

## LA REFORMA DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA LO 5/2010

JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ

*Maxistrado*

### 1.Introducción

La LO 5/2010 opera un cambio en la regulación de la prescripción de los delitos y las penas, proyectando esa modificación sobre los siguientes aspectos: a) La interrupción de la prescripción; b) La ampliación de los plazos de prescripción; c) La solución a lo supuestos de concursos de delitos o delitos conexos; d) La inclusión de un nuevo supuesto de imprescriptibilidad de delitos y penas.

La clave de la reforma, sin ningún género de dudas, ha sido la regulación del régimen interruptivo de esta causa de extinción de la responsabilidad penal, intentando con ello zanjar una polémica doctrinal que involucró al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo, polémica que alcanzó el rango de institucional. Sin embargo, como indica Hernández García<sup>1</sup> se ha perdido una oportunidad valiosa para afrontar de modo sistemático y coherente una constelación de cuestiones procesales y sustantivas de gran calado, en especial, la determinación del catálogo de actos interruptivos, los efectos de la declaración de nulidad de actuaciones, el momento de declaración de la prescripción, la fijación de hechos probados, la declaración sobrevenida del hecho justiciable como falta, la consideración de la pena en abstracto o en concreto, los efectos de la apreciación de circunstancias objetivas

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “*La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y las penas*”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi, Madrid, 2010, página 137.

degradatorias de la pena y otros aspectos relevantes, por lo que habrá que seguir acudiendo a la doctrina jurisprudencial para conocer el régimen jurídico aplicable, situación que pugna con el principio de estricta legalidad que exige que las modalidades y extensión del ejercicio del poder deban ser definidos por la ley con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad. Como indicó la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º, la seguridad jurídica se caracteriza como una suma de legalidad y certeza del derecho, de tal modo que si el legislador se abstiene conscientemente de regular adecuadamente aquéllas cuestiones que afectan a aspectos esenciales de la intervención penal, y la prescripción es indudablemente una de ellas, inevitablemente se producirá un fenómeno de *suplencia judicial* y la correlativa aparición de un *ordenamiento jurídico oculto*, pues habrá que buscar en la doctrina de los Tribunales (que, en muchas ocasiones, no ofrecerá respuestas generales, lo que en cierto modo puede resultar inevitable pues las soluciones alcanzadas no pueden desvincularse de las concretas circunstancias del caso) ese régimen jurídico aplicable.

## 2. Naturaleza y fundamento de la prescripción

Brevemente, pues el análisis de estas cuestiones justificaría un trabajo autónomo, nos referiremos a la naturaleza y fundamento de la prescripción.

### 2.1. Naturaleza

En cuanto a su naturaleza, es tradicional la discusión acerca de si constituye una institución de naturaleza procesal o sustantiva. Esto es, si debe abordarse por la teoría del proceso o por la teoría del delito, e incluso, de la pena.

La jurisprudencia de la Sala II pareció decantarse, en un principio, por su naturaleza procesal (así, SSTS de 7 de febrero de 1893, 14 de julio de 1892, 1 de enero de 1901 y 7 de noviembre de 1908). Posteriormente, se afirmó, generalmente, su naturaleza material “ajena a las exigencias procesales de la acción persecutoria” (SSTS 30.11.63, 23.11.89 y 10.3.93, entre otras), si bien en algunas ocasiones se ha sostenido su naturaleza mixta. Así, como recuerda la STS número 547/2002, de 27 de marzo “*alguna sentencia aislada, otorga a la prescripción una doble naturaleza jurídica de tipo sustantivo y procesal ya que, en definitiva, la prescripción extingue la responsabilidad penal cuando concurren los presupuestos legales sustantivos del Código Penal, pero por otro lado, también extingue la acción penal para la persecución de los delitos, por lo que su valoración y posible estimación se debe producir en cualquier estadio del proceso u oportunidad procesal*”.

En todo caso, la importante STC 63/2005, en la que posteriormente nos detendremos, claramente opta por considerar a la prescripción como institución de derecho penal sustantivo, al afirmar en su FJ6º que “*el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a una voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal por denunciante y querellante (configuración procesal de la prescripción)*”,

*sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado el atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción), dado que la imposición de una pena carecería de sentido por haberse perdido ya el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente ya transformado en otra persona”.*

Posiblemente<sup>2</sup>, el debate se encuentre desenfocado, pues la construcción de la institución jurisprudencial de la institución como procesal obedeció primigeniamente al traslado de la teoría de la acción, diseñada para el proceso civil, al proceso penal, concibiéndola como derecho subjetivo alegable potestativamente durante el procedimiento, con un trámite procesal concreto para su planteamiento: la excepción o cuestión de previo pronunciamiento, con lo que su estimación conduciría a la extinción de la acción penal. De ello se derivaban varios efectos: a) La necesidad de que constase de forma fehaciente e indubitada; b) La imposibilidad de alegación de oficio, al tratarse de una cuestión previa u óbice que impedía entrar en el fondo, sin perjuicio de que pudiera apreciarse por el Tribunal como cuestión de fondo sobre la base del artículo 2 LECR; c) Por otra parte, al vincularse al ejercicio de la acción, el dies a quo del cómputo no era el de la comisión de la infracción, sino el del momento del descubrimiento del delito, sin que pudieran incluirse en el plazo el tiempo derivado de causas ajenas a la voluntad del que hubiese podido ejercitar la acción penal. Evidentemente, bajo las concepciones modernas, esta construcción es hoy día insostenible, si bien ello no determina necesariamente la exclusión de la naturaleza procesal de la institución. Como indicaba Quintano Ripollés<sup>3</sup>, para que haya responsabilidad es necesario una sentencia condenatoria firme, y la prescripción hace imposible que esto puede producirse. Por tanto, no puede extinguirse la responsabilidad porque ésta no se produjo.

La discusión entre lo “material” o lo “procesal”, desde otro ángulo, puede obedecer a la falta de establecimiento de un criterio diferenciador entre las normas del derecho sustantivo y del derecho procesal, así como a la consideración del derecho penal sustantivo como una rama del ordenamiento cargada de valores y, por contra, del derecho procesal como un sector axiológicamente neutro<sup>4</sup>.

Contribuyendo a la clarificación del debate, Roxin<sup>5</sup>, al analizar la categoría de la punibilidad sostiene que la adscripción de un elemento al derecho material o al derecho formal o procesal depende de su vinculación al acontecer del hecho. Ha de tratarse, en pala-

---

<sup>2</sup> MEDINA CEPERO, JR.: “*La prescripción del delito: hacia una nueva regulación procesal*”, en Revista del Poder Judicial, nº 59. Madrid, páginas 301 y ss.

<sup>3</sup> QUINTANO Ripollés, “*Comentarios al Código Penal I*”. Madrid, 1946, página 465.

<sup>4</sup> RAMÍREZ ORTIZ, JL.: “*Repercusiones de la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 en materia de prescripción de delitos*”. Revista Xurídica Galega, nº 52, marzo de 2008.

<sup>5</sup> ROXIN, C.: “*Derecho Penal. Parte General. Tomo I*”. Civitas, Madrid, 1997.

bras de Schmidhäuser, de una circunstancia cuya “ausencia ya en conexión inmediata con el hecho tenga como consecuencia definitiva la impunidad del autor. La conexión inmediata con el hecho se dará cuando la circunstancia correspondiente pertenezca a la situación del hecho, o bien cuando tendría que ser calificada como resultado del hecho en caso de que la culpabilidad se refiriera a ella”. Desde esta óptica, la prescripción se configuraría como presupuesto de procedibilidad, al tratarse de un suceso situado totalmente fuera de lo que sucede en el hecho. No pertenece al complejo del hecho ni a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídico penal, al igual que acontece con las inmunidades parlamentarias en las que la punición depende de una posterior decisión del Parlamento.

En el mismo sentido, y desde otra cultura jurídica diferente, Ferrajoli<sup>6</sup> ha señalado que las denominadas causas de extinción del delito”, “causas extintivas de la responsabilidad penal”, o “causas extintivas de la punibilidad”, caracterizadas como figuras de derecho material, aluden a un hecho que podría calificarse como improbable o misterioso, cual es la “extinción” del hecho-delito o de sus consecuencias jurídicas. Hecho que sería vano tratar de dilucidar empíricamente. Por ello, el autor entiende que tales condiciones debieran caracterizarse como causas o condiciones de improcedibilidad. Se trataría, así, de hechos extraños a la estructura del delito y posteriores a su producción, que comportarían no ya la absolucón del reo sino el sobreseimiento de la causa.

Díez Ripollés<sup>7</sup> establece como criterio diferenciador entre la punibilidad (categoría perteneciente a la teoría del delito) y la procedibilidad, el hecho de que en ésta segunda se trata de elementos que determinan la necesidad de verificar la exigencia de responsabilidad, mientras que en aquélla, se trata de elementos que determinan la necesidad de exigencia de responsabilidad. La punibilidad responde a la pregunta de si es útil, y en qué medida, formular un juicio de responsabilidad respecto a la conducta realizada. La procedibilidad, a si resulta conveniente, y en qué medida, proceder a la averiguación de la responsabilidad por un sujeto de la conducta realizada.

Resulta técnicamente preferible afirmar la naturaleza procesal del instituto de la prescripción, naturaleza procesal que no implica que los plazos de prescripción se señalen para limitar el ejercicio de la acción penal. Tales plazos, como indica la STC antes aludida, únicamente reflejan el período de tiempo durante el cual puede el Estado ejercer su “derecho a castigar”, fundamento que no necesariamente ha de llevar a afirmar la naturaleza sustantiva de la prescripción

La cuestión puede ser también examinada desde la perspectiva de las consecuencias. Y así, si la apreciación de la prescripción conduce al sobreseimiento libre y no al dictado de sentencia absolutoria, truncando el proceso, no se trata de que el hecho-infracción se

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, L.: “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Trotta, Madrid. 2006.

<sup>7</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JL.: “Derecho Penal Español. Parte General en esquemas”. Tirant lo Blanc. Valencia, 2009.

haya extinguido, sino de que ha concluido el espacio temporal que el Estado se autoimpuso para ejercer el ius puniendi, por lo que debe concluir toda actuación procesal. Frente a tal afirmación podría sostenerse que si bien el hecho empírico ha existido, la valoración jurídica que merece ha variado por el transcurso del tiempo, de tal modo que el Estado ha dejado de considerarlo como “delictivo”. Pero como ello no significa otra cosa que el Estado ha renunciado tácita y voluntariamente a ejercitar el ius puniendi por haber traspasado el marco temporal por él prefigurado, resulta más apropiada esta última explicación por su mayor claridad y anclaje empírico.

Por último, existe otra objeción lógica para adscribir la prescripción al derecho sustantivo y no al procesal. Así, si la prescripción extingue el delito, es difícilmente compartible que pueda interrumpirse esa extinción, a menos que se conciba el hecho delictivo como un acontecer de perecimiento gradual, perecimiento que se consumaría cuando transcurriera el lapso de tiempo legalmente previsto, y que dejaría de producirse, renaciendo el hecho delito, cuando concurrieran determinadas condiciones, siendo empíricamente más adecuado sostener que lo que se interrumpe es la decisión estatal de declinar la persecución de la infracción, dada la sobreveniencia de determinadas circunstancias que reflejarían el interés público en mantener activo el ejercicio del ius puniendi.

En todo caso, la solución a la cuestión no es simple, pues, efectivamente, resulta con frecuencia difícil diferenciar los elementos de procedibilidad de los que afectan a la punibilidad. Se ha invocado así la existencia de instituciones equivalentes en derecho penal material y procesal (v.gr: artículo 268 CP y la exigencia previa de la denuncia del familiar afectado) pero si se parte de que han de abandonarse posiciones formalistas, como las enunciadas en un principio por la doctrina jurisprudencial, creo que la cuestión de su naturaleza no determinará necesariamente el régimen jurídico de la institución.

## **2.2. Fundamento**

El derecho penal es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación que se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados como tales. Este conjunto de constricciones, como sostiene Ferrajoli, constituye un coste que tiene que ser justificado, justificación que dependerá de las opciones penales del legislador, al que corresponde decidir qué conductas han de ser consideradas delictivas y qué penas ha de asociar a dichas conductas, así como definir los procedimientos a través de los cuales han de ser enjuiciados los transgresores.

En los sistemas democráticos de derecho, la pena ha de erigirse como referente de todo el sistema, al conllevar su imposición la intervención sobre bienes jurídicos esenciales de aquéllos a los que se aplica. De ahí se sigue que, en el ámbito de la prescripción, al igual que en otras instituciones jurídico penales, los diversos criterios a través de los cuales se postula su fundamentación puedan ser, en el fondo, reconducidos a la teoría de la pena.

En fórmula sintética se ha sostenido que la pena sirve a los fines de prevención especial (haciendo desistir al autor de futuros delitos) y general (influyendo sobre la comunidad que, mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación), limitándose en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero pudiendo quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no es opongan las exigencias mínimas preventivo generales.

Así concebidos los fines de la pena, abandonando criterios retributivos ante la dificultad de defender la idea de que se pueda suprimir o compensar un mal causando otro mal adicional, puede sostenerse, tal y como hace muy certeramente la STC 63/2005, citando reiterada y pacífica doctrina del propio Tribunal y del TS, que *“la prescripción penal supone una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi, motivada por el mero transcurso de un período de tiempo más o menos dilatado”*, que persigue a su vez que *“no se produzca una latencia sine die de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto”*. El plazo de prescripción *“toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal”*. *“Obedece a la propia esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento, sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro de un término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre”*.

En definitiva, si un Estado Democrático de Derecho no puede ni debe imponer sanciones penales ab initio inidóneas para satisfacer las finalidades propias de toda pena, y si el transcurso del tiempo entre el hecho y la sanción impiden que la pena pueda servir a los fines de prevención general y especial, debe afirmarse entonces que el Estado ha de abstenerse de todo procedimiento para imponer una sanción que, finalmente, resultaría sistemáticamente incoherente, máxime si se tiene en cuenta que la existencia del propio proceso penal, en su actual configuración, constituye un mal en sí mismo.

Otras justificaciones, apuntadas en la dogmática y la doctrina jurisprudencial tales como la pérdida de elementos de prueba de descargo por el transcurso del tiempo, o la inseguridad jurídica derivada de una intervención punitiva extemporánea, son secundarias, y adolecen de menor capacidad explicativa, no encontrándose exentas de posibles refutaciones, pues también puede alegarse, en contra, la posibilidad de pérdida de fuentes de prueba de cargo, o el hecho de que la prescripción *per se* no guarde relación con la seguridad jurídica, pues sería concebible un sistema penal sin prescripción sin que ello afectara a un dato cierto y a priori cognoscible para todos: los delitos no prescribirían nunca. Cuestión distinta es que ello generase un innegable riesgo de actuaciones arbitrarias por parte de los poderes

públicos que tienen encomendada la persecución de los delitos, y que tal actuación pudiese vulnerar la cláusula general de la dignidad de la persona, consagrada en el artículo 10.1 CE.

### 3. La interrupción de la prescripción

#### 3.1. Situación previa a la reforma. El debate entre el TS y el TC<sup>8</sup>

Decía el artículo 132.2 CP, antes de la reforma: *“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”*.

Como reconoce la STS número 1026/2006, de 26 de octubre en su FJº 2º, sobre la concreta interpretación de cuándo se considera que “el procedimiento se dirige contra el culpable” existen dos corrientes doctrinales que han tenido reflejo jurisprudencial.

a) La primera entiende que la querrela o denuncia no son actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y, por tanto, aptos para interrumpir la prescripción.

Dentro de esta corriente, una línea rígida exige para entender dirigido el procedimiento contra el culpable bien un acto de imputación formal, bien la simple citación judicial del sospechoso para ser oído. Otra línea más flexible estima suficiente para operar la interrupción la resolución judicial que abre el procedimiento tras la interposición de la denuncia o querrela.

Esta segunda línea, según la sentencia citada, ha sido sostenida por el TS en diversas resoluciones. Se sustenta en el hecho de que la existencia del procedimiento es imprescindible para poderlo dirigir contra el culpable, siendo la resolución judicial que abre el procedimiento elemento bastante para entender dirigido el mismo contra el culpable, pues “la admisión a trámite de la querrela dados los términos de la misma...es una actuación procesal en sentido propio, susceptible de integrarse, en cuanto a su dominio subjetivo, con los propios términos de la querrela y entenderse dirigida contra los querrelados”.

b) La segunda corriente entiende que la denuncia y la querrela forman parte del procedimiento penal, de ahí que si en tales escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos responsables de la infracción correspondiente, puede afirmarse que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.

---

<sup>8</sup> RAMÍREZ ORTIZ, JL.: Obra citada.

Esta segunda corriente, según la resolución citada, es la sostenida por la Sala II en los últimos años, habiendo consolidado doctrina.

La STC 63/2005, por coherencia con la fundamentación y naturaleza jurídica que atribuye a la institución de la prescripción, opta, por el contrario, por la primera corriente examinada. Para ello, hace uso de diversos argumentos. En primer lugar, desde un punto de vista estrictamente lingüístico, cuestiona que el procedimiento pueda entenderse dirigido contra el culpable, a los efectos interruptivos de la prescripción, mediante la sola interposición de denuncia o querrela, pues tales actos no constituyen procedimiento. En este sentido, se indica también que las actuaciones de parte son meras solicitudes de iniciación del procedimiento penal (STC 11/1995, de 4 de julio), lo que implica que en tanto no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse iniciado ni, por consiguiente, “dirigido” contra persona alguna.

Seguidamente, desde una perspectiva axiológica, se defiende que si la prescripción supone “una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi” motivada por el mero transcurso de un tiempo más o menos dilatado, sólo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos o, por el contrario, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Asimismo, se arguye que, atendida la naturaleza material de la prescripción, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, la interrupción sólo puede operarse por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del ius puniendi, pues, como afirma la STC 115/2004, de 12 de julio, sólo los órganos judiciales son titulares del ius puniendi en representación del Estado.

Se indica, además, con cita de anteriores resoluciones, que al preverse en la norma legal que la interrupción de la prescripción se producía desde que el procedimiento se dirigiera contra el culpable, ello “exigía indudablemente una conexión entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción”. Conexión que no es predicable cuando no ha existido ningún acto de intermediación judicial.

La argumentación, a los efectos que ahora nos interesan, se cierra indicando que existe un único plazo común a las partes acusadoras y al órgano judicial para que dentro del mismo respectivamente insten la incoación del procedimiento penal y lo inicien dirigiéndolo contra una persona determinada o determinable, lo que impone un cierto deber de diligencia a las partes a fin de que no esperen hasta el último día del plazo de prescripción previsto para presentar la correspondiente denuncia o querrela, sin perjuicio de las correspondientes responsabilidades penales, disciplinarias o pecuniarias que pudieran derivarse de un retraso injustificado en la Administración de Justicia.



Dictada la citada sentencia, recaen dos Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala II TS. El primero, de fecha 12.5.2005, indica: “*La Sala Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el artículo 123 CE...*” El segundo, de fecha 25.4.06, responde a la pregunta “*¿Qué debe entenderse procedimiento que se dirija contra el culpable?*” con la lacónica respuesta: “*Acuerdo: Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la STC 63/2005*”.

Sin embargo, lo cierto, es que, más allá de afirmaciones tales como que la denuncia y la querrela interrumpen la prescripción en la medida en que “*Basta que la declaración de voluntad o de conocimiento del denunciante o querellante fehacientemente se incorpore al registro público judicial para entender que ya existe una actividad penal relevante frente a una persona*”, como dice la STS 162/2003, con cita de otras análogas, o de que “*La prescripción del delito se interrumpe por la sumisión a procedimiento penal de los hechos integrantes del mismo, y por tanto por la presentación de la querrela o denuncia en que se dé cuenta de los hechos*”, como dice la STS 492/2001, con cita de otras, en la jurisprudencia examinada no existe una argumentación sólida que avale razonablemente tal conclusión.

Por ello, y entendiendo que argumentos como los anteriores eran, en el fondo, peticiones de principio, cobraba un especial interés el examen de las resoluciones que pudiera dictar sobre el particular la Sala II con posterioridad a la STC 63/2005.

La STS 1208/2006, de 18.12.06, en su FJ1º, señalando que la cuestión sobre la preeminencia de una línea doctrinal u otra en el caso enjuiciado era irrelevante pues, en cualquier caso se habría interrumpido la prescripción, se cita, no obstante, el “*reciente Acuerdo del Pleno de esta Sala de fecha 25 de abril del presente año, que ratifica la vigencia de nuestra reiterada doctrina*”, dando por sentado la relevancia jurisprudencial de un Acuerdo Plenario cuyo alcance no es otro que el contemplado en el artículo 264 LOPJ.

Las SSTS 1026/2006, de 26 de octubre y 331/2006, de 24 de marzo, se refieren ya, de modo directo, a la STC. Y concluyen la necesidad de mantener la línea jurisprudencial anterior, sobre la base de las siguientes razones:

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, emanada de las competencias que le son propias conforme al artículo 123 CE, y,

e) El Ministerio Fiscal, después de tal sentencia, sigue manteniendo los mismos criterios que antes sostenía, como se refleja en la Instrucción número 5/2005 de la Fiscalía General del Estado de 15 de junio de 2005.

Orillando la cuestión de que los argumentos a), b), y c) se sustenten en proposiciones condicionales muy discutibles y que además se omiten en el discurso (v.gr: a) En casos excepcionales cabe inaplicar la doctrina del TS, no así en casos regulares; b) Las Sentencias novedosas dictadas por las Secciones del Tribunal Constitucional en las que concurren votos particulares no tienen el valor que les atribuyen los artículos 164 CE y 5.1. LOPJ; c) El valor que los citados artículos atribuye a las Sentencias del Tribunal Constitucional es directamente proporcional al grado superior que en el diseño de la jurisdicción ordinaria tenga el Tribunal que haya dictado la resolución frente a la cual se deduzca el recurso de amparo), y de que el argumento e) sea un argumento de falsa autoridad, lo que resulta más cuestionable es que la argumentación desplegada por el TS en un asunto de tan hondo calado sea un fiel calco de la contenida en la Instrucción 5/2005 de la Fiscalía General del Estado.

En cuanto al argumento d), su análisis excede de los límites de este trabajo, si bien cabe objetar el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la base del artículo 5.1. LOPJ.

En cualquier caso, con posterioridad, recayó la STC 29/2008, de 20 de febrero, en la que el Alto Tribunal se ratificó en la interpretación sostenida en la STC 63/2005. Analizadas así, las razones proporcionadas por ambos Tribunales, en cuanto a la cuestión de fondo, resulta más convincente y ajustada al instituto de la prescripción la tesis postulada por la STC. Además de los ya señalados, pueden añadirse otros argumentos marginales:

a) La interpretación del TS puede infringir el principio de legalidad penal generando espacios de incertidumbre.

Así, parece claro que mientras no recaiga una resolución judicial admitiendo a trámite la denuncia o querrela no pueda hablarse de la existencia de procedimiento penal alguno. De lo contrario, la resolución de incoación carecería de sentido práctico, pues ya habría procedimiento antes de la incoación, es decir, el procedimiento se habría incoado materialmente antes de ser formalmente incoado.

Por otra parte, residenciar la interrupción de la prescripción en un momento anterior a la del dictado de la resolución judicial permitiría sostener que la simple apertura de Diligencias de Investigación por el Ministerio Fiscal, o incluso que el mero inicio de la investigación policial respecto de persona determinada o determinable, podría interrumpir la misma, pues la exigencia de la presentación en el Juzgado sería una circunstancia prescin-

dible, dado que nada empecería a entender que tales actuaciones también implican el inicio del ejercicio del ius puniendi.

Desde otra óptica, podría plantearse qué tipo procedimental se ha abierto si se admite que los actos de las partes puedan ser concebidos como actos que dirigen un procedimiento que formalmente aún no se ha incoado contra el culpable, pues en materia procesal rige el principio de legalidad (pueden incoarse Diligencias Previas, Sumario, Procedimiento ante el Tribunal del Jurado o Juicio de Faltas, pero no procedimientos no contemplados en la LECR y normativa procesal penal complementaria).

b) En el fondo, la mencionada jurisprudencia pondera la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, repartiendo los riesgos que se derivan de la misma valorizando el interés de las acusaciones frente al de los sujetos pasivos del proceso, lo que no se compatibiliza con el fundamento de la prescripción, pues si el propio Estado, a causa de una política de inversiones deficiente en el ámbito de la Administración de Justicia permite la existencia de órganos colapsados, pese a haberse dotado previamente de normas que limitan temporalmente el ejercicio del ius puniendi, incluye entre sus cálculos la posibilidad de la prescripción, sin que la misma le disuada de dejar de acometer otras políticas más comprometidas en materia inversora. Han de aceptarse, por tanto, las consecuencias derivadas de tal asunción de riesgos sin que los Tribunales deban minimizar sus efectos introduciendo interpretaciones correctoras para eludir el acaecimiento de la prescripción. En definitiva, es preferible que en la distribución de los riesgos resulten perjudicadas las acusaciones -que siempre tendrán expedita la vía administrativa para denunciar al Estado por causa de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia o, en su caso, la vía penal, civil o disciplinaria ante el Juez- que lo sean las personas sujetas a los procesos penales a quienes podrían imponerse penas inhábiles para realizar los fines que constitucionalmente tienen asignadas, convirtiendo las mismas en males innecesarios y contrarios a la dignidad personal de los afectados por inútiles.

Cabe traer aquí a colación la STC 36/84 de 14 de marzo (RTC 1984\36), que señala: *“El abrumador volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales puede exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal por los retrasos con que las decisiones se produzcan, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes”*, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26.6.98, que dice: *“En el presente caso ha existido una paralización no imputable a las partes, sino derivada de los problemas de organización y funcionamiento de la Justicia, los cuales no pueden servir de criterio para no estimar la prescripción como causa de extinción de responsabilidad criminal, al margen de que el funcionamiento anormal de la justicia pueda lesionar en concreto derechos constitucionales del ciudadano y el mismo tener derecho a ser indemnizado por ella”*.

c) Por otra parte, parece que en la interpretación de la Sala II sigue latiendo el concepto tradicional de acción penal, lo que se traduce en otorgar a la interposición de la de-

nuncia o querella una inequívoca voluntad persecutoria que debe interrumpir la prescripción. Ello remite a otro debate doctrinal acerca de la dificultad de explicar la doble naturaleza de la intervención del Estado en el proceso penal, de configuración mixta o acusatorio formal, al ser el único titular del *ius puniendi* y, por otro lado, tener el deber de promover la acción penal ante sus propios Tribunales. Debate que, también, excede del marco de este trabajo.

d) Finalmente, puede parecer contradictorio con la propia doctrina de la Sala II, que afirma que sólo los actos procesales dotados de auténtico contenido material pueden interrumpir la prescripción, cuando la simple interposición de la denuncia o querella es una “mera solicitud de iniciación del procedimiento” (STC 29/2008).

### **3.2. La reforma**

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010<sup>9</sup> evidencia que se ha intentado mediar en el debate institucional aportando una solución que ha sido calificada como de “salomónica”, no exenta de nuevos problemas interpretativos. Distinguiremos, siguiendo a Hernández García<sup>10</sup>, entre la interrupción y la suspensión de la prescripción.

#### **3.2.1. La interrupción de la prescripción y sus presupuestos**

##### **3.2.1.1. La atribución indiciaria de responsabilidad**

Según dispone el 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: 1ª. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en*

---

<sup>9</sup> “... las diferencias interpretativas en cuanto al momento de inicio de la interrupción de la prescripción o los efectos que en ésta puede tener la presentación de denuncias o querellas han evidenciado la existencia de defectos normativos que han de ser subsanados. Por ello, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere, cuanto menos, una actuación material del Juez Instructor. Del mismo modo, se ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses desde dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querellada continúa el cómputo de la prescripción desde la fecha de presentación. También continuará el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas.”

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: Obra citada.

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”. La fórmula, más precisa que la anterior (“La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”), no está exenta de dificultades interpretativas.

Frente a lo que pudiera parecer de una lectura de los artículos 269 y 313 LECR<sup>11</sup>, la decisión de admisión a trámite de la querrela o denuncia incorpora un control judicial no meramente formal, consistente en un test provisorio de tipicidad, una valoración de la plausible realidad del hecho delictivo que se afirma producido y la razonabilidad de los datos del relato que apuntan hacia la responsabilidad delictiva de una persona determinada. Por tanto, dicha decisión tiene un contenido material propio, de ahí que no sea correcto sostener que no provoca el efecto de imputación hasta que no se refuerce indiciariamente el juicio en que se basa, tras la práctica de las correspondientes diligencias de investigación. Que el acto de admisión de la denuncia o querrela constituye un supuesto de imputación se desprende de los artículos 118 y 767 LECR, que obligan al órgano judicial a trasladar inmediatamente su conocimiento a la persona denunciada o querrelada y a garantizar la asistencia técnica y el resto de derechos propios de su posición procesal. Ahora bien, como destaca Hernández García, la decisión de admisión, en la mayoría de los casos, no puede apoyarse en indicios (si se entienden como aquellos elementos fácticos que sirven para conformar la convicción provisional del Juez en la fase de instrucción), pues los indicios deben venir suministrados por fuentes de prueba obtenidas o incorporadas al proceso, siendo evidente que ni la denuncia ni la querrela, pueden ser tenidas como fuentes probatorias. De ahí que parezca que el legislador reclame una actividad judicial de obtención o incorporación de fuentes de prueba, con lo que la decisión de admisión a trámite no podría interrumpir por sí misma la prescripción. En opinión de este autor, ello supone una profunda modificación del estado de cosas carente de lógica, al ser contradictorio que la simple admisión de la denuncia o querrela active todas las garantías propias del estatus de imputación y, sin embargo, de dicha decisión no se derive el efecto interruptivo de la prescripción. Concluye, por tanto, afirmando que el legislador ha ido más allá de lo razonable (y de lo exigible, atendido el estándar introducido por el Tribunal Constitucional), y que con ello, indudablemente, provocará “un alto grado de inestabilidad en las soluciones jurisprudenciales que se alcancen en los primeros momentos aplicativos”. Prueba de ello, la coexistencia de posiciones doctrinales contrarias, que equiparan el término “indicio” a “verosimilitud de la atribu-

---

<sup>11</sup> Artículo 269 LECR: “Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimaren aquélla indebidamente”. Artículo 313 LECR: “Desestimará en la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma” (el artículo 312 indica que, tras la presentación de la querrela, el Juez de Instrucción la admitirá, si fuere procedente).

ción de responsabilidad”<sup>12</sup>, pues la existencia de indicios contra una determinada persona no constituye un requisito para la incoación del proceso, ya que será en el curso del mismo cuando se obtengan aquellos.

Desde otro ángulo, Asencio Mellado<sup>13</sup> considera un error confundir el acto de imputación inicial con una resolución judicial que no es de imputación formal por el momento inicial en que se produce, lo que, paradójicamente, puede llevar a una merma en las garantías de la persona investigada, ya que si es necesario el soporte indiciario para interrumpir la prescripción, no cabe descartar que se retrase el momento en que se adquiera la condición de imputado para hacer acopio de esos indicios. Como señala, “*Permitir investigar antes de admitir, supone, derechamente, retrasar la adquisición de la condición de imputado*”, con lo que no sólo apunta al retraso en el propio proceso ya incoado, sino también a la extensión de la investigación preprocesal policial.

### 3.2.1.2. La determinación de la persona indiciariamente responsable

La doctrina de la Sala II, sobre la base del tenor literal del artículo 199 del CP de 1928 (“*La prescripción de la acción penal se interrumpe por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito*”), consideró que el “procedimiento se dirigía contra el culpable” desde el momento en que se iniciaba tanto para averiguar el delito como la identidad de los autores, por lo que no era exigible su identificación. Pese a la reforma operada por el CP 1932 (“*La prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable*”, artículo 117), la jurisprudencia siguió aplicando la misma doctrina, signo revelador de que los cambios legales no se traducen en un cambio automático de los criterios interpretativos. En todo caso, a partir de la década de los 90, de forma casi unánime, exigió que la persona apareciera determinada en la tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, o bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad<sup>14</sup>.

En esta línea, la exigencia de determinación (bastando la existencia de datos fácticos individualizadores aun cuando falten los concretos datos de identidad del investigado), constituye una innovación positiva, ya que cada persona debe ser sometida al proceso por sus propias razones particulares, lo que justifica la necesidad de delimitar y diferenciar los plazos prescriptivos respecto de cada partícipe.

---

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “*La reforma de la prescripción penal. Especial referencia a la interrupción del plazo*”. Jueces para la Democracia: Información y Debate. Número 70. Marzo 2011.

<sup>13</sup> ASCENCIO MELLADO, JM.: “*La prescripción penal. Un acicate a la impunidad de los delitos de corrupción*”. Diario La Ley, nº 7566, 10 de febrero de 2011.

<sup>14</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, FM.: “*La prescripción de las infracciones penales. Problemas que plantea la regulación vigente y su respuesta en el Anteproyecto de LO de 23 de julio de 2009 por el que se modifica la LO 10/95, de 23 de noviembre del CP*”. Cuadernos Digitales de Formación CGPJ. Año 2009.

Por otra parte, y en línea con la jurisprudencia de la Sala II que sostiene que la exigencia de determinación en el sentido admitido por la doctrina de la Sala resulta de aplicación en los supuestos ordinarios delictivos, pero debía excepcionarse “*cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que hay una organización más o menos estructurada o jerarquizada*”, debe valorarse también positivamente la introducción de una regla 3ª en el artículo 132.2, con arreglo a la cual “*A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige e procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o bien mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho*”. En todo caso, no bastará, en estos casos de delincuencia organizada, con la afirmación de la existencia de que la estructura criminal comporta la participación de terceros no identificados para considerar, respecto de éstos, interrumpida la prescripción, sino que deberá contarse con datos que permitan pronosticar de forma razonable que al tiempo de la incoación del proceso dichas personas ya pertenecían a la organización (v.gr: edad, aspecto, nacionalidad, residencia, vínculos personales, laborales, mercantiles, coposesión de instrumentos tecnológicos o armas utilizados por otros integrantes, etc)<sup>15</sup>.

### 3.2.1.3. La resolución judicial motivada

El artículo 132.1.1ª, exige que para entender dirigido el procedimiento contra persona determinada, sea 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.

En el ámbito de las resoluciones judiciales, la carga de motivación debe vincularse con las consecuencias jurídicas pretendidas, de tal modo que no resultará exigible el mismo nivel de fundamentación (ni los datos indiciarios en los que se apoya), v.gr, para dictar un auto de incoación de procedimiento abreviado, para incoar unas Diligencias Previas, o para adoptar medidas cautelares restrictivas o privativas de libertad, pues mientras las dos primeras resoluciones no afectan necesariamente al derecho fundamental a la libertad personal, las restantes, inequívocamente despliegan efectos en el núcleo mismo del derecho, razón por la que el nivel de motivación exigible debe ser forzosamente superior en estos últimos casos. Por tanto, se la decisión se limita a la propia incoación, basta una sintética exposición que explicita el juicio de tipicidad, identifique los indicios y los datos que permitan individualizar al presunto responsable.

En todo caso, cualquier resolución judicial con dicho contenido mínimo, sería apta, en principio, para interrumpir la prescripción, ya sea el auto incoador, ya otras resoluciones dictadas en el curso del proceso (v.gr: adopción de medidas cautelares, o la re-

---

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: Obra citada.

solución que acuerda, en el curso de la tramitación, trasladar la imputación a una nueva persona).

### 3.2.2. Las suspensión del término prescriptivo

Dice el artículo 132.1.2<sup>a</sup>: “*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 ese plazo se dicta... 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 denuncia o querrela. Por el contrario, el cómputo... continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses...recae resolución judicial firme de inadmisión...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*”.

Parece que con la inclusión de esta nueva figura se ha intentado mediar en el conflicto institucional antes relatado. Ahora bien, la mención ha suscitado críticas doctrinales por la indefinición del modelo.

En opinión de Rodríguez Ramos<sup>16</sup>, el hecho de que en otros sistemas exista la institución de la suspensión del plazo no justifica su introducción en el contexto español, ya que la figura se refiere a otros supuestos específicos ajenos al régimen general de la interrupción del plazo de prescripción al dirigirse el procedimiento contra el denunciado o querrellado. En concreto, el parágrafo 78 b del Código Penal Alemán, suspende la prescripción, entre otros casos, hasta el cumplimiento del decimoctavo año de vida de la víctima en el caso de delitos contra la indemnidad sexual de los menores, o cuando se procese a un parlamentario, desde que se presente denuncia o querrela contra el autor, o cuando, antes del cumplimiento del plazo de prescripción se pronuncie sentencia en primera instancia, hasta el instante en que concluya por sentencia firme. Por ello, sostiene que hubiera sido preferible que se optara por una solución clara: bien, la interrupción del plazo al presentar la querrela o denuncia, bien manteniendo el modelo alemán, pero enunciando una lista de supuestos de dirección del proceso contra una persona en régimen de *numerus clausus*.

---

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “*La prescripción de los delitos: el debate a la vista de la legislación comparada (la interrupción del plazo de prescripción)*”. Estudios de Derecho Judicial. 155. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.



En la misma línea<sup>17</sup> Chozas Alonso señala que en el derecho comparado la suspensión se vincula a supuestos en los que existe algún óbice legal que impide que el proceso no pueda dirigirse aun contra persona determinada. En síntesis, los casos de falta de autorización parlamentaria para proceder contra una persona aforada, en los que la suspensión tiene como única meta el retraso del inicio del término prescriptivo hasta la desaparición del obstáculo legal, por lo que la introducción de la figura en el CP no responde a su naturaleza. Constituye un injerto extraño. No compartimos, por el contrario, la crítica del autor a la falta de mención al atestado policial como medio apto para provocar, una vez presentado, la suspensión del inicio del cómputo, ya que los atestados tienen el valor de denuncia (artículo 297 LECR).

Hernández García<sup>18</sup> destaca, por otra parte, que la interrupción no se produce por la sola admisión de la denuncia o querrela, sino desde que se dicta una resolución judicial motivada en la que se atribuya a persona determinada e “indiciariamente responsable” su presunta participación en un hecho que pueda ser considerado como delito o falta. Por tanto, si se presenta en plazo una denuncia o querrela, la suspensión del término no impedirá la prescripción, aun en el caso de que luego fueran admitidas, si al tiempo de la admisión el Juez Instructor no disponía de indicios de responsabilidad.

Del mismo modo, resulta problemático qué órgano debe decidir sobre la admisión, a efectos de entenderse producida la suspensión, ya que, en buena lógica, habría de ser el objetiva y territorialmente competente (el artículo 313 LECR establece como motivo de inadmisión de la querrela, la falta de competencia territorial del órgano ante el que se presenta), lo que provocaría que las cuestiones de competencia que se pudieran suscitar no suspendieran el cómputo. Tampoco se aclara si basta para provocar la suspensión la presentación de la denuncia o querrela en el Decanato, lo que puede provocar diversas interpretaciones de suscitarse cuestiones atinentes al reparto.

Finalmente, bajo la fórmula de la suspensión del cómputo de prescripción, se permite perseguir una infracción penal cuando el delito, en el momento de incoación del proceso está materialmente prescrito, por lo que pueden plantearse problemas de compatibilidad con las SSTC 63/2005 y 29/2008.

---

<sup>17</sup> CHOZAS ALONSO, JM.: “La interrupción de la prescripción de los delitos y faltas: el particular “labyrinthus” del Tribunal Constitucional y el nuevo artículo 132.2 CP”. Repercusiones sobre el proceso penal de la LO 5/2010 de reforma del CP. Aranzadi, Madrid, 2010.

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: Obra citada.

## 4. Otras novedades legales en materia de prescripción

### 4.1. Ampliación de los plazos de prescripción<sup>19</sup>

La reforma endurece el régimen prescriptivo, incrementando hasta 5 años los plazos de prescripción vigentes para los delitos menos graves (5 años), con la salvedad de los delitos de calumnias e injurias que conservan la prescripción anual.

Según la Exposición de Motivos *“La impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, ha redundado en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. En este sentido, se opta por elevar el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años”*.

La reforma merece una valoración negativa. Los distintos plazos prescriptivos se fijan atendiendo a la entidad de la pena vinculada a la infracción, esto es, a su gravedad, lo que es consustancial con la naturaleza y fines de la institución. Introducir como crite-

---

<sup>19</sup> En la redacción original CP, vigente hasta el 30.9.2004, los plazos de prescripción eran los siguientes:

- 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea de prisión de 15 o más años.
- 15 años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años o prisión por más de 10 años y menos de 15.
- 10 años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 6 años y menos de 10, o prisión por más de 5 y menos de 10.
- 5 años, los restantes delitos graves.
- 3 años, los delitos menos graves.
- 1 año, los delitos de calumnia e injuria.
- 6 meses, las faltas.
- El delito de genocidio no prescribe.

La reforma operada por LO 15/2003, en vigor entre el 1.10.04 y el 23.12.10, introdujo las siguientes modificaciones:

- 10 años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no exceda de 10.
- 5 años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 3 años y que no exceda de 5.
- 3 años, los restantes delitos menos graves.
- También son imprescriptibles los delitos de lesa humanidad y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Finalmente, la reforma operada por LO 5/2010, que entró en vigor el día 24.12.2010, introdujo las siguientes modificaciones:

- Supresión del plazo de prescripción de 3 años para los restantes delitos menos graves incrementando el plazo a 5 años en todo caso para delitos cuya pena no supere los 5 años, a salvo el delito de injurias y calumnias, que prescribe en el plazo de 1 año. Igualmente, se introduce la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.

rio de política legislativa la “dificultad en la investigación” supone reformular el sustrato axiológico de la prescripción ligándolo a estándares poco controlables y estrictamente coyunturales. Si se constata que determinadas infracciones penales menos graves acaban prescribiendo, debería abordarse exhaustivamente un análisis de los motivos concretos por los que se produce esta situación, entre los cuales, sin duda, se encuentra el disfuncional y deficitario sistema de investigación penal que reclama imperiosamente una reforma estructural. Pero soslayar la cuestión de fondo, y pretender darle solución ampliando el plazo de prescripción no sólo es contradictorio, como decimos, con la teleología de la institución, sino que abre la opción para que, en lo sucesivo, el legislador amplíe los plazos sobre la misma base argumental, lo que no es descartable considerando que cada reforma del Código que ha afectado a la prescripción ha acabado dilatando tales plazos. La solución no pasa por ajustar éstos a la lentitud de la Administración de Justicia, sino por establecer los instrumentos que aseguren el derecho a que el proceso se sustancie sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE) o, como indica últimamente el Consejo de Europa, en un “plazo óptimo”.

#### 4.2. Ampliación de los supuestos de delitos y penas imprescriptibles

La reforma amplía los supuestos de imprescriptibilidad para “*los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona*”. La fundamentación de la reforma se despacha en la Exposición de Motivos mediante un argumento que reviste la forma de la petición de principio: “*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*”.

Ciertamente, el TC ha admitido la posibilidad de excepciones al principio de prescriptibilidad de los delitos. Así, las SSTC 29/2008, de 20.2 y 63/2001, de 17.3, señalan: “*más allá de que sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas...es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y alcance de la prescripción de las infracciones...*”, pues “*la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal...*”. Ahora bien, no se alcanza a comprender la excepción en este caso concreto. Esto es, no se expresan las razones que permitan justificar porqué conductas delictivas que tenían previsto un plazo prescriptivo de 20 años pasan a ser imprescriptibles.

Como pone de relieve Chozas Alonso<sup>20</sup>, en los debates parlamentarios algunas de las críticas se articularon sobre la base de que los únicos delitos que se pueden considerar im-

---

<sup>20</sup> CHOZAS ALONSO, JM.: Obra citada.

prescriptibles son los previstos en determinados Convenios Internacionales<sup>21</sup>, por lo que la excepción en estos casos carecía de soporte axiológico y vulneraba el principio de proporcionalidad.

En todo caso, la reforma merece igualmente una valoración negativa en tanto parece responder a un uso simbólico de la legislación penal.

Por otro lado, en materia de prescripción de penas, el artículo 133.2 declara imprescriptibles las penas impuestas por delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614 CP, así como las penas impuestas por delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona.

### **4.3. La prescripción en los supuestos de conexidad delictiva**

Por último, conforme al artículo 131.5 CP, en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.

Hernández García<sup>22</sup> distingue dos supuestos:

(1) Conexidad sustantiva, esto es, basada en razones concursales mediales o ideales en los que se identifique una unidad delictiva mínimamente cohesionada de modo material, en cuyo caso la solución parece razonable y se ajusta a la doctrina jurisprudencial.

(2) Conexidad procesal, como los casos previstos en el artículo 17.5 LECR (“*Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubieren sido hasta entonces sentenciados*”), en los que no existe razón alguna que justifique el tratamiento unitario de los diferentes plazos prescriptivos de los tipos en la relación concursal.

En este sentido, la STS 11.9.07, indica que en los supuestos de conexidad procesal “*no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un único proceso*”, distinguiéndolos de los casos en los que la conexidad se asiente “*en los aspectos materiales o sustantivos del hecho*”, en los que los diferentes deli-

---

<sup>21</sup> Los delitos de genocidio y crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, previstos en el Convenio sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26.11.1968; los delitos previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 19.7.98, que son los mismos, y los delitos previstos en el Código Penal Internacional, de 26.6.02.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: Obra citada.

tos formen parte de la realidad delictiva global proyectada por el autor, en cuyo caso la consideración conjunta de tal realidad resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad. En estos supuestos de unidad delictiva, la prescripción, según la referida doctrina, debe entenderse de modo conjunto sin que quepa apreciar aisladamente la del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal.

### **5. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 26.10.2010**

Para concluir, cabe indicar que, entre las omisiones del legislador (algunas de ellas apuntadas al inicio de este trabajo), se encuentra una de gran trascendencia por la relativa frecuencia con la que se presenta ante los tribunales de justicia: qué plazo ha de tomarse en consideración cuando se condena por un tipo distinto del que fue objeto de acusación. La cuestión se suscita, principalmente, cuando se trata de un delito que contiene en su descripción un tipo básico y uno agravado, habiéndose formulado acusación por el último, y resultando de aplicación, sobre la base del relato de hechos probados, el primero, así como cuando acusándose por delito, se condena por falta. El acuerdo de 26.10.2010 entiende que en tales casos habrá de tenerse en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendiéndose por tal el declarado así en la resolución judicial.