

# CAPÍTULO I

## DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PRECEDENTES HISTÓRICOS

### 1. CONCEPTO

A la hora de abordar una tarea de estas características, resulta conveniente ofrecer un concepto, siquiera sea provisional, de la institución que va a ser objeto de estudio, entendiendo por concepto, en este caso, una definición lo suficientemente ilustrativa como para permitir captar la esencia de la prescripción del delito. Aunque pueda generar cierta extrañeza, lo cierto es que no es frecuente encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia un concepto de esas características, a pesar de la inveterada tradición e importancia de la prescripción del delito.

Entre las definiciones que ha propuesto la doctrina pueden destacarse las siguientes.

En una aproximación general MEDINA CEPERO señala que “la prescripción es una singular figura jurídica que considera los efectos que produce el paso del tiempo sobre el ejercicio eficaz de una potestad, derecho o facultad concreta”<sup>1</sup>.

BANACLOCHE PALAO ofrece la siguiente definición: “Centrándonos en la prescripción que tiene lugar en el Derecho penal, ésta se podría definir en dicho ámbito como 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”<sup>2</sup>.

Desde una óptica sustantiva y defendiendo su repercusión sobre la estructura del delito, DEL TORO MARZAL afirma que “la prescripción del delito supone la invalidación por el transcurso del tiempo de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que, hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica. Por ello la prescripción afecta a la estructura del concepto de delito fijado por el artículo 1 del Código Penal”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MEDINA CEPERO, J. R. *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Madrid, 2001, pág. 32.

<sup>2</sup> BANACLOCHE PALAO, J. “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”, *Rev.Der.Proc.*, nº 2, Madrid, 1997, pág. 283.

<sup>3</sup> DEL TORO MARZAL, A. Artículos 112 y ss, en *Comentarios al Código Penal*, (J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo y otros), T. II, Barcelona, 1972, pág. 668.

Para MOLARI, en el ámbito del Derecho penal, la prescripción puede ser definida como “una causa de extinción del delito, constituida por el transcurso de un periodo de tiempo sin que a su eventual comisión haya seguido una sentencia de condena irrevocable”<sup>4</sup>.

Con un mayor grado de precisión y desde una perspectiva material, YUSEFF SOTOMAYOR señala que “la prescripción es la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un periodo de tiempo fijado por la Ley. Transcurrido ese lapso se extingue el derecho del Estado a imponer la sanción. El desaparecimiento o la extinción de la potestad punitiva del Estado por el transcurso del tiempo no extingue el delito como tal; lo que se extingue no es el hecho, ni siquiera su cualidad jurídica, sino el efecto que deriva de él, esto es, el “vinculum iuris”, o hasta, si se quiere, la relación jurídica. La eficacia extintiva se manifiesta en la ruptura del ligamen entre el delito y la pena, de suerte que del acto no nazcan ya para determinados órganos el poder y la obligación de aplicar la sanción”<sup>5</sup>.

También desde un punto de vista eminentemente sustantivo, COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN señalan 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”<sup>6</sup>.

Por nuestra parte, **entendemos que la prescripción del delito constituye un límite temporal a la pretensión punitiva del Estado, que, fundado en la exigencia social de que no se prolonguen indefinidamente las situaciones jurídicas expectantes, se concreta básicamente en una causa de exclusión de la pena.** Esto es, precisamente, lo que trataremos de demostrar a lo largo del presente estudio.

## 2. DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTRAS INSTITUCIONES SIMILARES

### 2.1. Prescripción del delito y caducidad

Dejando a un lado instituciones como la preclusión, la caducidad de la instancia y la caducidad del procedimiento, que a diferencia de la prescripción requieren la existencia de un procedimiento judicial o administrativo abierto<sup>7</sup>, reviste particular importancia la delimitación de la prescripción del delito respecto de la caducidad de derechos, con la que presenta grandes analogías.

<sup>4</sup> MOLARI, A. “Prescrizione del reato e della pena (Diritto penale)”, en *Nss.D.It.*, T. XIII, 3ª edición, Torino, 1957, pág. 680.

<sup>5</sup> YUSEFF SOTOMAYOR, G. *La prescripción penal*, Santiago de Chile, 1987, pág. 2.

<sup>6</sup> COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Valencia, 1999, pág. 955.

<sup>7</sup> Cfr., Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I. “Preclusión”, en *Enciclopedia jurídica básica*, T. III, Madrid, 1995; GONZÁLEZ NAVARRO, F. “La llamada caducidad del procedimiento administrativo”, en *Revis-*

Como puntos en común, salvando la distancia relativa a que en el ámbito penal resulta más adecuado hablar de potestades y no de derechos, puede afirmarse que ambas instituciones comparten un fundamento general, “que es el interés comunitario en la pronta certidumbre de una situación jurídica, que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación”<sup>8</sup>. Asimismo, entre las notas que caracterizan su régimen jurídico, destaca que no es preciso que sean alegadas por aquel a quien benefician, ya que deben apreciarse de oficio por el Juez<sup>9</sup>. También puede decirse que coinciden en cuanto a la dimensión de su efecto extintivo, pues ambas suponen la pérdida total de la facultad a que se refieren (derecho o potestad).

La diferencia fundamental entre estas instituciones radica en que, mientras en la prescripción se admiten causas de interrupción y de suspensión, en la caducidad, por lo general, no tienen influencia estas causas, ya que el efecto extintivo es radical y automático<sup>10</sup>.

## 2.2. Prescripción del delito y prescripción extintiva civil

Es importante tener en cuenta que la figura de la prescripción del delito aparece en nuestro ordenamiento jurídico en un momento en el que el Derecho penal no había adquirido la suficiente individualidad y categoría científica. Ello determinó que inicialmente la prescripción del delito se enfocara desde parámetros jurídico-civiles, tanto en su configuración legal como en su interpretación. Sin embargo, actualmente, ambas figuras deben distinguirse con mayor claridad<sup>11</sup>.

Aunque todas las manifestaciones de esta institución en las diferentes ramas jurídicas pueden reconducirse a una idea originaria común, a la hora de concretar su fundamento y caracteres aparecen una serie de peculiaridades, derivadas del propio sector del ordenamiento jurídico en el que se desarrolla. Así, mientras en materia penal predomina el interés público y los derechos en juego no son

---

*ta de Administración Pública*, n.º. 45, Madrid, 1964; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. *La caducidad del procedimiento administrativo*, Madrid, 1998; LOZANO-HIGUERO PINTO, M. “Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales”, en *Problemas actuales de la justicia*, Valencia, 1988; MUÑOZ ROJAS, T. *Caducidad de la instancia judicial*, Madrid, 1963.

<sup>8</sup> DIEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, T. I, 2ª edición, Madrid, 1977, pág. 513.

<sup>9</sup> Sobre la apreciación de oficio de la caducidad, cfr., CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, 12ª edición, Madrid, 1978, pág. 969; DE CASTRO Y BRAVO, F. “La prescripción”, en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 175; DIEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, ob. cit., pág. 512; GÓMEZ CALLE, E. “Caducidad”, en *Enciclopedia jurídica básica*, T. I, Madrid, 1995, pág. 857. En cuanto a la apreciación de oficio de la prescripción del delito, *vid. infra*, Cap. IV, 3.

<sup>10</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, ob. cit., pág. 969; DE CASTRO Y BRAVO, F. “La prescripción”, ob. cit., págs. 172 y 173; DIEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, ob. cit., pág. 512; GÓMEZ CALLE, E. “Caducidad”, ob. cit., pág. 857.

<sup>11</sup> Sobre la prescripción extintiva civil, cfr., CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, ob. cit., págs. 943 y ss; DE CASTRO Y BRAVO, F. “La prescripción”, ob. cit.,

renunciables, en el ámbito civil predomina el interés privado y los derechos, al menos por regla general, son disponibles.

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, en materia penal no puede hablarse, sin más, de una presunción de renuncia del interesado o de un propósito de castigar al negligente que se demore en el ejercicio de la acción, pues la persecución y el castigo de los delitos no es un mero derecho subjetivo del Estado, del que pueda disponer libremente, sino una obligación, de la que no puede ser dispensado por el hecho de que sea más o menos negligente en su cumplimiento<sup>12</sup>.

De lo anterior se derivan diferencias en cuanto al régimen jurídico de ambas instituciones: En primer lugar, mientras la prescripción civil debe ser alegada en su momento oportuno y no resulta apreciable de oficio por el Juez, la prescripción del delito, como admite la doctrina y la jurisprudencia<sup>13</sup>, puede ser apreciada de oficio en cualquier momento del proceso. En segundo lugar, en la prescripción civil, a los efectos del cómputo del plazo, se tiene en cuenta, por regla general, el momento en el que la acción pudo ejercitarse, de acuerdo con el antiguo apotegma "*contra non valentem agere, non currit praescriptio*". La prescripción penal, por el contrario, comienza a correr desde el momento en que se comete la infracción punible, al margen de dichas consideraciones. A estas diferencias puede añadirse el carácter predominantemente renunciable de la prescripción civil frente al carácter irrenunciable de la prescripción del delito<sup>14</sup>.

---

págs. 145 y ss; DIEZ PICAZO, L. *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964; DIEZ PICAZO, L./ GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, ob. cit., págs. 499 y ss.

<sup>12</sup> Hasta tal punto ello es así que dejar de promover la persecución penal puede llegar a ser constitutivo de delito. En este sentido, el artículo 408 del Código Penal establece la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años para la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables.

<sup>13</sup> *Vid. infra*, Cap. IV, 3.

<sup>14</sup> Esta cuestión ha sido muy discutida en el seno del Derecho italiano (Cfr., DIOTALLEVI, G. Arts. 157 y ss, en *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* (dir. Lattanzi, G./Lupo, E.), T. IV, Milano, 2000, págs. 187 y 188; LEONE, M. "Sulla rinunciabilità della prescrizione", en *Arch. Pen.*, 1973, II, págs. 36 y ss; PANAGIA, S. "Prescrizione del reato e della pena", en *Dig.Dis.Pen.*, 1995, pág. 667 y ss; PISA, P. "Prescrizione (dir. pen.)", en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXV, Milano, 1986, págs. 94 y 95; RIVELLO, P. P. "La rinunciabilità della prescrizione dopo un recente intervento della Corte Costituzionale", en *Legislazione Penale*, 1990, págs. 717 y ss). La Corte constitucional de este país, tras una serie de resoluciones en las que había manifestado su rechazo hacia la posibilidad de renunciar a la prescripción penal, en el año 1990, por medio de una sentencia de tipo aditivo, introduce en el marco del artículo 157 del Código Penal la renunciabilidad de la prescripción. En el ámbito de nuestro Derecho, GILI PASCUAL, con acierto a nuestro juicio, se ha manifestado contrario a esta posibilidad. No obstante, el argumento principal que utiliza

### 2.3. Prescripción del delito y prescripción de la pena

En sus orígenes y durante muchos siglos la prescripción criminal se limitaba exclusivamente a la prescripción del delito, mientras que la prescripción de la pena era desconocida. Esta segunda modalidad de prescripción penal tan sólo comienza a abrirse camino en los ordenamientos jurídicos desde finales del siglo XVIII, por la decisiva influencia del Derecho francés<sup>15</sup>. Como pone de manifiesto la doctrina más autorizada, aunque en las fuentes romanas no se hablaba de la prescripción penal una vez firme la sentencia, en la práctica francesa de finales del medioevo se interpretó que de tales sentencias podía nacer una *actio iudicati* para la ejecución penal contra el condenado y se aplicó a ésta la prescripción romana de treinta años<sup>16</sup>. De esta manera se llegó por primera vez a la prescripción de la pena ya dictada, costumbre que posteriormente tuvo su reflejo en el Código Penal francés de 25 de septiembre –6 de octubre– de 1791 y en el Código de 3 de Brumario del año IV<sup>17</sup>.

Por otro lado, se mantenía el principio de que los plazos prescriptivos debían ser superiores en el caso de sentencia ya dictada que en el caso de sentencia no dictada, y precisamente de ello resultaron ambas formas de prescripción, que ya aparecían diferenciadas claramente por el Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y de ahí se trasladaron a numerosos textos legales contemporáneos<sup>18</sup>.

---

el mencionado autor para apoyar esta postura resulta un tanto discutible: “No se trata, pues, de una institución disponible porque no se instituye en interés particular (aunque su verificación le beneficie), sino de la sociedad, que decide no utilizar los mecanismos penales donde ha dejado de estimarlo necesario. Pudiera decirse, incluso, que la prescripción se crea en provecho de la sociedad, y que el inculpaado se beneficia a pesar de ello. Por tanto, desde el fundamento de la institución no cabe sino concluir que la prescripción debe operar a pesar de la voluntad de los acusados, pues de otro modo se alteraría su esencia” (*La prescripción en Derecho penal*, Navarra, 2001, pág. 96). Desde nuestro punto de vista, tampoco es necesario llegar tan lejos para poner de manifiesto que ni el proceso penal, ni los derechos que están en juego en el mismo, son susceptibles de disposición por el inculpaado, aunque sea él el principal beneficiado por los mismos, y menos aun frente al interés de lo que pueda llegar a pensar la *opinión pública* del sujeto al que afecta la prescripción.

<sup>15</sup> Cfr., GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. II, 3<sup>a</sup> edición, París, 1914, pág. 546; LOENING, R. “Die Verjährung”, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, I Band, Berlín, 1908, págs. 416 y ss; MOAZZAMI, H. *La prescription de l’action pénale en droit français et en droit suisse*, Montreux, 1952, págs. 36 y ss; PESSINA, E. *Elementos de Derecho penal*, trad. Hilarión González del Castillo, 3<sup>a</sup> edición, Madrid, 1919, págs. 750 y 751.

<sup>16</sup> Cfr., GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique...*, T. II, ob. cit., pág. 546; LOENING, R. “Die Verjährung”, ob. cit., pág. 417.

<sup>17</sup> Cfr., GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique...*, T. II, ob. cit., pág. 546; LOENING, R. “Die Verjährung”, ob. cit., págs. 418 y 419; MOAZZAMI, H. *La prescription de l’action pénale...*, ob. cit., págs. 40 y ss.

<sup>18</sup> LOENING, R. “Die Verjährung”, ob. cit., págs. 420 y ss; MOAZZAMI, H. *La prescription de l’action pénale...*, ob. cit., págs. 44 y ss.

Al margen de otras consideraciones accesorias, que varían de unos ordenamientos a otros, las diferencias principales entre ambas modalidades de prescripción, como ya se ha podido deducir, son la diversidad de plazos y el momento procesal en el que despliegan su operatividad. Así, mientras la prescripción del delito tiene su límite máximo en la sentencia condenatoria firme, la prescripción de la pena tan solo puede producir su efecto a partir de dicha sentencia, en la que encuentra su límite mínimo<sup>19</sup>.

### 3. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

#### 3.1. Evolución general

Aunque algunos autores se inclinan por considerar que el origen de la prescripción del delito se encuentra en el Derecho Romano<sup>20</sup>, existen datos que apuntan a que ya en la Grecia clásica se conoció esta institución. Sirven de apoyo a esta teoría determinados textos atribuidos a Demóstenes y Lisias, de los que se deduce, con poco margen para las dudas, que los griegos admitieron la prescripción del delito, excepto para algunos supuestos imprescriptibles<sup>21</sup>.

En el Derecho Romano los datos que se conservan sobre la prescripción del delito resultan insuficientes y no permiten reconstruir con exactitud su estructu-

<sup>19</sup> Sobre la prescripción de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, *vid.* artículos 133 y ss del Código Penal. La distinción entre la prescripción del delito y las restantes causas de extinción de la responsabilidad criminal previstas en el artículo 130 del Código Penal –muerte del reo, cumplimiento de la condena, indulto y perdón del ofendido– resulta tan clara y evidente que no creemos necesario proceder a su delimitación, pues dichas causas ni siquiera se refieren a los efectos que produce el transcurso del tiempo en el ámbito del Derecho.

<sup>20</sup> Cfr., en este sentido, MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, 5ª edición, Torino, 1986, pág. 523; VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C. *La prescripción de las acciones y el perdón de los delitos*, Madrid, 1949, pág. 14.

<sup>21</sup> Cfr., en este sentido, LOENING, R. “Die Verjährung”, *ob. cit.*, pág. 390, nota 5; PESSINA, E. *Elementos de Derecho penal*, *ob. cit.*, pág. 749; con mayor amplitud, TREUDE, F. *Die Verjährung nach Reichsstrafgesetzbuch*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristenfakultät der Ruperto Carola zu Heidelberg, Heidelberg, 1908, pág. 13 y ss. El estudio de este último autor pone de manifiesto que el Derecho Atico conocía una prescripción del delito ya en época de Lisias (probablemente 459 a 378 a.C). Ello resulta de sus oraciones “*περί τοῦ σηχοῦ*”, en las que se refiere a la imprescriptibilidad del crimen de la excavación de un olivo sagrado, y “*κατά Ἀγοράτου ἐνδείξεω*”, donde Lisias defiende la opinión de que un crimen como el presente (Agoratus fue acusado del asesinato de varios ciudadanos) no puede someterse a prescripción. Estos pasajes justifican la presunción de que en aquella época la prescripción en el Derecho penal ya era la regla, porque de no ser así, no se comprendería la razón por la que Lisias resalta tan enfáticamente su opinión contraria a la prescripción en el último caso, si no es porque quería defender la necesidad de una excepción a la regla. Si no se conocía la prescripción, no se hubiera requerido ninguna palabra. De la oración de Demóstenes “*περί στεφάνου*”, como señala Treude, también se deduce que para ciertos actos de los que fue acusado existía prescripción, aunque no se dice cuáles eran estos.

ra y evolución a través de las diferentes etapas. Ello ha determinado que ésta sea una cuestión escasamente tratada por los especialistas y muy discutida por aquellos que han abordado su problemática. Lo que sí puede afirmarse con suficiente seguridad es que la prescripción del delito terminó por consolidarse como principio general en el Derecho Romano postclásico, salvo para algunos delitos imprescriptibles<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Sin pretender profundizar en una materia extraordinariamente compleja, ni mucho menos efectuar juicios de valor sobre una disciplina que no es nuestra especialidad, trataremos de efectuar una breve síntesis de la problemática que se plantea y de las opiniones de la doctrina más autorizada. Es generalmente admitido que durante el periodo republicano (siglos V a I a.C.) no se conoció en Roma la prescripción del delito (*vid*, MOMMSEN, T. *Derecho penal Romano*, trad. Dorado, P., Bogotá, 1976, pág. 308; PESSINA, E. *Elementos de Derecho penal*, ob. cit., pág. 749; VOLTERRA, E. “Intorno alla prescrizione dei reati in diritto romano”, en *Bulletino dell’Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, XXXVII, 1929, págs. 64 y ss). Este último autor, que afirma que nos hallamos ante un hecho admitido por todos los especialistas, funda su tesis en los siguientes argumentos: Por una parte, señala que en los numerosos procesos que se desarrollan bajo la República no se encuentra una sola vez apuntada la posibilidad de invocar prescripción temporal, aludiendo como significativo en este sentido al ejemplo de Cayo Rabirio (que fue llevado a juicio después de 37 años de haber cometido el delito –Cicerón. *Pro Rabirio*, cap. IX–). Por otra parte, también considera de gran valor el argumento paralelo que puede extraerse del sistema de las obligaciones en el ámbito del Derecho privado. La obligación romana y las antiguas acciones civiles eran imprescriptibles y mantienen esta característica durante un largo periodo de tiempo. Ahora bien, la obligación romana tiene sus orígenes en el Derecho penal; sus fuentes primitivas son los delitos y sólo en un periodo histórico posterior se separa de ellos definitivamente, asumiendo un carácter propio. No hay quien deje de ver en este principio de la imprescriptibilidad de las obligaciones un indicio significativo de que aquél debió ser el concepto originario en materia de delitos, es decir, que el transcurso del tiempo no influye en la punición del acto delictivo. Otra prueba que encuentra el insigne romanista es la normal transmisibilidad de las *actiones poenales*, en virtud de la cual, en los herederos del sujeto pasivo del delito, siempre perduraba la acción contra el culpable, lo cual confirma que el elemento tiempo, originariamente, no tenía importancia a tales efectos, ni en principio podía ser distinto para los *crimina publica*. Tampoco en los primeros tiempos del Imperio, según la doctrina mayoritaria, se admitió en general esta institución, salvo en algunos supuestos muy puntuales, como lo fue el caso de la “*Lex Iulia de adulteriis coercendis*” –año 18 a. C.–, en virtud de la cual la acusación por adulterio, estupro o lenocinio sólo podía ejercitarse durante el plazo de cinco años (cfr., MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, ob. cit., pág. 524; MOMMSEN, T. *Derecho penal Romano*, ob. cit., pág. 308; PESSINA, E. *Elementos de Derecho penal*, ob. cit., pág. 749; VOLTERRA, E. “Intorno alla prescrizione...” ob. cit., pág. 62 y 63). Asimismo, la mayoría de los especialistas admiten que en tiempos de Diocleciano y Maximiano se fijó un plazo general de veinte años, del que sólo quedaron exceptuados algunos delitos sometidos al plazo de cinco años, como el adulterio, y ciertos delitos imprescriptibles, como el parricidio, la apostasia y la suposición de parto (cfr., ALLARD, A. *Histoire de la justice criminelle*, 2<sup>a</sup> reimpresión de la edición de 1868, Darmstadt, 1997, págs. 360 y 361; MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, ob. cit., pág. 524; MOMMSEN, T. *Derecho penal Romano*, ob. cit., pág. 309; PESSINA, E. *Elementos de Derecho penal*, ob. cit., págs. 749 y 750; ROBINSON, O. F. *The Criminal Law of Ancient Rome*, London, 1995, pág. 21; THOMAS, J. A. C. “Prescription of Crimes in Roman Law”, en *Revue internationale des droits de l’antiquité*, IX, 1962, págs. 417 y ss, y la bibliografía allí citada). Esta postura se apoya en una disposición atribuida a Diocleciano y Maximiano, aproximadamente del año

En el primitivo Derecho germánico, por el contrario, esta institución apenas fue conocida, aunque parece que en las antiguas costumbres nórdicas pueden encontrarse limitaciones temporales al derecho de venganza privada. En este sentido, RICHARD LOENING afirma que la Gragas islándica (“isländische Gragas”) establece sobre ello normas que dejan traslucir la idea de que la venganza debía seguirle al crimen cuanto antes para que fuera jurídicamente válida<sup>23</sup>. Con mayor amplitud, según la interpretación dominante, se reconoció esta institución por el Derecho visigodo, que estableció en el *Liber iudiciorum* un plazo general de treinta años<sup>24</sup>.

293 d. C., en la que se señalaba: “*Querela falsi temporalibus praescriptionibus no excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicut cetera quoque fere crimina*” (*Ad legem Corneliam de falsis*). Ello ha conducido a la mayoría de los autores a considerar que en aquel momento (siglo III d. C.) ya existía un plazo general de prescripción de veinte años. Sin embargo, VOLTERRA, por medio de un riguroso análisis del contexto legislativo de aquel periodo, atribuye esta innovación a Justiniano, estimando que la declaración contenida en dicha disposición se debió a la posterior inserción por parte de los compiladores de Justiniano de una frase que cambia profundamente el texto y el significado originario de la ley (VOLTERRA, E. “Intorno alla prescrizione dei reati...”, ob. cit., págs. 57 y ss). Por su parte, MOMMSEN, aunque admite la existencia de la prescripción veintenala, no fija la época en que tal norma fue dictada (*Derecho penal Romano*, ob. cit., págs. 308 y 309). Posteriormente, en la época de Teodosio II se estableció un plazo de treinta años, según la opinión común de los especialistas. Sin embargo, para VOLTERRA, la tesis defendida por la doctrina mayoritaria, consistente en señalar que el término de veinte años vigente desde la época de Diocleciano fue alargado a una cifra superior (a la *praescriptio triginta annorum* o, incluso, según algunos, a la *praescriptio quadraginta annorum*), “no encuentra ninguna confirmación en los textos romanos y bizantinos y, por tanto es totalmente arbitraria y carente de cualquier base segura... Ninguna de las constituciones emanadas de los emperadores en el Bajo Imperio, para sancionar y regular el instituto de la *praescriptio*, muestra que este instituto se pueda aplicar a los juicios penales en general. Si, en efecto, la L. 4 C. de *praescr.* 7, 39 de Anastasio (en la que se basan los que defienden la prescripción de cuarenta años) no alude expresamente a los delitos, ese mismo silencio parece encontrarse en la precedente L. 3. eod. de Onorio y Teodosio”, que en su opinión parece referirse únicamente a los juicios privados. Tampoco los otros textos (v. g. la Novela de Valentiniano de *episcopali iudicio*) citados para demostrar que en el bajo Imperio se aplicaba a los delitos el término de treinta años, ofrecen para este autor una prueba segura (VOLTERRA, E. “Intorno alla prescrizione dei reati...”, ob. cit., págs. 71 y 72). Como puede observarse, fuera de la afirmación general efectuada en el texto, la cuestión resulta enormemente discutible.

<sup>23</sup> LOENING, R. “Die Verjährung”, ob. cit., pág. 384.

<sup>24</sup> *Liber iudiciorum* X, 2, 3; cfr., MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, ob. cit., pág. 524, nota 7; MOAZZAMI, H. *La prescription de l'action pénale...*, ob. cit., pág. 26; VERA BARROS, O. N. *La prescripción penal en el Código Penal*, Buenos Aires, 1960, pág. 9; VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C. *La prescripción de las acciones...*, ob. cit., pág. 73; VIZMANOS, T.M./ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. *Comentarios al nuevo Código Penal*, T. I, Madrid, 1848, pág. 407. La mencionada disposición se corresponde con la contemplada en la ley III, Título II, Libro X del Fuero juzgo, el la que se establecía: “*Que todas las cosas que non son demandadas fasta treinta annos, dali adelante non seyan demandadas. Todos los pleytos buenos é malos, si fueren dalgun pecado, si non fueren demandados o terminados fasta treinta annos, o los pleytos de los siervos que son deman-*

En las fuentes del antiguo Derecho penal canónico, nada se encuentra respecto a la prescripción en materia penal, salvo un pasaje de los Decretales que señalaba la prescripción romana de veinte años<sup>25</sup>. Con el renacimiento del Derecho romano se reproducen entre los interpretes sus disposiciones respecto a la prescripción penal, aunque la imprescriptibilidad excepcional que contemplaba el Derecho Romano se fue extendiendo a los delitos más graves, como el asesinato, el duelo y el delito de lesa majestad<sup>26</sup>. En general, en la Edad Media, la regla de la prescripción de las infracciones fue acogida con mayor o menor amplitud en muchos lugares, sobre todo en los territorios que hoy forman parte de Italia<sup>27</sup> y, desde finales del medievo, en Francia<sup>28</sup>.

Hasta finales del siglo XVIII la prescripción criminal no pasó de ser una figura con un ámbito de aplicación notoriamente limitado, carente de reglas fijas y principios estables, excluida por lo general para los delitos graves, inconcebible cuando ya existía una sentencia condenatoria y sometida, en muchos casos, a *dados de sus seniores, si non fueren acabados fata treinta annos, dalli adelantre non sean demandados. E si algun omne depues de treinta annos quisiere demandar alguna cosa, este tiempo le tuelle, que non pueda demandar, é demas peche una libra doro á quien el rey mandare*".

<sup>25</sup> Decret. Greg., lib. II, tit. 25 de excep., c. 6; cfr., MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, ob. cit., pág. 524, nota 8; MOAZZAMI, H. *La prescription de l'action pénale...*, ob. cit., pág. 28; PESSINA, E. *Elementos de Derecho penal*, ob. cit., pág. 750; ZERBOGLIO, A. *Della prescrizione penale*, Torino, 1893, pág. 28. En la actualidad, el Código de Derecho canónico regula tanto la prescripción del delito como la prescripción de la pena (libro. VI, parte. I, título. VI, cc. 1362 y 1363).

<sup>26</sup> Cfr., MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, ob. cit., págs. 525 y ss; MOAZZAMI, H. *La prescription de l'action pénale...*, ob. cit., pág. 29; PESSINA, E. *Elementos de Derecho penal*, ob. cit., pág. 750.

<sup>27</sup> Cfr., MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, ob. cit., págs. 525 y ss.

<sup>28</sup> Cfr., GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique...*, T. II, ob. cit., pág. 546; MOAZZAMI, H. *La prescription de l'action pénale...*, ob. cit., págs. 27 y 28. En nuestro Derecho, aunque no puede descartarse la hipótesis de que esta institución fuese reconocida como principio general en algunos lugares, a través de la vigencia del Fuero juzgo o de la costumbre, los restantes textos legislativos medievales consultados no contemplaron la prescripción del delito, salvo en casos muy puntuales. En las Partidas de Alfonso X *El Sabio*, aunque se estableció como principio general la imprescriptibilidad de las infracciones (Partida VII, tit. I, ley VII), es posible encontrar algunos supuestos en los que se admitió la prescripción del delito. Así, las falsedades prescribían a los veinte años, a contar desde el día en que se hubiera cometido la infracción (Partida VII, tit. VII, ley V). Para el adulterio se estableció el plazo de cinco años, también a contar desde el día en que se hubiera cometido el delito, salvo que se hubiera hecho uso de la fuerza, en cuyo caso el plazo era de treinta años (Partida VII, tit. XVII, ley IV); este régimen también se aplicaba al incesto (Partida VII, tit. XVIII, ley II) y al estupro (Partida VII, tit. XIX, ley II). Para las injurias se fijaba el término prescriptivo de un año, a contar desde el día de su comisión (Partida VII, tit. IX, ley XXII); cfr., *Los códigos españoles, concordados y anotados*, Madrid, 1849. Este reconocimiento excepcional de la prescripción del delito, con arreglo a las Partidas de Alfonso X, fue la tónica general en nuestro Derecho hasta el inicio de la codificación penal española (cfr., BERNI, J. *Práctica criminal*, Valencia, M.DCC.XLIX, reimpresión por editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 8, 24 y 44; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, págs. 106 y ss, y en particular, págs. 109, 169, 177, 180 y 189).

numerosas condiciones, como que el delincuente no hubiera cometido un nuevo delito, ni se hubiera fugado del país, ni hubiera gozado del provecho de su acto, etcétera. Realmente fue la codificación penal francesa la que en este caso, como en muchos otros, dio el impulso decisivo a la institución. La prescripción penal, en este incipiente Estado de Derecho, se independiza en gran medida de los planteamientos anteriores y comienza a dotarse de una mayor amplitud.

El Código Penal francés de 25 de septiembre –6 de octubre– de 1791, en su Título VI, contenía por primera vez un conjunto ordenado y sistemático de disposiciones en materia de prescripción penal, que sirvieron de base a la regulación posterior del Código de Instrucción Criminal. Examinemos brevemente los principios sentados por esta legislación: 1.- La cuestión decisiva en la prescripción es el mero transcurso del tiempo, sin otros condicionamientos añadidos, salvo el hecho de que en el plazo previsto no se hubiera llevado ninguna persecución. 2.- Se admitía la prescripción para todos los delitos, sin contemplar la figura de la imprescriptibilidad. 3.- El plazo de prescripción del delito era de tres años, cuando en ese intervalo no se hubiera llevado a cabo ninguna persecución (artículo 1), y de seis años en los restantes supuestos (artículo 2). 4.- Los plazos comenzaban a correr desde el día en que la existencia del delito hubiera sido conocida o legalmente constatada (artículo 2). 5.- Además de la prescripción del delito se contemplaba la prescripción de la pena, para la que se establecía un plazo de veinte años a contar desde la fecha del juicio<sup>29</sup>.

El Código del 3 de Brumario del año IV, sin apenas modificaciones, reproducía en sus artículos 9 y 10 el mismo sistema del Código de 1791<sup>30</sup>. Por su parte, el Código de Instrucción Criminal de 26 de diciembre de 1808 regulaba la prescripción del delito en los artículos 637 y siguientes, ubicados dentro del Capítulo V del Título VII. Aunque esta regulación se inspiraba en la de los códigos precedentes, atribuyendo el papel decisivo al transcurso del tiempo y admitiendo la prescripción de todos los delitos y penas, también contenía importantes innovaciones, sobre todo en lo relativo a la proporcionalidad de los plazos prescriptivos. Así, los delitos castigados con pena de muerte o pena aflictiva o infamante prescribían transcurridos **diez años**, a contar desde el día en que el crimen se hubiera cometido, si en este intervalo no se hubiera verificado ningún acto de instrucción o de persecución. Si se hubiera verificado en este intervalo algún acto de instrucción o persecución no seguidos de juicio, el plazo de prescripción era de diez años a contar desde el último acto, excluyendo a las personas que no hubieran sido implicadas en el mismo (artículo 637). Si se trataba de un delito castigado correccionalmente, la duración de la prescripción se reducía a **tres años** (artículo 638). En las contravenciones de policía el plazo era de **un año** (artículo 640)<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Cfr., MOAZZAMI, H. *La prescription de l'action pénale...*, ob. cit., págs. 40 y 41.

<sup>30</sup> Cfr., MOAZZAMI, H. *La prescription de l'action pénale...*, ob. cit., págs. 42 y 43.

<sup>31</sup> Cfr., MOAZZAMI, H. *La prescription de l'action pénale...*, ob. cit., págs. 44 y ss.

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 ha servido de inspiración a la inmensa mayoría de las legislaciones penales europeas. Sin embargo, las reticencias manifestadas hacia la institución por algunos de los máximos exponentes del pensamiento ilustrado<sup>32</sup>, tuvieron su reflejo en las legislaciones de finales

<sup>32</sup> Para BECCARÍA las leyes debían “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 tiempo necesario para probar un delito. Igualmente aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna en 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 de un ciudadano, porque la oscuridad en que se hallan confundidos por largo tiempo quita el ejemplo de impunidad, quedando en tanto al reo en disposición para enmendarse” (BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas (con el comentario de Voltaire)*, Madrid, 1997, Capítulo XXX, págs. 92 y 93). Semejante distinción, aunque con otros argumentos, formulaba el padre del utilitarismo, JEREMY BENTHAM, al afirmar que esta institución podía “tener lugar sin inconveniente en los delitos de temeridad y de negligencia, delitos que resultan de una falta exenta de mala fe. Después del accidente se ha visto la circunspección del delincuente, y ya no es un hombre temible. Su perdón es un bien para él, y no es un mal para nadie. Se puede también extender la prescripción a los delitos no consumados, a tentativas que han fallado. El delincuente en el intervalo ha sufrido en parte la pena; porque temerla ya es sentirla. Por otra parte se ha abstenido de delitos semejantes; se ha reformado a sí mismo, se ha hecho un miembro útil a la sociedad, y ha recobrado su salud moral sin usar del remedio amargo que la ley le había preparado para curarle. Pero si se tratara de un delito mayor, por ejemplo, de una adquisición fraudulenta, capaz de hacer rico a un hombre, de una poligamia, de un estupro violento, de un robo con fuerza armada, sería odioso, sería funesto, el permitir que pasado un cierto tiempo pudiese la maldad triunfar sobre la inocencia. Fuera de transacciones con malvados de esta clase, y que la espada vengadora de la ley esté siempre suspendida sobre su cabeza. El espectáculo de un delincuente que, protegido por las leyes que ha violado, goza en paz del fruto de su delito, es un cebo para los malhechores, un objeto de dolor para los hombres de bien, y un insulto público a la justicia y a la moral” (BENTHAM, J. *Tratados de legislación civil y penal*, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, 1981, pág. 300). Mucho más favorable hacia la institución se mostraba FILANGIERI, cuando señalaba: “Finalmente, el último sello que la Ley ponía a la libertad del ciudadano, era la determinación de cierto tiempo, pasado el cual quedaba prescrito el derecho de acusar. Si para asegurar la propiedad se debió establecer cierta prescripción para las acciones civiles, parecía muy justo que para asegurar la vida, el honor y la libertad del ciudadano, se estableciese otra para las acusaciones criminales. No hay cosa más difícil que defenderse de una acusación cuando se intenta muchos años después del delito. El tiempo, que borró de la memoria las circunstancias que le acompañaron, priva al acusado de los medios de justificarse, y ofrece al calumniador astuto un velo para cubrir sus meditaciones imposturas... La prescripción de las acusaciones también es un remedio que se debería adoptar. La de los romanos era demasiado larga, pues hemos observado que en muchos delitos era de veinte años. En Inglaterra es de tres (El estat. 7. de Guillermo III, capág. 3. prohíbe perseguir en juicio los delitos de cualquier especie en el caso que el libelo de la acusación no se haya presentado dentro de los tres años después de cometido el delito. Solamente se exceptúan los atentados contra la vida del Rey). Es mucho más difícil defenderse de una calumnia después de veinte años que después de pasados tres, y por esta razón debería preferirse el método de los ingleses” (FILANGIERI, C. *Ciencia de la Legislación*, Trad. Jaime Rubio, tercera edición, T. IV, Madrid, 1882, págs. 23-24 y 71-72). ANSELM VON FEUERBACH, por su parte, manifestaba su escepticismo en esta materia, al afirmar que “difícilmente la prescripción del crimen tenga otra

del siglo XVIII y principios del XIX, sobre todo en las regiones que hoy forman parte de Italia, Austria y Alemania<sup>33</sup>. En este sentido, no era infrecuente que la prescripción se negase para los delitos más graves y que se encontrase sometida a las más diversas condiciones, como el buen comportamiento del autor, la constatación de que no había huido o la satisfacción de las responsabilidades civiles<sup>34</sup>. Incluso en Austria, donde ya se había admitido esta institución, se suprimió por completo en el año 1787, aunque el Código General Imperio Austriaco de 1803 volvió a reconocerla, no sin algunas limitaciones<sup>35</sup>.

Pero tras esta reticencia inicial es preciso convenir que la influencia de la legislación revolucionaria francesa también terminó por ser ostensible en estos lugares<sup>36</sup>. En este sentido, tanto el Código Penal italiano de 1889, como el Código de la Confederación Alemana del Norte de 1870 y el del Imperio Alemán de 1871, se inspiraban en el Derecho francés y ya contemplaban tanto la prescripción del delito como la prescripción de la pena<sup>37</sup>. En líneas generales este sistema ha sido acogido favorablemente por la doctrina y la legislación posterior, con la excepción de la etapa del nacionalsocialismo alemán, en la que puede apreciarse un notable retroceso en la materia, de forma coherente con su concepción autoritaria del Estado y del Derecho penal<sup>38</sup>.

---

razón que la máxima de los doctrinarios romanos, de ampliar y redondear el sistema mediante la aplicación analógica de cierto principio jurídico. De la prescripción extintiva de la acción se deriva la consecuencia puramente lógica y también natural de la prescripción extintiva de la acusación (*accusationum*). Lo que pueda decirse de los fundamentos jurídicos de su introducción en el sentido político o material es una conjetura fundada y no probada” (FEUERBACH, A.V. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de la 14ª edición alemana (1847) por Zaffaroni, E. R. y Hagemeyer, I., Buenos Aires, 1989, pág. 88).

<sup>33</sup> Cfr., FREIHERR VON STACKELBERG, C. “Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung”, en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pág. 759; LOENING, R. “Die Verjährung”, ob. cit., págs. 411 y ss; MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, ob. cit., págs. 527 y ss; MAYER, H. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953, pág. 353; VON LISZT, F. *Tratado de Derecho penal*, trad. Jiménez de Asúa, T. III, 3ª edición, Madrid, pág. 405.

<sup>34</sup> Cfr., FREIHERR VON STACKELBERG, C. “Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung”, ob. cit., pág. 760; LOENING, R. “Die Verjährung”, ob. cit., págs. 414 y ss; LORENZ, M. *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung*, München und Berlín, 1955, pág. 80.

<sup>35</sup> Se exigía que el sujeto no hubiera obtenido ningún provecho del delito, que se hubiese esforzado en indemnizar a la víctima y que no hubiera huido del país ni cometido otro delito durante el tiempo de la prescripción (cfr., LOENING, R. “Die Verjährung”, ob. cit., pág. 414).

<sup>36</sup> Cfr., FREIHERR VON STACKELBERG, C. “Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung”, ob. cit., pág. 760; LOENING, R. “Die Verjährung”, ob. cit., págs. 425 y ss.

<sup>37</sup> Cfr., MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale italiano*, T. III, ob. cit., pág. 527 y ss; PESSINA E., *Elementos de Derecho penal*, ob. cit., págs. 751 y 752; VON LISZT, F. *Tratado de Derecho penal*, T. III, ob. cit., págs. 405 y 406.

<sup>38</sup> Cfr., LORENZ, M. *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung*, ob. cit., págs. 32 y ss; MOAZZAMI, H. *La prescription de l’action pénale...*, ob. cit., págs. 48 y ss.

### 3.2. Códigos penales españoles

A la hora de abordar el estudio de la prescripción del delito en nuestro Derecho, el análisis de los diferentes Códigos penales españoles no sólo resulta aconsejable, sino que podría decirse que constituye una exigencia ineludible, pues el carácter contradictorio de la doctrina jurisprudencial y el escaso tratamiento en la doctrina científica, se explica, en gran medida, por la previa confusión que ha originado nuestro legislador.

#### 3.2.1. Código Penal de 1822<sup>39</sup>

El Código Penal español de 1822 reguló la prescripción del delito en su Título Preliminar, Capítulo XI (“*De la prescripción de los delitos y culpas*”), artículos

<sup>39</sup> Código Penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822 (cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, Madrid, 1988, págs. 13 y ss). Antes de entrar en los concretos preceptos que sobre la prescripción del delito contenía el Código Penal de 1822 conviene aludir, siquiera sea brevemente, al fenómeno de la Ilustración, pues fueron precisamente las ideas ilustradas, que también tuvieron un importante reflejo en nuestro país, las que impulsaron e impregnaron nuestra primera legislación penal sistemática. Siguiendo una magnífica exposición de José A. SÁINZ CANTERO (“El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822”, en *ADPCP*, 1967, págs. 511 y ss), la filosofía penal liberal nació en Europa en las postrimerías del siglo XVIII. Superada su primera fase, que iniciaron BECCARÍA, HOWARD y MARAT, iban a sentarse las bases para un nuevo planteamiento, sistemático y científico, del Derecho penal europeo. Semajante planteamiento estuvo a cargo de ROMAGNOSI, que en 1791 publicó la primera edición de su *Genesi del Diritto Penale*, y FEUREBACH, que publicó en 1801 el *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Con estos dos libros se inició el estudio científico del Derecho penal. Con base en ellos y en el contenido ideológico de la filosofía penal liberal, que inspiró la Revolución, surgió el modo de pensar, hacer e interpretar que posteriormente se ha dado en llamar *clásico*. Esta dirección llenó el área científica europea durante toda esta época, y su esfuerzo no quedó en mera especulación dogmática, sino que tuvo una proyección legislatora que dio lugar a las primeras codificaciones. Al revisar el pensamiento de la época no puede omitirse la referencia a la figura de BENTHAM, cuya influencia en todo el mundo fue muy considerable. Sin restar importancia a su obra, lo verdaderamente significativo de BENTHAM fue su cosmopolitismo. Era el director espiritual de innumerables políticos y estadistas. Se le consultaba sobre las reformas legislativas desde los distintos países, enviaba a veces verdaderos proyectos de Códigos y estudiaba, comentaba y censuraba cualquier intento de legislación de que tenía noticia. De los autores mencionados es fácil deducir cuáles fueron las ideas predominantes en Europa durante este periodo: en lo filosófico, el Iluminismo; en lo estrictamente penal, las llamadas teorías utilitarias en la conformación que recibieron de cuatro autores: FILANGIERI, FEUREBACH, ROMAGNOSI y BENTHAM, en los que ya se percibe la existencia de una misma línea de pensamiento en lo que se refiere al fin de la pena: la prevención general. En España, sin desmerecer a otros intelectuales de este periodo, hay que destacar sin duda la figura de LARDIZÁBAL, excelente conocedor de las ideas ilustradas y que fue el primer encargado de llevar a cabo la difícil empresa de la codificación penal (*vid*, DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M. *Discurso sobre las penas, contraído á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, y el estudio preliminar a esta

obra de ANTÓN ONECA, J. “El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizabal”, publicados ambos en *Rev.Est.Penit*, n° 174, 1966, págs. 3 y ss; SAÍNZ CANTERO, J.A. “El informe de la Universidad de Granada... ob. cit., págs. 514 y ss). El propósito era formar un Código Penal, reformando las leyes en desuso, acomodando las vigentes en el tiempo presente y cortando en lo posible toda arbitrariedad. Encomendó el Consejo de Castilla a LARDIZÁBAL la labor previa de extraer todas las leyes penales dispersas, trabajo que una vez concluido lo presentó al Consejo el 9 de febrero de 1778. Inspirado en las ideas y sentimientos de la Ilustración, el Plan del Código Criminal de 1787 estaba dividido en cuatro partes: parte primera: *De los delitos y sus penas*; parte segunda: *De las personas que deben concurrir en las causas criminales, para proceder en ellas legítimamente*; parte tercera: *Del orden y forma de substanciar las causas criminales a presencia del acusado o en su ausencia o rebeldía*; parte cuarta: *De las pruebas de los delitos*, y ya contemplaba la prescripción del delito en el título III de la parte segunda (cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T. I, Madrid, 1986, pág. 30). Sin embargo, este proyecto no llegó a ver la luz, pues sólo el posterior Código Penal de 1822 implicó la aprobación de la primera legislación penal sistemática española. El primer Código Penal español fue elaborado por las Cortes del Trienio, que fueron convocadas por Decreto de 22 de marzo de 1820 e iniciaron sus tareas el 26 de junio del mismo año. En la sesión de 22 de agosto de 1820 quedó nombrada la comisión de Código criminal con los diputados siguientes: Calatrava, Marina, Vadillo, Caro, Victórica, Crespo Cantolla, Rivera, Florez Estrada y Rey. Como observa ANTÓN ONECA, al estudiar la contribución de cada uno de los firmantes, “evidentemente, el principal autor fue don José María Calatrava” (ANTÓN ONECA, J. “Historia del Código Penal de 1822”, en *ADPCP*, 1965, pág. 268). Empezaron sus trabajos después de cerradas las sesiones de 9 de noviembre de 1820 y en la sesión de 2 de abril de 1821 presentaron terminado el proyecto, cuyas discusiones parlamentarias comenzaron el 23 de noviembre de 1821 y terminaron el 13 de febrero de 1822, fecha en que fue aprobado (cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T. I, ob. cit., págs. 43 y ss). Una de las cuestiones más dudosas y debatidas respecto de este Código es si llegó a aplicarse realmente. Dejando a un lado las frecuentes afirmaciones oscuras y ambiguas sobre esta cuestión, y sin que ello suponga ningún demérito de alguna otra aportación doctrinal relevante, deben destacarse sin duda las investigaciones de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822”, en *CPC*, n° 5, 1978, págs. 229 y ss, y de CASABÓ RUIZ, J.R. “La aplicación del Código Penal de 1822”, en *ADPCP*, 1979, págs. 333 y ss, que ofrecen pruebas concluyentes que acreditan que este texto legal sí llegó a tener aplicación efectiva. También se ha especulado mucho sobre las influencias del Código Penal de 1822. Desde luego, de los pensadores de aquel momento el más citado en los debates fue BENTHAM, especialmente por Calatrava, principal redactor del proyecto (cfr., ANTÓN ONECA, J. “Historia del Código Penal de 1822”, ob. cit., pág. 271; LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T. I, ob. cit., pág. 51). Sin embargo, en materia de prescripción penal, a la que el padre del utilitarismo se oponía en la mayoría de los casos, nuestros legisladores desobedecieron acertadamente los extremistas y apocalípticos dictados de BENTHAM. Parece que en esta materia tuvo más influencia entre los redactores la legislación revolucionaria francesa, aunque tan solo parcialmente, como tendremos ocasión de observar al estudiar la concreta regulación. En este punto, con toda probabilidad, les asiste la razón a ANTÓN ONECA (“Historia del Código Penal de 1822”, ob. cit., pág. 271) y a CUELLO CONTRERAS (“Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822”, en *ADPCP*, 1977, pág. 91) cuando defienden que más que en doctrinas ajenas los oradores recibían la inspiración de su propio sentido común. “Por eso puede hablarse de *influencias*, pero sin llegar a afirmar que éstas hayan sido *determinantes* de nuestro proceso legislativo”(CUELLO CONTRERAS, J. “Análisis de un informe anónimo...”, ob. cit., pág. 91).

172 a 177<sup>40</sup>. Ya en nuestra primera legislación penal sistemática se admitió la prescripción para todos los delitos, aunque la posibilidad de prescripción de las penas se llegó a negar expresamente (artículo 178)<sup>41</sup>, lo que pone de manifiesto una reticencia inicial a la adopción del modelo francés en toda su extensión.

Una de las características más significativas de esta regulación se encuentra en el hecho de que el legislador contempló, conjuntamente y bajo las mismas reglas, la prescripción del delito y la de la acción civil derivada del mismo, lo que se explica, no sólo por la tradicional inclusión en nuestros códigos penales de la responsabilidad civil proveniente del delito, sino también, y sobre todo, por la circunstancia de que en aquellos momentos el Derecho penal y el procesal penal todavía no habían adquirido la suficiente individualidad y categoría científica, lo que favorecía la tendencia a llevar a cabo un traslado más o menos acrítico de los principios civiles a la materia criminal.

Otra de las notas más características de la regulación de la prescripción del delito en el Código Penal de 1822 fue la notoria brevedad de los plazos prescriptivos, en relación con los que regirían posteriormente e, incluso, con los establecidos en el actual Código Penal: treinta días para las injurias (artículo 172); un año para los delitos comprendidos en el capítulo de adulterios y estupros (artículo 173); tres años para los demás delitos que no merecieran según la ley pena corporal, ni de infamia, ni privación de empleo, ni inhabilitación para ejercer profesión o cargo público (artículo 174); y ocho años para los delitos más graves (artículo 175).

En lo relativo al cómputo de los plazos de prescripción se aceptó como principio general, ya contemplado en nuestro Código civil, que estos comenzaran a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiera cometido el delito. Asimismo se admitió, como figura importada del Derecho privado y que ya aparecía prevista en el Código de Instrucción Criminal francés, la interrupción de la prescripción. Al regularse conjuntamente la prescripción del delito y la de la acción civil derivada del mismo, se fijaron como causas comunes de interrupción la interposición de la acusación o demanda y la iniciación de oficio del proceso penal, aclarándose, no obstante, que la sola demanda civil o dirigida únicamente a obtener los resarcimientos, restituciones o indemnizaciones, sin acusar criminalmente por el delito, no interrumpía la prescripción de éste en cuanto a la acusación y procedimiento criminal (artículo 177).

Dentro de las causas de interrupción también se contempló la comisión de cualquier otro delito o culpa antes de cumplirse el término prescriptivo, en cuyo caso el plazo debía empezar a contarse desde la fecha del segundo delito (artículo 176). El hecho de que se subordinase la prescripción a la ausencia de comisión

---

<sup>40</sup> Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., págs. 50 y 51.

<sup>41</sup> “*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*”.

de otra infracción durante el plazo prescriptivo refuerza la conclusión de que el legislador de 1822 se mostraba un tanto reticente a la adopción del modelo francés, en el que la prescripción criminal no se hallaba sujeta a tales condicionamientos. Probablemente, el establecimiento de esta causa interruptiva se debió a la influencia sobre nuestros antiguos legisladores de la idea de la enmienda presunta del delincuente.

Por otra parte, también podía operar la prescripción, tras haberse interrumpido por la iniciación del proceso, si se abandonaba el mismo. En tales supuestos debía contarse de nuevo el mismo plazo prescriptivo desde que se hubiera producido el abandono, salvo que se hubiese procedido criminalmente de oficio, en cuyo caso el plazo de tres años, establecido en el artículo 174, se incrementaba a cinco, y el plazo de ocho años, previsto en el artículo 175, pasaba a ser de doce.

Finalmente, en cuanto a la naturaleza jurídica (sustantiva o procesal) de la prescripción del delito, nuestro legislador ya comenzaba a manifestar una cierta confusión en este sentido. Por un lado, reguló esta institución en el Código Penal, subordinando su operatividad al presunto buen comportamiento del autor. Sin embargo, por otro lado, las constantes alusiones a la “*acción criminal*” que podían encontrarse a lo largo del texto parecían apuntar a que legislador de 1822 se inclinaba por su carácter procesal, de acuerdo con la concepción dominante en aquella época y acogida por el Código de Instrucción Criminal francés<sup>42</sup>. A pesar de ello decidió regularla en el Código Penal, debido, con toda probabilidad, a las dificultades que planteó el retraso en la aprobación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### 3.2.2. Otros proyectos hasta el Código Penal de 1848

También el Proyecto de Código Penal de 1830 preveía la prescripción del delito, concretamente en sus artículos 446 a 448, ubicados en el Título 9º (“*De las acciones que nacen de los delitos, del ejercicio de éstas, y de su prescripción*”) del Libro segundo (“*De la administración de justicia en lo criminal*”). Según afirma CASABÓ RUIZ, la redacción de este Título 9º correspondió a SAÍNZ DE ANDINO<sup>43</sup>. Aunque a primera vista la rúbrica del mencionado título parecía aludir únicamente a la prescripción del delito, a diferencia del Código Penal de

---

<sup>42</sup> Entre las objeciones presentadas al proyecto por parte de los diputados, universidades, tribunales y colegios de abogados poca atención se prestó a regulación la prescripción del delito. Puede destacarse, no obstante, el informe emitido por la Universidad de Granada, en el que se afirmaba: “Capítulos VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII.- Estos propiamente pertenecen al Código de procedimientos, y así en el Código de instrucción criminal, o de procedimientos, publicado en Francia el año 1808, es donde se hallan los cinco capítulos que tratan de la remisión y entrega de reos, de las acusaciones, de los contumaces, de la rehabilitación de los delincuentes y de la **prescripción de los delitos**” (Cfr., SAÍNZ CANTERO, J.A. “El informe de la Universidad de Granada...”, ob. cit., pág. 524).

<sup>43</sup> CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código criminal de 1830 (estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz)*, Universidad de Murcia, 1978, pág. 29.

1822, también se contempló en este Proyecto la prescripción de la pena, estableciéndose para la misma “*el doble de tiempo del que se necesitaría para la prescripción de la acción penal según las disposiciones del artículo 446*” (artículo 449). Ello evidencia el notable influjo del Derecho francés, en el que ya se aceptaba este principio<sup>44</sup>.

En cuanto a la prescripción de las infracciones, se establecía que los delitos castigados con pena de muerte no prescribirían. En los restantes delitos los plazos comprendían una escala que iba desde los veinte años a los seis meses (artículo 446). A diferencia del Código Penal de 1822, y de forma acorde con el Código de Instrucción Criminal francés, el Proyecto de 1830 ya establecía que los términos de la prescripción se contarían 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*” (artículo 447). También se admitía, por lo tanto, la interrupción de la prescripción. Asimismo el artículo 448 señalaba que la prescripción se interrumpiría “*por la perpetración de un nuevo delito*”, lo que ya aparecía contemplado por nuestro texto de 1822<sup>45</sup>.

El extenso Proyecto de Código Criminal de 1831, también conocido como el “Proyecto de Sáinz de Andino”, contempló tanto la prescripción del delito como la de la pena en el Título 3º (“*De la prescripción de los delitos y de las condenas*”) del Libro tercero (“*De la rebaja, remisión y prescripción de las penas*”), artículos 1182 y siguientes. Por más que en alguna ocasión se haya señalado que este Proyecto vino a reproducir en materia de prescripción penal la propuesta de SAINZ DE ANDINO para el año anterior<sup>46</sup>, lo cierto es que contiene importantes innovaciones. Centrándonos en las que afectan a la prescripción del delito, a diferencia del Proyecto de 1830, no se contemplaba la imprescriptibilidad en ninguna infracción, fijándose una escala de plazos que se extendía desde los veinte años a los treinta días (artículos 1182 y ss). Por otra parte, si bien ambos textos contemplaban como causa de interrupción la comisión de otro delito, en el Proyecto del año 1931 se restringía su ámbito de aplicación a aquellos casos en que el nuevo delito tuviera “*prefijada pena corporal de igual o mayor gravedad que el anterior*” (artículo 1187)<sup>47</sup>. Es decir, a diferencia del Proyecto de 1830, esta causa sólo aparecía prevista para los supuestos más graves.

El Proyecto de 1834, calificado por CASABÓ como “la última manifestación de la actividad codificadora de este periodo absolutista” desde el punto de vista

<sup>44</sup> *Vid. supra*, Cap. I, 3.2.1.

<sup>45</sup> La regulación de la prescripción en este proyecto puede consultarse en CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código criminal de 1830 (estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz)*, ob. cit., págs. 120 y 121.

<sup>46</sup> CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino (estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz)*, Universidad de Murcia, 1978, pág. 17.

<sup>47</sup> La regulación de la prescripción en este proyecto puede consultarse en CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino*, ob. cit., págs. 263 y ss.

de su origen y gestación<sup>48</sup>, regulaba la prescripción de los delitos y de las penas en el Título VII (“*De las acciones que nacen de los delitos, del ejercicio de éstas y de su prescripción*”), del Libro cuarto (“*De la administración de justicia en lo criminal*”), artículos 541 y siguientes. La regulación proyectada en este texto prácticamente constituye una reproducción de la contenida en el anterior Proyecto de 1830. Al margen de alguna otra modificación meramente formal, que en nada afecta al contenido, únicamente se añadía, a continuación de la previsión que establecía la imprescriptibilidad de los delitos castigados con pena capital, “*pero no se impondrá esta, y sí la inmediata, después de transcurridos quince años desde la perpetración del delito*” (artículo 541), lo que no deja de ser una cuestión más propia de la sustitución de penas<sup>49</sup>. Sin duda en la regulación de todos estos proyectos (1830, 1831 y 1834) es posible percibir la notable y creciente influencia del Código de Instrucción Criminal francés, y también, aunque en mucha menor medida, la del Código Penal español de 1822<sup>50</sup>.

### 3.2.3. Código Penal de 1848-1850<sup>51</sup>

Ni el Código Penal de 1848, ni la edición reformada de 1850, contemplaron la prescripción del delito, aunque sí regularon la prescripción de la pena, a la que

<sup>48</sup> CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código criminal de 1834 (estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz)*, Universidad de Murcia, 1978, pág. 2.

<sup>49</sup> La regulación de la prescripción en este proyecto puede consultarse en CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código criminal de 1834 (estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz)*, Universidad de Murcia, 1978, págs. 108 y ss.

<sup>50</sup> Si bien estas obras son fruto del absolutismo, como pone de manifiesto CASABÓ, hay que tener en cuenta que Sainz de Andino era un afrancesado y dentro de los límites impuestos por el absolutismo de aquel momento tenía fama de liberal. Durante la dominación francesa se pasó a su bando, ejerciendo cargos políticos, lo que le obligó a exiliarse posteriormente en el sur de Francia (Cfr., CASABÓ RUIZ, J.R. *El proyecto de Código criminal de 1831 de Sainz de Andino*, ob. cit., pág. 4). Quizá sea esto lo que explique la influencia del Derecho francés sobre tales proyectos.

<sup>51</sup> Código Penal español, decretado por las Cortes y sancionado por la Reina en 19 de marzo de 1848 (Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., págs. 191 y 323). Uno de los hechos más importantes de esta etapa fue, sin duda, la creación de la Comisión general de Codificación. Una vez que triunfó la sublevación contra Espartero (1843) se formó otro gobierno provisional, del que Joaquín María López desempeñó la Presidencia y la cartera de Gracia y Justicia. Una de las primeras medidas que adoptó fue la solicitud a las Cortes de un crédito con el que atender a la formación de la Comisión General de Codificación, que tuvo lugar por Decreto de 19 de agosto de 1843. El 16 de septiembre del citado la Comisión año comienza sus tareas, acordando dividirse en cuatro secciones: la del Código civil, la del Código Penal, la del Código de procedimientos civiles y la del Código de procedimientos criminales. Los diversos miembros que en un primer momento formaron la sección del Código Penal pronto quedaron reducidos a Manuel Seijas y a José María Claros, ambos con una intervención decisiva en el proyecto (cfr., LASSO GAITE J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 251 y ss).

ambos textos dedicaron sus artículos 126 y 127<sup>52</sup>. Esta peculiar situación, completamente inversa a la del Código Penal de 1822, no se debió al hecho de que se rechazase la prescripción del delito y sin embargo se admitiese, de forma más o menos absurda e incoherente, la prescripción de la pena, sino a que se estimaba que la prescripción del delito era una materia más propia de las leyes de procedimiento y por ello no debía regularse en el Código sustantivo. En este sentido ya afirmaba PACHECO: “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 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”<sup>53</sup>.

La misma explicación proporcionan VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, al señalar que “la comisión de Códigos creyó que debía descartar del penal cuanto se refiriese al procedimiento, como se ha hecho por el legislador francés y otros modernos. El objeto de la ley penal debe ser hablar tan solo de la prescripción de las penas, y esta es la materia del título 6<sup>o</sup>”<sup>54</sup>.

Ello también aparece confirmado por una serie de manuscritos, recogidos por LASSO GAITE, en los que se alude a las ponencias o anteproyectos que posteriormente eran objeto de discusión en la Comisión General. En dichos documentos se refleja que, centrado el debate sobre la estructura o método del futuro Código Penal, VIZMANOS se opuso a la propuesta de SEIJAS, afirmando que el título tercero debía ocuparse “de la aplicación de las penas y efectos de la condena y finalmente de la prescripción del delito y de la pena, que omite el ponente”. A este

<sup>52</sup> Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., págs. 230 y 363. En cuanto al reconocimiento de la prescripción de la pena, el 29 de septiembre de 1843 sometió Seijas, Presidente de la Sección del Código Penal, un pliego de cuestiones a la Comisión General de Codificación, que serviría de base para la formación del proyecto. En la cuestión n<sup>o</sup> 13 se preguntaba: “¿Se admitirá el principio de la prescripción de las penas?”. A esta cuestión la Comisión respondió afirmativamente, señalando que se admitiría el principio de la prescripción de las penas “con las modificaciones, precauciones y requisitos que exijan las diferentes clases de infracciones y las circunstancias de los culpables” (cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 260 y 262).

<sup>53</sup> PACHECO, J. F. *El Código Penal. Concordado y comentado*, Madrid, 2000, pág. 502. Tradicionalmente se ha considerado a PACHECO como el padre del Código Penal de 1848, estimando que a él correspondió la tarea de configurar este texto legal y que sus célebres comentarios eran algo así como la interpretación auténtica de las palabras de la ley. Sin embargo, en los últimos años una actitud más crítica y científica al respecto, fruto de rigurosas investigaciones, pone de manifiesto que su intervención en este Código no fue tan decisiva como se había creído, a diferencia de la de Seijas y Claros (cfr., ANTÓN ONECA, J. “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *ADPCP*, 1965, pág. 472; CANDIL JIMÉNEZ, F. “Observaciones sobre la intervención de D. Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848”, en *ADPCP*, 1975, pág. 405; LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 299 y ss).

<sup>54</sup> VIZMANOS T.M./ÁLVAREZ MARTÍNEZ C. *Comentarios al nuevo Código Penal*, T.I, ob. cit., pág. 405.

respecto, LUZURIAGA recordó lo aprobado en las bases, “según las cuales la prescripción de la acción es materia procesal y la de la pena exige señalar en el Código algunas condiciones y circunstancias que harían excéntrica esta materia en el Libro I, que sólo debe tratar de las infracciones, de los infractores y de las penas”<sup>55</sup>.

De conformidad con lo formulado por VIZMANOS, aceptó SEIJAS que se colocase el título de la prescripción al final del Libro I, en vez de al final del Código. Estaban conformes en que la prescripción de las acciones tenía su lugar en el Código procesal, pero no la de las penas, fundada en la buena conducta durante unos plazos suficientes, que acrediten “el arrepentimiento y haberse convertido en un buen ciudadano”. Finalmente, acordaron la prescripción de la pena de muerte a los veinte años, la de trabajos forzados a los quince, diez para las correccionales y cinco para las admonitorias, con buena conducta y residencia en la Península durante esos plazos<sup>56</sup>. La razón de que no se regulase fue, por lo tanto, su consideración como institución de carácter procesal, más propia de las leyes de procedimiento.

### 3.2.4. Código Penal de 1870<sup>57</sup>

El Código Penal de 1870 reguló la prescripción del delito en su Libro I, Título VI (“*De la extinción de la responsabilidad criminal*”), artículos 132 y

---

<sup>55</sup> Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., pág. 271.

<sup>56</sup> Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 260 y 281.

<sup>57</sup> Código Penal mandado publicar provisionalmente en virtud de autorización concedida al Gobierno por la Ley de 17 de junio de 1870 (cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, Madrid, 1988, pág. 491). Aprobada la Constitución que consagraba los postulados políticos de la revolución de 1868 se hizo necesaria la aprobación de nuevos códigos que adecuasen a ella sus preceptos. Integraban la Comisión General de Codificación en 1856 su presidente Manuel Cortina y los vocales Pedro Gómez de la Serna, Francisco de Cárdenas, Manuel García Gallardo, Juan Manuel González Acevedo, Cirilo Álvarez Martínez y Pascual Bayarri. Dicha Comisión ya se venía ocupando de la reforma del Código Penal de 1850, para lo cual se solicitaron informes de los Tribunales y Colegios de abogados sobre la aplicación del Código Penal. Para el estudio de estos informes y observaciones la Comisión nombró a Pedro Gómez de la Serna, quien posteriormente daría cuenta en las reuniones de la Comisión que tuvieron lugar a partir de mayo de 1864. Muchas de las ponencias de Gómez de la Serna sobre el Libro I pasaron posteriormente al proyecto y al Código 1870, como sucedió en el caso de la prescripción del delito, y de ahí la importancia de tener en cuenta estos trabajos previos a la Constitución de 1869 y al nombramiento de la Comisión Legislativa. Interrumpida muchas veces por otros trabajos que se consideraron más urgentes la discusión del Código Penal, cuando la Comisión terminó de revisar el libro I, ya había ocurrido la revolución de septiembre de 1868. Una comisión de las Cortes redactó el proyecto de Constitución que, previa discusión, fue promulgada el 6 de junio de 1869. Tras varios intentos, por Decreto de 1 de octubre de 1869 quedó admitida la dimisión presentada por los miembros de la Comisión de Codificación, y otro Decreto del día si-

133<sup>58</sup>. Por primera vez en la historia de la codificación penal española se regularon simultáneamente en uno de nuestros Códigos penales la prescripción del delito y la prescripción de la pena, a pesar de que GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, nuestro más insigne comentarista del Código Penal de 1870 y destacado miembro de la Comisión Legislativa, seguía considerando que la primera de estas

guiente creó en su lugar la Comisión Legislativa, cuya sección penal fue presidida por Nicolás María Rivero, e integrada por Santiago Diego Madrazo, Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, Laureano Figuerola, Pedro González Gutiérrez, José María Fernández de la Hoz, Cristino Martos y, probablemente, Eugenio Montero Ríos. Como afirma ANTÓN ONECA los objetivos perseguidos por los reformadores de 1870 fueron: “a) Proteger penalmente la Constitución de 1869 tanto en la organización de los poderes políticos de la nación como en el reconocimiento de los derechos individuales; b) Humanizar el Código conforme a los ideales mitigadores de los partidos representados en las Cortes, cuyas ideas en materia penal procedían de la ilustración; c) Corregir algunos preceptos que aparecían defectuosos técnicamente considerados y aún en el común sentir de las gentes” (ANTÓN ONECA, J. “El Código Penal de 1870”, en *ADPCP*, 1970, pág. 237). Por Decreto de 30 de mayo de 1870 fue autorizado el Ministro Montero Ríos para presentar a la aprobación de las Cortes el proyecto de ley modificando el Código Penal. Leído por el mismo el Decreto y el Proyecto de Ley para la reforma del Código Penal, no hay precedentes de mayor rapidez en constituirse la Comisión y dar su dictamen aceptando el proyecto. Una vez aprobado nadie volvió a resucitar la discusión del Código Penal, cuya vigencia provisional se extendió hasta 1928 sin interrupción (Cfr., ampliamente, LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 417 y ss). Según ANTÓN ONECA la reforma de 1870 fue útil en su aspecto político por la protección de los derechos individuales, y significó, además, un paso adelante en la mitigación de las penas exigida por el nuevo ambiente histórico. Sin embargo en el aspecto técnico, para este autor, el juicio debe ser menos favorable: los legisladores permanecieron ajenos a varias razonables respuestas del informe del Colegio de Abogados de Madrid y también de la Comisión de Codificación que cesó en 1869, así como a exigencias muy visiblemente puestas de relieve por la realidad, como por ejemplo la imposibilidad de cumplir las reglas de ejecución de las penas privativas de libertad (Cfr., ANTÓN ONECA, J. “El Código Penal de 1870”, ob. cit., pág. 250).

<sup>58</sup> Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, Madrid, 1988, págs. 537 y 538. El Título 6º del Libro I del Código de 1850, que trataba de “la prescripción de las penas”, recibió nueva denominación en una de las ponencias de Gómez de la Serna: “De la extinción de la responsabilidad penal”, que pasó al Proyecto y al Código de 1870. De la prescripción penal trataron varios informes: El Colegio de Abogados de Tenerife afirmaba que la regulación del Código de 1850 “trastorna completamente la legislación antigua, desechando la prescripción para los delitos y admitiéndola, sin embargo, para las penas... Lejos estarían los informantes de abogar por la prescripción a favor del crimen, si el Código redujera a sus justos límites los institutos humanitarios que rechazan la idea de que un anciano septuagenario sea penado por faltas de su juventud, y hubiese querido sobreponer a esta consideración el interés de la sociedad; mas, admitida la imprescriptibilidad de los delitos, no debería aceptarse la prescripción de las penas impuestas por sentencia que causase ejecutoria”. A favor de la prescripción de los delitos, aunque con algunas limitaciones, se manifestó el Fiscal de la Audiencia de Cáceres, “porque es preciso reconocer que la alarma social se debilita por el transcurso del tiempo, que la compasión sucede al odio que inspira el delincuente... La enormidad de algunos hace que sean exculpables para siempre, como el regicida, el parricida, el incendiario y el alevoso, que no merecen un perdón absoluto como el consignado en la Ley... no puede extenderse a los procesados en rebeldía,

modalidades de prescripción desplegaba su eficacia principal sobre la acción penal: “La responsabilidad, por la prescripción, puede extinguirse antes o después de la condena. Cuando se extingue antes, tiene lugar *la prescripción del delito* de que ahora tratamos. Cuando se extingue después, tiene lugar *la prescripción de la pena...* La prescripción del delito no es, por tanto, otra cosa que la prescripción de la acción penal: la extinción, mediante el transcurso de cierto tiempo, del derecho que la sociedad tiene de comprobar los delitos y convencer a sus autores de su responsabilidad. Por eso cuando esta prescripción se realiza, cuando la responsabilidad criminal se extingue por no poder nacer un procedimiento legal que de ocasión a condena, la presunción no puede menos de ser la de inocencia...”<sup>59</sup>.

En el Código Penal de 1870 ya se abandonó la regulación conjunta de la prescripción penal y de la acción civil derivada del delito, que fue una de las características más significativas del Código Penal de 1822. Asimismo se admitió la prescripción para todos los delitos, estableciéndose los siguientes plazos: veinte años, cuando la ley señalare al delito la pena de muerte o de cadena perpetua; quince años, cuando señalara cualquier otra pena aflictiva; diez años, cuando señalara penas correccionales. Se exceptuaban, no obstante, los delitos de calumnia e injuria, de los cuales el primero prescribía al año, y el segundo a los seis meses. En materia de faltas se fijaba el plazo de dos meses y en los delitos cometidos por medio de imprenta, el gravado u otro medio mecánico de publicación el de tres meses<sup>60</sup>. Tras señalar los plazos prescriptivos, el artículo 133 ya establecía que cuando la pena señalada fuera compuesta debía estarse “*a la mayor*” para la aplicación de los términos comprendidos en los párrafos precedentes, lo

---

ni a los que se han fugado antes o después de la condena”. El Colegio de Abogados de Barcelona y la Audiencia de Albacete se manifestaron contrarios a la redacción de estos artículos 126 y 127, “porque la exclusión de rebeldes y quebrantadores de condena hacen ilusoria la prescripción”. En el borrador de la nueva redacción de este artículo se establece como epígrafe: “La responsabilidad penal se extingue”, señalando después la propuesta del ponente rectificadora por la Comisión, que incluye entre las causas de extinción la “prescripción del delito”(sexta) y la “prescripción de la pena”(séptima). El contenido de estos párrafos fue resumido en el proyecto y en el Código, que recogen también las otras disposiciones de los dos artículos siguientes de la ponencia, señalando los plazos de prescripción de los delitos y de las penas, y un artículo final señalando que la responsabilidad civil se extinguirá del mismo modo que las obligaciones civiles. No pasó al proyecto ni al Código de 1870, sin embargo, el penúltimo artículo de la ponencia, que prevenía que todo el tiempo que quede en suspenso una causa o el cumplimiento de una condena por demencia del delincuente “no se considerarán interrumpidas las prescripciones del delito ni de la pena” (Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 430 y 431).

<sup>59</sup> GROIZARD, A. *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*, T. II, 2ª edición, Madrid, 1903, pág. 686.

<sup>60</sup> Cfr., GROIZARD, A. *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*, T. II, ob. cit., pág. 698; VIADA Y VILASECA, S. *Código Penal reformado de 1870*, 4ª edición, T. I, Madrid, 1890, pág. 571.

que con posterioridad iba a plantear la dificultad interpretativa de si debía seguirse un criterio cualitativo, que atendiese a la gravedad de la pena, o un criterio meramente cuantitativo.

A diferencia del Código Penal de 1822, que conectaba el inicio del cómputo prescriptivo con el momento de la comisión del delito, el Código de 1870 consagró, por primera y única vez en nuestra legislación penal, el denominado criterio del conocimiento del delito: “*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*” (artículo 133). Disposición injustificada –en palabras de JERÓNIMO MONTES– que nacía de ver en la prescripción penal sólo un modo de extinguirse la acción, y producía la consecuencia absurda de hacer imprescriptible un delito que permaneciera oculto<sup>61</sup>. Si a dicha circunstancia se añade el sistema de interrupción previsto por el párrafo siguiente, en virtud del cual la prescripción quedaba interrumpida desde que el procedimiento se dirigiese contra el culpable, es fácil extraer la conclusión de que nuestros legisladores de 1870 tan solo desearon atribuir a la prescripción del delito una virtualidad muy limitada <sup>62</sup>.

<sup>61</sup> MONTES, J. *Derecho penal español, parte general*, T. II, Madrid, 1917, pág. 349.

<sup>62</sup> GROIZARD trataba de justificar este criterio argumentando que nuestros legisladores, frente a las posiciones extremas, habían optado por un sistema ecléctico: “¿Desde cuándo debe empezar a contarse el tiempo de la prescripción? Dos sistemas pueden seguirse. Desde el día en que el delito se comete, o desde el día en que es descubierto, esto es, desde que el procedimiento empieza... Nuestra ley ha combinado ambos métodos. Como regla general, hace de la perpetración del delito el punto de partida para la cuenta del tiempo. Pero admite, como excepción, el día del comienzo del procedimiento, declarando que desde él comenzará a correr, si el delito no fuere antes conocido. Importa fijarse en que la ley habla del delito y no del delincuente al establecer la regla y excepción. Con tal que el delito sea conocido, aunque no lo sea su autor, el tiempo de la 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” (GROIZARD A. *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*, T.II, ob. cit., pág. 698). Menos conformista, al menos desde el punto de vista formal, se manifestaba VIADA Y VILASECA, al afirmar: “Hemos subrayado expresamente el verbo se descubra, porque tenemos la expresión por impropia. Indudablemente quiso expresar el artículo que sólo cuando es conocida la comisión del delito y se empiece el procedimiento es cuando corre el término de la prescripción. El procedimiento precisamente se instruye para el descubrimiento del delito y de sus autores. Luego lo que se ha querido decir es que se haya denunciado la comisión de un delito, o se haya tenido de él conocimiento, y se empiece a proceder para su descubrimiento y castigo” (VIADA Y VILASECA, S. *Código Penal reformado de 1870*, 4ª edición, T. I, Madrid, 1876, pág. 572). Todavía más restrictiva con esta exigencia se manifestó la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1892 (J. Cr. 92): “... el art. 133 del Código Penal, que se cita por el Abogado del Estado como infringido, no exige, según éste supone, que el delito cometido contra el cual se alega la prescripción sea conocido precisamente de la Autoridad Judicial para que no se cuente el tiempo de aquélla desde la fecha de la comisión del hecho punible, que es la regla en general, sino que establece en términos genéricos como línea de la excepción de dicha regla, que si entonces, en el día en que se cometió no fuese conocido y público ó cuando menos de muchas personas, puede ser y no tener de él -

La interrupción inicial de la prescripción del delito no impedía, sin embargo, que el sujeto pudiera llegar a beneficiarse de la misma, pues el artículo 133 establecía expresamente: “*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, a no ser por rebeldía del culpable procesado*”. De dicha regulación no resulta fácil deducir si se trataba un sistema de interrupción propiamente dicho, que dejaba sin efecto el tiempo transcurrido hasta el acto interruptivo, o de un sistema de suspensión. El propio GROIZARD se mostraba un tanto dubitativo en este punto, cuando afirmaba: “Este término, sin embargo, se suspende y la prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable”<sup>63</sup>. Alimenta todavía más esta duda el análisis comparativo con el artículo 134, que en materia de prescripción de la pena declaraba expresamente: “*Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido...*”. Este problema interpretativo, como tendremos ocasión de observar, ha subsistido hasta tiempos recientes, pues a partir de un determinado momento nuestros legisladores adoptan este Código como modelo, aunque sin decidirse a suplir sus deficiencias.

Pese a sus defectos, ambigüedades e inconcreciones, el Código Penal de 1870, a diferencia del texto de 1822, ya atribuía el papel principal en la prescripción al mero transcurso del tiempo, sin admitir como causa de interrupción la comisión de otro delito antes de finalizar el plazo prescriptivo, lo que para GROIZARD debía ser objeto de una valoración positiva: “Nuestro Código, como acabamos de ver, da, en la prescripción, una importancia decisiva al lapso de tiempo. No censura, sino aplauso, merece, después de lo que dejamos dicho en el comentario del artículo anterior”<sup>64</sup>.

### 3.2.5. Otros intentos de reforma hasta el Código Penal de 1928

En las numerosas tentativas y proyectos de reforma del Código Penal de 1870, cuya toma en consideración pormenorizada, aparte de su escaso interés en la materia que tratamos, desbordaría con mucho los límites que pretendemos para esta referencia histórica, poca atención se prestó a la institución de la prescripción del delito<sup>65</sup>. Dejando a un lado modificaciones meramente formales o de *conocimiento dicha Autoridad, comenzará á correr el término de la prescripción desde que se descubra el delito y se empiece a proceder criminalmente*”.

<sup>63</sup> GROIZARD, A. *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*, T.II, ob. cit., pág. 699.

<sup>64</sup> GROIZARD, A. *El Código Penal de 1870. Concordado y comentado*, T. II, ob. cit., pág. 700. Para una visión conjunta de la jurisprudencia de este periodo, a la que nosotros iremos aludiendo al tratar de cada cuestión en particular, pues lo contrario convertiría la exposición histórica en innecesariamente extensa y farragosa, puede verse HIDALGO GARCÍA, J. A. *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, T. I, Madrid, 1908, págs. 461 y ss; VIADA Y VILASECA, S. *Código Penal reformado de 1870*, 4ª edición, T. I, Madrid, 1876, págs. 573 y ss.

<sup>65</sup> Sobre estos intentos de reforma, cfr., ANTÓN ONECA, J. “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, en *ADPCP*, 1972, págs. 249 y ss; con mayor amplitud, LASSO

escasa entidad, que evidencian que la prescripción del delito ya se iba consolidado en nuestra legislación sustantiva, merece la pena destacar en este periodo el Proyecto del Ministro FRANCISCO SILVELA (1884), cuya redacción se atribuye a su hermano LUÍS SILVELA, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Madrid e insigne representante de la escuela correccionalista<sup>66</sup>.

En dicho Proyecto se contenían una serie de variaciones relevantes en materia de prescripción penal (artículos 126 y ss). Al llegar a esta cuestión, no podía por menos LUÍS SILVELA que recordar dos de sus cuentos publicados en *“El Imparcial”* (1880) y recogidos dos años después en el libro *“El Código Penal y el sentido común”* (Madrid, 1886) con el seudónimo de Elias Visllú, y dirigidos a burlarse de las supuestas excelencias del Código de 1870<sup>67</sup>. Para evitar que “no se perdone ni se olvide” (como en el caso de una persona respetable y de edad avanzada, perseguida por el robo de un pavo realizado humorísticamente en su lejana juventud), era necesario que el plazo para la prescripción del delito comenzase a contar desde que se cometiera el delito y no al ser descubierto, como sucedía con el Código de 1870<sup>68</sup>. También, para suprimir “la pena del torpe” (o sea, los últimos diez años del condenado a treinta, mientras su codelincuente fugado podía por la prescripción de la pena a los veinte años visitar a su compañero y ofrecerle su protección gracias a la fortuna adquirida manejando el producto del botín) el proyecto estudiado extendía el plazo para la prescripción de la pena al doble de la duración de la mayor de las impuestas en la sentencia, sin que nunca pudiera bajar de treinta años<sup>69</sup>. Asimismo, coherente con su identificación entre prescripción y “la enmienda presunta del delincuente”<sup>70</sup>, contempló la interrupción del plazo prescriptivo por la comisión de un nuevo delito, lo que fue alaba-

---

GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, ob. cit., 1970, págs. 493 y ss. Casi todos estos proyectos y anteproyectos, las más de las veces parciales y de bases, persiguieron principalmente adecuar el Código Penal con la Constitución de 1876. Como afirma ANTÓN ONECA, “la inspiración procedía de exigencias políticas o de críticas del derecho vigente nacidas de la experiencia y del sentido común. Si algunas veces se alude a leyes extranjeras y a doctrinas científicas es de un modo episódico y decorativo... En su preparación intervinieron políticos inteligentes (alguno con significación científica como Silvela); pero prevaleció en las modificaciones propuestas, más que la preocupación científica, la experiencia de gentes prácticas en el funcionamiento de la justicia criminal” (ANTÓN ONECA, J. “Los proyectos decimonónicos...”, ob. cit., págs. 249 y 250).

<sup>66</sup> Cfr., ANTÓN ONECA, J. “Los proyectos decimonónicos...”, ob. cit., pág. 259.

<sup>67</sup> Cfr., ANTÓN ONECA, J. “Los proyectos decimonónicos...”, ob. cit., págs. 266 y ss; LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., pág. 538.

<sup>68</sup> Cfr., ANTÓN ONECA, J. “Los proyectos decimonónicos...”, ob. cit., págs. 266 y ss; LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., pág. 538.

<sup>69</sup> Cfr., ANTÓN ONECA, J. “Los proyectos decimonónicos...”, ob. cit., págs. 266 y ss; LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., pág. 538.

<sup>70</sup> *Vid. infra*, Cap. III, 2.3.1.

do por el propio GARÓFALO<sup>71</sup>. Una propuesta similar se repite en el Proyecto de FERNÁNDEZ VILLAVERDE (1891), que seguía a SILVELA en casi todo<sup>72</sup>.

De este periodo también puede destacarse la ponencia que presentó QUINTILIANO SALDAÑA como vocal de la Comisión, que dio lugar al Proyecto de Ley de Bases para la reforma del Código Penal de 1921, en cuya base 13 se señalaba: “En el capítulo VIII se establecerá la *Extinción de la responsabilidad criminal*. Esta se determinará como absoluta en los casos de muerte y amnistía (para los delitos políticos y político-sociales, a favor de los no reincidentes), y con carácter relativo a la conducta del reo, en los de indulto y prescripción. Así, el *indulto condicional*, de nuestra propia tradición legislativa, revivirá en las fórmulas del Proyecto. La prescripción, conjunta de la acción y de la pena, será determinada por el Tribunal, dentro de los plazos máximo y mínimo, en vista de una justa *individualización de la prescripción*, en el juicio que ha de celebrarse siempre. La novísima institución del perdón judicial, aceptada por los modernos Anteproyectos, se establecerá en el nuestro como futuro sustitutivo del indulto”<sup>73</sup>.

### 3.2.6. Código Penal de 1928<sup>74</sup>

El Código Penal de 1928 reguló la prescripción del delito en su Libro I, Título IV, Capítulo I, Sección I (*De la extinción de la responsabilidad criminal*), artí-

<sup>71</sup> GARÓFALO, R. “Il progetto del Codice penale spagnolo presentato alle Cortes il 29 dicembre 1884 dal Ministro de Grazia e Giustizia d. F. Silvela”, en *Archivio di Antropologia, Psiquiatria e Medicina legale*, 1885 (citado por ANTÓN ONECA, J. “Los proyectos decimonónicos...”, ob. cit., págs. 272).

<sup>72</sup> Según las referencias que leyó González Miranda en su discurso doctoral, el día 2 de julio de 1902, Fernández Villaverde proponía reformar “lo referente a prescripción del delito del delito y pena, señalando treinta años para los delitos castigados con muerte o cualquiera perpetua, y respecto a las temporales un periodo de tres años que exceda al máximo de la pena señalada al delito, y tres para los castigados con multa. Para la prescripción de las penas se necesita el transcurso de treinta años si es la de muerte o perpetua y en los demás casos por el de la doble duración de la mayor pena impuesta en la sentencia sin que pueda bajar de tres años ni exceder de treinta” (Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 576 y 577).

<sup>73</sup> Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., pág. 625.

<sup>74</sup> Código Penal aprobado en virtud de Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928 (Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., pág. 669. Durante la dictadura de Primo de Rivera, una vez suprimido el Directorio Militar y restablecido el Consejo de Ministros por Real Decreto de 3 de diciembre de 1925, fue nombrado Ministro de Gracia y Justicia Galo Ponte Escartín, quien era partidario de llevar a cabo con urgencia la reforma del Código Penal. Por Orden Ministerial de 12 de marzo de 1926 fijó los objetivos que debía perseguir la reforma de este Código, encomendando esta tarea a Comisión General de Codificación. La encargada de redactar el anteproyecto de Código Penal fue la sección tercera (Derecho penal), que estaba formada por: Tornos y Alonso, que la presidió en un primer momento, Quintiliano Saldaña, Francisco García Goyena y Alzugaray, Fernández de Henestrosa, Arias de Miranda y Goytia, Silió Cortes, Antolín y Becerro de Bengoa, Longué Mariátegui y, posteriormente, Cuello Calón, que fue nombrado en la vacante de García Goyena al ser

culos 197 y siguientes<sup>75</sup>. Frente a los códigos anteriores, este cuerpo legal se caracterizó por contener una regulación más precisa y adecuada desde el punto de vista técnico-legislativo. Sin embargo, el protagonismo que desde 1870 venía ostentando el mero transcurso del tiempo, fue desplazado en el Código de 1928 por las consideraciones preventivo-especiales, que eran llevadas hasta el extremo por la doctrina de aquella época. Como señalaban JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA en aquellos momentos la doctrina clásica de la prescripción estaba sufriendo modificaciones “en el sentido de dar un mayor valor a la naturaleza del delincuente y a su conducta durante el tiempo de la prescripción”<sup>76</sup>.

Por regla general, quedaban excluidos de los beneficios de la prescripción del delito y de la pena para los delincuentes reincidentes y habituales, aunque en el caso de reincidencia se admitía que el Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes en el delito y en el delincuente, apreciase la prescripción. Bajo la vigencia de este código también quedaron excluidos de la prescripción del delito y de la pena los destinados a internamiento en manicomio judicial o particular y los alcoholizados, toxicómanos y vagos, mientras subsistiese la necesidad de su internamiento (artículo 206). Por el contrario, en caso de buena conducta del reo, se reducían en un tercio los plazos de prescripción del delito y de la pena (artículo 205). Desde luego no es difícil de apreciar en esta regulación la influencia de QUINTILIANO SALDAÑA, que fue el encargado de redactar Título IV del Libro I<sup>77</sup>.

A pesar de ello, nuevamente nuestros legisladores continuaban manifestando una cierta confusión sobre la naturaleza jurídica de esta institución, pues por una parte regularon la prescripción en el Código Penal, pudiendo hacerlo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, a la hora de confeccionar la rúbrica, aludieron a “*la extinción de la responsabilidad criminal*”. Sin embargo, en el momento de abordar la regulación concreta de esta institución, no dejaban de

---

designado éste último como Presidente de la sección el 5 de diciembre de 1926, tras el fallecimiento de Tornos y Alonso. Una vez finalizado el anteproyecto en mayo de 1927, fue revisado en poco más de un mes por la Comisión permanente y remitido al Ministro de Gracia y Justicia. Por Real Decreto de 12 de septiembre de 1927 fue convocada la Asamblea Nacional para proponer al Gobierno las reformas legislativas que estimase convenientes. Aprovechando la ocasión creyó oportuno el Ministro Galo Ponte someter el proyecto de Código Penal a la sección de codificación civil, penal y mercantil, que fue presentado a la Asamblea el 7 de noviembre de 1927. Terminada la discusión del Proyecto en la Asamblea Nacional, con la ayuda decisiva de Cuello Calón y Jiménez Vicente, llevó a cabo el Ministro en el mes de julio una importante revisión que suavizó sensiblemente la extraordinaria dureza y severidad del proyecto. Finalmente, por Real Decreto de 8 de septiembre de 1928 se aprobó el Código para empezar a regir el 1 de enero de 1929 (Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 657 y ss).

<sup>75</sup> Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., págs. 757 y ss.

<sup>76</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L./ANTÓN ONECA, J. *Derecho penal, conforme al Código de 1928*, Madrid, 1929, pág. 620.

<sup>77</sup> Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., pág. 668.

referirse a “*la acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos*”, a la “*acción para perseguir los delitos de calumnia*”, a “*la acción para perseguir las faltas*, al “*plazo de prescripción de la acción*”...

Respecto al Código precedente, puede apreciarse una disminución general de los plazos prescriptivos, salvo en materia de calumnias, injurias y difamaciones, en las que se incrementó el plazo a dos años<sup>78</sup>. Los restantes plazos prescriptivos eran los siguientes: veinte años respecto de los delitos castigados con pena de muerte; catorce años para los delitos castigados con penas graves y seis años para los delitos castigados con penas menos graves, con excepción de los que tuvieren penas inferiores a dos años y los de multa inferior a tres mil pesetas, que prescribían a los tres años. Para los delitos cometidos por medio de la prensa u otro medio de difusión se fijó un plazo específico de un año, sin perjuicio de lo que dispusieran las leyes especiales. En las faltas se conservó el término de dos meses previsto en la regulación anterior.

Tratándose de individuos en rebeldía, los plazos mencionados se aumentaban en un tercio de su duración (artículo 197). Como aclaraba CUELLO CALÓN (quien no sólo fue vocal de la Comisión redactora sino que además tuvo una intervención decisiva en la posterior revisión del Ministro Galo Ponte), “el nuevo Código, separándose del criterio que inspiraba el Código de 1870 (art. 133) y del Proyecto de la Comisión de Codificación (art. 236) permite la prescripción de la acción penal aun en el caso de rebeldía del procesado. Es de alabar esta desaparición de un excesivo rigor que hacía siempre imprescriptible la acción penal aun respecto de aquellos que hubieren reparado plenamente los efectos de su delito y hubieran manifestado la conducta más ejemplar. Como contrapartida a esta benevolencia el art. 197 aumenta los plazos de prescripción en el caso de rebeldía”<sup>79</sup>.

Los plazos comenzaban a correr desde el momento en que el delito se hubiera consumado o frustrado, o se hubieran practicado los últimos actos de la tentativa, conspiración, proposición o provocación (artículo 198). Se abandonó, por consiguiente, el sistema previsto en el Código anterior, que exigía el conocimiento del delito. A este respecto insistía CUELLO CALÓN: “Para el comienzo del plazo es indiferente que la justicia tenga o no conocimiento del hecho, que se descubra o permanezca oculto, pues la única condición exigida por el texto legal es la ejecución material de la infracción”<sup>80</sup>.

También se produjo una variación en los sistemas de interrupción y reanudación de la prescripción. Por lo que se refiere a la interrupción, el artículo 199 ya no exigía que el proceso se dirigiese contra el culpable, sino que bastaba con

<sup>78</sup> Puede verse un cuadro sinóptico comparativo en JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, T. I- Libro I, Salamanca, 1928, pág. 414.

<sup>79</sup> CUELLO CALÓN, E. *El Nuevo Código Penal español (exposición y comentario)*, Barcelona, 1929, pág. 263; igualmente elogia esta reforma JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, T. I- Libro I, ob. cit., pág. 417.

<sup>80</sup> CUELLO CALÓN, E. *El Nuevo Código Penal español (exposición y comentario)*, Barcelona, 1929, pág. 262.

cualquier actuación judicial encaminada a la averiguación o castigo del delito<sup>81</sup>. En cuanto a la reanudación del plazo prescriptivo el mismo precepto establecía expresamente: “*El plazo seguirá corriendo, cuando desde la actuación (judicial) a que se refiere el párrafo anterior transcurrieren tres años sin practicarse nuevas actuaciones*”. Se fijaba, de este modo, un novedoso sistema de suspensión, que requería un periodo intermedio común de tres años<sup>82</sup>. Estas reglas sobre el inicio del cómputo, la suspensión y reanudación no eran aplicables, sin embargo, cuando el comienzo o la prosecución de las actuaciones judiciales dirigidas a la averiguación o castigo del delito dependiera de la resolución de alguna cuestión previa o prejudicial, o de competencia. En este caso quedaba la prescripción en suspenso hasta que se decidiera sobre el particular (artículo 200)<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Cfr., CUELLO CALÓN, E. *El Nuevo Código Penal español*, ob. cit., pág. 262. Como ponía de manifiesto JARAMILLO GARCÍA, “... 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 primer lugar un procedimiento se puede incoar sin dirigirlo concretamente a un culpable. En segundo término, la práctica procesal enseña que puede haber actuaciones que no signifiquen en sentido estricto *procedimiento contra el culpable*. Los términos empleados por el viejo Código dieron lugar a multitud de sentencias: un acto de conciliación para preparar una querrela era procedimiento contra el culpable (sentencia de 1 de noviembre de 1908); una demanda de pobreza no interrumpía la prescripción (sentencia de 22 de enero de 1895); la solicitud de nombramiento de defensor de oficio para perseguir un delito que exigía dirección de letrado, era principio de procedimiento (sentencia de 18 de febrero de 1886); y así multitud de casos que resolvieron debates fundamentados en las dos opuestas opiniones. Hasta llegó a decirse que un procedimiento criminal no podía entenderse dirigido contra el culpable mientras no estuviera el procesado, pues el artículo 384 de la Ley de enjuiciamiento criminal dice que desde el momento que surjan indicios racionales de criminalidad contra determinada persona, se entenderán, contra ellas dirigidas las sucesivas diligencias. 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” (JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, T. I- Libro I, ob. cit., pág. 417).

<sup>82</sup> El Proyecto de la Comisión de Codificación declaraba expresamente que el tiempo transcurrido quedaba sin efecto: “La prescripción de la acción se interrumpe, *quedando sin efecto el tiempo transcurrido*, por cualquier actuación judicial dirigida a la averiguación o castigo del delito”(art. 236). La desaparición de esta frase en la revisión ministerial, según nos aclara CUELLO CALÓN, no fue por mero capricho, sino para suprimir este efecto anulador del tiempo transcurrido (Cfr., CUELLO CALÓN, E. *El Nuevo Código Penal español*, ob. cit., págs. 262 y 263).

<sup>83</sup> Cfr., CUELLO CALÓN, E. *El Nuevo Código Penal español*, ob. cit., págs. 263. Según afirma JARAMILLO GARCÍA “era ya jurisprudencia que no procedía la prescripción cuando se suspendía un juicio de faltas por inhibición del Juez municipal, ni si se propuso una cuestión prejudicial (sentencia de 25 de febrero de 1911), pues deducidas en tiempo hábil las acciones penales, no prescribirían por paralizaciones en el procedimiento ordenadas a virtud de resolución judicial (sentencia de 27 de mayo de 1890)”-JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, T. I- Libro I, ob. cit., pág. 418.

### 3.2.7. Código Penal de 1932<sup>84</sup>

El Código Penal de 1932 reguló la prescripción del delito en su Libro I, Título V, Capítulo I (“*De las causas que extinguen la responsabilidad*”), artículos 115 a 117<sup>85</sup>. La regulación contenida en este cuerpo legal, aunque prácticamente constituía una reproducción de la del Código de 1870, traía consigo una serie de modificaciones importantes.

En primer lugar, se estableció que el término de la prescripción comenzaba a correr desde el día en que se hubiere “*cometido el delito*” (artículo 117). Se

<sup>84</sup> Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código Penal de 1870, reformado según la Ley de Bases de 8 de septiembre (Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., pág. 973).

<sup>85</sup> Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., págs. 1039 y ss. Recién nombrado el gobierno del de Almirante Aznar en febrero de 1931 y siendo García Prieto el Ministro de Justicia, se dictó orden Ministerial de 24 de febrero, rectificada el 26, recabando informes, primero, de la Junta de Gobierno de los Colegios de Abogados de capitales de provincia, que enviarían directamente a la Comisión de Códigos; segundo, de la sección tercera de la Comisión de Códigos, y tercero, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, que versarían sobre los preceptos que debían quedar vigentes y aquellos que debieran ser derogados, así como de las dificultades aplicativas que se hubieran planteado en la práctica. La inmensa mayoría de los Colegios de Abogados, sin entrar a examinar precepto alguno, aconsejaron la derogación absoluta del Código de 1928 por considerarlo ilegítimo y nulo, al no haber sido votado en las Cortes. Al día siguiente de proclamada la República el 14 de abril de 1931 se procedió a la anulación del Código Penal de 1928 y el Código de 1870 volvía a tener vigencia. Instalada la República decretó el Gobierno el 6 de mayo de 1931 la supresión de la Comisión General de Codificación y la creación en su lugar de la Comisión Jurídica Asesora para preparar las oportunas reformas legislativas. La Subcomisión de Derecho penal estaba integrada por los siguientes: Jiménez de Asúa, Presidente; Vocales: Huici de San Martín, Elola y Díaz Varela, Ruiz Funes, Antón Oneca, Sanchís Banús, Fernández Clérigo, Alcalá-Zamora Castillo, y de Secretario, Rodríguez Muñoz. En aquél momento se consideró que era muy urgente la reforma penal y que tan imposible como mantener intacto el Código de 1870, era crear un código completamente nuevo en tan corto espacio de tiempo, por lo que el Ministro adoptó una solución intermedia, encomendando un doble cometido: Primero, la Comisión se cuidaría con máxima premura de reformar el Código Penal de 1870 en dos aspectos principales: adaptando sus artículos a la nueva Ley constitucional y humanizando sus preceptos; y una vez acabada esta tarea preliminar, la Comisión debería esforzarse en otra empresa superior, sin plazos perentorios: la de redactar un Código Penal español. El Anteproyecto de reforma del Código Penal se comenzó a principios de mayo de 1931 y se terminó el 22 de julio del mismo año. Por acuerdo del Gobierno el 19 de noviembre fue autorizado el Ministro de Gracia y Justicia para presentar a las Cortes el Proyecto de Ley reformando el Código Penal de 1870. A propuesta de Presidente de la Comisión de Justicia, Salazar Alonso, se acordó, sin discrepancia alguna, concretar las modificaciones al Código de 1870 en bases, que sería lo único que el parlamento había de discutir. Tras una breve discusión, la aprobación de la mencionada ley de bases el 7 septiembre de 1932 dejó expedito el camino para la promulgación del Código Penal reformado, que entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año (Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA L., *Tratado de Derecho penal*, T.I, quinta edición, Sao Paulo, 1992, págs. 780 y ss; LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 749 y ss).

suprimió, por lo tanto, la frase “y si entonces no fuere conocido, desde que se descubra y se empiece a proceder judicialmente para su averiguación y castigo”, contenida en el Código de 1870 y que conducía a restringir notablemente la operatividad y ámbito de aplicación de la prescripción del delito. Esta supresión, que aparentemente pudiera parecer insignificante, tenía una enorme trascendencia y constituía en realidad la consagración de un nuevo sistema, que dejaba de concebir la prescripción del delito como un beneficio excepcional y le otorgaba un ámbito de aplicación más amplio y razonable.

La trascendencia de este cambio fue destacada por LÓPEZ-REY y ÁLVAREZ-VALDÉS, al señalar: “Según la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes, para que la prescripción corriera, era necesario que el delito fuera conocido, exigencia que imposibilitaba, las más de las veces, que el beneficio fuera factible. Con la nueva fórmula, sólo la fecha de perpetración determina el arranque del cómputo, lo cual nos parece en extremo acertado, ya que si se quiere restringir el beneficio, para ello está, o al menos debe estar, una adecuada organización policíaca, evitando que las acciones delictivas queden impunes, pero nunca hacer arrancar una institución de un hecho que no es fuente de la misma, pues ello va contra todas las construcciones jurídicas de la prescripción”<sup>86</sup>.

Otra modificación importante con respecto al Código de 1870 es la reducción de los plazos de prescripción de los delitos: Quince años cuando la ley señalara al delito la pena de reclusión; diez años cuando señalara una pena que excediese de seis años y cinco años cuando señalara cualquier otra pena, exceptuándose los delitos de calumnias, que prescribían al año, los de injurias, que prescribía a los seis meses, y los comprendidos en el artículo 559 –provocación directa por medio de imprenta, gravado u otro medio mecánico de publicación, a la perpetración de delitos comprendidos en el Código–, que prescribían a los tres meses. Como ya venía siendo tradicional, el plazo de prescripción de las faltas era de dos meses (artículo 116).

Por lo demás, ambas regulaciones eran coincidentes. En materia de interrupción también se dispuso que la prescripción se interrumpiría desde que el procedimiento se dirigiese contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél terminase sin condena o se paralizase el mismo (artículo 117). Nuevamente no se aclaró si el periodo transcurrido hasta la interrupción debía computarse o, por el contrario, quedaba sin efecto, lo cual constituye un aspecto criticable de la reforma. El Código de 1932, a pesar de sus deficiencias, supuso un gran avance en el tratamiento de la prescripción del delito, y sus reglas han sido acogidas favorablemente por la legislación posterior.

### 3.2.8. Otros intentos de reforma hasta el Código Penal de 1944

Entre los posteriores trabajos para reformar el Código Penal debe tenerse en cuenta, aunque tan solo fuera por la altura científica y académica de sus redacto-

<sup>86</sup> LÓPEZ-REY Y ARROJO, M./ÁLVAREZ-VALDÉS, F. *El nuevo Código Penal*, Madrid, 1933, pág. 146.

res, el Anteproyecto de Bases para el Código Penal definitivo de la República (1932-1933), preparado por JIMÉNEZ DE ASÚA con la ayuda de ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ. En la Base 14<sup>a</sup>, y bajo el título “Extinción de la responsabilidad criminal”, se establecía: “... La prescripción de la acción penal contará a partir de la comisión del delito y será por un plazo proporcionado a la gravedad del mismo y a la alarma social que haya producido. La prescripción de la pena exigirá más largo tiempo, calculado sobre la penalidad incumplida, de la que será múltiplo en las menos graves, decreciendo después el plazo de superación a medida que aumente la gravedad. En el caso de que haya transcurrido la mayor parte del tiempo fijado para la prescripción, podrá aplicarse el perdón judicial si el sujeto observó conducta honrada”<sup>87</sup>.

También puede mencionarse el Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S., que en materia de prescripción penal prácticamente reproduce la regulación del Código de 1932, aunque modifica el sistema de plazos de prescripción, ya que los delitos prescriben por el transcurso de un tiempo igual al límite máximo de la pena fijada por la ley (artículo 104), y las penas por el transcurso de un tiempo igual al del límite máximo de la pena impuesta (artículo 106)<sup>88</sup>. Dado el extremado subjetivismo y la ideología que inspiró este anteproyecto, sorprende que no sólo no contemplase la comisión de otro delito como causa de interrupción, sino que llegase a reducir los plazos de duración en comparación con el Código de 1932<sup>89</sup>.

Por el contrario, en las bases redactadas por CUELLO CALÓN, de las que él mismo dio lectura en el Pleno de la Comisión General de Codificación el 27 de febrero de 1939, se establecía: “Se mantendrán las causas de extinción de la responsabilidad criminal contenidas en el Código Penal de 1870 con alguna reforma (las más trascendentes serán el aumento de los plazos de prescripción de las penas, y la exigencia de condiciones especiales para el indulto de los reos habituales)”–Base 24<sup>a</sup>–<sup>90</sup>. Finalmente, debe destacarse el Proyecto de Código Penal de 1939, que contemplaba la prescripción del delito en sus artículos 125 y siguientes<sup>91</sup>. La regulación de esta materia prácticamente constituía una reproducción de la del Código de 1932, hasta el punto de que se olvidó mencionar los supuestos de pena de muerte<sup>92</sup>. Únicamente se agregaba, a continuación del artículo 127, el

<sup>87</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho penal*, T.I, ob. cit., pág. 831; LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 789 y ss.

<sup>88</sup> CASABÓ RUIZ, J.R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. (estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz)*, Universidad de Murcia, 1978, págs. 79 y 80.

<sup>89</sup> CASABÓ RUIZ, J.R. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, ob. cit., pág. 26.

<sup>90</sup> Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., pág. 804.

<sup>91</sup> Cfr., CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Penal de 1939 (estudio preliminar y edición por José Ramón Casabó Ruiz)*, Universidad de Murcia, 1978, pág. 67.

<sup>92</sup> Cfr., CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Penal de 1939*, ob. cit., pág. 11.

siguiente párrafo: “*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 aun cuando hubiere adquirido otra nacionalidad*”<sup>93</sup>.

### 3.2.9. Código Penal de 1944<sup>94</sup> y ulteriores reformas

El Código Penal de 1944 reguló la prescripción del delito en su Libro I, Título V, Capítulo I (“*De las causas que extinguen la responsabilidad*”), artículos 112 a 114<sup>95</sup>. Este cuerpo legal reprodujo, con todas sus virtudes, la regulación del Código Penal 1932, incluso en lo relativo a la duración de los plazos prescriptivos. Lamentablemente, también heredó sus imprecisiones, destacando entre ellas la relativa a la conservación del tiempo transcurrido en caso de interrupción<sup>96</sup>. Las sucesivas y numerosas modificaciones operadas sobre este Código, entre las que destacó la reforma de 28 de marzo de 1963<sup>97</sup>, tampoco alteraron la regulación de la prescripción del delito contenida en aquel cuerpo legal<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> Cfr., CASABÓ RUIZ, J.R. *El Proyecto de Código Penal de 1939*, ob. cit., pág. 67.

<sup>94</sup> Código Penal promulgado por Decreto de 23 de diciembre de 1944 y ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 (Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., pág. 1179). Durante el régimen franquista, y siendo Aunós Pérez el Ministro de Justicia, se creó por Decreto de 2 de abril de 1943 el Consejo Asesor de Justicia, para la preparación y estudio de las reformas legales congruentes con la nueva situación. Se constituyó la Sección tercera de Derecho penal del Consejo Asesor el 17 de junio de 1943, bajo la presidencia de Casado García, nombrándose como vocales a Sánchez Tejerina, Hernández Serrano, Sanz Nogués, Cremades y Jiménez de Notal, y como vocal secretario a García del Valle y Salas. El 18 de diciembre del mismo año concluyeron definitivamente la lectura y estudio del proyecto de bases, procediendo a su aprobación. El propósito era lograr una nueva edición refundida y ligeramente modificada del Código Penal de 1932, en espera de la reforma total del mismo, en espera de un nuevo Código. Fundamentalmente se pretendía recoger en Código Penal las leyes dictadas por el nuevo Estado y poner de acuerdo su contenido con los principios y valores esenciales del denominado “Movimiento Nacional”. Por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1944 fue cursado el Proyecto al Presidente de las Cortes, quien ordenó su publicación y envió a la Comisión de Justicia, que lo aprobó con ligeras modificaciones. Tras la aprobación del Pleno de las Cortes, el Proyecto fue promulgado por el jefe de Estado en la Ley de 19 de julio de 1944, por la que se autorizaba al Gobierno para la publicación de la edición refundida del Código Penal. Por Orden Ministerial de 27 de julio del mismo se dispuso que la Comisión de Codificación, ya restablecida, procediese a la formación del texto refundido del Código Penal, ajustándose a la Ley de 19 de julio. Una vez preparado el texto fue sometido a consulta del Consejo de Estado, aprobado por el Consejo de Ministros y sancionado por el Jefe de Estado en el Decreto de 23 de diciembre de 1944, para empezar a regir a los veinte días de su publicación, el 3 de febrero de 1945 (Cfr., LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 826 y ss).

<sup>95</sup> Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L./RUIZ DE GORDEJUELA, L. *Códigos penales españoles*, ob. cit., págs. 1220 y 1221.

<sup>96</sup> Cfr., FERRER SAMÁ, A. *Comentarios al Código Penal*, T. II, 1ª edición, Murcia, 1947, págs. 399 y ss.

<sup>97</sup> Decreto de 28 de marzo de 1963 por el que se aprueba el Texto Revisado del Código Penal según la Ley de bases de 21 de diciembre de 1961 (BOE de 8 de abril de 1963).

<sup>98</sup> Cfr., DEL TORO MARZAL, A. Artículos 112 y ss, en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., págs. 668 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Madrid, 1966,

Igualmente, el Texto Refundido de 14 de septiembre de 1973<sup>99</sup> mantuvo exactamente la misma redacción, aunque la posterior Ley Orgánica para la reforma urgente y parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983 suprimió del artículo 113 la referencia a la pena de muerte<sup>100</sup>.

### 3.2.10. Otros intentos de reforma hasta el Código Penal vigente

En los artículos 104 y 105 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 la prescripción del delito permanece en términos muy similares a los del Código de 1973, aunque por primera vez se ofrecieron normas específicas cuando se trataba de delitos intentados (en este proyecto desapareció la frustración) y para los delitos continuados y permanentes. Si el delito era intentado el tiempo debía empezar a correr desde que cesó la actividad, si era continuado desde que se realizó la última infracción y si era permanente desde que se eliminó la situación ilícita. Por otra parte, en los títulos de las rúbricas, en vez de aludir a la “extinción de la responsabilidad y de sus efectos” (Título V del CP. 1973) y a “las causas que extinguen la responsabilidad” (Capítulo I del CP. 1973), el proyecto se refería a la “extinción de la responsabilidad **penal** y sus efectos” (Título IV) y a las “causas que extinguen la responsabilidad **penal**” (Capítulo I), lo que suponía una mejora desde el punto de vista técnico legislativo<sup>101</sup>.

No puede dejarse de aludir a la “Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal” de 1982, en cuya redacción intervinieron algunos de los máximos exponentes del Derecho penal de nuestro país (COBO DEL ROSAL, GARCÍA MIGUEL, GIMBERNAT ORDEIG, LUZÓN PEÑA, MUÑOZ CONDE y QUINTERO OLIVARES<sup>102</sup>), y que sentó las bases de la actual regulación de la prescripción del delito. En dicha propuesta se contempló la prescripción en el Libro I, Título V (“De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”), Capítulo I (“De las causas que extinguen la responsabilidad criminal”), artículos 107 y ss<sup>103</sup>. La primera variación frente al Código de 1973, que como ya hemos dicho en relación con el proyecto de 1980 supone una mejora desde la óptica técnico-legislativa, es la especificación del tipo de responsabilidad que resulta afectada (“**responsabilidad criminal**”).

págs. 444 y ss. Sobre las reformas del Código Penal de 1944 y las materias a las que afectaron, *vid.* LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la codificación española*, 5, codificación penal, T.I, ob. cit., págs. 853 y ss.

<sup>99</sup> Decreto 3096, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE de 12 a 15 de diciembre de 1973).

<sup>100</sup> Cfr., ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. Artículos 112 y ss, en *Código Penal comentado*, coord. López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos, Madrid, 1990, págs. 290 y ss.

<sup>101</sup> Cfr., RUIZ VADILLO, E. “Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, en *Cuadernos de documentación*, nº 13, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pág. 28.

<sup>102</sup> Cfr., *Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal*, tercera edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 12.

<sup>103</sup> Cfr., *Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal*, ob. cit., pág. 41.

En el artículo 108, referido a los plazos de prescripción, ya se contenía la clasificación tripartita de las infracciones y se agregaba que el delito de genocidio no prescribiría en ningún caso. Asimismo, en vez de señalar que “*cuando la pena sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo*” (art. 113 del C.P. de 1973), en la propuesta de anteproyecto se establecía que “*cuando la sea compuesta, se estará a la que exija mayor tiempo para la prescripción*”, lo que permitía cerrar de una vez por todas la discusión en cuanto a sí el criterio seguido era un criterio cuantitativo o cualitativo.

Por otra parte, a diferencia de lo que sucedía en el Código de 1973, que en la cuestión del inicio del cómputo se limitaba a aludir al “*día en que se hubiere cometido el delito*” (artículo 114), en la propuesta de 1982 se abordaba esta problemática con gran precisión y rigor: “*El tiempo de la prescripción del delito comenzará a correr desde el día en que se hubiera consumado. Si el delito fuere intentado, desde el momento en que cesó la actividad delictiva. Para el continuado y permanente, desde el día en que se realizó la última infracción o se eliminó la situación ilícita*” (artículo 109. 1). Además, por primera vez, se aclaraba la duda relativa a si nos encontrábamos ante un sistema de interrupción en sentido estricto, que determinaba la pérdida del tiempo transcurrido, o ante un sistema de suspensión: “*La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido...*” (artículo 109. 2). Al margen de compartir o no sus soluciones, lo cierto es que la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1982 fue el primer estudio legislativo que con una técnica depurada se propuso seriamente resolver las dificultades interpretativas que desde hacía más de un siglo venía planteando la regulación de la prescripción del delito, sentando los pilares de la regulación vigente de esta institución en el Código Penal.

Por su parte, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 reguló la prescripción del delito en los artículos 136 y siguientes, encuadrados en el Libro I, Título VII (“*De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos*”), Capítulo I (“*De las causas que extinguen la responsabilidad criminal*”)<sup>104</sup>. Nuevamente, y siguiendo a la Propuesta de Anteproyecto de 1982, se concretaba el tipo de responsabilidad que se veía afectada por la prescripción (“*responsabilidad criminal*”).

También en los restantes aspectos el Proyecto de 1992 se inspiraba en la mencionada Propuesta de Anteproyecto, salvo en la extensión de los plazos prescriptivos de las injurias y de las faltas, que los incrementaba respectivamente a un año y seis meses (frente a los seis meses y dos meses del Código de 1973 y de la Propuesta de 1982); y en lo relativo al comienzo del cómputo, que en lugar de aludir a la consumación e individualizar la tentativa (como hacía la Propuesta de Anteproyecto de 1982), se refería con menor concreción al “*día en que se hubiera cometido la infracción punible*” (artículo 138). Ambas modificaciones, como tendremos ocasión de observar, han tenido su reflejo en el Código Penal de 1995.

<sup>104</sup> Cfr., *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, págs. 99 y 100.

Finalmente conviene aludir al Proyecto de Código Penal de 1994, que reguló la prescripción del delito exactamente en los mismos términos que el anterior Proyecto de 1992 (artículos 130 y siguientes)<sup>105</sup>.

Tras esta breve referencia histórica, en la que se ha tratado de efectuar una exposición no demasiado pesada y farragosa de nuestros precedentes legislativos, con particular atención al periodo de la codificación penal española, hemos llegado al Código Penal vigente, cuya regulación será expuesta al comienzo de la segunda parte de este trabajo, al estudiar la prescripción del delito en el Derecho vigente.

### 3.3. Posiciones contrarias a la prescripción del delito

El consenso que actualmente suscita la prescripción criminal en la doctrina especializada y en las legislaciones positivas no siempre ha existido. Como hemos tenido ocasión de observar, históricamente, algunas legislaciones rechazaron esta institución. También en la doctrina científica pueden encontrarse autores, e incluso escuelas, que se opusieron a la existencia de la misma, con base en argumentaciones diversas. Un estudio de la prescripción del delito como el que nos proponemos requiere, al menos de forma sucinta, tomar en consideración y valorar estas opiniones doctrinales que, aunque superadas en gran medida, tuvieron una influencia decisiva en un determinado momento y contexto histórico.

Las escuelas absolutas, de la retribución y el castigo expiatorio, negaron la legitimidad de la prescripción criminal, por considerar que se trataba de una institución contraria a la naturaleza y a los fines de la pena, consecuencia irremediable del delito<sup>106</sup>. Según estas teorías el delito no sólo era el presupuesto de la pena, sino su fundamento absoluto, y la sanción era pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito, consecuencia necesaria y que jamás podía faltar (*quia peccatum est*)<sup>107</sup>. De ahí que se considerase que la prescripción criminal no podía constituir más que un elemento de distorsión en el sistema.

Por su parte, la Escuela Positiva italiana propuso modificar hasta tal punto la esencia de la institución que bien puede decirse que manifestó una actitud con-

<sup>105</sup> Cfr., *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, págs. 85 y ss.

<sup>106</sup> Cfr., SILVELA, L. *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, primera parte, Madrid, 1874, pág. 432.

<sup>107</sup> Cfr., en general, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 810 y ss; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, págs. 129 y ss; JAKOBS, G. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edición, Madrid, 1997, págs. 20 y ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho penal*, T. II, ob. cit., pág. 26 y ss; MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, 6ª edición, 2002, págs. 83 y ss; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Valencia, 2002, págs. 47 y 48; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1984, págs. 201 y ss; QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Navarra, 2002, págs. 120 y ss.

traría a la misma. Dicha escuela llegó a vincular la prescripción del delito con sus célebres tipologías criminales, estimando que debían tenerse en cuenta las características particulares del delincuente y admitirla únicamente cuando éste, por virtud de su corrección, no resultase peligroso para la sociedad<sup>108</sup>.

No obstante, el rechazo de la Escuela Positiva hacia la prescripción criminal, aunque aparentemente pudiera revestir una cierta solidez, se sustenta sobre cimientos movedizos, tan débiles como la propia conclusión a la que conducen. Dichas opiniones en materia de prescripción criminal son la consecuencia lógica de los postulados de “defensa social” y de “peligrosidad criminal” con los que dicha tendencia criminológica pretendió invadir el ámbito del Derecho.

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina más autorizada, esos postulados provienen de una concepción determinista del hombre, dispuesta a calificar de ficción la libertad del mismo y a fundamentar el castigo en la idea de responsabilidad social o mero hecho de vivir en común<sup>109</sup>. Dicha Escuela concede prioridad absoluta al estudio del delincuente, restando importancia al propio hecho del mismo. De este modo se otorga particular significación a unos estudios tipológicos, más o menos discutibles, y a la concepción del delincuente como subtipo humano diferente de los restantes ciudadanos honestos, siendo esta diversidad la explicación del comportamiento delictivo<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> En este sentido afirmaba GARÓFALO: “Otro beneficio concedido por la ley a los delincuentes es la prescripción de la acción penal. Se comprende la razón de esta institución en materia civil... pero cuando se trata de malhechores ¿Es una razón para no molestarlos la de que hayan sabido escapar por algún tiempo a las investigaciones de la policía?... Pero no trato de sostener que no se deba admitir en ningún caso la prescripción; esta puede admitirse cuando el reo haya probado con su conducta que no es un elemento antisocial, o cuando, por haber cambiado sus condiciones de existencia, se crea que el delito no tiene posibilidades de repetirse... La condición debería ser siempre la existencia de una transformación moral ocurrida en él (delincuente) y que habría de probarse con la actividad honrada, con la vida seria o cuando menos con el paso de uno a otro de los periodos de la vida, o de una condición social a otra distinta... De aquí naturalmente se deduce que la prescripción no se admitirá jamás *a priori*, cuando se trate de esos grandes delincuentes que hemos clasificado en la categoría de asesinos, ni cuando se trate de impulsivos por alcoholismo, mientras no desaparezca el vicio que los constituye en tal estado, ni a favor de los ladrones o estafadores, mientras fueran ociosos y vagos” (GARÓFALO, R. *La criminología. Estudios sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, versión española de Pedro Borrajo, Madrid, 1912, págs. 481 y ss). Desde un punto de vista similar estimaba FERRI que la prescripción penal era un instituto que los criminalistas habían copiado de modo imperfecto del Derecho civil y que tendía a precisar y fijar las relaciones jurídicas entre los ciudadanos, pero que no se proponía la defensa de la sociedad. También era partidario este autor de exigir la prueba del término de la peligrosidad del delincuente, excluyendo la prescripción para los delincuentes más peligrosos respecto a los que la Ley penal debía aplicarse siempre “por necesidades de la defensa de la sociedad” (FERRI, E. *Principios de Derecho criminal*, Madrid, 1933, pág. 145); cfr, en la misma línea de pensamiento, ZERBOGLIO, A. *Della prescrizione penale*, ob. cit., págs. 7 y ss.

<sup>109</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, cuarta edición, Valencia, 2001, págs. 172.

<sup>110</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Criminología...*, ob. cit., pág. 172.

En definitiva, mientras la criminología clásica, por su vinculación con el pensamiento iluminista, adoptó una postura crítica frente al *ius puniendi*, el positivismo criminológico carece de tales raíces liberales y propugna un claro antiindividualismo, tendente a dotar de un carácter absoluto al orden social, a sobreponer la rigurosa defensa de éste a los derechos del individuo y a diagnosticar el mal del delito con simplistas acusaciones a factores patológicos que exculpan de antemano a la sociedad<sup>111</sup>. A nuestro juicio, desde luego, estas premisas no resultan aceptables como tampoco resulta admisible la conclusión a la que conducen: La defensa social aún a costa de sacrificar los derechos del individuo, la seguridad jurídica e incluso la propia humanidad de las penas.

También la legislación penal alemana del periodo nacionalsocialista se opuso a la prescripción penal, postura que fue justificada por REIMER (miembro de la Comisión de Derecho penal que preparó el proyecto alemán de 1936) con base en argumentaciones apasionadas y metajurídicas relativas al carácter imperecedero de la culpabilidad<sup>112</sup>. La fundamentación de la pena que ofreció la citada Comisión, sin duda, ayuda a entender la razón de esta postura hacia el instituto prescriptivo: “La necesidad de expiación es tan antigua, para nosotros los germanos, como antiguo es nuestro pueblo. Para nosotros, culpabilidad y expiación están ligados entre sí y se condicionan recíprocamente. Esto no se puede justificar racionalmente y justificarlo filosóficamente no es necesario, puesto que tal exigencia de la expiación vive en nosotros; ¡y esto basta!”<sup>113</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior es fácil deducir que la negación de la prescripción criminal pose en gran medida una raíz autoritaria, que justifica menoscabo

<sup>111</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Criminología...*, ob. cit., pág. 172; del mismo autor, *vid*, con mayor amplitud, *Tratado de Criminología*, segunda edición, Valencia, 1999, págs. 375 y ss.

<sup>112</sup> Cfr., LORENZ, M. *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung*, ob. cit., págs. 32 y 33.

<sup>113</sup> En una tesis doctoral de aquel periodo podía leerse: “Nuestro ordenamiento jurídico tiene que servir en primera línea a la conservación de la comunidad popular. El individuo no puede ser el centro de las preocupaciones legales, sino el pueblo. El valor más alto del Derecho penal es la comunidad popular... La tarea del Derecho penal es, como hemos reconocido, proteger las bases vitales de la comunidad popular, su ordenamiento jurídico. Esta protección se extiende a todos los bienes populares, tanto ideales como materiales, al Estado como forma organizativa del pueblo y, a parte de eso, también a los particulares miembros de la comunidad en virtud de su valor para la totalidad. Para configurar esa protección de manera efectiva tienen que ser destruidas las fuerzas contrarias a la comunidad. Ha de satisfacerse además la sensación punitiva que había sido provocada en la comunidad por la ruptura del ordenamiento jurídico. En la destrucción de esas fuerzas está al mismo tiempo la advertencia a todos los demás de guardar y respetar el ordenamiento jurídico. En estos tres criterios de la destrucción, de la sanción y de la advertencia residen los fines principales de la pena... Tras esta fijación de los fines del Derecho penal y de la pena, la fundamental contestación de la pregunta por el mantenimiento del instituto de la prescripción penal, tal y como está regulado en el Derecho vigente, no puede ser dudosa: ... El interés de la comunidad popular exige en todo tiempo destruir las fuerzas que a ella se oponen...” (HASSELBERG, A. *Zur Frage der Verjährung im kommenden Strafrecht*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen, Erlangen, 1935, pág. 27 y ss).

de los derechos y garantías individuales en favor de unos pretendidos intereses sociales y colectivos que se hallan al margen del individuo y no dudan en sacrificarlo si fuera preciso. Dificilmente puede considerarse una casualidad que los retrocesos más notorios en materia de prescripción penal se encuentren estrechamente vinculados a sistemas y concepciones esencialmente retributivas, antiindividualistas y autoritarias, y que sus grandes avances hayan venido de la mano de la legislación revolucionaria francesa.

Desde nuestro punto de vista, sin compartir las opiniones anteriormente mencionadas y de acuerdo con la doctrina mayoritaria en la actualidad, debe tomarse en consideración, como fin de la pena, la prevención (general y especial), aunque dentro de ciertos límites que, tendentes a evitar los excesos a los que puede conducir el utilitarismo llevado al extremo, expresan la idea de proporcionalidad y justicia distributiva propia de un Estado democrático de Derecho<sup>114</sup>. Desde esta perspectiva, la pena ya no aparece como la consecuencia irremediable del delito, sino que en la misma, tanto a la hora de contemplarla legalmente, como a la hora de aplicarla y ejecutarla, pueden y deben tenerse en cuenta como fines inmediatos la prevención general y la prevención especial, así como otras cuestiones de política criminal y de política jurídica, sin olvidar el principio de proporcionalidad y la protección de bienes jurídicos, que es, en definitiva, la función última a la que la pena se dirige.

Partiendo de estas premisas, puede adelantarse ya que, a nuestro juicio, existen razones sólidas que justifican, no sólo la existencia de la prescripción criminal, sino también la configuración de la misma como un límite general al *ius puniendi*, tal y como tendremos ocasión de defender a lo largo del presente estudio.

---

<sup>114</sup> Cfr., con diferentes matices, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 822 y ss; MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 99 y ss; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 50 y ss; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1984, págs. 264 y ss; ROXIN, C. “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, págs. 11 y ss; del mismo, *Derecho penal, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997, págs. 95 y ss, entre otros. Sobre la interpretación del artículo 25. 2 de la Constitución española y cómo las finalidades expresamente contempladas en el mismo no son excluyentes respecto de otras finalidades, vid, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López)*, Granada, 1999, págs. 3 y ss.