

LA RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: ¿UN INSTRUMENTO ÚTIL DE PROTECCIÓN DEL HONOR? (A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 157.7 DEL CP ITALIANO)

DULCE M. SANTANA VEGA*

I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

No en todos los sistemas jurídicos se recoge el instituto de la prescripción. De hecho, no faltan autores que sostienen que la imprescriptibilidad de los delitos o las penas o, simplemente, la no previsión de la figura de la prescripción en un sistema penal no constituye ningún inconveniente y satisfaría las exigencias del Estado de Derecho¹.

Es más, en estados de larga tradición democrática, como el Reino Unido, la persecución de la mayoría de los delitos (*indictable offences*, incluidas las *either-way offences*) no está sometida a prescripción alguna. Esta tradición tiene su origen en la regla *nullum tempus occurrit regis* (o formulada en inglés: *no time runs against the King*), lo que suponía que la acción podía iniciarse en cualquier tiempo después de la comisión del delito, que no prescribía². En la actualidad, en el Reino Unido la prescripción sólo opera en un reducido número de infracciones delictivas, las *summary offences*, las cuales una vez cometidas se les

* Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC). Este trabajo se enmarca en el PI del MINECO DER2014-57128.

¹ En este sentido se manifiesta GRISCH, D., *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zürich (Universidad de Zurich., Diss.), 2006, p. 129.

² LA ROSA, M., *Fundamentos. Prescripción de la acción penal y de la pena. Imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad. Suspensión e interrupción del plazo. Jurisprudencia*, Buenos Aires (Astrea), 2008, p. 128.

señala un plazo de prescripción muy breve (seis meses desde que se ha cometido el delito), salvo que la ley que los tipifique disponga otra cosa³. En el resto de los delitos de cierta entidad la prescripción no opera. También en algunos estados de USA, siguiendo la tradición británica, la persecución de los delitos no está sometida a prescripción alguna (la denominada *timing*, *time limits*, *time bars* o *statute of limitation*, dependiendo del estado en que se recoja)⁴.

En otros Derechos penales comparados europeos, como el suizo, se adopta un «modelo intermedio», pues, regulando la prescripción, se recoge, al mismo tiempo, la imprescriptibilidad de los delitos después del fallo en primera instancia, con la finalidad de impedir la infracción de las normas jurídicas y el abuso de los recursos procesales legalmente previstos, pero también la pérdida de tiempo y dinero⁵.

Sin embargo, en el ámbito continental europeo, estados como España⁶, Alemania⁷ o Italia⁸, sí recogen en sus Códigos penales la institución de la prescripción tanto del delito como de la pena, constituyendo esta un acervo de la cultura jurídico-penal de estos países como causa de extinción de la responsabilidad o de la acción penales.

³ Vid. HUNGERFORD-WELCH, P., *Criminal Procedure and Sentencing*, 8.ª ed., Londres (Routledge-Cavendish), 2014, p. 248 ss.; en el ámbito norteamericano, LISTOKIN, Y., «Efficient time bars: a new rationale for the existence of statutes of limitations in criminal law», en *Journal of Legal Studies*, V. XXXI, 2002, p. 100, pone de manifiesto que diversos estados de USA, siguiendo el modelo británico no recogen la prescripción de los delitos, salvo para las infracciones penales de escasa entidad.

⁴ Cfr. también MORILLAS CUEVA, L., «Prescripción del delito y de la pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, V. XX, Barcelona (Francisco Seix), 1993, p. 272.

⁵ En concreto, dispone el artículo 97.3 SchStGB: «Ist vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen, so tritt die Verjährung nicht mehr ein» (Si se dictara sentencia en primera instancia antes de que hubiera transcurrido el plazo de prescripción, ya no cabrá aplicar la prescripción). En definitiva, como afirma GRISCH, D., 2006, p. 126, esta regla supone un «avance incuestionable», considerando además que satisfaría las exigencias del Estado de Derecho, y, sobre todo, los fines de prevención general –positiva–.

⁶ Cfr. por todos, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en Derecho penal*, Madrid (Dykinson), p. 40 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), p. 799 ss.

⁷ En el StGB la prescripción del delito se denomina prescripción de la acción penal (§ 78 ss.), recogiendo una modalidad denominada «prescripción absoluta», también llamada «terminación definitiva de la prescripción», la cual supone el establecimiento de un plazo tras el cual ya no es posible una nueva prescripción; cfr., entre otros: JÄHNKE, B., «§ 78 c», en VVAA, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., Berlín y Nueva York (De Gruyter), 1994, p. 107.

⁸ Por todos, PADOVANI, T., «Artículo 157», en ROMANO, N., GRASSO, G., y PADOVANI, T., *Commentario Sistemativo al Codice Penale*, V. III, Milán (Griuffrè), 2011, p. 62, le otorga naturaleza penal, pero con significativas connotaciones procesales. Recientemente, la Ley 3/2019, de 9 de enero Anticorrupción «Spazzacorrotti», en su artículo 159, establece que la prescripción queda suspendida a partir de que se dicte la sentencia en primera instancia o el decreto de condena y hasta la fecha de la ejecutividad de la sentencia firme o de la irrevocabilidad del decreto penal de condena. Cfr., ya en esta línea, VIGANÒ, F., «Riflessioni di lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo», *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2013, p. 36 ss.; críticamente, CARO, A. de, «La legge c.d. spazzacorrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto process», en *Processo Penale e Giustizia*, núm. 2, 2019, p. 285 ss.

Pese a que en cada uno de esos estados la regulación de la prescripción ha evolucionado de manera diferente, denominador común en ellos –tanto en sus Ordenamientos jurídicos, como en sus doctrinas penales– ha sido la de considerar que los argumentos en contra de la existencia de la prescripción penal no tienen el peso suficiente para prescindir de ella. Esto no impide que sean tomados en cuenta tales argumentos para conformar su regulación, por ejemplo: a la hora de fijar los plazos de prescripción de los delitos o de las penas⁹, señalar a algunas infracciones criminales como imprescriptibles o, incluso, cabría añadir también, para ponderar la posibilidad de dar viabilidad de hacer retroactivos o no los plazos de prescripción¹⁰, para poner en evidencia su instrumentalización en favor de las víctimas¹¹, para excluir su operatividad en determinados supuestos¹², o, como se abordará especialmente en este trabajo, para reflexionar sobre los efectos de las absoluciones por prescripción, u optar por dar viabilidad a la renuncia de la prescripción ganada del delito.

II. LA FIGURA DE LA RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN GANADA EN ITALIA

El CP italiano introdujo la renuncia a la prescripción ganada a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 251/2005, de 5 de diciembre. Sin embargo, esta incorporación vino precedida de un debate suscitado ante la Corte Constitucional italiana.

1. Antecedentes

La redacción anterior a 2005 del artículo 157 de CP italiano no preveía la renuncia a la prescripción del delito. Van a ser una sería de sentencias de

⁹ Cfr. Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad*, Valencia (GEPC-Tirant lo Blanch), 2014, p. 12 ss.

¹⁰ Así, ZAPF, D., «Zur Entwicklung der Verfolgungsverjährung bei Korruptionsdelikten in der Rechtsprechung», *NZWiSt*, núm. 2, 2018, pp. 54-58, afirma que la limitación del principio de prohibición de retroactividad no rige para los plazos de prescripción.

¹¹ A este respecto, CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 8, 2012, pp. 67 y 75, pone de manifiesto como el derecho de las víctimas se contrapone al derecho de los acusados, lo que se llega a concretar en limitaciones de institutos como el de la prescripción para favorecer a aquellas en detrimento de los acusados.

¹² Así, por ejemplo, BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1997, p. 291, propone excluir la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal del acusado en rebeldía.

la Corte Constitucional italiana en materia de causas de extinción de la responsabilidad penal las que van a operar como antecedentes de la futura reforma del citado Código, dando carta de naturaleza a la renuncia de la prescripción ganada de delitos.

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales, previos a la regulación positiva, se pueden destacar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional italiana:

1.1 RENUNCIA A LA AMNISTÍA CONCEDIDA

En un primer momento se aborda la cuestión de los efectos extintivos de la responsabilidad penal sin contar con el consentimiento del acusado o imputado en un caso de amnistía, la cual en Italia es concedida, a través de una ley aprobada por la mayoría de los dos tercios de los miembros de cada Cámara sobre cada artículo y en la votación final (art. 79 de la Constitución italiana).

En concreto, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 175/1971, de 14 de julio, resuelve una cuestión de legitimidad constitucional –la cuestión de inconstitucionalidad española– en la que los jueces que las plantean –deben proceder a una aplicación automática de la amnistía –antes de que se dicte una sentencia–. Los jueces que plantean la cuestión de inconstitucionalidad consideraron que, al no permitírseles a los amnistiados renunciar a las amnistías de las que han sido objeto, se les causa una situación perjudicial porque deja dudas sobre la comisión del delito y sobre la culpabilidad de aquellos, con consecuencias morales y jurídicas (incluida la imposibilidad de repetir las costas procesales o el tener que pagar la responsabilidad civil), lo que resulta una violación del derecho de defensa, entendido, no en el sentido puramente formal de garantizar la asistencia de un abogado, sino también como un derecho a obtener una sentencia que reconozca, si fuera procedente, su inocencia.

Además, aduce que se está conculcando el derecho a la igualdad por la diferencia de trato, tal y como se deduce tanto del precepto del Código de Procedimiento Penal relativo al supuesto análogo de sobreseimiento de la querrela, cuya eficacia está condicionada a la aceptación del querellante, como de las anteriores leyes de amnistía que preveían todas ellas la posibilidad de renuncia a la misma. Por eso, los jueces subrayan la diferencia de trato que se deriva de la irrenunciabilidad de la amnistía que se recoge en la citada Ley de Amnistía de 1970 que recurren, en comparación con otras leyes de amnistía precedentes, en las cuales se había admitido la renuncia a la misma, como condición para que pudiera esta surtir sus efectos.

Los jueces consideran que, una vez que se ha iniciado la acción penal, es un deber dejar la posibilidad a todo ciudadano de obtener una evaluación completa de su inocencia.

La Corte Constitucional italiana partiendo de que la opción de renunciar a la amnistía no sólo no contradice el derecho de defensa, sino que, por el contrario, constituye una manifestación de este; y de que el ejercicio de la opción misma de renunciar a la amnistía la hace inoperante, reexamina las cuestiones bajo el aspecto que ahora se le presenta, es decir, si efectivamente pertenece a la discrecionalidad del legislador la concesión o no de la opción de renunciar a la amnistía por los amnistiados.

Considera la Corte Constitucional que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la derogación de una ley penal, una amnistía no elimina la previsión punitiva abstracta relativa a determinadas conductas, sino que se limita a paralizar la persecución de determinados delitos, con referencia al momento en que fueron cometidos. Por lo tanto, debido a la obligación impuesta al juez de declarar la extinción del delito en todas las sentencias en curso en el momento de la ocurrencia de un procedimiento de amnistía, se compromete irremediabilmente la satisfacción del interés en obtener una sentencia sobre el fondo. Esto obliga al acusado, que ha sido amnistiado antes de la sentencia, a someterse a un pronunciamiento de absolución, que, precisamente por no llegar a la comprobación, ni siquiera a la mera deliberación sobre el fondo de la acusación, aunque elimine cualquier pena, no confiere ninguna certeza sobre la ajenidad real del acusado a la acusación formulada contra él, y por lo tanto deja desprotegido el derecho a la plena integridad de su honor y reputación.

Recalca la Corte Constitucional italiana la relevancia, constitucionalmente protegida, del interés de quien es perseguido penalmente en obtener no sólo cualquier sentencia que le salve de la imposición de una pena, sino precisamente aquella que documente su no culpabilidad. Esto además es exponente de la existencia de una jerarquía del *favor innocentiae*, como un aspecto particular del principio general del *favor rei*. Y si bien la Corte Constitucional italiana reconoce que la amnistía se articula en función de intereses de la vida social, esta función debe coordinarse con los irrenunciables de la personalidad moral, entre los que se encuentra la pretensión del imputado de aducir y hacer valorar las pruebas a partir de las cuales cree que se puede argumentar su irresponsabilidad penal.

A lo anterior habría que añadir que, al interés moral en obtener una sentencia absolutoria sobre el fondo, se le suma el interés económico, dado que la absolución por amnistía deja intacta para los perjudicados la acción civil de indemnización de daños y perjuicios (sin mencionar las posibles responsabilidades

administrativas conexas), por lo que es derecho e interés del acusado el obtener una sentencia absolutoria del tribunal penal sobre el fondo que hiciese inadmisibles, en su caso, las acciones civiles o administrativas.

Sostiene la citada Sentencia 175/1971 que en la concesión de la amnistía ha de prevalecer el derecho a renunciar a la misma para poder obtener una sentencia sobre el fondo, considerando que el instrumento más apropiado para lograr este resultado es la renuncia a la amnistía, con independencia de la situación procesal del sujeto o del momento en el que sobrevenga la amnistía durante la instrucción, lo que es una cuestión accidental.

Así pues, la Corte Constitucional italiana concluye, por todos estos argumentos, que la no admisión de la posibilidad de renuncia a la amnistía conculca el artículo 24 de la Constitución italiana, relativo, como en el caso de la CE, a las garantías procesales, y declara la inconstitucionalidad del artículo 157 del CP italiano, en donde se recoge la regulación de la amnistía, como causa de extinción del delito y la pena, en lo relativo a la exclusión de la renuncia a la amnistía, y, en aplicación de tal régimen, de los correspondientes artículos de los decretos presidenciales de amnistía. En consecuencia, la amnistía sobrevenida durante la instrucción no tendrá efecto si media renuncia a la misma por parte del sujeto amnistiado.

1.2 RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN GANADA

Poco tiempo después se vuelve a suscitar la cuestión, pero en este caso ya en relación con la posibilidad misma de poder renunciar a la prescripción ganada del delito. En el supuesto en cuestión se plantea el problema de la legitimidad constitucional del apartado 2.º del artículo 152 del Código de Procedimiento Penal italiano (actual art. 129), que impedía seguir con el procedimiento una vez producida la prescripción. Más concretamente, se plantea la legitimidad constitucional de la imposibilidad de que el juez, una vez que ha intervenido la prescripción del delito, haya de absolver al acusado sin darle la posibilidad al «absuelto por prescripción» de acreditar que no existió el hecho, que el acusado no lo ha cometido, o que el hecho que se le imputaba no está previsto por la ley como delito al tiempo de los hechos.

1.2.1 *La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 202/1971, de 16 de diciembre*

En este caso, el juez planteó la cuestión de inconstitucionalidad al considerar que tal imposibilidad de renunciar a la prescripción del delito contradecía el

principio de igualdad al haber una diferencia de trato entre el que puede someter su asunto a enjuiciamiento y, en su caso, obtener una absolución y la persona que se ve afectada por la prescripción. Así mismo, consideró el juez que tal imposibilidad de renunciar a la prescripción afectaba al artículo 24.2 de la Constitución italiana, más concretamente, al derecho a la práctica de la prueba y al derecho a la defensa, por hacer imposible, tras la prescripción, la presentación de otras evidencias o pruebas que pudieran ser capaces de demostrar la falta de fundamento de la acusación, entendidos todos ellos, a su vez, como aspectos del derecho al proceso.

A diferencia del caso anterior, referido a la amnistía, la Corte Constitucional italiana, en la Sentencia 202/1971, consideró que puede existir un interés en obtener del juez una sentencia de absolución total de la que resulte la no existencia o la no comisión del delito. Sin embargo, estima la Corte Constitucional que tal interés, en el caso de prescripción, tiene que ceder frente al interés general de no seguir persiguiendo los crímenes respecto de los cuales el largo tiempo transcurrido ha hecho venir a menos o disminuir notablemente el recuerdo después de su comisión¹³, así como la alarma en la conciencia social, haciendo también difícil, a veces, la obtención de pruebas.

Considera la Corte Constitucional, en la mencionada Sentencia 202/1971, que esto contradice la exigencia del aquel entonces vigente artículo 152.2 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual debía tomarse una decisión sobre el fondo, incluso si se va a declarar la extinción del delito, si existe evidencia clara de la ausencia del hecho, de su no previsión como delito o de su no comisión por el imputado, ya que en tales casos tal pronunciamiento en sí mismo asume la naturaleza puramente declarativa de una situación que ya se ha materializado en el momento de sobrevenir la prescripción.

Sin embargo, como apunta la citada Sentencia, es evidente el conflicto que surgiría si, para llegar a ese resultado, fuera necesario realizar nuevos actos de investigación, es decir, la continuación de la investigación de un delito ya extinguido, pero, pese a lo cual, se requiriera seguir con nuevos actos de instrucción.

La Corte Constitucional considera además que está claro que no se puede llegar a una solución similar cuando se produce el efecto extintivo de la amnistía por las leyes emitidas, de vez en cuando por el legislador, bajo la influencia de consideraciones políticas –Sentencia 175/1971–, ya que la prescripción es ajena a toda discrecionalidad, a diferencia de las amnistías, produciendo aquella sus efectos por el mero vencimiento del plazo señalado en cada caso.

¹³ Siguiendo esta sentencia la construcción atribuida a BOCKELMANN, P., *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. II, Berlin (Bundesministerium der Justiz), 1958, p. 369 ss., del olvido social, y quien afirmaba que: «lo que ya es historia, no forma parte de la competencia de los jueces».

En cuanto a las consideraciones relativas a la desigualdad de trato, estima la Corte Constitucional que están faltas de fundamento, no existiendo violación del artículo 3 de la Constitución. De hecho, la desigualdad de tratamiento que se produce, según se juzgue antes o después de producirse la prescripción, aparece como consecuencia de una mera desigualdad de hecho, que no puede evitarse a menos que se elimine el instituto mismo de la prescripción¹⁴.

1.2.2 *Sentencia de la Corte Constitucional italiana 275/1990, de 31 de mayo*

En este caso, tras numerosas denuncias de los agentes de la policía judicial de la Unidad Sanitaria Local y de la Administración Provincial, así como de las quejas de ciudadanos particulares, en relación con la gestión de un vertedero privado de residuos sólidos urbanos, se decreta la intervención del vertedero y se inicia un proceso penal contra el propietario del vertedero, ordenando el magistrado la realización de investigaciones y la práctica de periciales químico-geológicas, las cuales revelaron que el vertedero se había utilizado para eliminar residuos tóxicos y nocivos, principalmente procedentes del aislamiento de vagones de ferrocarril, residuos que contenían «amianto azul», sustancia extremadamente peligrosa para la salud humana y el medio ambiente.

En la fase de instrucción el acusado presentó una solicitud de testigos de descargo para que declarasen en relación con los hechos a los que se refería el citado escrito de acusación. Sin embargo, las partes comparecientes en la fase de instrucción (el alcalde, en nombre de la administración municipal, y la sección regional de una asociación ecologista), se opusieron a la prueba. Producida la prescripción, las citadas partes, al igual que el Ministerio Fiscal, se opusieron a la misma y a que el tribunal estuviera obligado a dictar una resolución inmediata en virtud del artículo 152 del CP italiano, ya que con los documentos aportados hasta la fecha a la instrucción era imposible determinar que el delito no se había cometido o que no había sido cometido por el acusado.

La defensa argumentó que, debido a la acusación de la que había sido objeto el acusado, este había sido víctima de una gran campaña de desprestigio en la prensa desde 1984, por lo que no se le podía negar ahora el derecho a demostrar su inocencia mediante pruebas rigurosas.

¹⁴ Sobre este punto, GIANGIACOMO, B., «Artículo 157», en AAVV, *Codice Penale. Commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza (La Tribuna), 2011, p. 705.

El acusado, interrogado expresamente a este respecto, declaró que deseaba renunciar –si fuera posible– a la prescripción, ya que tenía gran interés en averiguar la verdad. El juez, observando que no había ninguna prueba en el expediente que permitiera su absolución y que, por otra parte, habiéndose cometido los hechos a finales de 1984, y de que el plazo de prescripción del delito contemplado se había cumplido ya, planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional italiana se aparta en lo mantenido en la anterior Sentencia 202/1971, y en esta nueva Sentencia la Corte Constitucional italiana afronta un cambio de rumbo, considerando que la doctrina anteriormente sentada no sólo influyó erróneamente en la jurisprudencia del Tribunal de Casación, sino que congeló el estado de la doctrina, de tal manera que ahora considera la Corte Constitucional que se impone un cambio de doctrina constitucional, sosteniendo que los artículos afectados por la inconstitucionalidad entran en conflicto, en primer lugar, con el derecho a la igualdad (art. 3 de la Constitución italiana), en tanto que determinan una injustificada disparidad de trato, pero con respecto a quienes pueden beneficiarse de la renuncia a otras causas de extinción de la responsabilidad penal (amnistía; no aceptación del sobreseimiento de la denuncia).

Se sostiene en esta Sentencia que, si bien es cierto y evidente que la discrecionalidad está ausente en la regulación sobre la prescripción (o mejor dicho, se limita a la valoración abstracta del tiempo necesario para prescribir según el tipo de delito), no es igualmente evidente excluir su renuncia en la aplicación de la misma. De hecho, para justificar el sacrificio del derecho del imputado, la aplicación de la ley debería estar siempre marcada por una activación diligente de los institutos procesales encaminados a implementar el poder punitivo del Estado, en sintonía con las garantías defensivas del imputado.

En este sentido, aproximándose a lo afirmado por la Corte Constitucional sobre la renuncia a la amnistía (*supra*, Sentencia 175/1971), afirma ahora la Sentencia 175/1990 que si se considera que las causas que llevan a la prescripción a lo largo del tiempo pocas veces son imputables al acusado (y, si lo son, evidentemente no tendrá interés en renunciar, y entonces el problema no surge), esto puede llevar a la conclusión de que la renuncia al instituto de la prescripción se presenta con características no muy diferentes, en lo que a la posibilidad de renuncia por parte de los acusados se refiere, a las de la amnistía. Esta equiparación es así, sobre todo, si se piensa que la prescripción elimina la posibilidad de la consecución de una sentencia absolutoria, apreciación de eximentes, o atenuantes, lo que sería algo parecido al otorgamiento de una amnistía en un ámbito aplicativo del Derecho penal.

En segundo lugar, se alude a la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional misma que afirma que corresponde al legislador proveer los medios destinados a evitar que la ponderación de los intereses en abstracto, sobre todo cuando afecta a un derecho humano inviolable, como es el derecho de defensa, se vea frustrada en el momento de su aplicación, y, más concretamente, a la imposibilidad de poder probar la inocencia, vulnerándose con ello su presunción.

Ante esta realidad, considera la Corte Constitucional italiana en la Sentencia 175/1990 que el legislador, al regular la institución *sustantiva* de la prescripción, no podía dejar de tener en cuenta el carácter inviolable del derecho de defensa, entendido como el derecho al juicio y con él el derecho a la prueba.

En definitiva, concluye que no es razonable que en una situación procesal marcada por la discrecionalidad prevalezca el interés en no seguir adelante con el asunto (derivado de circunstancias heterogéneas y en todo caso ajenas a las partes) sobre el derecho fundamental a la defensa del acusado, privándole así de un derecho fundamental. Por tanto, concluye la Corte Constitucional que hay que afirmar que la prescripción también es *renunciabile*, declarando la ilegalidad parcial del artículo 157 del CP italiano por no contemplar la posibilidad de que el imputado pueda renunciar a la prescripción del delito¹⁵.

2. EL ARTÍCULO 157.7 DEL CP ITALIANO: BREVE EXÉGESIS

Con estos antecedentes, no es de extrañar que el legislador penal italiano, mediante la Ley 251/2005, de 5 de diciembre, modificara el artículo 157 de su CP, añadiendo un apartado –el 7– en el que se recoge, en el sentido indicado por la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 275/1990, el derecho a poder renunciar a la prescripción del delito. En concreto, según establece el artículo 157.7 del CP italiano: «*La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato*».

¹⁵ Sin embargo, la Corte Constitucional sostiene que no procede atacar la constitucionalidad del artículo 152.2 del Código de Procedimiento Penal, que se reclamaba, ya que una vez satisfecho el interés sustancial del imputado en que se dicte sentencia sobre el fondo, lo que le va a permitir el que se reconozca el derecho a renunciar a la prescripción ganada del delito, cualquier otra solicitud de intervención sobre el artículo 152.2 del Código Procesal Penal de 1930 (el actual art. 129 del Código Procesal Penal vigente) queda absorbida. Pues es obvio que, ante la renuncia a la extinción, el juez no podrá dar aplicación inmediata a la misma por no estar extinguido el delito, debiendo, por tanto, dar entrada a la prueba solicitada y pronunciarse sobre la acusación. Para cualquier otro caso, la validez de la disposición procesal sigue siendo plena, incluso en su segundo párrafo, tal y como la perfila el legislador.

La primera cuestión que hay que precisar con relación a este precepto es la relativa a su ámbito de aplicación, ya que la renuncia a la prescripción iría referida exclusivamente a la prescripción del delito y no a la de la pena. A esta conclusión se llega no solo a tenor de la dicción literal del mismo, al aludirse a imputado y no a condenado por sentencia firme, sino también porque, desde un punto de vista sistemático, el citado párrafo 7 se halla incardinado dentro del artículo 157, el cual se ocupa de la prescripción del delito, regulándose la prescripción de la pena, a la cual el CP italiano denomina extinción (*estinzione*), en otros preceptos (en concreto, los artículos 172 y 173).

El único requisito que se exige, de una forma clara, para llevar a cabo la renuncia a la prescripción ganada del delito es que esta se lleve a cabo de manera expresa y específica¹⁶, excluyendo así la posibilidad de que se pueda realizar tal renuncia de forma tácita o por actos concluyentes, modalidades que sí son admitidas, por lo general, en la renuncia a la prescripción civil.

En cuanto al momento en el cual cabría renunciar a la prescripción del delito, la literalidad de este precepto ha planteado dudas acerca del mismo. En concreto, se barajan dos opciones:

a) considerar que se puede renunciar a la prescripción en cualquier momento del transcurso del plazo de prescripción, antes de que se complete, de tal manera que sería más que una renuncia a la prescripción ganada, una renuncia a los plazos de prescripción¹⁷;

b) estimar que solo cabría plantear la renuncia a la prescripción del delito una vez que se hubiera completado el plazo de aquella, ya que, en puridad, no parecería lógico renunciar a algo que todavía no se ha producido, lo que tendrá lugar una vez transcurrido totalmente el tiempo establecido para la prescripción del respectivo delito, lo que parece estar avalado por la referencia en el artículo 157.7 al término «prescripción».

Esta última opción es la que parece seguir la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana¹⁸, si bien no cabría desconocer, sobre todo tras plazos largos de prescripción, la inoperatividad de la renuncia efectuada después de cumplidos los mismos.

¹⁶ En este sentido, se ha rechazado la apreciación de la renuncia a la prescripción: por la mera presentación del recurso de casación (SSCC –Secciones Unidas– 43055/2010, de 30 de septiembre; Sec. 7.ª, 8700/2020, de 13 de febrero); por la aceptación de la calificación y la pena propuestas por el Fiscal en el «rito del pattagiamento» [SSCC, Sec. 2.ª, 4824 (2016, de 6 de julio); Sec. 5.ª, 8892/2021, de 11 de enero].

¹⁷ Sentencia de la Corte de Casación, Secciones Unidas, 22065/2021, de 28 de enero, F. J. 10.2, sosteniéndose en la misma que el principio de economía procesal no se aplica en el caso de una renuncia a los plazos de prescripción.

¹⁸ SSCC, Sec. 4.ª, 2815/1999, de 21 de enero; Sec. 4.ª, 18350/2021, de 4 de mayo.

Otra de las cuestiones problemáticas sería la de determinar hasta cuándo se puede ejercer el derecho a renunciar a la prescripción o si este genera una acción imprescriptible, únicamente limitada por la muerte del sujeto.

Así mismo, se podría suscitar si esta acción es personalísima o, por el contrario, como sucedería con otra de las causas de extinción de la responsabilidad penal como el indulto, si cabría también que fuera solicitada por terceros –y, en su caso, quiénes serían estos– o la posibilidad de ejercer dicha renuncia e instar el proceso una vez fallecido el absuelto por prescripción.

Tampoco es una cuestión pacífica en la jurisprudencia la relativa a la revocabilidad de la renuncia a la prescripción. La posición inicialmente sostenida fue la de considerar que, una vez comunicada la renuncia a la prescripción al Tribunal, esta se hacía irrevocable. Esto es, la renuncia a la prescripción ya alcanzada del delito se produce en el momento en que la declaración se pone en conocimiento de la autoridad judicial en la forma prevista por la ley. A partir de ese momento, la renuncia surte efecto y la prohibición de proceder se sustituye por el deber de proceder al enjuiciamiento contra el imputado que renuncia, y que tiene su origen en su «autorización», la cual no puede ser neutralizada por el mismo imputado mediante una declaración de retirada de la renuncia a la prescripción. Esto es, según esta concepción, una vez realizada, ya no puede evitar las consecuencias y los riesgos inevitables, derivados de la elección de rechazo a la prescripción previamente cumplida, quedando el acusado sujeto también a la posibilidad de una conclusión del proceso que le sea desfavorable¹⁹.

Sin embargo, una reciente línea jurisprudencial de la Corte de Casación sostiene que la renuncia a la prescripción tiene un margen de revocabilidad siempre que la declaración que exprese dicha voluntad no haya producido ya sus efectos, lo que se evidenciaría desde que el tribunal, ante el que se presenta la renuncia, dicte una resolución relativa al caso²⁰.

Tampoco admite la Corte de Casación italiana formas de renuncia condicional, ya que la posibilidad de recurrir a esta institución, que es en sí misma excepcional por cuanto permite al interesado eliminar la paralización de la actuación procesal, tiene efectos *hic et nunc*, dando lugar inmediatamente a la puesta en marcha de la actividad procesal dirigida a conocer sobre el fondo de la imputación o el fundamento de la acusación²¹.

¹⁹ Así, entre otras, SSCC, Sec. 5.ª, 33344/2008, de 24 de abril; Sec. 6.ª, 17598/2021, de 18 de diciembre.

²⁰ SSCC, Sec. 3.ª, 8350/2019, de 23 de enero; Sec. 5.ª, 11071/2014, de 9 de octubre; Sec. 6.ª, 30104/2012, de 11 de julio.

²¹ SCC, Sec. 6.ª, 17598/2021, de 18 de diciembre.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de la prescripción ganada del delito es y ha sido escasamente tratado en la Doctrina –y no solo en la española–. Esto es así debido a varias razones. En primer lugar, ha influido el hecho de no estar recogida o regulada ni en el Código penal, ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo en países como en Italia. En segundo lugar, habría que hacer referencia a la concepción –mayoritaria de la Doctrina española²² e italiana²³ y, en menor medida también seguida, sobre todo con carácter mixto, en Alemania²⁴– sobre la naturaleza de la prescripción como una institución de Derecho público material o sustantiva y, por tanto, no disponible para los particulares, por lo que la renuncia a la prescripción ganada ni tan siquiera se vislumbra, en su caso, como una cuestión de *lege ferenda*²⁵. Por último, no hay que desconocer que la regulación positiva misma de la prescripción en los países que no recogen la renuncia a la prescripción ha suscitado numerosos problemas que han monopolizado las preocupaciones de sus doctrinas, tales como, fundamentalmente en España: la determinación y cómputo de los plazos, la interrupción o suspensión de estos, con pronunciamientos dispares del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, la retro- o irretroactividad de los plazos de prescripción, etc.

Los argumentos que apoyarían una regulación de la renuncia a la prescripción de los delitos se centran en que la misma favorecería un derecho a un juicio con todas las garantías, especialmente las de presunción de inocencia y defensa, las cuales pueden entrar en conflicto con la aplicación de oficio de la prescripción que se produjera en cualquier momento del proceso, anterior al de dictarse sentencia. De esta manera, la prescripción del delito impediría *ipso iure* poder obtener una sentencia absolutoria de fondo que preserve la reputación, fama, buen nombre o sentimiento de autoestima del acusado²⁶, eliminando

²² Ampliamente sobre el particular en la doctrina española, por todos: GÓMEZ MARTÍN, V., *La prescripción del delito: una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, Buenos Aires-Montevideo (BdF), 2016, p. 13 ss.; MORILLAS CUEVA, L., *Acerca de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada (Editorial Universidad de Granada), 1980 p. 43; QUINTERO OLIVARES, G. «El tiempo y el Derecho penal: legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad y prescripción del delito», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, II*, Madrid (Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia), 1999, p. 614.

²³ PULITANÒ, D., «Il nodo della prescrizione», *Diritto Penale Contemporáneo, Rivista Trimestrale*, 2015, n. 1, p. 21 ss., califica a la prescripción de «instituto ambiguo».

²⁴ Entre otros, cfr. BLOY, R., *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlín (Duncker & Humblot), 1976, p. 180 y 196; KAUFMANN, H.: *Strafanspruch Strafklagrecht. Die Abgrenzung des materiellen vom formellen Strafrecht*, Gotinga (Schwartz), 1968, p.125 ss.; KÜHL, C., *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, Berlín (Duncker & Humboldt), 1974, p. 172.

²⁵ Grupo de Estudios de Política Criminal, 2014, p. 12 ss., ni siquiera se la plantea.

²⁶ En este sentido, cfr. ZAGREBELSKI, G., «Il diritto di difesa e la «ragionevolezza» delle cause estintive del reato», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, p. 2285 ss.

la sombra de la sospecha que dejan las absoluciones por prescripción ante familia, terceros, en el ámbito profesional, ante la opinión pública²⁷ —o publicada— por el mero transcurso del tiempo²⁸.

Tampoco cabría olvidar el interés del conjunto de la sociedad cuando se trata de delitos perseguibles de oficio en que se obtenga una sentencia sobre el fondo a cuyo fin se articula en el ámbito procesal el principio de justicia material, al que, en todo caso, cabría renunciar por razones fundamentales y no por criterios automáticos o formales²⁹ como sucede con el caso de la prescripción penal de los delitos.

Pero, la observancia de estos principios no parece que quede suficientemente compensada por los inconvenientes que introduciría la regulación de la renuncia a la prescripción de delitos. Si bien, sí habría que profundizar en los efectos indeseados que generan las absoluciones por la prescripción de los delitos, implementando en las leyes procesales medios que los eviten.

Por último, no hay que obviar que la viabilidad de la protección del honor en los casos de renuncia a la prescripción quedará altamente condicionada por la duración de los plazos previos de prescripción y por el material probatorio que se pueda poner a disposición del tribunal. La falta de estos puede convertirse más que en una vía de protección del honor, en un instrumento para «blanquearlo».

Dedico esta contribución a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo, entrañable maestra y compañera en mi andadura universitaria.

²⁷ Cfr. GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho Penal*, Pamplona (Aranzadi), 2001, p. 95 ss.

²⁸ REY GONZÁLEZ, C., *La prescripción de la infracción penal (En el Código de 1995)*, Madrid (Marcial Pons), 1999, p. 58; ASHOLT, M., *Verjährung im Strafrecht*, Tubinga (Mohr Siebeck), 2016, p. 335.

²⁹ En este sentido, ASECIO MELLADO, J. M., «La prescripción penal. Un acicate a la impunidad en los delitos de corrupción», *Diario La Ley*, núm. 7566, 2011, pp. 2 y 3, denuncia tanto el retroceso que la reforma de la prescripción de la LO 5/2010 supuso para el derecho de defensa, influenciada por los procesos de corrupción, consagrando la vieja práctica de investigar antes de la denuncia o querrela, y la confusión conceptual en la que incurrían CP y Jurisprudencia, lo que incidirá en la impunidad de los delitos, objetivo que parecen tener algunas reformas penales; RAGUÉS VALLÉS, R., *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Barcelona (Atelier), 2004, p. 67, postula el establecimiento de plazos absolutos de prescripción, sin posibilidad de prórrogas ni suspensiones.