



Àmbit social i criminològic

Colaboración externa 2016

La prescripción de los delitos con menores de edad: Análisis del problema y propuesta de *lege ferenda*

Autor

Dr. Víctor Gómez Martín

Año 2017

La prescripción de los delitos con menores de edad:

**Análisis del problema y
propuesta de *lege ferenda***

Dr. Víctor Gómez Martín

*Profesor titular (Catedrático acr.) de Derecho penal de la Universidad de
Barcelona*

El Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada ha editado esta investigación respetando el texto original de los autores, que son responsables de su corrección lingüística.

Las ideas y opiniones expresadas en la investigación son de responsabilidad exclusiva de los autores, y no se identifican necesariamente con las del Centro de estudios Jurídicos y Formación Especializada.

Aviso legal



Los contenidos de esta obra están sujetos a una licencia de Reconocimiento_no Comercial_Sin Obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) de Creative Commons. Se permite la reproducción, la distribución y la comunicación pública siempre que se cite el titular de los derechos (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada) y no se haga un uso comercial. Esta obra no se puede transformar para generar obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

© **Generalitat de Catalunya**
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada

Sumario

1. Objeto de estudio	4
2. La prescripción del delito.....	5
2.1. Cuestiones generales	5
2.1.1. Concepto	5
2.1.2. Naturaleza jurídica.....	5
2.1.3. Fundamento material.....	6
2.1.4. Plazos.....	13
2.1.5. Reglas de cómputo.....	15
2.1.6. Suspensión e interrupción.....	17
3. La prescripción de los delitos con víctimas menores de edad	22
3.1. Planteamiento.....	22
3.2. Plazos especiales de prescripción.....	24
3.2.1. Exposición	24
3.2.2. Valoración crítica.....	26
3.3. Suspensión de los <i>dies a quo</i> hasta determinada edad de la víctima	27
3.3.1. Exposición.....	27
3.3.2. Valoración crítica.....	29
3.4. Imprescriptibilidad.....	34
3.4.1. Exposición.....	34
3.4.2. Valoración crítica.....	34
4. Conclusiones	43
5. Bibliografía	46

1. Objeto de estudio

Muy probablemente, uno de los grupos de delitos que mayor alarma social despiertan en la actualidad son los delitos de pederastia. Diversos son los factores que favorecen esta percepción. Por un lado, la gravedad intrínseca al hecho, en particular en los supuestos de agresión sexual. Por otro, la especial vulnerabilidad de la víctima. Y, finalmente, la sensación subjetiva de impunidad que esta clase de infracciones genera como consecuencia del elevado índice de prescripción que suele presentar.

Esta investigación se ocupará, precisamente, de este tercer aspecto de los delitos de abuso y agresión sexual con menores de edad. En concreto, se analizará la institución de la prescripción del delito, con particular atención a su fundamento, naturaleza jurídica y reglas generales de funcionamiento. Seguidamente, se realizará un estudio sobre los diferentes tratamientos de la problemática en Derecho comparado, en particular, en diversos ordenamientos de nuestro entorno cultural. Finalmente, se tomará posición sobre el particular y se formularán propuestas *de lege ferenda*.

2. La prescripción del delito

2.1. Cuestiones generales

2.1.1. Concepto

En el **art. 130.6º CP** se recoge, como causa de extinción de la responsabilidad criminal, la prescripción del delito. La extinción de la responsabilidad penal se produce cuando un hecho delictivo no es perseguido dentro del espacio de tiempo comprendido entre el momento en que se produce su consumación (*dies a quo*) y el momento en que finaliza el cómputo del correspondiente plazo de prescripción (*dies ad quem*). La prescripción del delito puede ser alegada por la parte, e, incluso, acordada de oficio en cualquier momento del procedimiento. También, por lo tanto, si se plantea como cuestión nueva en vía de recurso, o en la misma vista de este. Se trata de una institución que responde a principios de orden público.

2.1.2. Naturaleza jurídica

La prescripción del delito está prevista en el Código Penal español como una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.6ª CP). Una de las cuestiones más discutidas es la relativa a su **naturaleza procesal o sustantiva**. Ciertamente, no es preciso ignorar que algunas importantes cuestiones concernientes a la prescripción del delito requieren de la intervención del Derecho procesal. Tal es el caso, por ejemplo, de la determinación del acto procesal interruptor del cómputo o de la concreción de cuándo puede entenderse paralizado el procedimiento, ambas recogidas en el art. 132.2 CP. No obstante, resulta ampliamente compartible la idea de que la institución de la prescripción tiene naturaleza fundamentalmente sustantiva (Pastor Alcoi, 1993, p. 8155; Olaizola Nogueres, 1998, p. 747; Lascurain Sánchez, 1997, p. 371; Mir Puig, 2011, 33/26; Mapelli Caffarena, 2011, pp. 524 y 529; Prieto Rodríguez, 1998, p. 386; Molina Fernández, 2011, 20/6678; Rodríguez Horcajo, 2011, p. 252).

Según la doctrina dominante, la disyuntiva no es baladí. De su resolución dependería, por ejemplo, la decisiva cuestión de si las normas reguladoras de la prescripción (por ejemplo, la que amplía el plazo de prescripción de algunos

delitos de tres a cinco años) pueden ser o no de aplicación retroactiva *in malam partem* (Olaizola Nogueres, 1998, p. 749; Gili Pascual, 2001, pp. 19 ss. y 64; Morillas Cuevas et al., 2000, p. 1098 s.; Ragués i Vallès, 2004, p. 78; Mir Puig, 2015, 33/26; Mapelli Caffarena, 2011, p. 525; Rodríguez Horcajo, 2011, p. 252).

No obstante, se considera más atendible el punto de vista doctrinal según el que la discusión sobre la naturaleza jurídica de la institución tiene que relativizarse. En palabras de Pedreira González: «(...) *el complejo problema de la naturaleza jurídica, aunque ha pretendido convertirse en la pieza central de la materia que nos ocupa, ha sido una cuestión sobrevalorada y que carece de las repercusiones que normalmente se le atribuyen. Las consecuencias transcendentales que se asocian a mantener una u otra naturaleza jurídica pueden solucionarse sin excesivas dificultades por una aplicación correcta y leal de los principios esenciales de un Estado Democrático de Derecho*» (Pedreira González, 2005, p. 1557).

No es en absoluto incoherente, por ejemplo, defender la irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para reo en todo caso, con independencia de su naturaleza procesal o sustantiva. No en vano el art. 9.3 CE establece que «*[l]a Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)*», sin excepción alguna, por lo tanto, para las disposiciones de naturaleza procesal (Pedreira González, 2004, pp. 159 y 161; el mismo, 2005, pp. 1557 s.; en términos similares Molina Fernández, 2011, 20/6678; Díez Ripollés, 2011, p. 778).

2.1.3. Fundamento material

Por todo lo expuesto, más allá de si se trata de una institución de Derecho penal o procesal, lo realmente decisivo (y lo que verdaderamente podrá llegar a desplegar consecuencias prácticas) es la cuestión relativa al fundamento material de la prescripción penal.

2.1.3.1. Perspectiva procesal

Desde un punto de vista procesal, se afirma que en la prescripción del delito lo que prescribe en realidad no es la infracción penal, que presupone una sentencia condenatoria que, por definición, no existe, sino la acción penal (Medina Cepero, 2001, p. 37). En ausencia de condena previa, no sería correcto hablar de extinción de responsabilidad penal, ya que esta, en puridad de conceptos, ni tan solo habría llegado a nacer. Concebida de esta manera, la prescripción del delito sería, en realidad, más que un obstáculo de punibilidad, uno de perseguibilidad (Medina Cepero, 2001, p. 43; Hernández García, 2011, 4/2907).

Como fundamento material de esta postura, está extendido el argumento según el cual, transcurrido un prologado periodo de tiempo desde la comisión del delito, las **dificultades probatorias** (eventualmente en perjuicio del derecho de defensa del reo) del hecho se ven sensiblemente incrementadas (Rey González, 1999, p. 55). De esta manera, si como consecuencia del transcurso de este intervalo temporal sucede que la Administración de Justicia advierte que no resulta viable practicar diligencias de investigación tendentes a esclarecer los hechos, o recaudar de otra manera material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al hipotético responsable de los hechos, desde la perspectiva procesal que ahora nos ocupa, dejará de tener sentido la persecución de los hechos (Rey González, 1999, p. 54; se refieren a este argumento Gili Pascual, 2001, p. 67; Serrano Gómez, 2003, pp. 85 s.; Rodríguez Ramos, 2009, p. 489).

A la tesis conforme la prescripción constituye una garantía encaminada a reducir el margen de error judicial por las supuestas dificultades de valoración de la prueba como consecuencia del transcurso del tiempo, puede objetarse, por un lado, que las mencionadas dificultades probatorias también pueden tener lugar aunque no haya transcurrido el plazo de prescripción del delito (Ragués i Vallès, 2004, p. 31; González Tàpia, 2003, p. 52). Y al contrario: no siempre que ya ha transcurrido el plazo de prescripción concurren aquellos obstáculos (Gili Pascual, 2001, p. 67; González Tàpia, 2003, p. 49). Además, si el principio *in dubio pro reo* obliga a dejar sin pena todo hecho que no haya quedado suficientemente probado, ello no se debe al transcurso del plazo de prescripción, sino en cualquier

caso, con total independencia de si la ausencia de prueba viene o no determinada por este factor (Gili Pascual, 2001, p. 67; González Tàpia, 2003, pp. 50 ss.; Pastor, 2010, p. 643). No en vano, en el caso del Código Penal español, los plazos de prescripción de delitos previstos en el art. 131.1 CP no guardan ninguna proporcionalidad con el grado de dificultad probatoria de la clase de delito, sino con la mayor o menor gravedad de la infracción (Gili Pascual, 2001, p. 68; González Tàpia, 2003, pp. 49 y 51). De hecho, ya que el art. 131.5 CP declara imprescriptibles determinados delitos, de acuerdo con el argumento que ahora nos ocupa tendría que concluirse que en estos delitos la imprescriptibilidad obedece a la ausencia de dificultades probatorias asociadas al paso del tiempo, lo que, por descontado, no tiene por qué ocurrir (Gili Pascual, 2001, p. 68).

Todavía desde la perspectiva que ahora nos ocupa, una parte de la doctrina y la jurisprudencia invoca como fundamento de la prescripción el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (Medina Cepero, 2001, p. 41), y, en particular, sin **dilaciones indebidas** (Rey González, 1999, pp. 57 ss.; se hacen eco de esta circunstancia Gili Pascual, 2001, p. 69; Serrano Gómez, 2003, pp. 86 ss.; Ragués i Vallès, 2004, p. 25). No obstante, es evidente que se trata de dos garantías independientes, de tal manera que no existe el menor inconveniente en afirmar la concurrencia de una de ellas sin la otra (Gili Pascual, 2001, p. 71). No en vano, en el Código Penal español la prescripción del delito se interrumpe — como se expondrá más adelante— con el inicio del procedimiento, o mejor dicho, con su dirección contra el indiciariamente responsable (art. 131.1 CP).

Así, excepto en los casos (excepcionales) de paralización procesal, la prescripción del delito se producirá antes del inicio del proceso. En cambio, para que pueda hablarse de dilaciones indebidas es necesario que el procedimiento haya dado inicio y se haya dilatado en el tiempo de forma extraordinaria. Buena muestra de esto es el tenor literal del nuevo art. 21.6ª CP, que recoge la circunstancia genérica atenuante de dilaciones indebidas. De acuerdo con este precepto, *«la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa»*. Debe entenderse que la *«tramitación del procedimiento»* se inicia cuando el reo adquiere la condición de imputado y

finaliza con la resolución judicial firme que ponga fin a la vía penal (Alcàsser Guirao, 2010, 28/7027). Si se trata de una resolución dictada en segunda instancia y las dilaciones indebidas se producen en la tramitación del recurso, la atenuante podrá ser acordada de oficio (STS 1078/09, 5-11).

Tampoco es correcta la idea de que la prescripción consiste en un instrumento concebido para contribuir al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia mediante una especie de **reprobación del Juez que incurre en dilaciones indebidas** en la tramitación de la causa, o la concesión a la víctima de un título que sostenga una pretensión indemnizatoria (González Tàpia, 2003, p. 60). A esta idea puede oponerse que si la Administración de Justicia cuenta con disfunciones estructurales que la hacen particularmente lenta y la convierten en una fuente inagotable de dilaciones indebidas, probablemente la solución de tal problemática no pasa, precisamente, por una ampliación o reducción de los plazos de prescripción, sino por las correspondientes reformas estructurales del sistema. Por otro lado, instrumento sancionador de dilaciones indebidas muy extraño sería, sin duda, aquel que tuviera como fundamento la reprobación del Juez que incurre en ellas sin valerse para esto de un aparato sancionador (Gili Pascual, 2001, p. 74; Ragués i Vallès, 2004, pp. 29 s.).

En un sentido similar, suele invocarse como uno de los fundamentos de la institución, finalmente, el principio de **seguridad jurídica**. En virtud de este principio —se señala— constituye una garantía político-criminal irrenunciable que el responsable por la comisión de un delito tenga conocimiento de que, transcurrido un determinado periodo de tiempo desde la comisión del hecho delictivo, este ya no podrá ser perseguido. Dicho en otras palabras: después de un determinado periodo de tiempo, la espada de Damocles representada por la pena prevista para el delito tendrá que dejar de colgar sobre el cuello de su responsable (Pedreira González, 2004, pp. 147 s. y 152).

En relación con esta línea argumentativa, es preciso admitir, ciertamente, que la institución de la prescripción guarda una relación más que evidente con la idea de seguridad jurídica. No obstante, ya no resulta tan compartible la tesis de que esta idea constituye el núcleo mismo del fundamento de la prescripción del delito como

causa de extinción de la responsabilidad criminal (González Tàpia, 2003, p. 63). La razón principal salta a la vista: la seguridad jurídica no depende de la prescripción, ya que sin prescripción podría seguir existiendo seguridad jurídica (Gili Pascual, 2001, pp. 72 s.). Como afirma con razón Raguès i Vallès, la seguridad jurídica, más que fundamento de la prescripción es su efecto. De hecho, incluso podría decirse que, en cierto sentido, genera mayor inseguridad un sistema en el que algunos delitos (los más) prescriben y otros no (los menos), que un sistema —al margen de los problemas constitucionales a los que esto podría conducir— en el que se consagra la imprescriptibilidad de todos los delitos sin excepción alguna. Siguiendo esta línea argumentativa, también podría decirse que un sistema de prescripción como el español —que en este extremo no se distingue en absoluto de los ordenamientos jurídico-penales de nuestro entorno cultural— en el que existen diferentes plazos de prescripción en función de la mayor o menor gravedad de las diferentes infracciones penales provoca mayor grado de inseguridad jurídica del que provocaría un sistema con un plazo único de prescripción para todos los delitos (Gili Pascual, 2001, p. 75).

2.1.3.2. *Perspectiva sustantiva*

De lo anteriormente expuesto en relación con la naturaleza sustantiva de la prescripción de la infracción penal se desprende que no resulta posible comprender correctamente el fundamento material de la naturaleza extintiva de la responsabilidad criminal de la institución si la misma no es puesta en relación con las funciones de la pena (Lascurain Sánchez, 1997, p. 372; Gili Pascual, 2001, pp. 76 ss.; González Tàpia, 2003, p. 71; Mir Puig, 2015, 33/24 s.).

Desde este punto de vista, debe descartarse, en primer lugar, una fundamentación de la prescripción en clave **retribucionista**. Por un lado, difícilmente puede explicar la prescripción una noción que no sirve para justificar ni la función del Derecho penal ni las finalidades de la pena. A los argumentos contrarios a la retribución, ya sobradamente conocidos (Mir Puig, 2015, 3/10 y 62 ss.), es preciso añadir que existen evidentes razones de derecho positivo que permiten concluir que en la actual legislación penal española la retribución no es una de las funciones de la pena (Mir Puig, 2015, 3/70 ss.). De hecho, tal como correctamente

apunta Gili Pascual (2001), la mera existencia de la prescripción del delito en un ordenamiento jurídico constituye, en sí misma, un indicio de *lege lata* que en este ordenamiento la pena no cumpliría una función de retribución. Fundamentada la función de la pena en términos absolutos (pena no como medio, sino como fin en sí mismo), la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito deja de tener sentido. ¿Qué explicación tendría el levantamiento de la sanción del hecho por el mero transcurso del tiempo cuando, en clave de realización de la idea de Justicia mediante la sanción del hecho delictivo, lo procedente sería aplicarla? (Gili Pascual, 2001, p. 76).

De los anteriores argumentos se deduce que el auténtico fundamento de la causa de extinción que ahora nos ocupa se encuentra en la **función preventiva de la pena**. Es habitual en la doctrina la referencia al hecho de que, de la mayor o menor gravedad del hecho delictivo, y de la mayor o menor extensión del periodo de tiempo transcurrido desde su comisión, la percepción del hecho delictivo como más o menos necesitado de pena por parte de la colectividad irá variando (Gili Pascual, 2008, p. 690). Así, por ejemplo, un pequeño hurto cometido hace cinco años y que no ha sido perseguido durante este espacio de tiempo puede ser percibido por la colectividad como un hecho perteneciente al pasado, ya superado, y, por lo tanto, carente de toda necesidad preventivo-general de pena. Cuando esto sucede, la declaración de la extinción de la responsabilidad criminal no pondrá en cuestión la función preventivo-general de la pena, ya que tal ausencia de responsabilidad no generará en la colectividad alarma o sensación subjetiva de impunidad alguna (Gili Pascual, 2001, p. 81; González Tàpia, 2003, pp. 78 s.; Ragués i Vallès, 2004, p. 40; Díez Ripollés, 2011, p. 778).

Es posible, además, que el transcurso de un determinado periodo de tiempo desde la comisión de la infracción penal lleve consigo la consecuencia de que ya no sea necesario imponer una pena al responsable para que este no vuelva a delinquir en el futuro. Si una vez transcurrido ese plazo, el sujeto ya se ha resocializado de forma espontánea, con ello, podría haber desaparecido la necesidad preventivo-especial de la pena (Gili Pascual, 2001, p. 81; Ragués i Vallès, 2004, p. 40; Díez Ripollés, 2011, p. 778).

Ciertamente, si se entiende que la pena debe cumplir una función de protección de la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, y, al mismo tiempo, que el objeto del Derecho penal únicamente es la **configuración del orden social actual** (Gili Pascual, 2001, p. 77; el mismo, 2008, p. 690; Choclán Montalvo, 2008, p. 551) o la **preservación del orden social vigente** (Ragués i Vallès, 2004, pp. 42 y 92), la extinción de la responsabilidad penal por prescripción del delito tendría que producirse cuando se compruebe que la pena, una vez transcurrido un determinado periodo de tiempo desde la consumación del delito, ya no es necesaria para prevenir la comisión del delito. Esto sucederá cuando la colectividad contemple el hecho delictivo como algo ya superado o perteneciente al pasado, es decir, no necesidad de pena desde una perspectiva preventivo-general (Gili Pascual, 2001, p. 77; Ragués i Vallès, 2004, pp. 43 s.). Cuanto mayor sea la gravedad del hecho, más prolongado será el periodo de tiempo que transcurrirá desde su comisión para que el supuesto sea contemplado por la colectividad como un acontecimiento no actual (Ragués i Vallès, 2004, p. 45).

De entre las diferentes fundamentaciones preventivas de la prescripción, la que parece encontrarse en la base de la concreta regulación de la prescripción del delito recogida en el Código Penal español es la que vincula la prescripción del delito con la ausencia **de necesidad preventivo-general de pena** (González Tàpia, 2003, p. 209; Choclán Montalvo, 2008, p. 551). Clara muestra de esto es el art. 131.1 CP. En este precepto se encuentran los diferentes plazos de prescripción del delito. Se trata de plazos cuya duración es directamente proporcional a la gravedad del delito, determinada, por su parte, por la duración de la pena asignada al delito (Morillas Cuevas et al., 2000, p. 1099; González Tàpia, 2003, p. 80). En cambio, el precepto no tiene en cuenta para la determinación del plazo de prescripción del delito las circunstancias personales del sujeto (González Tàpia, 2003, p. 74). Por ello, no es posible derivar del art. 131.1 CP una fundamentación preventivo-especial de la prescripción.

Ciertamente, el castigo de un hecho delictivo mucho tiempo después de su comisión podría perjudicar la resocialización de su autor, ya que este podría percibirlo personalmente como una respuesta injusta a un hecho ya pretérito (Gili Pascual, 2001, p. 81). Podría decirse que la no desocialización del sujeto que se

consigue en algunos casos a través de la prescripción del delito constituye, sin duda, un efecto colateral beneficioso de esta institución (Ragués i Vallès, 2004, p. 40). Esto no significa, no obstante, que el fundamento de la prescripción sea preventivo-especial. Es evidente que no siempre el mero transcurso del tiempo consigue eliminar la peligrosidad del autor de la infracción (Gili Pascual, 2001, pp. 80 ss.; González Tàpia, 2003, p. 73; Ragués i Vallès, 2004, p. 35) o con lo que, al contrario, la resocialización del sujeto se habría podido producir ya con anterioridad al *dies a quo*. Por esta doble razón no debe extrañar que el art. 131.1 CP no haga ninguna referencia para la determinación de los plazos de prescripción a la incidencia del transcurso del tiempo desde la consumación del delito en el proceso de resocialización del sujeto. En caso de que el legislador español hubiera partido del presupuesto de que el simple transcurso del tiempo lleva consigo, en general, la resocialización del sujeto, tendría que haber previsto —como sucede en otros ordenamientos jurídicos— como causa de interrupción del plazo prescriptivo la comisión de un nuevo delito (González Tàpia, 2003, p. 73).

2.1.4. Plazos

Los plazos de prescripción del delito están recogidos en el art. 131.1 y 2 CP. Cuando se trate de penas acumulativas, el plazo de prescripción del delito será el correspondiente a la pena más grave (art. 131.1 CP). Según la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta la **pena en abstracto** fijada para el delito de que se trate, y no la pena resultante de la aplicación de las normas sobre grados de participación y de ejecución. Para la doctrina mayoritaria, tiene que ser considerada, en cambio, la pena en concreto, en correspondencia lógica con la proporcionalidad entre gravedad del delito y duración del plazo de prescripción presente en los arts. 131.1 y 2 CP.

La LO 5/2010 amplió el plazo de prescripción de los delitos menos graves con pena máxima inferior a tres años de prisión o inhabilitación. Hasta la LO 5/2010, el plazo de prescripción previsto para tales delitos era de tres años, que pasaron, como consecuencia de la reforma, a cinco años. De esta manera, con la excepción de los delitos de injurias y calumnias, que siguen prescribiendo al año, y de las faltas, que seguían haciéndolo a los seis meses, el plazo mínimo de

prescripción de las infracciones penales deja de ser de tres años, y pasa a ser de cinco. Con la LO 1/2015 y la correspondiente desaparición de todas las faltas del Código Penal español, desaparece también el plazo asociado a estas últimas infracciones.

Esta ampliación de plazos ha desplegado importantes consecuencias en relación con algunos delitos de enorme transcendencia práctica, como, por ejemplo, la estafa o la apropiación indebida. Antes de la LO 5/2010, estos delitos venían prescribiendo a los tres años, salvo que concurriera alguno de los elementos típicos accidentales previstos en el art. 250 CP, o se tratara de un delito continuado, en este caso el plazo de prescripción podía alcanzar los cinco años. El objetivo de la reforma es revertir la sensación subjetiva de impunidad y desconfianza hacia la Administración de Justicia que supuestamente despiertan en la colectividad aquellos casos en los que, a causa de la complejidad que suele comportar la investigación del delito, este prescribe con anterioridad al hecho de que se haya iniciado su averiguación y posterior persecución (Preámbulo de la LO 5/2010 y Dictamen de la Comisión de Justicia al Proyecto de reforma del CP aprobado por Congreso de los Diputados el 29-4-09).

No obstante, esta justificación no resulta plenamente compatible. No todos los delitos con pena de prisión inferior a tres años consisten en infracciones «cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados» (Preámbulo de la LO 5/2010). Tal es el caso, por ejemplo, de delitos como los de lesiones (arts. 147.2 y 152.1º CP), hurto (art. 234 CP), violencia de género (art. 153.1, 171.4 y 172.2 CP), amenazas (art. 169 ss. CP), coacciones (art. 172 CP), daños (art. 263 ss. CP) y un largo etcétera de delitos cuya instrucción normalmente no revestirá una particular complejidad. Según la doctrina, el legislador tendría que haber previsto plazos específicos de prescripción, más amplios, para los delitos de averiguación más compleja.

2.1.5. Reglas de cómputo

2.1.5.1. *En atención a la clase de delitos*

Según dispone el art. 132.1 CP, el plazo de prescripción empieza a computarse en el momento en que tiene lugar la consumación del delito. En los delitos instantáneos (p. ej., el homicidio), la consumación se produce de forma instantánea con la lesión del bien jurídico (p. ej., en el homicidio, con la producción de la muerte del sujeto pasivo). En los delitos permanentes, la consumación también lo es, produciéndose esta con la eliminación de la situación ilícita (p. ej., en las detenciones ilegales con la puesta en libertad del detenido). Finalmente, en los delitos de estado, aunque la infracción consiste en la creación de un estado antijurídico, la consumación es instantánea. En los casos de delito continuado (art. 74 CP), el *dies a quo* corresponde al «*día en que se realizó la última infracción*». Respecto a las infracciones que exijan habitualidad, el plazo de prescripción empezará a computarse «*desde el día que cesó la conducta*».

2.1.5.2. *Reglas especiales*

El art. 131.5 CP fue incorporado *ex novo* por la LO 5/2010. El precepto establece una regla de determinación del plazo de prescripción en dos casos: «*concurso de infracciones e infracciones conexas*». En ambos supuestos «*el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave*».

a) Concurso de delitos

La nueva regla de determinación del plazo de prescripción en los casos de concurso de infracciones constituye la plasmación legal de un consolidado criterio de jurisprudencia. De acuerdo con el mismo, en los supuestos de referencia, el plazo de prescripción de los delitos en concurso será **único**. Concretamente, el **plazo correspondiente al delito de la relación concurso para el que esté prevista pena más grave**. Aunque la jurisprudencia no lo señala expresamente, de la propia lógica del criterio jurisprudencial que nos ocupa, también el *dies a quo*, es decir, el día en que tiene que entenderse cometido el delito al efecto de dar inicio al cómputo del plazo de prescripción

del conjunto delictivo es **único**, y se corresponderá con el momento de consumación del delito que tenga asignada pena más grave. El fundamento de la regla tendría que verse en que en tales supuestos se produciría una unidad delictiva entre los diferentes delitos en concurso, de tal manera que separarlos para determinar la prescripción o no de cada uno de ellos por separado resultaría completamente artificioso.

El actual art. 131.5 CP, al convertir este criterio en derecho positivo, resuelve el grave problema de legalidad que planteaba el hecho de que en los mencionados casos de concurso ideal o medial de delitos, la jurisprudencia estableciera, en contra de reo, un plazo de prescripción no previsto legalmente: el correspondiente al delito más grave. No obstante, la aplicación práctica del precepto puede resultar problemática por diversas razones. En primer lugar, la alusión a los «*supuestos de concurso de infracciones*» es suficientemente amplia como para comprender en su tenor literal posible no solo los casos de concurso ideal o medial de delito, sino también los de concurso real de delitos. Es evidente, con todo, que el fundamento material de la regla, la supuesta existencia de una unidad delictiva, podría concurrir en los casos de concurso ideal de delitos, pero nunca en los de concurso real. A causa de esto, un sector doctrinal propone que la expresión «*supuestos de concurso de infracciones*» sea interpretada restrictivamente, de tal manera que queden excluidos de la misma todos los casos de concurso real de delito, incluidos los de concurso medial.

b) Delitos conexos

Tienen que ser consideradas como infracciones conexas: 1. *Las cometidas simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que estas estén sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.* 2. *Las cometidas por dos o más personas en diferentes lugares o tiempos si hubiera precedido concierto a tal efecto.* 3. *Las cometidas como medio para perpetrar otras o facilitar su ejecución.* 4. *Las cometidas para procurar la impunidad de otros delitos.* 5. *Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por*

cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubieran sido hasta entonces sentenciados» (art. 17 LECrim.).

Se trata de una categoría de naturaleza procesal, que responde a la conveniencia de que en determinados supuestos no se produzca una ruptura de la llamada continencia de la causa. La doctrina destaca que en ninguno de los cinco casos de conexidad delictiva previstos en el art. 17 LECrim. se precisa unidad de acción delictiva alguna, por lo que la regla del art. 131.5 no tendría ninguna lógica material. No en vano, antes de la reforma, la propia jurisprudencia considera inaplicable a los supuestos de conexidad delictiva el criterio según el cual en los casos de concurso medial de delitos, el plazo de prescripción se corresponde con el del delito más grave, ya que *«las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal»*.

2.1.6. Suspensión e interrupción

Según lo dispuesto en el art. 132.2 CP, la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, *«cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito»*, empezando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o acabe sin condena. La expresión *«persona indiciariamente responsable del delito o falta»* ha sido introducida por la LO 5/2010, en sustitución del *«culpable»*. El cambio obedece al hecho de que, cuando el Juez dirige el procedimiento contra alguien por primera vez, bien admitiendo a trámite una denuncia o querrela presentada contra él, bien acordando la incoación de Diligencias Previas contra el mismo, bien citándolo a declarar como imputado, el destinatario de estos actos todavía no puede ser calificado como *«culpable»* del delito investigado.

Respecto a la aclaración legal sobre cuándo tiene que entenderse que el *«procedimiento se dirige contra la persona indiciariamente responsable del delito»*, la reforma de 2010 dispone que *«se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su*

presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta» (art. 132.2, regla 1ª).

A diferencia de lo que sucede en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural [p. ej., el italiano (art. 160 CP italiano), el suizo (art. 72.2. CP suizo), el alemán (§ 78c StGB) o el portugués (art. 121 CP portugués)], el legislador español no establece un catálogo cerrado de actos procesales de dirección del procedimiento contra el culpable. Con esto, se provoca un considerable grado de inseguridad jurídica.

La LO 5/2010 acoge, en relación con este particular, el criterio sobre interrupción de la prescripción del delito sostenido por la doctrina jurisprudencial establecida por las SSTC 63/2005, 14-3 y 29/2008, 20-2 (caso Urbanor). Esta jurisprudencia se opone a la establecida por el TS, que entiende que también los actos de parte iniciadores del proceso (denuncia, querella) pueden interrumpir la prescripción del delito. De acuerdo con el art. 132.2, regla 1ª CP, para la interrupción de la prescripción del delito no es suficiente la simple presentación de la denuncia o la querella, ni tampoco la admisión a trámite a través de un acto judicial, sino que es necesario, al menos, que el Juez de Instrucción acuerde la apertura de la causa contra una persona determinada, o posteriormente le dirija el procedimiento de otra manera, como por ejemplo mediante la correspondiente citación judicial para declarar como imputado. Es preciso un acto judicial de dirección del procedimiento contra un sujeto determinado. Por esto, la orden de detención que puede dictar el Fiscal tampoco tiene capacidad interruptora del plazo de prescripción del delito (art. 5 L 50/1981, 30-12, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

No obstante, que la presentación de la denuncia o la querella no provoque efectos interruptores de la prescripción del delito no significa que no pueda desplegar ningún efecto. Según la regla 2ª del art. 132.2 CP, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, **suspenderá** el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de

formulación de la denuncia. La diferencia entre la interrupción y la suspensión consiste en que la primera impide el curso de la prescripción e inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de aquella, mientras que la suspensión de la prescripción paraliza esta, pero no inutiliza el tiempo ya transcurrido. De esta manera, desaparecida la causa de suspensión, el cómputo del tiempo para la prescripción continúa, mientras que en el caso de la interrupción empieza de nuevo.

En el art. 132.2, regla 2ª CP, la suspensión se condiciona al cumplimiento de tres requisitos: a) que la *notitia criminis* se formalice mediante denuncia o querella; b) que la determinación del sujeto imputado sea concreta; c) que se presente ante un órgano judicial, tanto si es competente para el esclarecimiento de los hechos como si no lo es. La convivencia de suspensión e interrupción de la prescripción del delito prevista por la LO 5/2010 pretende poner remedio a la «*disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos, con la pretensión última de aumentar la seguridad jurídica*» (exposición de motivos Anteproyecto 2009).

No obstante, esta convivencia puede comportar importantes disfunciones prácticas. Por un lado, la consagración del criterio de la suspensión de la prescripción con la presentación de la denuncia o la querella produciría en el Juez de Instrucción el pernicioso efecto de liberarle del deber de resolver con celeridad sobre la admisión a trámite de la denuncia o la querella, a fin de evitar la prescripción del delito. Desde el punto de vista del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y el principio de celeridad procesal, la reforma sería, por lo tanto, contraproducente. Por otro, según el actual art. 132.2 CP, cuando la denuncia o la querella no sean admitidas a trámite, el cómputo del plazo de prescripción no empezará a computar nuevamente desde el principio, sino que continuará desde el día de la presentación de la denuncia o la querella. La presentación de la denuncia o la querella, por lo tanto, no interrumpirá el plazo de prescripción, sino que se limitará a suspenderlo. Con esto, la reforma trata de encontrar el punto de equilibrio entre el criterio del TC y el del TS antes mencionados.

No obstante, la medida descrita ha acabado teniendo escasa relevancia práctica, ya que los casos en los que una denuncia o querrela no se admite a trámite no son, en absoluto, la regla, sino la excepción. Además, el legislador reformista de 2010 dispone que el plazo suspendido vuelva a ser computado *«una vez que el órgano judicial correspondiente no lo admitiera a trámite»*. La expresión deja abierta la cuestión sobre cómo tendrán que resolverse los nada infrecuentes supuestos en los que el Juez de Instrucción, en lugar de inadmitir a trámite la denuncia o la querrela, la admita, aunque acordando, de forma simultánea y en la misma interlocutoria, el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

El tenor de la regla 2ª prosigue indicando que si dentro del plazo de seis meses se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, con carácter general, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia. Como correctamente indicó el Consejo de Estado en su informe, esta redacción es incompleta, ya que es obvio que si se dicta una resolución *«contra cualquier persona implicada en los hechos»*, la aplicación retroactiva de la interrupción de la prescripción solo se producirá respecto a esa misma persona, pero no respecto al querrellado o el denunciado.

En cuanto al grado de determinación del sujeto contra el que tiene que dirigirse el procedimiento para que se produzca la interrupción de la prescripción, de la regla 3ª del art. 132.2 CP pueden extraerse dos conclusiones: a) no se precisa la determinación nominal del sujeto; b) la interrupción de la prescripción no podrá ser motivo para que se atribuya el hecho a sujetos ajenos a la organización o a grupo de personas que no estuvieran determinados inicialmente.

El art. 132.2 CP señala, además, que el plazo de prescripción del delito empezará a correr de nuevo *«desde que se paralice el procedimiento o acabe sin condena»*. Por *«paralización del procedimiento»* debe

entenderse toda inactividad de los órganos jurisdiccionales por razones diferentes a las determinantes de la terminación del procedimiento sin pronunciamiento de fondo (archivo provisional), o a la provocada por la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad. Tal inactividad concurre tanto cuando no se realiza ningún acto, como cuando se realizan actos impropios del procedimiento legalmente establecido o actos ineficaces a las finalidades del procedimiento, ya sea porque tienen un contenido exclusivamente formal, porque su contenido es meramente reiterativo del de otros actos anteriores, o porque dilatan, innecesariamente a las finalidades del procedimiento, su curso, su archivo provisional o el enjuiciamiento.

3. La prescripción de los delitos con víctimas menores de edad

3.1. Planteamiento

Tal como ya se ha avanzado, uno de los grupos de delitos más problemáticos en materia prescriptiva es, sin duda, el de las infracciones penales con víctimas menores de edad. En estos delitos, la aplicación de las reglas y los plazos generales de la prescripción del delito, que acaban de ser expuestos, lleva en muchos casos a una insatisfactoria consecuencia: en el momento de conocerse el hecho delictivo, este ya está prescrito.

Ciertamente, en muchos casos, la comisión de un delito contra la libertad sexual provoca en la víctima **secuelas** físicas y, muy particularmente, **psicológicas** duraderas o permanentes que, además, tienden a agravarse con el paso del tiempo. Una posible solución al problema de la prescripción de estos casos es concebirlos como supuestos no solo de abuso o agresión sexuales, sino también —o sobre todo— de lesiones psicológicas permanentes o continuadas. Con la aparición de la lesión psicológica, habitualmente muy posterior a la agresión sexual, el *dies a quo* se desplazaría del momento de consumación del atentado contra la libertad sexual al momento de consumación del delito de lesiones, con el mencionado resultado lesivo de la integridad psíquica. No obstante, este resultado lesivo independientemente considerable del atentado contra la libertad sexual puede no darse. Esta investigación parte de esta última hipótesis, y se centra, por lo tanto, en la problemática que plantea de la prescripción de los delitos de pederastia al margen de las lesiones psicológicas que puedan derivarse y su correspondiente prescripción.

En esta dirección, los resultados de múltiples estudios demuestran que las víctimas de estos delitos tardan un periodo de tiempo considerable en revelarlos y, en consecuencia, en denunciarlos. El retraso en la denuncia puede ser temporal, cuando eventualmente la víctima elige a una persona de confianza para explicarle el abuso sufrido, o permanente, si la víctima decide no revelar su historia (Tener *et al.*, 2015; Hanson *et al.* 1999, pp. 559 ss.; Paine *et al.* 2002, pp.

271 ss.).

Así, por ejemplo, un estudio de Hébert *et al.* (2009) pone de manifiesto que una de cada cinco víctimas nunca llega a revelar el abuso sexual sufrido en su infancia y cerca del 60% retrasa la revelación del hecho más de cinco años desde la consumación del primer episodio sufrido. En términos similares, Jonzon *et al.* (2004) concluyen que menos de una tercera parte de las víctimas de un delito contra libertad sexual hacen público el abuso durante la infancia, y la mayor parte de las víctimas espera una media de 21 años antes de informar del episodio ya en edad adulta.

Las razones por las que el menor tarda tanto tiempo en denunciar el hecho, si es que llega a denunciarlo, son muy diversas. La doctrina especializada distingue en estos casos hasta tres clases de **barreras para la denuncia: interpersonales, socioculturales e intrapersonales.**

Los dos primeros tipos de limitaciones, las interpersonales y las socioculturales, se refieren a las limitaciones para la denuncia derivadas del hecho de que la víctima todavía se encuentre **bajo la dependencia o dentro del ámbito de influencia del autor del delito.** Esta relación puede obedecer a no haber abandonado todavía el ámbito escolar o académico o el domicilio familiar, o bien a una dependencia material, económica o emocional respecto a los autores progenitores, cuidadores, profesores, etc. sobrevinida al abandono material del ámbito de dependencia (Hörnle *et al.*, 2014, pp. 66 ss.).

Respecto a los factores intrapersonales, algunas víctimas presentan una ausencia de consciencia sobre si fueron abusados o no. Ya como adultos, presentan su memoria sobre estos episodios claramente reprimida. Se cuestionan si lo sucedido es o no constitutivo de abuso (Crowley *et al.*, 2001; Lab *et al.*, 2005; Hanson *et al.* 1999, pp. 559 ss.; Paine *et al.* 2002, pp. 271 ss.) y expresan preocupación por la exactitud de sus recuerdos y si estos son o no genuinos (Dorahy y Clearwater, 2012; Sorsoli *et al.*, 2008). Otras víctimas son completamente conscientes de los abusos sufridos como menores y deciden, ya como adultos y de manera completamente consciente, revelarlos mediante la

correspondiente denuncia (Sorsoli, 2010). Estas víctimas acostumbran a mostrar represión, confusión, vergüenza, culpabilidad, auto-responsabilidad (Alaggia, 2004; Dorahy *et al.*, 2012; Draucker y Martsof, 2008; Hanson *et al.* 1999, pp. 559 ss.) y ansiedad como impedimentos más frecuentes para la denuncia (Dorahy y Clearwater, 2012; Paine *et al.* 2002, pp. 271 ss.).

En el caso de los delitos sexuales con víctimas menores de edad, el CP español establece plazos de prescripción de 10 y 15 años, dependiendo de si se trata de abuso o agresión. Estos plazos de prescripción son relativamente comunes para estos delitos en Derecho comparado. Con el objeto de extender el plazo de prescripción del delito más allá de lo que determinaría el cómputo ordinario, para algunos delitos con víctima menor de edad, legisladores penales como los españoles, los alemanes, los franceses o los italianos en Europa, y los norteamericanos, los argentinos y los chilenos, en el ámbito americano, disponen **reglas especiales en materia de prescripción de los delitos**. Tres son las más habituales: *a)* el establecimiento de plazos de prescripción especiales; *b)* la suspensión de la prescripción hasta que la víctima llegue a una determinada edad; y *c)* la declaración de imprescriptibilidad del delito.

3.2. Plazos especiales de prescripción

3.2.1. Exposición

Como ya se ha mencionado, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos determinan los plazos de prescripción en función de la duración de la pena, que depende, al mismo tiempo, de la gravedad del delito. Con este sistema de prescripción, una posible solución a la problemática que plantean en materia de prescripción los delitos contra la libertad sexual con víctimas menores de edad pasaría por un **incremento de las penas** previstas para estos delitos y, en consecuencia, también **de los correspondientes plazos de prescripción**.

Esta alternativa es, por ejemplo, la adoptada por el **Codice penale italiano (CPI)**. El art. 157 de este texto legal dispone un plazo de prescripción común a todos los delitos castigados con la pena máxima señalada por la Ley para el delito consumado o intentado. Esta pena se calcula teniendo en cuenta también las

circunstancias agravantes, que comportan, como es lógico, una sanción diferente o un efecto especial (un aumento de más de un tercio), con el límite mínimo de 6 años para los delitos graves (*reati*) y 4 para los delitos menores (*contravvenzioni*).

Para algunos delitos, los previstos expresamente en el art. 157.6 CPE en relación con los arts. 51.3 *bis* y *quater* del **Codice di Procedura penale (CPP)**, como consecuencia de una reforma legal operada en 2012, la extensión de los plazos de prescripción se **multiplicaron por dos** (Pittaro, 2013, p. 404). Entre los delitos previstos originalmente en el art. 157.6 CPE solo se hacía referencia a los delitos culposos de daños (art. 449 CPI) y al homicidio culposo múltiple (art. 589.2, 3 y 4 CPI). Por su lado, la Ley nº 172 de 2012, que ha ratificado y aplicado el **Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual**, firmado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, también introdujo, en relación con los menores de edad, los siguientes delitos y penas:

- Prostitución infantil (art. 600 *bis* CPI), con un plazo de prescripción de 24 años para cualquier persona que reclute menores de 18 años o promueva su explotación.
- Pornografía infantil (art. 600 *ter* CPI), con prescripción igualmente a los 24 años para aquellos que fabriquen el material o trafiquen con él, y a los 12 años para cualquier persona que lo distribuya o lo haga circular, incluso si es de manera gratuita, y para aquellos que asistan a exposiciones o espectáculos con dicho material.
- Posesión de material pornográfico infantil (art. 600-*quater* CPI), con un plazo de prescripción de 12 años.
- Promoción de turismo destinado a la explotación de la prostitución infantil (art. 600-*quinqüies* CPI), con prescripción a los 24 años.
- Utilización para la mendicidad de niños menores de 14 años o incapaces (art. 600 *octies* CPI), con plazo de prescripción a los 12 años.
- Actos sexuales con menor de edad (art. 609 *quater* CPI) y corrupción de menores (art. 609 *quinqüies* CPI). Con la excepción de los tipos atenuantes

previstos en los arts. 609 *bis.* 3 y *quater.* 4 CPI, los plazos de prescripción son, respectivamente, de 20 años (que pasan a ser de 28 cuando la víctima es menor de 10 años) y de 12 años (que se convierten en 15 cuando el delincuente es el ascendente, el padre —también el adoptivo— o cualquier otra persona a la que, por razones de cuidado, educación, vigilancia o custodia, se haya confiado el niño, o con la que tenga una relación de cohabitación estable).

Hay que tener en consideración que el delito previsto en el art. 609 *quater* CPI requiere que la víctima sea menor de 14 o 16 años, si el delito es cometido por alguna de las personas mencionadas, mientras que el delito del art. 609 *quinquies* es aplicable solo cuando la víctima sea menor de 14 años. **La extensión de los plazos de prescripción de estos delitos al doble** persigue el objetivo de convertirlos en **delitos de facto imprescriptibles**, sobre todo teniendo en consideración las reglas de interrupción de la prescripción del CPI. De acuerdo con la regulación italiana, el plazo máximo de prescripción para el delito de actos sexuales con un menor de edad (609 *quater* CPI) puede convertirse en 35 años en el caso de que la víctima sea menor de 10 años, mientras que la corrupción de menores (art. 609 *quinquies* CPI) prescribe en estos casos a los 18 años y 9 meses (arts. 160 y 161 CPI) (Pittaro, 2013, pp. 403 ss.; Tovani, 2013, pp. 41ss.).

3.2.2. Valoración crítica

La opción legislativa que acaba de ser expuesta está sin duda orientada a evitar reglas específicas y, por lo tanto, excepcionales, en el sistema general de prescripción. Se incidiría en la premisa mayor de la ecuación, la pena. Con esta *gran solución* (Hörnle *et al.*, 2014) se evitaría una pequeña, que pasaría por modificar su conclusión, es decir, la prescripción del delito. De esta manera, la unidad y coherencia interna del sistema de prescripción permanecería intacta, sin excepciones.

No obstante, esta alternativa no está exenta de inconvenientes. Uno principal se encuentra en su propia lógica: a fin de llegar a un plazo de prescripción más

prolongado para una constelación delictiva se optaría por agravar su pena, con el riesgo de acabar desequilibrando la balanza entre la gravedad del hecho y la correspondiente respuesta penal. En este sentido, cabe recordar que la relativa a la pena que corresponde a un delito no puede ser contemplada como una medida que pueda ser decidida de forma individualizada con exclusiva orientación utilitarista. Muy al contrario, comporta una evidente carga axiológica directamente vinculada con el principio de proporcionalidad que tiene que ser resuelta en su contexto, el Código penal, y, más en particular, los delitos contra las personas. La decisión sobre la gravedad de la pena de un delito tiene que obedecer a una racionalidad valorativa que no puede ignorar la consecuencia jurídica prevista para otros delitos análogos.

Por otro lado, con la *gran solución* se menosprecia la principal virtud de las soluciones específicas: la aplicación de reglas de prescripción que tomen seriamente en consideración las particulares características de cada clase de delito y de víctima. En caso contrario, la misma regla de prescripción, con el mismo plazo, serviría para delitos y víctimas que no tendrían nada en común. No en vano, en muchos ordenamientos jurídicos, la supuesta uniformidad en materia de prescripción del delito que la *gran solución* trata de preservar en realidad no existe. Un ejemplo de ello es el art. 132.1 del Código Penal español, que —como ya se expuso *supra*— prevé diversas reglas de prescripción para las diferentes clases de tipos en atención a la forma de consumación del delito.

3.3. Suspensión de los *dies a quo* hasta determinada edad de la víctima

3.3.1. Exposición

Las reglas de suspensión del *dies a quo* hasta que la víctima cumpla una determinada edad constituyen significativas excepciones a la regla general según la cual el plazo de prescripción empieza a computarse a partir del momento en que queda consumado el delito.

En esta línea, el art. 132.1 CP español establece que «[e]n la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima sea menor de edad, los términos (scil. de prescripción) se computarán desde el día en que este haya conseguido la **mayoría de edad**, y si muriera antes de conseguirla, a partir de la fecha de defunción». Esta regla, incorporada al CP por la LO 11/1999, es seguida, aunque con alguna variación en el catálogo de delitos, por los Códigos penales argentino y chileno.

Este era también el criterio del legislador penal alemán hasta que la Ley para el fortalecimiento de los derechos de las víctimas de abuso sexual, que entró en vigor el 30 de junio de 2013, reformó el § 78b.1 StGB. De acuerdo con esta modificación, la suspensión de la prescripción en los delitos previstos en los §§ 174b (delito sexual con abuso de cargo público), 174c (abuso sexual con aprovechamiento de relación de confianza), 176-179 (abuso sexual de niños), 182 (abuso sexual de jóvenes), 225 (abuso de personas especialmente necesitadas de protección), 226 (ablación genital) y 237 (matrimonio forzado) StGB se **prolonga hasta los 21 años**. La reforma siguió el criterio del § 208.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), de acuerdo con el cual el cómputo de prescripción de las pretensiones civiles de indemnización nacidas como consecuencia de una lesión de la libertad sexual queda suspendida hasta que la víctima llegue a la edad de 21 años (Zimmermann, 2008, p. 172; Hörnle *et al.*, 2014, pp. 69 ss.).

Una posterior reforma del § 78b.1 StGB realizada en 2015 extiende la suspensión de la prescripción de los delitos mencionados **hasta que la víctima haya llegado a los treinta años**. Esta regla se estableció por analogía con el § 208.2 BGB, que, para los supuestos en que la víctima todavía conviva con sus padres cuando haya cumplido los 30 años, determina que la prescripción de las pretensiones de indemnizaciones nacidas como consecuencia de una lesión de la libertad sexual quedará suspendida hasta entonces (Zimmermann, 2008, p. 172; Hörnle *et al.*, 2014, pp. 69 ss.).

Similares reglas excepcionales de suspensión dispone el **Código Penal suizo (25 años) y austriaco (28 años)**. En Suiza, desde la entrada en vigor el día 1 de julio de 2014 de la transposición a este país del ya mencionado Convenio de Lanzarote, el art. 97.2 del *Schweizerisches Strafgesetzbuch (SchwStGB)* establece que «*en los delitos sexuales con niños (art. 187) y personas dependientes (art. 188), así como en los delitos previstos en los arts. 111, 113, 122, 124, 182, 189-191, 195 y 197.3, siempre que se cometan contra un menor de 16 años, la suspensión del plazo de prescripción durará en cada caso como **mínimo hasta que la víctima cumpla los 25 años***». En el caso del Código Penal austriaco, el § 58 (3).3 del *Österreiches Strafgesetzbuch (ÖStGB)* dispone que «*para el plazo de prescripción no será tenido en cuenta el tiempo **hasta el cumplimiento de los 28 años de la víctima** de un comportamiento delictivo contra la integridad física o la vida, la libertad o la integridad o autodeterminación sexual, cuando la víctima fuera menor de edad en el momento de la comisión del hecho*».

3.3.2. Valoración crítica

Determinadas formas de delincuencia se benefician de manera excesiva de la extinción de la responsabilidad criminal como consecuencia del transcurso del tiempo desde la consumación del delito. Este es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales con víctima menor. En estos supuestos, la víctima no denuncia el hecho hasta la edad adulta —como se ha expuesto— por encontrarse sometida a la presión del autor, por no atreverse a hablar por encontrarse bajo su dependencia o porque a causa de su inmadurez todavía no es consciente de la naturaleza del mal sufrido. Por esta razón, la regla excepcional que nos ocupa, que pretende congelar en estos casos el inicio de los correspondientes plazos con el objeto de extender el plazo de prescripción del delito en supuestos en los que la infracción suele tardar mucho en trascender, resulta perfectamente razonable (Ragués i Vallès, 2004, pp. 151 s.).

El debate sobre cuál tiene que ser exactamente la edad a partir de la que se inicie el cómputo de la prescripción en los delitos de referencia, en particular cuando la víctima es menor de edad, ha sido particularmente intenso en **Alemania**. En el

debate parlamentario sobre la ampliación del plazo de 18 a 21 años se llegó a la conclusión de que el aumento de la suspensión de la prescripción de tres años era **insuficiente para resolver el problema que se intentaba resolver**. Estudios empíricos demostrarían que una parte importante de los casos en cuestión tardarían más en aflorar. Además, a pesar de la ampliación del plazo, este continuaría quedando por debajo de otros del mismo ámbito de cultura, como por ejemplo el suizo o el austriaco, como ya se ha dicho. Desde este punto de vista, la progresiva ampliación del plazo de prescripción puede ser valorada positivamente.

No obstante, la doctrina destaca que los plazos previstos por el legislador penal en estas cláusulas se corresponden con su fundamento. En el caso alemán, tanto con el plazo de los 18 años, como con la ampliación a los 21, como, finalmente, con el actual *dies a quo* de los 30 años, el fundamento expresamente referido en el debate parlamentario y en el Preámbulo de la Ley es el relativo a la **dependencia de la víctima respecto al autor**. Desde este punto de vista, parece evidente que el límite mínimo de los 18 años resulta claramente insuficiente para explicar las relaciones interpersonales entre la víctima y el autor del delito en algunos contextos. Por ejemplo, en Alemania la escolarización secundaria completa finaliza a los 19 años, no a los 18. Igualmente, es obvio que en un ámbito como el universitario, que se prolonga claramente por encima no solo de los 18 años, sino, incluso, de los 21, también se puede plantear la problemática que ahora nos ocupa. Respecto al ámbito doméstico, es todavía más evidente que la víctima no queda automáticamente desvinculada al llegar a la mayoría de edad, sino que la estrecha vinculación familiar —y, en su caso, la relación de dependencia— todavía acostumbra a prolongarse unos años más, hasta que se llega a la fase de emancipación. De hecho, algunos estudios demuestran que, incluso después del abandono del domicilio familiar, esta relación de dependencia se sigue presentando a diferentes niveles. No en vano, la propia legislación sectorial alemana establece la franja de dependencia económica respecto a los progenitores en los **25 años** (Hörnle *et al.*, 2014, pp. 69 ss.).

Una parte de la doctrina especializada destaca, además, que tampoco los fundamentos intrapersonales de la suspensión de la prescripción coinciden con la literalidad de las reglas previstas legalmente. En esta línea, Hörnle *et al.* (2014)

destacan, a propósito de la reforma alemana relativa a los delitos contra la libertad sexual, que las barreras psicológicas para la denuncia acostumbran a prolongarse en la víctima considerablemente más allá de los 18 años e, incluso, de los 21. Diversas son las razones que explican esta circunstancia. Por un lado, como ya se ha expuesto, ciertas víctimas bloquean, reprimen o desplazan la experiencia del hecho delictivo, como estrategia psicológica para protegerse y convivir con el recuerdo de un hecho traumático que les impediría desarrollar una vida mínimamente normal.

Por otro, estudios sobre Psicología del testimonio y la memoria (Mazzoni, 2010, pp. 87 ss.) demuestran que es posible olvidar una experiencia traumática y volver a recuperar su recuerdo, bien espontáneamente como consecuencia de una reminiscencia, bien de manera inducida o condicionada mediante ayuda terapéutica. Incluso, es posible olvidar, volver a recordar y de nuevo olvidar que se ha recordado. En cualquier caso, el proceso de bloqueo de la víctima acostumbra a ser largo. Puede llegar a alargarse en el tiempo incluso por espacio de varias décadas (Hörnle *et al.*, 2014, *passim*).

De hecho, no hay que olvidar que el periodo para que la víctima encuentre plaza en una institución médica pública acostumbra a no ser particularmente reducido (Hörnle *et al.*, 2014, *passim*). Igualmente, un estudio sobre el funcionamiento efectivo de una de las instituciones centrales en Alemania sobre la materia, el *Comisionado independiente para las víctimas de delitos contra la libertad sexual*, revela que las personas que acostumbran a utilizar su servicio telefónico tienen una media de edad de 26 años (Hörnle *et al.*, 2014). Por todo ello, la decisión alemana de trasladar el *dies a quo* de los 18 o los 21 a los 30 años de la víctima **no resulta en absoluto descabellada**.

No obstante, tampoco puede obviarse que la interpretación automática de la clase de regla que nos ocupa puede conducir a algunas dificultades aplicativas. Una de estas dificultades reside en el hecho de que, en algunos supuestos menos graves con víctimas menores de corta edad, el plazo de prescripción acabe por dilatarse de manera desproporcionada. En estos casos, la atenuación del desvalor del hecho que representa el transcurso del tiempo tendría que conducir a una eventual

atenuación de la pena mediante la aplicación de la atenuante analógica prevista en el art. 21.7ª CP o la solicitud de un indulto parcial (Ragués i Vallès, 2004, pp. 153).

Otra insatisfactoria consecuencia que puede derivarse es que la presunción que le sirve de base puede no concurrir en todos aquellos supuestos donde su interpretación literal llevaría a su aplicación. En efecto, no siempre la víctima menor de un delito de tentativa de homicidio, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen o la inviolabilidad del domicilio, en el caso del Código Penal español, o de abusos sexuales con prevalimiento de cargo público o aprovechamiento de relación de confianza), ablación genital o matrimonio forzado, en el *StGB*, ha dejado de denunciar durante la minoría de edad por estar impedida para hacerlo (Ragués i Vallès, 2004, p. 153).

Es perfectamente imaginable, por ejemplo, que en el momento de sufrir la agresión, el menor ya no lo sea tanto, sino que se encuentre, por ejemplo, a punto de llegar a la mayoría de edad, de tal manera que comprenda perfectamente el sentido antijurídico del mal sufrido y, además, no esté sometido a ninguna presión o amenaza que constituya un contraestímulo para la denuncia. En este supuesto, la mejor doctrina considera que nada impediría restringir teleológicamente el tipo, de tal manera que se excluyera la regla excepcional de la suspensión de la prescripción del delito en caso de no concurrencia del fundamento que le sirve de base (Ragués i Vallès, 2004, p. 153).

Más difícil es resolver el caso contrario, es decir, aquel supuesto en que, en el momento del hecho, la víctima sea mayor de edad, pero, sin embargo, se encuentre impedida para denunciar (por ser objeto de graves presiones) o sea incapaz de aprehender el carácter ilícito del hecho (por encontrarse afectado por alguna causa de incapacidad). En este supuesto, la aplicación de las reglas previstas en el art. 132.1 CP o § 78b.(1).1 *StGB* daría lugar a una inadmisibles analogía *in malam partem*, al conducir a la suspensión de la prescripción del delito prevista para víctimas menores a supuestos de víctimas adultas (Ragués i Vallès, 2004, p. 153).

Estas dos constelaciones de supuestos demuestran que **la literalidad de reglas excepcionales como las analizadas no siempre se corresponde correctamente con el fundamento material sobre el que descansan**. Como se ha visto, resulta perfectamente imaginable un menor de edad con plena capacidad para denunciar el hecho delictivo del cual ha sido víctima, así como, al contrario, un adulto que por las razones mencionadas, en cambio, no la tenga. Tendrían más capacidad operativa y mayor coherencia con su fundamento final, por lo tanto, cláusulas de suspensión del inicio del cómputo de prescripción del delito que determinaran esta consecuencia no en todos los casos de víctima menor, sino **solo cuando concurren los presupuestos que las fundamentan** (Ragués i Vallès, 2004, p. 153). En cualquier caso, la doble presunción de que la incapacidad para denunciar solo se da en el caso de menores y que, en cambio, cuando la víctima es adulta esto no suceda nunca, tendría que ser una **presunción *iuris tantum***, es decir, vencible con prueba en contra, y, en ningún caso lo que en realidad acaban siendo, es decir, una presunción *iuris et de iure*.

Como es obvio, otro elemento que el fundamento de las reglas de los arts. 132.1 CP y § 78b.(1).1 StGB presupone es que los hechos no se hayan denunciado o no se haya iniciado un procedimiento judicial para su persecución. No obstante, la letra de los preceptos tampoco exige expresamente su concurrencia. En estos supuestos se impone una restricción teleológica de la Ley que permita que el cómputo del plazo de prescripción del delito no quede suspendido hasta que la víctima cumpla una determinada edad, sino que empiece cuando se realice la última actuación procesal (admisión a trámite de la denuncia o la querrela, citación para declarar como investigado, etc.) de persecución del delito contra el indiciariamente responsable (Ragués i Vallès, 2004, p. 154).

Una última limitación de estas reglas viene determinada por el hecho de que, dada su naturaleza restrictiva de la libertad individual, su aplicabilidad retroactiva lo sería *in malam partem*. Por esta razón, está claro que ni el art. 132.1 CP ni el § 78b.(1).1 StGB pueden ser aplicados a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (Ragués i Vallès, 2004, p. 154).

3.4. Imprescriptibilidad

3.4.1. Exposición

Dentro del marco de que dispone el legislador para establecer los ilícitos penales y las correspondientes penas, se encuentra, como es lógico, su potestad para arbitrar las reglas que estime oportunas sobre la prescripción de los delitos y de las penas, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto. En este contexto, partiendo de la regla según la cual los delitos con carácter general prescriben, el legislador penal se encontraría constitucionalmente legitimado para establecer determinadas excepciones al mismo, declarando la imprescriptibilidad de ciertos delitos (SSTC 157/1990, 18-10, F.J. 3; 63/2001, 17-3, F.J. 7).

En este contexto, se encuentra ampliamente extendida en la doctrina la tesis de que en el caso de determinados delitos de particular gravedad puede concluirse que es muy probable que tales infracciones solo llegarán a ser percibidas por la colectividad como algo ya superado o perteneciente al pasado con la muerte de sus responsables (Ragués i Vallès, 2004, p. 92; en contra Pastor, 2010, p. 644). En esta línea, algunos legisladores penales incluyen dentro de los delitos imprescriptibles los delitos contra la libertad sexual con víctimas menores.

3.4.2. Valoración crítica

Tal como se ha mencionado, nada impide que el legislador penal —al menos en el caso español— establezca determinadas excepciones al mismo, declarando la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Esto no quiere decir, no obstante, que cualquier delito pueda ser declarado imprescriptible. Tal como ya se ha avanzado, en correspondencia con el fundamento de la imprescriptibilidad, solo podrán ser declaradas imprescriptibles **aquellas infracciones que tan solo con la muerte de sus responsables podrán ser percibidas por la colectividad como ya superadas o pertenecientes a un orden social pretérito.**

Normalmente, los delitos a los que los legisladores penales asignan la etiqueta de imprescriptibles son los **de lesa humanidad, los de genocidio y las infracciones penales contra las personas y bienes protegidos en caso de**

conflicto armado. El fundamento de la imprescriptibilidad de estos delitos es doble.

Por un lado, se trata de infracciones de extrema gravedad que pueden llegar a incidir en los propios pilares estructurales del sistema democrático y la pacífica convivencia en sociedad, razón por la cual dejarían en la colectividad una **huella prácticamente imborrable**. Desde la perspectiva de la percepción que la colectividad acostumbra a tener de estos hechos, en las mencionadas constelaciones delictivas, el transcurso de un periodo de tiempo —incluso prolongado— desde que tuvieron lugar los hechos no impide seguir afirmando la existencia de necesidad preventivo-general de pena (Ragués i Vallès, 2004, p. 92). Por otro, diversas normas de Derecho penal internacional que declaran la imprescriptibilidad de estos delitos, como el **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998** o el **Convenio de 26 de noviembre de 1968** sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, reclaman su transposición al ordenamiento nacional (Pedreira González, 2005, p. 1560).

Excepcionalmente, algunos ordenamientos jurídicos optan por ampliar la consecuencia de la imprescriptibilidad no solo a los mencionados delitos *de Derecho internacional* (es decir, genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra), sino también a otros delitos *comunes*. Este es el caso, por ejemplo, del Código Penal español, que declara imprescriptible el homicidio y el asesinato terrorista (art. 131.4 CP). Se trata de una **excepción a la excepción**: si la regla es la prescripción del delito, la excepción reconocida por el Derecho penal internacional sería la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, los de genocidio y las infracciones penales contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y, finalmente, la excepción a la excepción vendría representada por la introducción en las cláusulas legales de no prescripción de delitos ajenos a los del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 o el Convenio de 26 de noviembre de 1968, como los que nos ocupan. En el caso de que también fueran declarados imprescriptibles los delitos sexuales con víctimas menores de edad, se establecería una nueva excepción a la excepción, en los términos que acaban de ser expuestos. Se trata pues de valorar si estas

excepciones a la excepción resultan o no admisibles desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho.

En el caso de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, aunque la exposición de motivos de la LO 5/2010 —la reforma que los añadió a la selección de delitos imprescriptibles— no dice absolutamente nada sobre el particular, el nuevo art. 131.4 CP puede fundamentarse *de lege lata* en una supuesta subsumibilidad de los delitos de terrorismo en los «*delitos de lesa humanidad*», de conformidad con la definición prevista en **el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998**. El art. 7.1 del mismo define los delitos de lesa humanidad como «*cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de este ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; i) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de Derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definidos en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables conforme al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*».

Aparentemente, los delitos de terrorismo no se encuentran recogidos en el catálogo de delitos de lesa humanidad que acaba de ser expuesto. No obstante, algunos de los delitos que suelen cometerse desde organizaciones terroristas (singularmente el asesinato) sí lo están. Además, la cláusula de recogida prevista en la letra k sería suficientemente amplia para incluir cualquier delito de terrorismo imaginable.

En esta línea de argumentación, acostumbra a recordarse que el art. **7.2 a) del Estatuto de Roma** contiene, además, un concepto legal de «*ataque contra una población civil*». De acuerdo con esta definición, por tal «*se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer estos actos o para promover esta política*». Partiendo de que el organizativo (estructural) es uno de los dos elementos de la definición de terrorismo (el otro es el elemento teleológico), el sector dominante de la Cámara de Cuestiones Previas de la Corte Penal Internacional entiende que el término «**organización**», presente en el precepto que ahora nos ocupa, tiene que ser interpretado de tal manera que incluya también las estructuras no estatales, como, por ejemplo, las terroristas.

No obstante, contra el punto de vista que acaba de ser expuesto tienen que ser formuladas diversas **consideraciones críticas**. En lo que al catálogo de delitos de lesa humanidad del art. 7.1 del Estatuto se refiere, es evidente que cuando la letra a) alude al asesinato no lo hace tomando como referencia el asesinato cometido desde una organización terrorista, sino su dimensión de «*ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de este ataque*». En cuanto al contenido de la letra k) precepto, debe admitirse que, ciertamente, una interpretación extensiva del mismo permitiría entender que algunos de los delitos que suelen caracterizar a las organizaciones terroristas podrían ser entendidos como «*actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*». No obstante, de nuevo debe recordarse que estos actos solo serán delitos de lesa humanidad en el sentido del Estatuto de Roma —y con los efectos que esta calificación despliega— «*cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de este ataque*». Y que esto suceda por principio en cualquier supuesto de delito terrorista es algo que se encuentra muy lejos de constituir una verdad indiscutible.

Por otro lado, sin esta última restricción, el carácter desmesuradamente abierto del contenido de la letra k que ahora nos ocupa permitiría incluir en su seno

prácticamente cualquier delito. Con esto, el ámbito de aplicación de la cláusula se convertiría en prácticamente ilimitado. Esta circunstancia resulta difícilmente compatible con el mandato de determinación como límite irrenunciable del *ius puniendi* derivado del principio de legalidad penal (Landa Gorostiza, 2010, p. 648).

El catálogo de delitos del art. 7.1 del Estatuto de Roma no aclara nada, por lo tanto, sobre si tiene sentido o no calificarlos de terrorismo como delitos de lesa humanidad a los efectos previstos por el propio Estatuto. Así, la cuestión planteada tiene entonces que centrarse en torno al mismo concepto legal de delito de lesa humanidad del Estatuto. Aunque desde un punto de vista gramatical el término «*organización*» comprendería también las estructuras de naturaleza terrorista, lo esencial es conocer, por un lado, si es este el auténtico designio de la Ley (interpretación teleológico-objetiva); y, por otro, si esta interpretación resulta o no compatible con los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. En otras palabras: no se trata de si los delitos de terrorismo pueden encajar o no en la literalidad de la definición legal de delito de lesa humanidad del Estatuto, sino de si, desde una perspectiva consecuencialista, esto resulta político-criminalmente aceptable.

La respuesta a esta pregunta tiene que ser **necesariamente negativa**. Algunas destacadas voces se alzan para destacar que los apartados 1 y 2 del art. 7 del Estatuto tiene que ser interpretado de forma necesariamente restrictiva. Este es, por ejemplo, el punto de vista expresado en la opinión disidente de las decisiones de la Cámara de Cuestiones previas de la Corte Penal Internacional del Juez Hans-Peter Kaul. Un creciente sector doctrinal (Cassese, 2008, pp. 166 y 177; Landa Gorostiza, 2010, pp. 18 s.) comparte este punto de vista. Desde esta dirección se afirma, con razón, que sería sin duda paradójico calificar como delitos contra la humanidad infracciones que, a pesar de su indudable gravedad, están privadas de cualquier carácter transnacional, por tratarse de fenómenos fundamentalmente locales (Cassese, 2008, pp. 166 y 177; Landa Gorostiza, 2010, pp. 18 s.). Es obvio, por ejemplo, que en términos de transnacionalidad el terrorismo de ETA no tiene nada que ver con los crímenes del nacionalsocialismo alemán, o las masacres de Camboya, la antigua Yugoslavia o Ruanda (Landa

Gorostiza, 2010, pp. 25 s. y 29). Esta circunstancia se corresponde con el hecho de que tanto en las discusiones sobre el alcance del Estatuto de Roma previas a su constitución (1998), como en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en junio de 2010 en Kampala (Uganda) (Landa Gorostiza, 2010, pp. 21 s., nota 65), los delitos de terrorismo fueron expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Estatuto.

La razón fundamental por la cual el Estatuto de Roma declara imprescriptibles los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra reside en que tales delitos suelen cometerse desde las propias entrañas del Estado. Debido a esta particularidad, las probabilidades de que su autor garantice su impunidad por el mero transcurso del tiempo aumentarían exponencialmente, de no ser, claro está, porque el Estatuto los declara imprescriptibles (Pastor, 2010, pp. 645 s.). Ciertamente, el Estatuto distingue entre los casos en que el ataque contra una población civil se realice *«de conformidad con la política de **un Estado o de una organización** de cometer estos actos o para promover esta política»*. No obstante, cuando tal organización no sea estatal y, por ello, no se encuentre íntimamente conectada con las entrañas del sistema estatal, decaerá desde su propia base el fundamento de la imprescriptibilidad del delito que acaba de ser mencionado.

Algo similar sucede con los delitos sexuales con víctima menor. Por muy graves que puedan ser considerados, todavía más claramente que los casos de terrorismo local, **tampoco** esta constelación de delitos **encaja correctamente en la definición de delitos de lesa humanidad recogida en el art. 7.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, ni en ninguna otra tipología delictiva declarada imprescriptible por este Convenio.** Sin duda, los delitos con víctima menor de edad que más habitualmente son objeto de reglas excepcionales de prescripción se corresponden con las infracciones previstas en la **letra g)** de aquel precepto, que hace alusión a *«violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable»*. No obstante, es preciso recordar que para que estos delitos puedan ser considerados de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptibles según el Estatuto de Roma, es preciso

que la infracción se haya cometido «*como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de este ataque*». Obviamente, esto no sucede con los supuestos que ahora nos ocupan.

Además, no hay que olvidar algo muy obvio: la pena, particularmente la de prisión, resulta gravemente restrictiva de la libertad individual. Por ello, la prescripción, como causa de extinción de la responsabilidad penal, se erige en condición expansiva de la libertad, de tal manera que las reglas de suspensión o eliminación de la prescripción son, nuevamente, medidas restrictivas de los derechos fundamentales individuales. Por esta razón, está claro que el plazo de prescripción de un delito tiene que respetar forzosamente el **principio de proporcionalidad en sentido amplio**, tal como lo entiende el Tribunal Constitucional (STC 207/96, 16-12 y art. 8 CEDH) y la doctrina especializada (Gómez, 2003, p. 10; Magro, 2007, p. 4; Armenteros, 2007, pp. 3 y 8; Matallín, 2008, p. 63). Respecto a la primera, el TC exige la concurrencia de tres requisitos. El primero consiste en la **idoneidad**. Una medida es idónea cuando resulta útil para la consecución del objetivo que persigue. El segundo requisito es la **necesidad**. Este requisito concurre cuando el objetivo no puede ser conseguido mediante otra medida menos restrictiva para el sujeto. Finalmente, la medida tendrá que ser **proporcionada en sentido estricto**. Este requisito obliga a realizar una ponderación entre los intereses en juego, con el objeto de comprobar cuál de ellos es de mayor entidad (Choclán, 1994, p. 820; Gómez, 2003, p. 11; Magro, 2007; Armenteros, 2007; Matallín, 2008; STS 251/10, 17-3).

La aplicación de esta doctrina constitucional a los delitos con víctimas menores conduce a una conclusión difícilmente cuestionable: **la consideración de lege ferenda de estos delitos como imprescriptibles resultaría claramente desproporcionada**. En un sistema, como el español, donde la prescripción del delito guarda relación directa con la gravedad de la pena, y esta, al mismo tiempo, depende de la gravedad del hecho, ninguno de los delitos recogidos en el art. 132.1 CP español es de tal entidad, atenta de tal manera contra las bases mismas del sistema o puede ser considerado de manera permanente como perteneciente al orden social actual como para ser declarado imprescriptible. Si así fuera, está claro que no todos los delitos de este grupo tendrían la misma

gravedad y, por lo tanto, tampoco todos serían merecedores de prescribir en el decurso del mismo plazo de tiempo.

Centrada la cuestión en los delitos sexuales contra menores, a pesar de su eventual extrema gravedad, tampoco podrían ser declarados imprescriptibles sin poner en tela de juicio la función preventiva del Derecho penal y el principio de proporcionalidad. No puede influir, a este respecto, la acción de los medios de comunicación en la revitalización de hechos ya superados. En caso contrario, cualquier delito leve podría convertirse en imprescriptible como consecuencia de la difusión que se hiciera de él en atención a criterios exclusivamente mediáticos sin ningún tipo de relación, como es evidente, con el contenido de injusto del hecho.

Por todo ello, en caso de convertirse en derecho positivo, la imprescriptibilidad de los delitos sexuales podría representar otra muestra de Derecho penal del enemigo. No es en absoluto casualidad que en la actualidad la bandera de los delitos contra la humanidad y su imprescriptibilidad esté empezando a ser enarbolada de forma intensa a favor de otros delitos, como los que nos ocupan contra la libertad sexual o, incluso, los de corrupción. Además, el recurso al Derecho penal internacional en materia de imprescriptibilidad del delito puede acabar provocando una suerte de *efecto retorno* en las legislaciones nacionales: lo que inicialmente el Estado no considera imprescriptible, finalmente acaba siéndolo como consecuencia de los compromisos internacionales sumidos por el Estado miembro (Pastor, 2010, p. 646).

Recogiendo el célebre símil de Luis Jiménez de Asúa con la punibilidad de los actos preparatorios, afirma con razón Daniel Pastor (2010, p. 645), que el régimen de prescripción de los delitos y las penas también funciona como un termómetro que permite medir la temperatura liberal del sistema: cuanto más grande sea el ámbito de aplicación de las reglas sobre prescripción, mayor será la temperatura liberal del sistema, y, al contrario, cuanto más restrictivo sea el sistema penal con la prescripción del delito, más indicadores de autoritarismo presentaría. Paradójicamente, desde el Derecho penal internacional —el Estatuto de Roma es un claro ejemplo de ello— la cuestión suele percibirse de una manera muy

diferente, incluso inversa: la prescripción del delito, lejos de ser contemplada como una conquista liberal, se considera un molesto obstáculo que dificulta la persecución del delito (Pastor, 2010, pp. 645 s.). Tal circunstancia no obsta para que pueda llegarse a la tesis siguiente: si la constelación de delitos que nos ocupa fuera declarada imprescriptible podría concluirse que la temperatura liberal del Código Penal español empezaría a estar prácticamente bajo cero.

4. Conclusiones

1. Una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal es la prescripción. Esta institución extingue la responsabilidad penal con el transcurso del tiempo desde la consumación del delito. La doctrina considera que la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal puede tener un doble fundamento procesal y sustantivo.

Finalmente, se entiende que el fundamento último de la institución es la falta de necesidad preventivo-general de la pena cuando el hecho pertenece a un orden **social pretérito**.

2. El Código Penal español establece los plazos de prescripción de delitos en correspondencia con la pena prevista para cada delito, en función de su gravedad. De acuerdo con este criterio, los delitos contra la libertad sexual con víctimas menores prescriben a los **10, 15 o 20 años** de su comisión, en función de si se trata de un abuso o una agresión sexual.

3. Ciertamente, en muchos casos, la comisión de un delito contra la libertad sexual provoca en la víctima **secuelas** físicas y, muy particularmente, **psicológicas** duraderas o permanentes que, además, tienden a agravarse con el paso del tiempo. Una posible solución al problema de la prescripción de estos casos es concebirlos como supuestos no solo de abuso o agresión sexuales, sino también —o sobre todo— de lesiones psicológicas permanentes o continuadas. Con la aparición de la lesión psicológica, habitualmente muy posterior a la agresión sexual, el *dies a quo* se desplazaría del momento de consumación del atentado contra la libertad sexual al momento de consumación del delito de lesiones, con el mencionado el resultado lesivo de la integridad psíquica. No obstante, este resultado lesivo independientemente considerable del atentado contra la libertad sexual puede no darse. Esta investigación parte de esta última hipótesis, y se centra, por lo tanto, en la problemática que plantea de la prescripción de los delitos de pederastia al margen de las lesiones psicológicas que puedan derivarse y su correspondiente prescripción.

4. En esta clase de infracciones penales la víctima acostumbra a presentar barreras interpersonales, socioeconómicas o intrapersonales para la denuncia. Los dos primeros tipos de limitaciones se refieren a la relación de dependencia (emocional, económica) con el autor. El tercero, al bloqueo psicológico sufrido por la víctima como consecuencia de la experiencia traumática vivida. Nada impide, no obstante, que estas limitaciones para la denuncia del hecho criminal se puedan plantear también con víctimas adultas de estos u otros delitos.

5. Como consecuencia de estas limitaciones, la víctima acostumbra a acabar denunciando el hecho delictivo muchos años después de consumado. En algunos casos pueden transcurrir incluso décadas. Muy habitualmente, cuando la víctima se decide a denunciarlo, el hecho delictivo ya se encuentra prescrito. Como es lógico, esta circunstancia obliga a plantearse posibles soluciones normativas en materia de prescripción de este grupo de delitos.

6. Tres son las soluciones que los legisladores penales de Derecho comparado acostumbran a dar al problema que nos ocupa: *a)* el incremento de las penas de los delitos con víctimas menores y, en consecuencia, de los plazos de prescripción de las penas; *b)* el establecimiento de una regla específica de prescripción para estos casos, consistente en la suspensión del cómputo hasta que la víctima menor cumpla una determinada edad; y *c)* la declaración de imprescriptibilidad de los delitos sexuales con víctimas menores de edad. De las tres soluciones, la más convincente es la segunda (*b*).

7. La solución *a)* —por la que opta, por ejemplo, Italia— acaba conduciendo, de hecho, a la imprescriptibilidad del delito, desequilibrando así la balanza entre la gravedad del hecho y la correspondiente respuesta penal. Subestima, además, la principal virtud de las soluciones específicas: la aplicación de reglas de prescripción que tomen seriamente en consideración las particulares características de cada clase de delito y de víctima.

8. Tampoco la solución *c)* consigue convencer, por falta de correspondencia con los referentes internacionales naturales de las cláusulas de imprescriptibilidad, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, y por ser

difícilmente conciliable con el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

9. En consecuencia, la solución que se presenta como más adecuada pasaría por la **suspensión de la prescripción del delito hasta un determinado momento de la vida de la víctima**. De las franjas de edad utilizadas por los legisladores penales de nuestro entorno cultural, la más acertada no resulta ser precisamente la de los 18 años prevista por el Código Penal español. Los 25 años de Suiza, los 28 de Austria o, muy particularmente, los **30 años del StGB alemán** se adaptan mucho mejor a las barreras interpersonales e intrapersonales para la denuncia, largamente analizadas en el transcurso de esta investigación, así como las circunstancias económicas y culturales características de las víctimas menores de edad en la sociedad moderna, que conforman el contexto de estas limitaciones.

10. No obstante, la tesis según la cual al llegar a una determinada edad la víctima ya habrá superado los límites que le impedían denunciar la agresión o que estos límites estarán indefectiblemente presentes en la vida de la víctima hasta que no se llegue a esa edad no dejan de constituir una **presunción iuris et de iure** que no siempre se corresponde con la realidad. En ocasiones, la barrera se prolonga por encima de los 25, 28 o 30 años o, al contrario, nunca ha existido o ha desaparecido antes de llegar a esas edades. Por todo ello, **convendría que la redacción de las cláusulas de suspensión de la prescripción de estos supuestos se adaptara más a la fenomenología del problema**. Para conseguirlo, la regla de extensión de la prescripción no tendría que consistir en la suspensión de la prescripción del delito hasta que la víctima llegue a una edad concreta, sino **hasta que se rehaga del bloqueo psicológico o supere la vinculación material, emocional o económica con el agresor que le impide denunciarlo**.

11. Nada impide hacer extensiva esta técnica legislativa a los supuestos de delitos contra las personas con víctima mayor de edad que se encuentren con estas barreras intrapersonales o interpersonales para la denuncia. Lo contrario representaría una eventual vulneración del principio de igualdad (art. 10 CE) entre menores y adultos en equivalente situación de vulnerabilidad.

5. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, R. (2010), «Dilaciones indebidas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, Madrid: Francis Lefebvre.

ASÚA BATARRITA, A. (2002) «Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental», en ECHANO BASALDUA, J. (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto.

CANCIO MELIÁ, M. (2003), «¿“Derecho penal” del enemigo?», en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.

CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (2005), *Código penal comentado*, Bilbao: Deusto jurídico.

CASSESE, A. (2008), *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

COLINA OQUENDO, P. (2007), en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (coord.), *Código penal*, 2ª ed., Madrid: La Ley.

CONSEJO FISCAL, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

CORTES GENERALES, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación permanente), año 2010, IX Legislatura, nº 160, sesión nº 151.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (2008), «Interrupción de la prescripción», en BOIX REIG, J (dir.) / LLORIA GARCÍA, P. (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid: lustel.

CHOZAS ALONSO, J.M. (2010), en GASCÓN INCHAUSTI, F. (coord.), *Repercusiones sobre el Proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Pamplona: Aranzadi.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2011), *Derecho penal español*, PG, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

DORAHY, M.J. / CLEARWATER, K. (2012), «Shame and guilt in men exposed to childhood sexual abuse: A qualitative investigation», *Journal of Child Sexual Abuse*, 21 (2).

GILI PASCUAL, A. (2001), *La Prescripción en Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi.

GILI PASCUAL, A. (2008), «Prescripción (de la infracción penal)», en BOIX REIG, J (dir.) / LLORIA GARCÍA, P. (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid: Iustel.

GÓMEZ MARTÍN. V. (2010), «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en SERRANO PIEDECASAS, J.R. / DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel.

HAFFKE, B., 1995, «Drogenstrafrecht», ZStW 107.

HANSON R. F. / RESNICK, H.S. / SAUNDERS, B. E. / KILPATRICK, D.G. / BEST, C. (1999),

«Factors related to the reporting of childhood rape», *Child Abuse & Neglect*, Vol. 23, No. 6.

HÉBERT, M., TOURIGNY, M., CYR, M., MCDUFF, P., & JOLY, J. (2009), «Prevalence of childhood sexual abuse and timing of disclosure in a representative sample of adults from Quebec», *Canadian Journal of Psychiatry*, 54 (9).

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2011), en ORTIZ DE URBINA, I. (coord.), *Memento práctico Penal Económico y de la Empresa*, Madrid: Francis y Taylor.

JAKOBS, G. (2000), en SCHULZ, L., «Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht», ZStW 112.

JAKOBS, G. (2004), en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. Versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

LANDA GOROSTIZA, J.-M. (2010), «La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas», RECPC 12-

10.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (1997), «Artículo 131», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) /

JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid: Civitas.

MAPELLI CAFFARENA, B. (2011), «Artículo 131 CP», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Valladolid: Lex nova.

MARTÍN PALLÍN, J.A. (2008), «La prescripción de los delitos: ¿mera política criminal o derecho fundamental», *La Ley*.

MAZZONI, G. (2010), *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria* (trad. Revuelta, J.M.), Madrid: Trotta.

MEDINA CEPERO, J.R. (2000), «La prescripción del delito: hacia una nueva regulación procesal penal», *RPJ*, 59.

MEDINA CEPERO, J.R. (2001), *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*, Madrid: Dykinson.

MESTRE DELGADO, E. (1987), *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid: Ministerio de Justicia.

MIR PUIG, S. (2015), *Derecho penal, PG*, 10ª ed., Barcelona: Reppertor.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2011), «Prescripción del delito», en EL MISMO (coord.), *Memento práctico Penal*, Madrid: Francis Lefebvre.

MORAL DE LA ROSA, J. (2005), *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid: Centro de Estudios Financieros.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2011), «La extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de antecedentes penales», en GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, PG*, Madrid: Dykinson.

OLAIZOLA NOGALES, I. (1998), «La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos», *AP*.

- PAINE, M.L. / HANSEN, D.J. (2002), «Factors influencing children to self-disclose sexual abuse», *Clinical Psychology Review* 22.
- PASTOR, D.R. (2010), «La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo», en SERRANO PIEDECASAS, J.R. / DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel.
- PASTOR ALCOY, F. (1993), «La prescripción de los delitos y las faltas. Análisis jurisprudencial», RGD, 588.
- PITTARO P. (2013), *Ratificata la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: le modifiche al codice penale*, in *Famiglia e diritto*, fasc. 4.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. (2000), «Artículo 131 CP», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, IV, Madrid: Edersa.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M. (2005), «La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», *La Ley*.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2001), «Sobre los orígenes del “Derecho penal del enemigo”. Algunas reflexiones en torno de Hobbes y Rosseau», CPC 75.
- PRATS CANUT, M. (2005), en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed., Pamplona: Aranzadi.
- PRATS CANUT, M. (2007), en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 6ª ed., Pamplona: Aranzadi.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J.I. (1998), «Hacia una reinterpretación de la prescripción penal», AP, 20.
- REY GONZÁLEZ, C. (1999), *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons.

RAGUÉS I VALLÈS, R. (2004), *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código penal*, Barcelona: Atelier.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2011), «La nueva regulación de la prescripción penal. Una reforma en busca de seguridad jurídica, una reforma “pro acciones”», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid: Civitas.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2011), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Buenos Aires-Montevideo: B de F.

SORSOLI, L. / KIA-KEATING, M., / GROSSMAN, F.K. (2008), «I keep that hush-hush»: Males survivors of sexual abuse and the challenges of disclosure. *Journal of Counseling Psychology*, 55 (3).

STREE, W. / STERNBERG-LIEBEN, D. (2010), en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzkomentar*, 28º ed., Munich: Beck.

TENER, D., MURPHY, S. B. (2015), «Adult disclosure of child sexual abuse: a literature review», *Trauma, Violence, & Abuse*, 16 (4).

TOVANI, S. (2013), *Un ampio spettro di modifiche al codice penale (Commento a art. 4 l. 2 ottobre 2012, n. 172)*, in *Legislazione penale*, fasc. 1.

ZIMMERMANN, R. (2008), *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. Esther Arroyo Amayuelas), Barcelona: Bosch.