alguna, por estar prescrita y ello siempre resultará una menor pena, castigando únicamente la infracción no prescrita, que castigando ambas en su mitad superior.

El claro tenor de la ley en su art.77.3 obliga a la punición por separado si resulta más beneficioso, y resulta claro que siempre lo será cuando una infracción está prescrita. Como señalaba OLAIZOLA⁴⁰³ resulta paradójico que una norma penológica para favorecer al reo sin embargo en el tema de la prescripción el sujeto resulte perjudicado.

Por tanto, aun cuando el concurso medial pueda suponer una unidad de acción, lo cierto es que la regla penológica

⁴⁰³ OLAIZOLA NOGALES, I.: "Prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos", AP, 1998, 37, pág. 12.

del art. 77.2 obliga a efectuar una comparación de penas por separado, y en esa comparación penológica no puede dejar de operar aspectos sustantivos de derecho penal, como la prescripción, el perdón del ofendido, el indulto u otras causas de extinción de la responsabilidad criminal que fueran aplicables únicamente a un delito pero no al otro. Mantener lo contrario estimamos que supone una vulneración de lo ordenado en el art. 77.2 in fine.

Hemos de concluir que es nuestra opinión que en el concurso ideal y medial entre dos delitos, si uno de ellos se encuentra prescrito, no podrá aplicarse el concurso medial, sino que al estar exento de responsabilidad criminal por una infracción deberá aplicarse únicamente la pena del delito no prescrito. En la doctrina secundan este parecer OLAIZOLA NOGALES⁴⁰⁴, GILI PASCUAL⁴⁰⁵, GONZALEZ TAPIA⁴⁰⁶ y PEDREIRA GONZALEZ⁴⁰⁷.

La sentencia 813/2012 del Tribunal Supremo de 17.10.2012 (CENDOJ ROJ 7087/2012) respecto al concurso medial, aporta un importante matiz al establecer que entre la comisión de ambas infracciones no se puede superar el plazo de prescripción "de modo que transcurrido el tiempo previsto para la prescripción del delito medio no cabe que este reviva cuando, una vez consolidada la prescripción, se materialice el delito fin. Puede decirse por tanto que el complejo concursal medial no llega a constituirse, de ahí que no quepa aplicar los plazos prescriptivos propios de esa unidad jurídica".

Nuevamente nos encontramos con que las soluciones a cuestiones concretas surgen de la concepción del instituto objeto de estudio como "prescripción del delito" o "prescripción de la responsabilidad criminal del sujeto que ha intervenido en el delito".

⁴⁰⁴ OLAIZOLA NOGALES, I.: ob. cit., pág.15.

⁴⁰⁵ GILI PASCUAL, A.: ob. cit., págs.106.

⁴⁰⁶ GONZÁLEZ TAPIA, M.I: ob. cit., pág.123.

⁴⁰⁷ PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M.: ob. cit. pág.230.

A nuestro juicio la tesis seguida de forma mayoritaria por la jurisprudencia requeriría un cambio legal en la prescripción en la que expresamente se indique que en el concurso ideal y medial regirá el plazo de prescripción resultante de la exasperación punitiva prevista, salvo que la misma no opere por resultar más beneficioso el castigo por separado, con abstracción de la prescripción, en cuyo caso regirá el plazo de prescripción de la infracción más grave para todas las infracciones concurrentes.

Y ello es así, porque la técnica legislativa de la regulación en la parte general del concurso ideal y medial que en realidad exonera al legislador del uso de la técnica de subtipos complejos, sin embargo presenta la diferencia de que no altera el plazo de prescripción pues mientras en el delito complejo cada uno de sus componentes pierden su individualidad formando un nuevo subtipo a todos los efectos, en el concurso ideal y medial es una adición que la prescripción sí que afecta a cada uno de sus elementos.

3.3.2. Reforma operada por L.O. 5/2010.

La reforma de la L.O. 5/2010 añadió un párrafo quinto:

Art. 131.5.-En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”.

Esta reforma supone optar por la corriente jurisprudencial mayoritaria, que en este caso atendía no a la prescripción de cada delito individual, sino a la prescripción por el conjunto de hechos que conforman el concurso de infracciones o la responsabilidad personal del sujeto en su conjunto, de forma que en un orden de aplicación la prescripción sería lo último en aplicarse y además aun

cuando se castigaran por separado regiría para todas las infracciones el mayor plazo de prescripción.

Dicha reforma que entró en vigor el 24 de diciembre de 2010, resulta congruente con el acuerdo de Sala del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010:

Acuerdo: Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.

3.3.3. Reforma L.O. 1/2015

La reforma operada por la L.O.1/2015 ha modificado el art.77 que actualmente establece:

«1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de

este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.»

La reforma otorga ahora distinto trato penológico al concurso ideal, que se castiga con la pena más grave en su mitad superior, y al concurso medial, que pasa a castigarse con "una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave". Si bien la referencia a "una pena superior" puede dar lugar a confusión al entenderse que se asigna ahora la pena superior en grado a la pena más grave. Sin embargo, no es ese el parecer de la Circular 4/2015 de FGE, de 13 de julio de 2015, que en su apartado 11.3 establece que el art.77.3 "no remite a la pena superior en grado sino a una pena superior a la que habría correspondido".

Estimamos que la nueva regulación en nada cambia respecto al concurso ideal. Y respecto al concurso medial aún en el caso de que se entendiera que la nueva regulación impone la pena superior en grado a la pena más grave, ello no podría suponer una alteración del lapso de prescripción ampliándolo en aquellos casos en los que la pena superior en grado suponga un cambio de plazo, habida cuenta que la reforma operada por L.O 5/2010 y luego en el actual art.131.4 se establece que "el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave". Es decir, el plazo de

prescripción de la infracción no será el correspondiente de aplicar las normas del concurso medial que exasperan la pena, sino del "delito más grave". Sin embargo, sí que podría afectar a la prescripción de la pena, pues la determinación del plazo opera sobre la pena impuesta.

En el supuesto de que la interpretación de la FGE no resulta la correcta, y que se admita que el concurso medial exaspera la pena hasta situarla en un grado superior, podría tener cierta lógica la postura que mantiene la correspondiente alteración del plazo en cuanto dicho concurso medial de varios delitos conforma una penalidad superior que en rigor merecería un plazo superior de prescripción. Sin embargo, a nuestro juicio, nuevamente se encuentra con el mandato de que el propio precepto contiene la orden en el art. 77.3 de que "En todo caso, la pena impuesta *no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo (sic) anterior*".

El apartado (que no artículo) anterior establece la norma favorable de punición por separado si la aplicación del concurso excede de la punición por separado.

La reforma impone que se establezca la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Y para determinar la pena impuesta separadamente para cada delito hemos de recurrir a todas las normas penológicas pero también a las causas de extinción de la responsabilidad criminal como el perdón en su caso, o la prescripción del delito.

El legislador ha optado por realizar una excepción en cuanto al plazo de prescripción por separado, y unificar los plazos de todas las infracciones en el que tenga mayor penalidad.

3.4 La prescripción en las infracciones conexas

3.4.1. Reforma LO. 5/2010

La ley orgánica 5/2010 de 22 de junio añadió un párrafo quinto que ha venido a zanjar, al menos parcialmente, la grave controversia en torno al plazo a aplicar para los delitos conexos con distinto plazo prescriptivo al añadir un párrafo quinto en el que establece: "En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave".

Dicho texto legal resulta concorde con el Acuerdo de Sala del Supremo del mismo año de 26 de octubre de 2010.

Esta reforma, viene a añadir un nuevo aspecto procesal a la naturaleza de la prescripción en cuanto la misma se verá afectada por otros delitos conexos, si bien ello puede ser objeto de matización.

Con anterioridad a dicha reforma legal, el Tribunal Supremo de forma mayoritaria⁴⁰⁸ venía aplicando dicha postura pese a la carencia de apoyo legal, apartándose de la literalidad de la regulación de los plazos de prescripción.

Dicha interpretación judicial mereció severas críticas en la doctrina habida cuenta que tanto el art. 131 en su redacción originaria, como el art. 113 del código derogado al establecer los plazos de prescripción señalaban que "cuando

⁴⁰⁸ "La persecución, enjuiciamiento y sanción conjunta y simultaneo del delito y la falta resulta obligada y es doctrina reiterada de esta Sala (cfr SS 22-10-1991 (RJ 7341); 1-4-1992 (RJ 2735), 5-6-1992 (RJ 4835), y 28-9-1992 (RJ 7384), en tales supuestos, negar la posibilidad de que el plazo prescriptivo de las faltas corra independiente del correspondiente al delito al que viene unida. Ambas infracciones aparecen englobadas unitariamente en el mismo proceso, y las faltas se someten, por su conexión al delito, a efectos de la prescripción, al plazo correspondiente a la infracción de mayor rango".

(Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 1993, Ponente Carlos Granados, R.J.A. 7142).

la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción".

No puede confundirse un delito con pena compuesta, con varios delitos con varias penas. En un delito con pena compuesta existe una única culpabilidad merecedora de diversas penas, pero dichas penas tienen un único y común plazo prescriptivo pues lo que prescribe es el delito o mejor dicho la responsabilidad criminal nacida de la comisión de un delito.

Cuando se juzgan varios delitos conexos, existen varias y diferenciadas infracciones cada una de las cuales tienen su propia pena, y que solo por razones de economía procesal y probatoria se juzgan en el mismo proceso por establecerlo así la Ley de enjuiciamiento criminal. Pero ello no puede suponer un aumento de los plazos prescriptivos para todos los delitos, pues no prescribe el proceso sino cada uno de los delitos, pues resulta unánime la naturaleza material de la prescripción.

Es criterio absolutamente reconocido que la prescripción penal no guarda relación con la civil, y que no se trata de un instituto de carácter procesal, sino de derecho material⁴⁰⁹, pues es una causa sustantiva que extingue la responsabilidad penal.

El criterio que usaba la jurisprudencia mayoritaria -es que en los delitos conexos existía una unidad de acción del

⁴⁰⁹ □ *"La prescripción de la infracción penal es una institución de derecho material y no de derecho procesal, como a veces se entendió". (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992, Revista General de Derecho, junio 1992, pág. 5355)*

"La jurisprudencia de esta Sala ya no se plantea duda alguna en cuanto a que, por su naturaleza jurídica y por los efectos que produce, debe encuadrarse en el ámbito del derecho sustantivo".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1993, R.J.A. 8385)

"La reciente jurisprudencia ha acentuado el carácter sustantivo del instituto de la prescripción. (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1993, R.J.A. 5094).

sujeto que merecía un único enjuiciamiento y un único plazo prescriptivo.

Recuerda la STS 912/2010, 11 de octubre de 2010 (CENDOJ ROJ: STS 5794/2010) Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR que la doctrina de esta Sala Casacional, deducida entre otras, de la STS 54/2002, de 21 enero, que citando a las de Sentencias de 18 de mayo de 1995 y la 758/1999, de 12 de mayo, afirma que no debe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma de alguna de las infracciones enjuiciadas aplicando plazos de prescripción diferenciados por paralización del procedimiento (STS de 29 de julio de 1998, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1999, 14 de febrero 2000 o 3 de julio de 2002, 31 de octubre de 2002).

En dicha sentencia, el TS fundamenta también dicho criterio jurisprudencial en la LO 5/2010, cuyo apartado 5 del art. 131 del Código penal, "En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave". EL TS indica que dicho precepto, que en el momento de dictar la sentencia todavía no había entrado en vigor "es una traslación legislativa de nuestra doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de los delitos conexos. Acerca de esta cuestión, este Tribunal en su sentencia 964/2008, de 23 de diciembre, precisa que no debe operar la prescripción cuando se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones, lo que impide aplicar

la prescripción por separado; cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado”, citando al respecto las sentencias 312/2006, de 14 de marzo; 827/2006, de 10 de julio; 758/1999, de 12 de mayo; y 544/2002, de 18-3”.

Es exponente también de esta postura la siguiente sentencia del Tribunal Supremo 381/2015 de 18 de junio de 2015, (CENDOJ ROJ STS 3045/2015) Ponente Andrés Martínez Arrieta, respecto de un delito cometido durante la vigencia del Código Penal derogado de 1973 en que la defensa alegaba que al tiempo de los hechos no existía una norma penal, como la posterior del art. 131, introducido por el Código de 1995, que establecía que en lo supuestos de concursos de delitos el plazo de prescripción será el que corresponda al más grave. El TS rechaza el motivo indicando que investigación era conjunta, en el mismo proceso por lo que la investigación de los títulos de imputación estaban conexiónados, penal y procesalmente, por lo que no es posible establecer un distinto plazo de prescripción para causas conexas. Indica la sentencia que “aunque es cierto que hemos excluido la conexión meramente procesal, en el caso, tanto las armas y explosivos, como el delito de pertenencia y el de asesinato en tentativa y el atentado se encuentran en una relación de conexidad penal al tratarse de una pluralidad de tipos penales imputados a una persona que se relacionan por las normas del concurso real”.

Los fundamentos del Tribunal Supremo para tomar el plazo prescriptivo más amplio en los delitos conexos se pueden encontrar en sentencias anteriores a la reforma legal como la de Sentencia del Tribunal Supremo N° 1182/2006, de 29.11.2006 (CENDOJ ROJ STS 7479/2006) que indica que la

propia jurisprudencia del TS establece que en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquélla que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina del T.S., estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto.

También es de referir la existencia de sentencias del Tribunal Supremo que cuestionaban la jurisprudencia mayoritaria como la STS de 29 de julio de 1998⁴¹⁰ que califican de criterio procesal rechazable pues "nunca condicionamientos de este orden (procesal) pueden limitar la

⁴¹⁰ Citada por PEDREIRA GONZALES, F.M.: Ob. cit. pág.230.

aplicación de una norma penal que, en beneficio del reo, declara extinguida la responsabilidad criminal”.

En realidad, el Tribunal Supremo siempre ha intentado matizar su postura de aplicar el plazo de prescripción al delito más grave en los delitos conexos aludiendo a la conexidad material, y excluyendo la conexidad meramente procesal si bien los criterios empleados no siempre resultaban nítidos.

Así en otros delitos, el Tribunal Supremo en Auto de 28 de junio de 2012 (CENDOJ ROJ: ATS 10293/2012) Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ establece que la conexidad entre el delito de prostitución y delito de aborto se produce tal conexidad que debe de computarse el plazo de prescripción del delito más gravemente penado, en atención al contexto en que se produjeron.

La STS 1100/2011, de 27.10.2011, (CENDOJ ROJ STS 7301/2011) Ponente JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE analizó un recurso en que se alegaba la prescripción de los delitos de falsificación en documento mercantil en concurso medial con uno de estafa procesal en grado de tentativa, ya que habían pasado más de tres años desde que se cometió el delito penal de la falsificación documental y al ser un delito instrumental o puente si prescribió la falsificación también lo haría la estafa procesal.

El TS indica que en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otros, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la

comprensión, enjuiciamiento, y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Para el TS, "en estos supuestos, la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Como destacan las STS 1247/2002 de 3-7;132/2008, de 12-2;493/2008, de 9-7;866/2008 del-12, las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal en los que no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un solo procesado (STS 29-7-98). Por ello, cuando de infracciones vinculadas se trata, como en el presente caso, en el que la falsedad solo es concebible en función de la ulterior defraudación intentada, no cabe apreciar la prescripción de ninguna de las infracciones enjuiciadas, en tanto que no prescriba la más grave de éstas (STS 1798/2002, de 31-10;1242/2005, de 3-10;975/2005 de 18-7, falsedad como medio de estafa: debe estarse al plazo de ésta".

El Tribunal Supremo remarca que no se trata de un supuesto de mera conexidad procesal, sino que la misma se asienta en los aspectos materiales o sustantivos del hecho, puesto que el delito de falsedad de la factura forma parte de la realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, de forma que la Jurisprudencia de esta Sala ha estimado que en supuestos de unidad delictiva, la prescripción debe entenderse de modo conjunto y no cabe apreciar aisladamente la del delito instrumental, mientras no prescriba el delito más grave o principal, añadiéndose que en estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción, en el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena para un

único segmento subordinado a la conducta, cuando subsiste para la acción delictiva principal, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que solo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto.

La sentencia concluye afirmando que la doctrina del TS para los casos en que hay delitos conexos en concurso medial, a efectos de delimitación del plazo de prescripción aplicable, considera que tales infracciones han de considerarse como una sola, de modo que los así agrupados no pueden prescribir separadamente criterio reiterado en *STS 912/2010 de 11-10* que afirma "que no cabe operar la prescripción , en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma de las infracciones enjuiciadas...".

Por ello, el Tribunal Supremo mantiene el criterio de la conexidad material entre ambos delitos.

De mediar el plazo de prescripción del delito más grave, nos encontramos ante que lo prescribe en realidad es el proceso por todos los hechos cometidos y enjuiciados en el mismo proceso, mientras que si a cada sujeto se le aplica el plazo de prescripción correspondiente a la infracción cometida nos encontraremos con un sistema prescriptivo más próximo a la prescripción de la responsabilidad criminal de cada sujeto.

En el caso de que uno de los delitos imputados no quede probado se estará al plazo de prescripción del único delito

probado, tal como establece la sentencia TS 664/2014 de 14 de octubre de 2014 (CENDOJ ROJ STS 4158/2014) que “Lo que nos lleva, de acuerdo con el evidente criterio inspirador de dicho pronunciamiento, a afirmar que cuando, como en el presente caso, uno de los delitos que formaban parte de la acusación ha sido declarado inexistente, aquel otro cuya condena se alcanza es el que debe marcar el plazo de prescripción aplicable”.

La diferencia entre la conexión procesal y material puede tener especial relevancia en el caso de múltiples acusados cada uno de ellos por una infracción diversa como podría ser un altercado en el que participarán diversos sujetos con actuaciones muy variadas cada una de ellas con un plazo distinto de prescripción.

No parece lógico que el sujeto que ha perpetrado el acto de menor entidad vea notablemente ampliado su plazo de prescripción de la infracción por el acto cometido por otro sujeto incluso en una postura de conflicto entre ambos.

En dicho sentido, la sentencia 682/2014 del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2014 (CENDOJ ROJ 4346/2014), Ponente Perfecto Andrés Ibáñez, establece el criterio de la conexidad exclusivamente respecto al mismo sujeto, pero no respecto a la actuación de otros. La sentencia en sus fundamentos indica que la prescripción de los delitos se manifiesta dentro del proceso pero es un instituto de carácter sustantivo y por ello debe producir los efectos de este carácter, con sus consecuencias procesales, en este plano y a tenor del específico perfil de cada delito. Trayendo como precedente la STS 630/2002, de 21 de diciembre que resolvió que en los casos de conexidad meramente procesal no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un único proceso.

La sentencia TS 682/2014 que comentamos estima que la

nueva redacción del art. 131.5 C penal ordena que en los supuestos [...] de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave "pero esto solo rige a partir de la nueva redacción dada al precepto en 2010, lo que quiere decir, claramente, que antes no regía. Y, razonablemente interpretado, habría que entender que la conexidad susceptible de considerarse sería la existente, en su caso, entre delitos atribuibles al mismo o a los mismos sujetos". Es claro que para esta Sentencia el cambio legislativo no supone una confirmación del criterio que anteriormente mantenía el TS sino una modificación para que pueda tener fundamento legal dicho criterio, por lo que la sentencia concluye que si el delito cometido por la recurrente es el que corresponde a la ejecución de una única falsedad en documento oficial el delito debe considerarse prescrito.

3.5. Infracciones con pena potestativa

Otra cuestión digna de estudio se produce en aquellos casos en que la pena compuesta tiene el carácter de potestativa para el Juez por establecerlo así el Código Penal. Aun cuando no se trata de supuestos muy frecuentes sí que existen diversos delitos que contienen esta modalidad penológica en el Código Penal de 1995 en su redacción originaria.

Dentro del título VIII, del libro segundo, sobre los delitos contra la libertad sexual, existen diversos delitos cuyo plazo de prescripción era el de 3 años (con anterioridad a la reforma operada por LO 5/2010): Art. 181.1, 2 y 3; Art. 183 p.1 y 2; 184, 185 y 186, 189.1 y 2.

Art. 192.2: "El Juez o Tribunal **podrá imponer razonadamente, además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria**

*potestad, tutela, curatela, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo **de seis meses a seis años***"

La pena de inhabilitación de hasta seis años prescribe a los 10 años (tras la reforma L.O. 15/2003) y ello supone que si el Juez usa de esta libre potestad, ello conllevará el aumento de los plazos de prescripción en los casos de los delitos contra la libertad sexual anteriormente mencionados, que por un acto de libre disposición del Juez se verán automáticamente elevados de 3 años a 10 años.

De esta forma, en muchos casos, se verá dificultada la alegación y aplicación de la prescripción tanto durante la fase de instrucción, como a la hora de alegarla como artículo de previo pronunciamiento en el Juicio Oral, pues el plazo de prescripción variará según haga uso o no el Tribunal sentenciador de esta facultad de condenar con inhabilitación.⁴¹¹

Si se ha consumado el plazo de prescripción de 3 años, y el tribunal no impone pena de inhabilitación, aún cuando no se haya alegado previamente, ni durante el juicio, la defensa del reo podrá recurrir, incluso alegando la prescripción del delito ex novo ante la instancia superior.⁴¹²

Lo mismo ocurría en el art. 226 en su redacción originaria sobre el abandono de familia. El párrafo 1 del citado artículo castiga dicho delito con una pena de arresto de hasta 20 fines de semanas por lo que el plazo de prescripción del delito será de 3 años. El párrafo 2 del art. 226 faculta al Juez o Tribunal para que potestativamente, de forma motivada, pueda imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de patria

⁴¹¹ Véase al respecto, PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción del delito...* ob. cit. pág.129 y ss.

⁴¹² Ídem, pág. 137 y ss.

potestad de cuatro a diez años. En el caso de que el Juzgador use de esta facultad, aún cuando imponga la pena de inhabilitación especial en su mínimo, el plazo de prescripción del delito se verá aumentado a 10 años.

El art. 233, también faculta al juez para imponer una pena de inhabilitación especial hasta 10 años a los responsables de los delitos previstos en los arts. 229 al 232.

Estos son los plazos de prescripción de los delitos que hemos determinado a los referidos artículos:

El delito del art. 229.1 prescribe a los 3 años.

El delito del art. 229.2 prescribe a los 3 años.

El delito del Art. 229.3 prescribe a los 5 años.

El delito del art. 230 prescribe a los 3 años.

El delito del art. 231.1 prescribe a los 3 años.

El delito del art. 231.2 prescribe a los 3 años.

El delito del art. 232.1 prescribe a los 3 años.

El delito del art. 232.2 prescribe a los 5 años.

Por el ejercicio potestativo previsto en el art. 233.1, de imposición de la pena de inhabilitación especial los anteriores plazos de prescripción se verían ampliados al de 10 años.

La aplicación de una pena como la inhabilitación especial estimamos que aún cuando añade más penalidad, no hace más grave el delito, y ello es especialmente patente, por ejemplo, en el art. 233.1 que textualmente señala:

*"El Juez o Tribunal si lo estima oportuno **en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer** a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 132 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez*

años.”

En este precepto, la pena de inhabilitación especial, no se impone por la mayor gravedad del hecho cometido por el responsable del mismo, sino “*en atención a las circunstancias del menor*”. Entendemos que esta pena de inhabilitación trata de proteger o amparar al menor, objeto de los delitos de abandono, no de castigar con un plus al imputado, por ello resulta gravemente perturbador que la imposición potestativa de una pena, que no se impone en atención a la gravedad del hecho, pueda alterar el plazo de prescripción de 3 a 10 años.

Todo ello sin olvidar el objeto de los delitos, pues si no ha existido procedimiento judicial o ha estado paralizado durante nueve años, y en atención a esa potestad punitiva del Juzgador no se declara la prescripción durante la instrucción, podría darse el caso de que el menor, víctima del delito cuando ocurrieron los hechos, ya hubiera alcanzado su mayoría de edad, y por lo tanto no hubiera lugar a imponer la pena de inhabilitación especial, por lo que tras largos años de procesos y juicio, finalmente, se acabaría estimando la prescripción.

En cualquier caso, por razonamiento analógico con la materia hemos de citar el debate en la doctrina italiana, sobre si para determinar el plazo de prescripción de los delitos se debe de tener en cuenta el aumento o disminución de las penas producido por aquellas circunstancias agravantes o atenuantes cuya aplicación es facultad discrecional por el Juez en el derecho italiano. Así Latagliatta⁴¹³ señalaba que “*una orientación de la doctrina sostiene que sobre la determinación del tiempo necesario para la prescripción del delito no influyen las circunstancias agravantes o atenuantes de aplicación*

⁴¹³ LATAGLIATA, A.R.: *Circunstancias discrecionales y prescripción del delito*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, pág. 19

meramente facultativa y, en general, todas las causas de aumento o de disminución de la pena dejadas a la discreción del Juez."

Aún cuando el debate es distinto, entendemos que existe una relación analógica en cuanto lo que subyace es la repercusión en el plazo de prescripción de una decisión meramente discrecional del Juez, que sólo puede conocerse tras el debate del Juicio Oral.

En el Derecho italiano junto a las agravantes y atenuantes expresamente previstas existen otras indeterminadas cuya aplicación o no, es potestativa del Juez, igual que potestativo es la aplicación de la pena de inhabilitación señalada en el art. 233.1 del NCP.

Así sobre las circunstancias discrecionales la sentencia del Tribunal de Roma, de 8 de febrero de 1958 citada por LATAGLIATA⁴¹⁴, señala que *"El contenido genérico e indeterminado de estas circunstancias y su aplicación eventual dependiendo del ejercicio de una facultad discrecional del magistrado producen el hecho de que ella no pueda determinar la prescripción del delito, que, como renuncia del Estado, a la potestad punitiva, no puede quedar subordinada a condiciones inciertas en absoluto"*.

Sobre este debate doctrinal, LATAGLIATA⁴¹⁵, indica que *"Sobre lo que no hay más remedio que coincidir es que la duración del tiempo necesario para la prescripción del delito no puede prescindir en absoluto de una garantía de certeza formal"*.

Respecto al caso español que nos ocupa, lo preocupante del art. 233 y otros análogos es la posibilidad de que en vez de utilizarse esta potestad únicamente en aquellos casos en que beneficien al menor pueda aplicarse de forma intencionada o voluntarista con el fin de imposibilitar la

⁴¹⁴ Ídem, pág. 20.

⁴¹⁵ Ibídem, pág 25.

apreciación de la prescripción del delito por el aumento del plazo prescriptivo.

La prescripción del delito, especialmente la producida por la paralización del proceso, pone en evidencia la masificación de los Juzgados, la escasez de medios u otros defectos que afectan a la misma Administración de Justicia, por lo que no parece adecuado que una decisión discrecional pueda indirectamente suponer un aumento del plazo de la prescripción que la imposibilite, pues no hemos de olvidar que supone la absolución del acusado, y el Juez es libre para valorar las pruebas, pero no es libre para modificar los plazos de prescripción o el contenido de la Ley.

Por ello, entendemos que de acuerdo con el art 9 de la Constitución que proclama el principio de no arbitrariedad de los poderes públicos y el art. 24 que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, las penas de aplicación potestativa o discrecional no pueden usarse para fijar el plazo de prescripción de los delitos, pues lo contrario supone en muchos casos dejar al arbitrio judicial la punición o no de la infracción.

Mientras que el legislador permite que el Juzgador pueda agravar el marco penal en los supuestos legales que así expresamente lo ha previsto, de la lectura de los preceptos que regulan la prescripción no existe norma que permita al juez modificar, ampliar o reducir los plazos de prescripción discrecionalmente.

La gradación de la penalidad y su concreción dentro de los límites legales y subtipos aplicables es una facultad eminente e inherentemente propia del Poder Judicial (que tiene numerosas manifestaciones legales: art. 62, 66, 68 CP) mientras que la delimitación de las conductas punibles y las concretas causas de exclusión de la pena están reservadas al legislador en exclusiva y al gobierno en el caso del indulto.

Por todo ello, que de la aplicación o no de un subtipo penal potestativo pudiera conllevar la inaplicabilidad de la prescripción, supone una brecha indeseable a la obligatoria aplicación de los plazos de prescripción que vulnera el art. 9.3.

Los subtipos penales potestativos se encuentran diseñados para que se aplique mayor penalidad, pero nada indica que su fin sea el impedir la prescripción. Imponer el subtipo inmerecidamente para que no se aplique el plazo señalado al tipo supone una arbitrariedad y que como tal debe ser denunciada cuando la aplicación del subtipo tiene como único objetivo evitar la aplicación de la prescripción.

Sin embargo, estimamos que ninguna vulneración del principio de legalidad se produce cuando existen causas objetivas que permitan la aplicación de la pena potestativa con todos sus efectos derivados, incluidos el aumento de los plazos de prescripción.

El peligro radica en el uso arbitrario, en fraude de prescripción, que pueda efectuarse por la aplicación de la pena potestativa.

El Tribunal Supremo⁴¹⁶ en la sentencia 568/2001 de 6 de

⁴¹⁶ Transcribimos parte de la sentencia, que para su adecuada comprensión es de referir que se juzgó con la redacción original del Código Penal, tanto en lo referido a el título VIII del libro II de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que la LO 11/99, de 30 de abril modificó en el sentido de aumentar las penas, y también en lo relativo al cómputo de los plazos de prescripción que la LO 14/99, de 9 de junio modificó respecto al art.132 cuando las víctimas son menores.

"a) Según los hechos probados, los tocamientos y demás actos libidinosos que el acusado realizó sobre una de las hijas de su mujer que había ya tenido cuando se casó con aquél, se desarrollaron entre los años 1987 y 1993 habiéndose producido la denuncia en el año 1997.

b) La Sala calificó los hechos, siguiendo el criterio de la acusación fiscal, como constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales, condenándole a una pena de multa de 12 meses con cuota diaria de 1.500 pts, pero también a la pena de "inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de su hijo menor Pedro por tiempo de seis años".

c) El Tribunal, no obstante reconocer que el delito de abusos sexuales estrictamente considerado había ya prescrito dada la pena que le correspondía y que fue la impuesta, entendió que tal

prescripción no podía aplicarse precisamente porque la pena de inhabilitación que habría de imponerse como pena principal era la de seis años, es decir, una pena grave con arreglo a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 33, en relación con el 131, ambos del Código Penal.

También como antecedente que merece punto y aparte por su trascendencia, hemos de reseñar que en la sentencia no se motiva de manera alguna, ni el porqué se aplica el artículo 192.2° del Código Penal, ni tampoco la causa que movió al Tribunal "a quo" para imponer la pena de inhabilitación en su mayor cuantía posible, habida cuenta que, según dicho precepto, el tiempo puede ser de seis meses a seis años. Con ello se ha incumplido, no ya sólo el deber genérico de motivación que ordena el artículo 120.3 de la Constitución, sino también el específico que se recoge en el apartado 2 del mencionado artículo 192 cuando dice que el Juez o Tribunal podrá también imponer la referida pena pero siempre de modo "razonado".

SEGUNDO.- Esa falta de motivación que se aprecia en la sentencia y que precisamente constituye (y constituyó) el problema nuclear y único de los planteados antes y ahora, pudo perfectamente ser causa de casación de la sentencia sin más, anulando ésta con remisión de lo actuado a la Sala de instancia para que, con los mismos Magistrados, dictar otra nueva salvando ese defecto (en este caso, insistimos, esencialísimo) de falta de motivación. Sin embargo, para evitar cualquier clase de dilaciones, entraremos a conocer del fondo del asunto.

Para resolverlo bástenos decir que el acusado no era ni ascendiente, ni tutor, ni curador, ni guardador de hecho o de derecho de la víctima de los abusos sexuales que se juzgan, con lo que mal puede aplicarse aquí lo establecido en el artículo 192 del Código respecto a la imposición de la pena de privación de la patria potestad respecto a otro menor distinto de la propia víctima, pues de una interpretación, tanto literal, como lógica o finalista de ese precepto se infiere que su párrafo segundo, a que se contrae tal pena inhabilitadora, está íntimamente correlacionado con su apartado primero que se refiere exclusivamente al "menor o incapacitado" objeto de "agravio" y no a cualquier otro, ya que no en balde ese párrafo segundo emplea el adverbio "además" con clara indicación de que, a la mayor pena privativa de libertad que habrá de imponerse a esos ascendientes, tutores, etc, "puede" añadirse "razonadamente" la tan repetida pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad. Por tanto, entendemos que la Sala de instancia incurrió en un evidente error "iuris" al privar de un derecho tan importante (y sagrado) como es el de la patria potestad a un padre respecto a un hijo menor (cuatro años) que nada tenía que ver con la actividad delictiva por la que aquel fue juzgado. Falta así el nexo causal entre los hechos y la pena de inhabilitación impuesta.

Todo ello lo decimos sin perjuicio de que si en el padre se observase una conducta desarreglada, inmoral o semejante que le impidiera ejercer adecuadamente sus obligaciones paterno-filiales, el Ministerio Fiscal, en uso de sus competencias, pudiera solicitar por vía civil la privación de la patria potestad respecto al hijo.

TERCERO.- Al tenerse que suprimir en la calificación jurídica de los hechos y en fallo de la sentencia recurrida la pena de inhabilitación de referencia, sólo cabe concluir que al delito continuado de abusos sexuales por el que fue condenado el recurrente se ha de aplicar el instituto de la prescripción con extinción de la responsabilidad criminal por tratarse de un delito menos grave que prescribe a los tres años, y ello según lo establecido en el artículo 131, en relación con el 33.3, a), ambos del Código Penal. Decimos que

julio de 2001 (CENDOJ ROJ STS 5881/2001) juzgaba justamente un supuesto en que la aplicación potestativa de la inhabilitación de la patria potestad por parte de la Audiencia Provincial impedía la aplicación de la prescripción. El Tribunal Supremo casó la sentencia por estimar indebidamente aplicada la pena potestativa por falta de motivación y por consiguiente consideró prescrito el delito y absolvió al acusado por la prescripción.

3.6. Infracciones con pena alternativa

Aquellos delitos que disponen de una penalidad alternativa pueden suscitar problemas en el supuesto de que las penas no cuenten con el mismo plazo de prescripción del delito.

El art. 244.1 (LO 1/2015) del CP, de hurto de uso de vehículo a motor es uno de los delitos que cuenta con la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de dos a doce meses.

De conformidad con el vigente art.13.4 CP tras la reforma operada por LO 1/2015 la referida pena de multa debe de considerarse como delito leve, mientras que la referida pena de trabajos en beneficio de la comunidad es menos grave, por lo tanto dicho delito contiene una penalidad alternativa, una de las cuales es leve y otra menos grave.

La existencia de un mismo tipo penal con penas alternativas de distinta gravedad entendemos que supone una

transcurrieron los tres años, porque, según reconoce el propio Tribunal "a quo", tales abusos finalizaron en el año 1993 mientras que la denuncia que provocó la apertura del procedimiento se efectuó en noviembre de 1997.

Se da lugar al recurso. FALLO: Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación por Infracción de Ley, interpuesto por el acusado Alfonso, y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha uno de febrero de mil novecientos noventa y nueve , en causa seguida contra el mismo por delito de abusos sexuales. Declaramos de oficio las costas.

defectuosa técnica penológica pues supone que idéntica infracción tendría diferente gravedad según la pena a aplicar, invirtiéndose la consecuencia del delito -la pena- en la configuradora de la gravedad del hecho.

Dentro del proceso de creación de los tipos penales, es lo lógico que a un delito menos grave el legislador le asigne una pena menos grave, pero asignar una pena alternativa menos grave y otra leve al mismo hecho para que según la penalidad elegida se clasifique la entidad del delito supone una seria inseguridad jurídica así como el otorgamiento de una discrecionalidad al Juzgador que va más allá de lo que en penología sería atendible.

La configuración de un delito como grave, menos grave supone un límite que condiciona la actuación del juez y del propio legislador, ya que el principio de seguridad jurídica y de taxatividad no permiten que un delito sea al mismo tiempo grave o menos grave. Para ello, técnicamente lo apropiado es la creación de un subtipo donde alguna circunstancia objetiva, o incluso potestativa debidamente motivada, faculte el cambio de penalidad y de gravedad.

La pena alternativa no es una pena compuesta y por ello, estimamos que no le resulta aplicable la regla que establece el plazo de prescripción más extenso.

Otro caso más complejo es el del art. 171.6 y 172.2 último párrafo que contienen tipos penales privilegiados, que permiten bajar la pena en un grado respecto a penas alternativas de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad. La pena de prisión siempre tendrá la consideración de pena menos grave se aplique el tipo básico o el privilegiado. Sin embargo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad al bajarla en un grado se sitúa en un máximo de 30 jornadas lo cual la convierte en una pena leve (Art 33.4. i LO 1/2015).

Estimamos que los delitos con penas alternativas,

especialmente cuando resultan de naturalezas muy dispares como prisión o multa, suponen asignar a un mismo hecho unas consecuencias jurídicas muy distintas, por lo que dicha técnica legislativa viene a guardar cierta relación con los tipos privilegiados o agravados, con la grave diferencia que queda al arbitrio judicial establecer el elemento fáctico diferencial o las circunstancias que permita imponer una u otra pena.

Como indica DOVAL PAIS⁴¹⁷ "la eficacia practica del principio de legalidad depende en gran medida de cuestiones de técnica legislativa, que abarcan tanto aspectos de enunciado lingüístico como aspectos de estructura normativa" y en el mismo sentido OSSANDON⁴¹⁸ resalta que "la forma que asume una disposición jurídica no es una cuestión secundaria, sino que puede tener una gran relevancia práctica. Afecta al contenido de la norma, porque es en la redacción concreta de una disposición normativa donde se recoge, delimita y consolida, en cierta medida ese contenido.

Resulta necesario, a nuestro juicio una previsión normativa expresa sobre el plazo de prescripción que debe de aplicarse, pues en caso de no existir dicha previsión, deberá estarse a la pena por la que finalmente se opte, y hasta dicho momento no podrá declararse la prescripción en tanto no se haya superado aquella de las penas que contiene un plazo mayor de prescripción.

Es de referir que el Código Penal militar sí que contiene la referida previsión y al efecto el art.45 establece: "Cuando la pena señalada al delito fuese

⁴¹⁷ DOVAL PAIS, A.: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 25.

⁴¹⁸ OSSANDON WIDOW, M.: *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de crítica legislativa*. Director SILVA SANCHEZ, J. tesis de la Universidad de Navarra, Departamento de Derecho penal, Pamplona, 2002, pág 7.

compuesta o alternativa se estará a la más grave a los efectos de la prescripción”.

Estimamos que la prescripción no debiera quedar dentro del arbitrio judicial pues justamente un carácter que estimamos esencial o que propugnamos es su certeza al margen de toda discrecionalidad judicial

El problema no se planteará respecto a la prescripción de la pena, pues la imposición de la pena (y por tanto su elección por el juez) será siempre anterior a la que se produzca la prescripción por la paralización de su ejecución y por lo tanto ninguna arbitrariedad tendente a impedir (o procurar) la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción es achacable a la arbitrariedad judicial.

3.7 La transformación de formas de participación en delitos

El encubrimiento pasó de ser una forma de participación el código penal derogado a un delito en el código vigente, lo cual ha supuesto una transformación que afecta también a la prescripción y que no debe pasarse por alto.

El art. 27 del nuevo código penal señala que son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices. El precepto homólogo del código de 1944 era el art.12 que, además de los autores y cómplices, incluía a los encubridores.

El Código Penal de 1995 ha creado el nuevo delito de encubrimiento que se encuentra regulado en los arts. 451 a 454.

El delito de encubrimiento del art. 451 del nuevo código penal se encuentra castigado con pena de prisión de seis meses a tres años, por lo que ahora dispone de un plazo de prescripción del delito de 3 años.

Puesto que el plazo de prescripción mínimo de los

delitos en el anterior CP era el de 5 años (salvo el delito de injuria y calumnia), nos encontramos con que el nuevo código señala un plazo de prescripción del encubrimiento que en todo caso será inferior al plazo de prescripción de cualquier delito cometido en el anterior código en calidad de encubridor.

Por otra parte, el autor de un delito de encubrimiento de genocidio sí que disfrutará de plazo prescripción, que además será de tres años hasta la reforma operada por LO 5/2010. Ya que conforme al art. 130.4 lo que es imprescriptible es el delito de genocidio, y la nueva configuración del encubrimiento le otorga tratamiento de un delito distinto.

3.8. Las faltas

Tras la reforma operada por L.O. 1/2015 se ha producido una sustancial modificación al quedar derogado el libro III del CP que regulaba las faltas, quedando muchas de ellas destipificadas, y otras han pasado a ser tipificadas como delitos leves con el plazo de prescripción de un año, mientras que cuando eran faltas el plazo de prescripción era el de seis meses.

Es de referir que las faltas han contado con un proceso propio muy determinado y con la peculiaridad que eran enjuiciados en los Juzgados de Instrucción.

Un problema muy frecuentes tanto con el CP de 1973 y muy especialmente con el CP de 1995 era el establecimiento del plazo de prescripción para aquellos hechos que eran inicialmente perseguidos procesalmente como delitos y luego eran declarados falta en la sentencia, o bien con anterioridad, en los escritos de acusación, lo cual podía ocurrir en casos muy significativos como homicidios por imprudencia ya que en atención a la gravedad o levedad de la

misma era delito o falta, o también en aquellos delitos contra el patrimonio pero que por cuestiones de prueba sólo podía acabar condenados por hurto inferior a 400 euros que tenía la consideración de falta.

Una cuestión muy debatida durante décadas fue la determinación del plazo de prescripción de una falta, que se ha seguido no en un juicio de faltas, sino en un proceso de delitos.

Son varias las causas que podían provocar esta situación, bien que un acto inicialmente perseguido como delito acabe siendo considerado como falta por el Juez sentenciador; bien que el acusado haya cometido unos hechos conexos, unos de los cuales sean delitos y otros faltas y por tanto se substancien juntos; o bien porque en una actuación conjunta de diversos individuos unos hayan cometido delito y otros falta, debiéndose substanciar todo en el mismo procedimiento por delito. En este último sentido suele ser frecuente el caso de una riña con insultos y lesiones.

Nos pronunciamos⁴¹⁹ en el sentido de que el plazo para que las faltas prescriban era el propio de la falta cualquiera que sea el procedimiento seguido.

Ello no era compartido por un sector de la jurisprudencia que sostiene que el plazo a computar para la prescripción de las faltas seguidas en los procesos por delitos ha de ser el plazo señalado para los delitos, pues en caso contrario todas las faltas prescribirían.

Otro sector jurisprudencial muy mayoritario, de forma intermedia, mantuvo que solo es aplicable el plazo de prescripción de las faltas, a partir del momento procesal en que el hecho era declarado falta, pero no antes si el hecho se había calificado inicialmente como delito.

Nos parecía mucho más acorde con el principio de

⁴¹⁹ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción del delito...* ob. cit., págs. 109 a 126.

legalidad y el de seguridad jurídica aplicar a las faltas el plazo de prescripción para ellas señaladas, pues ello deviene irremediablemente de la concepción de derecho material y no procesal del instituto de la prescripción.

Aceptada mayoritariamente tanto en el CP de 1973 como en el CP de 1995 la naturaleza material de la prescripción se ha de llevar a término con todas sus consecuencias.

El Código Penal señalaba que las faltas prescriben a los 6 meses, y dicha norma no hace distinciones entre cual sea el proceso seguido. El Código Penal no distingue entre las faltas juzgadas en los juicios de faltas y las seguidas en procedimientos por delitos, por lo que si el Tribunal Supremo admite mayoritariamente que no es lícito distinguir donde la ley no distingue, máxime en materia penal⁴²⁰ dicho argumento es perfectamente aplicable a esta cuestión, y nos llevaba a concluir que el plazo de 2 meses en el CP de 1973, o de 6 meses en el C.P de 1995 estaba establecido para todas las faltas, sea cual sea el procedimiento seguido.

Sobre la prescripción de las faltas en procesos por delitos, ALONSO PRIETO⁴²¹ resaltaba, además, que no resulta lícito hacer unas faltas de peor condición que otras por motivos tan ajenos a la conducta del autor como el procedimiento emprendido y que las sentencias penales no son constitutivas sino declarativas por lo que el plazo de la prescripción deberá contabilizarse desde la comisión del hecho y no desde que es declarado falta, sea cual fuere su calificación inicial. No resulta admisible que el derecho procesal modifique o altere el derecho sustantivo, además el

⁴²⁰ Entre muchas otras sentencias que se refieren a este aforismo jurídico ver la S. del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1990. R.J.A. 3309.

⁴²¹ ALONSO PRIETO, L.: "La prescripción de las faltas en procesos por delito", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n° 867, 1971, pág.4.

ciudadano imputado no tiene por que sufrir una inadecuada calificación jurídica por las acusaciones, que pueden convertirse en dueñas del proceso a seguir.

Para la mejor comprensión ilustrábamos la situación con el siguiente ejemplo refiriéndonos al CP de 1944:

Los hechos ilícitos (H) se cometen el 1-1-199, y se presenta la denuncia (D) el 1-2-1995, incoándose proceso por delito y efectuándose diversas actuaciones por procedimiento abreviado (APA) hasta el 31-4-1995, en que la causa queda paralizada hasta el 1-8-94 en que los hechos son declarados falta (DF), dictándose sentencia el 1-9-95, que termina estimando los hechos como falta.

El ejemplo queda sí esquematizado:

H.....	D.....	A.P.A.....	DF	S.Falta
1-1-95	1-2-95	31-4-95	1-8-95	1-9-95
(+2 meses)				

H= Hechos

D= Denuncia

APA= Actuaciones como Procedimiento Abreviado

DF= Auto declarando los hechos falta y transformando el proceso

SFalta= Sentencia declarando falta los hechos.

Según la jurisprudencia mayoritaria aunque entre el 31-4-95 y el 1-8-95 hubieran pasado más de dos meses, la falta no ha prescrito, pues en dichas fechas se seguía en un proceso por delito, y por ello no se puede aplicar el plazo de dos meses para la prescripción. Es únicamente a partir del punto DF (declaración de falta) cuando el plazo a aplicar para la prescripción será el de los dos meses.

Rechazabamos dicha argumentación, pues si el hecho se acaba declarando falta, siempre lo ha sido, y ahora que ya ha sido calificada correctamente se le debe aplicar el derecho sustantivo adecuado a todos los momentos del proceso, incluidos cuando se le calificaba erróneamente como delito.

Era criterio absolutamente reconocido que al prescripción penal no guarda relación con la civil, y que no se trata de un instituto de carácter procesal, sino de derecho material, pues es una causa sustantiva que extingue la responsabilidad penal, al igual que el indulto, por ejemplo.

La configuración de la prescripción como una cuestión de derecho material, y no procesal, resulta fundamental en esta cuestión como se verá.

A continuación damos cuenta del sector jurisprudencial que manifestaba que las faltas siempre prescriben a los dos meses, con independencia del proceso seguido, o que de alguna forma aportan fundamentos para poder mantener este criterio.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1990 (R.J.A. 5293) indicaba que la prescripción del delito y de la falta es un instituto de derecho material y no de derecho procesal, por lo que no parece correcto determinar la norma sustantiva aplicable a la prescripción en razón a la clase de procedimiento seguido. A ello debe añadirse que la única calificación materialmente relevante de la infracción - recordemos que la relevancia procedimental no es la aquí pertinente- es la efectuada por el órgano jurisdiccional con arreglo a los arts. 17 de la C.E., 2 LOPJ y 1 Lecrim, y no la pretendida por las partes: Si la infracción es judicialmente declarada falta siempre lo ha sido cualquiera fuera la calificación del fiscal. Y no cabe tampoco desconocer que si la índole del procedimiento opera en aspectos sustantivos en contra del reo se pondría en grave peligro de transgresión el principio de legalidad que proclama el art. 9.1 de la

Constitución Española".

El Alto Tribunal en sentencia de 23 de mayo de 1989, (R.J.A 4241) recordaba que el plazo de prescripción establecido en dichos preceptos es el que corresponde al delito realmente cometido y no al erróneamente imputado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 enero 1988, La Ley 1988-2, 111, remarcaba que la prescripción es una institución que pertenece al derecho penal y concretamente a la noción de delito y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria.

La prescripción es una institución de derecho material y no puede ser alterada por el derecho procesal. Es el derecho procesal el que debe estar a merced del derecho sustantivo y no a la inversa. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1990 (R.J.A. 5293) reflexionaba señalando que si la índole del procedimiento opera en aspectos sustantivos en contra del reo se pondría en grave peligro de trasgresión el principio de legalidad que proclama el art. 9.1 de la Constitución Española".

El derecho procesal, no puede modificar el sustantivo, así por ejemplo las faltas sólo pueden ser castigadas cuando se han consumado, o no se le pueden aplicar las circunstancias agravantes ni atenuantes.

Cuando en un procedimiento abreviado se enjuician delitos y faltas, a esas faltas no se les puede aplicar atenuantes ni agravantes, aún cuando se conozcan en una causa por delito. Es decir, se les aplica siempre el mismo derecho sustantivo, con independencia del proceso seguido. ¿Por qué se ha de actuar de forma distinta con la prescripción?

El derecho sustantivo a aplicar (los plazos de prescripción) deben ser siempre el mismo con independencia del proceso seguido.

Admitir que el derecho sustantivo debe estar a merced del derecho procesal es volver a una concepción inquisitiva

del proceso. Donde la parte acusadora es la dueña y señora del proceso, lo cual va a repercutir negativamente en el reo, pues va a ver ampliados los plazos de prescripción. Entendemos que ello supone una vulneración del principio de igualdad de partes.

La prescripción esta configurada en relación a los aspectos sustantivos del delito, no a los procesales. Un argumento que mantuvimos y que fue retomado por diversos autores es que el Código Penal establecía los plazos de prescripción de los delitos y faltas en relación a la gravedad de las infracciones o duración de las penas, pero no de los procesos judiciales en que se substancian dichos delitos.

Por ello, nos manifestamos⁴²² ampliamente en el sentido de que el legislador ha establecido unos plazos que están en relación con los aspectos sustantivos de la infracción, (la gravedad de la infracción, duración de la pena) no con los aspectos procesales de enjuiciamiento de de dichas infracciones (el tipo o clase de proceso). Es decir, el legislador no se ha servido del derecho procesal a la hora de señalar los plazos de prescripción.

Señalábamos que con independencia de la naturaleza material del instituto de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad, el legislador podría haber establecido, por ejemplo, que los delitos seguidos en proceso por sumario, prescribieran a los 20 años, los seguidos por Procedimiento Abreviado prescribieran a los 5 años, y los seguidos por juicios de falta a los 2 meses. Sin embargo, el legislador no ha utilizado criterios procesales, sino sustantivos para determinar el plazo para que opere la prescripción.

Por ello, diferenciar el plazo de prescripción de las

⁴²² PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción del delito...*, ob. cit., págs 116 y ss.

faltas utilizando criterios procesales (el procedimiento en que se enjuician) está en abierta contradicción a la legislación positiva que aplica criterios sustantivos.

Entendemos que no resulta posible modificar arbitrariamente los criterios sustantivos seguidos por la legislación y cambiarlos por otros criterios, que además perjudican al reo.

No es lícito distinguir donde la ley no distingue. El respeto al principio de legalidad lleva a aplicar las normas en sus propios términos y en los concretos plazos que establece con las consecuencias jurídicas que asigna.

El Código Penal no distingue entre las faltas seguidas en Juicios de faltas y las faltas seguidas en procesos por delitos. Por tanto todas las faltas prescribían en el mismo plazo. El Código Penal, no hace referencia alguna a que las faltas prescriban cada una con un plazo distinto según el proceso seguido.

Si la ley no distingue entre unas faltas y otras faltas, no es lícito distinguir donde la ley no distingue. En dicho sentido, entendemos que por razonamiento analógico es perfectamente aplicable la jurisprudencia sobre las causas de paralización de la prescripción, pues ni resulta lícito distinguir entre las causas de paralización de la prescripción ni tampoco resulta admisible distinguir entre las faltas cuando el legislador no ha distinguido.

No hemos de olvidar el Principio de División de Poderes. Los Tribunales tienen la misión de interpretar y aplicar las leyes (art 5 LOPJ 6/85, de 1 de julio) y están sometidos únicamente al imperio de la ley (Art 117.1 Constitución Española).

La ley ordena con claridad taxativa el plazo de prescripción de las faltas, sin concretar excepciones.

Las sentencias penales son declarativas, no

constitutivas. MAJADA⁴²³ señala que las sentencias penales son declarativas, no constitutivas. La falta, o delito leve, es falta desde que se ha cometido, aunque su autoría o su adecuación al tipo penal no se declare hasta la sentencia definitiva.

Un argumento que esgrimíamos en favor de que las faltas prescriben según su plazo era el poner de manifiesto la incongruencia e injusticia de la tesis de imputación como determinante del plazo. Intentar aplicar los plazos de prescripción en relación a la clase de proceso seguido lleva a consecuencias absurdas que por ello deben ser desechadas.

Manifestar que para la falta enjuiciada inicialmente como delito no debe operar el plazo de prescripción de la falta sino del delito, es igual de absurdo que el caso inverso, es decir, que los hechos hubieran sido inicialmente calificados de forma errónea como falta y acabaran siendo elevados a delito, se les aplicara -una vez ya calificados como delito- el plazo de la falta referido al periodo en que se imputaba tal. Ello podía darse con cierta facilidad en muertes por imprudencia, pues según la entidad de la misma serían consideradas falta o delito.

No se puede variar de criterio (sustantivo o procesal) según la conveniencia de impedir la prescripción pues ello sería una arbitrariedad, prohibida por el ordenamiento.

En muchas ocasiones la cuestión de la prescripción no surge inmediatamente superado el plazo prescriptivo, sino mucho después, incluso en el Juicio oral cuando los profesionales examinan con mayor detenimiento la causa.

Negar el plazo de prescripción de las faltas a una falta que inicialmente se considero delito, también supondría llegar al absurdo de tener que declarar la prescripción de un delito que inicialmente se considero falta, aunque luego se

⁴²³ MAJADA, A.: Práctica Procesal penal, 4º ed, tomo III, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 2210.

elevo a delito, por que cuando estuvo conceptuado como falta estuvo paralizado durante los meses señalados para la falta, aún cuando en el momento de aplicar el plazo de la prescripción ya no cabía duda de que se trataba de un delito.

Este resultado nos parece absurdo y es a donde conduce una visión procesalcita del instituto de la prescripción.

Las faltas prescriben siempre a los dos meses, con independencia del proceso inicialmente seguido; y los delitos prescriben siempre en el plazo señalado para esos delitos con independencia del proceso inicialmente seguido. Alterar una de estas premisas conduce inexorablemente a resultados absurdos y estimamos que injustos en ambos casos.

No resulta lícito hacer unas faltas de peor condición que otras. No es lógico que dos personas que hayan cometido exactamente los mismos hechos, tengan un plazo de prescripción distinto según sea el procedimiento judicial con que inicialmente se han calificado en uno u otro caso los mismos hechos.

Los operadores jurídicos no pueden modificar el derecho sustantivo a aplicar con peticiones erróneas.

El justiciable no tiene que sufrir los errores ajenos o las consecuencias de un proceso inadecuado.

En un proceso penal se juzgan los hechos que un ciudadano ha cometido, y no parece lícito que el derecho a aplicarle (los plazos de prescripción) se modifiquen por actos ajenos a la conducta del justiciable como lo es una inadecuada calificación jurídica.

El reo no tiene por qué ver mermadas sus posibilidades de defensa (y la prescripción es una de ellas) por una errónea calificación jurídica de los hechos, y que no ha sido cometida por el mismo.

El ciudadano acusado no tiene por qué sufrir los errores de las oscuras circunstancias o de las personas que intervienen en el proceso.

Considerar lo contrario sería ir a un sistema inquisitivo, donde no existe la igualdad de las partes, y donde la parte acusadora se configura como la dueña del proceso y por ende del derecho material a aplicar.

El principio de seguridad jurídica está al servicio de los justiciables que se benefician o sufren las normas, no de los profesionales que intervienen en el proceso.

El principio de seguridad jurídica supone que si un ciudadano comete una falta sabe que por ministerio de la ley su responsabilidad penal quedará extinguida a los 2 meses de su comisión sin que se instruya procedimiento en su contra, o si se inicia, a los 2 meses desde que se paralice.

Computar el plazo de prescripción en relación al procedimiento no supone sino una total inseguridad jurídica⁴²⁴.

Si el Tribunal sentenciador admite que la calificación inicial del hecho ilícito fue inadecuada (por los motivos que fueren: exageración del denunciante, hechos confusos, sospechas infundadas, o simplemente técnica jurídica errónea en la calificación), entendemos que al admitir que inicialmente se calificó el hecho de forma inadecuada o errónea, la rectificación debe llevarse a cabo, con todas sus consecuencias.

Aplicar "ahora", cuando ya se sabe que los hechos son falta, plazos de prescripción de los delitos (para el período procesal que así se tramitó de forma indebida) supone perseverar en el error cometido.

Todo el Derecho a aplicar "ahora", aún cuando se refiera a momentos "anteriores" debe efectuarse con arreglo a

⁴²⁴ Puede plantearse un caso de que un mismo hecho que finalmente acabe siendo declarado falta pueda ser calificado inicialmente como una falta, un delito menos grave, o un delito grave. Supone un caos a la seguridad que en cada supuesto el mismo hecho que finalmente es declarado falta, tenga un plazo distinto de prescripción, según el proceso seguido.

la calificación que "ahora" se estima adecuada. Lo contrario supone admitir que se ha errado pero sin rectificar las consecuencias y en vez de hacer nuevas cuentas desde el principio, limitarse a hacer bien las cuentas a partir de el momento en que nos hemos dado cuenta de la equivocación, dando por bueno el pasado cuando nos consta el error.

El momento en que se ha de aplicar el Derecho de la prescripción es "ahora", cuando se han despejado sombras que falseaban la realidad, y las decisiones que "ahora" ha de tomar el juzgador son las mismas tanto si miramos hacia delante, como si lo hacemos hacia atrás. Lo contrario sería ir marcha atrás y chocar con la misma piedra.

Todo el derecho sustantivo a aplicar desde que se conceptúa un hecho como falta ha de ser el de las faltas, aun cuando su aplicación se refiera a momentos pasados (en que erróneamente se le consideraba delito), pues la nueva calificación "verdadera", más beneficiosa para el reo surte efectos retroactivos.

La calificación jurídica que luego se descubre errónea no puede desplegar efectos activos, ni siquiera por omisión, una vez ya ha sido descubierto el error.

Si en un principio se hubiera aplicado el derecho adecuado, el justiciable no sufriría ningún perjuicio, luego ahora que sí se puede, debe aplicársele, no solo a partir de ahora hacia el futuro, sino para todas las decisiones proyectadas tanto a momentos futuros como pasados.

3.8.1 Jurisprudencia mayoritaria hasta el Acuerdo de Sala del TS de 26 de octubre de 2010

El Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 26-10-2010:

"Único Asunto: Criterio que debe adoptarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contiene en su

descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado.

Acuerdo: Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. (...)

Si bien, hasta este acuerdo, la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, sostenía en contra de los argumentos anteriormente expuestos que el plazo de prescripción de las faltas seguidas en proceso por delitos, era el de los delitos, mientras estuvieron calificadas como delitos, y solo era aplicable el plazo para las faltas a partir del auto de conversión de juicio de faltas, o de la sentencia que la declaró falta.

La Sentencia del Tribunal supremo de 30 de julio de 1993 (R.J.A. 6448) señalaba que como reiteradamente ha venido proclamando la jurisprudencia el término prescriptivo de las faltas no es aplicable cuando, tanto la instrucción sumarial, como la calificación jurídica de la acusación, se refieren a la posible existencia de una o varias acciones delictivas de grado superior, cuya temporalidad prescriptiva es la única que debe ser tomada en cuenta, y ello, como ocurre en el presente caso, aunque se decida en la resolución última (la sentencia) absolver por el delito y condenar por la falta.

La degradación de delito a falta por retroactividad favorable de una reforma legal, tampoco era entendido como

causa que pudiera permitir la aplicación de la prescripción y así lo afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1993, (R.J.A. 6990) respecto de un delito del art. 422 del CP que tras reforma por Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 (RCL 1989, 1352), por su resultado, quedaba inmerso en el entonces vigente art. 422 del código Penal, como delito de lesiones menos graves, y si en la resolución censurada se incardinó en el art. 582 del mismo Código, como infracción venial o simple falta, lo fue en virtud del principio de "retroactividad favorable", regulada en el art. 24 del texto sancionador (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), en relación y concordancia con su precedente el 23 y los arts. 9.3 y 25.1 de la Carta Magna, "por lo que la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala, en dicho supuesto y semejantes, indica que ha de aplicarse el plazo prescriptivo señalado para el delito, ya que así lo exigen la seguridad jurídica y el propio principio de confianza".

En el caso de que se imputaran infracciones constitutivas de delitos y faltas y solo se acabara condenando por las faltas, establecía la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993, (R.J.A. 9817) que La conducta llevada a cabo por los recurrentes integraba, prima facie, diversas infracciones delictivas algunas y veniales otras, imbricadas entre sí en relación de "conexidad", cual se lee en el art. 17 de la adjetiva citada y, por ello, a substanciarse en un solo y único proceso, como determina taxativamente el párrafo 2º del art. 300 de la misma normativa formal, así como que el hecho ilícito del que se propugna su prescripción, en su origen, según la acusación era constitutivo de delito y en razón al mismo se siguió el procedimiento hasta el momento de sentencia en que el órgano judicial, descartando el delito, aprecio la falta, supuesto y semejantes, en que la doctrina pacífica y reiterada de esta Sala, indica que ha de aplicarse el plazo prescriptivo

señalado para el delito, ya que así lo exige la seguridad jurídica y el propio principio de confianza".

4.-PROPUESTAS SOBRE LOS PLAZOS DE LEGE FERENDA

Nos proponemos realizar unas reflexiones entorno exclusivamente a los plazos de prescripción de lege ferenda, indagando si resulta posible ofrecer una teoría sobre los concretos plazos de prescripción que doten de congruencia al instituto objeto de estudio.

4.1.-Propuesta de GILI y PEDREIRA

El sistema de plazos fijos ha sido objeto de crítica. En dicho sentido, PEDREIRA⁴²⁵ apuntó de lege ferenda la desaparición del "sistema de prescripción por bloques de gravedad" para instaurar un sistema proporcional en que "la posibilidad de imponer una pena de prisión vendría asignada por el tiempo máximo de duración de la misma, y en los restantes casos por la mitad del tiempo máximo de duración".

Al respecto, destaca en la doctrina española el trabajo de GILI PASCUAL⁴²⁶ quien realizó -tal como describe el título de su trabajo- una propuesta de lege ferenda para una regulación de los plazos de prescripción que aporta no pocas originalidades.

La principal aportación de GILI PASCUAL, en lo referente exclusivamente a este epígrafe, supone el amplio desarrollo con la propuesta de unos plazos de prescripción con una regla de proporción en relación a la pena máxima

⁴²⁵ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: La prescripción de los delitos... ob. cit., pág.193 y 194.

⁴²⁶ GILI PASCUAL, A,: "Propuesta de Lege ferenda para una regulación de los plazos de prescripción en el Código Penal español", Cuadernos de Política Criminal, N° 90, 2006, pág.24.

señalada por la Ley para el delito que se trate, siendo dicha proporción establecida legalmente en función de la naturaleza de la pena del delito. Así, propone este autor que "el plazo de prescripción de los delitos castigados con pena de prisión será el resultante de aumentar en la mitad de su cuantía la pena máxima señalada por la ley para el delito que se trate". En el caso de las penas de inhabilitación el plazo "será el resultante de aumentar una cuarta parte de su cuantía", y el delito castigado con la pena de suspensión o restantes penas privativas de derecho "coincidirá con el correspondiente a la pena máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate".

La tesis propuesta por GILI, -que puede estar inspirada en el ordenamiento italiano que establece respecto al plazo de prescripción de la pena el doble de la pena impuesta- presenta interesantes novedades al elaborar un sistema proporcionado a la duración y naturaleza de la pena que resulta concorde con la naturaleza sustantiva de la prescripción y que ofrece una respuesta más proporcionada para cada delito que la existencia de unos limitados plazos de prescripción que abarcan grupos de penas muy dispares, de forma que en la actualidad un delito castigado con una pena de prisión de cinco años prescribe a los cinco años (al igual que un delito castigado con seis meses de prisión) mientras que un delito cuya pena máxima fuera seis años de prisión pasa a prescribir a los diez años.

Sin embargo, estimamos que dicho sistema es de difícil viabilidad práctica y complica en extremo el control por las partes procesales y por los órganos judiciales que traten de evitar que llegue a alcanzarse la prescripción, en cuanto ofrece una elevada cantidad de plazos de prescripción, tantos como penas máximas, más los subtipos penales y tipos privilegiados.

En un órgano judicial que se encuentra saturado la

fácil determinación de los plazos de prescripción por bloques puede permitir un control de los asuntos en trámite para que los múltiples procesos puedan ir avanzando. Por otra parte, la concreción exacta del plazo de prescripción cobra especial relieve en la expedición de requisitorias y ordenes de detención en las que se señala como fecha de cese de las mismas el plazo de prescripción.

La existencia de unos delimitados plazos de prescripción por grupos o bloques facilita la gestión de dichos plazos aportando por otra parte mayor seguridad jurídica, pues no puede tampoco olvidarse que en no pocas ocasiones los plazos de prescripción asignados al delito son también el mismo que para su tipo privilegiado, cuya aplicación podría conllevar un sorpresivo cambio de plazo de prescripción.

Ciertamente, la existencia de unos escasos plazos de prescripción que agrupen los delitos por bloques necesariamente comporta relevantes saltos temporales en el plazo de prescripción, pero es de referir que en el código penal se aprecian la existencia de numerosas delimitaciones normativas en función de la cantidad a las que se le otorga una consecuencia gradual de gran envergadura, como podía ser la delimitación de los 400 euros para diferenciar las antiguas faltas o delitos leves -tras la L.O. 1/2015- de los delitos, o de determinadas cantidades como 50.000 euros para el agravamiento penológico de la estafa, o la mayoría de edad penal que implica la aplicación del Código Penal y no de la Ley de Responsabilidad Penal de los menores.

Lo que se trata es de que los plazos de prescripción puedan tener una correlación sistemática y con una lógica que impida calificarlos de arbitrarios y, sobre todo, que respondan a la naturaleza jurídica que se otorgue a la prescripción.

Nuestra postura es que la simplicidad de la aplicación

de la prescripción aporta seguridad jurídica, y que la objetividad alejada de la discrecionalidad en su aplicación resulta consustancial a la misma en cuanto impide la arbitrariedad de los poderes públicos. Por ello es la fijación y variedad de los concretos plazos prescriptivos lo que mejor puede adaptarse a la institución de la prescripción.

2. Propuestas del GEPC

El Grupo de Estudios de Política Criminal formuló una propuesta alternativa de regulación de la prescripción de los delitos y las penas del siguiente tenor⁴²⁷:

Se modifica artículo 131.1 y 4.

"1.Los delitos prescriben con el transcurso del tiempo correspondiente a la pena máxima señalada por la ley. No obstante, el tiempo de prescripción no podrá ser superior a 20 años, ni inferior a 5.

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán en ningún caso, salvo los delitos castigados en los artículos 607.2 y 614.

El GEPC estima ilógico el actual sistema y pretende eliminar el "sistema de plazos fijos que hace que en unas ocasiones ese plazo coincida exactamente con la pena máxima señalada al delito (ello ocurre cuando las penas máximas señaladas sean las de 5, 10 ó 20 años), y en otras ocasiones ese plazo supere el de la pena máxima del delito con un tiempo adicional que puede llegar hasta los 5 años. La propuesta se dirige a evitar la irregularidad observada".

⁴²⁷GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL: *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs.33 a 35.

Además, debe tenerse en cuenta que el Código de 1995 ya amplió los plazos del texto legal anterior, y que los plazos de prescripción se consideran referidos a la pena abstracta señalada al delito de que se trate".

Al partir de la pena máxima señalada por la ley al delito, sin distinción entre penas de prisión o privativas de derechos, esta propuesta olvida la gran diferencia de la naturaleza de las penas, por lo que se trata de un sistema sencillo pero que uniformiza en el plazo penas exclusivamente por su duración alterando la clasificación de las penas.

Estimamos que para corregir la "irregularidad" que supone el efecto de salto de plazo se incurre en un efecto todavía más perverso.

Si bien pudiera entenderse que la "pena máxima" no es la pena de mayor duración, sino la pena máxima con arreglo a la clasificación de las penas, igualmente se produce el efecto indeseado pues esta propuesta equipara siempre el plazo con la pena máxima señalada por la ley, y resulta claro que un delito castigado con un año de prisión y quince años de inhabilitación especial, tendría un plazo de prescripción de quince años.

En segundo lugar, es de indicar que al establecer el plazo de prescripción en relación a la pena máxima señalada por el delito sólo se atenuaría muy parcialmente el problema señalado pues todos los delitos con pena de dos a cinco años tendrían un plazo de prescripción de cinco años, aun cuando la pena que se impusiera fuera de dos, tres, cuatro o cinco años, por lo que cada pena máxima seguiría actuando a su vez como un bloque.

Al prescindir dicho sistema de la pena mínima, el eje de atracción supone necesariamente situaciones en que delitos con un amplio margen de penalidad, como la pena de tres años a nueve años del delito contra la salud pública de

grave daño (Art 368 en su redacción originaria) tengan un elevado plazo de prescripción)

Respecto a la imprescriptibilidad, el GEPC fundamenta su propuesta en lo siguiente: "Se propone limitar al máximo los casos que quedan al margen de la regla general de la prescriptibilidad de los delitos mediante la supresión de la referencia a la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona (art. 131.4, *in fine*, C.p.) y de la exclusión del régimen de la imprescriptibilidad del delito de difusión de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio o que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos delitos (art. 607.2 C.p.). La previsión de los delitos de terrorismo constituye una ampliación del marco de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales que posee un alcance injustificable, tanto por la indefinición propia de la materia como por las diferentes circunstancias y la distinta entidad de estos delitos en comparación con las que caracterizan a los de derecho internacional. Por otra parte, los riesgos de la ampliación de la excepción de la imprescriptibilidad a otros supuestos aconseja su limitación a los casos más especiales, claros y menos discutidos, que son los que aportan los crímenes internacionales. Por ello debe ser suprimida.

También se propone sacar del régimen de imprescriptibilidad el delito de difusión de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio o que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos delitos (art. 607.2 CP). La razón para ello es su muy diferente significado lesivo en comparación con el resto de las conductas".

4.3. Nuestras propuestas

Con carácter general estimamos que existe una seria dificultad en la fijación legal del plazo de prescripción. La aceptación de que el transcurso del tiempo es una causa que extingue la responsabilidad criminal es clara. Sin embargo, la fijación de cual debe de ser el concreto transcurso del tiempo, el plazo, por el que se produce, admite posturas muy diversas.

Por ello, estimamos que más que ofrecer una respuesta única, lo más acertado es la construcción de sistemas de plazos que resulten lo más congruentes posibles con la naturaleza y fundamentación de la prescripción en cada ordenamiento jurídico, pues una concepción procesalista de la prescripción puede requerir unos plazos distintos a una concepción de derecho sustantivo, e igualmente lo mismo cabe referir respecto a una concepción de la prescripción del delito, o de la responsabilidad criminal del autor o partícipe del delito”.

4.3.1. Características de los plazos

Estimamos que existen unas características comunes que debieran reunir las formulaciones de la prescripción:

A) CERTEZA

Mantenemos que la existencia de plazos legalmente predeterminados es uno de los elementos esenciales de la prescripción que aporta seguridad jurídica, eliminando la arbitrariedad o el uso desviado de esta institución.

Por ello, si bien toda norma jurídica resulta objeto de sucesivas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales somos partidarios de que el elemento del instituto de la

prescripción que más certeza aporta es el plazo de prescripción.

Por ello, aun cuando se opte por soluciones que puedan resultar incongruentes estimamos que la certeza del plazo que debe de aplicarse supone uno de los elementos más positivos de la regulación de la prescripción.

Consecuentemente el ordenamiento jurídico debe optar por concretar los plazos de forma que no pueden generar dudas sobre los mismos.

Reiteramos que nos estamos refiriendo al primer elemento de la prescripción como lo es el plazo. Las dificultades que puede presentar el cómputo del plazo, su interrupción, suspensión, etc. resultan cuestión distinta en atención a complejidades que pueden dificultar su aplicación. Sin embargo, dichas dificultades no deben de gravitar sobre el plazo prescriptivo.

Resulta posible una legislación clara en materia de los plazos de prescripción que puede gravitar sobre varios ejes legislativos:

a) Sobre los preceptos de la prescripción. El diseño de unos plazos de prescripción en los que se elimine la inconcreción o vaguedad.

Las penas alternativas son una novedad en el ordenamiento jurídico español en el CP de 1995 cuya introducción ha sido desconocida en la regulación de la prescripción, como lo fue en su momento, el delito continuado o el concurso de delitos. El legislador parece olvidarse de la prescripción cuando introduce normas que afectan a la pena y que van a repercutir en el instituto que analizamos.

b) Sobre los preceptos de la parte general a los que se remite la prescripción. En dicho sentido cabe cuestionarse la relevancia de la clasificación de los delitos y penas en relación con la prescripción, ya que nos encontramos con que la utilidad de dicha clasificación viene a ser muy limitada,

en el orden penal especialmente la prescripción de las infracciones, y la cancelación de antecedentes penales, y en el orden procesal si bien no existe una remisión explícita (Art 14 Lecrim) para la atribución de la competencia del Juicio de faltas, ahora delitos leves, y para la atribución de la competencia a los Juzgados de lo Penal de los delitos castigados con pena privativa de libertad que no supere los cinco años (menos graves). Si bien si la pena es de otra naturaleza que no exceda de diez años (que tienen la consideración de graves) también se le atribuye al Juzgado de lo Penal el enjuiciamiento, con lo que nos encontramos con que la clasificación recogida en el art.33 del CP resulta infrautilizada por el legislador, o no responde a todas las necesidades que requiere ni el instituto de la prescripción, ni la cancelación de antecedentes, ni tampoco el tipo de proceso, ni la competencia.

La clasificación de los delitos debiera ser el pilar sobre el que organizar el resto de instituciones, aun cuando fuera como fruto de las necesidades de dichas instituciones, pero tal como esta regulada la clasificación del art. 33 parece llevar más a confusión que generar una referencia estable.

c) Sobre la formulación de los tipos penales. Otra de las vías para eliminar la vaguedad de los plazos puede venir también referida a la formulación de los tipos penales en cuanto que dichos tipos también pueden afectar a la prescripción en cuanto a la existencia de tipos y subtipos, penas alternativas, delitos conexos, o incluso delitos que tienen una interrelación probatoria que no debiera ignorarse (así los delitos de recogida como el delito de receptación, o hurto en numerosas ocasiones son aplicados por la imposibilidad de probar los elementos típicos del robo con fuerza en las cosas o robo con violencia), lo cual resultaba relevante hasta la reforma operada por LO 5/2010 en que el

delito de recogida y los otros tipos penales podían contar con plazos diversos de prescripción.

Un caso singular lo constituyen las infracciones penales por imprudencia, en los que la entidad de la misma, especialmente en el homicidio, puede producir graves alteraciones en los plazos de prescripción que podrían merecer un tratamiento unitario, que a nuestro parecer estaría justificado en el plazo de tres años. Si bien ello supondría aumentar el plazo de la prescripción de la infracción de muerte por imprudencia leve, estimamos que el bien jurídico de la vida humana permite elevar y unificar el plazo de prescripción, pues la entidad de la imprudencia es un elemento que contiene elevados niveles de subjetividad judicial en atención a las circunstancias. La unificación de plazos en estos supuestos por imprudencia aportaría certeza a todas las partes.

Los plazos de prescripción deben ser previsibles, en cuanto la legislación no debe admitir que la discrecionalidad judicial o aplicación potestativa tenga consecuencias en la prescripción de las infracciones penales, pues ello supone que la discrecionalidad judicial que puede operar legítimamente para la concreción de la penalidad dentro de los marcos legales (Art 66) acaba convirtiéndose en determinante de la punición o impunidad del sujeto.

B) SIMPLICIDAD

La simplicidad en la concreción del plazo facilita su conocimiento, no solo para los operadores jurídicos sino también para las víctimas y justiciables que tienen un interés legítimo en poder conocer los referidos plazos a efectos de ordenar sus actos en orden a las consecuencias de la prescripción.

Dentro de dicha simplicidad, la medida del tiempo debe

de efectuarse por años.

Los años resultan ser la magnitud habitualmente utilizada, siendo adecuado que así sea, pues el uso de fracciones inferiores resta simplicidad y certeza al sistema.

Dentro de la escala de plazos de prescripción, los saltos por lustros gozan de gran tradición histórica e igualmente facilitan su aplicación

C.-ESTABILIDAD LEGISLATIVA

En pocos años, hemos constatado como un mismo delito ha contado con tres plazos de prescripción diferentes, a causa de las reformas legales con tres legislaciones distintas, tal como ha constatado alguna sentencia⁴²⁸.

Si bien nada podemos oponer a que los representantes del poder soberano ejerzan su potestad legislativa, por sus drásticas consecuencias, y justamente por ser normas cuyo

⁴²⁸ "En cuanto al plazo prescriptivo, concurren tres legislaciones: el Código Penal originario de 1995, sitúa el plazo de prescripción de un delito básico de estafa el de cinco años; la LO 15/2003, con entrada en vigor el día 1-10-2004, al bajar la pena del delito de estafa básico, también se reduce el plazo de prescripción, y queda éste situado en tres años, y la LO 5/2010, que al suprimir tal plazo de tres años, por uno general mínimo de cinco años (a salvo los delitos de injuria y calumnia), lo sitúa en cinco años.

La jurisprudencia considera que debe ser aplicada la ley penal intermedia más beneficiosa para el reo, no solamente por razones humanitarias derivadas del principio proclamado en el art. 2.2 del Código Penal, sino que se perjudicaría al reo por razones ajenas a él, como la tardanza en juzgarle, resultando de ese modo en peor situación. Sentencias del Tribunal Supremo como la 140/2002, de 8 de febrero, o la 692/2008, de 4 de noviembre, abogan por esta solución, que aquí igualmente acogemos".

(STS, Penal sección 1 del 16 de Diciembre del 2013 (CENDOJ ROJ: **STS 5923/2013**) Recurso: 673/2013 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR)

objeto es el previsible transcurso del tiempo, parece exigible una cierta estabilidad legislativa en unos preceptos que por estar en la parte general del código afectan a todas las infracciones.

Por ello, estimamos que las reformas parciales y puntuales que afectan a la prescripción debieran estar muy meditadas, siendo necesario un replanteamiento general congruente de este instituto que de una solución amplia a toda la problemática.

4.3.2 Critica a la pena de prisión permanente revisable

La pena de prisión permanente revisable, introducida por Lo 1/2015, es una pena diferente a la pena de prisión como se desprende del art.33.2 a) y 33.2 B), así como del art.35 y 36 del CP que la conceptúan con unas diferencias no sólo cuantitativas respecto a su duración, sino también respecto a su régimen de cumplimiento y características. No es por tanto sólo una pena de prisión de mayor duración, es algo distinto.

Siendo una pena diferente a la pena de prisión hubiera sido deseable que en el art.131 existiera una previsión expresa a su plazo de prescripción, ya fuera señalándole el plazo de 20 años -o incluso con mayor congruencia con la misma- declarándola imprescriptible.

Realizamos esta crítica, desde una perspectiva estrictamente literal ya que el art. 131 establece que prescriben a los veinte años "cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión de quince o más años".

El art.36 del Código Penal no "señala" "pena máxima" alguna para esta pena que como su nombre indica es "permanente" aunque "revisable".

Desde una interpretación estrictamente literal, pegada al tenor de la letra, el plazo de prescripción de los

delitos castigados con pena de prisión permanente revisable sería el de cinco años correspondiente a "los demás delitos", ya que la pena de prisión permanente revisable, conceptual y gramaticalmente no tiene debido acomodo en los demás apartados del art.131, salvo que el delito fuera de los declarados especialmente imprescriptibles.

No obstante, un criterio sistemático y lógico permite salvar lo que puede considerarse falta de rigor gramatical o conceptual del legislador, pues a tenor del art.92 y por el propio nombre de la pena se trata de una pena de duración superior a 15 años, y sería irrazonable que la gravísima exasperación que supone la nueva penalidad de prisión permanente tuviera un plazo inferior de prescripción.

La duración inicialmente indeterminada de la prisión permanente revisable resulta, a nuestro modo de ver, un tanto incongruente con los propios fundamentos de la prescripción que justamente se erige como una supranorma que limita la perseguibilidad y la punición infinita, o sine die.

Reiteramos que no somos partidarios de la imprescriptibilidad de los delitos y las penas recordando que en el ordenamiento jurídico español hasta el CP de 1995, hasta los delitos castigados con pena capital y la misma pena capital prescribían.

4.3.3 Relación de plazos entre la infracción y la pena

Estimamos que la actual relación entre los plazos de prescripción de la infracción penal y las penas es sencillamente caótica o caprichosa.

Hemos efectuado un cuadro sinóptico donde fácilmente se observan dislates

TABLA UNIFICADA LO 1/2015

PENAS	PLAZOS DELITOS y PENAS						
	1	5	10	15	20	25	30
Prisión permanente revisable					¿D?		¿P?
PRISION							
Más de 20 años					D		P
15 o más años					D	P	
Más de 10 años y menos 15				D	P		
Más de 5 años hasta 10			D	P			
Hasta 5 años		DP					
INHABILITACION							
Más de 10 años				D	P		
Más de 6* años a 10		D		P			
Más de 5 años a 6		D	P				
Más de 5 años a 10		D					
SUSPENSION							
Más de 5 años		D	P				
Hasta 5 años		DP					
PRIV. CONDUCCION ó ARMAS							
Más de 8 años		D	P				
De 1 año y 1 día a 8 años		DP					
De 3 meses a 1 año	DP						
INHABILI. ANIMALES							
De 1 año 1 día a 5 años		DP					
De 3 meses a 1 año	DP						
PROH. RESIDIR, APROX, COMUNIC							
Más de 5 años							
De 6 meses a 5 años		DP					
De 1 mes a menos 6 meses	DP						
PRIVACION PATRIA POTESTAD		D	P				
MULTA							
Más de 3 meses		DP					
Proporcional		DP					
TRABAJOS							
De 31 días a 1 año		DP					
De 1 a 30 días	DP						
LOCALIZACION	DP						
DELITOS:							
INJURIA Y CALUMNIA	D*	P					

D: Plazo para el delito; P: Plazo para la pena;

DP: Plazo para el delito y pena

¿D? y ¿P?: La prisión permanente revisable plantean una problemática específica sobre el plazo y hemos señalado con interrogantes el plazo

que estimamos adecuado para los delitos castigados con dicha pena y el plazo de dicha pena.

* El delito y la pena de injurias del art.207 in fine prescriben al año.

Carece de todo sentido que las penas de prisión no tengan plazo de 10 años de prescripción de la pena, saltando de 5 años a 15 años, y que los plazos de prescripción de uno y cinco años resulten compartidos tanto para el delito como para la pena.

Estimamos que sería positivo una relación que no se advirtiera caprichosa, y que tuviera cierta uniformidad, o justificara los saltos de plazo.

4.3.4 Relación de plazos entre el CP con el CP Militar.

La Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (B.O.E. 296, de 11/12/1985) contiene unos plazos de prescripción del delito y de la pena que resultan muy distintos a los del CP de 1995, y donde se observa por una parte que los delitos castigados con una pena de prisión superior a un año prescriben a los 10 años. Igualmente se aprecia una clara diferencia comparativa en que en cuanto a la prescripción de la pena sí que cuentan con plazo de prescripción de 10 años para los delitos superiores a cinco años de prisión:

Artículo 45:

Los delitos prescriben a los veinte años, cuando se hallasen castigados con la pena de prisión superior a quince años; a los quince, si estuvieren penados con prisión por más de diez años; a los diez, si la pena fuera de prisión superior a un año o de pérdida de empleo; y a los cinco años, en los demás supuestos.

Cuando la pena señalada al delito fuese compuesta o alternativa se estará a la más grave a los efectos de la prescripción.

Artículo 46:

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:
La de prisión cuya duración exceda de veinte años, a los treinta años.

La de prisión cuya duración exceda de quince años, a los veinte años.

La de prisión cuya duración exceda de diez años, a los quince años.

La de prisión cuya duración exceda de cinco años, a los diez años.

Las restantes penas, a los cinco años.

La disparidad injustificada de tratamiento, y la falta de unos plazos con un mínimo de congruencia y relación en el CP militar y el CP de 1995 pone de manifiesto la falta de coherencia en el tratamiento de la prescripción en el ordenamiento penal y nuestra propuesta es que debieran unificarse.

Es de indicar que en fase de corrección de esta investigación, ha visto la luz un nuevo Código Penal Militar por L.O 14/2015, de 14 de octubre (B.O.E. 247 de 15/10/2015) que no contiene ninguna disposición sobre la prescripción, por lo que debe de aplicarse el Código Penal ordinario que es supletorio de conformidad con el art.1.2 del nuevo texto.

4.3.5 Sobre la caducidad del proceso

Respecto a la duración máxima del proceso, QUINTERO OLIVARES⁴²⁹ propone el establecimiento de un plazo máximo de duración del proceso al modo italiano, e igualmente una duración máxima de la instrucción, cuestión esta última que ya ha sido objeto de reforma legal en la Lecrim.

⁴²⁹ QUINTERO OLIVARES, G.: *Adonde va el Derecho Penal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 34 y 35.

La duración máxima del proceso entendemos que no es en propiedad prescripción, sino caducidad del proceso, y tiene el grave inconveniente que especialmente en causas de gran relevancia o múltiples implicados se puede provocar el efecto contrario al pretendido, es decir que las partes busquen la caducidad provocando todo tipo de recursos, incidentes y conductas disruptivas del proceso, en ocasiones muy difíciles de controlar por tratarse de argucias tales como enfermedades puntuales u hospitalizaciones provocadas mediante la ingesta de sustancias.

El establecimiento de la caducidad debería venir acompañado de otras medidas legislativas que impidieran o dificultaran dichas estrategias. Si bien si que nos mostramos partidarios de una limitación temporal de la instrucción.

CAPITULO 5

EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS Y SU INTERRUPCION

1. PRESCRIPCION POR INICIO TARDIO

La prescripción del delito (y la falta) extingue la responsabilidad penal por el simple transcurso del tiempo. La prescripción, aunque con idénticas consecuencias, puede producirse de dos momentos procesales distintos que conviene distinguir por presentar particularidades propias.

1) ***Inicio tardío del procedimiento:*** Tiene lugar cuando el transcurso del lapso temporal que fija la ley para la prescripción ha transcurrido desde la comisión de una infracción penal (en cualquier grado de ejecución) hasta que se inicia y, se dirige el proceso penal contra el presunto culpable.

2) ***Paralización del procedimiento:*** La responsabilidad penal también se extingue por prescripción cuando el procedimiento penal dirigido contra el presunto culpable se paraliza ininterrumpidamente durante el mismo lapso de tiempo marcado por la ley.

El plazo de tiempo para que tenga lugar la prescripción es el mismo en ambos supuestos y está fijado en el art. 131 del CP que se transcribe en el siguiente epígrafe.

La prescripción "por inicio tardío del procedimiento", y la prescripción "por paralización del procedimiento" producen idénticas consecuencias, pues la única leve diferencia que las separa es el momento en que se computa el plazo de prescripción, es decir antes del inicio del procedimiento o durante la tramitación del mismo, con las especialidades que ello provoca, pero sin que exista ninguna otra diferencia.

El art. 132.1 en su redacción originaria por LO 10/1995 regulaba el cómputo de la prescripción del delito (y la falta) y su interrupción, que hemos realizado alfabéticamente entre paréntesis, con el siguiente tenor

Art. 132:.1 Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible(a). En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita. (b)

2.-La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido(c), cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

La nueva redacción de dicho precepto ha modificado levemente la redacción en el primer párrafo, y en el segundo ha recogido la jurisprudencia unánime, siendo de destacar:

INFRACCIÓN PUNIBLE: El nuevo Código Penal emplea la expresión "infracción punible" más correcta que el anterior texto que usaba el término "delito", sin hacer referencia a las faltas, aún cuando se entendía que éstas estaban comprendidas dentro del concepto "delito" en su acepción lata o extensiva.

DÍA DE LA COMISIÓN DEL DELITO: Al igual que en el nuevo texto, en el CP de 1973 no existía duda de que el cómputo del plazo de prescripción se iniciaba desde la fecha de la comisión del delito o falta, con total independencia de

la fecha del descubrimiento del hecho ilícito, así se pronunciaba de forma unánime la jurisprudencia.

Respecto al momento de la comisión, en los delitos de resultado, se señala que deberá estarse al momento de la producción del resultado, sin embargo, a efectos de determinar cuál es el Código Penal aplicable, resulta muy importante el novedoso art 7 del NCP que establece:

"A los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar".

Este precepto resulta de especial interés respecto a los actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del CP de 1995, pues se entenderán cometidos bajo la vigencia del CP de 1973, ello sin perjuicio de que si la nueva legislación les es más beneficiosa se les pueda aplicar de forma retroactiva, como estudiaremos.

1.1. Comienzo del plazo: La comisión del delito

La redacción del art. 114 del CP de 1973 no dejaba lugar a dudas de que el cómputo de la prescripción comienza desde la comisión del delito. Por tanto está totalmente abandonada la concepción legal, del siglo pasado, en que el cómputo del plazo empezaba en el momento en que se descubría el delito⁴³⁰. La jurisprudencia así lo entendió⁴³¹.

⁴³⁰ En el Código Penal de 1870, la prescripción empezaba a contar no desde la fecha de comisión del delito, sino desde la fecha en que se descubría la perpetración del delito.

⁴³¹ *"La jurisprudencia viene derivando las siguientes consecuencias respecto a la prescripción legalmente establecida por el art. 112.6 del Código*

El descubrimiento del delito como inicio del plazo de prescripción es el que se sigue actualmente en el ordenamiento francés pues como indica ROTH⁴³² "la clandestinidad de una infracción constituye, en derecho positivo, un obstáculo a la prescripción de la acción pública".

El punto de inicio o "dies a quo" para el cómputo de la prescripción del delito, no es al día siguiente de la comisión del delito, sino el mismo día en que se ha cometido, pues así lo ordena el Código Penal en su art. 132 ("el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido el delito").

Así entre otros, lo manifiesta MARTIN MARTIN⁴³³ quien con base en el art. 32 del Código Penal de 1973 y de la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo 1/75, señala que el art. 5 del Código civil, tiene naturaleza de norma subsidiaria, y no rige para este caso del Código penal. Según señala MARTIN MARTIN, "Tampoco rige el art. 5 del Código civil para el cómputo de la prescripción penal en relación con el dies a quo, pues tanto el art. 114 como el art. 116 del CP establecen con toda claridad que en al prescripción de

Penal: a) La posibilidad de ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento, siendo temporánea su alegación en el escrito de interposición del recurso de casación, e incluso en la misma vista del recurso; b) Referir el "dies a quo" para el computo del plazo prescriptorio a la fecha de comisión del delito, (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1990, R.J.A. 5252)

"El dies a quo para el cómputo del plazo de la prescripción de delitos hay que referirlo a la fecha de comisión del mismo, no a la fecha de su descubrimiento". (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre 1988, La Ley 1989-1, 539)

"Solo cuenta como término "a quo" la fecha de comisión del delito". (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1988, R.J.A. 5378).

⁴³² ROTH, S.: *Clandestinité et prescription de l'action publique.* Director: LEBLOIS-HAPPE, J. Tesis doctoral de la Université de Strasborurg. Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, 2013, pág. 41.

⁴³³ MARTIN MARTIN, V.: "El cómputo de tiempo de la prescripción penal", BIMJ, N° 1.193, 1980, pág.5.

delitos y faltas el día inicial sí se computa".

Respecto a cuando se entiende cometido el delito, estimamos que no existe contradicción, ni cabe contraponer el art.7 del CP con el contenido del propio ar. 132 del C.P.

El art.7 del CP establece que "A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar".

Es decir, el propio art.7 fija una regla respecto a la comisión a "los efectos de aplicar la ley penal aplicable en el tiempo", esto es a los supuestos de sucesión de normas, o entrada en vigor de nuevos preceptos.

Por ello, la simple lectura del art.7 excluye de lege data supuestos distintos a los que dicho artículo se refiere, lo cual además viene reforzado porque en el art.132 se contienen normas expresas para los delitos "permanentes, continuados y habituales" "desde el día en que se eliminó la situación ilícita".

Debemos coincidir con RAGUES⁴³⁴ de que el derecho penal vigente ha optado por el instante en que "se produce la denominada terminación delictiva".

Al ser la prescripción una cuestión de derecho material, desconectada de la excepción civil, la carga de la prueba de la prescripción no incumbe al acusado, y en caso de duda sobre la fecha de comisión del delito, se ha de aplicar el principio "in dubio pro reo".

*"La concepción de este problema viene proyectada desde la perspectiva del presuntamente responsable, **conforme al principio in dubio pro reo**. De ahí también que **el onus probandi no deba recaer en la parte que la invoca a su favor**, de suerte que si no se desprende de los hechos probados, con*

⁴³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R.: *La prescripción penal...* ob. cit. pág.116

certidumbre, la fecha del delito, y sí la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para que opere la prescripción, la situación de duda o incertidumbre no debe quedar sometida al principio procesal de distribución de carga de la prueba"

(Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993, R.J.A. 5879)

"El onus probandi no debe recaer sobre la parte que la invoca a su favor, de ahí que en caso de incertidumbre o de duda en cuanto a la fecha de comisión del delito, deba resolverse conforme al principio *in dubio pro reo*"

(Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1992, R.J.A. 9017)

"La jurisprudencia viene derivando las siguientes consecuencias respecto a la prescripción legalmente establecida por el art. 112.6 del Código Penal:(...) d) no atribuir carga de la prueba a quien invoca la prescripción a su favor, de suerte que si no se desprende de los hechos probados, con certidumbre, la fecha del delito y sí la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para fundar la prescripción, **tal duda debe resolverse con sujeción al principio "in dubio pro reo"**.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1990, R.J.A. 5252).

"Siendo la prescripción, por lo demás de orden público, pudiendo alegarse consecuentemente en cualquier fase del proceso y aun *ex officio*, sin que el onus probandi deba recaer en la parte que la invoca a su favor, de modo que **la incertidumbre en torno a la fecha a quo de la prescripción - la de comisión del delito- debe resolverse conforme al principio in dubio pro reo** (Cfr. TS 2ª. SS 21 sep. 1987 y 5

Ene., 28 Jun. y 2 Dic. 1988).

(Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1989.- Ponente Sr Díaz Palos. R.J.A. 8658)

*"Interpretando en sentido favorable al recurrente los datos que anteriormente se transcriben llegamos a la conclusión de que el procesado pudo presentar la fotocopia falsificada a partir del día 2-6-1980, por lo que **la fecha de comisión del delito la podemos situar en el período de tiempo comprendido entre los días 2 a 22 de junio de 1980**, fechas que determinarán el tiempo inicial para el cómputo del tiempo de la prescripción. El delito de falsedad documental se consume en el momento, en que, realizada a la alteración en su contenido, se introduce en el tráfico jurídico o se le presenta ante alguna oficina o dependencia oficial. De esta forma la actividad falsaria del procesado, atendiéndonos estrictamente al contenido del hecho probado, la podemos establecer en la fecha del **2-6-1980, ya que la situación de duda o incertidumbre debe ser despejada en favor de los intereses del recurrente**".*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993, Ponente José Antonio Martín, R.J.A. 2158).

*"La prueba de la prescripción del delito, o las consecuencias de la falta de prueba, no se imputan a la parte que la invoca a su favor, porque no se compagina con la naturaleza material y jurídico-pública que se asigna a la institución, de suerte que si no se desprende de los hechos probados con certidumbre la fecha del delito, y sí la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para que opere la prescripción, esta duda o incertidumbre no debe quedar sometida al principio procesal de distribución de la carga de la prueba (Art 1214 CC), irreconciliable con las estructuras del proceso penal, sino de **resolverse con***

sujeción al principio in dubio pro reo, dado que el acusado no asume nunca la carga material de la prueba y que el aludido principio debe cubrir tanto los hechos constitutivos del delito y que forman parte del tipo, como las causas obstativas excluyentes de la responsabilidad (CFr TC "a S 31 mayo 1985, La Ley 1985-3, 102)

(Sentencia del Tribunal Supremo de 2 Diciembre 1988. Ponente sr Moyna Menguez, La Ley 1989-1, 539)

Las dudas en torno a la fecha de inicio de la prescripción normalmente solo se producirán en la prescripción por "inicio tardío del procedimiento", ya que puede ser que no se conozca la fecha en que se cometió un robo que no fue denunciado en su día, o en el caso del descubrimiento de un cadáver se desconozca con exactitud la fecha en que se produjo la muerte.

Cuando la prescripción opera por "paralización del procedimiento", la fecha de inicio para contar la prescripción es el momento en que se paralizó la causa, por lo tanto es casi imposible que exista incertidumbre sobre dicha fecha, pues salvo excepcional extravío u olvido en fechar dicha actuación judicial, lo habitual es que conste en el procedimiento al fecha de la última actuación judicial.

1.1.1. Delito instantáneo

En el delito de consumación instantánea resulta evidente que es ese el momento en que se comete.

La cuestión que se presenta es que en ocasiones puede existir confusión para diferenciar este tipo de delito del delito permanente.

Así, el delito de bigamia (Art 217 CP) no es un delito permanente sino instantáneo.

La actuación que constituye el delito de bigamia es la de contraer nuevo matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior.

Esa actuación, tal como expone RODRIGUEZ COLLAO⁴³⁵, convierte a la bigamia en un delito instantáneo, "ya que si bien es cierto que como consecuencia de ese matrimonio irregular, puede derivarse un estado de concubinato entre los celebrantes, LO que la ley exige para que se configure el delito es la sola celebración del matrimonio, hecho que indudablemente reviste un carácter instantáneo".

Así lo ha estimado también en España la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 10 de junio de 1970, 9 de junio de 1975 y 11 de junio de 1976 señalando esta última "al entenderse o calificar técnicamente la infracción como delito instantáneo de efectos permanentes cuyo dies delicti comisi se fija en el momento consumativo de la celebración formal del matrimonio prohibido, cualquiera que sea la permanencia de su malos efectos posteriormente".

1.1.2. Delito permanente o de tracto continuo

El nuevo Código ha introducido este segundo párrafo del art. 132.1, antes inexistente en el texto legal, pero que así era interpretado por la jurisprudencia⁴³⁶.

⁴³⁵ RODRIGUEZ COLLAO, L.: "Prescripción de la acción penal en el delito de bigamia, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 9, 1985, pág.294.

⁴³⁶ *"El delito de abandono de familia es permanente, de tal manera que el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse hasta que cese la situación lesiva para los bienes jurídicos protegidos: los derechos correlativos a los deberes asistenciales aludidos por el art. 487".*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1990, R.J.A. 487)

"El plazo de prescripción del delito, como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, comienza a correr desde el

En la doctrina española, LLORIA GARCIA⁴³⁷ mantiene que en el delito permanente "la consumación es instantánea, surge cuando se produce la afección del bien jurídico y, a partir de ese momento, el sujeto puede continuar con la ejecución hasta la terminación o terminar en ese instante". De ello la citada autora concluye que si el tipo penal "refleja la posibilidad de mantenimiento de la conducta" "la voluntad del sujeto de continuar con la realización del injusto adquiere el carácter de elemento esencial en el diseño de los delitos permanentes".

En relación a la prescripción del delito permanente, en el CP de 1995 se efectúa una regla precisa de computo del delito permanente desde que "se eliminó la situación ilícita" y respecto al CP de 1973 el art.113 indica como inicio del cómputo de la prescripción "desde el día en que se hubiera cometido el delito y tal como pone de manifiesto LLORIA GARCIA aludiendo a RODRIGUEZ MOURULLO no cabe interpretar la expresión delito cometido con "delito consumado".

De ello se desprende que si bien en la doctrina un sector mantiene que en los delitos permanentes existe una constante consumación, el legislador ha otorgado relevancia penal a ese estado postconsumativo referido por LLORIA

*preciso momento de la consumación del mismo, que en los de ejecución instantánea tiene lugar desde el día en que se hubieren perpetrado y en los de tracto continuo desde el momento en que ese tracto terminó, por lo que es evidente que en este caso concreto, tratándose de **un delito de tenencia de útiles e instrumentos** destinados a la falsificación de moneda metálica, su plazo de prescripción como de tracto continuo que es, -puesto que se está consumando mientras se hallen en poder del delincuente los troqueles y planchas útiles a la falsificación- comienza a correr desde que se deshace de ellos o pierde su posesión."*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1980. R.J.A. 2606)

⁴³⁷ LLORIA GARCIA, P.: *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006, pág.109.

GARCIA en que se "mantiene la afectación al bien jurídico por el sostenimiento voluntario del comportamiento del sujeto".

Esta regla específica del inicio del cómputo de la prescripción en los delitos permanentes es criticada por RAGUES I VALLES⁴³⁸ quien advierte que en infracciones como el abandono de familia o la ocupación de inmuebles "tiene como consecuencia la práctica imprescriptibilidad de muchas infracciones no especialmente graves". Por ello, este autor estima que debiera distinguirse entre dos clases de delitos permanentes, aquellos que la consumación prolongada entraña una mayor lesividad de la conducta y de otro, aquellas en que la conducta se vaya percibiendo como una ilicitud consolidada en ocasiones por la tolerancia de la propia víctima.

Por nuestra parte, entendemos que la permanencia de la situación ilícita resulta conforme con la imposibilidad de que se inicie el cómputo de la prescripción en cuanto no puede considerarse un hecho del pasado una conducta que sigue manteniéndose por la voluntad del sujeto. No es el mantenimiento de las consecuencias y efectos del delito lo que impide el inicio del cómputo de la prescripción, sino la propia conducta del acusado que de forma voluntaria persiste en la misma.

1.1.3. Delito continuado

El Código de 1995 ha introducido este segundo párrafo del art. 132.1, antes inexistente en el texto legal, pero que así era interpretado por la jurisprudencia, en sentencias como la del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990, (R.J.A. 8402) y muchas otras⁴³⁹.

⁴³⁸ RAGUES I VALLES, R.: o cit.,pág.124.

⁴³⁹ "La prescripción de los delitos continuados se inicia, según se indico,

En la doctrina, GONZALEZ TAPIA⁴⁴⁰ estima que caben dos posiciones las de quienes defienden la previsión que se encuentra expresamente establecida en el art.132.1 y la de quienes pese al texto legal mantienen la posibilidad de la prescripción individual de cada una de las infracciones. Para esta autora "el delito continuado desde el momento en que incorpora figuras de muy diversa índole (así, el delito continuado en sentido estricto y el delito masa) que corresponden a fundamentos y fines diversos (...) se resiste a cualquier intento de racionalización y sistematización" recordando que ante la decisión expresa del legislador resulta complicado mantener la prescripción individual. A dichas manifestaciones se adscribe POSADA MAYA⁴⁴¹.

OLAZIOLA NOGALES⁴⁴² señala que si se considera que el delito continuado supone una infracción única cuya

con **la última acción incluida en los mismos, sin que quepan fraccionamientos artificiales**". (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990, R.J.A. 8402)

"La realidad es que, al tratarse de un delito continuado, y al existir letras de cambio mucho más recientes en su emisión, el plazo queda aún más corto puesto en relación la fecha de libramiento y querrela aceptada a trámite". (Sentencia del Tribunal supremo de 29 de mayo de 1993, R.J.A. 4289)

"Los hechos son constitutivos de un delito continuado de estafa, para cuya prescripción **hay que atender al último hecho delictivo perpetrado**".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1989, R.J.A. 1474).

"Como este Tribunal ha declarado de modo invariable y constante, que en los casos de continuación delictiva, sólo se inicia o arranca el cómputo **desde que cesa la actividad antijurídica o se perpetúa el último eslabón de la cadena punible**." (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 febrero 1984; R.J.A. 716)

⁴⁴⁰ GONZÁLEZ TAPIA, M.I: ob. cit., pág. 185.

⁴⁴¹ POSADA MAYA, R.: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Comares, Granada, 2012. Pág.212.

⁴⁴² OLAIZOLA NOGALES, I.: ob cit. pags.741 y ss.

diferencia con la «unidad natural de acción» estriba en la mayor o menor conexión temporal y espacial entre los sucesivos actos típicos, es lógico que la consecuencia sea la de aplicar un único plazo de prescripción, aunque evidentemente de esta forma se esté perjudicando al reo.

Hemos de indicar que esta interpretación jurisprudencial en el viejo código penal carecía de apoyo legal, según se encargó de poner de manifiesto CANTARERO BANDRES⁴⁴³ quien efectúa una serie de razonamientos al respecto. Partiendo de la consideración unitaria sustantiva del delito continuado la adopción de una postura doctrinal y jurisprudencial no puede justificar una solución que desconozca la ratio de la prescripción, únicamente, sobre la base de una consideración práctica del instituto continuado, toda vez que la realidad jurídica sea diferente, ya que si algunas acciones parciales han prescrito, no puede interpretarse lo contrario sobre la base de una ficción interpretada in malam partem, en contra del principio de seguridad jurídica.

Además señalaba CANTARERO que desde el punto de vista estrictamente dogmático, todos los hechos en continuación deben reunir los caracteres del delito, es decir, deben ser hechos típicos, antijurídicos culpables y punibles y las acciones ya prescritas, si bien es cierto que en su momento lo fueron, desde que se consuma el plazo legal previsto para la no punibilidad de cada una de ellas, objetivamente y por decisión del legislador, ya no lo son, y son, en este sentido, indiferentes y, como tales, no podrán ser estimadas.

Estos motivos conducían a CANTARERO BANDRES a mostrar su crítica a la aplicación de la tesis doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, manifestando que debe entonces considerarse que a los efectos de la prescripción, deben

⁴⁴³ CANTARERO BANDRES, R.: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU, Barcelona 1990, págs. 163 y ss.

desconocerse los límites de la ficción del delito continuado y entender que cada delito prescribe de forma individual, no pudiendo construirse un conjunto sobre elementos delictivos que, a efectos penales y procesales, no existen.

Por nuestra parte, indicamos que no hemos de olvidar que el delito continuado permite la aplicación de la pena superior en uno o dos grados, por lo que nos podemos encontrar ab initio en una peligrosa indeterminación del plazo de prescripción que podrá variar según se haga o no uso de la exasperación punitiva.

En el derecho extranjero, la indeterminación del plazo de prescripción ha sido duramente criticada, por razonamiento analógico con la materia hemos de citar el debate en la doctrina italiana, sobre si para determinar el plazo de prescripción de los delitos se debe de tener en cuenta el aumento o disminución de las penas producido por aquellas circunstancias agravantes o atenuantes cuya aplicación es facultad discrecional por el Juez en el derecho italiano.

No nos parece lo adecuado que una decisión discrecional pueda indirectamente suponer un correlativo aumento del plazo de la prescripción que la imposibilite, pues ello no resulta acorde con el principio de seguridad jurídica.

Por ello, entendemos que de acuerdo con el art 9 de la Constitución que proclama el principio de no arbitrariedad de los poderes públicos y el art. 24 que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, las penas de aplicación meramente facultativa no deberían tenerse en cuenta para fijar el plazo de prescripción de los delitos, pues lo contrario puede conducir a la arbitrariedad de que el Juzgador de forma indirecta pueda modificar el derecho sustantivo a aplicar, como lo es el plazo de prescripción.

Sin embargo, partiendo de lege data que el CP de 1995 expresamente opta por partir del último acto de la infracción punible, ello viene a dotar de congruencia el ordenamiento

jurídico pues siendo una institución legalmente establecida en el ordenamiento la del delito continuado, debe de serlo a todos los efectos, tanto en lo que se refiere a los grados de ejecución, como al desarrollo de dicho delito. A tal efecto, el delito continuado toma en consideración todos los actos punibles desarrollados como una unidad, y resulta lógico que exista una previsión legal de las particularidades de esta figura en lo que respecta a la prescripción del delito.

Sin embargo, estimamos que dicha postura debe ser matizada cuando resulta en confrontación irreconciliable con la prescripción, lo que ocurrirá si entre uno de los actos ilícitos y el siguiente ha transcurrido el plazo de prescripción de la infracción pues en ese caso ya no podrá hablarse de una unidad que absorba a todas las infracciones, ya que justamente el transcurso del plazo prescriptivo evidencia la ruptura temporal entre dichos actos. Este supuesto se diferencia de aquellos en que el plazo de prescripción solo acontece entre el primer y el último acto, pero entre todos ellos han dotado actos ilícitos que le han dotado de unidad temporal.

En dicho sentido compartimos la fundamentación de la sentencia del Tribunal Supremo 813/2012 de 17.10.2012 (ROJ 7087/2012) que pusimos de manifiesto al tratar el concurso medial al que va referida, y que establece que entre la comisión de ambos no se puede superar el plazo de prescripción "de modo que transcurrido el tiempo previsto para la prescripción del delito medio no cabe que este reviva cuando, una vez consolidada la prescripción, se materialice el delito fin. Puede decirse por tanto que el complejo concursal medial no llega a constituirse".

Nuestra postura es que partiendo de que el inicio del plazo de prescripción en los delitos continuados es el de la última infracción punible, pero siempre que no medie entre las infracciones punibles el plazo de prescripción, pues en

dicho caso ya no puede hablarse de unidad de acción que las englobe a todas ellas. El criterio empleado por el legislador de 1995 resulta acorde con la institución de la prescripción basada en la innecesariedad de pena, lo que no puede suceder si el acusado prosigue su actividad delictiva en unidad de acción, pero si entre la serie de actos individuales cometidos media el plazo prescriptivo, estimamos que nada obsta a la prescripción de lo que podríamos denominar primera serie que conformaría un primer delito continuado prescrito, y al que posteriormente seguirían nuevos actos que conformarían otro delito continuado.

1.1.4. Algunos supuestos complejos

En algunos delitos concretos el momento de la comisión del delito y el plazo a aplicar puede presentar algún tipo de complejidad que merece la pena estudiar:

A) Delito de cohecho

El Auto de 10 de junio de 2014 de la Ilma Audiencia Provincial de Alicante, Procedimiento Tribunal de Jurado 2/2014, Ponente Pastor Alcoy, que resultó confirmado por el Auto 92/2014 de 5 de diciembre de 2014 del TSJCV (ROJ ATSJCV 240/2014) analizó la prescripción siendo determinante de la misma el momento de comisión del delito de cohecho relativo a un concejal que exigía a un constructor dinero con la finalidad de no interponer actuaciones judiciales contra el edificio que el constructor había iniciado.

La redacción del delito de cohecho del art. 420 tal como estableció la Ley Orgánica 10/95 era la siguiente:

“La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, **solicitare o recibiere**, por sí o por

persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, **y lo ejecute**, incurrirá en una pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, **y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo**. En ambos casos se impondrá además la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

La Ley Orgánica 5/2010 modificó los delitos relativos al cohecho, subiendo las penas. Si bien dicha redacción legal no resulta de aplicación retroactiva por mandato del art. 2.1 del Código Penal.

En la redacción original nos encontramos con que dicho delito del art 420 (redacción originaria dada por LO 10/95) contenía un tipo básico de mayor penalidad para el caso de que llegara a ejecutarse el acto injusto, y en segundo lugar un subtipo penal privilegiado con menor pena, para el caso de que tras la solicitud o recepción de la dádiva no llegara a ejecutarse el acto injusto relativo al ejercicio de su cargo.

Así el precepto admite varios momentos de consumación del tipo penal:

- A) El momento de la **solicitud** de la dádiva.
- B) El momento de la **recepción** de la dádiva.
- C) El momento de **aceptación** de ofrecimiento o promesa de dádiva
- D) El momento en que **ejecute un acto injusto relativo al ejercicio** de su cargo que no constituya delito.

En el caso enjuiciado el M. Fiscal, como la Acusación Particular, acusaban por el tipo penal privilegiado de "acto injusto no ejecutado", por lo que en este proceso y tal como

está formulada los escritos de acusación necesariamente deben de descartarse los momentos de consumación:

B) ya que no se entregó, ni recibió dádiva alguna (según las acusaciones).

C) no se acusa de que el particular haya hecho ofrecimiento de dádiva.

D) según las acusaciones no se ha ejecutado por los acusados acto injusto relativo al ejercicio de su cargo.

Por ello, y partiendo de los escritos de acusación que conforman el objeto jurídico y fáctico del proceso, el momento de consumación necesariamente en el presente proceso es **el momento de solicitud de la dádiva.**

Las defensas alegaban que las acusaciones fijan en sus escritos de acusación provisional en que la última entrevista en que el intermediario solicitó la dádiva fue el 15 de julio de 2004, y por ello dicho día es el inicio del plazo de consumación y por tanto del inicio del cómputo de la prescripción del delito.

Se oponía el M. Fiscal alegando que en su escrito de conclusiones provisionales de 25.11.2013 se contenía el siguiente párrafo:

"A partir de la negativa de G. M. al pago solicitado, y con el fin de incrementar la presión contra él y no para velar por la legalidad urbanística, el Concejal LL. presentó en Diciembre de 2004 contra el Ayuntamiento de Villajoyosa y los intereses de G. M. cinco demandas ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, cuatro de ellas el mismo día, el 7 de Diciembre de 2004. Estos cuatro recursos resultaron inadmitidos en sus respectivas sentencias, todas ellas dictadas en 2005, por haber sido interpuestos por LL. fuera de los plazos legales para ello. La quinta demanda, presentada por LL. tres días después de las anteriores, el 10 de Diciembre de 2004, resultó judicialmente desestimada".

El M. Fiscal en su escrito de oposición a la cuestión previa alega que:

"De manera que, para la acusación pública, los hechos cometidos por el acusado LL., se prolongaron más allá de Junio de 2004, llegando al menos a Diciembre de ese año. Es en Diciembre de 2004 cuando ha de ser situado el dies a quo. La Fiscalía mantiene que tales hechos ocurridos entonces fueron perpetrados por el acusado *con el fin de incrementar la presión contra el querellante y ofendido G.M. para continuar procurando obligarle al pago de la dádiva, y en absoluto para velar por la legalidad urbanística*".

El M. Fiscal mantenía la tesis de que tras la negativa al pago, el hecho de que el concejal acusado presentase meses después nuevas demandas ante los Tribunales de Justicia en el orden contencioso-administrativo "para continuar procurando obligarle al pago de la dádiva" supone retrasar hasta **diciembre de 2004** el inicio del cómputo de la prescripción, con lo que sería de aplicación la Ley orgánica 15/2003 que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 que elevó los plazos de prescripción del delito para aquellos que tienen una pena de inhabilitación superior a cinco años (e inferior a diez) a diez años, con lo cual no habrían pasado dicho plazo de diez años cuando el asunto se judicializa en fecha 7 de octubre de 2009.

La Acusación Particular, iba más allá y situaba el inicio del cómputo de la prescripción en **marzo de 2005**, pues sería en esa fecha cuando el acusado estaría dispuesto a desistir de las demandas contencioso-administrativas que había interpuesto.

El auto objeto de estudio estimó la prescripción del delito al constatar que habían transcurrido más de cinco años desde la última solicitud de la dádiva (15 julio 2004) hasta que los hechos se judicializaron el 7 de octubre de 2009 y por ello el delito ha prescrito de conformidad a lo

ordenado en el art. 131 del C. Penal vigente el 15 de julio de 2004.

"El plazo que opera -indicaba el auto- es el de cinco años de prescripción al tratarse de un delito castigado con una pena compuesta de prisión y de inhabilitación especial por seis años que por ello al exceder de 3 años tiene la consideración de delito grave (art 33.2c CP), siendo de referir que el art.131.3 CP ha expresado con toda claridad que en caso de penas compuestas se estará a la que exija mayor tiempo para la prescripción. No puede acogerse el plazo de prescripción de 3 años alegado por la defensa, siendo de referir que la jurisprudencia que alega como la *Sentencia* del TS de 4 de enero de 2012 (recurso 20339/2009) es un Auto referido a delitos del art. 423 en relación con el art. 426 anterior a la reforma que estaban castigados con la pena de multa y de inhabilitación de hasta 3 años.

Tampoco es de aplicación el plazo de prescripción de 10 años, ya que resulta de aplicación el art.131 pues la redacción originaria del CP de 1995 establecía que prescribían a los 10 años cuando la pena señalada por la Ley sea de inhabilitación de "más de 6 años". No resulta de aplicación la reforma operada por la L.O. 15/2003 que cambió "más de 6 años" por "más de 5 años", ya que dicha reforma entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

En los presentes hechos, el delito imputado se consumó en el momento que se acusa de solicitud de la dádiva, esto es la última solicitud de la dádiva, siendo de referir que nos encontramos ante un delito instantáneo y con la solicitud ya se ha atacado totalmente al bien jurídico protegido. Dicho de otra forma, con la primera solicitud, el delito está consumado y perfeccionado. La reiteración de dicha solicitud al mismo perjudicado, no constituye nuevos delitos individuales, (solo se acusa de un delito), ni convierte dicho delito en delito continuado o permanente, ni

se acusa por ello, y la última solicitud es el último acto punible que puede tomarse en cuenta a efectos del inicio de la prescripción. Por ello, partiendo de la última entrevista en que el intermediario solicitó la dádiva el 15 de julio de 2004, los hechos también estarían prescritos al haber transcurrido más de cinco años, siendo de referir que ni las actuaciones del detective privado, ni las diligencias del M. Fiscal tienen efectos interruptivos de la prescripción y que el 7 de octubre de 2009 (en que tanto la defensa, como el M. Fiscal admiten como judicialización de las actuaciones) supone que ya se ha transcurrido el plazo prescriptivo.

La sugerente y elaborada tesis que mantiene el M. Fiscal no puede ser acogida, pues aun cuando el acusado haya realizado actos posteriores a la consumación del delito, dichos actos (que sí pueden ser relevantes como indicios de la intencionalidad anterior del acusado) se sitúan fuera de la estructura típica del delito de cohecho y por ello no son actos punibles, ni tienen trascendencia para interrumpir un delito ya consumado en atención a la particular estructura de dicho delito.

El M. Fiscal equipara la presentación de demandas contencioso-administrativas con la finalidad de "continuar procurando obligarle al pago de la dádiva".

Aún cuando con la presentación de dichas demandas el concejal acusado Ll. tuviera dicha torticera y despreciable intencionalidad, ello resultaría irrelevante a efectos de la consumación de este delito: "Procurar obligar al pago de la dádiva" no consume el delito de cohecho, ni tampoco lo equipara a "recibir dádiva", **ni el legislador penal castiga ni prevé situaciones intermedias entre la solicitud y la entrega de la dádiva.**

Lo que lo consume el delito por mandato legal del art. 420 es "solicitar" o "recibir" o "ejecutar acto injusto en el ejercicio del cargo".

La estructura del delito de cohecho no castiga a "los que procuren obligar al pago de la dádiva". Por mandato legal basta para la consumación con la solicitud, y si tras esa solicitud se paga, entonces será el pago el momento de comisión y del inicio del plazo de la prescripción. Si no se paga, habrá que estar al día de la solicitud, como día de la comisión."

El referido auto traía a colación numerosa jurisprudencia que hace referencia a la consumación instantánea y que transcribía⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ **"Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2008:** *"Todas las figuras delictivas del cohecho se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley".*

Afirma la STS de 7 de febrero de 2007: *"Los artículos 419 y siguientes tipifican una serie de modalidades delictivas que presentan los siguientes elementos comunes:*

- 1.º Como elemento subjetivo el tratarse de funcionario público;
- 2.º como elemento objetivo que el acto de que se trate guarde relación con su función o cargo;
- 3.º como acción la de solicitar o recibir dádiva o presente, u ofrecimiento o promesa en atención a su comportamiento.

El otro elemento necesario varía en cada uno de los tipos y consiste precisamente en ese comportamiento ilícito, siendo en el caso del art. 419 realizar una acción u omisión constitutiva de delito, bien entendido que la consumación en el tipo delictivo de cohecho pasivo propio se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la Ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicite la dádiva obien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa".

Se trata de un delito de resultado cortado, según recuerda la **STS de 6 de mayo de 2005:** *"Nos hallamos ante una figura de infracción penal, el cohecho, que, al menos en algunos de sus modos de comisión, tiene las características de un delito de resultado cortado, en el cual el legislador ha querido anticipar el momento de su consumación, de forma que la actuación posterior pertenece al campo del agotamiento de delito".*

La STS de 16 de noviembre de 2006:

El delito de cohecho se consuma con la mera solicitud por parte del funcionario u ofrecimiento de la dádiva no requiriendo la aceptación de la misma por el particular destinatario. La jurisprudencia es clara: Como señala la STS de 7 de febrero de 2007 el delito de cohecho del art. 419 CP es "un delito unilateral que se consuma por la mera solicitud de la dádiva, por lo que no requiere para su consumación, ni la aceptación, ni el abono, ni la realización del acto.

Por todo ello, la infracción punible, es necesariamente la solicitud de la dádiva, y es esa fecha la que inicia el reloj de la prescripción del delito, usando los términos del Tribunal Supremo.

No cabe retrasar la consumación de un delito ya consumado (por la solicitud) con actos posteriores, siendo de referir que nunca llegó a existir posterior recepción de la dádiva.

De aceptar la teoría de la acusación, el inicio del plazo de la prescripción podría demorarse no solo al momento de la presentación de las demandas contenciosas, sino también a cada intervención procesal del acusado en dichas demandas, si declaró como testigo, si solicito prueba, si recurrió, etc. Dicha tesis que mantiene la Acusación Particular no puede compartirse, pues dichos actos son ajenos a la estructura típica del delito de cohecho, establecidos legalmente en el art.420, siendo el legislador el único que puede establecer que hechos decide convertirlos en punibles,

"En efecto la consumación en el tipo delictivo de cohecho pasivo propio se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la Ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicite la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento a la promesa".

La STS de 6 de junio de 2008: "La infracción enjuiciada se comete y consuma con la simple solicitud de la dádiva".

usando para ello la técnica jurídica que más acorde resulte con su voluntad sancionada dentro de su soberanía".

El citado auto recordaba en su fundamento octavo que tras la consumación, hay actos que pueden ser relevantes probatoriamente, pero que no entran por ello dentro de los elementos típicos del delito.

Una vez ya consumado el delito, pueden existir actos o hechos posteriores relevantes para desentrañar la intencionalidad inicial del acusado, pero dichos hechos o indicios no forman parte del tipo penal, ni retrasan el momento de la consumación, ni son punibles, aun cuando puedan ser esclarecedores desde el punto de vista de la prueba. Así, por ejemplo y en el delito de homicidio quien tras haber matado a alguien con posterioridad a la muerte, oculta el arma o sigue disparando, cobra el seguro de defunción o se da a la fuga, dichos hechos podrán ser relevantes a efectos de comprender la conducta desarrollada o probar la intencionalidad inicial del acusado, pero no retrasan el momento de la consumación del delito, ni pueden retrasar el inicio del cómputo de la prescripción.

La consumación completa la realización de la conducta descrita por el legislador en cada tipo penal. Los numerosos actos que puede desarrollar el sujeto activo que quedan más allá de la consumación no forman parte de los hechos típicos. En los delitos de resultado instantáneo, la consumación coincide con la producción de dicho efecto. En los delitos de mera actividad, la consumación se produce con la realización de la conducta y no es necesaria la producción de resultado alguno. En algunos casos, tras la consumación pueden tener relevancia la continuación de la situación antijurídica como lo es en el caso de de la detención ilegal que perdura en el tiempo, en el que el bien

jurídico protegido sigue estando afectado, pero ello no es el caso del delito de cohecho del que se acusa.

El fundamento noveno del auto analizado, a efectos de determinar la consumación analizaba el hecho punible en este delito de cohecho y al único objeto de delimitar la actuación de los acusados en sus estrictos términos, a efectos de la prescripción planteada, es de indicar que la presentación de diversas demandas contencioso-administrativas ante los Tribunales, (que interrumpiría la prescripción) no estima este Juzgador, que pueda ser consideradas como "hechos punibles" realizados **"en el ejercicio del cargo de concejal"**. Aún en el supuesto de que existieran ánimos espúreos y bastardos en dicha actuación, no sería un delito de cohecho, sino que a lo sumo integraría un delito de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito (veáse STS 17 de marzo de 1992, que respecto al CP de 1973, absolvió de cohecho y confirmó la condena por amenazas) que igualmente estaría prescrita por tener un plazo de tres años de prescripción a la fecha de los hechos, siendo además de recordar que el delito de amenazas se consume cuando se expresa la misma, no cuando se lleva a efecto el mal (no constitutivo de delito) con el que se ha amenazado. A tenor de lo manifestado por la Acusación Particular en su escrito de oposición a la prescripción, y por el M.Fiscal en la vista, se habría amenazado con presentar demandas, y dichas demandas configurarían el mal, pero no son una nueva solicitud de pago, sino una represalia o "presión" que queda extra muros del orden penal, al menos en el delito de cohecho por el que se acusa en el que el legislador ha adelantado la barrera punitiva.

Por voluntad del legislador existe una pluralidad de delitos para castigar a los funcionarios que solicitan o reciben dinero "para realizar actos injustos en el ejercicio de sus cargos", que se diferencia de otras figuras

delictivas. En función del sujeto activo, en función de si es o no en el ejercicio de su cargos, serán de aplicación uno u otro tipo penal, o ambos, pero no cabe una amalgama de todos ellos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido calificando como cohecho del art. 420, acciones relativas a concejales que en el ejercicio de su cargo, votan o incluso se abstienen en el Pleno municipal. En tal sentido, la STS 1952/2000 declaró que comete este delito el Concejal electo que compromete su voto a cambio de prebendas en metálico y en tal sentido, se abstuvo en la votación para Alcalde, lo que dio el puesto a otro candidato de otra formación política. La STS 1125/2007 de 12 de Diciembre, calificó como delito de cohecho del art. 423-1º en relación con el art. 420 la acción del particular que ofrece dinero a un Concejal para que en una votación de censura el Concejal concernido se abstenga con la finalidad de evitar el éxito de la moción. *"....el ejercitar las tareas esenciales de un Concejal, como es la de decidir el resultado de una moción de censura, si se hace por motivaciones espureas, cuales las de obtener compensaciones económicas torticeras, encierra un acto constitucionalmente injusto, y así las cosas la conducta del corrompido, aunque sea de abstención, ha de ser incluida en el art. 420 y la del corruptor en el art. 423 C Penal...."*.

Sin embargo, el concejal que acude a los Tribunales presentando demandas contencioso-administrativas contra el Ayuntamiento y también contra el promotor que no accede a su solicitud de dádiva, no figura en ninguna de las múltiples sentencias que han enjuiciado casos de cohecho. La presentación de dichas demandas por el concejal es una cuestión que resulta irrelevante jurídicamente a los efectos del cohecho y por tanto de la prescripción.

Aun partiendo de la línea jurisprudencial más amplia respecto a lo que se debe entender como "acto relativo al cargo", la mera presentación de demandas contencioso-administrativas por un concejal no se estima que pueda entenderse como tal. El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a los Tribunales de Justicia son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española (art 24 CE), siendo indiferente que dichas demandas fueran sufragadas con su sueldo de concejal. A mayor abundancia, se desprende que no todas las demandas contenciosas le fueron adversas al acusado, pero ello resulta irrelevante en todo caso a los efectos de la cuestión planteada.

Por último el fundamento décimo del Auto analizaba el bien jurídico protegido del cohecho en relación a la consumación, señalando que con la mera solicitud por parte del funcionario ya se ha consumado el ataque al bien jurídico protegido del delito, y por ello los hechos posteriores a dicha solicitud no afectan a la consumación, así en el hipotético caso de desdecirse o arrepentirse de la solicitud ello no supondría un caso de desistimiento, pues el delito está consumado al haberse lesionado ya el bien jurídico protegido.

La jurisprudencia considera protegidos por estos delitos el recto ejercicio de las funciones públicas, la eficacia de las mismas, el respecto a los principios de legalidad e imparcialidad, entre otros.

La STS 842/2006, de 31 de julio de 2006 (ROJ STS 6187/2006) expresa que:

"Puede afirmarse que en el cohecho pasivo y en el activo el bien jurídico protegido es el mismo, la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de esa función, pero con dos

perspectivas. En el pasivo, el quebrantamiento del deber de probidad que pesa sobre el funcionario y de la confianza en él depositada (aparte la cooperación de un "extraneus"); en el activo, el respeto que se debe a la función pública por quien no la está ejerciendo en el asunto de que se trate".

La STS 1618/2005, de 22 de diciembre de 2005 (ROJ STS 7967/2005), indicaba que "El delito de cohecho protege en efecto ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y así mismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos (STS de 29 de abril de 1995). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal".

Nuestra valoración del tema objeto de análisis respecto a la prescripción del delito de cohecho pone de manifiesto que las partes procesales acusadoras ponen de manifiesto interpretaciones tendentes a evitar la prescripción, y para ello se pretende impedirla con actuaciones del sujeto que quedan extramuros de la tipicidad penal. El plazo prescriptivo se alza como una infranqueable barrera punitiva por su objetividad, y por ello se pretende desnaturalizar los delitos de resultado como si se tratara de delitos permanentes. Por ello, el momento de comisión de los hechos que constituyen la infracción y la clase del delito se alzan como elementos que determinarán si se produce o no la prescripción.

B) Delito fiscal

Hemos de coincidir con BLASCO DELGADO⁴⁴⁵ en que "la consumación se produce en el momento en que se cumplen los elementos del tipo lesionando de forma efectiva la recaudación de la Hacienda Pública a través de esa conducta omisiva que exige un resultado: la falta de ingreso; por consiguiente el momento de la comisión de la infracción se produce cuando finaliza el plazo voluntario de la deuda tributaria".

La problemática que ha envuelto al delito fiscal en España ha venido referida a la disparidad de plazos que confluyen para la prescripción en el ordenamiento penal de cinco años y desde las normas administrativas tributarias que con la reforma del art.64 de la Ley General Tributaria 1/1998, de 26 de febrero, estableció un plazo de cuatro años el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria, y la acción para exigir el pago de las deudas tributarias, para imponer sanciones tributarias y el derecho de devolución de ingresos indebidos.

Dicha diversidad de plazos ha sido calificada por SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES⁴⁴⁶ de "irracionales" en cuanto "por un lado, disponen que la administración no tiene derecho a reclamar la deuda tributaria, no es pues perjudicada, pero por otro lado, dejan abierta la puerta la posibilidad de subsumir la conducta en un tipo penal". No así por LASCUARAIN SANCHEZ⁴⁴⁷ quien observa que "cada prescripción (penal y tributaria) tienen su razón y su curso, por lo que lo extraño será que coincidan y lo absurdo

⁴⁴⁵ BLASCO DELGADO, C.: *La prescripción de las infracciones y sanciones tributarias*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág.124.

⁴⁴⁶ SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, J.: "Delito fiscal, prescripción y determinación del hecho". *Actualidad Penal*, nº 10, La Ley, 2002 pág.231.

⁴⁴⁷ LASCUARAIN SANCHEZ, J.A.: "Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y extinción de los participes por regulación" en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*. CGPJ. Manuales de formación continuada, núm.4, Madrid, 1999, pág.390.

será el que se determinen en un sentido o en otro: que la tributaria arrastre a la penal”,

Resulta evidente que una norma administrativa no puede derogar los plazos establecidos en el art.131 del CP pero en la doctrina científica abundaron las opiniones que asumiendo la supremacía de la norma penal defendían el plazo de prescripción de cuatro años, tales como BAJO FERNANDEZ⁴⁴⁸ quien señalaba que a partir del cuarto año “cumplido el plazo de prescripción tributaria, no hay cuota defraudada porque no hay ya deuda exigible, ni obligado tributario, ni objeto material del delito”.

Sin embargo, SERRANO GOMEZ⁴⁴⁹ se muestra partidario del plazo de prescripción de cinco años señalando que el bien jurídico protegido “hay que tenerlo en cuenta en el momento de la ejecución de los hechos”.

El Tribunal Supremo ha mantenido una consolidada doctrina desde la STS 1231/1999 de 26 de julio de 1999, consolidada de forma expresa en la de 6 de noviembre de 2000, núm. 1688/2000 y manteniendo de forma invariable el plazo de prescripción de cinco años que es independiente al señalado de forma administrativa, siendo exponente la Sentencia de 3 de abril de 2003 (CENDOJ ROJ 2316/2003).

Indica el TS que la Ley 1/1998 de 26 de febrero no contiene disposición alguna que derogue o modifique de modo expreso el plazo de prescripción del delito fiscal, ni puede darse una derogación tácita no siendo equiparables los plazos de prescripción de los delitos y de las infracciones administrativas y nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa por su mayor gravedad.

El TS indica que tipicidad es un concepto que viene

⁴⁴⁸ BAJO FERNANDEZ, M.: “La polémica prescripción del delito fiscal. (A propósito de la STS de 6 de noviembre de 2000), en Actualidad Penal, 2000, pág.130.

⁴⁴⁹ SERRANO GOMEZ, A.: *La prescripción del delito (Tres cuestiones)* Dykinson, Madrid, 2003, pág.102.

referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria" por lo que no cabe hablar de "atipicidad sobrevenida", tesis que era mantenida por BAJO⁴⁵⁰.

Resulta compatible para el TS, desde la perspectiva del bien jurídico, entre la opción representada por la renuncia estatal a investigar y perseguir los incumplimientos de índole tributaria una vez transcurridos cuatro años, y la decisión de mantener operativa la respuesta penal más allá de ese plazo, pues la prescripción administrativa puede fundarse por criterios pragmáticos, de logística recaudatoria, como optimizar los limitados recursos de la Administración tributaria, concentrando su uso en un determinado lapso de tiempo. La prescripción penal trae su justificación de la necesidad de conferir un plus de protección a los importantes valores constitucionales en juego en la materia, cuya proyección no se agota sino que trasciende la significación estrictamente dineraria del tributo.

De este modo, producida la prescripción de la deuda tributaria, de ella no se sigue en absoluto como efecto necesario la automática desaparición de todo bien jurídico merecedor de tutela. Y, así, la asimilación del uno al otro de los dos plazos en presencia, no está jurídicamente impuesta por ninguna norma, sino que, por el contrario, resulta impedida por el vigente régimen legal diferenciado, que cuenta, además, con el alto fundamento que se ha dicho. Y tampoco puede argumentarse con la atipicidad de la acción,

⁴⁵⁰ Bajo, M./Bacigalupo, S.: "Delitos contra la Hacienda Pública", Madrid, 2000, págs. 116 ss.

puesto que la realización de la conducta típica con toda su eficacia ofensiva en los dos aludidos planos, ya se habría producido en el último momento hábil para realizar el pago del tributo.

El TS también rechaza, en la sentencia que analizamos, que la prescripción de la obligación tributaria encaje en la excusa absolutoria de regularización o que la dualidad de plazos suponga la quiebra de la unidad del ordenamiento jurídico y en cualquier caso, la extinción de determinadas acciones o facultades de la Administración no equivale a la extinción del bien jurídico tutelado por el delito fiscal.

A nuestro juicio, la importante polémica doctrinal sobre la cuestión pone de manifiesto la gran relevancia de la prescripción que por sus efectos absolutos de extinción de la responsabilidad criminal lleva a agotar las vías y construcciones jurídicas para su aplicación incluso desde normas extrapenales. En dicho sentido, supone una garantía que la prescripción del delito y la pena se encuentre regulada como toda norma penal por una ley orgánica que precisa una mayoría cualificada, pues no sería lícito que la extinción de la responsabilidad criminal de una infracción o pena pudiera ser declarada por la irradiación de normas de menor rango. Y ello nos conduce a defender que la prescripción, si se fundamenta en la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, incluso de los que tienen potestad reglamentaria o normativa, sí que puede elevarse a norma o garantía de derecho fundamental recogida en la Constitución.

1.2.-Victimas menores de edad

Tras la reforma operada por la LO 14/1999 se produce una relevante modificación legal del sistema en el inicio del cómputo de la prescripción, ya que en supuestos de víctimas

menores de edad de determinados delitos "los términos se computaran desde el día en que esta (la víctima) haya alcanzado la mayoría de edad, y si fallecieses antes de alcanzarla, a partir de la fecha de fallecimiento.

Esta modificación entra dentro de una dinámica legal que se percibe en el ordenamiento internacional para la especial protección de la infancia y la juventud, y que pueden tener cierta incidencia criminológica en los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual cuando justamente dichos delitos se han cometido en el entorno familiar o por las personas que gozan de la patria potestad y representación legal de los menores víctimas.

A efectos de cómputo de la prescripción aparecen por tanto dos nuevos momentos de inicio del transcurso del plazo que lo retrasan:

A) Cuando la víctima alcanza la mayoría de edad.

B) El momento de fallecimiento de la víctima, antes de alcanzar la mayoría de edad.

1.2.1. Concepto de menor de edad

Por tanto, siendo la mayoría de edad legal establecida a los 18 años, y encontrándonos ante algunos delitos que pudieran cometerse contra recién nacidos nos hallamos con que esta novedad legislativa puede llevar a un aumento de los plazos de prescripción que eleven los existentes en casi 18 años.

Cabría preguntarse si esta previsión legislativa es también aplicable a los delitos cometidos contra fetos, pues no cabe olvidar que el título IV del Libro I del Código Penal regula "las lesiones al feto" tanto las dolosas (art.157 CP) como las imprudentes (Art.158 CP), así como que cabe la comisión del delito de aborto en grado de tentativa, el cual pudiera haber sido intentado por la madre o bien por otros

sujetos.

No cabe duda de que el feto conforma el bien jurídico protegido en ambos delitos, y resulta evidente que en el caso de que resultara con las graves taras físicas o psíquicas a las que se refiere el art.157 podría ser objeto de elevadas indemnizaciones a su favor incluso de por vida, por lo que si sus progenitores hubieran decidido no interponer acciones judiciales en su momento, nada debería obstar a que el propio perjudicado, ya en plena capacidad legal, pudiera denunciar el delito que fue objeto.

Al respecto, es de indicar que expresamente el art.132. 2 del CP recoge los delitos de lesiones contra menores de edad, de forma que el menor de edad recién nacido que fuera objeto de lesiones, sí que podrá una vez sea mayor de edad denunciar a quien le lesionó siendo un recién nacido dentro de los plazos de prescripción que se inician.

Sin embargo estimamos que un feto y un menor de edad son conceptos radicalmente distintos, máxime si se tiene en cuenta que es justamente el momento del nacimiento el que inicia el cómputo de la edad legal, sin que el desarrollo intrauterino tenga la consideración legal de "menor de edad", sino que corresponde dicha fase al concepto feto, tal como lo usa la rúbrica del Título IV, por lo que para extender el plazo de prescripción a estos supuestos se debería emplear ambos términos "menores de edad o fetos". Se trata de una cuestión que estimamos que con el avance de las investigaciones médicas y genéticas irá cobrando mayor relevancia.

La mayoría de edad se establece a los 18 años (Art.12 Constitución) para los españoles y art.315 del CC.

1.2.2 Emancipación

Estimamos que la emancipación al "habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor" y estableciendo expresamente el art.323 CC⁴⁵¹ que "El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio" podría permitir una interpretación integradora del menor emancipado como mayor de edad a los efectos de lo dispuesto en el art.132 del CP.

Sin embargo, nos encontramos ante un precepto penal diseñado para una especial protección de los menores de edad, que no ha previsto excepciones para los menores emancipados, y por tanto nuestra postura es que el menor emancipado en materia de prescripción gozará del mismo cómputo a efectos de la prescripción penal que el que no está emancipado.

1.3 Muerte del menor

La muerte del menor, antes de cumplir la mayoría de edad, supone una causa que adelanta en estos supuestos el inicio del plazo del cómputo de la prescripción de la infracción penal.

Esta causa, puesta en relación, con la mayoría de edad del menor, sólo puede tener su justificación en elementos procesales del ejercicio de la acción penal.

Fallecido el menor, con posterioridad al delito por causas ajenas a la comisión del mismo, carece de sentido situar el inicio del cómputo del plazo cuanto este hubiera alcanzado la mayoría de edad, pues el mismo no va ya a poder

⁴⁵¹ Artículo 323 CC. "La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad".

tomar decisión alguna sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento.

1.4. Nuestra postura

La excepción a la regla general que supone los delitos cometidos contra menores resulta enmarcada en un contexto de excepcionalidad en base a las características de la víctima, menor de edad, y queda circunscrito además exclusivamente a determinados delitos específicamente enumerados.

El art. 132.1 del Código Penal en su redacción introducida por la L.O. 14/1999, de 9 de junio- preceptúa que "Los términos establecidos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita. En la tentativa de homicidio y **en los delitos** de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, **cuando la víctima fuere menor de edad**, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

La referida reforma del art. 132 ha supuesto un brusco cambio en el inicio del cómputo de la prescripción del delito cuando la víctima fuere menor de edad, que deja de ser el día de la comisión del hecho.

Entendemos que la citada reforma solo resultaba de aplicación a "**los delitos**" y no a las faltas.

El art. 13 diferencia las infracciones penales en delitos (art. 13.1 y 13.2 en relación con los arts. 33.2 y 3)

y las faltas (arts. 13.3 y 33.4).

Si bien es cierto que tanto en el pasado, como en el nuevo Código penal, el legislador ha utilizado en ocasiones el término "delito" sin la precisión y rigor jurídico que serían de desear ofreciendo un concepto lato o extensivo también de las faltas, entendemos que ello no es el caso que nos ocupa.

Las faltas prescribían a los seis meses, en comparación con los delitos que tienen plazos sustancialmente muy superiores. Si el plazo de prescripción de las faltas cometidas contra menores empezasen a contar cuando estos llegaran a la mayoría de edad, ello podría suponer el despropósito de exigir para una infracción leve -una falta- (en los casos de corta edad de la víctima) el mismo plazo de prescripción que un grave delito como la agresión sexual.

El precepto se refiere expresamente a determinados "delitos", lo cual a nuestro juicio excluía a las faltas (libro III), si bien tras la reforma operada por LO 5/2015 no es posible que queden excluidos los delitos leves en los que han quedado reconvertidas las faltas de lesiones.

Justamente en el ámbito de las lesiones, especialmente de las leves, o básicas nos podemos encontrar con un aumento desproporcionado de los plazos de prescripción, pues nos parece desproporcionado que 19 o 20 años después pueda iniciarse el cómputo de la prescripción de una infracción leve o menos grave.

Por otra parte, nos encontramos ante una regla que puede generar gran incertidumbre en el autor, quien puede desconocer la edad de la víctima, o su posterior fallecimiento, o incluso que la víctima fuere menor de edad.

Desde la perspectiva de la naturaleza de la prescripción estimamos que esta regla de inicio del cómputo de la prescripción tiene un evidente contenido procesal, facilitar o posibilita la acción penal por el menor cuando alcance la

mayoría de edad, -obsérvese que esta regla no opera respecto a la paralización del procedimiento ya iniciado que conserva sus plazos ordinarios de prescripción de la infracción, ni tampoco en la prescripción de la pena, y que convierte a la prescripción de la infracción penal en una institución de naturaleza mixta en los supuesto de menores.

2 PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA EL CULPABLE ANTES DE LA STC 63/2005

La prescripción por inicio tardío del procedimiento se consuma cuando desde que se ha cometido un delito hasta que el procedimiento se ha iniciado y, dirigido contra el presunto culpable, ha transcurrido el lapso de tiempo que fija la ley según la gravedad del delito.

Para que el cómputo de la prescripción se interrumpa, y por tanto no pueda declararse la prescripción, es necesario que se inicie un procedimiento judicial, y que dicho "**procedimiento se dirija contra el culpable**" (Art.132, CP).

2.1 Procedimiento

En primer lugar nos planteamos que debe entenderse por procedimiento.

Respecto a la denuncia y a la querrela, hemos de estudiar su naturaleza para ver si interrumpe la prescripción.

Así refiriéndose a la denuncia señala FENECH⁴⁵² "la denuncia y los atestados, por su carácter de declaraciones de conocimiento **previas al proceso**, no revisten el carácter de

⁴⁵² FENECH, M.: *El proceso penal*, Ageda, Madrid, 1978, pág. 208.

prueba, ni tienen otra función que la de poner la noticia criminis en conocimiento del Juez o Tribunal para que determinen si procede o no incoar un sumario".

Respecto a la querrela indica FENECH⁴⁵³ que es anterior al proceso "Por medio de la querrela, si es admitida por el instructor, se adquiere la calidad de parte acusadora, si bien participa también este acto de elementos secundarios de petición de que se tengan por hechas alegaciones y por propuestas pruebas y de que se inicie el proceso y se proceda a limitar los derechos subjetivos del querrellado. Pero estos elementos no son esenciales, ya que la querrela solo deberá contenerlos cuando se formule antes de la iniciación del proceso, pero no en el caso de que se interponga cuando el sumario ya haya sido incoado de oficio"

A tenor de lo expresado resulta obvio que tanto la denuncia o la querrela son meras declaraciones de parte, y que será en el momento de la decisión judicial de admisión a trámite de la querrela o la denuncia cuando nos encontraremos ante un "procedimiento".

Para mayor abundancia, hemos de indicar que la concepción dominante, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de considerar a la prescripción penal de naturaleza material y no procesal⁴⁵⁴ refuerza esta conclusión, ya que no se trata de una institución similar a la prescripción civil o de caducidad donde el transcurso del tiempo impide iniciar la actuación judicial, sino que por voluntad de la Ley se ha extinguido la responsabilidad criminal, lo que conlleva como consecuencia que no se dispongan de acciones. La prescripción penal no se centra en la actuación positiva o pasiva de las partes, sino que como

⁴⁵³ FENECH, M.: ob. cit. pág. 204.

⁴⁵⁴ GARCIA PEREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág.284 donde efectúa una prolija enumeración, y RAGUES VALLES, R.: ob. cit. pág.69 incide en dicho predominio.

el ius puniendi es materia exclusiva del estado, es la inactividad judicial (la inexistencia de procedimiento dirigido contra el culpable) lo que produce la extinción de la responsabilidad.

El único proceso que puede paralizar la prescripción del delito es el judicial, tal como ha sido reiterado desde antiguo por el Tribunal Supremo que han rechazado que las diligencias policiales o de otros organismos estatales encargados de la investigación de delitos pudieran paralizar la prescripción.

Tras la conocida sentencia 63/2005 del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005, (BOE 93) ni siquiera la presentación de la querrela o la denuncia interrumpe la prescripción.

Por tanto deben de desecharse como integrantes del proceso a que se refiere el art.132 tanto la demanda civil o acto de conciliación, las diligencias policiales y las diligencias de fiscalía.

A) La demanda civil o acto de conciliación previo

Fue un tema debatido en la jurisprudencia menor si la demanda civil o el acto de conciliación interrumpía el plazo de prescripción penal, especialmente en aquellos supuestos relativos a infracciones sobre el honor.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la década de los 90 ya se rechazaba con total claridad la posibilidad de interrupción con fundamento en "la actual interpretación estrictamente penalista y de derecho sustantivo de la prescripción", trata de emanciparla de criterios privatistas, de modo que, siendo la prescripción una causa extintiva de la responsabilidad, a los términos de la responsabilidad penal hemos de atenernos y si el art. 114 del Código Penal dice que la prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, "el acto de conciliación, si bien

necesario para presentar la querrela por calumnia o injuria (art 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se muestra ajeno al inicio del procedimiento contra el culpable" según la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1992 (R.J.A. 2368).

Solo el procedimiento penal, entendido como cualquier actividad judicial instructora, puede interrumpir la prescripción, "sin que tenga esta virtud, el previo ejercicio de la acción civil derivada de los hechos" afirmaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1990 (R.J.A. 5252).

La desvinculación entre prescripción civil y penal es el fundamento ofrecido para atender a la legislación penal en sus propios términos y que interrupción del plazo prescriptorio se inicia desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, "procedimiento que no puede ser otro que el penal" rechazando la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1988 (R.J.A. 5378) la tesis del fiscal que situaba el comienzo de la interrupción del plazo prescriptorio en el ejercicio de la acción civil, primero la ejecutiva, y no admitida ésta, la declarativa del juicio ordinario.

En la doctrina, ROIG TORRES⁴⁵⁵ se hace eco de las resoluciones judiciales de Audiencias Provinciales que niegan carácter interruptivo al acto de conciliación, así como a la licencia por parte del juez que tuviera que otorgarlos en los delitos contra el honor.

B) Diligencias policiales

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1959 (R.J.A. 4627) indica que las pesquisas policiales espontáneas no interrumpen la prescripción,

⁴⁵⁵ ROIG TORRES, M.: *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 202 y 203.

salvo que operen "en cumplimiento de disposiciones del juzgado que ostentan inequívoco carácter de diligencias judiciales integrantes del procedimiento".

C) Diligencias de la Fiscalía

El Tribunal Supremo en sentencias 671/2006, de 21 de junio de 2006 (ROJ STS 3818/2006) y 672/2006, de 19 de junio de 2006 (ROJ STS 3968/2006) niegan que tengan eficacia interruptora las diligencias de investigación efectuadas por el M. Fiscal.

La simple lectura de la Instrucción 5/2005 de la Fiscalía General del Estado es de gran claridad realizando una exégesis histórica y ofreciendo concretas instrucciones al respecto con motivo de la referida sentencia.

Además, y en todo caso, la aplicación retroactiva de la LO 5/2010, respecto al art.132.2.1ª CP. Es taxativa exigiendo "resolución judicial motivada" para interrumpir la prescripción.

2.2 Dirigido contra el culpable

2.2.1. Evolución histórica

Para llegar a una correcta interpretación y comprensión de la expresión "**desde que el procedimiento se dirija contra el culpable**", en materia de prescripción del delito en el derecho penal español, resulta imprescindible estudiar su evolución histórica positiva.

La interrupción de la prescripción ha sido regulada de forma distinta en nuestro derecho histórico, con la siguiente evolución en nuestros Códigos Penales:

A) Código Penal de 1822: Arts 172 a 177

- B) Código Penal de 1848 y 1850: No se establece
- C) Código Penal de 1870: Art 133.
- D) Código Penal de 1828: Art 198 y 199.
- E) Código Penal de 1932: Art 117.
- F) Código Penal de 1944: Art 114.
- G) Código Penal de 1995: Art 132.2.

EL Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/95, de 24 de noviembre) al igual que los Códigos de 1944, 1932, y el de 1870 con toda claridad señalan como causa de interrupción de la prescripción que el procedimiento **"se dirija contra el culpable"**.

Únicamente el CP de 1928 constituye una excepción al establecer que cualquier actuación judicial encaminada al descubrimiento del delito interrumpía la prescripción.

El CP de 1928 apenas estuvo unos años en vigor, y el CP de la II Republica (CP de 1932) volvió a exigir que para que el procedimiento interrumpiera la prescripción debía dirigirse contra el culpable.

Observemos la evolución histórica de dichos preceptos:

A) Código Penal de 1822

El Código Penal de 1822 aporta poca luz respecto a la cuestión debatida por la confusión de términos y conceptos que supone nuestro primer código penal.

En el Código Penal de 1822, la prescripción del delito era confusa, así el Capítulo XI titulado "De la prescripción de los delitos y culpas" se iniciaba con el art.171 que trataba sobre la muerte del culpable, y en el que se establecía que el pago de las costas, multas y demás penas pecuniarias prescribían a los tres años de la muerte del culpable. Dicho capítulo terminaba con el art. 178 que señalaba que *"En la demanda o proceso, sea de oficio o por acusación, en que se ha llegado a dar sentencia final, aunque*

sea en ausencia y en rebeldía, no habrá lugar en tiempo alguno a prescripción contra lo sentenciado".

La prescripción era entendida con parámetros de proceso civil, como prescripción de la acción. Transcribimos a pie de página la dicción literal de los preceptos 172, 174, 176 y 177⁴⁵⁶.

B) Códigos Penales de 1848 y 1850

En estos códigos no existe regulación alguna sobre la

⁴⁵⁶ Código Penal de 1822:

Art.172: "Los delitos de injurias, así en cuanto a la acción criminal como la civil, se prescriben pasados treinta días después de aquel en que se hubieren cometido, ó en que hubieren llegado a noticia del injuriado, si en el intermedio **no hubiese sido acusado el reo** por quien compete después de intentado el medio de la conciliación. **Si hubiere sido acusado**, se contarán los treinta días para la prescripción desde aquel en que el acusador hubiere abandonado la querrela.

Art 174.-"En los demás delitos que no merezcan según la Ley pena corporal ni de infamia, ni privación de empleo, ni inhabilitación para ejercer profesión o cargo público, la acción para acusarlos o proceder criminalmente contra ellos, o para demandar los resarcimientos e indemnizaciones, se prescriben en el término de tres años, contados desde el día siguiente a aquel en que se cometió el delito, o se hizo el acto que lo constituya, **siempre que en el intermedio no se haya interpuesto la acusación o demanda**, o empezado de oficio el procedimiento criminal. Si dentro de los tres años se hubiere interpuesto la acusación o demanda de persona particular, el tiempo para la prescripción se contara desde que se hubiere abandonado la demanda o acusación. Si dentro de los tres años se hubiera empezado a proceder criminalmente de oficio, no habrá lugar a la prescripción sino después de cinco años, contados desde que se hubiere abandonado el procedimiento".

Art 176.-"Cualquier delito o culpa que se cometa antes de cumplirse el término de la prescripción, la interrumpe y deberá empezarse a contar el término desde la fecha del segundo delito".

Art 177.-"La demanda civil o dirigida únicamente a obtener los resarcimientos, restituciones o indemnizaciones **sin acusar criminalmente del delito**, no interrumpe la prescripción de este en cuanto a la acusación y procedimiento judicial".

prescripción de los delitos. Únicamente existe normativa sobre la prescripción de las penas en los Arts. 126 y 127, con idéntica numeración y expresión en ambos cuerpos legales.

No existiendo regulación de la prescripción del delito, entendemos que los delitos eran imprescriptibles, sin que estos códigos nos arrojen ninguna luz respecto a la cuestión debatida. La doctrina de la época, los célebres comentarios de PACHECO⁴⁵⁷, atribuyeron la ausencia de regulación de la prescripción del delito en el Código Penal a que la voluntad del legislador era integrarlo en la ley de procedimiento. En igual sentido se pronunció VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ⁴⁵⁸.

Hemos de recordar que CASABO⁴⁵⁹ señala que en el Código Penal de 1822 hubo oposición a que la prescripción se regulara en la ley sustantiva penal.

C) Código Penal de 1870

Establecía el CP de 1870, de 17 de junio:

Art.133 (Párr.7) "El término de la prescripción **comenzará a correr** desde el día en que se hubiere cometido el delito; y si entonces no fuere conocido, **desde que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo.**

Esta prescripción **se interrumpirá** desde de que

⁴⁵⁷ PACHECO, J.F.: *El Código penal concordado y comentado*, 3ª ed., Manuel Tello, Madrid, 1867, pág. 528.

⁴⁵⁸ VIZMANOS, T.M./ALVAREZ MARTINEZ, C.: ob. cit. pág. 405: "La comisión de códigos creyó que debía descartar del penal cuanto se refiere al procedimiento, como se ha hecho por el legislador francés y otros modernos".

⁴⁵⁹ CASABO RUIZ, J.R: *El Código Penal de 1822*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Penal de la Universitat de Valencia, 1968. pág.397.

el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción, desde que aquel termine sin ser condenado, o se paralice el procedimiento, a no ser por rebeldía del **culpable procesado**".

Como se puede observar, en el CP de 1870 el **inicio** del plazo de prescripción se producía el día en que se hubiera cometido el delito, y si el delito permanecía oculto, dicho plazo de inicio empezaba a contar desde que se descubriera y **se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo**. Por contra, ese plazo de prescripción se interrumpía desde que el **procedimiento se dirija contra el culpable**.

Es decir, que el procedimiento judicial para averiguar el delito, no interrumpía la prescripción sino que lejos de ello lo que suponía era **iniciar** el plazo que solo se interrumpía cuando dicho **procedimiento se dirigía contra el culpable**.

El inicio de un procedimiento que no se dirigía contra nadie no interrumpía la prescripción sino que por el contrario iniciaba el cómputo del plazo prescriptivo.

En el CP de 1870, la paralización del proceso también producía la prescripción, si bien se exceptuaba que esta estuviera motivada por la "rebeldía del **culpable procesado**", es decir que, a sensu contrario, la rebeldía del culpable no procesado, la rebeldía en suma del autor que no había sido reconocido y procesado no interrumpía la prescripción.

La claridad del precepto no dejaba lugar a dudas, y así señalaba GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA⁴⁶⁰: "Con tal de que el delito sea conocido, aunque no lo sea su autor, el tiempo de

⁴⁶⁰ GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA: *El Código Penal de 1870*, 2ª ed. Tomo II, Hijos de J.A. García, Madrid, 1903, pág.698.

prescripción se cuenta desde el día de su perpetración. Cuando no es conocido, correrá el tiempo desde el día en que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo. **Este término, sin embargo, se suspende y la prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable.** Todas las razones que abonan la prescripción cesan entonces. El sujeto pierde la posesión de estado; su fama queda en suspenso, de hombre irreprochable se convierte en presunto reo".

D) Código Penal de 1928

Este CP preceptuaba:

Art 198.-El plazo de prescripción de la acción penal, **comenzará a correr** desde el momento en que el delito se haya consumado o frustrado o se hayan practicado los últimos actos de tentativa, conspiración, proposición o provocación.

Art 199.-La prescripción de la acción penal **se interrumpe por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito.**

En el CP de 1928 cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación y castigo del delito interrumpía la prescripción, pues así lo establecía clara y expresamente el art. 199.

El art. 199 no exigía como requisito para interrumpir la prescripción que el procedimiento "*se dirija contra el culpable*".

La dicción de este precepto supone un claro y evidente contraste con todos los demás códigos penales españoles anteriores y luego posteriores que volvieron a exigir que para interrumpir la prescripción el procedimiento debía

dirigirse contra el culpable.

La novedad que introdujo este art.199 del citado Código de 1928, no pasó desapercibida para la doctrina de la época y así señalaba JARAMILLO⁴⁶¹: "No menos trascendente es la reforma respecto del señalamiento del instante en que se interrumpe el plazo de prescripción que **ahora es cualquier actuación judicial** dirigida a la averiguación o castigo del culpable, mientras que en el Código anterior ese instante arrancaba desde que el procedimiento se dirigía contra el culpable. En segundo término, la practica procesal enseña que puede haber actuaciones que no signifiquen en sentido estricto **procedimiento contra el culpable.**

(...) Hasta llegó a decirse que un procedimiento criminal no podía entenderse contra el culpable mientras no estuviera él procesado, pues el art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento criminal dice que desde el momento en que surjan indicios racionales de criminalidad contra determinada persona, se entenderá, contra ellas dirigidas las sucesivas diligencias.

En congruencia con lo que suponía esta reforma (abandonada luego por los códigos posteriores) JARAMILLO terminaba sentenciado: "No caben ya debates de esta naturaleza: cualquier actuación judicial, sea en procedimiento criminal concreto o sea efecto de acuerdo dictado en otra forma, con tal que se dirija a la averiguación y castigo del culpable interrumpe el plazo de prescripción."

Apenas seis años después, el Código Penal de 1932, abandonaba la efímera redacción del CP de 1928 sobre la prescripción y, exigía en el art. 117 que para que el plazo de prescripción se interrumpiera el procedimiento **se dirigiera contra el culpable.**

⁴⁶¹ JARAMILLO GARCIA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Silvestre Ferreira, Salamanca, 1928, pág.417.

E) Código Penal de 1932

Este código supuso un relevante cambio en su art.117.

Art.117.-*"El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.*

*Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento **se dirija contra el culpable,** volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento".*

Como puede observarse se abandona por completo la expresión del CP de 1928 y se vuelve a exigir que el procedimiento "se dirija contra el culpable".

El tenor literal de dicho precepto ha sido reproducido en el art. 117 del Código Penal de 1944 y en el art.132 del Código Penal de 1995

F) Código Penal de 1944

Art. 114.-*"El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.*

Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquel termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento".

G) Código Penal de 1995, Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre

Art.132.-"1.-Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita.

2.-La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento **se dirija contra el culpable**, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena."

La conclusión de la interpretación por evolución histórica es que la expresión "**dirigido contra el culpable**", en nuestro derecho histórico se ha contrapuesto a otras expresiones:

El CP de 1870, diferenciaba claramente las siguientes expresiones:

1) "**Desde que (el delito) se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo**".

2) "**Desde de que el procedimiento se dirija contra el culpable.**"

La expresión 1) indicaba el **inicio** del cómputo de la prescripción, mientras que la expresión 2), señalaba el término de la interrupción.

Luego es obvio, que procedimiento dirigido contra el culpable, no es lo mismo que empezar a proceder judicialmente para la averiguación y castigo del delito.

El CP de 1928 para establecer la causa que interrumpe la prescripción desaparece la expresión "desde de que **el procedimiento se dirija contra el culpable**", la cual es

sustituida por **"cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito"** (art 199)

El hecho de sustituir una expresión por otra, denota una clara contraposición, ya que si ambas expresiones tuvieran la misma significación la reforma hubiera sido ociosa e innecesaria. Tampoco puede pensarse que la reforma únicamente supuso dotar de mayor claridad a un precepto que ya significaba lo mismo, pues la lectura del CP de 1870 tiene un sentido distinto, y además la profundidad de la reforma no pasó desapercibida para la doctrina advirtiéndolo JARAMILLO⁴⁶² su trascendencia.

Más relevancia tiene si cabe, en que la novedosa dicción del art. 199 del CP de 1928 fuera abandonada por todos los Códigos Penales españoles posteriores, tanto el de 1932, como el de 1944 como el de 1995, que como causa de interrupción de la prescripción no señalaron *"cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito"*, sino la expresión **"desde que el procedimiento se dirija contra el culpable"**.

A nuestro modo de ver es clara la antítesis histórica de ambas expresiones legales.

Concluimos afirmando que en nuestro derecho positivo la expresión legal **"desde que el procedimiento se dirija contra el culpable"**, es totalmente distinta a las expresiones:

-Se empiece a proceder judicialmente para la averiguación y castigo del delito.

-Cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito.

Cuando el legislador español ha querido decir usar expresiones de tanta claridad y rotundidad como **"Cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito"**, así la ha utilizado.

⁴⁶² JARAMILLO GARCIA, A: "Novísimo Código Penal". Salamanca 1928. Pág.417.

Por lo tanto, desde una perspectiva de interpretación histórica legal, resulta absolutamente incompatible intentar asimilar la frase "*procedimiento **dirigido contra el culpable***", objeto de estudio, con las anteriores.

Esta es la conclusión a la que llegamos desde la evolución legislativa.

2.2.2. Criterios flexibles en la jurisprudencia del TS

Los pronunciamientos judiciales en torno a la prescripción nunca han sido pacíficos, e incluso han existido diversos Juzgados que interpusieron cuestiones de inconstitucionalidad que fueron resueltas por el Pleno del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 157/90, de 18 de octubre (BOE 8.11.1990), que declaró la absoluta vigencia y constitucionalidad de la prescripción del delito y sus plazos.

Tras el estudio y análisis jurisprudencial que hemos realizado hemos llegado a la conclusión de que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no existía un criterio unánime respecto a lo que debe entenderse por "*procedimiento dirigido contra el culpable*", sino que se utilizan criterios valorativos al caso concreto, que no resultan unívocos sino flexibles o muy abiertos a las circunstancias, siendo exponente el denominado caso Ruano, que se expondrá.

Durante la vigencia del código penal derogado numerosa jurisprudencia entendía que el procedimiento judicial se dirige contra el culpable con cualquier acto de investigación judicial, excluyendo las diligencias policiales, para determinar la personalidad de su autor aún cuando este sea desconocido y sea indeterminado.

Sin embargo, fue perfilándose, aún vigente el código derogado, un criterio de imputación, según el cual el

procedimiento judicial se dirige contra el culpable cuando se efectúan actos de contenido material en los que se imputa, a una persona determinada y nominada la comisión de un presunto delito. Este criterio de imputación, admitía diversas interpretaciones la más habitual exigen actos procesales con contenido material, o a instancia de parte, que supongan una imputación, acusación, incriminación, o investigación judicial contra persona determinada como sospechoso.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26.2.1993 (R.J.A. 1503) indaga sobre el momento en el proceso penal se entiende dirigido contra una persona que lo sitúa "desde el momento en que se la impute un acto punible y a partir de ese momento puede ejercitar el derecho de defensa actuando en el procedimiento y designando Procurador y letrado o nombrándoseles de oficio. Desde el momento de la admisión de la denuncia o la querrela, o a partir de cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, se considera que el procedimiento está dirigido contra una persona determinada".

El Tribunal Supremo en su sentencia de 15.10.1994 (R.J.A. 7925) analiza *la prescripción respecto* a un abogado que asesoró a otros acusados y que la querrela no se dirigió contra aquél. El Alto Tribunal rechaza que el empleo en la querrela de la fórmula indeterminada de dirigirse además contra «aquellas otras personas que aparezcan como autores, cómplices o encubridores de los delitos resultantes» no tiene efecto inmediato alguno de interrupción de la prescripción contra futuros responsables potenciales ni siquiera aludidos ni nominativamente ni aun por su papel o función presunta en los hechos *por ello nunca se le oyó como querrellado o imputado sino como testigo*"

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990. (La Ley, 1990-4, 782 13188-R) recuerda que la prescripción comienza a contarse desde el mismo momento de la comisión del delito, y su curso se detiene tan pronto como el procedimiento judicial sobreviene, es decir, cuando se inicia una actividad instructora contra determinada persona (Art. 114 CP); **"no es bastante la simple referencia del querellado en sus declaraciones sumariales, sino que se exige una actividad judicial instructora que entrañe una posible inculpación contra persona determinada, y este matiz último no puede atribuirse al escrito de querrela respecto de la recurrente, que fue situada al margen de la misma, permaneciendo quieta la actividad judicial hasta el formal acuerdo de practicar, a instancia del fiscal, una sumaria información suplementaria"**.

La Sentencia del T. Supremo de 16 de diciembre de 1994 (RJA 10.156 se refiere a un complejo supuesto en que van añadiéndose imputación de nuevos delitos, estafa, imprudencia temeraria y posteriormente nuevos acusados, aparejadores y arquitectos que habían declarado como testigos, dejándose de instruir el inicial delito de desobediencia por lapso superior a cinco años. La referida sentencia resulta interesante en cuanto la "atípica e irregular línea de investigación" no se considera que interrumpa la prescripción.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20.5.1994 (RJA: 4479) niega que cualquier acto interrumpa la prescripción "A diferencia de otros códigos penales, nuestra ley no establece -como sería preferible desde la perspectiva de la seguridad jurídica- qué actos procesales concretos determinan dicha paralización (cfr. artículo 72 CP

suizo; parágrafo. 780 CP alemán; artículo 160 CP italiano; artículo 120 CP portugués". Y respecto a la ley española afirma "Concretamente, lo que la ley exige, en todo caso, **no es cualquier movimiento del procedimiento, sino actos procesales dirigidos contra el culpable, dado que lo que determina la extinción de la responsabilidad es el aquietamiento de la acción y que la acción sólo se impulsa mediante actos que tiendan a su realización"**..

El Tribunal Supremo en sus sentencia de 21.4.1994 (R.J.A. 3147) refiere la persecución del culpable en relación al delito objeto de imputación, cuando existe una variación, aun tratándose del mismo hecho. La querrela se presentó por calumnia y en el acto del juicio oral en conclusiones definitivas la acusación particular modifica alternativamente por un delito de injuria grave a un miembro de las Cortes del artículo 157.3 del Código Penal. "Es decir, **cuando se dirige el procedimiento contra el señor de la C. por un delito contra Altos Organismos de la Nación, habían transcurrido más de cinco años desde que se produjeron los hechos que se enjuician. No puede entenderse, como se pretende en el motivo, que el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la querrela interpuesta por un delito de calumnia. Difieren los componentes objetivos y subjetivos de ambas figuras delictivas.** Ciertamente, los hechos en que se asientan y los bienes jurídicos que se tutelan son distintos, como acertadamente se razona por el Tribunal de instancia".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17.11.1993, (RJA 8634) *revisa todo el curso de las actuaciones para comprobar cuál ha sido el tiempo real en el que la causa ha permanecido inactiva y concluye* "Como ya ha señalado una reiterada doctrina de esta Sala, la **prescripción sólo se interrumpe**

cuando se ha llevado a efecto una efectiva actividad judicial que se plasme en actos concretos que produzcan actuaciones del órgano jurisdiccional encargado de la instrucción o enjuiciamiento de la causa. En el caso presente no hay vestigios de actividad procesal desde el 31-12-1979, por lo que ha transcurrido con exceso el plazo señalado para la prescripción, por lo que el motivo debe ser estimado."

Dentro de la corriente jurisprudencial de imputación a persona determinada, podemos citar desde las antiguas sentencias de 14 de noviembre de 1879.

En la Sentencia de 14 de noviembre de 1879⁴⁶³ el T.S desestima el recurso estableciendo: que durante el periodo del indicado juicio, no corrió el tiempo de la prescripción, según el literal contexto del último párrafo del art. 133, en el que, sin excepción de ninguna clase, se determina que la prescripción queda interrumpida "desde el momento en que empiece el procedimiento contra el delincuente".

Y el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de noviembre de 1894⁴⁶⁴ indica que es indiferente que "no se hiciera expresa declaración de procesamiento, porque las palabras con que termina dicho párrafo, que han de entenderse relacionadas con la legislación en vigor al consignarse la ley, no implican tal condición, sino que la acción judicial se dirija contra persona determinada".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6.7.1995 (R.J.A. 5387) analiza el recurso en que el recurrente en que ninguna

⁴⁶³ Citada por HIDALGO GARCIA, J.A.: *El código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 1908, pág.463.

⁴⁶⁴ Ídem.

imputación se hizo contra él por los hechos de apropiación indebida de la cuota obrera hasta el escrito de acusación del Ministerio Fiscal pero el imputado había sido interrogado en la indagatoria, por lo que el Tribunal indica que **"desde que el imputado por otros hechos conexos fue interrogado a instancia del Ministerio Fiscal por las ilicitudes relativas a tal cuota obrera la causa penal quedó referida a estos nuevos hechos, y de ello tuvo conocimiento el luego acusado por todos ellos, porque se vio precisado a contestar al respecto. Entendemos que tal interrogatorio, realizado en el seno del mismo procedimiento referido a una multiplicidad de hechos con la debida conexión procesal, supone el dirigir el procedimiento contra el culpable, que es lo que constituye interrupción de la prescripción conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 114 del Código Penal "**.

Dentro de la interpretación judicial de la expresión "procedimiento dirigido contra el culpable" existe una corriente de la que consideramos como principal exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25.1.1994 (RJA 1994/106) conocida como caso RUANO, que no exige que los autores se encuentren nominados atendiendo a las concretas circunstancias del caso.

Esta sentencia con frecuencia es esgrimida como si en ella se afirmara que cualquier actividad judicial para la averiguación del delincuente, aunque se desconozca el autor, interrumpe la prescripción, por lo que pertenecería al criterio de investigación del delito.

La sentencia hay que encuadrarla en el caso concreto que juzga: La actuación de varios policías por la muerte, en 1975, de un joven estudiante. En el momento en que ocurrieron los hechos se presento una denuncia "por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito", en los que no se hacia

ninguna referencia a los nombres ni actuación de los policías. La sentencia estima, que en este caso concreto, dicha denuncia sí sirvió para interrumpir la prescripción.

El Tribunal se plantea el "dilema" "de que si en la investigación deben aparecer nominadas unas determinadas personas, o bien si basta únicamente con que el procedimiento se abra en averiguación del modo y forma de ocurrir los hechos y de sus posibles responsables". "Aunque sólo existió una denuncia presentada en el mismo día del suceso, mediante la cual se solicita la averiguación del hecho «por si pudiera ser constitutivo de delito», nos encontramos con que tal denuncia, aparentemente indeterminada o genérica, en el fondo está señalando de modo directo e inconcuso como presuntos responsables a las tres únicas personas que intervinieron en el lamentable suceso y que de modo directo lo presenciaron, con lo que se nos presenta claro que esa acción penal acusadora sólo pudo estar dirigida de hecho y de derecho contra los tres policías intervinientes, pues entender lo contrario sería tanto como desconocer el círculo cerrado (totalmente cerrado) en el que se desarrollaron los hechos, y también desconocer las muchas dificultades que existían en esa época para nominar o concretar como presuntos autores a unas determinadas personas que, a su vez, estaban destinadas a investigar cuestiones o actuaciones de carácter político".

La parte final del fundamento segundo de esta sentencia justifica el pronunciamiento como una cuestión algo excepcional "en los casos concretos como el que ahora nos ocupa" (autores en un círculo cerrado, denuncia implícitamente acusadora a determinadas y concretas personas -3 policías-, dificultades de la época para denunciar a policías encargados de investigaciones políticas).

Es decir, para el T.S. dicha denuncia sí que interrumpió la prescripción pues solo era indeterminada "aparentemente".

En tanto en cuanto dicha denuncia "en el fondo" señalaba "de modo directo e inconcuso como presuntos responsables a las tres únicas personas que intervinieron", ha servido para interrumpir la prescripción.

El problema radica en que "indeterminación aparente" no equivale a una denuncia explícita.

La sentencia del Tribunal Supremo 2/1998, de 29 de julio (caso MAREY) que acabó con una sentencia del Tribunal Constitucional 69/2001, de 17 de marzo de 2001 (BOE 6.4.2001), denegatoria del recurso de amparo también abordó la cuestión de cuando debía de entenderse que el procedimiento estaba dirigido contra el culpable, en la que se afirmaba que "a la vista de los términos de esa querrela, entendemos que, desde que fue interpuesta y admitida a trámite, lo que ocurrió antes de haber transcurrido cinco años desde la comisión del secuestro de S.M., quedó interrumpida la prescripción de los dos delitos por los que aquí condenamos no sólo contra A. y D. nominalmente designados, sino también contra todos los que luego fueron apareciendo a lo largo del procedimiento como partícipes".

La sentencia 69/2001 del Tribunal Constitucional que denegó el amparo a los condenados establecía "Dicha querrela, en cuanto a su objeto, se refería a la actuación del autodenominado Grupo Antiterrorista de Liberación (GAL), y concretamente al secuestro de Sabino y a la supuesta utilización de fondos públicos para su financiación; y subjetivamente se dirigió contra dos de los acusados (A. y M.) y contra "cualesquiera otras personas, no juzgadas ni condenadas, o responsables de instituciones, que en el curso de la investigación aparezcan como partícipes en las actividades de la organización terrorista denominada Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL)". Para el órgano judicial, dicha identificación subjetiva de la acción penal

entablada y admitida a trámite cubre las exigencias normativas del art. 114 CP 1973, pues no siendo exigibles para dar por interrumpida la prescripción actos de imputación formal de los supuestos responsables del hecho, basta para entender dirigido el procedimiento contra el culpable en los delitos cometidos por una colectividad, como el enjuiciado, con que la investigación se dirija contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales ni otra a través de la cual pudiera llegar a identificárseles individualmente, añadiéndose que, en este caso, la querrela se dirigió contra dos personas concretas y otras determinables por su eventual participación en las actividades del denominado "GAL", en los términos que acaban de ser expuestos".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no resultaba unánime sobre la cuestión sino que determinar que es "procedimiento dirigido contra el culpable" es una cuestión sujeta a valoraciones en las que en ocasiones se admitía que los sujetos no aparecieran nominados.

2.2.3. Interpretación doctrinal: determinación del sujeto

En el derecho histórico nos encontramos con autores como VON LISTZ⁴⁶⁵ que abordaron la cuestión resaltando la importancia de la determinación del autor: "Únicamente interrumpen la prescripción los actos dirigidos contra el autor, como autor de un determinado hecho, y no las pesquisas preliminares que solo tienden a descubrir la pista del culpable; no es suficiente, pues, la citación como testigo,

⁴⁶⁵ LISTZ, F.: *Tratado de Derecho penal* Tomo II. Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1916, pág.411.

aún cuando el citado se reconozca culpable en esta ocasión, y por tal motivo no preste juramento. La interrupción solo tiene lugar respecto al autor al cual el acto se refiere".

En el Derecho italiano, PESSINA⁴⁶⁶ señalaba que "es preciso hacer notar que cuando a varios individuos se les imputa un delito, para aquel de entre ellos que se halle condenado irrevocablemente cesa la posibilidad de prescripción de la acción penal y comienza solo la posibilidad de la acción de la pena; pero para aquel otro que no tuvo sobre sí una condena irrevocable, sea porque no surgió contra él la imputación hasta el momento de la condena irrevocable de aquel contra el cual ya se procedió, sea porque consiguió escapar a la acción de la justicia, existe la posibilidad de la prescripción de la acción penal.

En España, respecto al CP de 1870, señalaba GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA⁴⁶⁷: "Con tal de que el delito sea conocido, aunque no lo sea su autor, el tiempo de prescripción se cuenta desde el día de su perpetración. Cuando no es conocido, correrá el tiempo desde el día en que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo. Este término, sin embargo, se suspende y la prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable. Todas las razones que abonan la prescripción cesan entonces. El sujeto pierde la posesión de estado; su fama queda en suspenso, de hombre irreprochable se convierte en presunto reo".

Comentado el art.199 del Código Penal de 1928, que solo estuvo en vigor 4 años y supuso una inflexión, señalaba JARAMILLO⁴⁶⁸: "*No menos trascendente es la reforma respecto del señalamiento del instante en que se interrumpe el plazo de prescripción que **ahora es cualquier actuación judicial** dirigida a la averiguación o castigo del culpable, mientras*

⁴⁶⁶ PESSINA, E.: ob. cit., pág.444.

⁴⁶⁷ GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA, A.: ob. cit., 698.

⁴⁶⁸ JARAMILLO GARCIA, A.: ob. cit., pág.417.

que en el Código anterior ese instante arrancaba desde que el **procedimiento se dirigía contra el culpable**. En segundo término, la práctica procesal enseña que puede haber actuaciones que no signifiquen en sentido estricto **procedimiento contra el culpable**.

(...) Hasta llegó a decirse que un procedimiento criminal no podía entenderse contra el culpable mientras no estuviera él procesado, pues el art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento criminal dice que desde el momento en que surjan indicios racionales de criminalidad contra determinada persona, se entenderá, contra ellas dirigidas las sucesivas diligencias.

También VIADA LOPEZ-PUIGSERVER⁴⁶⁹ mantenía que "El mero procedimiento sin que el culpable sea conocido no debe considerarse interruptivo"

Al respecto MORILLAS CUEVA⁴⁷⁰, indica que nuestro Código Penal, debe encuadrarse con las legislaciones que "tiene en cuenta como causales de interrupción los actos de procedimiento dirigidos contra autor".

La necesidad de concreción del sujeto es igualmente clara para GOMEZ DE LA ESCALERA⁴⁷¹: "En nuestra opinión parece evidente que la prescripción solo se interrumpirá cuando el procedimiento se haya dirigido contra persona determinada y solo frente a ella, es decir, cuando se dirija contra persona distinta, o sin la determinación de persona alguna para su averiguación en la correspondiente actividad instructora, no puede entenderse interrumpido el plazo prescriptivo, por lo que habrá de remontarse respecto al verdadero responsable desde la fecha de la comisión hasta que se dirija contra éste".

⁴⁶⁹ VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, C.: ob. cit., pág.121.

⁴⁷⁰ MORILLAS CUEVA, L/ BARQUIN SANZ, J.: ob.cit., págs.1126 y 1127.

⁴⁷¹ GOMEZ DE LA ESCALERA, J.J.: "Novedades en la prescripción de las infracciones penales y sus penas", La Ley, N° 3987, 1996, pág.4.

Para BOLDOVA PASAMAR, M.A.⁴⁷²: "El procedimiento al que se refiere el art. 132.2 se inicia con el sumario, quedando fuera del mismo las actuaciones preliminares al proceso penal (...) no sería correcto entender que cualquier actuación sumarial "se dirige contra el culpable. Esto sucede claramente por lo que se refiere a las denominadas diligencias de identificación del delincuente y algunas otras, entre las que no se encuentran, por ejemplo, las de identificación del cadáver o las relacionadas con la autopsia o la recogida de armas instrumentales o efectos del delito, tasaciones, etc".

Las posturas doctrinales expuestas ponen de manifiesto la necesidad de la determinación del culpable, lo cual por otra parte es la comprensión más sencilla del texto legal.

2.2.4. Imputación expresa que permita la defensa efectiva

Una interpretación que resultaba la más garantista para el acusado era la que venía a identificar procedimiento dirigido contra el culpable en el momento en que el sujeto podía ejercer el derecho de defensa en el proceso, pues era ese momento en que el proceso se dirigía con todas las garantías contra el mismo. Este criterio que desarrollamos en un dictamen que efectuamos, se basaba en un desarrollo de las garantías del proceso acusatorio, ante las muy tardías imputaciones que hasta la STC 186/1990 se hacía en muchos Juzgados de Instrucción

Empezaremos con una interpretación sistemática. Para la mejor comprensión del instituto de la prescripción de las infracciones penales (delito y falta) no hemos de partir del art.131 CP, sino del precepto donde por vez primera se

⁴⁷² BOLDOVA PASAMAR, M.A.: ob. cit., págs. 338 y 339.

menciona la prescripción, es decir en el art.130 CP 1995). En este precepto, el legislador presenta la prescripción como una causa que extingue la responsabilidad criminal. Es decir, lo que se extingue no es el delito, sino es **la responsabilidad criminal**, la cual es necesariamente subjetiva.

El art. 132 manifiesta lo único que puede decir. Si la prescripción extingue la responsabilidad criminal y únicamente tiene responsabilidad penal el culpable, resulta obvio que la prescripción únicamente puede operar para los "culpables".

Cuando la Ley exige que para interrumpir la prescripción "el procedimiento se dirija contra el culpable", al referirse al "culpable" no está prejuzgando, sino ofreciendo un sistema congruente y coherente con lo manifestado en el art.130.

La prescripción se presenta por primera vez en el Código Penal en el art. 130, donde se afirma que la prescripción es una causa que extingue la responsabilidad criminal, y consecuentemente el art.132 dice que el cómputo de la prescripción se interrumpirá cuando el procedimiento se dirija ¿Contra quien? pues, necesariamente, contra el culpable. No es posible extinguir la responsabilidad criminal de quien nunca la ha tenido por ser inocente.

El principio de economía procesal presente en la Lecrim⁴⁷³, resulta claro. Si una persona, aun en el caso de que resultara ser culpable, no va a ser condenado por haber extinguido la posible responsabilidad criminal por la prescripción del delito, no es necesario que sea sometida a juicio para llegar a la misma sentencia absolutoria, ya sea basada en la inocencia o en la prescripción.

Por ello, mantenemos que cuando la prescripción se

⁴⁷³ El art. 666 de la Lecrim sitúa la prescripción como artículo de previo pronunciamiento.

declara como auto de libre sobreseimiento, antes del Juicio Oral, o por auto tras artículo de previo pronunciamiento, más que declarar extinguida la responsabilidad penal, los fallos judiciales debieran declarar extinguida "la responsabilidad penal en que hubiere podido incurrir el acusado de los hechos que se le imputaban"⁴⁷⁴.

En segundo lugar, hemos de referirnos al principio de legalidad, proclamado en el art. 9.3 de la constitución y de obligatorio acatamiento en todas las normas penales que nos sirve para determinar que para que se interrumpa la prescripción, la Ley exige que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se inicie un procedimiento.
- b) Que dicho procedimiento se dirija contra alguien
- c) Dicho alguien sea el culpable.

La jurisprudencia venía señalando que el procedimiento que interrumpe la prescripción es únicamente el penal, no interrumpe el plazo las demandas civiles, (Sentencia de 28 de junio de 1988, R.J.A.5378). No obstante, existen sentencias de contenido contradictorio en cuanto a la interrupción de los actos de conciliación, especialmente cuando estos eran antes requisito necesario para entablar querrela.

Además el procedimiento dirigido debe serlo por el mismo hecho, no por otro distinto, aún cuando la calificación inicial sea errónea.

Si el plazo no se interrumpe entonces la prescripción se

⁴⁷⁴ En tal sentido, véase la Sentencia del TS de 22 de septiembre de 1995 (La Ley 1995-4, 241) "*por especial previsión y expresa voluntad de la Ley, tiene extinguida **la posible responsabilidad penal contraída***". En igual sentido la Sentencia de 4 de octubre de 1995, de la A.P de Valencia, Sección 3ª: "*La prescripción implica, pues, que ante un hecho delictivo o probado, o simplemente presunto, deja de declararse o de conocerse sobre una acreditada o posible responsabilidad penal*".

consume y el presunto culpable ha de ser absuelto.

Solo interrumpe el cómputo de prescripción el procedimiento dirigido contra el culpable, y no cuando el procedimiento se haya dirigido contra otro sujeto diverso.

Por último, pondremos el acento en la evolución del principio acusatorio. En la última década del siglo XX tomó gran relevancia una nueva concepción del principio acusatorio, especialmente tras la Sentencia 186/1990, de 15 de noviembre del Pleno del Tribunal Constitucional, (BOE 289) que estableció la Constitucionalidad del Procedimiento Abreviado (que eliminó el procesamiento), pero exigiendo la obligatoria intervención del imputado.

"En primer término, la intervención se produce, siempre, en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial del imputado que ordena el art. 789.4 Lecrim. Esta comparecencia ante el juez de Instrucción consagra una de las garantías básicas que debe concurrir en todo proceso penal, cual es la asunción formal de status de imputado y su interrogatorio judicial antes de haberse formulado acusación en su contra, la impone expresamente la ley, en esta fase del proceso."(Fundamento de Derecho 4º).

"El art. 789.4 a la luz del art. 24 de la Constitución Española ha de llevar también a la siguiente conclusión: En primer lugar, la de que el Juez de instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido ab initio o no las diligencias previas) quien sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible, cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y, de modo especial, de su derecho a la designación de abogado en los términos de los artículos 788 y 118.4) y tomarle declaración

con el objeto de indagar no solo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él **existentes** con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario.

De la anterior afirmación se desprende, en segundo lugar, la lógica consecuencia de que **la acusación no pueda exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ella del juicio oral, aún cuando no hubieren gozado de las mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora.** En este sentido, no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de **determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (Cfr. Arts 299 y 789.3 en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinar "las personas que en él hayan participado"), función que en el proceso común se realiza a través del procesamiento y que en el proceso penal abreviado, suprimido el procesamiento dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundándose el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de la defensa, permitiéndose, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la "penalidad" de la publicidad del juicio oral. (T. Constitucional Pleno S 186/1990 de 15 Nov.-Ponente: Sr Gimeno Sendra. La Ley, 1991-1, 90 (1589-TC), Fundamento de Derecho 7°).**

El criterio que analizamos en este epígrafe pretendía

con esta sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional iluminar la cuestión con la aplicación de sus fundamentos al tema de la prescripción del delito, así como con el importante desarrollo de la doctrina del TC en otras cuestiones.

Según la STC 47/87, de 22 de abril, (BOE 107) para asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción, los órganos judiciales tienen el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión.

El fundamento jurídico tercero de la STC 54/91, de 11 de marzo, (BOE 91) estableció que el principio de igualdad de armas debe ser cumplido por el Juez de Instrucción en fase de instrucción, para no dejar en desventaja al ciudadano investigado.

El art. 24 de la Constitución Española establece el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, derecho a ser informado de la acusación contra ellos dirigida, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y derecho a la presunción de inocencia.

El derecho a la defensa establecido en el art. 24 de la Constitución debe ejercitarse en todas las fases del proceso a tenor de lo establecido en los arts. 118 y 486 de la Lecrim.

Produce la nulidad de actuaciones cuando se vulneran los derechos establecidos en el art. 24 de la Constitución Española, ya que la no distinción de fases procesales en dicho precepto obedece al carácter general del art. 118 (art. 180-I) en remisión a las mismas garantías señaladas en esta ley que hace el art. 785 bis.2 y, más contundentemente en el art. 788-1 "Desde que de las actuaciones resulte imputación

de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada...".

A tal efecto la jurisprudencia señala:

"El TS admite como posible el pronunciamiento de nulidad de actos en el proceso penal cuando los preceptos procesales son de estricta observancia, y concretamente, en los casos de trasgresión de normas orgánicas, competenciales o de procedimiento sobre trámites esenciales a los que estén anudados derechos fundamentales de la persona y las garantías procesales que las defienden"

(T. Supremo S. 13 de junio. 1984.-Ponente Sr Moyna Menguez. R.J.A 3553)

En tal sentido, sobre el concepto de derechos fundamentales de la persona y sus garantías procesales nos remitimos a la ya mencionada sentencia 186/1990, de 15 de noviembre del Pleno del T. Constitucional.

En semejante sentido se pronuncia la doctrina científica⁴⁷⁵, en que como garantía procesal expresamente se cita: *"Derecho a ser informado de la acusación: No puede significar simplemente que se de traslado al acusado de las calificaciones (en el proceso ordinario) o del escrito de acusación (en el proceso abreviado) formulado por los acusadores, por cuanto dicho escrito se produce en una etapa muy tardía del proceso. El derecho a la información cobra virtualidad en dos aspectos: uno de contenido y otro temporal"*.

Todo ello llevaba a concluir, que para que no se produjera la nulidad de actuaciones por vulneración del principio acusatorio la prescripción del delito debería quedar interrumpida, sin género de dudas, para el "culpable"

⁴⁷⁵ MONTERO AROCA, M.: *Derecho Jurisdiccional III*, Proceso penal, tomo III, Bosch, Barcelona, 1991, pág.38.

del delito desde el momento en que se le tomara declaración en concepto de imputado y pudiera ejercer el derecho de defensa, pues es ese momento donde el proceso con todas las garantías de defensa se dirige contra el acusado.

Como se ha indicado estimamos que es la postura que resultaba la más garantista desde la óptica del derecho de defensa en el proceso.

Si bien este criterio proscribía las extensas instrucciones donde no se hacían actos de imputación formal hasta el término de la misma en perjuicio del tardíamente imputado, este criterio resulta criticable en supuestos de diligencias judiciales de investigación secretas como intervenciones telefónicas, seguimientos, etc. donde se constatan diligencias judiciales claramente dirigidas contra personas determinadas, si bien estas no podrán ejercitar sus derechos de defensa en fase de instrucción hasta que resulten imputados.

Por ello, debemos acabar concluyendo que sí que existe proceso contra el culpable, aun cuando éste lo desconozca o no pueda intervenir todavía en el mismo.

3. PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA EL CULPABLE TRAS LA SENTENCIA DEL T. CONSTITUCIONAL 63/2005, DE 14 DE MARZO

Hasta la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, básicamente existían tres posturas en lo relativo a lo que debía de entenderse como "procedimiento". La primera es la que con la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo mantenía que desde la mera presentación de denuncia o querrela interrumpía la prescripción, siempre que acabara siendo admitida, valorando en cada caso la determinación del sujeto en atención a las circunstancias. La segunda defendida por buena parte de la doctrina que estimaba que era necesario

un acto judicial con clara identificación, mientras que la tercera lo situaba en el momento en que el imputado era llamado al proceso como tal y podía ejercer el derecho de defensa.

3.1 Alcance de la sentencia

La sentencia 63/2005 del Tribunal Constitucional supuso un giro de gran envergadura en la doctrina de dicho Tribunal en cuanto no sólo se apartaba de la doctrina del Tribunal Supremo, al mantener que la mera presentación de denuncia o querrela no era propiamente proceso, sino que resultaba necesario alguna actuación judicial, sino que con ello, otorgaba alcance constitucional a la interpretación de la prescripción que hasta entonces era considerada como una cuestión de legalidad ordinaria que por ello era competencia de los Tribunales ordinarios y quedaba excluida del recurso de amparo.

Respecto a la aplicación o no de la prescripción a cada caso, el Tribunal Constitucional venía rechazando los recursos de amparo presentados hasta el momento y todas las sentencias son unánimes al declarar que la prescripción:

"Constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria cuya interpretación corresponde a la jurisdicción ordinaria y sobre cuya procedencia no puede entrar el Tribunal Constitucional"

(Sentencia del Tribunal Constitucional 152/87, de 7 de octubre, FJ 3).

Esa era la doctrina uniforme⁴⁷⁶ que señalan que la

⁴⁷⁶ STC 255/88, de 21 de diciembre, FJ 2; -STC 83/89, de 10 de mayo, FJ 2; STC 194/90, de 29 de noviembre, FJ 8; STC 12/91, de 28 de enero, FJ 2; STC 196/91, de 17 de octubre, FJ 2; -STC 223/91, de 25 de noviembre, FJ 3; STC 224791, de 25 de noviembre, FJ 3.

interpretación o divergencias jurisprudenciales sobre la prescripción carecen de relevancia constitucional, y por ello no dan lugar a la estimación del amparo

Sin embargo, por nuestra parte en un trabajo anterior⁴⁷⁷ discrepabamos de dicha postura al estimar que "la concepción material de la prescripción parece que apunta en sentido contrario, y que la no apreciación de la prescripción por parte del Tribunal cuando objetivamente se ha producido, estimamos que sí debía ser susceptible de recurso de amparo, pues en caso contrario quedan en entredicho el principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de no arbitrariedad".

En dicho sentido citábamos en nuestro apoyo a RODRIGUEZ RAMOS⁴⁷⁸ quien señalaba que declarar culpable a una persona que debería ser inocente por prescripción, según la legalidad vigente, sería una sentencia arbitraria, en cuanto no conforme a la Ley, y por tanto tendría trascendencia para el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y, con la garantía de no arbitrariedad, de idéntico rango y consecuencias que el derecho a la presunción de inocencia si se condenará a una persona sin prueba de cargo, y por tanto la no apreciación de la prescripción sí que es susceptible de recurso de amparo.

La novedosa sentencia tras recordar en primer lugar sus anteriores pronunciamientos respecto a la prescripción en materia penal recuerda que el art.24.1 de la CE exige una resolución judicial razonada, para pasar a analizar el fundamento, fines y naturaleza de dicha institución para verificar si en el caso objeto del recurso se cumple habida cuenta que la principal razón de ser de la prescripción es la de otorgar seguridad jurídica a los particulares y también, a

⁴⁷⁷ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción del delito...*, ob. cit., pág. 154.

⁴⁷⁸ RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Prescripción del delito y derechos fundamentales. Comentario a la STC 152/1987, de 7 de octubre, Diario La Ley, N° 1940, 1988, págs. 2 y ss.

la "esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz".

A nuestro juicio, la referida sentencia no tiene tanta trascendencia por el número de asuntos a los que les resulta de aplicación (aquellos entre los que dista cierto tiempo entre la presentación de la denuncia o la querrela y un acto judicial), sino por pronunciarse sobre una cuestión que parecía exclusiva de la jurisdicción ordinaria, y que abría la competencia del Tribunal Constitucional y del recurso de amparo a todas las sentencias penales que entrañaran privación de libertad y que provocaría resoluciones enfrentadas con el Tribunal Supremo.

Como afirma VIVES ANTON⁴⁷⁹ "cabe concluir que en términos generales el TC no ha sobrepasado el ámbito competencial que la Constitución le confiere; sino que al contrario, todavía no ha desarrollado sus competencias por completo".

Inciendiando el referido autor "Partiendo de la idea de que la aplicación de los preceptos que regulan la prescripción penal afecta a los derechos de libertad del art.17 CE (lo que, pese a algunas voces discrepantes, se muestra sencillamente en el hecho de que si esos preceptos se interpretan de un modo el acusado ingresa en la cárcel y si se interpretan de otro queda libre) parece claro que los términos de la ley que rige una institución así han de ser entendidos muy rigurosamente, en tanto perjudiquen al reo. Pues bien, desde tales premisas, la expresión ahora polémica, en virtud de la cual el actual art.132.2 CP (que no hace sino transcribir sus precedentes históricos) determina que "la prescripción se interrumpirá cuando el procedimiento se dirija contra el culpable" no puede entenderse sino en el sentido de que exige que haya

⁴⁷⁹ VIVES ANTÓN, TOMÁS S. "El ius puniendi y sus límites constitucionales". 02/2006 <http://www.tirantonline.com> Documento TOL. 817.272

comenzado un procedimiento que, al tener que estar "dirigido contra el culpable" no puede ser sino el proceso penal. Así se había interpretado y aplicado el precepto durante más cien años y, en cuanto me es conocido, así vuelve a entenderse. Ese entendimiento coincide además, con el uso común del lenguaje.

Ese es, por lo tanto, el modo de entender la expresión que, al responder a un uso estable, permite atribuirle un significado fijo o, dicho con más rotundidad y profundidad, un significado.

Creemos, por tanto, que la STC 63/2005 podría haberse ahorrado muchas de las reflexiones que hace: con la exigencia de respeto al tenor literal y la referencia a la prohibición de aplicaciones extensivas en perjuicio del reo bastaba en mi opinión, para otorgar el amparo".

Tal como puso de manifiesto RAGUES I VALLES⁴⁸⁰ la referida sentencia iba a erradicar "una modificación de ciertos hábitos de las partes procesales, pues las denuncias y querellas interpuestas el último día ya no garantizarán" la interrupción de la prescripción. En dicho sentido, este hábito parecía bastante frecuente en delitos contra la hacienda pública instados por la abogacía del estado o denuncias presentadas ante la Fiscalía en las que se agotaba in extremis la presentación de la querella.

El Tribunal Constitucional se ha ido manteniendo en la misma doctrina manifestando en la sentencia 195/2009, de 28 de septiembre de 2009 (BOE 254/2009): "Con la doctrina anteriormente expuesta este Tribunal no pretende interpretar el art. 132.2 CP EDL 1995/16398, señalando cuál es el momento en que puede entenderse que existe un procedimiento dirigido contra el culpable, pues ello excedería del ámbito de nuestra jurisdicción. Conforme a nuestra constante

⁴⁸⁰ RAGUES I VALLES, R.: "La STC 63/2005: ¿Una revolución en materia de prescripción penal?" Diario la Ley, N° 6269, La Ley, 2005, pág.9.

doctrina, que ahora reiteramos, al resolver un recurso de amparo sólo corresponde a este Tribunal decidir si han existido o no las violaciones de los derechos fundamentales que se denuncian. La función de interpretar y aplicar la legislación vigente, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE EDL 1978/3879 , corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, y en particular al Tribunal Supremo, como órgano superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE EDL 1978/3879), sin que este Tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (por todas, entre otras muchas, SSTC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 2 EDJ 1981/16; 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 2 EDJ 1983/89; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 1 EDJ 1983/105; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5 EDJ 1993/2984; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10 EDJ 1996/440;185/2000, de 10 de julio, FJ 4 EDJ 2000/15159; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3 EDJ 2001/26466; 265/2006, de 11 de septiembre, FJ 5 EDJ 2006/265811; 252/2007, de 17 de diciembre, FJ 3 EDJ 2007/259913; 50/2007, de 12 de marzo, FJ 4 EDJ 2007/15748).

Nuestra doctrina tan solo establece un límite a las posibilidades interpretativas de la jurisdicción ordinaria, derivado de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879) en relación con los otros derechos fundamentales y valores constitucionales que están en juego cuando se aplica el instituto de la prescripción, señaladamente el derecho a la libertad, consagrado en el art. 17.1 CE EDL 1978/3879 : la exigencia de lo que hemos denominado acto de interposición judicial, que constituye un mínimo irrenunciable impuesto por los derechos fundamentales en juego. Y ello supone el ejercicio propio de nuestra jurisdicción y entra de lleno en el ámbito de nuestras competencias, dado que se trata de un derecho susceptible de tutela en el proceso de amparo y que se

alegan vulneraciones concretas y efectivas del mismo, operando, por tanto, el Tribunal dentro de los límites de su jurisdicción de amparo (SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4 EDJ 1986/167; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1 EDJ 1992/3481; 114/1995, de 6 de julio, FJ 2 EDJ 1995/3056; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3 EDJ 2000/5875; 118/2002, de 20 de mayo, FJ 10 EDJ 2002/18853).

No puede olvidarse que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE EDL 1978/3879), y que al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC EDL 1979/3888), corresponde decir la última palabra sobre la interpretación de la misma, en el marco de los distintos procesos constitucionales y, por supuesto, dentro de los límites de éstos, que son los de su jurisdicción (SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2 EDJ 1995/3056; 126/1997, de 3 de julio, FJ 5 EDJ 1997/4017; 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6 EDJ 1997/6372). El Tribunal Supremo es, ciertamente, el órgano superior en todos los órdenes, "salvo en materia de garantías constitucionales" (art. 123 CE EDL 1978/3879). Dicha materia y, en concreto, la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales corresponde en último término, a través de los diversos procesos constitucionales, a este Tribunal Constitucional, cuya doctrina han de respetar todos los órganos jurisdiccionales. A esa lógica responden las previsiones del art. 5.1 LOPJ EDL 1985/8754, cuando establece que todos los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos "según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos", y del art. 7.2 LOPJ EDL 1985/8754 cuando establece que los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.2 CE EDL 1978/3879 vinculan a los Jueces y

Tribunales "de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido".

3.2 Postura del Tribunal Supremo

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo mediante **acuerdo de 12 mayo de 2005**, no acató la doctrina del Tribunal Constitucional:

"La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 marzo(RTC 2005,63) y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela efectiva que, prácticamente vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española (RCL 1978,2836) que establece que el Tribunal Supremo es el órgano superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en la última instancia de las normas penales".

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de mayo de 2005, es decir, poco después de la STC 63/2005 del Tribunal Constitucional, sostuvo que "condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia, al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un juzgado", por lo que debe ser suficiente a tal efecto con la "existencia de una resolución judicial que revista la forma de auto", conteniendo la "decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querrellado".

El Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo adoptado en fecha 25 de abril de 2006:

"Cuestión: Prescripción. Interrupción del plazo
ACUERDO: "El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts. 117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art. 123.1 CE"
Cuestión: Dentro del mismo asunto, "¿Qué debe entenderse por procedimiento que se dirija contra el culpable? ACUERDO: "Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005".

El Tribunal Supremo en dicho Pleno no Jurisdiccional de 25 de Abril de 2006 se mantiene en el criterio de estimar que era el último intérprete de la legalidad ordinaria penal, con apoyo en el art. 5-1º LOPJ interpretado conforme a los arts. 117.1º, 161.1-b) y 164.1 de la Constitución. Ello ha supuesto, en definitiva, que debe mantenerse que la presentación de la querrela interrumpe la prescripción, lo que no ha sido obstáculo para que en el caso concreto de la sentencia anulada por el Tribunal Constitucional, se dictase nueva sentencia de acuerdo con aquélla. Así, la STS 430/2008, de 25 de junio, "caso Urbanor" bajo ponencia de Soriano Soriano, que acabó finalmente por absolver a los recurrentes "de conformidad a la sentencia del Tribunal Constitucional...".

En resoluciones posteriores, el Tribunal Supremo fundamentaba que la sentencia del Tribunal Constitucional se explica en un contexto excepcional, y así en la STS 1026/2006, de 26 de octubre, manteniendo la doctrina consolidada de la Sala que entendía que la denuncia y la querrela forman parte del procedimiento si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables, y por tanto, al tal mantenimiento

no debe oponerse en nuevo criterio interpretativo del art. 132, sostenido por el Tribunal Constitucional.

"Concurren circunstancias de todo orden, para que el artículo 5.1º LOPJ, que obliga a ésta Sala, no actúe implacablemente: a) se trata de un caso excepcional de presentación de querrela que permanece dormida en el Juzgado durante dos años sin adoptar proveído alguno; b) es un precedente aislado, no dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional y con la concurrencia de votos particulares; c) el recurso de amparo no se interpone contra una sentencia del Tribunal Supremo, sino frente a una resolución de la Audiencia Provincial; d) el Tribunal Supremo sigue una sólida línea interpretativa emanadas de las competencias que le son propias conforme al art. 123 CE. No es a esta Sala, ni mucho menos, a la que corresponde delimitar el ámbito competencial del Tribunal Constitucional; muy al contrario, en materia constitucional, se limita a someterse a la doctrina general de ese Alto Tribunal, que la propia sentencia menciona y los votos particulares avalan, según la cual, "la apreciación de cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional".

La STS 1226/2009, 24 noviembre indica que "Esta Sala - frente al criterio del Tribunal Constitucional-- sostiene que la prescripción se interrumpe en el momento de la presentación de la querrela, por lo que la prescripción comenzaría a correr --dies a quo-- en la fecha de la última actuación del recurrente relevante para el alzamiento, y concluiría -dies ad quem- con la fecha de presentación de la interpelación judicial, o dicho de otro modo con la presentación de la querrela, ocurrido el 30 de Diciembre de

1999. No se ignora que la doctrina del Tribunal Constitucional es distinta, como lo acreditan las SSTC 63/2005 de 14 de Marzo y 29/2008 de 20 de Febrero ya que se exige "un acto de intermediación judicial, no bastando con "la simple interposición de una denuncia o querrela" -fj. octavo, STC 63/2005-.

La sentencia del Tribunal Supremo /2010, 22 enero, afirma que "A tal respecto, basta recordar la reiterada doctrina de esta Sala, confirmada en Acuerdos sucesivos del Pleno no jurisdiccional de la misma, el último de los cuales se produjo en la sesión del 26 de Febrero de 2008, según la cual la interrupción del plazo prescriptivo, a la que se refiere el artículo 132 del Código Penal, se produce en el momento de presentación de la denuncia o querrela, toda vez que, acaecidos los hechos delictivos en los días 17 y 19 de Octubre de 2001, que es cuando se aportaron los documentos falseados y su también inveraz traducción, la Querrela tuvo entrada en el Juzgado el día 15 de Octubre de 2004, e incluso su admisión se produjo en Diciembre de 2005, es decir, mucho antes de vencer los diez años que establece el artículo 131.1 del Código Penal como plazo de prescripción, dada la entidad de la pena prevista para el delito de estafa procesal castigado en la Resolución de instancia (de uno a seis años de prisión) que integra, junto con la falsedad documental, el concurso medial objeto de enjuiciamiento, teniendo en cuenta que para el cálculo de dicho plazo de prescripción hay que estar, de acuerdo con los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fechas 29 de Abril de 1997 y 16 de Diciembre de 2008, a la sanción prevista en la Ley para el delito consumado, aunque la ejecución, en el caso concreto, no supone el grado de tentativa (SSTS de 31 de Marzo de 1997 y 30 de diciembre de 200, por ejemplo)".

3.3. Postura de la Fiscalía General del Estado

La Instrucción 5/2005, de 15 de junio de 2005, sobre interrupción de la prescripción de la Fiscalía General del Estado optó por una doble pauta de actuación que pudiera parecer contradictoria, mediante la cual a los procesos ya iniciados instaba a los fiscales a seguir los criterios del Tribunal Supremo de considerar interrumpida la prescripción por la presentación de la denuncia o la querrela, basándose en la supuesta excepcionalidad del caso objeto de la sentencia del Tribunal Constitucional y por otra parte, instaba a presentar las querellas con antelación al plazo de prescripción. Así, se señalaba:

“La STC 63/2005, aparte de reconocer situaciones jurídicas individualizadas, contiene declaraciones de carácter general sobre la interpretación del art. 132.2º CP. Pero sin negar el indiscutible valor de esta sentencia del Tribunal Constitucional, debe tenerse en cuenta a la hora de establecer los criterios provisionales de actuación del Ministerio Fiscal su carácter de precedente aislado, dictado no por el Pleno, sino por una sala del Tribunal, la concurrencia de votos particulares, el hecho de que el recurso de amparo se interpone no frente a una sentencia del Tribunal Supremo sino frente a una resolución de una Audiencia Provincial, y la existencia de una sólida línea jurisprudencial del TS en sentido contrario, emanada del ejercicio de las competencias que le son propias conforme al art. 123 CE.

Deben en este mismo sentido tenerse en cuenta, además, las peculiaridades inherentes al caso concreto objeto de análisis en la STC 63/2005, que llevan al Alto Tribunal a declarar que carece de toda razonabilidad.. la extensión del plazo de prescripción legalmente previsto para el delito de alzamiento de bienes de modo que alcance a cubrir demoras

como la producida en este caso. Estas peculiares circunstancias del caso concreto hacen que incluso los dos votos particulares formulados en la STC 63/2005 en los que se considera inadecuado en línea de principio la elaboración de doctrina sobre el sentido de las normas de legalidad ordinaria, sean no obstante favorables a la estimación del amparo. Pautas de actuación:

En la tesitura de asumir una interpretación hasta tanto no se consolide en un sentido o en otro alguno de los criterios actualmente contrapuestos (el asilado mantenido por la STC 63/2005 o el reiterado sustentado hasta la fecha por el TS), habrá de darse el máximo rango a la necesidad de preservar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), cuidando de evitar soluciones irreversibles y optando por pautas que de no verse confirmadas por la ulterior jurisprudencia, puedan ser corregidas, bien a través de los medios de impugnación ordinarios o extraordinarios, bien mediante el desistimiento en la pretensión punitiva, bien incluso a través de la vía de la promoción del derecho de gracia.

Ello lleva a que en las causas penales actualmente en tramitación en las que la denuncia o la querrela se hubiera presentado con anterioridad a la finalización del plazo de prescripción, los Sres. Fiscales deberán mantener la interpretación emanada de la jurisprudencia del TS conforme a la cual se ha producido la interrupción del mismo, oponiéndose a las alegaciones que en sentido contrario pudieran plantearse y, en su caso, recurriendo las resoluciones que declaren la prescripción por no reconocer eficacia interruptiva a dichos actos.

Por otro lado, en todo caso, y ad cautelam, los Sres. Fiscales tendrán presente la nueva línea interpretativa introducida por el TC en orden a evitar apurar plazos, de manera que las denuncias y querellas se presenten con antelación suficiente para dar tiempo a que el órgano

instructor pueda resolver sobre la admisión a trámite antes del agotamiento de los plazos de prescripción”.

Es de referir, tal como puso de relieve GONZÁLEZ CUSSAC⁴⁸¹ que en realidad la STC 63/2005 no tuvo dos votos particulares, sino dos votos concurrentes pues tal como subraya “En ninguno de ellos se cuestiona ni doctrina sentada ni la aplicación al caso concreto, con las que se coincide totalmente; de ahí que sean votos “concurrentes” y no votos particulares. Únicamente se disiente de “los extensos y densos argumentos que se contienen en algunos fundamentos jurídicos” que se consideran excesivos y que establecen una “doctrina interpretativa general”, que aunque sugestiva y acertada, puede invadir las funciones propias de la jurisdicción ordinaria.

3.4 Procedimiento dirigido contra el culpable tras la LO 5/2010

Durante cinco años, desde la STC 63/2005 hasta la reforma legal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, se sucedieron diversas sentencias contradictorias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en un diálogo, “animado debate” o enfrentamiento en el como hemos visto participó también la Fiscalía General del Estado y en el que como tema de fondo estaba en liza los límites de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

La reforma operada por Lo 5/2010 modificó el art.132 en los siguientes términos:

⁴⁸¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: “Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales (a propósito de la STC 63/2005). www.tirantonline.com TOL 636.462.

Artículo 132.

“2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1.^a Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2.^a No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el

procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3.^a A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho”.

El apartado VII del preámbulo de esta reforma explica que con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica se ha optado por “Una regulación detallada que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos” explicando la opción por la suspensión.

Con esta reforma se introduce en el ordenamiento jurídico penal la figura de la suspensión de la prescripción por el plazo de dos o seis meses. Pero debe de observarse que es una “suspensión condicionada” o supeditada a un nuevo plazo temporal.

La suspensión del cómputo de la prescripción podría ser una suspensión pura hasta que se dictara una resolución judicial en que se admitiera la querrela o la denuncia otorgándole efectos retroactivos al momento de la presentación, sin embargo se ha introducido unos plazos de dos meses y de seis meses tras los cuales sin dictar la correspondiente resolución la suspensión pierde su eficacia.

Dichos plazos preclusivos en los que debe de dictarse la resolución judicial resultan una solución mucho más novedosa de lo que parece, pues el dictado de un auto de admisión a trámite tras el referido plazo priva de toda eficacia a la

suspensión, de forma que la presentación de denuncia o querrela tendrá los efectos de lograr que se inicie el proceso, pero la fecha de inicio del proceso será en el momento de dictado del auto, salvo que se haya realizado con anterioridad a los plazos, en cuyo supuesto sí se contará desde la presentación de la denuncia o querrela.

Por ello, estimamos que la reforma ha venido a ofrecer un nuevo elemento de derecho procesal al instituto de la prescripción al instaurar una suspensión basada en nuevos plazos o con plazos preclusivos.

Intentamos subrayar que más allá de la necesidad de dictado de una resolución judicial sobre la admisión o no de la denuncia o querrela, dicha resolución viene temporalmente condicionada a un plazo preclusivo de naturaleza procesal que condiciona el mecanismo de la suspensión. Sin la existencia legal de dicho plazo preclusivo, el plazo que operaría serían los propios de la institución de la prescripción de la infracción penal por paralización del procedimiento.

3.5 Procedimiento dirigido contra el culpable tras la LO 1/2015

En esta reforma⁴⁸² el párrafo tercero ha venido a relativizar la identificación del autor, asimilando a la "identificación directa" la especificación de "datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se

⁴⁸² **Artículo 132.**

1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1.^a Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.

2.^a No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1.^a, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.

atribuya el hecho". Lo que resulta claro a nuestro juicio es que ello debe quedar "suficientemente determinado en la resolución judicial". Aún cuando es de referir que en otros aspectos muy similares de las actuaciones judiciales, como lo es la autorización de entrada o registro o intervenciones telefónicas, la jurisprudencia admite que la resolución judicial efectúe remisión al oficio policial.

Desde 1995 hasta el año 2015 han transcurrido veinte años en que se ha partido de un código de 1973 con raíces decimonónicas a la aprobación y entrada en vigor de un código penal que ha sufrido cerca de una treintena de reformas parciales.

La institución de la prescripción supone un ejemplo de evolución jurisprudencial y dinamismo legislativo digno de análisis donde el diálogo jurisprudencial acaba teniendo repercusiones legislativas.

4. PARALIZACION DEL PROCEDIMIENTO

La paralización del procedimiento tiene lugar cuando una vez iniciado este se paraliza o las actuaciones resultan inocuas.

4.1 Es indiferente la causa de paralización

Actualmente, la jurisprudencia de forma unánime afirma que para apreciar la prescripción del delito por paralización del procedimiento es indiferente la causa que ha originado dicha paralización ya se deba al abandono judicial, a la saturación de los Juzgados, a la rebeldía, o a la pasividad o negligencia de las partes. Sea cual fuere la causa, cualquier paralización motiva la prescripción.

Sin embargo, en la jurisprudencia de los años 50 y 60

este tema no era tan claro. La prescripción del delito o falta por la paralización del proceso judicial ha sido un tema controvertido en la jurisprudencia, pues ponía en evidencia la lentitud y los problemas de la misma administración de justicia. Durante muchos años, los Tribunales se mostraron muy restrictivos para apreciar la prescripción por paralización, pues aplicaban criterios jurisprudenciales que imposibilitaban su apreciación. De esta forma, algunos Tribunales, con el fin de evitar declarar la prescripción, exigían que se produjeran una serie de requisitos no contemplados en la ley.

Según estas sentencias restrictivas no bastaba que se produjera la paralización del procedimiento sino que dicha paralización tenía que deberse a unas ciertas causas, pues según afirmaban no todas las causas de paralización del procedimiento producían la prescripción. Hoy dicha concepción ha sido totalmente abandonada, y la jurisprudencia mayoritaria afirma que la causa de la paralización es indiferente, ya que no es lícito distinguir donde la ley no distingue.

A la luz de la Constitución, del imperio de la ley, el principio de legalidad, e incluso el principio de división de poderes, la jurisprudencia mayoritaria estima que los requisitos exigibles para que prospere la prescripción son única y exclusivamente los establecidos por la ley, es decir la paralización del procedimiento durante el lapso de tiempo predeterminado.

La jurisprudencia sobre la prescripción afirma de forma rotunda que no es admisible distinguir entre las causas de la paralización del procedimiento *"porque al no distinguirse por la Ley, entre las diferentes causas que puedan motivar la paralización del procedimiento, cualquier distinción en este sentido, además de ser contra reo, sería ilegal"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1991, R.J.A. 9630)

Resulta elocuente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril 1990. Ponente Sr García Miguel. R.J.A. 3309 en la que se afirma que *"Si bien algún sector doctrinal entendió que para apreciar los efectos prescriptivos no bastaba el mero transcurso del tiempo, sino que era menester someterlo a algunos condicionamientos, como el que la paralización se debiese al abandono funcional o por causas extrañas al reo y al curso normal de las diligencias, la jurisprudencia estima que para que la prescripción opere basta que se haya producido el mero transcurso del tiempo, sin que sea exigible condicionamiento alguno, pues sirve de fundamento a este criterio **el que no es lícito distinguir donde la ley no distingue, máxime en materia penal**, y en que lo acertado es no emplear interpretaciones restrictivas de esta institución"*

A diferencia de lo que ocurre en el derecho civil donde caben extensas interpretaciones y analogías, en el Derecho Penal no es lícito distinguir donde la ley no distingue. Entenderlo de otro modo podría suponer una invasión del imperio de la ley cuya creación está reservada exclusivamente al poder legislativo⁴⁸³.

⁴⁸³ Los Tribunales tienen la misión de interpretar y aplicar las leyes (art 5 LOPJ 6/85, de 1 de julio) y están sometidos únicamente al imperio de la ley (Art 117.1 Constitución Española). El art 377 del Código Penal sanciona la invasión de atribuciones legislativas y reglamentarias, al manifestar: "El funcionario público que invadiera las atribuciones legislativas, ya dictando reglamentos o disposiciones generales, excediéndose de sus atribuciones, ya derogando o suspendiendo la ejecución de una ley, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas."

En algunas ocasiones, y con muchas dudas, cabe preguntarse si sería posible, en la práctica, deslindar entre una *"interpretación"* y *"una reglamentación de facto"* o si por el contrario ambos conceptos históricamente han estado tan íntimamente unidos que el primero engloba al segundo.

El citado precepto que es absolutamente inaplicable para el caso que nos ocupa, sí que nos puede llevar a reflexionar sobre los criterios de interpretación judicial, sus sustentos científicos y sus

En el Auto del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990, R.J.A. 472 se afirma que la prescripción opera "aunque dicha paralización proceda de no haberse acordado el proveído del art. 275 de la Ley Procesal, hace necesaria la aplicación de la prescripción al delito que se persiga en la causa, sin que sea obstáculo para ello el que no se haya mandado al querellante que inste el curso del procedimiento. (S 25 de enero de 1901). Igualmente tiene declarado que las instituciones de la prescripción y la caducidad de la acción se hallan establecidas en beneficio de los querellados y, por consiguiente, el transcurso del plazo señalado para la prescripción del delito, cualquiera que sea su causa extingue la acción penal".

El hecho de que la causa de la paralización del procedimiento sea la saturación de trabajo que padecen ciertos Juzgados y Tribunales no impide la prescripción de las faltas o los delitos. El Pleno del Tribunal Constitucional, declaró la absoluta constitucionalidad del instituto de la prescripción penal, cuando las faltas contaban con un plazo de dos meses en el CP de 1973, y así desestimó la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por algunos Juzgados, declarando la sentencia 157/90, del Tribunal Constitucional, de 18 de octubre (BOE 268):

"La eventual imposibilidad de que ciertos Juzgados puedan resolver los juicios de faltas en el plazo de dos

límites. Distinguir donde la ley penal no distingue, puede suponer atentar contra el principio de seguridad jurídica y el de tipicidad. Dichas distinciones jurisprudenciales únicamente serían comprensibles por colisión de leyes o preceptos, o para reducir absurdos. Sin embargo las distinciones penales, desprovistas de toda apoyatura legal y basadas exclusivamente en la libre voluntad y "buen" criterio del Juzgador podrían estar próximas a una "seudo-reglamentación de facto", aun cuando no lo serían con carácter general, sino específico, relativo únicamente al asunto enjuiciado.

meses, lo que, en cuanto tal, carece de todo significado, puesto que una ley no puede devenir constitucional o inconstitucional, atendiendo a las circunstancias del órgano judicial que las haya de aplicar. Los problemas de la organización y funcionamiento de la justicia no pueden servir de criterio de inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, al margen de que el funcionamiento anormal de la justicia pueda lesionar en concreto derechos constitucionales del ciudadano, en particular el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Pero esa eventual lesión no podría achacarse a las normas cuestionadas, ni el remedio a la problemática del grado de eficacia o diligencia de los órganos judiciales habría de resolverse necesariamente, como destaca el ministerio fiscal, mediante la modificación del régimen jurídico de la prescripción de las faltas y la consecuente puesta en peligro de los fines constitucionales que esa regulación persigue."

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 24 de diciembre de 1991, (R.J.A. 9630) "En segundo lugar afirma que la paralización del procedimiento se debió a que la Sala decidió atender precedentemente otras causas más urgentes. (...) Al no distinguirse por la Ley, entre las diferentes causas que pueden motivar la paralización del procedimiento, cualquier distinción en este sentido, además de ser contra reo, sería ilegal".

"Siendo irrelevante que las causas motivadoras de la paralización del procedimiento se deban a la inacción de las partes o a la negligencia de los Tribunales". (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993, R.J.A. 2158)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, mayoritariamente acepta que la causa de paralización del procedimiento es indiferente. Ello ha llevado a estimar la prescripción

"incluso cuando esto sea debido a estar los autos en poder de la representación del presunto responsable (...) pues la ley no hace distinciones". (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1989, R.J.A. 1539)

La prescripción puede acontecer por el hecho de que el acusado se encuentre en rebeldía, y por tanto se paralice la causa: **"Respecto al procesado Teodoro B.A., su situación de rebeldía en el proceso y durante el plazo prescriptorio no empece la prescripción desde que el Código vigente, a diferencia de lo expuesto por el de 1870, no excluye expresamente la situación de rebeldía, como así entendió finalmente la doctrina jurisprudencial -SS 15-9-1954, 22-5-1956 (RJ 1659); 14-11-1957 (RJ 3189); y 29-4-1964 (RJ 2327)-.** (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1993, R.J.A. 5094)

La prescripción del delito existe, bien porque el procedimiento quedara paralizado, cualquiera que sea la fase en que tal paralización se produjera, pues sobre esto la ley no distingue **"siendo de apreciar incluso en los casos de rebeldía del reo"**. (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1992. La Ley 1993-1, 15.109-R).

"Pese a orden de busca y captura del procesado, o requisitorias, que no suponen que deje de correr el tiempo para el cómputo de la prescripción, como tampoco lo interrumpen diligencias que no repercuten en efectiva persecución de los hechos delictivos". (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1989, R.J.A. 5042). En idéntico sentido Sentencia de 27 de junio 1986.

"La paralización del procedimiento penal en razón a la situación de rebeldía del inculpado puede, pues, generar y perfeccionar un estado de prescripción en la infracción

criminal, sin que sea óbice para ello el que se hallan cursado, con procedencia a la declaración de rebeldía, las oportunas órdenes de busca y captura y localización de aquel acordándose la expedición de las correspondientes requisitorias cuya permanencia se prolonga por tiempo indefinido; y ello tanto tales instrucciones o "llamadas" no se traduzcan en diligencias concretas, documentadas, con verdadero sentido en su originación y justificación en su desarrollo. No bastando con la existencia de la orden o mandato, o publicación de las requisitorias, para el establecimiento de una presunción de práctica de actuaciones con virtud interruptora del tiempo de la prescripción".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1988, R.J.A. 233).

Hemos de referir que la prescripción opera sobre el pasado pero en cuanto resulta previsible proponemos de lege ferenda que los autos de busca y detención incorporen la fecha máxima de cese de dicha orden detención en atención al plazo prescriptivo de forma que la prescripción operara como una garantía de detenciones innecesarias, habida cuenta de que la prescripción debe surtir efectos sobre las medidas cautelares o limitaciones de derechos. Estimamos que ello debe de efectuarse en el auto dictado por el Juez y no en el oficio que remite el Secretario a las fuerzas de seguridad, en cuanto el auto permite mayor publicidad y permite ser en su caso recurrido por las partes.

4.2. Actos que no interrumpen la prescripción

4.2.1 Diligencias inocuas o de relleno

Es de indicar que a diferencia de otros ordenamientos

jurídicos, en el derecho penal no existe un plazo máximo de duración de los procesos, y que los plazos de prescripción pueden iniciarse cuantas veces se paralice el procedimiento sin llegar al plazo prescriptivo y sin que se admita que puedan sumarse las paralizaciones.

El Tribunal Supremo, por ello ha sido exigente para determinar que actuaciones son las que pueden interrumpir la paralización. El plazo de la prescripción no se interrumpe por la realización de providencias o diligencias inocuas, tal como recuerda DE URBANO CASTRILLO⁴⁸⁴ o que no afecten al procesado tales como la expedición de un testimonio o una certificación, la personación simple de la acusación particular o la tramitación de una solicitud de justicia gratuita.

Para que la prescripción se interrumpa los actos procesales deben estar dotados de auténtico contenido material. Con este criterio el Tribunal Supremo resultaba plenamente coherente con la naturaleza material que propugnaba.

"La doctrina de esta Sala, en efecto, ha venido, sin duda movida por la misma preocupación que la mostrada por el Tribunal de instancia, distinguiendo la naturaleza de la actuación, para calificándola de "relevante" o no obtener las consecuencias correspondientes y, por ello, una diligencia de "relleno" o la adopción de una medida en la pieza de responsabilidad civil, que es accesoria a las actuaciones principales, por ejemplo, se ha declarado que no interrumpían el plazo de prescripción".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1993, Ponente: Enrique Ruiz Vadillo. R.J.A. 5372)

"Se hace preciso diferenciar, a los efectos de

⁴⁸⁴ DE URBANO CASTRILLO, E.: "Diligencias inocuas y prescripción penal", La Ley 4, 1997, pág. 1389.

interrupción del plazo prescriptorio, **aquellas resoluciones - normalmente providencias- sin contenido real, ni justificación procesal o que resulten intrascendentes, a estos fines, en cuanto en modo alguno representan actividad procesal** dirigida contra el presunto culpable de los hechos delictivos".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1993, Ponente: Carlos Granados. R.J.A. 5205). En igual sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993, R.J.A. 6349.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1989, (R.A.J. 5042) ofrece pautas para distinguir las actuaciones que interrumpen la prescripción de aquellas otras "cuyo efecto práctico no consta ni aparece que tuviera evidente eficacia externa (por ejemplo: acuse de recibo, exhorto diligenciador, oficio de la policía, citación devuelta, duplicado con constancia de entrega), prescindimos de su valor para ser tomadas en cuenta a los efectos de este motivo de casación. Pero es que además el Tribunal no ha errado por desconocimiento de la existencia de esas "actuaciones" por el contrario constata su presencia en los autos y sus fechas inicial y final, precisamente para afirmar en sus hechos probados, que carecieron de trascendencia jurídica procesal. Luego recoge su existencia y contenido, lo que hace es valorarlas en su conjunto y en relación con las diligencias que preceden y siguen a las mismas y llega a la conclusión de su superfluidad, puesto que, sin que tuviera efecto alguno, el Juez Instructor hizo (sin aportación ulterior de prueba alguna) lo que tenía que haber hecho desde que hubo indicios de comisión de un delito, elevar las diligencias previas a sumario. Luego esos cinco años transcurrieron estériles a efectos procesales. Esa inmovilidad del procedimiento, esa inoperancia de tales providencias, esa falta de impacto externo de lo acordado es

lo que ha servido de fundamento a la conclusión a que llegó la Audiencia que no ha habido interrupción activa del plazo de prescripción".

"Esta sala ha venido interpretando el término paralización en términos extensivos pro reo. Y así la doctrina más reciente estima que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción. Así por citar solo alguna resolución reciente, no producen tal efecto el auto transformando en sumario las diligencias previas (S 18-6-1992, RJ 5504), o en general las que no constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra el culpable, como la resolución que simplemente acuerda reponer actuaciones al estado anterior (S 31-10-1992, RJ 8626). Que es lo que ocurre en este caso, pues la indicada providencia de 26-10-1988, cuyo contenido es simplemente dar cumplimiento a lo acordado por el auto de la Audiencia de 31-1-1984, pero sin adoptar ninguna medida de ejecución de lo mandado; lo que no se verifica hasta la providencia de 28-2-1989, que es lo que dispone la comparecencia a efectos de identificación. En consecuencia hay que señalar que durante un lapso de más de cinco años no se realizó actividad propiamente procesal y, por ello, debe estimarse la prescripción alegada."

(Sentencia de 10 de julio de 1993, Ponente Ramón Montero, R.J.A. 6303)

"La siguiente diligencia, que tiene forma de Providencia, se dicta el día 20-4-1981 y en ella se acuerda, la citación del denunciante para ofrecerle el procedimiento, la tasación de los objetos robados y la reclamación de las hojas de antecedentes penales. Sin resolución o acuse de recibo alguno, las hojas de antecedentes se incorporan a las actuaciones sin que conste la fecha en que fueron recibidas

ni exista recordatorio al Registro central para que las remitiese. (...) Examinados estos antecedentes se llega a la conclusión de que el núcleo central de la cuestión planteada gira en torno a la Providencia dictada el día **20-4-1981** por la que se acuerda -después de un año y más de tres meses de paralización del procedimiento-, la citación del demandante para el ofrecimiento de acciones, la tasación de los objetos robados y la reclamación de las hojas de antecedentes penales, sin que a pesar de esta resolución se practique diligencia alguna hasta el 18-2-1985, habiéndose limitado la actuación del juzgado a incorporar, sin fecha, las hojas de antecedentes recibidas. Si prescindimos de dicha Providencia la paralización del procedimiento ha durado cinco años y cuarenta y nueve días, lo que constituye un plazo suficiente para producir la prescripción del delito. Como ya ha señalado una reiterada doctrina de esta Sala, la prescripción solo se interrumpe cuando se ha llevado a efecto una efectiva actividad judicial que se plasme en actos concretos que produzcan actuaciones del órgano jurisdiccional en cargado de la instrucción o enjuiciamiento de la causa. En el caso presente no hay vestigios de actividad procesal desde el 31-12-1979, por lo que ha transcurrido con exceso el plazo señalado para la prescripción, por lo que el motivo debe ser estimado".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1993, Ponente: José Antonio Martín. R.J.A. 8634)

"Dándose traslado de la causa a la otra acusación particular Don lope P.I. en **26-11-1981** contestando su representación en 8-10-1982 dando cuenta a la Sala de la renuncia de la representación de defensa de dicha parte, y en **1-10-1987** la acusación del Señor a. interesa de la sala, dado el tiempo transcurrido la prosecución del procedimiento dando lugar al juicio oral, en orden a evitar los perjuicios que

pueden sobrevenir de la demora y es ya en **15-1-1988** cuando consta la aparición de la causa en secretaría tras el alarde ordenado por el Presidente de la Sala. es decir, que desde el último proveído de la sala de instancia el avance del proceso hasta el escrito de la acusación particular del señor A han transcurrido más de cinco años, plazo prescriptorio para los delitos según ha sido expuesto, sin que el **escrito de la otra acusación incomparecida en 1982 pueda considerarse de signo inculpatorio** (aparte de no constar la fecha de su presentación) **para los procesados, antes al contrario era de renuncia a la representación y Defensa que ostentaban"**.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1993. R.J.A. 5094. Ponente: Fernando Díaz Palos)

"Sentado cuando antecede, perfectamente deslindado el ejercicio de la acción penal contra el culpable y lo que supone la adyacente pretensión civil de resarcimiento, ha de concluirse que, paralizado el curso procedimental que constituye el hecho que acoge a la primera, el tiempo preciso para la prescripción del delito discurre en su fluidez operativa, **sin verse afectado por las actuaciones obrantes en la pieza de responsabilidad civil, carentes de virtud interruptora respecto de la acción penal.** Cualesquiera que sea las responsabilidades pecuniarias a que en la pieza separada se provea resulta evidente que tales diligencias, satélites y accesorias de la genuinamente penales, no integran propiamente el ejercicio de la acción penal contra el culpable."

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 1989, R.J.A. 1539).

"No interrumpe la prescripción del delito a efectos penales, el hecho de acudir a juzgado o tribunal incompetente para que se sancione una conducta delictiva cuya persecución

y castigo incumbe a la jurisdicción criminal ordinaria".
(Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1964,
R.J.A.734)

Con esta selección de sentencias se pone de manifiesto el carácter efectivamente restrictivo de las actuaciones que se consideran capaces de interrumpir la prescripción que quedan circunscritas a aquellas relativas a la responsabilidad penal.

4.2.2 Diligencias de investigación de Fiscalía

La prescripción se interrumpe desde que el "procedimiento" se dirige contra el culpable, tal como ya hemos analizado, y tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que dicho procedimiento únicamente puede ser el judicial.

Es más, alguna Junta de Fiscales, como la de Valencia, en fecha 18 de noviembre de 1997, trato esta problemática, y a falta de pronunciamiento por la Fiscalía General del Estado, "La Junta de Fiscalía entiende por mayoría que las Diligencias de Investigación Penal no interrumpen la prescripción al no tratarse de diligencias "judiciales".

4.3 Actos que interrumpen la prescripción

La mera presentación ante el Juzgado competente de una denuncia o querella era tenida como causa de interrupción de la prescripción por la jurisprudencia⁴⁸⁵ hasta la sentencia TC

⁴⁸⁵ *"Desde el momento de admisión de la denuncia o la querella o, a partir de cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, se considera que el delito está dirigido contra una persona determinada".*

63/2005 se entendió que no lo hacía hasta su admisión a trámite y tras la reforma operada por LO 5/2010 y LO 1/2015 suspenden el plazo de prescripción y tendrán eficacia retroactiva para interrumpir la prescripción si en el plazo de seis meses se dicta auto admitiendo a trámite la denuncia o querrela.

La jurisprudencia estima que interrumpen la prescripción todas las actuaciones que impulsan de forma efectiva el procedimiento y que tienen una trascendencia en el orden penal de los acusados.

En dicho sentido se interpreta que los autos y providencias, así como los preceptivos escritos de las partes, y la incorporación de elementos probatorios en el orden penal interrumpen la prescripción.

La STS 66/2009, de 4 febrero, (ROJ STS 234/2009) señala que "Es de sobra conocida la doctrina de esta Sala sobre las diligencias inocuas o intrascendentes para interrumpir el plazo prescriptivo y en tal sentido se hace referencia a la inanidad, verbigracia, de la expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, reposición de actuaciones, órdenes de busca y captura, requisitorias, etc. etc. y todas aquellas decisiones en general que no repercutan en la efectiva prosecución del proceso hasta la celebración del juicio oral, "providencias de relleno" se suelen llamar vulgarmente.

Por el contrario se consideran actuaciones judiciales relevantes y por tanto con virtualidad interruptiva de la prescripción, dado su inequívoco contenido material o sustancial:

a) La citación para declarar como imputado (STS 571/2010, de 4 junio).

b) La decisión del órgano jurisdiccional de admisión o rechazo de pruebas (STS1486/2004, de 7 de septiembre).

(Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1993, R.J.A. 1503)

c) La resolución que acuerda la apertura del juicio oral, no es cuestionable que ésta tenga todos los ingredientes para generar la interrupción. Se trata de la resolución que culmina la fase intermedia o juicio de acusación. Mediante aquélla el Juez de instrucción, en el ámbito del procedimiento abreviado, ha de valorar la suficiencia de los argumentos inculpatorios ofrecidos por las acusaciones, pudiendo adoptar una resolución de cierre en aquellos casos en los que estime que "... no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado", en cuyo caso, acordará el sobreseimiento que corresponda (STS 422/2009, 21 abril).

d) Las diligencias de investigación indispensables para la calificación de los hechos. Así se desprende de los sucesivos informes suscritos por el Fiscal con fecha 11 de enero y 20 de mayo de 2005 (folios 118 vto y 1154). El auto de procesamiento (folio 1223) está fechado el día 22 de enero de 2002, siendo así que cuando las conclusiones provisionales se formulan por el Fiscal, su misma existencia no puede desligarse de la práctica de aquellas diligencias que habían sido anteriormente solicitadas (STS 193/2010, 2 marzo).

e) La emisión del informe médico forense (STS 254/2010, 7 marzo).

f) Los escritos de calificación provisional tanto del Ministerio Fiscal como los de la defensa (STS 22 de julio de 1992, rec. 2241/1992)

g) El señalamiento del juicio oral, disponiendo de todo lo necesario para que éste tuviera lugar, aunque luego se variase la fecha y se procediera a un nuevo señalamiento. (STS 66/2009, de 4 febrero) Por último, como bien apunta el Fiscal, del lapso temporal de paralización debe excluirse el periodo en que la causa espera su turno para el señalamiento del día concreto para la vista pública, cuando por razones

de fuerza mayor no es posible celebrar el juicio antes. La dilación exigida por la necesidad de ordenar el trabajo de un determinado órgano judicial, no debe computarse como tiempo de interrupción (véanse S.T.S. 19-1-81, 7-2-91, 19-12-91 confirmadas por la del T. Constitucional nº 79/2008 de 14 de julio).

La STS 392/2010, de 5 mayo (ROJ STS 2498/2010, relaciona diversas actuaciones que interrumpieron la paralización señalados por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) en sentencia de 18 de junio de 2009, así: a) la diligencia de toma de declaración del acusado y del denunciante; b) la providencia para que se constituya un cuerpo de escritura a fin de practicar prueba pericial esencial para la causa; c) reapertura de las diligencias para la prosecución del proceso, tras haber sido archivada la causa provisionalmente por hallarse el acusado en busca y captura; d) la providencia de insaculación del perito calígrafo; e) la resolución de continuación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado. "La providencia de pase a la defensa para conclusiones es de fecha 18-2-1988 y de la misma se da por notificada aquella desde el momento en que se evacua tal traslado. Desconoce incluso que en el 3 de febrero del mismo año se contesta por el Colegio de Abogados de Madrid designando el letrado de oficio para que ejerza la defensa y el 12 del mismo mes se extiende la diligencia de nombramiento del procurador debidamente firmada. **Cualquiera de estos actos procesales no constituyen, como pretende el auto recurrido, diligencias aparentes, sino trámites inexcusables para asegurar la defensa del acusado y denotan una actividad procesal interruptiva de la prescripción,** tanto más evidentes en su realidad cuanto que proceden de órganos ajenos al proceso como son los Colegios de Abogados y Procuradores, la

existencia y veracidad de cuyas comunicaciones y su fecha, no pueden, sin más, ser puestas en duda". (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1993, R.J.A. 4217).

"Incluso en los intervalos más destacados por el recurrente éste silencia o minimiza la constancia de diligencias válidas y útiles que los interrumpen decisivamente como fueron las dirigidas a establecer la identidad, naturaleza y edad del acusado para cumplir el art. 375 de la Ley procesal, la inhibición por razón de incompetencia territorial y sucesiva adaptación, el cambio de procedimiento para adaptarlo a la Ley 10/1980; no pueden tacharse de superfluas las notificaciones del auto de inhibición y su declaración oportuna de firmeza tras el "visto" del ministerio Fiscal, la reapertura y acumulación de diligencias sobreseidas provisionalmente, etc. Y por supuesto que interrumpen el lapso prescriptivo las diligencias aunque no se notifiquen al inculpado, cuando no sea exigencia legal".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1993, Ponente Manuel García Miguel. R.J.A. 4807)

El Tribunal Supremo ha venido manteniendo que los escritos de calificación provisional del ministerio fiscal, la acusación o la defensa, no son actos de mero trámite, sino que están dotados de auténtico sentido material y por tanto sí interrumpen el plazo de la prescripción. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1993, Ponente Carlos granados, R.J.A. 5205). En idéntico sentido la sentencia de 24 de junio de 1993, R.J.A. 5361, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993, R.J.A. 6349. Así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1993, Ponente: Enrique Ruiz Vadillo, R.J.A. 5372. "Los escritos de

calificación provisional del Ministerio fiscal o de cualquiera de las partes, acusadoras o acusados, pues dicho trámite es verdaderamente esencial en el proceso penal y no pueden ser considerados irrelevantes y carentes de impacto externo pues son ellos los que sirven para definir el objeto del proceso y para discutirlo".

También es interruptiva "la calificación por la defensa, diligencia activa, obligada como garantía esencial y con valor procesal y contenido material sobrados para surtir esos efectos". (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1993, Ponente: Justo carrero Ramos. R.J.A. 5886) En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993, R.J.A. 5915). Otras muchas sentencias que demuestran la unanimidad son las de 8 de noviembre de 1993, R.J.A. 8371; 16 de septiembre de 1993, R.J.A. 6692; 16 de septiembre de 1993, R.J.A. 6689; 24 de julio de 1993, R.J.A. 6432; 20 de julio de 1993, R.J.A. 6412;

Los nombramientos de Procurador y Letrado a los acusados y las correspondientes calificaciones provisionales de los mismos, interrumpieron efectivamente el plazo de prescripción en curso" (Sentencia de 30 de junio de 1993, Ponente Luis Roman Puerta, R.J.A. 5313).

Los escritos que no tienen fecha, pueden sembrar la duda sobre la aplicación de los plazos de prescripción. La jurisprudencia señala que entonces hay que tener en cuenta la fecha de los proveídos de dichos escritos, que se encuentran amparados bajo la fe pública del Secretario, la cual no se puede poner en duda salvo que se alegue y demuestre la falsedad de dichos proveídos.

"Pese a no constar fecha de presentación en algunos escritos, es lo cierto que subsiguen a los mismos proveídos en

los que se alude aquellos y se impulsa el desarrollo del proceso. En consecuencia, ha de concluirse interrumpida la prescripción." (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1993, Ponente Francisco Soto, R.J.A. 6827). En igual sentido Sentencia del TS de 8 de noviembre de 1993, Ponente Francisco Soto, R.J.A. 8299.

"La diligencia de presentación extendida bajo fe pública judicial acredita la fecha de presentación. (...) No alegada por las partes la existencia de falsedad, la diligencias de presentación despliega los normales efectos de la fe publica judicial y, por ello, dada su fecha, no cabe estimar existente el transcurso del plazo de cinco años previsto en el art. 113 párrafo cuarto del Código Penal. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1993, Ponente Ramón Montero, R.J.A. 8301)

4.4 Nulidad de actuaciones

Nos preguntábamos⁴⁸⁶ en un trabajo anterior si la declaración de nulidad de actuaciones podría producir como efecto la prescripción del delito, pues al declararse nulas determinadas actuaciones, podría darse el caso de que entre las últimas actuaciones con validez (anteriores a las nulas) y el auto de declaración de nulidad hubiera transcurrido el plazo para la prescripción del delito.

Estimamos que hay que diferenciar dos supuestos, por una parte las actuaciones cuya nulidad sobreviene al ser declaradas falsas, en las que se podido falsificar o faltar a la verdad en las fechas, quizás con el fin de evitar la prescripción ya consumada, y por otra parte la nulidad de las actuaciones producidas por alguna cuestión formal o material que produzca su nulidad.

⁴⁸⁶ PASTOR ALCOY, F.: *La prescripción del delito...*, págs. 76 y 77

En el primer caso, es decir en el hipotético de que las actuaciones judiciales fueran declaradas nulas por ser materialmente falsas nos parece evidente que sí se produce la prescripción del delito. Máxime cuando dichas falsedades se han efectuado con el fin de simular la interrupción de la prescripción, por ejemplo falseando la fecha de la verdadera realización de los actos judiciales, lo cual constituiría una estafa procesal.

No es la nulidad la que produce en si misma la prescripción, sino que la declaración de nulidad por falsedad pone de manifiesto que el procedimiento sí estuvo paralizado, pues las supuestas actuaciones judiciales que aparentaban interrumpir la prescripción, en realidad no eran auténticas, o se produjeron en tiempo en que ya se había "consumado" la prescripción.

La nulidad de actuaciones, no por falsedad, sino por causar indefensión, o incumplir los requisitos legales o garantías del proceso es algo más compleja.

Por una parte podríamos argumentar que si un acto judicial es declarado nulo de pleno derecho, no puede producir ningún efecto, ni siquiera el de poder paralizar la prescripción, pues en caso contrario el acto nulo ya estaría produciendo algún efecto de contenido material, sobretodo si se concibe la prescripción como una cuestión de derecho material.

Sin embargo, el acto judicial que acaba siendo declarado nulo sí que puede interrumpir la prescripción, pues la clave de la prescripción no se encuentra en la plena efectividad de las actuaciones judiciales sino en "la paralización del procedimiento".

El acto judicial de contenido material, o probatorio que posteriormente es declarado nulo, no podrá servir de prueba, ni tendrá valor probatorio, pero en el momento en que se efectuó, el procedimiento no estuvo

paralizado. Los elementos incriminatorios (armas o drogas por ejemplo) encontrados en un registro domiciliario judicial que luego es declarado nulo, no podrán desplegar efectos probatorios en el juicio, pero es evidente que, ajustado o no a la legalidad, ha existido una actividad judicial y el procedimiento no ha estado paralizado, aún cuando sean estériles los resultados de esas actuaciones.

Así, en un registro judicial en el que se encuentran armas ilegales o drogas, y que luego es declarado nulo no se podrá condenar a los acusados por las drogas o armas encontradas, pero tampoco se devolverán las armas o drogas al domicilio como si las mismas no existieran. Una cosa es anular una prueba por no reunir las garantías necesarias para poder incriminar a una persona, y otra muy distinta negar la realidad material y existencia de los elementos, aún cuando no puedan ser utilizados como incriminación por existir otros principios legales prevalentes y que convierten dichas actividades judiciales en estériles a efectos probatorios.

La sentencia judicial que acaba siendo revocada por el Tribunal superior por quebrantamiento de ley es un acto judicial existente, aún cuando su fundamentación jurídica sea errónea o contraria a derecho.

A continuación transcribimos una sentencia en que de forma secundaria se trata el tema, aunque en esta sentencia no se declaró la nulidad de actuaciones, parece indicar que en el caso que se hubiera declarado la nulidad, ella sí que hubiera podido acarrear la prescripción.

"Quiere decirse por tanto que la prescripción de este supuesto concreto está en función del valor procesal que se atribuya al escrito de la defensa sin fecha de presentación, y, sobre todo, de la resolución judicial, correcta legalmente, que no fue notificada a continuación.

La doctrina de la instancia no tiene una apoyatura firme

a la vista del principio de legalidad: a) **salvo que concurra alguna causa de nulidad ha de imperar la eficacia, la vigencia y la conservación de los actos judiciales, de tal manera que, como acertadamente se expone por el recurrente, sólo previa declaración de nulidad podrán los mismos dejar de producir sus efectos normales;** b) el auto dictado por la Audiencia ha de estimarse válido y correcto cuando se extendió y se firmó por los magistrados, no se trata pues "de una resolución sólo en apariencia", porque tal afirmación sería contradictoria con lo que la dación de fe del Secretario judicial representa en su misión además de documentación; c) en esta línea argumental, **es inviable hablar de resolución sólo aparente sin antes plantearse el problema de su ilegalidad por falsedad,** sin antes plantearse el problema de la responsabilidad atinente a quienes crearon y dieron vida a una decisión nula por inexistente, según la tesis que se esgrime por el propio auto impugnado; d) Los actos judiciales son eficaces en sí mismos, de acuerdo con las normas vigentes (arts 238, 240.1, 242, 243, 280.2 y 281.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), 596.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con el art. 1218 del Código Civil), sin que su existencia pueda depender de la notificación subsiguiente de las resoluciones, aunque ese defecto origine la infracción de cuanto los arts. 270 y siguientes de la Ley Orgánica acabada de citar establece".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993, Ponente José Augusto de Vega, R.J.A. 5879)

El Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reunión de 27 de abril de 2011 "ACUERDO: Que las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento".

4.5. Efectos de la interrupción de la prescripción

El art. 132.2, en su redacción de 1995 también introdujo, respecto al texto anterior, que la interrupción de la prescripción deja sin efecto el tiempo transcurrido:

2.-La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido...

Aún cuando en el anterior texto no se señalaba explícitamente, sobre este punto la jurisprudencia también resultaba unánime en igual sentido⁴⁸⁷:

⁴⁸⁷"Pese a la opinión respetable de un sector de la doctrina científica, no existen tiempos muertos, volviendo, una vez terminados éstos, a reanudar el cómputo del tiempo que corresponda, sino una auténtica interrupción que obliga a poner el "reloj" de la prescripción en cero, una vez cesada la causa interruptiva".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1993, Ponente: Enrique Ruiz Vadillo, R.J.A. 5372)

"Es a este Tribunal supremo a quien corresponde decidir sobre el tema, lo que ha verificado (entre otras en las SS 27-5-1991 (RJ 3873) y 15-1-1992 (RJ 163) en el sentido de estimar que la frase "volviendo a correr de nuevo" utilizada por el art. 114 del Código Penal implica que se excluyen del cómputo los lapsos anteriores a la fecha de interrupción."

(Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1993. Ponente: D. Ramón Montero. R.J.A. 4300)

"El tiempo señalado para la prescripción ha de ser íntegro, sin interrupciones, al igual que ocurre con relación a la prescripción de las penas (art 116.2 CP), quedando, por consiguiente, sin efecto el tiempo transcurrido en anteriores interrupciones".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1993, Ponente: José Martínez Pereda. R.J.A. 4296)

"No ha transcurrido el plazo de cinco años establecido en el art. 113 del código penal, sin que puedan sumarse como pretenden los recurrentes, todo el tiempo en que el proceso haya estado paralizado puesto que interrumpida la prescripción el tiempo ha de computarse a partir de la nueva paralización del procedimiento no siendo acumulativos a efectos de prescripción los tiempos en los que, sucesivamente, hubiese

La jurisprudencia de forma mayoritaria establecía respecto al CP de 1973 que las diversas paralizaciones no se suman. Se reinicia el cómputo de la prescripción si está se interrumpe por reanudarse las actuaciones judiciales.

"Pese a la opinión respetable de un sector de la doctrina científica, no existen tiempos muertos, volviendo, una vez terminados éstos, a reanudar el cómputo del tiempo que corresponda, sino una auténtica interrupción que obliga a poner el "reloj" de la prescripción en cero, una vez cesada la causa interruptiva". (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1993, Ponente: Enrique Ruiz vadiillo, R.J.A. 5372)

"El tiempo señalado para la prescripción ha de ser íntegro, sin interrupciones, al igual que ocurre con relación a la prescripción de las penas (art 116.2 CP), quedando, por consiguiente, sin efecto el tiempo transcurrido en anteriores interrupciones". (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1993, Ponente: José Martínez Pereda. R.J.A. 4296).

"Interrumpida la prescripción el tiempo ha de computarse

estado paralizado el procedimiento."

(Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio 1992, Ponente: Manuel García Miguel, R.J.A. 4749)

"Si el procedimiento iniciado o proseguido se paraliza, vuelve a correr de nuevo según expresión del pro-pio precepto, es decir, que el plazo prescriptorio se inicia ex novo, interpretación esta última acogida por esta Sala ya de antiguo (S de 30 de marzo 1887 y 5 feb 1908) y proseguida más modernamente- ss 28 de abril de 1971 (R 1830) 31 oct 1972 (R4191) y 30 nov 1974".

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio 1987. R.J.A. 5617)
En igual sentido se pronuncian las sentencias de 22 de julio de 1993, R.J.A. 6352, Ponente: Joaquín Delgado; 13 de septiembre de 1993, R.J.A. 6723, Ponente: Carlos Granados; 28 de octubre de 1993, R.J.A. 7888, Ponente José Manuel Martínez Pereda; también 28 de octubre de 1993, R.J.A. 7890, Ponente: Luis Román).

a partir de la nueva paralización del procedimiento no siendo acumulativos a efectos de prescripción los tiempos en los que, sucesivamente, hubiese estado paralizado el procedimiento." (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio 1992, Ponente: Manuel García Miguel, R.J.A. 4749)

Es de referir que todo proceso es una sucesión de acontecimientos aislados entre los cuales puede mediar días, meses o años. En dicho sentido si las interrupciones se sumaran debería poder diferenciarse entre cada uno de dichos acontecimientos cuales supones una interrupción y cuales no.

Nuestra postura al respecto es que el ordenamiento jurídico que como el español exige plazos completos de paralización, sin interrupciones condiciona severamente la concepción de la prescripción, en cuanto permite el alargamiento de la prescripción sine die, siempre que existan actos interruptivos.

Estimamos que dicha exigencia de plazos en los que las paralizaciones no se suman alejan un tanto la prescripción de su naturaleza sustantiva, para acercarlo a una naturaleza procesal o mixta, donde lo que en ultima esencia prescribiría es la acción penal, o el propio proceso. Si bien ello ha resultado muy matizado en el caso español, en cuanto la jurisprudencia, especialmente del Tribunal Supremo ha ido exigiendo actos de contenido sustancial para interrumpir el proceso, obviando las diligencias inocuas, u otras diligencias que hacen avanzar el proceso relativas a cubrir las responsabilidades civiles, y que obviamente suponen que el proceso no está paralizado sino que avanza por otros derroteros.

4.6 Suspensión de la interrupción

La suspensión de la interrupción de la prescripción ha

sido introducida en la prescripción de la infracción penal por LO 5/2010 -y luego se ampliaba por LO 1/2015- en torno a la problemática de distintas interpretaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre si la mera presentación de la denuncia o la querrela ante el órgano judicial interrumpía la prescripción, como era doctrina habitual del Alto Tribunal, o si por el contrario lo que interrumpía la prescripción era el auto de admisión a trámite de la denuncia o la querrela u otro acto que precise intermediación judicial.

El legislador de 2010 contaba a mi juicio con diversas opciones legislativas:

A.-Tesis del Tribunal Supremo: Concretar en el texto legal que la presentación de la denuncia o querrela ante el órgano judicial interrumpía la prescripción de la infracción penal. Esta tesis contaba con una asentada jurisprudencia y que entendemos que resulta posible mantenerla de forma congruente con el instituto de la prescripción en cuanto:

La querrela y la denuncia son formas de iniciar los procedimientos penales que se encuentran específicamente regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece sus requisitos formales y materiales. No se trata de formas atípicas o irregulares, sino de cuestiones que han sido objeto de regulación y cuya mera presentación ya genera, por si sola, determinados efectos y consecuencias jurídicas, pues en aras al derecho a la tutela judicial efectiva obligan al órgano judicial a dictar una resolución de admisión o inadmisión de las mismas, así como de las pruebas o diligencias que soliciten. Es más, la mera presentación de denuncia o querrela puede generar por si sola responsabilidades penales en su autor.

El auto de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia es susceptible de ser recurrido con la gama de

recursos y formalidades previstos en la Lecrim, por lo que aun mediando inadmisión de la misma, resulta claro que existe un procedimiento al que se le ha dado un número de expediente y tipo de proceso.

Por ello, el legislador podría haber optado por establecer que la prescripción se interrumpe en el momento de la presentación de la denuncia o querrela.

También podía haber matizado que dicha interrupción de la prescripción operaba desde la fecha de la presentación de la denuncia o querrela pero siempre que la misma acabara siendo admitida a trámite, tal como también puntualizaba en ocasiones alguna sentencia del Tribunal Supremo.

B) Tesis del Tribunal Constitucional: La prescripción solo se interrumpe desde el auto de admisión a trámite de la denuncia o querrela o desde que medie alguna resolución judicial

El legislador ha optado por introducir una suspensión a la que ha dotado de una condición temporal, ya que la suspensión de la prescripción no se dilata sin término, sino que se establece un plazo de seis meses (o de dos meses en los casos de falta) para que se dicte la resolución judicial sobre su admisión.

Es reseñable que en la fijación del plazo de suspensión el legislador solo ha diferenciado entre faltas (ahora delitos leves tras la Lo 1/2015) y delitos, sin otorgar plazo especial al delito de injuria y calumnias que al prescribir al año, nos hallamos con que tiene un plazo de suspensión de la prescripción que alcanza a la mitad de su plazo prescriptivo

. Es más si la injuria fuera finalmente considerada falta, nos encontraríamos con que podría haber casi prescrito entre

la presentación de la querella y el plazo suspensivo de admisión.

La regulación de un plazo de duración máxima de la prescripción, si bien no era necesario, estimamos que entronca adecuadamente con la propia institución de la prescripción y refuerza la seguridad jurídica.

La nueva norma del art.132.2 regla segunda, párrafo segundo y tercero puede dar lugar a ciertos equívocos por su forma de redacción, habida cuenta de que dispensa diversas consecuencias jurídicas al auto de admisión dictado por el instructor que al auto de inadmisión dictado por el mismo, ya que en el primer caso sí que queda interrumpida la prescripción con efectos desde la fecha de la presentación de la denuncia o querella, mientras que en el caso de inadmisión, se exige la firmeza del auto dentro de los seis meses para continúe el cómputo de la prescripción desde la fecha de la presentación.

Es decir, el auto de inadmisión de la querella efectuado por el Juez Instructor dentro del plazo de seis meses sigue estando suspendida la prescripción, pues solo si dicho auto es firme en el plazo de seis meses es cuando continuara el cómputo del plazo prescriptivo.

Este régimen legal de otorgar diversas consecuencias según la firmeza o no del auto de inadmisión opera contra reo.

Finalmente, el párrafo in fine indica que también continuará el plazo de prescripción si el instructor no adopta ninguna resolución dentro de dicho plazo.

CAPÍTULO 6

LA PRESCRIPCIÓN DE LAS PENAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Estimamos que el estudio de la prescripción del delito en el ordenamiento jurídico español y sus sucesivos cambios legislativos puede enriquecerse con el estudio de otras prescripciones en materia penal reguladas en nuestro ordenamiento jurídico actual que pueden aportar reflexiones en torno a esta institución.

1.LA PRESCRIPCIÓN DE LAS PENAS

1.1 Concepto, fundamento y plazos

La prescripción de la pena tiene lugar cuando ya existe sentencia firme y transcurre un lapso de tiempo fijado por la ley sin que la misma se ejecute, o en el caso de que se haya iniciado se quiebre la condena por el mismo lapso temporal.

En la doctrina científica, FERRER SAMA⁴⁸⁸ ya indicaba que la prescripción del delito y la pena "impide el desarrollo de una doctrina común a ambas, ya que cada una presenta caracteres propios, imponiéndose el tratamiento por separado". En igual sentido, DIAZ RIPOLLES⁴⁸⁹ ha remarcado que la prescripción del delito y de la pena responden a conceptos y fundamentos diversos por lo que es consecuencia

⁴⁸⁸ FERRER SAMA, A.: ob. cit., pág.408.

⁴⁸⁹ DIEZ RIPOLLES, J.L.: "Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena" en *Política criminal y derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2 Ed., Valencia, 2013, pág. 559.

lógica que "su regulación no sea coincidente".

El citado autor cita como fundamentos "el principio de necesidad de ejecución de la pena, junto con los principios constitucionales de seguridad jurídica y de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, éstos últimos con unos perfiles no coincidentes con los que poseen en la prescripción del delito."

La seguridad jurídica es un fundamento que según CARDENAL MONTRAVETA⁴⁹⁰ "también contribuye a justificar la decisión del Estado de limitar, al menos en la mayoría de los casos, el tiempo durante el cual puede ejecutarse la pena impuesta".

Aunque los plazos se asignan a las penas firmes MANZANARES SAMANIEGO⁴⁹¹ pone de manifiesto que "se refieren realmente, no a la pena en sí, sino a su ejecución o cumplimiento. El penado no perderá tal condición, antes al contrario, se mantendrá la anotación en el Registro Central de Penados y Rebeldes, y la condena podrá ser valorada a efectos de reincidencia".

Por nuestra parte, estimamos que la prescripción de la pena en el ordenamiento jurídico español hasta el CP de 1995 se encontraba claramente fundado en la resocialización acreditada del penado por la no comisión de ningún nuevo delito durante los altos plazos de prescripción y por tanto en la innecesariedad de la pena.

Fundamos dicho criterio en que la prescripción de la pena vinculaba la misma, hasta el CP de 1995 con la no comisión de nuevos delitos. El CP de 1995 suprimió el apartado segundo que se encontraba en el art. 116 que establecía la interrupción de la prescripción "cuando el reo cometiere otro delito antes de completar el tiempo de la

⁴⁹⁰ CARDENAL MONTRAVETA, S: "Constitución y prescripción de la pena" en Mir Puig, S.(coord.) *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pág.330.

⁴⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "La prescripción de las penas y las medidas de seguridad". Diario La Ley N° 7193, 2009, pág.1.

prescripción. Dicha causa de interrupción ya existía en el CP de 1870 (art.130 CP) y en el CP de 1848 art. 127 que establecía "Para que tenga lugar la prescripción se necesita que el sentenciado durante el término de ella no haya cometido delito alguno ni se haya ausentado de la Península ó islas adyacentes".

Estimamos que de facto la prescripción de la pena en el ordenamiento jurídico español habría venido a suplir, o a guardar cierto parentesco remoto con el instituto de la suspensión de la condena que no se estableció en España hasta la Ley de 17 de marzo de 1908 de condena condicional. No se trata de que la prescripción de la pena se produjera de una forma deliberada, como una forma alternativa al cumplimiento, pero en los casos en que la misma tenía lugar por la imposibilidad o incapacidad para llevarla a cabo, al completarse los plazos, el hecho de que el penado no hubiera cometido nuevo delito en dichos plazos era una constatación de la resocialización del mismo sin necesidad de pena. Dicha constatación actuaba como condición expresa a la prescripción, de forma que el reo que escapaba a la acción de la justicia además debía no cometer nuevos delitos para que su pena pudiera prescribir. Los plazos de prescripción de la pena resultaban mucho más elevados, así el CP de 1944 establecía el plazo de prescripción de diez años para las penas de prisión superiores a un año y que no excedieren de seis. Además no puede obviarse que la esperanza de vida era muy inferior a la actual por lo que dichos plazos eran mucho más difíciles de alcanzar.

La innecesariedad de ejecución de la pena, la resocialización del reo era el fundamento claro de la prescripción de las penas en el ordenamiento jurídico hasta el extremo que todos los Códigos penales admitían tanto la prescripción de la cadena perpetúa como la prescripción de la pena de muerte. A poco que se reflexione se presenta como

una grave incongruencia que la pena capital, por su esencia pueda resultar prescrita.

Si bien algún código penal histórico como el CP de 1848 excluía la posibilidad de prescripción de la pena al reo que se hubiera ausentado de la Península, esta condición que mantuvo y matizó el CP de 1870 y desapareció definitivamente en el CP de 1928. Al respecto, es de referir que quien huye a otro país, ciertamente se fuga, pero también se está autodesterrando.

Nueva prueba del parentesco histórico de la prescripción de la pena con el instituto de la suspensión es que el art.205 del CP de 1928 establecía que en caso de buena conducta plenamente probada del reo o del condenado, se disminuirán en un tercio los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena".

El CP de 1995 al suprimir la condición de no cometer delitos del penado durante el tiempo de prescripción diluye de alguna forma la clara fundamentación tradicional de la prescripción de la pena, o cuanto menos oscurece su fundamentación. Si el penado no cesa de cometer nuevos delitos resulta inverosímil que pueda fundarse la prescripción de la pena en una hipotética resocialización del penado cuando los hechos acreditan lo contrario.

El motivo de la supresión de la condición de no cometer nuevos delitos ha podido estar suscitado en la mente del legislador por una proclamación del principio del hecho, al interpretarse que esta condición pudiera ser una reminiscencia en nuestro ordenamiento propia del derecho penal de autor, en cuanto la extinción o no de la responsabilidad criminal vendría determinada por el posterior comportamiento del autor durante años.

Es de referir que frente al CP de 1944, el CP de 1995 amplió las formas alternativas a la pena de prisión, tanto en la parte especial, como en la fase de ejecución con más

posibilidades de suspensión de la pena en el art. 80 e introdujo la sustitución de las penas de prisión de hasta dos años en el art.88 y amplió la suspensión extraordinaria por drogadicción en el art.87.

Estimamos que la supresión de la condición de la prescripción de la pena no supone haber renunciado a su fundamento en la innecesariedad de la pena, sino que ha acentuado el principio de inmediatez de la pena, en cuanto la pena exige que se inicie su cumplimiento dentro de un plazo razonable, pues en caso contrario la tardanza en el inicio de su ejecución la vuelve contraproducente.

El legislador de 1995 ofrece numerosas posibilidades para evitar el cumplimiento de las penas breves de prisión y a nuestro juicio ello también aparece irradiado en los plazos y régimen tanto de la prescripción del delito como en la prescripción de la pena, siendo de referir que en esta última se reducen notoriamente los plazos en los delitos con pena menos grave. Que una pena de prisión -propia de un delito menos grave- esté diez años sin ejecutarse resulta sumamente difícil que se produzca exclusivamente por saturación o mal funcionamiento de los juzgados, sin embargo, la práctica ha demostrado que el plazo de prescripción de cinco años, resulta mucho más fácil de alcanzar.

Se constata respecto al CP anterior en el nuevo código la relevante disminución de los plazos de prescripción, así en el CP de 1944 el plazo de prescripción de la penas hasta un año prescribían a los cinco años, y las penas superiores a un año y que no excedan de seis a los diez años.

El CP de 1995 regula en sus arts. 133 los plazos de prescripción de la pena, y en su art.134 el cómputo e interrupción de la misma.

El art. 133 ha sufrido las reformas de la L.O. 15/2003, la LO 5/2010.

El art.134 ha resultado modificado por la LO 1/2015.

Al tratar sobre la prescripción de las penas no puede olvidarse por una parte que el art.117.3 de la CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado según las normas de procedimiento establecido por las leyes" y por otra parte que el Código Penal en su art.3.2 de forma determinante consagra el principio de legalidad en la ejecución de las penas al ordenar que "tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto".

La prohibición de ejecutar penas anteriormente referida incluye a nuestro juicio de forma evidente la prohibición de ejecutar penas que estén prescritas pues el Código Penal en el art.133 y 134 ha regulado expresamente cuando no deben de ser ejecutadas las penas por el transcurso del plazo que legalmente determina. De manera negativa, mantenemos, que la prescripción de la pena, establece el tiempo máximo que puede pasar sin iniciarse el cumplimiento, a contar desde la sentencia firme, o desde el quebrantamiento.

Por ello, la denegación indebida de la prescripción de la pena supondrá, a nuestro parecer, una vulneración del art.133 y 134 CP al tiempo que el art.3.2 CP y 117.3 de la Constitución española con clara incidencia en el art.17.1 y 24.2 de la CE.

Sin embargo, ello no significa que debe de proclamarse que la prescripción debe conceptuarse como una institución residual que opera al constatarse que no ha resultado posible ejecutar la pena en los plazos señalados. Como con todo acierto indica CARDENAL MONTRAVETA⁴⁹² "si el mero transcurso de un periodo prolongado de tiempo tuviera siempre la misma eficacia preventiva que la ejecución de la

⁴⁹² CARDENAL MONTRAVETA, S.: ob. cit. pág.333.

pena ésta carecería de justificación". La prescripción de la pena lo que hace es ofrecer una respuesta jurídica a una ejecución que al dilatarse en un tiempo que se considera excesivo ha perdido su función.

1.1.1. CP de 1995

La redacción originaria del Cp establecía:

Artículo 133.

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los veinticinco años, las de prisión de quince o más años.

A los veinte, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince.

A los quince, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los diez, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso.

Por ello, de conformidad con el art.33 la prisión de hasta tres años era una pena menos grave y su plazo de prescripción era de cinco años, mientras que la prisión entre tres años y un día hasta cinco años tenía la consideración de "restantes penas graves" y por ello prescribían a los cinco años de prisión.

La redacción originaria también incurría en el error legislativo de no otorgar plazo de prescripción alguno a las penas de prisión con pena máxima de 10 años, ya que regulaba tanto las penas de prisión de "menos de 10 años", como las de "más de 10 años".

1.1.2. Reforma LO 15/2003

La reforma operada por LO 15/2003 realizó modificaciones en los plazos:

Artículo 133.

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:
A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.
A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.
A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.
A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.
A los 10, las restantes penas graves.
A los cinco, las penas menos graves.
Al año, las penas leves.
2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

El tenor de la reforma de la LO 15/2003 del art. 133 elevó los plazos de prescripción de las penas. Sin embargo, a nuestro juicio incurrió en el error de no sopesar los efectos que dicha reforma produciría en la prescripción de la pena la reforma del art.33.3.

Con anterioridad a la LO 15/2003 el art. 33.2 disponía que "son penas graves: a) la prisión superior a tres años; y el art.33.3 disponía que son "penas menos graves: a) la prisión de seis meses a tres años".

A partir de la LO 15/2003 se dispuso que "son penas graves: a) la prisión superior a cinco años; y el art.33.3

disponía que son "penas menos graves: a) la prisión de tres meses hasta cinco años".

Esta reforma del art.33 tuvo dos efectos, a nuestro juicio inmeditados:

A) Una considerable disminución del plazo de prescripción de las penas de prisión de hasta cinco años que pasaron a tener el plazo de prescripción de cinco años, el mismo que el asignado para los delitos. Así una pena castigada con cuatro años (o de 5 años) de prisión que contaba con un plazo de 10 años, pasó a contar con un plazo de prescripción de cinco años.

Con ello se da la situación de que produce la extinción de la pena tanto el cumplimiento de prisión durante cinco años, como el incumplimiento de dicha pena por el mismo periodo de tiempo.

Tiene la misma consecuencia extintiva el cumplimiento de la pena que su no cumplimiento durante el mismo periodo, al menos en el caso de que se imponga la pena de prisión de cinco años.

B) Desaparece el plazo de prescripción de 10 años para las penas de prisión. Dicho plazo regía antes para las penas de más de tres años y hasta cinco años de prisión.

Este es un efecto que parece haber pasado desapercibido para buena parte de la doctrina que ha analizado el precepto, pues lo cierto es que el art.133 señala el plazo de 10 años para "las restantes penas graves". Lo que ocurre es que hay que efectuar una interpretación sistemática de este precepto que en el párrafo anterior señala que prescriben a los quince años "las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10".

La aplicación sistemática de este precepto es clara: las penas de prisión de hasta cinco años prescriben a los cinco años, y las penas de prisión por más de cinco años y

que no excedan de diez prescriben a los quince años.

Así, quien resulte condenado a la pena de cinco años y un día de prisión contará con un plazo de prescripción de quince años, frente a los cinco de quien haya sido condenado a un solo día menos.

Ese día de más, produce un salto prescriptivo de diez años, que además viene a triplicar la duración del lapso.

Reitero que a nuestro juicio se trata de un efecto no deseado o no meditado ya que ninguna referencia se efectúa a ello en la exposición de motivos de la reforma.

La modificación del art.33.2 a y del art.33.3b en la reforma operada por la Lo 15/2003 ha supuesto la desaparición del plazo de diez años para las penas de prisión, que pasan de cinco a 15 años, rompiendo -para la pena de prisión- el sistema quinquenal de plazos, y a la vez produciendo distorsiones respecto al lapso de prescripción de los delitos, en que se unifica el plazo de cinco años tanto en la infracción como en la rompiendo toda idea de proporcionalidad.

Estimamos que ello es consecuencia de haber adoptado tanto en la prescripción del delito como en el de la pena un sistema de remisión a la clasificación de las penas del art.33 que sólo resulta parcial, añadiendo además plazos con otros criterios cuantitativos, que acaban superponiéndose y anulándose.

Desde nuestro punto de vista el art.33 CP, que vino a suplir la escala de penas del código derogado, no le es de utilidad al legislador para establecer los plazos de prescripción, de forma tal, que en realidad los artículos que regulan los plazos de prescripción generan con carácter específico una nueva clasificación, que a nuestro juicio acaba siendo de mucha mayor relevancia por los efectos de la prescripción.

Adviértase que la clasificación del art.33 CP tampoco

resulta utilizada a efectos de determinar los plazos de rehabilitación.

1.1.3. Reforma LO 1/2015

Por una parte añadió la excepción de Prescriptibilidad del art. 614 e introdujo un párrafo al art.133.2 in fine:

“Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona”.

Esta reforma resulta congruente con la imprescriptibilidad de dichos delitos, de forma que resultan imprescriptibles tanto los delitos como las penas en atención no a la penalidad sino a la naturaleza de dichas infracciones.

1.1.4. Pena impuesta

En algún sector doctrinal se plantea si para la determinación de los plazos de prescripción de la pena habría que partir de la pena impuesta en la sentencia o se debería descontar de la misma los periodos de prisión preventiva o medidas cautelares abonables, posibilidad esta que es rechazada ya que el cumplimiento anticipado de parte de la pena no le resta entidad a la totalidad de la pena a la que ha sido condenado el sujeto. En dicho sentido no puede obviarse por una parte que el tenor del precepto se refiere a las penas “impuestas” no a las penas pendientes de cumplir, y por otra parte, que en materia de la gravedad y entidad de las penas la duración supone también un cambio cualitativo en la entidad de las mismas.

Es más, si el sujeto en la misma sentencia ha sido condenado a una pluralidad de penas de prisión, el plazo de prescripción es individual para cada una de ellas. No se

suman las penas de prisión para la determinación del plazo, porque lo que prescribe es cada pena, con independencia de que haya varias por cumplir o que merezcan ser abonados diversos plazos.

Es más de prosperar la teoría de que para determinar el plazo primero hay que descontar los abonos de prisión preventiva, ello desnaturalizaría los plazos de prescripción de la pena, ya que el cumplimiento de un pequeño tiempo de privación de libertad como detenido o en prisión preventiva podría suponer un cambio en la escala de plazos prescriptivos.

Cuestión distinta es la del plazo de prescripción de la pena que debe de aplicarse en los casos de indulto parcial de la pena, ya sea reduciendo la pena o conmutándola por otra, por decisión del gobierno. DIEZ RIPOLLÉS⁴⁹³ mantiene que esa pena acordada en el indulto es una nueva pena impuesta nueva que cuenta con un nuevo plazo de prescripción a contar desde la notificación expresa del indulto parcial.

Si bien coincidimos con el citado autor que a consecuencia del indulto parcial puede quedar modificado el plazo prescriptivo si el mismo supusiera un cambio en la escala de los plazos prescriptivos, sin embargo estimamos que el vacío legal existente sobre la materia no puede llevar a aplicar por analogía el inicio del cómputo de la prescripción a la notificación del indulto, ya que el art.134 concreta con toda claridad cuales son los momentos de inicio del cómputo de la prescripción de la pena. Estimamos que sería una interpretación analógica in malam parte.

En contra de la disminución del plazo como consecuencia de un indulto parcial se posiciona MANZANARES SAMANIEGO⁴⁹⁴ quien afirma que "ni la prisión provisional ni el indulto

⁴⁹³ DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Algunas cuestiones..." ob.cit. págs.561 y 562.

⁴⁹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: ob. cit. pág.4.

tienen aquí la menor relevancia” y también LÓPEZ LÓPEZ⁴⁹⁵ quien estima que “el encaje legal de la misma es demasiado forzado (el art. 131.1 (SIC) CP claramente a la pena impuesta en la sentencia firme), y también porque se olvida de los indultos parciales, -o particulares como los denomina el art. 206 Reglamento Penitenciario-, que se conceden a los penados a propuesta de las Juntas de Tratamiento de los establecimientos carcelarios, y que provocarían que el plazo de prescripción aplicable estuviese en permanente revisión”.

No compartimos los argumentos puestos de manifiesto en cuanto que el indulto parcial que modifica la pena impuesta por sentencia firme lo hace con todas sus consecuencias, de forma tal que si la pena se reduce hasta dos años de prisión le podrá ser de aplicación la suspensión o sustitución de la pena, e igualmente debe afectar dicha reducción de la pena a todos los efectos legales. Lo contrario supondría contar con una duplicidad de penas, una a efectos de prescripción de la pena, y otra pena la resultante de la reducción del indulto. En lo que respecta a los indultos particulares del art.206 es de indicar que los mismos se producen durante la ejecución de la pena de prisión, por lo que ya se ha iniciado el cumplimiento efectivo de dicha pena y por lo tanto está interrumpida la prescripción de la pena.

1.1.5 Personas jurídicas

Nada regula expresamente el CP respecto a la prescripción de las penas impuestas a las personas jurídicas, tras la LO 5/2010 que estableció la responsabilidad criminal de las mismas. Es más, la incorporación legislativa por dicha reforma de un segundo

⁴⁹⁵ LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: “La prescripción de las penas. Examen crítico”. Curso “Nueva regulación de la prescripción en el ámbito penal. Madrid, 2012. CEJ [Consulta 10/9/2015] http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet?dispatcher=vacio&action=getPresentationForm&advance=0&type=JSPL

párrafo al art.130 con referencia a las personas jurídicas y regulando determinados casos de no exclusión de la responsabilidad criminal de las mismas, parece entroncar sistemáticamente con la aplicación de las causas de extinción de la responsabilidad establecidas al párrafo 1 que sí sería operativa a las personas jurídicas, en la medida en que por sus características resulten de aplicación. Parece obvio que una vez que el legislador ha optado por la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, dicha responsabilidad también debe de tener causas de extinción como el cumplimiento, etc.

Por ello habrá que estar al régimen general de la prescripción, partiendo de que el art.33.7 del Código Penal establece las penas que pueden imponerse que indica que todas tienen la consideración de penas graves, por lo que de conformidad con el art.133 su plazo de prescripción será el de 10 años, (excepto la inhabilitación del art. 33.7 f, que podrá ser incluso de 15 o 20 años.

La lectura del catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas permite comprobar que algunas de las penas tiene el carácter de definitivas como la disolución de la persona jurídica (art.33.7 b) o la prohibición definitiva de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya favorecido o encubierto el delito. Estimamos que en estos casos existen razones para que estas penas resulten imprescriptibles, pues resulta contradictorio, a nuestro juicio, la naturaleza definitiva de la pena y que la misma tenga plazo de prescripción.

Es más, estimamos que la imprescriptibilidad sería acorde con el carácter de duración indefinida de las personas jurídicas, que viene a ser el habitual, o por lo menos la imprescriptibilidad no nos plantaría dudas sobre su constitucionalidad. La prescripción de la pena para las personas jurídicas viene a reforzar la seguridad jurídica

como fundamento de la prescripción, con las garantías que ello supone para los operadores del tráfico jurídico y económico, frente a otros fundamentos tradicionales basados en la resocialización del penado o innecesariedad de pena, que a nuestro juicio resultan difíciles de aplicar a la persona jurídica.

1.1.6 Penas accesorias

Las penas accesorias prescriben a la vez que las principales, si bien MANZANARES SAMANIEGO⁴⁹⁶ pone de manifiesto que tras la regulación operada por la LO 15/2003 el art.57 y 48 "obligan a imponer como penas accesorias las privativas de derechos del art.48 con la particularidad de superar necesariamente el techo de la principal. Se trata de las llamadas penas accesorias impropias, por cuanto su duración no se aviene a la regla general del art.33.6. Tanto cabe estimar entonces que la accesoriedad conlleva siempre su prescripción junto a la principal como inclinarse por su autonomía y acudir directamente al art.133".

Por nuestra parte, estimamos que el propio concepto de pena accesoria necesariamente aparece vinculada a la pena a la que va unida. En caso de no imponerse la pena principal, como pudiera ser en el caso de penas alternativas una de las cuales no conlleva accesoria, no puede imponerse la pena accesoria. En el caso de indulto de la principal parecería que en cuanto accesoria deba de correr la suerte de la misma, en cuanto esa es la naturaleza de una accesoria, lo que debe de trasladarse también a la prescripción de la pena. Sin embargo, algunas de las penas accesorias parecen cumplir una función de prevención especial y para la mejor protección de la víctima, como lo son las penas accesorias

⁴⁹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: ob. cit., Pág 3.

de prohibición de aproximación, etc. que justifican plenamente que la duración sea superior a la pena de prisión, lo cual conlleva necesariamente un distinto cómputo de prescripción para el supuesto de quebrantamiento, ya que puede quebrantarse una y no otra, o incluso iniciarse su cumplimiento en fechas distintas, por lo que siendo además la pena accesoria una pena que debe de hacerse constar expresamente en el fallo de la sentencia, y que su naturaleza y cómputo puede resultar distinta a la pena a la que va unida, a tenor del art.133 y 134 nos mostramos partidarios de que su régimen de prescripción de la pena también resulta distinto. De la misma forma que por ministerio de la ley es claro que tras la reforma operada por L.O. 15/2003 pueden tener un plazo de finalización distinto, necesariamente ello afecta al régimen de la prescripción, que a nuestro juicio prescriben con autonomía.

Tras la LO.1/2015 se modificó el art.33.6 que antes indicaba que las penas accesorias tendrán la duración que expresamente tenga la pena principal, añadiéndose ahora "excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este código". Estimamos que ello es relevante en cuanto el art.33.6 es el que regula la clasificación de las penas.

1.2 Inicio del cómputo del plazo

1.2.1 CP de 1995 y reforma LO 1/2015

El art.134 en su redacción originaria establecía

1. El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.

La Reforma 1/2015 añadió un segundo párrafo regulando

la suspensión de la condena que hasta entonces carecía de regulación en la prescripción de las penas:

“2. El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso:

a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena.

b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75.

Dos son por tanto los momentos que la ley establece como inicio del cómputo:

F) “Desde la fecha de la sentencia firme”

G) “Desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”.

1.2.2 Desde la fecha de la sentencia firme

Este precepto puede prestarse a varias interpretaciones:

La primera de ellas es considerar la fecha de la sentencia firme, la del auto que declarara la firmeza de la sentencia, interpretación que pretende retrasar el inicio del cómputo de la prescripción de la pena, y que no cuenta con partidarios en la doctrina, aun cuando es una cuestión que en ocasiones se plantea en los recursos.

La segunda interpretación posible, que resulta de una interpretación excesivamente literal, es la de acudir a la fecha que consta en la propia sentencia que quedó firme, lo cual no presenta problema alguno respecto a las sentencias dictadas en apelación o casación puesto que en cuanto no cabe recurso será esa la fecha de la sentencia firme, siendo de referir que la propia sentencia establecerá que la misma es firme de conformidad con lo ordenado en la Lecrim. Sin

embargo esta interpretación puede resultar mucho más problemática cuando la sentencia que es declarada firme es la sentencia dictada en instancia por el juez o tribunal que ha visto el Juicio Oral, y ello es así porque la firmeza de la sentencia no se producirá sino hasta que haya transcurrido el plazo legal sin que haya sido recurrida, siendo de referir que las sentencias penales tienen que ser notificadas personalmente a todos los acusados, salvo que no sean hallados en su domicilio en cuyo caso bastará con la notificación al Procurador. Si son varios penados con domicilios en otras ciudades o pueblos la notificación personal que debe de realizarse mediante exhorto puede demorarse durante semanas o incluso varios meses siendo de referir que el plazo de recurso no inicia el cómputo hasta la última notificación, por lo que la sentencia no será firme hasta que haya transcurrido el plazo tras esa última notificación.

La tercera interpretación es que el plazo de prescripción de la pena inicia el cómputo en el momento en que la sentencia queda firme, que serán los siguientes casos:

En los casos de sentencias recurridas la firmeza tiene lugar en el dictado de la sentencia que resuelve el recurso de forma definitiva.

En los casos de sentencia dictadas en instancia en el momento en que dichas sentencias devienen firmes ya sea al transcurrir el plazo de presentación del recurso, o bien en el caso de desistimiento del recurso.

Es esta tercera interpretación la que se mantiene en la doctrina⁴⁹⁷ y la jurisprudencia.

1.2.2.1. Juicio en ausencia

⁴⁹⁷ DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: ob. cit., pág. 561.

Las sentencias dictadas en juicio celebrado en ausencia del acusado permiten el recurso de anulación una vez sea hallado el condenado, se haya recurrido o no en apelación, por lo que pudieran plantearse dudas sobre si mientras pueda instarse el recurso de anulación rigen los plazos de prescripción del delito o de la pena.

MORENO VERDEJO⁴⁹⁸ señala que "la mayoría de los autores, siguiendo los términos de la Circular de la FGE 1/89, han coincidido en calificar de excepcional la naturaleza de este recurso".

Un elemento que ha venido a incidir en la práctica en evitar la prescripción del delito y de la pena es la posibilidad tras la Constitución de 1978 de celebrar Juicios en ausencia del acusado, tras la derogación del Fuero de los Españoles que expresamente prohibía el juicio en ausencia.

El actual artículo 786.1 p.2 de la Lecrim (Ley 38/2002, de 24 de octubre) indica que no será causa de suspensión la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado "cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años".

Dicha previsión fue introducida por el artículo 6 de la L.O. 7/88 que lo permitía cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad⁴⁹⁹, por lo que se

⁴⁹⁸ MORENO VERDEJO, J.: "El recurso de anulación" DEL MORAL GARCIA, A./ESCOBAR JIMENEZ, R.: *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1999, pág. 312.

⁴⁹⁹ **Artículo 793** (Redacción dada por L.O. 7/88 vigente desde 1 de marzo de 1989 hasta 27 de abril de 2003): 1. La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del Abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes. La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere el apartado 4 del art. 789, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio fiscal o de la parte

observa una tendencia expansiva que parece ir en consonancia no con la clasificación de la gravedad de las infracciones contenida en los respectivos códigos penales vigentes, sino en relación a la posibilidad de la remisión de las penas del Código de 1973 (de un año), y la suspensión y sustitución de las mismas del CP de 1995 (2 años).

Igualmente es de advertir, que ambas redacciones de dicho precepto, al fijar el límite penológico susceptible de ser juzgado en ausencia se hace referencia a la "pena solicitada". Ello tiene diversas consecuencias:

-Es la pena solicitada por las acusaciones la que permitirá o impedirá la celebración del Juicio en ausencia.

-No es posible predeterminar los delitos, ni la clasificación por la gravedad

Puesto que la pena solicitada viene condicionada por el grado de ejecución, de participación, y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, es posible el juicio en ausencia al autor o partícipe de delitos graves como sería el autor (o cómplice) de un homicidio en grado de tentativa del que se solicitará una atenuante privilegiada de eximente incompleta o dos atenuantes ordinarias.

Resulta posible incluso el juicio en ausencia de algunos hechos que el Código Penal de 1995 conceptúa como genocidio y que se encuentran castigados con diversas penas, incluso con penas de hasta dos años (art. 607.2) y que son imprescriptibles.

La persona condenada en ausencia, al decretarse la firmeza de la sentencia -haya existido o no apelación promovida por su defensa- verá como los plazos de prescripción del delito se han transformado en los plazos de

acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

prescripción de la pena, más extensos, pues contra la sentencia firme ya no cabe sino la prescripción de la pena, cuyo computo se iniciará con la firmeza de la sentencia.

Referimos que la posibilidad de juzgar en ausencia repercute indiscutiblemente sobre la aplicación de la prescripción del delito o la pena y su correspondiente sistema. En la medida en que un ordenamiento procesal no permita la celebración de juicios en ausencia, resulta obvio que facilita la prescripción del delito a quien se encuentra en paradero desconocido tras ser citado a juicio, pues el mismo no va a poder celebrarse hasta ser hallado. Por el contrario, la celebración de juicios en ausencia, supone limitar la posibilidad de aplicar la prescripción del delito con plazos más breves. De hecho, en los juicios rápidos en que el acusado es citado a juicio en el momento de declarar ante el Juzgado instructor resulta muy difícil que pueda prescribir el delito, pues la incomparecencia o fuga del acusado no impide la celebración del juicio, ni la continuación del proceso.

El Juicio en ausencia por delitos que se apartaba de la legislación anterior, estableció la posibilidad de un recurso de anulación que hoy se encuentra recogido en el art. 793 de la Lecrim.

Art 793 de la Lecrim (Redactado por art. primero Ley 38/2002 de 24 octubre):

1. En cualquier momento en que comparezca o sea habido el que hubiere sido condenado en ausencia conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 786, le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o en apelación a efectos de cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso a que se refiere el apartado siguiente, con indicación del plazo para ello y del órgano

competente.

2. La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

Alude el párrafo primero a la notificación a efectos del "cumplimiento de la pena aún no prescrita". Al respecto, si la pena impuesta al ausente ha prescrito, resulta obvio que de constatarse dicha prescripción, la misma deberá declararse.

Dicho párrafo cita "la pena no prescrita", y no realiza referencia al supuesto de que en vez de la pena se haya impuesto una medida de seguridad, cuyos plazos de prescripción se encuentran contenidos en el art. 135 del Código Penal. Entendemos que en el supuesto de que haya prescrito la medida de seguridad, el resultado será el mismo. Es decir, que debe efectuarse una interpretación extensiva de la expresión "la pena no prescrita" para incluir también "la medida de seguridad no prescrita".

La redacción original de este precepto es anterior a la vigencia del Código Penal de 1995 que estableció plazos para las medidas de seguridad, y tras la reforma de la Lecrim 2002 que modificó todo el capítulo destinado a regular el Procedimiento Abreviado se ha mantenido la redacción en cuanto a dicho extremo.

Por tanto, nos encontraremos con las siguientes situaciones:

Si la sentencia dictada en ausencia es recurrida en apelación por la defensa del que sigue ausente, seguirá rigiendo el plazo de prescripción del delito hasta la existencia de sentencia firme dictada en apelación, en cuyo

momento se iniciará el plazo de prescripción de la pena.

Si la sentencia en ausencia no es recurrida en apelación será firme y empezará entonces a regir el plazo de prescripción de la pena.

Si la sentencia dictada en ausencia (haya sido o no apelada) es recurrida en anulación por el condenado, entendemos que siempre será de aplicación el régimen y plazos de la prescripción del delito -y no de la pena-, pues si ha sido apelada aun no hay sentencia firme, y aun cuando no haya sido apelada, el art. 793.2 indica que el recurso en anulación será "en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación". Por tanto, entendemos que si el "efecto" del recurso de apelación es impedir la firmeza de la sentencia y por tanto la posibilidad de aplicar la prescripción del delito, lo mismo ocurre con el recurso de anulación, y es esta la que deberá de aplicarse.

Es un supuesto extraordinario este en el que podrá aplicarse tanto la prescripción del delito como el de la pena.

Si la sentencia en ausencia no es recurrida por el condenado en anulación entonces solo regirá la prescripción de la pena que no fue apelada, o sobre la que hubo sentencia en apelación.

1.2.2.2 Pluralidad de sentencias en el mismo proceso

Nuestro ordenamiento procesal regulado en la Lecrim permite en determinados supuestos que penados que han estado imputados en un mismo proceso puedan acabar con una sentencia firme en distinta fecha, ello el caso de procesos por sumario en el que alguno de ellos no recurren en casación, mientras que sí lo hacen otros (Art 861 bis b).

Un hipotético problema que pudiera plantearse es el del penado que tras estar más de cinco años sin ejecutarse la sentencia inicia el cumplimiento por ser una pena de prisión por más de cinco años que prescribe a los 15 años, y tras el recurso de casación planteado por otro penado, en virtud del art.903 se le aplica al penado que no recurrió rebajándole la pena impuesta a cinco o menos años de prisión, con lo que habría que prescribir la pena.

Otra situación de distinto inicio del plazo de prescripción para penados del mismo proceso es cuando a pesar de que el mismo proceso se ha iniciado contra ambos, uno de ellos es declarado en rebeldía, y acaba siendo enjuiciado con posterioridad a los otros, con lo que nos encontraríamos con varias sentencias con distintos momentos de firmeza y por tanto con distintos momentos de inicio del cómputo de las penas para cada uno de ellos.

1.3. Interrupción

1.3.1 Efectos de la interrupción

A diferencia de lo que ocurre en la prescripción del delito DIEZ RIPOLLES⁵⁰⁰ mantiene que "los sucesivos periodos de prescripción de la pena que hayan tenido lugar respecto a una misma pena impuesta son acumulables". Para ello se funda en que en el actual ordenamiento español la interrupción de la prescripción es distinta remarcando que el art.116.2 del CP de 1973 expresamente establecía que la prescripción "se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido" por lo que el código actual permite la acumulación de los periodos de prescripción.

Tal como está redactado el art.133 y 134 sólo se indican expresamente el inicio del cómputo del plazo de

⁵⁰⁰ DIEZ RIPOLLES, Ob. cit., pág.565 y 566.

prescripción: la firmeza de la sentencia, y por otra parte el quebrantamiento de la condena, si esta hubiera comenzado a cumplirse.

De ello se infiere claramente que el cumplimiento de la pena es un nuevo inicio del cómputo de la prescripción de la pena, por lo que el cumplimiento de la condena está implícitamente configurada como una causa de interrupción de la prescripción que deja sin efecto alguno el plazo que hubiera transcurrido con anterioridad al cumplimiento.

De hecho DIEZ RIPOLLES⁵⁰¹ llega a la misma conclusión respecto al quebrantamiento de la condena que marca el inicio del cómputo de la prescripción, sin especificar los concretos supuestos en que podrían producirse esos "sucesivos periodos de prescripción". Estimamos que podría suceder que firme la ejecutoria, el penado tardara a ingresar en prisión varios años, y una vez ya cumpliendo la pena fuera excarcelado por la suspensión de la ejecución mientras se tramita la petición de indulto o el recurso de amparo, y luego denegado éste el penado ya no ingresara en prisión ya fuere por mal funcionamiento de la administración de justicia o por fuga del mismo. Supuestos ambos en que el penado no habría quebrado la pena.

No estando regulados los efectos de la interrupción de la prescripción de la pena, la solución propuesta resulta defendible, si bien a nuestro juicio no parecía acorde con la concepción histórica de que la prescripción suponía reiniciar el cómputo de la prescripción, pues si no se reinicia en realidad nos encontramos con el instituto de la suspensión del plazo de la prescripción, que también carecía de regulación legal en materia de la prescripción de la pena hasta la reforma LO 1/2015, que por cierto no regula este supuesto.

⁵⁰¹ DIEZ RIPOLLES, Ob. cit., pág. 567.

1.3.2 Actos que no interrumpen

Del tenor literal del art.134 queda claro que los actos preparatorios de la ejecución que no suponen cumplimiento de la pena no interrumpen la prescripción.

De esta forma no interrumpirán la prescripción el requerimiento de pago de multa al penado, o la elaboración del plan de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, o las citaciones para la elaboración de dicho plan.

Tampoco interrumpen la prescripción los autos de denegación de la suspensión o sustitución de la pena.

Así se pronuncia con toda claridad la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2015, de 13 de abril de 2015:

“No puede sino marcarse cierta distancia respecto de la doctrina emanada de las señaladas SSTC 81/2014, de 28 de mayo, y 180/2014, de 3 de noviembre, en la medida en que – como queda visto– el debate de fondo se centró entonces en el efecto interruptor que cabe derivar del otorgamiento al penado del beneficio que representa una forma de cumplimiento alternativa a la pena de prisión, a través del reconocimiento de alguna de las diversas modalidades que a tal fin prevén los arts. 80 y ss. del Código penal. Situación opuesta a la que aquí es objeto de análisis, cuyo sustrato precisamente reside en el rechazo judicial de cuantas peticiones efectuó el penado a tal fin, solicitando, en cascada, cada una de las modalidades de cumplimiento de la pena alternativo a la prisión que contempla la norma.

Centrados en tal modo los términos del actual debate, no parece que, desde los estrictos términos en que aparece redactado el art. 134 del Código penal, resulte factible afirmar que cuantos actos de ejecución se dirigieron aquí contra el condenado, siendo distintos del cumplimiento *in*

natura o sustitutivo, puedan entenderse compatibles con el comienzo de ejecución al que alude el citado precepto. Tal y como consta en los antecedentes de esta resolución, después de dictarse Sentencia condenatoria y de declararse su firmeza, por Auto de 16 de marzo de 2010 se desestimó la solicitud de suspensión de la pena; a ella siguieron, de forma sucesiva, dos solicitudes de sustitución de la pena amparadas en el art. 88 del Código penal, así como una petición de suspensión durante la tramitación del indulto, peticiones que también fueron desestimadas. Hasta en tres ocasiones el órgano judicial ordenó el ingreso voluntario en prisión, no llegando a materializarse en ninguna de ellas. De este modo, las actuaciones se prolongaron en el tiempo hasta el 23 de enero de 2012, sin que existiera ninguna actuación de cumplimiento efectivo de la pena, sino tan sólo órdenes judiciales de ingreso voluntario en prisión que, por diferentes circunstancias, vinieron a quedar frustradas en su resultado material.

El demandante de amparo aduce que las resoluciones recurridas contravienen la doctrina establecida por este Tribunal en la STC 97/2010, de 15 de noviembre. En ella, como ya hemos visto, este Tribunal negó que la suspensión de la ejecución durante la tramitación de una solicitud de indulto o de un recurso de amparo tuviera el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la pena, por cuanto en el ámbito de la ejecución de la pena no existe una regulación sustantiva de la interrupción de la prescripción en los preceptos del vigente Código penal, a diferencia de lo que sucedía en el precedente Código penal de 1973, cuyo art. 116 contemplaba como causa de interrupción de la prescripción la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de prescripción.

No es, sin embargo, tal criterio vinculado a la no suspensión por la tramitación de un indulto el que resulta

directamente aplicable al caso, con la sola excepción del periodo afectado por esa concreta petición del demandante, sino aquél que también recuerda la STC 49/2014, de 7 de abril, FJ 2, por remisión a las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, y 192/2013, de 18 de noviembre, en el sentido de que el control de la prescripción penal en sede de jurisdicción constitucional se funda en el derecho a la tutela efectiva y en la conexión de la prescripción en el ámbito punitivo con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* en virtud del art. 25.1 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), lo que determina un control de la resolución impugnada bajo el canon de la motivación reforzada. Resultará así conculcado el derecho a la libertad «tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

El único precepto que el Código penal dedica a la cuestión que analizamos es el art. 134, con la siguiente redacción literal: «El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.» El legislador no contempla otras causas de interrupción de la prescripción de la pena que éstas, de manera que, desde el momento en que se trata de ejecutar una resolución firme contra persona o personas determinadas, el eje de la prescripción de la pena gira en torno al cumplimiento de la misma. Y ello porque, a diferencia de la

prescripción del delito, en la fase de ejecución el culpable ya está plenamente identificado y, al menos en los casos en que no se sustrae a la acción de la justicia, se encuentra a disposición del Juez o Tribunal para la ejecución de la pena (STC 187/2013, de 4 de noviembre, FFJJ 4 y 5, citando a las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4 y 6, y 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 5). Así pues, en el ámbito de ejecución de la pena no cabe hablar de otras formas de interrupción de la prescripción de la pena distintas del quebrantamiento de condena, por no existir una regulación sustantiva en tal sentido, como en cambio sí existía en el antes citado Código penal de 1973 (SSTC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4; 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4; 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4; 192/2013, de 18 de noviembre, FJ 4 y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3).

Circunstancias todas ellas que llevan a excluir en este caso la justificación postulada en la instancia, que adjudica un efecto interruptor del plazo de prescripción a las diferentes resoluciones judiciales recaídas a lo largo de la ejecutoria de la que trae causa el amparo, dirigidas en su mayoría a resolver sobre las sucesivas peticiones realizadas por el penado en orden a cumplir la pena de prisión en alguna de las formas alternativas que prevén los arts. 80 y ss. del Código penal. Y ello porque la única hipótesis impeditiva del transcurso del plazo de prescripción de la pena que actualmente reconoce de modo expreso el art. 134 del Código penal es el quebrantamiento del cumplimiento de la pena ya iniciada. Por tal motivo, no cabe entender que la denegación de cada una de las formas alternativas al cumplimiento tenga cobijo en el precepto referenciado, pues precisamente su denegación impide entender iniciado un cumplimiento equivalente a la ejecución *in natura*.

El art. 118 de nuestra Constitución recoge el mandato

expreso de cumplimiento de las Sentencias y demás resoluciones firmes dictadas por los Jueces y Tribunales, deber cuyo seguimiento incumbe al *órgano judicial* competente a la hora de hacer ejecutar la Sentencia, adoptando sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado a tal fin, según prevé también la normativa procesal y, en particular, el art. 990 de la Ley de enjuiciamiento criminal en su inciso segundo. Para casos como el examinado, el legislador no ha previsto expresamente mecanismos suspensivos excepcionales que otorguen a la tramitación de peticiones como las examinadas –como tampoco a los recursos subsidiarios a las mismas– efectos suspensivos del cumplimiento.

Conforme a la doctrina expuesta, el criterio interpretativo sostenido por los órganos jurisdiccionales en las resoluciones recurridas –que supuso entender interrumpida la prescripción de la pena de un año de prisión impuesta al recurrente en amparo desde la sucesión misma de decisiones judiciales tendentes a dar respuesta a sus continuas solicitudes de cumplimiento alternativo– no puede entenderse amparado en la literalidad de la norma aplicable, lo que incide en el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y repercute en los derechos del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad (art. 17.1 CE), impidiendo estimar debidamente satisfecho el canon de motivación reforzada exigible en estos casos.

Debe, por ello, otorgarse el amparo solicitado para restablecer al recurrente en la integridad de los derechos fundamentales vulnerados, y así anular el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña de 4 de junio de 2012, en la medida en que se fundamenta en la aplicación de una interrupción de la prescripción sin base legal, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al dictado

por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de A Coruña del Auto de 17 de febrero de 2012, que desestimó la prescripción de la pena solicitada por el recurrente, para que se dicten nuevas resoluciones judiciales respetuosas con los derechos fundamentales vulnerados”.

Resulta interesante comprobar la relación fáctica de los incidentes temporales de la ejecución en el caso sometido a amparo, por las sucesivas solicitudes en cascada por parte del penado que transcribimos a pie de página⁵⁰².

El desarrollo de las diligencias y actuaciones de la referida ejecutoria a nuestro juicio se dilató indebidamente, según nuestra postura por la ausencia de un adecuado desarrollo legal de la fase de ejecución de las penas que siempre ha sufrido nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts 983 a 998) y que se acentuó con el Código Penal de 1995 que desarrolló una serie de penas alternativas a la prisión (arresto de fin de semana, trabajos en beneficio de la comunidad, multas abonables a plazos...) así como un amplio régimen de suspensión y sustitución de las penas que no iba acompañado de un iter procesal legalmente establecido. La Ley de enjuiciamiento criminal carece de una regulación adecuada de la ejecución de las penas, que en el caso de las penas breves de prisión, inferiores a dos años, ha adquirido una complejidad.

1.3.2.1 Suspensión por tramitación de indulto y recurso de amparo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010 de 15 de noviembre supuso un giro en la aplicación de la prescripción de la pena en cuanto dicha sentencia estableció

502

que el auto ordenando la suspensión de la pena por la tramitación de indulto o por la tramitación del recurso de amparo no interrumpían la prescripción en cuanto que el art.134 del CP no contiene en su redacción originaria ninguna causa de interrupción.

Es de indicar que la opción unánime de la jurisprudencia era la contraria hasta entonces, bien utilizando interpretaciones analógicas con la regulación de la prescripción del delito respecto a las actuaciones judiciales como causas de interrupción de la prescripción, que estimamos que efectivamente suponían una interpretación analógica in malam parte, habida cuenta que no solo en los plazos sino también la regulación de la prescripción de la pena difiere claramente en el código penal que las trata con autonomía en el mismo art.130.

Sin embargo, nos adscribimos a quienes opinan que resultaba aceptable una interpretación sistemática conciliadora de todo el articulado del CP en cuanto el art.4.4 de forma expresa autoriza al juez a "suspender la ejecución de la pena" por la tramitación del indulto. Si se suspende la ejecución de la pena por resolución judicial puede interpretarse de una forma sistemática de dicha suspensión alcanza a la ejecución de la pena y por tanto también a la prescripción de la misma en cuanto su inejecución temporal -mientras se tramita el indulto o recurso de amparo- forma parte de una expresa previsión legal. Desde nuestro punto de vista una interpretación sistemática del CP permite conciliar la aplicación del art.4.4 -que supone una excepción a lo ordenado en el art.990 Lecrim- y del art.133 del CP.

1.3.3. Interrupción de la prescripción

1.3.3.1 Suspensión condicional de la pena

Autores como GILI PASCUAL⁵⁰³ Y GONZALEZ TAPIA se habían planteado la posibilidad de prescripción de la pena durante el plazo de suspensión condicional de la pena, si rebasaba esta el plazo de prescripción. Afirma GONZALEZ TAPIA⁵⁰⁴ "La solución dependerá realmente de la naturaleza que se reconozca a la suspensión. Así, considerada la suspensión de la pena recogida en los art. 80 y ss. CP como una modalidad de ejecución, habrá de negarse, efectivamente, la posibilidad de que el plazo de la prescripción pueda correr simultáneamente al de la suspensión. A nuestro juicio, en cambio, la suspensión no puede ser considerada en modo alguno como ejecución de la pena, aunque sea sin cumplimiento efectivo, sino precisamente lo que es: suspensión de la misma, como se reconoce expresamente en el art. 80 CP. Por esta razón, en estos supuestos en los que, por definición, la ejecución de la sentencia está excluida, el cómputo del plazo prescriptivo deberá iniciarse a partir de la firmeza de la misma, salvo que en dicho instante el sujeto estuviere ya preso, Vg., en prisión preventiva, en cuyo caso deberá iniciarse inmediatamente después de ordenada la suspensión de la ejecución".

La referida STC 97/2010 ofreció argumentos para cuestionarse si la suspensión de la pena establecida en el art.80 y ss. del CP interrumpía el plazo de prescripción como entendía la jurisprudencia de forma unánime, o si por el contrario dicha suspensión carecía de efectos para interrumpir la prescripción de la pena, de forma tal que una vez superado el plazo prescriptivo no podría revocarse la suspensión por la comisión de un nuevo delito o por el

⁵⁰³ GILI PASCUAL, A.: "La prescripción..." Ob. cit., pág.170.

⁵⁰⁴ GONZÁLEZ TAPIA, M.I.: Ob. cit., pág. 234.

incumplimiento de las obligaciones a las que se había condicionado la suspensión.

Se trata de un problema práctico de gran repercusión en los delitos con pena suspendida que afecta a muchos de ellos. La simple lectura de los preceptos no permite advertir la magnitud de la cuestión si se desconoce la masificación que sufren los juzgados encargados de ejecutar las penas.

Si bien en la doctrina LLORCA ORTEGA⁵⁰⁵ se manifestaba en el sentido de que raramente podría ocurrir esta interferencia teniendo en cuenta que el periodo de suspensión puede llegar como máximo a cinco años, y para este tipo de penas el plazo de prescripción de la pena es de cinco años, es de referir que dicha consideración se efectuaba al inicio de la entrada en vigor del CP de 1995 desde la experiencia del código penal derogado donde la suspensión ordinaria se otorgaba de forma automática por "ministerio de la ley" y donde no existían las posibilidades de penas alternativas con sus múltiples incidentes que han lastrado el inicio de la ejecución en el CP de 1995 en cuanto se había convertido en una técnica defensiva el ir solicitándolas sucesivamente con su correspondiente régimen de recursos, lo que retrasaba el inicio del cumplimiento de la pena, hasta la LO 1/2015 que ha venido a dotar de cierta unidad de trámite las formas suspensivas de la pena del art.80 CP

El problema se plantea por la tardanza en otorgar la suspensión o sustitución de las penas de prisión desde la firmeza de la sentencia. Dicha tardanza se produce en primer lugar porque muchos juzgados tardan meses e incluso años a abrir cada una de las ejecutorias tras la firmeza de las sentencias por la masificación que sufren. El CP de 1995, en

⁵⁰⁵ LLORCA ORTEGA, J.: "Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad", AA. VV Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General), CGPJ, Madrid, 1996, págs. 246 y 247.

su redacción originaria, con sus posibilidades de cumplimiento alternativo, suspensión ordinaria, extraordinaria del art.87, suspensión del art.88, petición de indulto, etc. sin una adecuada regulación procesal ha multiplicado los incidentes de la fase de ejecución, tal como puso de manifiesto la exposición de motivos de la LO 1/2015 que ha optado por unificar las causas de suspensión y sustituciones para que puedan ser resueltas en un único trámite.

Por otra parte, uno de los requisitos para otorgar la suspensión en el CP de 1995 era el previo pago de la responsabilidad civil, que en ocasiones había quedado pendiente de determinar en fase de ejecución de sentencia, con su consiguiente periodo probatorio y recursos. Aún cuando la responsabilidad civil estuviera determinada procede requerir de pago personalmente al penado, quien podía haber cambiado de domicilio, con los procedentes trámites de averiguación, y es frecuente que el reo solicitara el pago aplazado para lo cual se debe escuchar a la víctima. Muchos juzgados estimaban que en rigor legal debían de esperar a completar la totalidad del pago a la víctima para poder otorgar la suspensión de la pena.

Lo cierto es que un elevado número de penados obtenían la suspensión de la pena varios años después de la firmeza de la misma, por lo que no resulta infrecuente que el plazo de suspensión de la condena, que puede ser de dos a cinco años, concluyera fuera del plazo de prescripción de cinco años establecido para dichas penas. A ello además se suma que la comprobación de que el penado ha cumplido o no las condiciones de la suspensión también se podía demorar meses o años tras el plazo de suspensión (aun cuando siempre se refiriera al periodo comprendido en el plazo).n De esta forma, no era infrecuente que la revocación de la suspensión se produzca meses o años después de transcurrido cinco años

desde la firmeza de la sentencia.

La prescripción de la pena es una cuestión que se resuelve mediante auto, auto que está excluido del recurso de casación, motivo por el cual raramente alcanza a pronunciarse el Tribunal Supremo.

Sí lo hizo el auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004, en la que al examinar la cuestión determinó al respecto:

“Normalmente, la fecha término del plazo de prescripción, en casos como el que examinamos, será aquella en la que se revoca la suspensión de la condena y se ordena su ejecución, y ello resulta consecuencia obligada de un hecho, el que el sujeto hubiera delinquirido durante el plazo de suspensión que se le hubiese fijado. Por consiguiente, la comisión del nuevo delito aparece como el hecho clave de la mencionada revocación, y esa relación de causa a efecto hace que esa causa resulte especialmente relevante, y deba ser tenida en cuenta a los efectos de iniciar el cómputo de la prescripción. Este criterio presenta además la ventaja de aparecer como el más ajustado a la seguridad jurídica, principio constitucional, en cuanto es una fecha normalmente fija y no sujeta a circunstancias aleatorias, como pudiera ser aquella que dependiera de la mayor o menor agilidad en la tramitación de la siguiente causa.

Expuesto lo anterior, ahora corresponde examinar si cuando se acordó la revocación de la suspensión de la ejecución de la condena había transcurrido el plazo de prescripción, que en este caso era de cinco años, computado desde la fecha de comisión del siguiente hecho delictivo. Y vistas las actuaciones, puede comprobarse que este recurrente cometió un delito de estafa un día del mes de abril del año 1997, como consta en una fotocopia de la sentencia de fecha 15 de mayo de 1998, dimanante de Procedimiento Abreviado”.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2012

entendía que al doctrina del Tribunal Constitucional sobre la suspensión en los casos de tramitación de indulto y recurso de amparo no eran aplicables a la suspensión de la pena establecida en el art.80 y siguientes pues esta suspensión es una "forma sustitutiva de cumplimiento de la pena" tal como establece la rúbrica en la que se ubican dichos artículos.

MAGRO SERVET⁵⁰⁶ entre otros argumentos variados se adscribía al carácter sustitutivo de cumplimiento de la pena, recordaba que la suspensión se dicta mediante un trámite procesal y precisa de una resolución judicial expresa y recuerda varios elementos que consideramos importantes, que la suspensión está "supeditada a la condición de no delinquir en el período que se pacte" y que "no se está ante la pasividad del sistema, que es la razón y causa o motivo de la prescripción".

Disiente de lo anterior, GARCIA SANMARTIN⁵⁰⁷ se mostraba contrario a la interrupción de la suspensión de la pena "Porque la suspensión de la ejecución de la pena, en ninguna de sus modalidades, es, como se dice, una forma de cumplimiento o cumplimiento alternativo de la pena de prisión, sino una alternativa al cumplimiento de la pena de prisión, realidades ambas cuasi contrapuestas; alternativa al cumplimiento que, a nuestro juicio, no entiendo conceptualmente susceptible de encuadrarse como una forma de inicio del cumplimiento de la pena, sino como todo lo contrario, un no cumplimiento".

El Tribunal Constitucional en diversas resoluciones - como la STC 49/14, de 7 de abril, no se pronunció expresamente al respecto limitándose a dejar sin efectos las resoluciones que denegaban la prescripción de las penas,

⁵⁰⁶ MAGRO SERVET, V., "Acerca de la eficacia interruptiva, en la prescripción de las penas, de la adopción de las medidas de suspensión de su ejecución", en Diario La Ley, núm. 102, 2013, págs. 5 y 6.

⁵⁰⁷ GARCIA SANMARTIN, J.: "La interrupción de la prescripción de las penas". Diario La Ley, N° 8267, La Ley, 2014 págs.11 y 12.

para que se dictaran una nueva resolución, por entender que dichas resoluciones no cumplían el canon de motivación reforzada exigido para una resolución que implicaba la privación de libertad.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en su STC 81/2014 de 28 de mayo de 2014 -y posteriormente la STC 63/2015 de 13 de abril de 2015- que en su fundamento jurídico 4 expone:

“Los órganos judiciales han sostenido que la suspensión de la ejecución regulada en los artículos 80 y ss. CP constituye una modalidad alternativa a la ejecución material, que durante su vigencia impide que se compute la prescripción de la pena. Esa tesis es compartida por el Ministerio Fiscal mientras que, por el contrario, es refutada por el demandante de amparo. Antes de adentrarnos en lo que constituye el fondo del presente recurso, cumple decir que a este Tribunal no le compete fijar categóricamente cuál debe ser criterio interpretativo de aplicación al caso, ni tampoco alumbrar una doctrina general acerca de la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y su eventual incidencia en el ámbito de la prescripción de penas, que abarque todos los matices y especificidades que dicha cuestión suscita. Ese cometido corresponde a los órganos judiciales quienes, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, deben interpretar y aplicar la legalidad vigente.

Por tanto, desde la posición en que este Tribunal se sitúa, lo único que nos corresponde resolver es si la consideración de la suspensión de la ejecución como una modalidad alternativa al cumplimiento *in natura* de las penas privativas de libertad, que ha sido, en esencia, el criterio sustentado por los órganos judiciales para descartar la prescripción de las penas impuestas al demandante, se

concilia de modo asaz con el canon de motivación reforzada que hemos establecido y, en consecuencia, es respetuoso con el contenido del derecho a la libertad personal y a la legalidad en materia penal.

Llegados a este punto, hemos de recordar que la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se incardina dentro del capítulo III del título III del libro I CP, cuya rúbrica es «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional», cuyo concreto régimen jurídico queda establecido en la Sección Primera (arts. 80 a 87 CP). En el referido capítulo también se regula, en su Sección Segunda, la denominada «Sustitución de las penas privativas de libertad» (arts. 88 y 89 CP).

En síntesis, el desarrollo de la suspensión de la ejecución tomo como referentes principales el cumplimiento, por parte del penado, de las obligaciones que le hayan sido impuestas por el Juez o Tribunal (art. 83.1 CP) o que imperativamente se prevean en la ley (art. 87.4 CP) y, sobre todo, la no comisión de nuevas infracciones penales durante el período de suspensión (arts. 83.1 y 87.3 CP). En caso de que no se cumpla este último requisito -que es, precisamente, lo que aconteció en la ejecutoria 510-2003-, la consecuencia que a ello se anuda es la revocación de la suspensión otorgada (arts. 84.1 y 87.5, párrafo primero CP), lo que indefectiblemente comporta que la pena impuesta se ejecute en sus justos términos (art. 85.1 CP). Por el contrario, si el penado no delinque durante el plazo de suspensión fijado y, en su caso, cumple las reglas de conducta, entonces se acordará la remisión de la pena (art. 85.2 y segundo párrafo del art. 87.5 CP), con la consiguiente extinción de la responsabilidad penal que establece el art. 130.3 CP.

Como dijimos en la STC 251/2005, de 15 de noviembre, FJ 7, la finalidad de la referida figura reside en «la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde un punto de vista preventivo (vid., en el mismo sentido, SSTC 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 164/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)».

A la vista de lo expuesto, parece que el criterio sustentado por los órganos judiciales, en orden a considerar que la suspensión de la ejecución ha sido concebida como una modalidad alternativa a la ejecución en sus propios términos de las penas de prisión, esto es, a la efectiva privación de libertad, se ajusta al parámetro de razonabilidad impuesto por la doctrina constitucional. Tal aserto se asienta en la configuración legal de ese instituto jurídico, conforme a la cual, si el penado se abstiene de delinquir durante el período fijado y, en caso de ser impuestas, cumple con obligaciones y deberes fijados en la resolución que le otorga el beneficio, se producirá el mismo resultado que si hubiera cumplido en su literalidad la pena de prisión impuesta en sentencia”.

En su fundamento quinto, esta sentencia se ve obligada a precisar cuales son las razones por las que la suspensión de la pena si que interrumpe la prescripción y no lo hace la suspensión de la ejecución por tramitación de indulto o recurso de amparo:

“Debe advertirse que, en el presente caso, concurre una diferencia importante respecto de otros supuestos en que este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, al resolver recursos de amparo relacionados con la prescripción de penas. Cuando se suspende la ejecución por la tramitación de una petición de indulto o la sustanciación de un recurso de amparo, tal medida solamente produce la paralización del cumplimiento de la sanción impuesta, en espera del acaecimiento de un suceso futuro y de resultado incierto que, eventualmente, podría afectar al título de ejecución, es decir, a la sentencia condenatoria. Por el contrario, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad regulada en el artículo 80 y ss. CP no tiene por finalidad preservar la efectividad de una potencial modificación del fallo, sino articular un modo de ejecución alternativa al cumplimiento material de la pena privativa de libertad que, en atención al comportamiento favorable del penado, habilita un resultado del todo coincidente con el cumplimiento efectivo de la pena. Dicho en otras palabras, mientras que la paralización de la ejecución, por los motivos enunciados en primer lugar, tiene por objeto evitar que la hipotética concesión del indulto o la eventual estimación del recurso de amparo pierda su finalidad, el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de las penas deja intacto el contenido de la sentencia condenatoria, limitándose a habilitar un cauce para el desarrollo de la ejecución que, por evidentes razones de política criminal, tendrá un contenido distinto de la ejecución *in natura*.

Además, el razonamiento seguido por los órganos judiciales para desestimar la prescripción de la pena es respetuoso con el canon de motivación reforzada anteriormente recogido. Por un lado, dicha argumentación no invoca la existencia de causas de interrupción extraídas de otros preceptos penales, principalmente de los que regulan la prescripción del

delito, sobre la base de una interpretación analógica o extensiva *in malam partem*, ni incurre en las deficiencias detectadas en el supuesto analizado por la STC 152/2013, de 9 de septiembre.

En segundo término, las consideraciones que aquéllos traen a colación para justificar la no prescripción de las penas, se anudan a la idea de que durante el periodo de suspensión se está desarrollando una modalidad de ejecución alternativa. Esa modalidad, añadimos, ha sido específicamente diseñada por el legislador y, a diferencia de otros supuestos analizados por este Tribunal, impide que el Estado pueda, por expreso mandato legal, aplicar el *ius puniendi* que la sentencia condenatoria impone. Dicho de otra forma, el hecho de que no se compute la prescripción durante la suspensión de la ejecución no contraviene la finalidad constitucional asociada al instituto prescriptivo, puesto que ha sido el legislador quien ha establecido un modo alternativo a la ejecución de la condena que, durante su vigencia, veda el cumplimiento material de las penas privativas de libertad que exige la literalidad de la sentencia firme. Además, si se cumplen los requisitos impuestos en la resolución judicial se produce *ope legis* el mismo efecto que si la pena se hubiera cumplido: la extinción de la responsabilidad penal. Por tanto, aunque la sentencia goce de firmeza, en los términos requeridos por el artículo 134 CP, cuando se otorga el beneficio de la suspensión de la ejecución el ejercicio del *ius puniendi* deviene imposible, salvo que el citado beneficio sea revocado, lo que también ocurre cuando la pena prescribe”.

Pese a las anteriores sentencias, el legislador de 2015 ha optado por regular cómo actúa la prescripción en el ámbito de la suspensión de la condena.

A nuestro juicio, lo ha realizado de forma diferente, e

incluso contraria a la establecida por la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, ya que la misma al equiparar la concesión de la suspensión condicional de la pena con un forma de cumplimiento de la pena, suponía la interrupción de la prescripción, al igual que si el penado cumpliera la pena de prisión. Es decir, de la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional queda claro que la suspensión de la condena interrumpe la prescripción.

Así se establece por la Ley 1/2015 en su art.134;

"2. El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso:

a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena.

La LO 1/2015 ha introducido causas de suspensión del plazo de prescripción "durante el periodo de suspensión".

En el caso de que hubiera causa para revocar la suspensión nos encontramos con que la jurisprudencia anterior del TS estimaba que el plazo integro prescriptivo se iniciaba con la comisión del delito que provoca la revocación. Sin embargo, la nueva redacción ha modificado radicalmente esta situación. De esta forma, si el penado a dos años de prisión, firme la sentencia en el año 2015, empieza a computar el plazo de prescripción. Si en el año 2019 se le suspende la ejecución por un plazo de dos años, queda la prescripción suspendida por ese periodo, que una vez concluido finaliza la suspensión de la prescripción y seguirá corriendo dicho plazo hasta que o bien se le revoque y cumpla la pena, o transcurrido un año más le prescriba.

Por otra parte, resulta a nuestro juicio contradictoria que una institución como la suspensión que ha sido conceptuada por el Tribunal Constitucional, y por el propio código penal, como una forma sustitutiva de cumplimiento,

pueda ser una causa de suspensión y no de interrupción.

1.3.3.2. Cumplimiento sucesivo de penas de prisión

El cumplimiento sucesivo de las penas de prisión ha sido en la doctrina una cuestión reiteradamente planteada como problemática en cuanto un importante sector doctrinal estima que al no haber previsto el cumplimiento de otras penas de prisión como causa que suspenda el inicio de la prescripción de la nueva pena de prisión, podría llegarse a producir la prescripción de la pena de prisión mientras se cumple otra, y ello porque según el art.75 CP debe de cumplirse primero las penas de mayor gravedad.

No es ese el criterio jurisprudencial que con mejor o peor fundamentación realizan los Tribunales. En la doctrina, CARDENAL MONTRAVETA⁵⁰⁸ acaba concluyendo que "es posible realizar una interpretación sistemática y teleológica del art.134 CP que admita la suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la pena en determinados supuestos" citando al efecto los supuestos en que el penado no ha empezado a cumplir la pena que no puede cumplir simultáneamente "pero sí ha empezado a cumplir la condena".

Alguna sentencia y algún autor acuden a la analogía con lo dispuesto en la prescripción del delito o de las medidas de seguridad para fundar que no se inicie el plazo de prescripción y así LOPEZ LOPEZ⁵⁰⁹ recordando que el art.133.3 establece que "si el cumplimiento de una medida de seguridad fuese posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de esta" afirma que "del mismo modo podría entenderse que por analogía legis, si el cumplimiento de una pena fuere inmediatamente posterior a otra, el plazo debe de computarse desde la extinción de ésta".

⁵⁰⁸ CARDENAL MONTRAVETA, S.: ob.cit., pág.333.

⁵⁰⁹ LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: ob. cit. pág.23.

Hemos de coincidir que no es posible aplicar de forma analógica en perjuicio del reo las causas de interrupción o suspensión de los delitos o de las medidas de seguridad, donde expresamente en estas últimas en su art.135.3 CP se regula el cómputo de las medidas que resultan sucesivas al cumplimiento de prisión. En contra de ello se manifiesta

El art. 75 del CP establece: "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".

Es claro que hasta la LO 1/2015 no existía en la regulación de la prescripción de la pena ninguna referencia al cumplimiento sucesivo de las penas en relación a su prescripción.

A nuestro juicio resulta obvio que el legislador jamás ha pretendido que por el cumplimiento de una pena más grave de prisión pudieran prescribir penas de menor entidad cuyo inicio de cumplimiento empezaría al término de aquellas, y por lo tanto ya transcurridos el plazo de prescripción.

La lectura del art.75 y la regulación del art.76 que regula la acumulación de condenas con unos límites ajenos a los plazos de prescripción de las penas a nuestro juicio permiten realizar una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico que como máximo nos llevan a contraponer la regulación de la prescripción de las penas con el art.75.

El fundamento de la prescripción se halla en la inejecución efectiva de la pena. A nuestro modo de ver supone un contrasentido que la prescripción pueda operar mientras se está cumpliendo otra pena de la misma naturaleza que por imperativo legal debe de cumplirse de forma sucesiva. Esa imposibilidad legal, atendiendo a la propia naturaleza de la prescripción de la pena y a la de la propia

pena permite una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico.

Mantenemos que no puede pretenderse que el art.75 prohíba el cumplimiento simultáneo de distintas penas de prisión, lo cual resultaría evidentemente absurdo, y por el contrario la prescripción de la pena se articule como si fuera posible el cumplimiento simultáneo de dicha pena.

No es infrecuente que un sujeto conste como preso penado por distintos delitos por distintos juzgados. Está en prisión por todos ellos, y ello sin perjuicio de que como es obvio cada pena conserva su individualidad y debe de ser liquidada señalando una fecha de inicio y otra de fin, que podrán ir variando según recaigan nuevas penas, o quedaran sin efecto anteriores por indulto o revisiones por destitución penal, pero esa situación del penado en prisión es diametralmente opuesta a quien no se encuentra cumpliendo pena de prisión alguna.

Lo que prescriben son las penas, y el CP contiene perfectamente delimitadas en que consiste cada tipo de pena y no puede ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y los reglamentos (Art 3.2 CP). La prescripción de la pena necesariamente debe de entenderse en relación a la naturaleza de cada pena, según viene establecida en el CP y los reglamentos.

Por ello, coincidimos con SUAREZ MIRA⁵¹⁰ en que resulta "más correcto entender que se produce una acumulación de penas y que, a efectos prescriptivos, constituyen una sola que representa la suma de las que la integran"

Lo que advertimos es que el tiempo de inejecución de la pena, o el tiempo de quebrantamiento de la pena computará simultáneamente como plazo de prescripción para todas las

⁵¹⁰ SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C: "La prescripción de los delitos y penas". Curso Ejecución de sentencias penales. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2006, pág.22. www.cej-mjusticia.es/cej_dode (consulta 10/9/2015).

penas impuestas, ya que el CP no ha previsto un hipotético cumplimiento sucesivo de los plazos de prescripción. Es decir, quien ha sido condenado a tres penas de prisión, si es hallado deberá cumplir quince años de prisión, mientras que si permanece cinco años huido de la justicia le prescribirán las tres penas.

Nuestra postura es que la legislación sobre la prescripción de la pena se ha efectuado de forma muy simple, atendiendo exclusivamente a la parte especial del código penal y obviando la complejidad de la ejecución de las penas que aparece regulada en la parte general.

Es de indicar que el art.203 del CP de 1928 establecía que "en el caso de haber sido condenado el reo a diversas penas, el plazo de prescripción se computará ateniéndose a la más grave". Dicha solución si bien pudiera resultar más acorde al principio de proporcionalidad cuando dichas penas resultan todas ellas de prisión, sin embargo entendemos que resulta distorsionante cuando se trata de penas de distinta naturaleza que pueden cumplirse simultáneamente.

1.3.4 Pena de multa

Los plazos consignados en el art.133 cp solo aluden expresamente a las penas de prisión e inhabilitación, estableciendo por remisión tácita al art.33 el resto de las penas. Por ello, las multas tendrán un plazo de prescripción de cinco años, o de un año si se trataran de penas leves.

Al respecto, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 la pena de multa de tres meses ha pasado a tener la consideración de pena leve (art 33.4. g) y por ello prescribe al año, frente a la regulación anterior en que la pena de multa superior a dos meses tenía la consideración de menos grave (art 33.3.g) y por ello prescribía a los cinco años.

El inicio del cómputo de la prescripción es el de la sentencia firme, por lo que si nada se ha abonado en el referido plazo resulta claro que habrá prescrito la pena.

Más problemático se presenta el supuesto en que el penado empieza a pagar la pena de multa y deja de hacerlo, y cuando ya han transcurrido más de cinco años de la sentencia firme se plantea la prescripción de la pena.

Las dudas se suscitan ya que el legislador no se ha referido al incumplimiento o abandono del cumplimiento de las penas, sino que exclusivamente se refiere como nuevo momento de cómputo al quebrantamiento de condena. MARTINEZ-BUJAN⁵¹¹ estima que "en lo que concierne a la multa, la expresión "quebrantamiento de condena", incluida en el marco del art. 134, no comporta el nacimiento del delito tipificado en los arts. 468 y 469, sino que deberá ser concebida como una mera interrupción del cumplimiento del pago de la multa no autorizada por el órgano judicial".

Para el citado autor "En suma, iniciado un período de prescripción de la pena de multa, éste sólo podrá ser interrumpido cuando se vuelva a reanudar el cumplimiento de dicha pena, sin que los períodos de interrupción en el pago de la multa que puedan existir en su caso puedan ser computados para (sumándolos) estimar que se han cumplido los plazos de prescripción de la pena".

Sin embargo, estimamos por nuestra parte que existen argumentos que impiden conceptuar el impago parcial de la multa con el "quebrantamiento de condena" al que alude el art.134 como nuevo inicio del cómputo de la prescripción.

Según queda claro de la lectura del art.53 del CP el

⁵¹¹ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C: "Penas pecuniarias. el sistema de los días-multa". POZA CISNEROS, M. (dir.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*. Cuadernos de derecho judicial, N°. 24, 1996, págs. 85 y ss.

impago de la multa no da lugar por expresa mandato legal al delito de quebrantamiento de condena, sino que el incumplimiento de dicha pena tiene sus propias consecuencias de apremio, embargo, o en su caso responsabilidad personal subsidiaria que nada tienen que ver el delito de quebrantamiento de condena, ni tampoco estimamos que resulte un régimen análogo al quebrantamiento.

Respecto a las penas de multa, principal o sustituta, es de indicar que de conformidad con lo expresamente ordenado en el art. 133, lo que interrumpe la prescripción, es exclusivamente "el quebrantamiento de la condena". El impago total o parcial de la pena de multa no supone legalmente el "quebrantamiento de la condena", estando vedadas interpretaciones analógicas con la regulación de penas de otra naturaleza, como lo es la pena de prisión. El impago de la multa tiene sus propias consecuencias penológicas diferentes del quebrantamiento por expreso mandato legal, siendo de referir que preceptos como el art. 50.6, 51, 53, 88.2 etc. C. Penal regulan el pago fraccionado de la multa y las consecuencias de su impago, que no son, por voluntad del legislador soberano, las del quebrantamiento de condena. Por todo ello, debe de aplicarse el computo de los plazos de prescripción "desde la fecha de la sentencia firme", de conformidad con lo que ordena el art.134 del Código Penal, siendo de referir a mayor abundancia y en la medida en que establecen el criterio restrictivo de las causas de interrupción de la prescripción los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2010.

Respecto a los pagos parciales, que hayan podido efectuarse, existen motivos de justicia material para no hacer de peor condición al penado que fue realizando pagos parciales, que a aquel que no pagó absolutamente nada.

Pero es que además la pena de multa, en la actualidad

se abona en entidades financieras concertadas, puede desconocerse quien la paga, siendo de referir que no es infrecuente que familiares de los reos sean los que vayan abonando la multa de su peculio, en ocasiones sin conocimiento del propio penado que incluso puede estar en prisión cumpliendo otras penas. No es de recibo que la actuación de quien paga por cuenta de otro, pueda repercutir negativamente en el ámbito de la libertad personal del penado, como lo es la interrupción o no de la prescripción.

A mayor abundancia, por la imputación de pagos en favor de la responsabilidad civil, ello supone que quien ha realizado pagos que no han cubierto la totalidad de la misma, no ha abonado nada de la multa, y por ello le habría prescrito, con la incongruencia que ello supone desde un punto de vista de justicia material con aquellas condenas de multa, sin responsabilidad civil.

Otro elemento que puede tener incidencia en la prescripción de la pena de multa es la imputación preferente de pagos ordenada en el art.126 del CP en que el pago de la multa es situado en quinto y último lugar, de forma tal que el dinero pagado primero se destinará a la reparación del daño, a la indemnización al estado, a las costas de la acusación particular, y al resto de las costas.

De esta forma, pese a los pagos realizados por el penado durante años puede ocurrir que no se haya llegado a iniciar el pago de la multa.

GOMEZ-ESCOLAR⁵¹² recuerda al respecto la STS 998/06, de 10.10, "estableciendo que el tiempo de espera hasta realizar todas las responsabilidades pecuniarias que han de ejecutarse con anterioridad a la exacción de la multa

⁵¹² GOMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: "Aspectos problemáticos de la ejecución de las medidas de seguridad y de la prescripción de las penas". Ponencia curso "La ejecución en el proceso penal: aspectos organizativos y sustantivos". Centro de estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid 2012. www.cej-mjusticia.es/cej_dode (consulta 10/9/2015).

conforme al artículo 126 del Código Penal, tanto si la espera deriva de la petición de pago aplazado por parte del condenado (prevista en los artículos 50.6 y 125 del Código Penal), como si deriva de un embargo de larga duración, ya sea todo ello dentro de una ejecución o en varias causas diferentes. Las diferentes cantidades de dinero que han de abonarse en ejecución de una sentencia penal, quedan englobadas en una sola deuda en cuanto a su tramitación. Esto es, si han de practicarse *embargos* a fin de obtener las cantidades necesarias para el pago de los diferentes conceptos, tales embargos son para el abono de todas las responsabilidades pecuniarias pendientes (civiles, costas y multa) y luego, a medida que se va consiguiendo el dinero, se va pagando por el orden indicado en el artículo 126 del Código Penal. La espera necesaria para que el embargo de un salario cubra las cantidades adeudadas por responsabilidad civil, de cobro preferente a la cuantía de la multa conforme al mencionado artículo 126, no puede computarse para el transcurso del plazo señalado para la prescripción de la pena”.

Estimamos que nos encontramos una vez más ante una imprevisión legislativa que se encuentra en clara contradicción con el art.134 del CP pues la imputación de pagos preferente ordenada por el legislador impide que pueda tenerse por iniciada el cumplimiento de la pena de multa. El legislador es libre de establecer un régimen de imputación de pagos que beneficien o inciten a la totalidad de las cantidades económicas a las que debe de hacer frente el reo, pero estimamos que dicha imputación de pagos preferentes pueda asimilarse al inicio de la pena, ya que justamente la imputación de pagos impide que se haya iniciado el cumplimiento de la pena de prisión, como lo acredita que en caso de proceder al embargo o determinación de la responsabilidad personal subsidiaria se procederá por la

totalidad de la multa, lo que acredita que no habiéndose abonado nada de la multa, el pago de la misma, ni siquiera se ha iniciado. Que en tales circunstancias los pagos parciales que se imputan a pago de las responsabilidades civil o costas interrumpen la prescripción parece irreconciliable, salvo que existiera una disposición legal en el art.134 que estableciera que en el caso de pago de multa, cualquier pago destinado a satisfacer cualquier responsabilidad pecuniaria interrumpirá la prescripción, aun cuando por la imputación de pagos del art.126 se destine a pagos distintos a la multa.

En definitiva, criterios de toda índole llevan a no utilizar criterios extensivos contrarios a la prescripción de las penas, y siendo la multa una pena mucho más benigna que las penas privativas de libertad, no debe conllevar una interpretación más ardua en materia de prescripción, cuando el legislador no lo ha dispuesto así.

Nuestra postura es que el legislador de 1995 en la regulación de la prescripción de la pena ha partido de la legalidad anterior, que venía especialmente referida a las penas de prisión e inhabilitación, obviando las peculiaridades de penas de otra naturaleza que cuentan con especial protagonismo en el CP de 1995. Por ello de lege ferenda lo que propugnamos es que la regulación de la prescripción de las penas se adapte a las singularidades de cumplimiento y ejecución de las distintas penas.

Concretamente, en lo referido a la pena de multa, estimamos que si en cinco años la administración no ha podido cobrar la totalidad de la multa o iniciar la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria, debe de quedar tanto prescrita la cantidad que haya resultado impagada, como la responsabilidad personal que no se ha iniciado.

1.3.5.-Suspensión del plazo de prescripción por LO 1/2015

La LO 1/2015 ha introducido la suspensión de la prescripción de la pena en dos concretos supuestos, que ya hemos analizado. Así establece el art.134

"2. El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso:

a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena.

b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75

Nos encontramos ante una modificación para dar respuesta legal a dos supuestos planteados por la doctrina y la jurisprudencia, si bien es de referir que el legislador no ha optado por entender que estos dos supuestos interrumpen la prescripción, sino que solamente suspenden el plazo.

Estimamos que la suspensión así planteada supone que se pueden conservar y acumular sumándolos los plazos de prescripción de la pena.

Así en un supuesto en que la sentencia firme fuera de fecha 1 de enero de 2016, en dicha fecha se iniciaría el cómputo del plazo de prescripción.

La concesión del plazo de suspensión de la pena en 2020 por plazo de cinco años, suspendería hasta 2025 el cómputo de la prescripción de la pena, de forma que si se le revocara la suspensión en 2025, el plazo de prescripción de la pena seguiría contando el año que le resta hasta completar los cinco años que tienen señalado las penas privativas de libertad que pueden ser objeto de suspensión, salvo los delitos de injuria y calumnia.

2 PRESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

2.1 Antecedentes históricos

La prescripción de las medidas de seguridad ha estado regulada históricamente en nuestra legislación de forma dispersa, por lo que estimamos oportuno, realizar el desarrollo de las mismas.

Es una opinión extendida que en todos los derechos penales, desde los tiempos más primitivos, encontramos algunas penas semejantes -en sus presupuestos y/o en su contenido y/o en sus fines- a las actuales medidas de seguridad⁵¹³.

En nuestro derecho español existen antecedentes remotos como la Pragmática de Carlos III de 1771 que establecía la prolongación indefinida de la pena para delincuentes peligrosos. También existen antecedentes legislativos en los Códigos de 1848, 1850 (art. 8.1) y 1870 (art.8.1) para los inimputables.

2.1.1. Código de 1928

En el Derecho Penal español la introducción de unas medidas de seguridad así denominadas, y con una naturaleza ya definida no tendrá lugar sino con el Código Penal de 1928. LEAL MEDINA⁵¹⁴ justamente señala que dicho Código "destaca principalmente por ser el primer texto legal español, que mantiene el binomio penas y medidas de

⁵¹³ BERISTAIN, A.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo: teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, Madrid, 1974 , págs. 38-39, OLESA MUÑIDO, "Las Medidas de Seguridad", Barcelona 1951, SANTOS REQUENA, "La imposición de medidas de seguridad, Granada, 2001".

⁵¹⁴ LEAL MEDINA, J.: "La Historia de las medidas de seguridad". Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

seguridad como respuestas criminales alternativas frente al delito".

El art. 71 establece el concepto de peligrosidad criminal como "el estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la posibilidad de delinquir, constituye peligro social criminal". El art. 90 establece un catálogo de medidas de diferentes clases, entre las cuales según JORGE BARREIRO⁵¹⁵ se encuentran auténticas penas como la privación o incapacitación de los derechos civiles.

Este código presenta como características fundamentales: A) Tienen carácter jurisdiccional, es decir, han de ser impuestas por los Tribunales; b) su presupuesto de aplicación es la peligrosidad criminal. No podrá aplicarse medida de seguridad alguna por la simple razón de considerar a un sujeto peligroso sino que será preciso, por regla general, que éste haya cometido un hecho sancionado en la Ley penal como delito o falta; c) Normalmente se aplican junto a la pena, teniendo un carácter accesorio con relación a ésta. D) Se define el peligro social criminal.

En el Código Penal de 1928 no se establecía plazo de prescripción de las medidas de seguridad, sino que por el contrario en su art. 206 excluía la prescripción de "la acción penal o de la prescripción de la pena" entre otros a "los destinados a internamiento en manicomio judicial o particular" y "a los alcoholizados, toxicómanos y vagos mientras subsista la necesidad de su internamiento"⁵¹⁶.

2.1.2. Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933

La ley de 4 de agosto de 1933 según JIMÉNEZ DE ASÚA⁵¹⁷ es una ley de peligrosidad sin delito que estuvo vigente en

⁵¹⁵ JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1976, pág.50.

⁵¹⁶ Ver capítulo histórico de esta tesis.

⁵¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. "Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito, RGL y J, t.163, 1933, pág. 630.

España, sufriendo diversas reformas hasta 1970 en que fue derogada y sustituida. JORGE BARREIRO⁵¹⁸ indica que se desarrollaba a través de medidas de seguridad establecidas en base a la peligrosidad pre y postdelictual del sujeto y el sistema se fundamenta bajo los postulados siguientes: 1.- Carácter jurisdiccional; 2.-Se imponen en base a la peligrosidad social y criminal del sujeto; y rige el principio de legalidad. Señala como defectos: 1-La inclusión tanto de la peligrosidad social como criminal; 2.-La indeterminación legal y la ambigüedad de las categorías de peligrosidad, pretendiendo conjugar un mínimo de legalismo con las necesidades de pragmatismo defensivo que su tratamiento reclama; 3.-el fracaso en cuanto a la obtención de objetivos conseguidos por la Ley ha radicado en la falta de personal idóneo y establecimientos adecuados⁵¹⁹.

La Ley de Vagos y Maleantes estableció en su art.19 la prescripción de las medidas de seguridad impuestas por esa ley.

Art 19.-"Las medidas de seguridad prescribirán:

- D) A los diez años, si se trata de internamiento en Establecimiento de custodia, de trabajo o de colonias agrícolas.
- E) A los cinco años si se trata de internamiento en asilos curativos de templanza para bebedores y toxicómanos, o de sumisión a la vigilancia de delegados.
- F) A los tres años, en cualquier otro caso.

El término de la prescripción comienza a contarse desde el día en que quedo firme la resolución que se impuso, o desde aquel en que se hubiere interrumpido

⁵¹⁸ JORGE BARREIRO, A.: ob. cit., págs.50 a 53.

⁵¹⁹ La Fiscalía del Tribunal Supremo señalaba en 1967, que: "Mientras los establecimientos dedicados a la aplicación de las medidas de seguridad no se determinen y se adecuen a su función, los Tribunales seguirán siendo reacios a la aplicación de unas medidas que se convierten en verdaderas penas privativas de libertad". (Memorias de la FTS, 1967, pág.59).

irregularmente la ejecución de la medida.

Antes de expirar el término de la prescripción puede acordar el Tribunal ya de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de parte legítima, una nueva medida de seguridad que sustituya a la incumplida.

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo, quedan interrumpidos si el peligroso fuese condenado por razón del delito.

La amnistía, el indulto o el perdón de la parte ofendida no afectarán al cumplimiento y extinción de las medidas de seguridad, salvo la ley en que la amnistía se conceda dispusiere especialmente lo contrario.

2.1.3. Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970

La Ley 16/70, de 4 de agosto sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (B.O.E. 187, de 6 de agosto), que sustituyó y derogó⁵²⁰ la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 reguló en su art. 35 donde se señalaban los plazos de 3, 5 y 10 años.

Art 35.-"Las medidas de seguridad prescribirán:

a) A los diez años, si se trata de internamiento en establecimiento de custodia o de trabajo.

b) A los cinco años, si se trata de internamientos en asilos curativos de templanza y reeducación, o de sumisión a la vigilancia de los

⁵²⁰ Según la Exposición de Motivos de la Ley 4 de agosto de 1970: "Para poner al día y proporcionar plena eficacia a sus normas haya aparecido necesario realizar esta reforma que, manteniendo sustancialmente sin modificación los principios que en la Ley de 1933 se inspiró, adecua su contenido a las necesidades y realidades de hoy, en beneficio de los propios sujetos a quienes la Ley haya de aplicarse y de la sociedad que deba integrarlos".

delegados.

c) A los tres años, en cualquier otro caso.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que quedó firme la resolución en que se impuso la correspondiente medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse la que se trate, o desde aquel en que se hubiera interrumpido irregularmente su ejecución.

Si la medida de seguridad fuera en su cumplimiento posterior al de una pena, se computará el plazo desde la extinción de tal condena.

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo quedan interrumpidos si el peligroso fuera condenado por razón del delito.

Resulta reseñable destacar que la diferencia en el tratamiento de la prescripción y de las medidas de seguridad era uno de los elementos diferenciadores en el derecho positivo entre pena y medida de seguridad⁵²¹. Así, el comienzo del tiempo de la prescripción variará según se trate de pena o de medida de seguridad: En el primer supuesto, la prescripción se iniciará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si esta se hubiera comenzado a cumplirse (Art 116 CPD) y en el caso de las medidas de seguridad "el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que quedó firme la resolución en que se impuso la correspondiente medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse la que se trate, o desde aquel en que se hubiera interrumpido irregularmente su ejecución. Si la medida de seguridad fuera en su cumplimiento posterior al de una pena, se computará el plazo desde la extinción de tal condena. Los plazos de

⁵²¹

JORGE BARREIRO, A.: ob. cit., págs.106 y 107

prescripción se interrumpirán: en la pena, cuando el reo cometiese otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción, quedando sin efecto el tiempo transcurrido (art. 116.2 CPD); y en la medida de seguridad, cuando el peligroso fuese condenado por razón de delito (art. 35 LPRS)

Es de indicar que en el ámbito de aplicación de la LPRS se excluía por mandato del art.1 a los menores de 16 años a los que remite a los Tribunales tutelares de menores que podrán valorar su conducta y aplicar las correspondientes medidas que establece el art.17 de la LMT.

El artículo 65 del CP entonces vigente establecía la posibilidad de aplicar una medida correctiva sustitutiva de la pena, al mayor de 16 años y menor de 18 años.

2.2 Código penal de 1995

Hasta el Código Penal de 1995, no existía en los Códigos Penales anteriores preceptos específicos que establezcan la prescripción de las medidas de seguridad.

Art 135.1.-*Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieren otro contenido.*

2.-*El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en su caso, el cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.*

3.-*Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo*

se computará desde la extinción de ésta.

La relación al plazo de las penas privativas de libertad superior o inferiores a tres años de prisión parecen tener su significación en la clasificación de penas graves y menos graves de prisión en la redacción original del CP de 1995, pero tras la reforma operada por Lo 15/2003 dichas referencias perdieron su relación.

Como se ha indicado anteriormente la reforma operada por LO 15/2003 respecto a la clasificación de las penas contenida en el art.33 no parece suficientemente meditada en relación a sus efectos en los plazos prescriptivos.

El cómputo de los plazos de las medidas de seguridad se computa desde la fecha de la firmeza de la resolución, por ello podemos encuadrarlas como una especialidad dentro de la prescripción de las penas.

Si no existe sentencia firme, respecto a los hechos que pudieran dar lugar a la imposición de una medida de seguridad, entendemos que habrá que estar a los plazos generales de la prescripción del delito.

Las medidas de seguridad se encuentran reguladas en los art. 95 y siguientes, y están enumeradas en el art. 96.

El último párrafo del art. 20 del NCP que regula las eximentes, establece que "en los supuestos de los tres primeros números se aplicarán en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código". Estos tres supuestos son:

1) La alteración psíquica y el trastorno mental transitorio.

2) La intoxicación plena por el consumo de alcohol, drogas etc.

3) La alteración grave de la conciencia de la realidad por padecer alteraciones en la percepción.

Al configurarse la prescripción de las medidas de seguridad con un carácter totalmente autónomo respecto a la prescripción de las penas, y no hacerse mención alguna al genocidio, entendemos que el autor de un delito de genocidio que ha resultado absuelto por una de las tres primeras eximentes del art.20 y al que se le impone alguna medida de seguridad, sí que tiene posibilidad de que le prescriba dicha medida de seguridad si se cumplen los plazos.

El Código Penal de 1973, no establecía plazos de prescripción para las medidas de seguridad, que se encontraban enumeradas en el art. 8. Las medidas de seguridad se encontraban reguladas en la Ley 16/70, de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social (BOE 187, de 6 de agosto), y sus plazos de prescripción en su art. 35.

AYO FERNÁNDEZ⁵²² ha señalado la incorrección cometida por el CP al considerar la prescripción de las medidas de seguridad como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, y se insiste en lo absurdo que resulta tratar de llevar la analogía entre la pena y la medida de seguridad más allá de los extremos en que ésta resulta posible. Es decir, en cuanto se refiera a su común carácter de consecuencia sancionadora y gravosa de la comisión de hechos delictivos, ya que su fundamento y finalidad son esencialmente diversas.

La prescripción de las medidas de seguridad ha sido siempre muy discutida por la doctrina, aunque en último extremo se ha admitido, justificada por la seguridad jurídica y la imposibilidad de mantener abiertos indefinidamente los expedientes y procedimientos para el tratamiento de la peligrosidad.

Como recuerda RUBIO LARA⁵²³ "para la doctrina

⁵²² AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 286,

⁵²³ RUBIO LARA, P.: "Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio del Código Penal: perspectivas doctrinales y

tradicional la prescripción no tendría fundamento alguno por cuanto las medidas están unidas a un estado peligroso que está vinculado al sujeto, sin embargo, modernamente se fundamenta, bien en razones de seguridad jurídica, bien que el paso del tiempo sin la realización de nuevos hechos hace venir a menos la razón de su imposición”.

Nuestra postura al respecto es que siendo las medidas de seguridad susceptibles durante su ejecución de ser cesadas, modificadas o sustituidas en atención al estado del sujeto tal como establece el art.97 y ss del CP, no parece razonable la brevedad de los plazos de prescripción para las medidas privativas de libertad, pues en tanto que dichas medidas pueden ser sustituidas resultaría más acorde con la finalidad de las medidas un plazo de prescripción más elevado, o una mayor escala de plazos.

Subrayar MANZANARES SAMANIEGO⁵²⁴ “el silencio que finalmente se guarda respecto a la posibilidad de la prescripción después de haberse iniciado el cumplimiento de la medida. No se explica bien que el art. 134 recoja la prescripción de la pena en ese caso – con referencia expresa al quebrantamiento de condena– y aquí falte toda previsión paralela, tanto más cuando el delito de ese nombre no hace distinciones (art. 468).

Para el citado autor “De lege data se plantean tres opciones. La primera, estrictamente literal, descartaría de plano toda prescripción tras haberse iniciado el cumplimiento de la medida de seguridad. La segunda sería operar desde la fecha del quebrantamiento, aplicando en interpretación analógica favorable al reo el criterio sustentado para la prescripción de las penas en el art. 134, pero con los plazos del art. 135.1. Y la tercera consistiría en aceptar la prescripción a partir del quebrantamiento,

jurisprudenciales. Problemas y soluciones”. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. Thomson Reuters. Navarra, 2011, pág. 104

⁵²⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: ob. cit. pág.9

pero contando el plazo conforme a los únicos momentos iniciales que el propio art. 135.2 contempla, es decir, el día en que hubiese quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, si se tratara de cumplimiento sucesivo, aquel en que debió empezar a cumplirse. Dentro de la dificultad de la elección, tal vez la segunda sea la más razonable”.

Planteadas las tres soluciones que propone el citado autor resulta obvio que atendiendo a la literalidad, la primera que descarta la prescripción por interrupción o quebrantamiento de la medida parece ser la que se desprende con toda claridad del texto legal. Dicha solución aun negando la prescripción, no resulta absurda siendo de referir que al ser las medidas de seguridad modificables o incluso pudiéndose cesar la prescripción en tales circunstancias exclusivamente podría fundarse en la seguridad jurídica. Sin embargo dicha tesis incurriría en la incongruencia de establecer la prescriptibilidad previa al inicio y la imprescriptibilidad de las medidas que ya se inició su cumplimiento. La tercera solución, que resulta la más favorable al reo presenta serios inconvenientes como es que supondría contar el plazo de prescripción desde el inicio de la sentencia aun teniendo en cuenta el tiempo en que sí ha cumplido la medida de seguridad, con lo que la prescripción perdería su razón de ser que no es otro que el incumplimiento de la medida. Desde nuestra postura no puede prescribir una medida mientras se está cumpliendo la misma, por lo que se identificaría tiempo de cumplimiento con tiempo de prescripción, cuando los plazos de prescripción y el tiempo de la condena pueden ser además muy dispares.

La lectura sistemática del art.135, y especialmente del párrafo tercero permiten que la segunda solución apuntada por MANZANARES⁵²⁵ desde un punto de vista sistemático resulte

⁵²⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: ob. cit. pág.9.

la menos absurda, en cuanto las previsiones del apartado 3 ponen de manifiesto que el vacío legislativo existente se trata de un grave defecto de técnica legislativa.

CONCLUSIONES FINALES

I

1. Proponemos el siguiente concepto: La prescripción de la infracción penal es una institución jurídica que se produce por el transcurso de un determinado lapso de tiempo prefijado de inactividad judicial ininterrumpida, ya sea antes de iniciarse el proceso, durante el mismo, y antes de la sentencia firme, cuya consecuencia es la imperativa extinción de la responsabilidad criminal en que haya incurrido o podido incurrir cada sujeto que ha podido participar en la comisión de dicha infracción penal, siendo esta institución susceptible de ser regulada en cada concreto ordenamiento jurídico con normas sustantivas, procesales o mixtas.

2. Mantenemos que el fundamento de la prescripción es múltiple. Nuestra propuesta es que el transcurso del lapso ininterrumpido de tiempo se alza como un síntoma, pretexto (praescriptio) y método objetivo de solución de crisis del sistema penal. Se trata de un método "de recogida" creada para solventar un conjunto de problemas dispares y complejos que afloran por el transcurso del tiempo y que se plantean en el ámbito de la punibilidad, y del proceso. Las soluciones individuales en dicha situación de crisis resultan susceptibles de gran subjetividad y la exigencia de lapsos temporales predeterminados permite unificarlas bajo un único requisito objetivo que permite ajustarse a la gravedad .

La prescripción ofrece una respuesta en derecho, objetiva y con automatismo resolutivo, sin vaguedades, y sin necesidad de entrar en elementos valorativos.

3 La prescripción entendida como simple método de

recogida de situaciones dispares que tienen en común una prolongada inactividad, permite una comprensión evolutiva en la historia del derecho.

Bajo el síntoma único de la paralización la prescripción ha ofrecido durante siglos una respuesta que posteriormente es dada con mayor rigor por otras instituciones legales, o principios materiales y procesales.

Se trata de una institución milenaria que en su sencillo estado ha coexistido al tiempo que otras instituciones que han derivado o confluido para solventar con mayor rigor y eficacia algunos de los problemas que antes se envolvían bajo el sobretodo de la prescripción.

Los límites de los plazos prescriptivos suponen a su vez la necesidad de limitar la prisión preventiva, y ha cumplido en el pasado funciones que hoy ocupa el principio de presunción de inocencia con todo su desarrollo, siendo una garantía para el sujeto tardíamente acusado, y ha venido a cumplir funciones de la suspensión condicional de la pena.

4. Dentro de los distintos fundamentos, entendemos que las dificultades probatorias por el paso del tiempo sí que permiten justificar la prescripción de las infracciones pues no se refiere únicamente a las pruebas que sí existen en el proceso contra el acusado, sino a aquellas otras que por el tiempo transcurrido han podido desaparecer u ofrecer escasa fiabilidad. La prescripción es una institución que ha evitado juicios sin debidas garantías temporales, en momentos históricos en que la presunción de inocencia o el in dubio pro reo no encontraban el desarrollo que tiene en la actualidad.

5. Vinculamos el derecho a la presunción de inocencia, que admite prueba en contrario, con la prescripción en

cuanto dicha presunción por el transcurso de los lapsos prescriptivos se transforma en derecho a la declaración de inocencia. La prescripción convierte una presunción iuris tantum en una presunción iuris et de iure. En dicho sentido la prescripción es la culminación del derecho a la presunción de inocencia que se ve reforzado con unos límites temporales para ser cuestionado.

6. La descongestión judicial y penitenciaria, así como la eficiencia del sistema de administración de justicia también permiten la fundamentación de la prescripción, pues ante la existencia de unos medios o recursos limitados se racionaliza legalmente para no desbordar el sistema.

7 No resulta casual, sino fruto de su fundamento múltiple y diverso, que las polémicas entorno al fundamento o fundamentos de la prescripción se trasladen también a la naturaleza jurídica de la misma.

Mantenemos que las posibilidades de los ordenamientos jurídicos son tan versátiles que pueden alumbrar una relación híbrida entre fundamentación y naturaleza jurídica ya que el legislador es soberano para ello.

La prescripción es una institución a la que calificaremos de "dúctil" en cuanto admite ser alumbrada por el legislador como derecho procesal, material o mixta.

Este carácter dúctil resulta plenamente clarificadora a nuestro juicio con el fundamento de esta institución que ofrece una solución cierta a un conjunto de problemas y cuestiones de distinta significación que como método acaban siendo agrupados por el transcurso de los plazos temporales que permite identificarlos.

8 Las condiciones que algunos ordenamientos jurídicos imponen para apreciar la prescripción junto al transcurso

del tiempo, o las causas que interrumpen la misma resultan relevantes, como elementos diferenciadores, a efectos de determinar la fundamentación o naturaleza que en dicho ordenamiento tiene la prescripción, puesto que evidencian la voluntad del legislador al añadir condicionantes al mero devenir temporal.

En dicho sentido, la prescripción de la pena del CP de 1944 situaba la comisión de un nuevo delito como causa de interrupción de la prescripción nos lleva a concluir que la prescripción de la pena se fundaba en la presunta resocialización del penado que resultaba inaplicable en cuanto la comisión de un nuevo delito en dicho plazo.

Por ello, mantenemos que la prescripción de la pena guardaba una cierta semejanza, de facto, con la suspensión condicional de la pena.

9 El ordenamiento jurídico español ha transformado la naturaleza de material a mixta, en cuanto las diversas reformas sobre el inicio del cómputo de la prescripción en delitos sobre víctimas menores y las reglas sobre los plazos de prescripción en los delitos conexos ha supuesto que razones de índole procesal, como la mayoría de edad de las víctimas o las reglas de conexidad incidían en el plazo de prescripción para aumentarlo.

10 De lege ferenda mantenemos que la naturaleza más apropiada para la prescripción es la material, o alternativamente mixta, pues es la que mejor se adecua a su consecuencia de exclusión de pena.

11 Proponemos que la prescripción puede elevarse a norma de derecho fundamental recogida en la Constitución, especialmente si se fundamenta en la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, al suponer una

autolimitación del estado a la potestad de penar, incluso de los tienen potestad legislativa. Estimamos que la prescripción es una garantía frente a la posible reacción tardía del poder utilizada de forma arbitraria o selectiva.

Una evolución de la constituciones permite comprobar como las mismas han ido adoptando limitaciones temporales a la de detención policial y prisión preventiva. En dicho sentido de avance constitucionalizador también puede propugnarse de los plazos máximos para castigar.

La constitucionalización de la prescripción como un derecho fundamental puede efectuarse con un precepto del siguiente tenor:

"Se garantiza el derecho a la prescripción de las infracciones penales, de las penas y medidas de seguridad en los plazos y requisitos legalmente establecidos excepto la de aquellos que por su extrema gravedad sean declarados imprescriptibles,

Estimamos que dicha norma podría encajar fundamentalmente en tres preceptos según cual sea la opción respecto a la fundamentación, naturaleza y consecuencias que se pretenda resaltar dentro de la topográfica constitucional, que serían los arts. 9.3; un nuevo apartado 17.5 y el art.24.2 de la Constitución.

12 Mantenemos que la regulación legal de los plazos debe de reunir las características de certeza objetiva, simplicidad y estabilidad legislativa. El principio de seguridad jurídica debe excluir que la aplicación de penas postestativas o alternativas altere el plazo de prescripción, especialmente en contra del acusado.

Se han constatado múltiples errores en la regulación de la prescripción en el ordenamiento jurídico español así como incoherencias en los plazos de prescripción en relación a su gravedad, también en relación a los plazos de prescripción

de las penas, y de las medidas de seguridad.

Respecto a los plazos, la remisión a la clasificación del art.33 del Código Penal ofrece pocas posibilidades aplicativas respecto a la prescripción (y otras instituciones como la cancelación de antecedentes, etc. por lo que el importante papel que podría constituir el art.33 como eje del engranaje del código penal y de los tipos de proceso se ha tenido que suplir enturbiando la claridad.

Los distintos plazos de prescripción se alzan como una escala graduada para la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, y por ello esa escala gradual adquiere por sus consecuencias liberadoras de la pena una relevancia esencial que debiera irradiar o estar en congruencia con las clasificaciones de delitos y penas.

13 El reconocimiento de delitos o penas imprescriptibles ha tenido un efecto de pendiente resbaladiza donde progresivamente van aumentando las infracciones y penas que por semejanza se declaran imprescriptibles, al tiempo que se incrementan los plazos.

Somos contrarios a la imprescriptibilidad de los delitos y penas, según la tradición jurídica española en la que prescribían incluso los delitos castigados con pena de muerte y proponemos el establecimiento de plazos excepcionales de extraordinaria duración para estos delitos. En dicho sentido estimamos que plazos de 30, o a lo sumo 40 años, remarcarían la enorme gravedad de dichas infracciones y en atención a la esperanza de vida, en la práctica resultaría muy difícil que alcanzarán la prescripción.

14 En el supuesto de infracciones conexas atribuibles a diversos sujetos uno por delito grave y otro por delito menos grave o leve como puede ser lesiones mutuas de distinta significación, alterar el plazo de prescripción de

quien ha cometido la infracción leve elevándola hasta impedirla por la gravedad de los hechos cometidos por otro sujeto supone impedir la extinción de la responsabilidad criminal en función de la responsabilidad criminal de otro que justamente lesionó con mayor gravedad, lo que resulta incongruente.

15 Proponemos la modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal para que se establezca "En los autos de detención y requisitorias se establecerá la fecha de cese de la orden de detención en relación a los previsibles plazos de prescripción".

La prescripción al determinar la extinción de la responsabilidad criminal opera sobre el pasado, pero también hace previsible la futura extinción de las medidas cautelares o restricciones de derechos como las ordenes de busca y detención, alzándose como una garantía frente a detenciones injustificadas. Resulta exigible un sistema que evite la prolongación indebida de dichas restricciones o medidas cautelares, más allá de los plazos prescriptivos.

Puesto que la posible declaración de prescripción necesariamente tendrá que ser una resolución motivada parece lo adecuado que sea el auto de detención el que señale el plazo prescriptivo.

16 De lege ferenda proponemos que la regulación de la prescripción de las penas se adapte a las singularidades de cumplimiento y ejecución de las penas de distinta naturaleza.

Concretamente, en lo referido a la pena de multa, estimamos que si en cinco años la administración no ha podido cobrar la totalidad de la multa o iniciar la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria, debe de quedar tanto prescrita la cantidad que haya resultado

impagada, como la responsabilidad personal que no se ha iniciado.

17 Los plazos de prescripción de las medidas privativas de libertad son muy breves en tanto que dichas medidas pueden ser sustituidas resultaría más acorde con la finalidad de las medidas un plazo de prescripción más elevado, o una mayor escala de plazos.

18 La redacción dada por la LO 1/2015 al art. 13.4 in fine del Código Penal constituye una relevante novedad que resulta distorsionada en cuanto modifica la gravedad de la pena en función a la pena mínima.

Estimamos que para corregir esta disfunción, debería legislarse en el art.33 o 133.

En el caso del art.133 nuestra propuesta es que el precepto debería contener el siguiente enunciado:

Al año, las penas leves y las impuestas por delitos leves.

19 Respecto a la prescripción de las penas impuestas a las personas jurídicas, tras la LO 5/2010 habrá que estar al régimen general de la prescripción, partiendo de que el art.33.7 del Código Penal establece las penas que pueden imponerse que indica que todas tienen la consideración de penas graves, por lo que de conformidad con el art.133 su plazo de prescripción será el de 10 años, (excepto la inhabilitación del art. 33.7 f, que podrá ser incluso de 15 o 20 años.

La lectura del catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas permite comprobar que algunas de las penas tiene el carácter de definitivas como la disolución de la persona jurídica (art.33.7 b) o la prohibición definitiva de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya favorecido

o encubierto el delito. Estimamos que en estos casos existen razones para que estas penas resulten imprescriptibles, pues resulta contradictorio, a nuestro juicio, la naturaleza definitiva de la pena y que la misma tenga plazo de prescripción.

La prescripción de la pena para las personas jurídicas viene a reforzar la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción, frente a otros fundamentos tradicionales basados en la innecesariedad de pena, que a nuestro juicio resultan difíciles de aplicar a la persona jurídica.

20 Advertimos que la nueva pena de prisión permanente revisable, que se encuentra catalogada en el art.33.2 a) como una pena diferenciada de la pena de prisión, carece de plazos de prescripción del delito y de la pena, si bien estimamos que ello no puede conducir ni a sostener de lege data ni su imprescriptibilidad, ni tampoco el lapso de cinco años de prescripción, por lo que deberá estarse al plazo máximo prescriptivo, si bien existen elementos que estimamos incoherentes en esta pena y el instituto de prescripción que justamente se caracteriza por la predeterminación de un plazo cierto de inicio o continuación de la ejecución de la pena. Proponemos que se establezca un plazo concreto de prescripción para los delitos castigados con dicha pena, así como para la prescripción de la pena de prisión permanente revisable en los arts.131 y 133 del CP.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R.: *"El concepto y la naturaleza del Derecho"*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008.

ALONSO PRIETO, L.: "La prescripción de las faltas en procesos por delito", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 867, 1971.

ALVAREZ GARCIA, F.J.: Artículos 112 y ss. en LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRIGUEZ RAMOS L.(coords.) *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.

ANTON ONECA, J./RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.: *Derecho penal I. Parte general*. Madrid, 1949.

ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*. Ed. Akal, Madrid, 1986.

ARAMBURU y ARREGUI, J.D.: *Instituciones de Derecho penal español arregladas al código reformado de 30 de junio de 1850*, B. González, Oviedo, 1860.

AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: "Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal (Notas sobre la STC 63/2005)". *Diario la Ley*, N° 6265, 2005.

- "La noción de un proceso penal con todas las garantías" en *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación continuada N° 22, CGPJ, Madrid, 2004.

BAJO FERNANDEZ, M.: "La polémica prescripción del delito fiscal (A propósito de la STS de 6 de noviembre de 2000)" en *Actualidad Penal*, 2000.

BAJO, M./BACIGALUPO, S.: *Delitos contra la Hacienda Pública*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000.

BANACLOCHE PALAO, J.: "Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal", *Revista de Derecho Procesal*, Edersa, Madrid, 1997-2.

BARBERA FRAGUAS, M.: "Derecho penal internacional: el genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación: La responsabilidad del superior jerárquico, autoría inmediata." *Actualidad Penal*, nº 11, 2002.

BECCARIA, C.: *Tratado de los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

BECKER, G.S.: "Crime and punishment: An economic approach" *Journal of political Economy*, nº 76, 1968.

BENTHAM, J.: *Tratado de la legislación civil y penal*, Beaume, Burdeos, 1829.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.: *Manual de Derecho penal. Parte general* Praxis Barcelona, 1994.

BERISTAIN, A.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo: teoría, legislación positiva y realización práctica*, Reus, Madrid, 1974.

BERNALDO DE QUIROS, C: *Derecho penal. Parte general*, José María Cájica, Puebla, 1949.

BERNI CATALA, J.: *Práctica criminal con nota de los delitos sus penas*, 2ª ed., Valencia, 1765.

BETTIOL, G.: *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1965.

-*Diritto penale*, Palermo, 1945

BINDER, A.M.: "Prescripción de la acción penal: El indescifrable enigma de la secuela del Juicio". *Doctrina Penal*, N 49-52, 1990.

BLASCO DELGADO, C.: *La prescripción de las infracciones y sanciones tributarias*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

BOLDOVA PASAMAR, M.A.: "Extinción de la responsabilidad penal" en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. (Coord. GRACIA MARTIN, L.) ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

BUSTOS RAMIREZ, J.: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.

CAAMAÑO, F.: *La garantía constitucional de la inocencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CANTARERO BANDRES, R.: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU, Barcelona, 1990.

CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CARDENAL MONTRAVETA, S.: "Constitución y prescripción de la pena" en Mir Puig, S.(coord.) *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013,

CARRARA, F.: *Programa del corso di diritto criminale*, Fratelli Cammelli, Firenze *Diritto criminale*, Firenze, 1924.

CASABO RUIZ, J.R.: "La aplicación del Código penal de 1822" en *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor J. Antón Onéca*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

-*El Código Penal de 1822*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia, 1968.

CASTRO Y OROZCO, J./ORTIZ DE ZUÑIGA, M: *Código penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, tomo I, Manuel Sanz, Granada, 1848.

CHOLET, D.: *La célérité de la procédure en droit processuel*, L.G.D.J., Paris, 2006.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

COBO DEL ROSAL, M.: *Caso Marey*, Dykinson, Madrid, 2003.

CUELLO CALON E.: *Derecho penal*, tomo I, Barcelona, 1945.

DAMBACH: "Studi sulla dottrina della prescrizione criminale". Berlino, 1860.

DE URBANO CASTRILLO, E.: "Diligencias inocuas y prescripción penal", *La Ley* 4, 1997.

DEL TORO MARZAL, A.: "Comentarios a los arts. 112 y ss." en CORDOBA RODA, J./RODRIGUEZ MOURULLO, G./ CASABO RUIZ, J.R.: *Comentarios al Código Penal*, Ariel, Barcelona, 1992.

DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973.

-*La seguridad jurídica y otros ensayos*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

DIEZ RIPOLLES, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.

DIEZ RIPOLLES, J.L.: "Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena" en *Política criminal y derecho penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2 Ed., Valencia, 2013.

DOVAL PAIS, A.: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch Valencia, 1999.

ENDICOTT, T.: *La vaguedad en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2006.

FAIREN GUILLEM, V.: *Meditaciones sobre una exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código Penal*, Colección de estudios de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, Valencia, 1973.

FARALDO CABANA, P.: *Las causas del levantamiento de la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000

FENECH, M.: *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1978.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed, Trotta, Madrid, 1997,

FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, tomo II, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947.

FERRI, E.: *Principios de derecho criminal*, Reus, Madrid, 1933.

FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte generale*. 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 1995,

FLETCHER, G.P.: *Conceptos básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FLORIAN, E.: *Trattato di Diritto penale*, Milano, 1934.

FRIGOLS BRINES, E: *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho español*, J.M.Bosch editor, Barcelona, 2004.

GALLEGO DIAZ: M. "Prescripción penal y prohibición de retroactividad". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, 1986.

GARBERI LLOBREGAT, J.: *Constitución y derecho procesal*, Aranzadi, Navarra, 2009.

GARCIA GOYENA, F.: *Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes: comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Librería de los señores, viuda e hijos de Antonio Calleja, Madrid, 1843.

GARCIA PEREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCIA SANMARTIN, J: "La interrupción de la prescripción de las penas". *Diario La Ley*, N° 8267, La Ley, 2014.

GAROFALO, R.: *La criminología*, La España moderna, Madrid, s/f.

GILI PASCUAL, A.: *La prescripción en el derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2001.

- "Propuesta de Lege ferenda para una regulación de los plazos de prescripción en el Código Penal español". *Cuadernos de Política Criminal*, N° 90, 2006.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2007.

GOLDSCHMIDT, J.: *Derecho, Derecho penal y proceso*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: "Aspectos problemáticos de la ejecución de las medidas de seguridad y de la prescripción de las penas". Ponencia curso *La ejecución en el proceso penal: aspectos organizativos y sustantivos*. Centro de estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid 2012. www.cej-mjusticia.es/cej_dode (consulta 10/9/2015).

GÓMEZ DE LA ESCALERA, J.J.: "Novedades en la prescripción de las infracciones penales y sus penas". *La Ley*, N° 3987, 1996.

GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBAN, J. M.: *Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, tomo III, 3ª ed., Madrid, 1861,

GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBAN, J.M.: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1865.

GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo I, Barcelona, 1947.

-*Derecho y proceso*, Aranzadi, Navarra, 2009.

GONZALEZ CUSSAC, J.L: "Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales. (A propósito de la STC 63/2005)". www.tirantonline.com TOL 636.462.

GONZÁLEZ TAPIA, M.I.: *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003.

GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA, P.: *El Código Penal de 1870*, tomo II, 2ª ed., Hijos de J.A. García, Madrid, 1903.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL: *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto*,

prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GUINARTE CABADA, G.: "Artículos 130 y ss". en VIVES ANTON, T.S. (coord.) en *Comentarios al Código Penal de 1995* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

HASSEMER, W.: *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HIDALGO GARCIA, J.A.: *El código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 1908.

JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte genera. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JARAMILLO GARCIA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Silvestre Ferreira, Salamanca, 1928.

JESCHECK, H.H.: *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo II, Bosch, Barcelona, 1981.

JIMENEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Losada, Buenos Aires, 1964.

-“Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito”, RGL y J t.163, 1933.

JORGE BARREIRO, A.: *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1976.

KAUFMANN, H.: *Pretensión penal y derecho a la acción penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009.

LANDECHO VELASCO, C./MOLINA BLAZQUEZ, C.: *Derecho penal español* Tecnos, Madrid, 1996.

LANDES W./POSNER, R.: "The influence of Economics on Law: A quantitative Study", *Journal of Law & Economics*, vol. XXXVI, abril 1993.

LARA PEINADO, F.: *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 1986.

LASCURAIN SANCHEZ, J.A.: "Tres problemas de aplicación del delito fiscal: retroactividad, prescripción y extinción de los participes por regulación" en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, Manuales de formación continuada, n° 4, CGPJ, Madrid, 1999.

LATAGLIATA, A.R.: *Circunstancias discrecionales y prescripción del delito*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.

LE PERA, S.: *La naturaleza jurídica*, Pannedeille, Buenos Aires, 1971.

LEAL MEDINA, J.: *La Historia de las medidas de seguridad*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

LISTZ, F.: *Tratado de Derecho penal* Tomo II. Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1916.

LLORCA ORTEGA, J.: "Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad", AA.VV. *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, CGPJ, Madrid, 1996.

LLORIA GARCIA, P.: *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006.

LOIS ESTEVEZ, J.: "Sobre el concepto de naturaleza jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*, BOE, Madrid, 1956.

LÓPEZ GARRIDO, D./GARCIA ARAN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Eurojuris, Madrid, 1996.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.y RODRIGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA, L.: *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: "La prescripción de las penas. Examen crítico". Curso *Nueva regulación de la prescripción en el ámbito penal*. Madrid, 2012.www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet?dispatcher=vacio&action=getPresentationForm&advance=0&type=JSPL [Consulta 10/9/2015]

MAGGIORE, G.: *Derecho Penal*, vol. II, Temis, Bogotá, 1985.

MAGRO SERVET, V., "Acerca de la eficacia interruptiva, en la prescripción de las penas, de la adopción de las medidas de suspensión de su ejecución", en *Diario La Ley*, núm. 102, 2013.

MAJADA, A.: *Práctica Procesal penal*, 4º ed, tomo III, Bosch, Barcelona, 1990.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L: "Apuntes sobre la prescripción del delito y la casación penal. Alegación ex-novo, apreciación de oficio y posible incidencia durante la tramitación del recurso". *Actualidad Penal*, N° 4, 1988.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "Artículos 130 y ss". en CONDEPUMPIDO FERREIRO, C. *Código penal, doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "La prescripción de las penas y las medidas de seguridad". *Diario La Ley* N° 7193, La Ley, 10 junio 2009.

MANZINI, V.: "Tratado de Derecho penal". Tomo V. Ed. Ediar S.A., Buenos Aires, 951.

MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, 1996.

MARTIN MARTIN, V.: "El cómputo de tiempo de la prescripción penal". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, N° 1,193, 1980.

MARTÍN PALLÍN, J.A.: "La prescripción de los delitos ¿mera política criminal o derecho fundamental?". Diario La Ley, n° 6929, La Ley, 2008.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C: "Penas pecuniarias. el sistema de los días-multa". POZA CISNEROS, M. (dir.) *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*. Cuadernos de derecho judicial, N°. 24, 1996.

MEDINA CEPERO, J.R.: *El tratamiento procesal de la prescripción del delito*, Madrid, 2001.

MENDES DE CARVALHO, E.: *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid, 2007.

MENDEZ PEREZ, J. "La prescripción de las faltas por paralización del procedimiento penal", *Revista General de Derecho*, Valencia, 1986.

MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996.

MORENO VERDEJO, J.: "El recurso de anulación" DEL MORAL GARCIA, A./ESCOBAR JIMENEZ, R.: *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1999

MONTERO SOLER, A./TORRES LOPEZ, J.: *La economía del delito y de las penas*, Comares, Granada, 1998.

MONTES, J.: "Derecho penal español, tomo 2, El Escorial, Madrid, 1917.

MONTES, J.: *Derecho penal español, tomo 2*, El Escorial, 1929.

MORALES PRATS, F.: Artículos 130 y ss en QUINTERO OLIVARES, G. (dir) *Comentarios al nuevo Código penal*, (2 ed.) Aranzadi, Pamplona, 1996.

MORILLAS CUEVA, L.: "La prescripción del delito y de la pena" en PELLISÉ PRATS (dir.) *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XX, Francisco Seix, Barcelona, 1993.

MORILLAS CUEVA L./BARQUIN SANZ, J.: Artículo 130 y ss en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Edersa, Madrid, 2000.

MONTERO AROCA, M.: *Derecho Jurisdiccional*, Proceso penal, tomo III, Bosch, Barcelona, 1991

MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MUÑOZ CONDE, F.: "El Derecho penal en tiempos de cólera", en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J.M./FERRÉ OLIVÉ, J.C./CORTÉS BECHIARELLI, E./NUÑEZ PAZ, M.A. (Directores) y NÚÑEZ PAZ, M.Á. (edit. y coord.), *Un derecho penal comprometido*, Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

OLAIZOLA NOGALES, I.: "La Prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos", AP, N° 37, 1998.

ORTOLAN, M.: *Tratado de Derecho Penal*, Leocadio López, Madrid, 1878.

ORTS BERENGUER, E. y GONZALEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

OSSANDON WIDOW, M.: *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de crítica legislativa*. Director SILVA SANCHEZ, J. tesis de la Universidad de Navarra, Departamento de Derecho penal, Pamplona, 2002.

PACHECO, J. F.: *Estudios de Derecho penal: lecciones pronunciadas en el ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, Boix, Madrid, 1843.

PACHECO, J.F.: *El Código penal concordado y comentado*, 3ª ed., Manuel Tello, Madrid, 1867.

PASTOR ALCOY, F.: *Tablas del Código Penal con las penas calculadas*, Francisco Pastor Alcoy, Valencia, 2011.

-*La prescripción en el CP de 1995 y su aplicación retroactiva*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996.

-*La prescripción del delito, la falta y la pena* Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1995.

-*La prescripción de los delitos y faltas. Analisis jurisprudencial*", RGD, N° 588, septiembre de 1993.

PEDREIRA GONZALEZ, F.M.: "La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre". *Diario la Ley*, N° 6249, 2005.

-*La prescripción de los delitos y de las faltas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

-“Artículos 130. 5 y 6” y ss. en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, Edersa, Madrid, 2000.

PESSINA, E.: *Elementos de Derecho penal*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892.

PIÑOL RODRIGUEZ, J.R.: “Extinción de la responsabilidad criminal” en SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. (coord.) en *Manual de Derecho penal. Parte General*, Tomo I (6ª ed.) Aranzadi, Pamplona, 2011.

POSADA MAYA, R.: *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Comares, Granada, 2012.

PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo I, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1985,

PUIG PEÑA, F.: *Derecho penal. Parte general*, Federico Puig Peña, Madrid, 1988.

QUINTANO RIPOLLES, A.: *Compendio de Derecho penal*, vol. I, Revista de Derecho privado, Madrid, 1958.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Adonde va el Derecho Penal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

RAGUES I VALLES, R.: “La prescripción de los delitos y de las penas: una ocasión perdida” en SILVA SANCHEZ, J. (dir.) *El nuevo Código Penal*, La Ley, Madrid, 2012.

-“La STC 63/2005: ¿Una revolución en materia de prescripción penal?” *Diario la Ley*, N° 6269, La Ley, 2005.

-*La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.

RECASENS SICHES, L.: "Estudio de Filosofía del Derecho" en *Filosofía del Derecho*, tomo I, de G. del Vecchio, Méjico, 1946.

REY GONZALEZ, C. *La prescripción de la infracción penal*, 2ª ed., *Marcial Pons*, Barcelona, 1999.

RIBA TREPAT, C.: *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, *Bosch*, Barcelona, 1997.

RODRIGUEZ COLLAO, L.: "Prescripción de la acción penal en el delito de bigamia". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 9, 1985.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte general*. Ed. *Dykinson*, Madrid, 1981.

RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte general*, *Civitas*, Madrid, 1978.

RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Prescripción del delito y derechos fundamentales. Comentario a la STC 152/1987, de 7 de octubre". *La Ley*, Nº 1940, Madrid, 1988.

ROIG TORRES, M.: *Calumnias, injurias y otros atentados al honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2012.

ROTH, S.: *Clandestinité et prescription de l'action publique*. Director: *LEBLOIS-HAPPE, J.* Tesis doctoral de la *Université de Strasborurg*. *Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion*, 2013.

RUBIO LARA, P.: "Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y

soluciones". Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. Thomson Reuters. Navarra, 2011.

SANCHEZ-VERA GOMEZ TRELLES, J.: "Delito fiscal, prescripción y determinación del hecho". Actualidad Penal, nº 10, 2002.

SAUER, G.: *Derecho Penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1956.

SERRANO GOMEZ, A.: *La prescripción del delito (Tres cuestiones)* Dykinson, Madrid, 2003.

SIGÜENZA LOPEZ, J.: *El sobreseimiento libre*, Aranzadi, Navarra, 2002.

SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, M.G. Hernández, Madrid, 1879.

SILVELA, L.: *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, M.G. Hernández, Madrid, 1884.

SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C.: "La prescripción de los delitos y penas". Curso Ejecución de sentencias penales. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2006, pág.22. www.cej-mjusticia.es/cej_dode (consulta 10/9/2015)

TENCA, A.: *Excepciones en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 2011.

VALDES RUBIO, J.M.: *Derecho Penal: su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Tomo I. Asilo de huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1909.

VALLE LINACERO, F.: *Leyes penales vigentes actualmente en España, recopiladas de nuestros códigos, ordenanzas y colecciones de decretos*, Félix Valle Linaceros, Madrid, 1840.

VERA BARROS, O.: *La prescripción penal en el Código penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, C.: *La prescripción de las acciones y el perdón de los delitos*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1950.

VIVES ANTÓN, T. S.: "El ius puniendi y sus límites constitucionales". 02/2006 [http://www.tirantonline.com/Documento TOL. 817.272](http://www.tirantonline.com/Documento_TOL.817.272)

LISTZ, F.: *Tratado de Derecho penal* Tomo II. Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1916.

VIZMANOS, T.M. y ALVAREZ MARTINEZ, C.: *Comentarios al Código Penal*, J.González y A. Vicente, Madrid, 1848.

YUSEFF SOTOMAYOR, G.: *La prescripción penal*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994.

ZAFFARONI, E.U: "La pena como venganza razonable". Discurso en la investidura de doctor honoris causa por la Università degli Studi di Udine, el 14 de julio de 2009. (portal.uclm.es/portal/DP/NOVEDADES), consulta 1.10.2015.