

LA ATENUANTE ANALÓGICA DE CUASI- PRESCRIPCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN*

Dulce María Santana Vega**

Resumen: El presente artículo se ocupa del estudio de la denominada atenuante analógica de cuasiprescripción, a la cual ha dado carta de naturaleza la jurisprudencia española. Para ello se abordará la evolución que ha experimentado la citada atenuante analógica tanto en lo referente a los requisitos exigidos, como a su ámbito de aplicación o modalidades, con especial atención a los delitos de corrupción. Así mismo, se analizan las dos vías de establecimiento de “la análoga significación” –prescripción y dilaciones indebidas–, concluyendo el artículo con una crítica sistemática de la figura de la cuasiprescripción en relación a: sus diferentes fundamentaciones, los elementos del delito, los fines de la pena, las causas de extinción de la responsabilidad penal, el proceso penal o la política criminal.

Palabras clave: Cuasiprescripción, dilaciones indebidas, prescripción, atenuantes analógicas, delitos de corrupción.

Recibido: enero 2019. Aceptado: abril 2019

* Este artículo se enmarca dentro del PI del MINECO DER2014-57128.

** Profesora Titular de Universidad de Derecho penal. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-7789-2762>

Departamento de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Módulo B, D-163, Campus de Tafira. 35017, Las Palmas de Gran Canaria. E-mail: dulce.santana@ulpgc.es

*THE QUASI-LIMITATION AS MITIGATING CIRCUMSTANCE
 BY ANOLOGY WITH SPECIAL REFERENCE TO CORRUPTION
 OFFENCES*

Abstract: *This article deals with the study of the so-called quasilimitation like a mitigating circumstance by analogy, which has been recognised by the Spanish jurisprudence. This is done by addressing the evolution that has experienced in relation to its requirements, its scope of application, or its modalities, and with a special attention to the corruption offences. Moreover, it also analyzes the two ways of determining “the similar meaning” in relation with the statute of limitations and with the undue delays. This work concludes with a systematic criticism of the quasilimitation figure from the perspective of its different foundations, from the elements of the criminal offence, from the purposes of punishment, from the extinction causes of the criminal liability, from the perspective of the criminal process, or from the point of view of criminal policy.*

Keywords: *Quasi-limitations, undue delays, statute of limitations, mitigating circumstances by analogy, corruption offences.*

I. Consideraciones Generales previas

Es un un hecho incuestionable que el transcurso del tiempo merma los efectos del sistema penal legalmente diseñado en la lucha contra la corrupción. El mejor ejemplo de esta afirmación son los innumerables supuestos de las denominadas “absoluciones por prescripción”, producidas en los procesos por esta clase de delitos¹.

A lo anterior habría que añadir la introducción en el Código penal de la atenuante de dilaciones indebidas, lo que ha dado lugar a una aplicación automática y subsidiaria de la mis-

1 Cfr. PÉREZ GIL, J., “Respuesta judicial frente a la corrupción: Reflexiones recientes con vistas al futuro”, *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 40, 2016, p. 2; SANTANA VEGA, D. M., “Lucha contra la corrupción y transcurso del tiempo”, en C. Gómez-Jara (Coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Thomson Reuters Aranzadi /Civitas, 2018, n. 5.

ma en relación a la prescripción. De esta manera, cuando no proceden las mencionadas “absoluciones por prescripción”, suele operar la minoración de la responsabilidad penal por dilaciones procesales indebidas.

Esta vía de atenuación de la pena se ha visto redimensionada por la aplicación de una nueva atenuante analógica: la denominada atenuante analógica de “cuasiprescripción”, la cual surge en el ámbito de la jurisprudencia española. No obstante, su introducción y los supuestos de hecho que pueden considerarse incluidos dentro de esta construcción no están exentos de dificultades y críticas.

En los siguientes apartados se abordará los aspectos problemáticos de esta nueva atenuante analógica, la cual, tras una etapa de euforia aplicativa, puede hoy afirmarse que se halla en franco retroceso, si bien los vaivenes que pueda experimentar esta figura, como toda creación jurisprudencial carente de respaldo positivo y de contornos poco definidos, son de dudoso pronóstico.

II. Antecedentes jurisprudenciales de la cuasiprescripción

El primer problema que se observa en la recepción de esta figura en la jurisprudencia española es la relativa a su propia denominación, ya que en la misma se utilizan varias denominaciones². En concreto, se recogen diversos términos en función, fundamentalmente, de dos variables: que el prefijo se escriba en latín o castellano (quasi- o cuasi-, respectivamente); o que el prefijo se escriba junto o separado a la institución que no se alcanza: la prescripción y, a su vez, se puede encontrar mencionada en la jurisprudencia con o sin guión³.

2 Alude a la multiplicidad terminológica de esta institución, RAGUÉS i VALLÉS, R., “La atenuante analógica de cuasiprescripción”, *InDret* 3/2017, p. 3, n. 4, lo que no es, como remarca este autor, ninguna cuestión baladí en cuanto que dificulta su investigación.

3 En todo caso, siguiendo a la FUNDEU, “Guía del español urgente”, www.fundeu.es/consulta/cuasi-12216/, “*Cuasi* puede, en efecto, emplearse como

En todo caso, es significativo remarcar que el prefijo utilizado para designar a esta figura (cuasi/quasi) es todo un presagio. En efecto, el término *cuasi* proviene de la voz latina *quasi*, que significa, si se utiliza como conjunción, ‘como si’ o ‘bajo el pretexto de’, y que si se usa como adverbio significa ‘por así decirlo’, ‘en cierta manera’. De aquí viene el nombre de *Cuasimodo*, la figura deforme que aparece en la novela de Víctor Hugo *Nuestra Señora de París*, y que inspiró la película *El jorobado de Notre Dame*. El aspecto deforme de Cuasimodo podía hacer interpretar su nombre en el sentido de que estaba hecho “de cualquier modo”⁴.

La prescripción, sea del delito o de la pena, se basa en el transcurso *completo* de un plazo de tiempo, de tal manera que, cumplido el mismo, opera como causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.6° y 7° CP). Además, en aquellos casos en los que no se alcanza el total del plazo requerido, por la interrupción de la prescripción (art. 132), se pierde el tiempo transcurrido, comenzando a correr de nuevo el correspondiente plazo, pudiéndose instar o exigir la responsabilidad penal al investigado, encausado, procesado o condenado en su totalidad⁵.

La doctrina jurisprudencial, de forma reiterada, considera que los plazos de prescripción son de imperativa apreciación

prefijo, como indica el *Diccionario panhispánico de dudas*...Esta misma forma puede funcionar como prefijo y escribirse unida al término al que modifica”. En el presente trabajo utilizaremos el término cuasiprescripción.

- 4 CASTELLANO ACTUAL: “Cuasi”, en <http://udep.edu.pe/castellanoactual/duda-resuelta>. En el mismo sentido, FUNDEU, <https://www.fundeu.es/consulta/cuasi-12216/>. Este prefijo se usa también en el Derecho romano en los *cuasidelitos*, los cuales eran aquellos comportamientos que bordeaban los límites de la ley, o que podrían ser indicio de delito, o bien designaban aquellos casos en los que una actividad podía considerarse fuera del orden moral, aunque no se considerara delito por la ley. Vid. NÖRR, D., “Prólogo” a la obra de Teresa Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, Trivium, Madrid, 1991, el cual pone de manifiesto lo paradójico que resulta cualquier aproximación conceptual a esta categoría, debido a la imprecisión que encierra.
- 5 Y sin perjuicio de los efectos de la suspensión regulada en el artículo 132.2° del CP.

por los Juzgados y Tribunales, incluso de oficio, en cualquier estado del proceso, siempre que no concurren los presupuestos necesarios de paralización del procedimiento⁶. No obstante, a partir de los años noventa, antes de la incorporación de la atenuante de dilaciones indebidas al Código penal, se asiste a la aplicación de efectos atenuatorios de la responsabilidad penal a las dilaciones procesales extraordinarias.

En concreto, las SSTS 1641/1993, de 23 de junio y 1033/1992, de 10 de mayo ya sugieren, de *lege ferenda*, darle relevancia a la posibilidad de proceder a la suma de todos los plazos de paralización indebidos, producidos durante la tramitación del proceso y que no constituyeran prescripción, permitiendo de esta manera reducir la pena que correspondiera al acusado en proporción al tiempo de la dilación⁷.

Sin embargo, no fue una posición unánime, y así la STS 318/1995, de 3 de marzo, apoyándose en la jurisprudencia mayoritaria hasta ese momento⁸, sostuvo que no se puede alcanzar los efectos de la prescripción mediante la suma de períodos de

6 Cfr. SSTS 373/2017, de 24 mayo; 1224/2006, de 7 diciembre; 1211/1997, de 7 octubre; o la 1035/1996, de 19 diciembre.

7 En concreto, en la primera de las Sentencias citadas, la 1641/1993, F. J. Primero (estupro de prevalimiento), se alude tanto a las dilaciones indebidas, como a la cuasiprescripción al afirmar que: “...en el propio Derecho penal debieran encontrarse fórmulas adecuadas para resolver el problema, bien creando un nuevo precepto, una especie de cuasi-prescripción que permitiera reducirse la pena en proporción al tiempo indebidamente utilizado en el procedimiento, con fijación de unos determinados límites con obligación de motivar, o bien utilizando una circunstancia de atenuación que permitiere hacer uso de la analogía referida, no a las atenuantes ya existentes, sino al conjunto del sistema, con proyección al principio de justicia, al de proporcionalidad (art. 1.1 de la Constitución) para alcanzar así un equilibrio entre la culpabilidad «vigente» del sujeto infractor y la pena, o bien por cualquier otra vía de corrección de la anomalía que acaba de señalarse, en virtud de la disociación existente entre el tiempo en que la infracción se produjo y el momento en que se sanciona”. En análogo sentido, la STS 1033/1994, F. J. Tercero (delito de sustitución de placa de matrícula).

8 Entre otras, citadas en la mencionada Sentencia: SSTS 30 de noviembre de 1974, 23 de julio de 1987, 29 de noviembre de 1990, 21 de junio de 1991, 15 de enero y 28 de febrero de 1992, o la de 18 de marzo de 1993.

tiempo en los que el proceso hubiera estado paralizado, ya que los lapsos de tiempo de paralización del proceso, por efecto de la interrupción de la prescripción, se anulan o desaparecen, volviéndose a computar *ex novo* el plazo de prescripción⁹. En definitiva, esta concepción viene a expresar algo obvio: no se puede sumar lo que deja de existir.

Sin embargo, no faltaron tampoco construcciones procesales que afirmaban que había que diferenciar, a la hora de computar o no estos “plazos muertos” sin eficacia prescriptiva, entre: las interrupciones que se producían por resoluciones meramente formales, sin sustantividad o meramente aparentes –por lo general, providencias “de relleno”–; y aquellas otras resoluciones que conllevaban actividad procesal sustantiva o “real”, dirigidas a materializar el proceso penal en trámite.

Lo cierto es que el surgimiento de la construcción de la cuasiprescripción está íntimamente ligada a la cuestión de las dilaciones indebidas, cuya incorporación al Código penal sigue, a día de hoy, planteando dudas y controversias¹⁰. De hecho, habría

9 La STS 1461/1993, F. J. Primero, afirma que: “*Los acontecimientos procesales actuaron de tal manera que nunca estuvieron inactivas las actuaciones por un tiempo que alcanzara los cinco años y, por ello, aunque la suma de los tiempos en blanco supera con mucho ese plazo, no puede declararse la prescripción...no existen «tiempos muertos», volviendo, una vez terminados éstos, a reanudar el cómputo del tiempo que corresponda, sino una auténtica interrupción que obliga a poner el «reloj» de la prescripción en cero, una vez cesada la causa interruptiva*”; por su parte, también la STS 263/2005, de 1 de marzo, considera que no cabe sumar los plazos de paralización para apreciar la prescripción, sino que ha de existir una duración continuada durante el tiempo exigido para apreciar el correspondiente plazo de prescripción.

10 Cfr., por todos: ASÚA BATARRITA, A., “Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, Nº 87-88, 2010, p. 157 y ss.; TOSCANO TINOCO, J. J., “Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, Nº 10, 2013, p. 237 y ss. Sin embargo, le da una valoración positiva, MARÍN DE ESPINOZA, E., “La

que recordar que, antes de su introducción en el Código penal, como atenuante genérica, se produjeron tres Acuerdos del Pleno de jurisdiccional del Tribunal Supremo, relativos a la misma:

– Acuerdo de 2 de octubre de 1992, bajo la vigencia del CP de 1973. En el mismo se planteaba qué hacer cuando en un recurso de casación se denunciaba la vulneración por dilaciones indebidas. Se acordó, por mayoría, que “las dilaciones indebidas sirvieran de fundamento para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por mal funcionamiento de la Administración de Justicia”¹¹.

– Acuerdo de 29 de abril de 1997, bajo la vigencia del CP de 1995. Se acordó que cuando en un recurso de casación se alegaban y se constataban las dilaciones indebidas, el motivo sería estimado sin pronunciamiento de segunda sentencia, sin condena en costas e indicando la pertinencia del indulto con suspensión de la pena en tanto se tramita aquel. Como en el caso anterior, se plantea la cuestión de la atenuante analógica, pero no se estima pertinente por falta de base legal.

– Acuerdo de 21 de mayo de 1999. Se considera que remitir las dilaciones indebidas al indulto era transmitir al gobierno la función jurisdiccional de imponer una pena. Por mayoría se acuerda que las dilaciones había que compensarlas en la penalidad a través de la atenuante analógica del 21.6, pudiendo esta ser apreciada como muy cualificada¹².

circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 6, 2011, p. 107 y ss.

- 11 STS 135/1995, de 8 de febrero, propone, en un caso de dilaciones indebidas por tráfico de drogas, el indulto parcial y, en su F. J. Sexto, considera que “... del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede llevar a la pretensión de que, caso de producirse aquéllas, deba llegarse a un resultado de prescripción penal”.
- 12 No obstante, la STS 934/1999, de 8 de junio, F. J. Primero, niega, en todo caso, que las dilaciones fueran presupuesto de la validez del proceso y de la sentencia condenatoria, sobre la base del art. 4.4, el cual solo contiene una simple autorización de suspensión de la ejecución de la sentencia,

Con la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se introduce la atenuante de dilaciones indebidas, pero esta no abarcará los casos que, como se verá a continuación, se plantean en la denominada nueva “atenuante analógica de cuasiprescripción”, aunque sí se pretende que aquella le sirva de base para poder ser aplicada.

Será a partir de las SSTS 1387/2004, de 27 de diciembre y 77/2006, de 1 de febrero, junto con algunas otras posteriores, a las que haremos referencia más adelante, cuando se da carta de naturaleza la cuasiprescripción en la jurisprudencia española.

III. Conceptuación y supuestos de aplicación de la denominada atenuante analógica de cuasiprescripción

La cuasiprescripción podría ser definida como aquella figura que pretende valorar, a los efectos de atenuar la responsabilidad penal de los condenados, aquellos períodos de tiempo transcurridos –antes y/o durante– el proceso que se han quedado próximos a la prescripción, y que no se hallan incluidos dentro de los supuestos de la atenuante genérica de dilaciones indebidas.

Así pues, atendiendo a los casos en los que se podría apreciar la cuasiprescripción, estos pueden estructurarse en dos modalidades: la cuasiprescripción preprocesal y la cuasiprescripción intraprocésal.

En un primer momento, los supuestos que llevan a plantear la cuasiprescripción son los que se producen en el ámbito de la denominada cuasiprescripción preprocesal, si bien, posteriormente, se postula la extensión del ámbito de aplicación de la misma también a aquellos otros supuestos en los que no tendría cabida la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª del CP, esto es, la cuasiprescripción intraprocésal. Denominador co-

acudiendo, con referencia a la jurisprudencia del TJCE y al TEDH, al argumento de la pena natural.

mún a ambas modalidades de cuasiprescripción es la de precorreción de la compensación de los plazos incompletos de prescripción con la entidad de la pena que se va a imponer al condenado.

1. Cuasiprescripción preprocesal

En esta modalidad se incluyen los inicios tardíos del procedimiento penal en relación a la fecha de comisión del delito, pero sin que se haya alcanzado el tiempo necesario para producir la prescripción del mismo¹³. En estos casos no cabría aludir a las dilaciones procesales indebidas, ya que no se ha iniciado el proceso. Por ello, es precisamente con relación a estos supuestos en los que se empieza a dar carta de naturaleza a la figura de la atenuante analógica de cuasiprescripción.

No obstante, en la recepción de la figura de la cuasiprescripción preprocesal existen dos líneas jurisprudenciales: una, más restrictiva, que podríamos denominar “cuasiprescripción con causa”; y otra, más laxa, a la que podríamos denominar “cuasiprescripción sin causa”

1.1. Cuasiprescripción preprocesal “con causa”.

En este grupo se hallan sentencias que admiten la citada atenuante analógica, exigiendo un doble orden de requisitos, los cuales, de concurrir, aconsejarían minorar la responsabilidad penal del condenado:

a) que haya transcurrido, entre la comisión del hecho y el inicio del procedimiento penal, una significativa parte del plazo de prescripción del correspondiente delito;

13 CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, *PJ* (CGPJ), N° Especial VI, 1989, p. 26, pone de manifiesto como en otros ordenamientos jurídicos para resolver los supuestos de cuasiprescripción –preprocesal– se acude al principio de oportunidad, permitiendo la renuncia a la perseguibilidad del delito. Por su parte, GÓMEZ COLOMER, J.L., *Constitución y Proceso Penal*, Tecnos, 1996, p. 237, proponía incluir en la legislación un presupuesto procesal que se basara en impedir la celebración del juicio cuando ha transcurrido demasiado tiempo, esto es, una especie de prescripción procesal fundada en la máxima de aceleración del proceso.

b) que el retraso en el comienzo del procedimiento penal haya sido debido a determinados motivos o causas espurios.

Estos motivos o causas espurios se podrían clasificar en dos grupos de líneas argumentales. En una primera línea argumental se alude al hecho de evitar que la presentación de denuncias o querellas tardías se conviertan en una estrategia dosificada de la parte perjudicada, destinada a crear incertidumbre en los presuntos sujetos activos de los delitos sobre el ejercicio o no de la acción penal por las víctimas o sus representantes legales, convirtiendo la presentación de la denuncia o querrela en un medio más de presión en la negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido.

Los supuestos de hecho en los que más se ha aplicado esta línea argumental para apreciar la cuasiprescripción son, sobre todo, los delitos de abusos y agresiones sexuales contra menores o personas con discapacidad. En estos delitos su persecución está condicionada al previo ejercicio de la denuncia del ofendido o, en su caso, de su representante legal, por lo que en los mismos tendrá una significativa incidencia el sí denunciarlos o no, cuándo y a quién se denuncia¹⁴.

La otra línea argumental de motivos para alegar y aplicar la atenuante analógica de cuasiprescripción preprocesal con causa es aquella en la que se alude a la clamorosa inactividad o desi-

14 Vid. STS 883/2009, de 10 de septiembre, F.J. III, en un caso de abusos sexuales con víctima que sufre trastorno *borderline* de la personalidad y retraso mental leve, aprecia la atenuante analógica de cuasiprescripción (art. 21.6 CP), justificando su aplicación en “que también menoscaba el derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios”; en la misma línea, la STS 1247/2009, de 11 de diciembre, F. J. Octavo, remitiéndose a la anterior, aplica la cuasiprescripción en un caso de abusos deshonestos con penetración anal a una menor. En este caso se alega la cuasiprescripción, como subsidiaria de la prescripción y conjuntamente con las dilaciones indebidas; SAP Madrid 2º 302/2017 de 5 mayo, F. J. Sexto, se esgrime la cuasiprescripción como argumentación alternativa a la prescripción en un caso de hurto, rechazándose por la falta de motivos espurios o de desidia institucional, si bien no se rechaza en sí la cuasiprescripción.

día de las autoridades a la hora de denunciar los delitos, salvo que aquellas no hubieran tenido conocimiento de la comisión de los mismos, carecieran de los elementos de juicio indispensables para la incoación del procedimiento penal, soportaran un gran carga de trabajo, por la limitación de recursos personales y/o materiales, o debieran haber realizado numerosas actuaciones tendentes a la investigación de los hechos.

En esta segunda línea argumental de la Jurisprudencia que da carta de naturaleza a la atenuante analógica de cuasiprescripción se hallan incardinados, sobre todo, delitos contra la Hacienda Pública, pero, a diferencia de los delitos de agresiones y abusos sexuales contra menores o personas con discapacidad, la estimación de esta atenuante en estos delitos es escasa, pese a ser reiteradamente alegada por las defensas¹⁵.

1.2. Cuasiprescripción preprocesal sin causa

En esta línea jurisprudencial para la apreciación de la cuasiprescripción no es necesario alegar causa alguna, condicionándola, exclusivamente, al transcurso de un plazo significativo de tiempo, próximo a la prescripción¹⁶.

15 No se aplica, pese a su alegación, en delitos contra la Hacienda Pública: STS 195/2017 de 21 marzo. F. J. Séptimo, la cual se basa, además, en que no se aprecia que la demora en la formulación de la querrela haya introducido un perjuicio sustantivo en la estrategia probatoria de la defensa; vid. también: SSTS 97/2017 de 14 marzo, F. J. Cuarto; 586/2014, de 23 de julio, F. J. Décimo; SAP Castellón 1ª 354/2013, de 25 de noviembre, F. J. Cuarto; SAP Valencia 4ª 57/2015, de 27 de enero, F. J. Tercero; SAP 1ª 97/2017, de 14 de marzo, F. J. Cuarto-I. Sí la aprecian: SAP Barcelona 7ª 716/2017, de 13 de noviembre, F. J. 4º; SAP Madrid 29ª 279/2013, de 30 septiembre, F. J. Sexto; SAP León 3ª 19/2010, de 14 mayo, F. J. Séptimo.

16 En este sentido, STS 1387/2004, de 27 de diciembre, F.J. Décimo (caso de terrorismo); STS 77/2006, de 1 de febrero, F.J. Octavo (abusos sexuales), la cual aplica la institución sin nombrarla expresamente; en la STS 326/2012, 26 de abril, F.J. 2 F) (delito de abusos sexuales a menores) se afirma que: *“Esta Sala ha llegado a apreciar como atenuante analógica la cuasiprescripción en aquellos casos en los que el transcurso del tiempo entre el momento de la comisión del hecho y su denuncia puede llegar a provocar serios perjuicios a la víctima y también a menoscabar el derecho del*

En estos casos se alude como fundamento de su aplicación:

a) a la teoría de la prescripción como olvido social del delito¹⁷, el cual –como se matiza en alguna sentencia– no implica olvido social de las víctimas¹⁸;

b) al principio de proporcionalidad que ha de observarse en la individualización de la pena¹⁹; o

c) al doble carácter de las dilaciones indebidas, las cuales tendrían no solo un carácter prestacional, referido al derecho *in genere* a que los tribunales resuelvan y hagan ejecutar lo juzgado en un plazo razonable, sino también un carácter reaccional, el cual conllevaría la inmediata conclusión de los procesos donde se aprecien tales dilaciones, teniendo este segundo aspecto una naturaleza *intra processum*, tendente a la eliminación de los obstáculos que tienen encallado el proceso²⁰.

imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios".

17 Esta construcción fue generalizada por BOCKELMANN, P., *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. II, Bundesministerium der Justiz, 1958, p. 329 y ss., después de distinguir entre el juez eterno y el terrenal, concluye que “*es un hecho que por el transcurso del tiempo la relación entre el autor y su delito, y nuestra relación con el autor de delito ha cambiado. Es claro que a medida que se retrocede hacia el pasado solo se pueden emitir juicios erróneos, pero no por razón de las dificultades probatorias que en todo caso se podrían superar, sino porque el transcurso del tiempo trae cambios imperceptibles e inaudibles. El delito pasado se diluye con el tiempo transcurrido y cada vez que pase más tiempo se nos hace más difícil de aprehenderlo y abarcarlo, y un día llega el momento en el que no tendría sentido enjuiciarlo, y, si ya hubiera sido enjuiciado, ejecutar tardíamente el fallo*”; si bien ya antes había sido también sostenida por otros autores como LORENZ, *Verjährung in der deutschen Strafgesetzbuch. Eine Untersuchung de lege data und de lege ferenda*, Beck'sche, 1955, p. 75 y ss..

18 STS 77/2006, de 1 de febrero, F. J. Octavo.

19 STS 1387/2004, de 27 de diciembre, F. J. Undécimo (cómplice en un triple asesinato terrorista) se aprecia la cuasiprescripción como atenuante muy cualificada, aludiendo al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, debido al significativo retraso en dirigir la acusación por parte de Ministerio Fiscal.

20 Así, SSTC 124/1999, F. J. Dos y 125/99, F.J. Cuatro, ambas de 28 de junio. Cfr. también, STS 1387/2004 de 27 diciembre, F. J. Undécimo.

En este grupo se encontrarían supuestos en los que faltaba, por ejemplo, un año para lograr la prescripción, siendo este argumento utilizado como causa de minoración de la culpabilidad que, por ello, ha de provocar una disminución en la punibilidad.

En este ámbito argumentativo se admite su aplicación de oficio y como atenuante muy cualificada por el tribunal de instancia, aunque no hubiera sido solicitada por las partes, considerando que *en el estatus procesal de todo imputado está que el tribunal lo absuelva o que se aprecie algún expediente atenuatorio de la pena cuando su concurrencia es clara*, aunque no haya sido solicitada por la defensa²¹.

2. Cuasiprescripción intraprocesal

Esta nueva modalidad de cuasiprescripción, junto con la anterior, ponen de manifiesto la tendencia expansiva de esta construcción. En este nuevo grupo de supuestos de aplicación de esta atenuante analógica se incluyen aquellas dilaciones intraprocesales que quedan extramuros de la atenuante de dilaciones indebidas por no cumplirse sus requisitos. Más concretamente, se aduce:

a) en aquellos supuestos en los que la dilación procesal sea debida o atribuible al acusado; o

b) en aquellos casos en los que, siendo indebidas, se produzcan en un momento anterior o posterior al ámbito de actuación de la atenuante de dilaciones indebidas, la cual opera desde que la persona es imputada formalmente en el proceso y finaliza con el dictado de la sentencia que pone fin a la causa²².

21 Vid. STS 116/2011, de 1 de febrero, F. J. Tercero, la cual, además, le da un triple fundamento a la prescripción: limitación del *ius puniendi*, el olvido del delito, y la seguridad jurídica.

22 En este sentido, la STS 883/2009, de 10 de septiembre, F. J. III, sostiene que: "... *La referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla, sin más, la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del*

Para apreciar la atenuante de cuasiprescripción intraprocesal se admite que el tiempo de paralización de la causa se pueda conformar bien por un único período, o bien por la suma de varios períodos de paralización procesal. Además, no se descarta la posibilidad de que, a su vez, se puedan sumar estos períodos de paralización del proceso con el lapso de tiempo preprocesal cuanto este no fuera significativo para sustentar por sí solo la cuasiprescripción preprocesal.

Al igual que en la modalidad de cuasiprescripción preprocesal, se acude a la argumentación de que cuando ha pasado mucho tiempo, aunque no se haya alcanzado el tiempo establecido en la ley para la prescripción, el delito cometido ha pasado a considerarse en la percepción social como un acontecimiento que pertenece al pasado, como un hecho histórico. Por esta razón, sus defensores consideraran que no cabrá aplicar la cuasiprescripción en los delitos leves al tener breves plazos de prescripción, salvo que se acumule la dilación intraprocesal con la preprocesal; ni tampoco en aquellos casos en los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal permita celebrar el juicio en ausencia, siempre que la pena no supere los dos años de prisión, o los seis meses si la pena tiene otra naturaleza. En definitiva, se afirma que en estos supuestos la paralización sería siempre atribuible a la Administración de Justicia, y no haría falta acudir a la cuasiprescripción porque en estos casos operarían las dilaciones indebidas o la prescripción directamente²³.

3. La cuasiprescripción como atenuante analógica muy cualificada

Otra de las cuestiones que se plantean en relación a la cuasiprescripción es la de sí y a partir de cuándo procedería apreciar la atenuante analógica de cuasiprescripción como muy cualificada. A este respecto serían posibles dos opciones

denunciado...”. Cfr. también: SSTS 841/2015 de 30 diciembre, F. J. Segundo; 400/2017, de 1 junio, F.J. Cuarto.

23 RAGUÉS i VALLÉS, R., *InDret* 3/2017, p. 16 y ss.

argumentativas. De un lado, cabría sostener que esta atenuante nunca podría apreciarse como muy cualificada, dada la esencia de esta construcción que no es otra que el quedarse el plazo de prescripción muy próximo a su cumplimiento; de ahí su propia denominación de cuasiprescripción, no teniendo sentido apreciarla –ni siquiera como analógica común– cuando no hubiera transcurrido más de las dos terceras partes del tiempo del plazo de prescripción.

Sin embargo, para los defensores de esta atenuante analógica sería, sobre todo en relación a los delitos más graves, esto es, los de prescripción más elevada, en los que tendría todo su sentido apreciar ambas modalidades de la atenuante de cuasiprescripción. Así, podría ser aplicada como circunstancia atenuante analógica muy cualificada cuando hubiera transcurrido casi todo el tiempo de prescripción²⁴, y como circunstancia atenuante analógica común cuando el tiempo transcurrido fuera inferior a tal entidad, o cuando se trate de delitos con plazos de prescripción más breves.

Ahora bien, si se admitiera la posibilidad de apreciarla como muy cualificada la cuestión a determinar entonces sería a partir de qué porcentaje de tiempo transcurrido del correspondiente plazo de prescripción cabría apreciarla como genérica (60%, o ¿un poco más? ¿o bastaría menos?), y a partir de cuál otro lapso de tiempo transcurrido se le otorgaría a la atenuante analógica de cuasiprescripción el carácter de muy cualificada (¿a partir del 75%, más, menos?).

El Tribunal Supremo la ha apreciado como muy cualificada, soslayando el análisis de la cuestión, acudiendo al uso de vagas expresiones tales como que ha habido un “significativo retraso”²⁵, lo cual, como se ha reiterado, debería ser la esencia de su apreciación como atenuante analógica común.

²⁴ *Idem*.

²⁵ STS 1387/2004 de 27 diciembre, F. J. Undécimo.

En concreto, en relación a la cuasiprescripción preprocesal, el Tribunal Supremo ha considerado que el que hubiera transcurrido el 90% del plazo de prescripción que tenía señalado el correspondiente delito, daba lugar a la apreciación de la cuasiprescripción como muy cualificada²⁶. Pero, no han faltado supuestos en los que se ha apreciado la cuasiprescripción como atenuante muy cualificada tras haber transcurrido menos tiempo, en concreto, el 80%, según el Tribunal, o poco más del 50 %, según el cómputo del plazo de prescripción realizado por el Ministerio Fiscal²⁷. Además, la jurisprudencia tampoco deja claro si el plazo transcurrido para su apreciación como atenuante analógica muy cualificada tendría que ser único o producto de la suma de varias paralizaciones del procedimiento.

En todo caso, esta forma de proceder con relación a la atenuante analógica de cuasiprescripción choca con otros dos problemas. En primer lugar, la apreciación como muy cualificada de la atenuante analógica de cuasiprescripción parece olvidar la línea jurisprudencial que remarca la dificultad y excepcionalidad de apreciar como muy cualificada cualquier atenuante analógica, debido a que al implicar toda atenuante analógica una comparación con una genérica y, en consecuencia, no aplicarse de modo directo, mal puede establecerse el carácter “duplicado” que implica la consideración de una atenuante como muy cualificada²⁸.

26 STS 381/2014, de 25 de junio, F. J. Séptimo.

27 STS 116/2011, de 1 de febrero, en este proceso se aprecia la cuasiprescripción frente a la oposición a su aplicación del MF que, además, alegaba que se había computado mal el tiempo transcurrido, considerando el mismo que fue del 50% y no del 80% como finalmente se estima por el tribunal, ya que cuando la víctima denunció, tenía 26 años, luego habían transcurrido ocho años desde la mayoría de edad, y ello partiendo de que la prescripción del delito continuado sería de quince años. En definitiva, la tesis del Ministerio Fiscal es que solo pasó algo más de la mitad del tiempo de la prescripción: ocho años de los quince de la prescripción, y siempre haciendo partir el cómputo desde la mayoría de edad de la víctima.

28 Vid. STS 104/2011, de 1 de marzo, F. J. Tercero con referencias a otras sentencias anteriores.

En segundo lugar, la apreciación como muy cualificada de la atenuante analógica de cuasiprescripción tropezaría con la regla especial del art. 132.1-II del Código penal, según la cual el inicio del cómputo de la prescripción de determinados delitos cometidos contra menores de edad comenzaría a partir del momento en que estos alcancen la mayoría de edad, lo que llevaría a plantear la siguiente cuestión: ¿se haría también en estos casos un cómputo lineal, esto es, desde la comisión del delito, o se atenderá a las especificidades que introduce el citado artículo?

La respuesta a esta pregunta resultará crucial, ya que de no observarse la especificidad que introduce el mencionado artículo, esta regla de protección especial de los menores de edad frente a determinados delitos se convertiría en un mecanismo automático de creación de una atenuante –casi siempre muy cualificada– de cuasiprescripción preprocesal²⁹, lo que no parece ser el fin de la norma y, sin perjuicio de aplicar, como en cualquier otro caso, la atenuante de dilaciones indebidas³⁰.

4. Cuasiprescripción preprocesal seguida de dilación procesal

Además del problema acabado de plantear, también se suscita con relación a la atenuante analógica de cuasiprescripción la cuestión de su armonización con la atenuante genérica de dilaciones indebidas.

29 Así, la SAP Castellón 1ª 178/2015, de 28 abril (abusos sexuales de menores de 13 años) aprecia la cuasiprescripción por el transcurso de casi 10 años desde los hechos, los cuales se produjeron en el verano de 2004, esto es, meses antes de la entrada en vigor de la norma especial del art. 132.1-II.

30 De otra opinión es la STS 288/2016, de 7 abril, caso abusos sexuales continuados de un padre a su hija menor de seis años, denunciándose los hechos diez años después. La sentencia de instancia de la Audiencia Provincial de Castellón condena con la atenuante analógica de cuasiprescripción. La defensa del condenado recurrió, al considerar que la cuasiprescripción se tuvo que haber apreciado como muy cualificada, aplicando después la citada STS como muy cualificada no la cuasiprescripción, sino la atenuante de dilaciones indebidas.

En efecto, en aquellos casos en los que no solo ha habido inicio tardío del procedimiento, sino que también concurre una posterior tramitación del mismo con dilaciones indebidas, cumpliéndose los requisitos de esta, e incluso concurriendo con otros plazos de paralización del procedimiento que no pudieran considerarse como dilaciones indebidas, y se posturala su valoración como atenuante analógica de cuasiprescripción, se plantearía la cuestión de cómo solventar la confluencia de ambas atenuantes.

Las posibles soluciones que se plantearían, al admitir la existencia de la atenuante analógica de cuasiprescripción, serían las siguientes:

a) apreciar estos dos lapsos de tiempo como dos atenuantes independientes, esto es: atribuir el período de tiempo preprocesal, intraprocesal que no cumpla los requisitos de la atenuante de dilaciones indebidas, y/o el posterior a la sentencia que pone fin al procedimiento en primera instancia a la atenuante analógica de cuasiprescripción; y el lapso de tiempo procesal que cumplieran sus requisitos a la atenuante de dilaciones indebidas; cada una de ellas, según los casos, como genéricas o muy cualificadas³¹;

b) apreciar todos lapsos de tiempo de dilación bajo la nueva atenuante analógica de la cuasiprescripción, en su caso, como muy cualificada, dejando vacía de contenido en estos supuestos la atenuante del art. 21.7°;

c) optar por una u otra atenuante –cuasiprescripción o dilaciones– como muy cualificada, en función de cuál sea el plazo más significativo de tiempo transcurrido, esto es, como dilaciones o como cuasiprescripción.

En la práctica judicial, las defensas suelen considerar a la cuasiprescripción como una estrategia de defensa que se esgrime en defecto de la apreciación del cómputo pretendido de la prescripción, y, por lo general, conjuntamente con la de dilaciones indebidas, si las hubiera habido. Sin embargo, el Tri-

31 SAP Baleares 1ª 131/2015, de 13 de octubre, F. J. Cuarto.

bunal Supremo ha considerado inapreciable la cuasiprescripción simultáneamente con la atenuante de dilaciones indebidas, al estimar que ambas tienen el mismo fundamento: “la quietud procesal”, lo que impediría su aplicación conjunta, ya que si no se estaría valorando dos veces lo mismo³².

En la misma línea, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pese a ser alegada la cuasiprescripción por las defensas de forma cumulativa con la de dilaciones indebidas, también rechaza esta forma de proceder en casos en los que se había apreciado en la sentencia de instancia la analógica de dilaciones indebidas, como genérica o como muy cualificada, para lo cual se contempla tanto el período transcurrido entre la fecha de comisión del delito y el inicio del procedimiento, como el tiempo en el que este estuvo paralizado³³.

Por otra parte, habría que reiterar también en este respecto apartado que el Tribunal Supremo se ha mostrado contrario a la suma de períodos de tiempo, basándose en que la paralización de la causa ha de ser seguida o continuada durante el período temporal normalmente establecido y en que cada nueva interrupción hace nacer *ex novo* el término inicial de la prescripción³⁴.

32 En este sentido, la STS 416/2016, de 17 de mayo de 2016, F. J. Quinto, aduciendo, además, que la doctrina que sostiene la figura de la cuasiprescripción acude a esa pareja justificación –la de las dilaciones indebidas– “para introducir sin concurrente voluntad legislativa esa modificación de la responsabilidad”.

33 Cfr. SAP Tarragona 4ª 312/2013, de 24 de julio, F. J. Cuarto (abuso sexual con penetración persona dormida de 19 años por parte de su tío); SAP Barcelona 7ª 317/2016, de 9 de mayo, F.J. Octavo (delitos contra la Hacienda Pública).

34 Cfr. SSTS 205/1994, de 2 de febrero, F. J. Cuarto; 1448/1994, de 13 de julio, F. J. Segundo; 1119/1994, 26 de mayo, F.J. Tercero, o 643/1995, de 3 de mayo, F. J. Primero. Sin embargo, en la doctrina española, GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 2001, p. 180, se muestra partidario de que, de *lege ferenda*, los plazos de paralización se sumen, aunque se pierda el tiempo anterior a la iniciación del procedimiento, ya que así no se alargarían los procedimientos indefinidamente.

IV. Pero, ¿Puede existir en el ordenamiento jurídico penal español una atenuante analógica de cuasiprescripción?

El primer problema que habría que abordar sería qué se entiende por “análoga significación a las anteriores”, expresión utilizada en el art. 21.7ª. En la respuesta a esta cuestión se contraponen diferentes soluciones en la doctrina. Para un sector de la misma esta expresión no puede ser entendida como una cláusula habilitante general a la analogía *in bonam partem*, pues el art. 21.7ª no puede ser desconectado del art. 4.1 del Código penal, el cual supone una exclusión con carácter general de la analogía, tanto *in malam* como *in bonam partem*, lo que se corrobora con el tenor literal de los dos números siguientes del citado artículo, estando vedada, en todo caso, la denominada “analogía en sentido estricto”, es decir, aquella a la que el Juez recurre por iniciativa propia y no por mandato de la Ley³⁵, lo que incluiría también los supuestos en los que el Juez se excede del ámbito del mandato de la aplicación analógica *in bonam partem*.

Por el contrario, para otros autores, la fundamentación del principio de legalidad se hallaría en la garantía de seguridad jurídica y certeza para el ciudadano (para que este conozca las conductas constitutivas de delito y sus penas, y en consecuencia pueda adecuar su conducta), así como en una garantía de participación del ciudadano en la configuración de la norma a través de los representantes de la voluntad general. Cuando la analogía resulte favorable al reo, la misma no conllevará un peligro para su libertad, sino, más bien, un favor para la misma. Por ello, en el caso del art. 21.7 se contiene una previsión lógica, ya que no va a implicar que una norma no puede dejar de aplicarse por analogía; al contrario, lo que puede hacerse es apreciar alguna circunstancia que tenga la misma fundamentación que la ya recogida con la que se establece la análoga significación³⁶.

35 Por todos, OTERO GONZÁLEZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 19 y ss.

36 Por todos, GÓMEZ PAVÓN, P.; BUSTOS RUBIO, M., “Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal”, *Revista Penal México*, N° 6, 2014, pp. 176 y 177.

Por último, no faltan autores que consideran que el juez no integra ninguna laguna axiológica mediante la analogía cuando acude a la atenuante analógica del artículo 21.7. Tan solo en casos muy marginales podría señalarse que se habrá integrado el Derecho penal a partir de una analogía favorable al reo³⁷.

En la argumentación de la aplicación de la cuasiprescripción en la jurisprudencia española esta cuestión no se aborda de una manera central, si bien, dada la amplitud del número de circunstancias atenuantes recogidas en el elenco del artículo 21 del Código penal español y la tendencia expansiva del Tribunal Supremo en la apreciación de las atenuantes por analogía, el Alto Tribunal ha excluido la posibilidad de la aplicación de las atenuantes analógicas cuando a través de las mismas se pretendiera una mayor proporcionalidad de la pena, pero a costa de una mayor discrecionalidad, superior a la concedida por el legislador y contraria a lo establecido en el art. 4.3 del CP³⁸.

En todo caso, en la apreciación de la cuasiprescripción por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se dan dos concepciones: aquellas sentencias que establecen la análoga significación de la cuasiprescripción con la prescripción; y aquellas otras en las que se alude a la existencia de una análoga significación a las dilaciones indebidas.

Por otra parte, la jurisprudencia es unánime al requerir que se indique con qué circunstancia atenuante se realiza la operación analógica³⁹. Así mismo, exige que la atenuante analógica,

37 Así, MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P., *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal, La Ley*, 2009, p. 542 y ss.

38 ALCÁCER GUIRAO, R., “Atenuante Analógica”, en F. Molina, *Memento Práctico. Penal, Francis Lefebvre*, 2017, p. 460 y 464.

39 Así, por ejemplo, SSTS 16/2018, de 16 enero, F. J. Duodécimo; 180/2013, de 1 marzo, F. J. 3, 4 y 6; o la STS 457/2010, de 25 mayo, F. J. Primero, la cual señalaba, antes de la introducción de las dilaciones indebidas como atenuante en el art. 21 del Código penal, que: “...*conviene señalar que las atenuantes analógicas, como su propio nombre indica y así lo recuerda con frecuencia la jurisprudencia, exigen basarse en circunstancias de análoga*

como cualquier otra circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, ha de quedar igual de acreditada o probada que el hecho delictivo mismo⁴⁰.

Sin embargo, no ha sido inconcusa la jurisprudencia en lo relativo a si necesariamente las atenuantes analógicas han de ser alegadas expresamente por las partes como condición para su apreciación. Un sector de la misma considera difícil aplicar una atenuante en casación cuando no ha sido solicitada ante la correspondiente Audiencia Provincial, pues la naturaleza devolutiva del recurso de casación exige que haya un pronunciamiento previo que ha de servir de base para las alegaciones de las partes (recurrentes y recurridas), para que, de esta manera, el Tribunal Supremo cuente con las debidas condiciones para resolver de conformidad con la propia naturaleza de este recurso⁴¹.

Por el contrario, para otro sector, las atenuantes analógicas pueden ser apreciadas de oficio en cualquier momento del proceso, incluso en casación, al ser circunstancias que puedan beneficiar al reo, cuando en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezcan todos sus requisitos; si bien se pone en evidencia las mayores dificultades de su valoración cuando no son solicitadas o aplicadas en la instancia⁴².

Por último, tanto en la Doctrina como –en menor medida, pero también– en la jurisprudencia españolas se pueden apre-

significación a otras expresamente previstas por el legislador; lo que en el caso de dilaciones indebidas no existe una atenuante similar prevista en el CP, siendo pues una construcción netamente jurisprudencial”.

40 Por todas, STS 240/2017, de 5 abril, F. J. Primero, con cita de abundantes resoluciones previas del TS.

41 STS 116/2011, de 1 de febrero, F. J. Tercero. La STS 77/2006, de 1 de febrero, F. J. Segundo, rechaza su apreciación en casación por no haber sido alegada en la instancia, siendo una cuestión nueva planteada por primera vez en la formulación del recurso, por lo que no se pudo dar respuesta en la instancia, lo que de por sí ya incurre en causa de inadmisión, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala. Vid. también: SSTS 986/2005 de 21 julio y 1351/2004, de 18 de noviembre, entre otras.

42 Cfr. STS 737/2004, de 2 de junio, F. J. Quinto.

ciar diversas concepciones, más laxas o más estrictivas, sobre los requisitos que serían necesarios para apreciar las atenuantes análogicas. Dos son las variables que incidirán en el mantenimiento de una postura más amplia o restrictiva con relación a las atenuantes analógicas: el ámbito de la remisión de la “análoga significación” y la concreción de los requisitos que ha de tener la circunstancia atenuante de análoga significación. Esto condicionará, a su vez, que la cuasiprescripción sea considerada como atenuante de análoga significación a la prescripción, como atenuante de análoga significación a la atenuante de dilaciones indebidas⁴³, o que resulte inadmisibile.

1. La cuasiprescripción como atenuante de análoga significación a la prescripción

Para determinar si la cuasiprescripción puede ser considerada como una atenuante de análoga significación a la prescripción habría que resolver dos cuestiones:

1.1 Ámbito de remisión de la análoga significación

Por lo que se refiere al ámbito de la remisión de la análoga significación, según el artículo 21.7^a, solo podrán ser circunstancias atenuantes por análoga significación las que la tengan con cualquiera de las circunstancias atenuantes “anteriores”. Esto es, habría que establecer la comparación únicamente con las recogidas en los ordinales precedentes (1^a a 6^a), sean genéricas o eximentes incompletas⁴⁴. Por lo tanto, del tenor literal del precepto se desprendería que quedaría vedada la posibilidad de realizar la comparación de la análoga significación:

43 En este sentido, STS 77/2006, de 1 febrero, F.J. Octavo (abusos sexuales) la aprecia como muy cualificada en relación a la prescripción, y baja la pena en un grado; mientras que la STS 1387/2004, de 27 diciembre, F.J. Décimo (terrorismo) la relaciona con la atenuante de dilaciones indebidas, pero abarcando supuestos de cuasiprescripción, apreciándola también como muy cualificada y bajando en dos grados la pena.

44 Así, expresamente, SAP Pontevedra 4^a 20/2014, de 10 de junio, F. J. Tercero.

a) con cualquier otra circunstancia atenuante no incluida en el artículo 21 del Código penal, como sucedería con la circunstancia mixta de parentesco cuando opere como atenuante, al hallarse esta recogida en el artículo 23;

b) con cualquiera de los subtipos atenuados del Libro II del Código penal que contuvieran elementos especificadores del tipo que aminoraran la pena con relación al tipo básico, esto es, las también denominadas atenuantes específicas; o

c) con cualquier otro artículo del Código penal que otorgara un tratamiento favorable al reo como, por ejemplo, las excusas absolutorias recogidas en el artículo 268 del Código penal.

Sin embargo, no faltan sentencias que han apreciado la posibilidad de la aplicación de las atenuantes analógicas más allá del citado artículo (consentimiento⁴⁵, por la menor entidad del injusto⁴⁶, o por participación de *extraneus*⁴⁷). Esta forma de proceder ha permitido que haya habido una tendencia expansiva a la hora de establecer la análoga significación, habiéndose llegado al punto de encontrarla también con una causa de extinción de la responsabilidad penal como es la prescripción.

45 Cfr. SAP Madrid 17ª, 328/2011, de 10 marzo, F. J. Segundo, en un caso de quebrantamiento de condena.

46 Vid. STS 435/1994 de 4 de marzo, F. J. Tercero, en relación con los delitos contra la salud pública, consideraba que la anterior circunstancia 10ª del art. 9 del Código penal derogado incluía una analogía que podría basarse “en la totalidad del ordenamiento jurídico o en el Derecho natural...–y que constituía– una cláusula general de individualización de la pena”; en relación con la falsificación de monedas, la SAN 26/2000, de 21 de septiembre, F. J. Tercero, estima la aplicación de esta atenuante por “la menor entidad del injusto”.

47 Antes de la introducción del apartado 3º del artículo 65 en el Código penal, la jurisprudencia, siguiendo a un sector de la doctrina, aludía para justificar la minoración de la pena del *extraneus* en los delitos especiales a la atenuante analógica de no tener aquél las características, cualidades o condiciones que la correspondiente figura de delito requería, vid. SSTS 257/2003 de 18 febrero; 2052/2001, de 7 noviembre, F. J. Vigésimo quinto; o la 168/1994, de 2 febrero, F. J. Undécimo, apreciándose la atenuante analógica de no ser funcionario, infringiendo el principio de legalidad, lo que se subsanó con la mencionada reforma del art. 65 del Código penal.

1.2. Análoga significación entre la prescripción y la cuasiprescripción

Llegados a este punto, es decir, incluso admitiendo, lo que parece más que cuestionable, esto es, que cabría llevar a cabo una operación analógica más allá del art. 21 del Código penal, ya que esto contraviene la dicción literal del citado precepto⁴⁸, el problema ahora sería otro: el de si puede considerarse que la cuasiprescripción puede tener análoga significación a la prescripción.

Un sector de la doctrina española mantiene una concepción amplia de la operación analógica. Considera que la razón de la existencia de la atenuante analógica sería disminuir el contenido del injusto del hecho o el grado de su imputación personal, añadiendo también un criterio genérico: la conveniencia de pena. Estiman que el tenor literal del art. 21.7ª no exige para la aplicación de esta atenuante el parecido externo entre las circunstancias en comparación, sino solo la equivalencia de su significado en lo relativo a la minoración de la respectiva categoría del delito⁴⁹.

48 Por todas, STS 1336/2002 de 15 julio. Basándose en los precedentes del artículo, así como en la literalidad del mismo, GOYENA HUERTA, J., “Las atenuantes por analogía”, en J. Muñoz Cuesta (Coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, p. 81, considera que la análoga significación tiene que ser a las anteriores, postura que ha sido la mayoritariamente sostenida por el Tribunal Supremo. En el mismo sentido, MUÑOZ RUIZ, J., *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas. Régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación*, Aranzadi, 2016, p. 131 y ss.; niega la analogía a la excusa absoluta, SAP de Cantabria 1ª 7/2000, de 22 de marzo, F.J. Octavo.

49 Así, MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V., “Comentario al art. 21 del CP”, en M. Corcoy Bidasolo; S. Mir Puig, *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 142. En esta línea, STS 504/2003 de 2 abril, F. J. Octavo, lo cual alude a “la disminución del injusto o del reproche de culpabilidad en el autor... a requerimientos de la política criminal”, añadiendo que: “La análoga significación no se refiere a la concurrencia de los presupuestos de las demás atenuantes previstas en el precepto que recoge las circunstancias de atenuación, pues ello daría lugar a la afirmación de la existencia de atenuantes incompletas”.

Por el contrario, otro sector de la doctrina española sostiene una concepción más restrictiva, exigiendo analogía con los elementos o características de las atenuantes con las que se entabla la operación analógica⁵⁰.

Por último, habría que hacer referencia a una teoría ecléctica, la cual, partiendo de los postulados de la concepción amplia, considera que en la atenuante analógica ha de acreditarse la análoga significación mediante la identidad de fundamento con la respectiva atenuante, pero sin llegar a exigir la analogía con sus elementos⁵¹.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de la prescripción, bien se le otorgue carácter material, como así lo hace de forma mayoritaria la doctrina española⁵², o se reconozca su naturaleza procesal (como un requisito de procedibilidad o de ejecución procesal de la pena), como también de forma mayoritaria se sostiene en la Doctrina alemana⁵³, la identidad de fundamentación entre prescripción y cuasiprescripción resulta remota.

En efecto, mientras que el transcurso del tiempo en la prescripción ha sido concebido como una causa de extinción de la responsabilidad penal, con relación al resto de las cuales,

50 Cfr. MUÑOZ RUIZ, J., *Las circunstancias...*, 2016, p. 131 y ss., considera imprescindible la semejanza en sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida, evitando convertir a la atenuante por analogía en el portillo de atenuantes incompletas ya rechazadas y que no están recogidas legalmente.

51 Vid. por todos, ALCÁCER GUIRAO, R., *Memento Práctico*, 2017, p. 460, quien afirma que el Tribunal Supremo no parte de una similitud formal con las restantes atenuantes, sino de una perspectiva material establecida a partir del fundamento de las mismas, siendo lo determinante el significado de las mismas y no su morfología. ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análogo significación*, Universidad de Valencia, 1978, pp. 53, 56 o 224.

52 Sobre el estado de la cuestión en la doctrina española, por todos y recientemente, CARDENAL MONTRAVETA, S., *La prescripción de la pena tras la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 25 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, V., *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, BdeF, 2016, p. 13 y ss.

53 Ampliamente, ASHOLT, M., *Verjährung im Strafrecht. Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB*, Mohr Siebeck, 2016, p. 345 y ss.

como se verá más abajo, no se ha construido ninguna otra atenuante analógica, la cuasiprescripción operará –como el resto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal– en fase de determinación o individualización de la misma, esto es, a los solos efectos de precisar la entidad de la pena⁵⁴.

Por otra parte, el transcurso del tiempo ha de ser absoluto en el caso de la prescripción, de tal manera que este se establezca para ser respetado por los órganos judiciales en su totalidad, constituyendo una suplantación de la voluntad y del tenor de la ley el atribuirle un efecto atenuatorio al plazo fijado de prescripción cuando este no ha concluido.

2. Atenuante analógica a las dilaciones indebidas

A diferencia del caso anterior, la aplicación de la cuasiprescripción a través de la atenuante de dilaciones indebidas cumple el requisito del ámbito del establecimiento de la análoga significación con relación a las anteriores circunstancias atenuantes, al hallarse esta recogida como circunstancia 6ª del art. 21 del Código penal.

Sin embargo, también en este caso la cuasiprescripción, sobre todo cuando es preprocesal o, siendo intraprocésal, la dilación se produce por causas imputables al autor (rebeldía o causación de otra obstrucción procesal), hay que concluir que se está ante una institución distinta a las dilaciones indebidas⁵⁵.

En concreto, cuasiprescripción y dilaciones indebidas se distinguen en que:

54 Así, la STS 172/2006, de 22 de febrero, sostiene la independencia entre las dilaciones y la prescripción; cfr. también, la SAP Pontevedra 4ª 20/2014, de 10 de junio, F. J. Tercero; o la SAP 3ª Murcia 279/2018, 27 de junio, F. J. Primero B), la cual apunta que “*el transcurso del tiempo no tiene ni idéntica naturaleza, ni semejante sentido y proyección jurídico-penal para la declaración de la prescripción, causa extintiva de responsabilidad penal...–que– una dilación indebida...*”.

55 En este sentido, marca la diferencia entre cuasiprescripción y dilaciones indebidas, STS 290/2014, de 21 de marzo, F. J. Decimotavo, haciendo referencia a la doctrina al respecto establecida en la STS 883/2009, de 10 de septiembre.

a) mientras que en la cuasiprescripción se pretende atenuar la responsabilidad penal una vez transcurrido un lapso de tiempo determinado y próximo, más o menos, al de la prescripción, sea cual sea la actitud del acusado, en las dilaciones indebidas es necesario que las mismas no se deban a la actuación del imputado⁵⁶;

b) las dilaciones indebidas suponen la conculcación de un derecho constitucional, mientras que la prescripción –y, por ende, la cuasiprescripción– es una cuestión de legalidad ordinaria y no de vulneración del derecho fundamental alguno, ya que no existe ningún derecho a ser juzgado en un plazo determinado⁵⁷;

c) el tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos y la incoación del procedimiento solo puede tener relevancia a efectos de prescripción, no pudiéndose equiparar los conceptos de averiguación del delito con el de sustanciación del proceso penal⁵⁸;

d) las dilaciones indebidas son judiciales, presuponen la existencia de un proceso y se producen en el seno del mismo, mientras que la cuasiprescripción, como se ha expuesto más arriba, puede darse: antes, durante o posteriormente al proceso no concluido por sentencia firme;

56 Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Grupo Difusión, 2007, p. 265 y ss. Por contra, LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “La nueva atenuante de dilaciones indebidas: requisitos y presupuestos de aplicación”, *Estudios Jurídicos*, 2011, p. 80, considera que las dilaciones procedimentales y el instituto de la prescripción tienen el mismo fundamento por suponer ambas el juzgar a una persona más allá del plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora.

57 STS 692/2008, de 4 noviembre, F. J. Noveno (Caso AVE), califica a la cuasiprescripción como una institución “de contornos imprecisos e inciertos”, reiterando que la doctrina del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en modo alguno puede identificarse con la duración global del proceso o con el simple incumplimiento de los plazos, ya que su inobservancia no se halla constitucionalizada como violación de derechos fundamentales.

58 Como pone de manifiesto la STS 290/2014, de 21 de marzo, F. J. Decimotavo: “*No hay tramitación mientras no hay procedimiento. El tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos y la incoación del procedimiento tiene relevancia en cuanto a la prescripción, pero no en relación a esta atenuante... La atenuante no es una especie de “sanción procesal” al perjudicado por no haber denunciado antes los hechos*”.

e) por último, no cabe equiparar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, esto es, a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable, lo que, además, conduciría, en todo caso, a que se tomase las medidas necesarias para que cesase esa dilación (entre otros, art. 200 de la LECrim), o a que, incluso, se pudiera justificar una reparación de los daños causados por vía indemnizatoria, al inexistente derecho a que se produzca la prescripción penal, el cual no da lugar a indemnización alguna, ni da derecho, en el caso de la cuasiprescripción preprocesal, a instar un artículo de previo pronunciamiento (art. 666.3ª LECrim)⁵⁹.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo considera que las dilaciones indebidas no pueden ser entendidas como mero transcurso del tiempo, esencia de la cuasiprescripción, ya que si no se produciría “el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en un derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud”⁶⁰.

Más recientemente, el citado Alto Tribunal advierte del peligro de abusar de la laxitud en la aplicación de las atenuantes⁶¹; y la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales precisa que las molestias o padecimientos que conlleva el sometimiento a un proceso penal (incertidumbre frente a su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares, presentaciones quincenales, obligaciones *apud acta*, etc), se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente, lo que ya está compensado con la atenuante de dilaciones indebidas; y de resultar inocente el sujeto daría derecho a la indemnización del art. 121 de la CE y

59 Así, entre otras, SSTC 152/1987, de 7 de octubre; 142/2012, de 2 de julio; 78/2013, de 18 de abril o 126/2014, de 21 de febrero.

60 Vid. STS 318/2013, de 11 de abril, F. J. Tercero.

61 Así, la STS 586/2014, de 23 julio, F. J. Décimo (Caso Naranjax), rechaza la alegada cuasiprescripción, al considerar que ello implica una vulneración de lo dispuesto en el artículo 21.7 del Código Penal, estimando “*que no cabe llevar a cabo una interpretación laxa del cauce de la analogía para limitar la penalidad legalmente establecida. Lo que hace necesario reconducir las eventuales interpretaciones de esos antecedentes jurisprudenciales*”.

Libro III, Título V de la LOPJ, o a la responsabilidad civil, penal o administrativa que prevé la citada LO en su Libro IV, Título III. Pero, lo que no está previsto, en ningún caso, es eximir o atenuar la responsabilidad penal por aquellos inconvenientes⁶². Esto, además, se vería respaldado por el dato expreso de que la doctrina constitucional, como se vió, no incluye en el núcleo del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías ningún efecto exonerativo.

Por otro lado, atribuir efectos atenuatorios, a través de la atenuante analógica a las dilaciones indebidas, a los retrasos procesales imputables al propio acusado o condenado en la instancia, como también se pretende desde la defensa de la cuasiprescripción, infringe uno de los requisitos exigibles en las atenuantes por analogía, esto es, que el motivo o fundamento atenuatorio invocado sea lícito⁶³. Y es claro que la situación de rebeldía o la realización de maniobras dilatorias previas, durante el proceso o posteriores a la conclusión del mismo en la instancia, para evitar las consecuencias jurídicas del delito, no lo son.

V. Aplicación de la cuasiprescripción a delitos de corrupción

La figura de la cuasiprescripción, como se puso de manifiesto más arriba, nace en el contexto de los delitos de abusos o agresiones sexuales, sobre todo contra menores o personas con discapacidad para evitar supuestos –aislados– de chantaje.

Sin embargo, casi simultáneamente a estos delitos, la cuasiprescripción comienza también a aplicarse, aunque de forma más restrictiva, a los delitos contra la Hacienda Pública⁶⁴,

62 STS 290/2014, de 21 de marzo, F. J. Decimotavo.

63 En este sentido, DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J., *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, EGD, Madrid, 1995, p. 44, recalca que, entre los requisitos de la atenuante por analogía, está que el motivo sea lícito, invocando STS de 18 de abril de 1980, que afirmaba que “...nunca pueden tener efecto atenuante los que deban ser valorados como inmorales o antisociales...”

64 Cfr. por todas y últimamente, SAP Barcelona 7ª 716/2017, de 13 de noviembre, F. J. 4º; SAP Lleida 1ª 97/2017, de 14 de marzo, F. J. Cuarto-1.

sobre todo en el ámbito de la cuasiprescripción preprocesal, no tardando posteriormente en extenderse a otros tipos delictivos⁶⁵. No obstante, su alegación por parte de las defensas no ha conocido límites ni en las diferentes modalidades de la cuasiprescripción, ni en cuanto a los tipos delictivos en los que se pretende la aplicación de la misma⁶⁶. Uno de los últimos ámbitos de alegación y, en su caso, apreciación de la cuasiprescripción ha sido el de los delitos de corrupción. Si bien, hay que reconocer que, en este ámbito, la onda expansiva de esta atenuante analógica ha llegado debilitada.

No obstante, la aplicación de la cuasiprescripción preprocesal con causa en los delitos de corrupción no tendría mucho sentido, ya que la concurrencia de motivos espurios como causa de postergación del ejercicio de la acción penal en procesos penales por estos delitos es altamente improbable. Esto es así porque los delitos relativos a la lucha contra la corrupción son delitos en los que, sobre todo, se causa un perjuicio al interés público, permaneciendo en un segundo orden el perjudicado directo individual, colectivo o institucional.

Además, todos los delitos contra la Administración Pública son todos perseguibles de oficio⁶⁷, esto es, no existe, como en los casos en los que se ha aplicado de manera preferente esta figura –abusos o agresiones sexuales–, ni monopolio del ejercicio de la acción penal por parte de los sujetos pasivos o sus representantes legales, ni posibilidad de acudir a la negociación más allá de los tratos que se pudieran alcanzar con la Fiscalía,

65 Cfr. STS 1387/2004, de 27 diciembre, F. J. Undécimo: tardanza del MF en interponer denuncia.

66 SAP Madrid 2ª 322/2018, de 23 de abril, F. J. Tercero (lesiones); SAP Cáceres 2ª 242/2018, de 20 de julio, F. J. Décimo (prevaricación medioambiental); SAP Valencia 3ª 87/2016, de 6 de noviembre, F. J. Primero (estafa); SAP Madrid 2ª 302/2017, de 5 de mayo, F. J. Sexto (hurto); SAP Alicante 10ª 350/2018, de 15 de noviembre, F. J. Décimo-2.

67 Únicamente los delitos de corrupción en los negocios se persiguen mediante denuncia del ofendido, salvo que afecten a los intereses generales o a una pluralidad de personas, en cuyo caso serán perseguibles de oficio (art. 286 bis-287).

la cual, en todo caso, ha de velar por los intereses generales y la legalidad. Es más, en ellos suele personarse también, además de la acusación particular, la acción popular.

Es cierto que ha habido supuestos de presuntos chantajes con relación a la interposición de querellas, a través de la acción popular, en casos de delitos de corrupción (v. gr. caso “Manos Limpias”). Pero, para estos supuestos, al igual que también en el caso de los abusos o agresiones sexuales, ya están previstos los delitos de amenazas, coacciones o los de obstrucción a la Justicia⁶⁸, de aplicación general con independencia del delito de que se trate y con independencia de la cuestionable actuación de este pseudosindicato como acción popular⁶⁹.

No obstante todo lo anterior, es cierto también que, por las vías legalmente previstas de la conformidad procesal o de la figura de la colaboración con la Administración de Justicia puede ser que se produzcan efectos atenuatorios de la responsabilidad penal, si bien todo ello se halla legalmente previsto, debido a la excepcionalidad con relación al principio de legalidad procesal⁷⁰, lo que no sucede con la cuasiprescripción.

El otro grupo de argumentos esgrimidos por la jurisprudencia española para justificar la aplicación de la cuasiprescripción preprocesal con causa ha sido el de la clamorosa inactividad o desidia de las autoridades a la hora de denunciar los delitos. Pero, estos supuestos tampoco suelen darse en relación a los delitos de corrupción, debido a la presión que suele existir por parte de los medios de comunicación, de los contrincantes

68 Cfr. arts. 172 y ss.; art. 463 y ss.

69 Sobre el particular, por todos, CASTILLEJO MANZANARES, R., “La acción popular. Restricción en su ejercicio”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, Nº 5, 2009, p. 184 ss., la cual propone acabar con el débil e insignificante control jurisdiccional en la apertura del juicio oral para que la acción popular no se convierta en un instrumento de defensa de intereses contrarios al proceso penal.

70 V. gr. Art. 787 de la LECrim y arts. 31.1 b); 90.8, 92.2, 305.6, 307.5, 308.7, 376, 426, 434, 570 quáter.5 del Código penal.

políticos, o de los diferentes colectivos o grupos sociales para que se proceda a su investigación.

Es más, la realidad judicial de los procesos de corrupción acredita una realidad contraria a la desidia, produciéndose los retrasos por la dificultad que entraña la denuncia de los mismos, debido al miedo a denunciar o a las presiones que sufren los denunciantes internos, la implicación en los hechos de los que podrían denunciar, o, cuando no, son debidas a la carga de trabajo que pesa sobre órganos judiciales deficientemente pertrechados para afrontar este tipo de complejos procesos⁷¹.

En cuanto a la aplicación de la cuasiprescripción sin causa, esto es, simplemente por el mero transcurso del tiempo, puede considerarse mayoritaria la jurisprudencia que rechaza el que se le atribuya a la cuasiprescripción efectos atenuantes en aquellos supuestos en los que entre la comisión del hecho y su enjuiciamiento haya transcurrido, sin más, un período de tiempo dilatado, siendo el desconocimiento de la comisión del delito lo que impidió la incoación del procedimiento penal⁷², debido a los factores antes señalados.

En el ámbito de la jurisprudencia menor, la cuasiprescripción se ha aplicado, hasta el momento de redactar este artículo, en un caso de cohecho, apreciándola como atenuante analógica muy cualificada, una vez transcurrido el 60% del plazo

71 Cfr. AMOEDO BARREIRO, D., “Hacia una Ley de protección para los denunciantes de corrupción en España”, *R.I.T.I.* N° 3, 2017, p. 1 y ss. Disponible en: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/04/Daniel-Amoedo.pdf>; PÉREZ GIL, J., *Revista General de Derecho Procesal*, N° 40, 2016, p. 1 y ss.

72 Como advierte STS 586/2014, de 23 julio, F. J. Décimo (Caso Naranjx), la cual rechaza la cuasiprescripción alegada, “... *la tardanza en la formalización procesal de la imputación es en buena medida relacionable con los sorprendidos comportamientos por quien, dadas las funciones públicas que desempeñan, no era previsible que los llevase a cabo. Así pues, ni cabe hablar de desproporción en la pena impuesta, ni que ésta, por el tiempo de su ejecución, no vaya a lograr los fines para los que fue establecida dadas las circunstancias personales del penado en quien es de presumir la mejor de las disposiciones en especial para el éxito de la función preventiva especial de la pena*”.

de prescripción del citado delito. Pero, nada impediría, dada la tendencia expansiva de la misma en la jurisprudencia, a que se extendiera su aplicación a otros delitos de corrupción.

En la citada sentencia no se establece específicamente con qué otra atenuante analógica se realiza la operación de análoga significación, sino que se realiza una argumentación por remisión a lo alegado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷³.

Como en la mayoría de los casos, se acude al argumento del olvido social. Si bien, a la hora de bajar la pena en un solo grado se afirma, contradiciéndose a sí misma, que el cohecho es un tipo que “reviste gravedad y que permanece en la memoria colectiva por el engaño que genera al funcionamiento de nuestra convivencia democrática”⁷⁴.

El efecto colateral y perverso que tendrá la atenuante de cuasiprescripción –tanto como genérica y, sobre todo, como muy cualificada– al ser aplicada a los delitos de lucha contra la corrupción no radicará tanto en la disminución que la misma provoque en las penas privativas de libertad, sino al disminuir significativamente las penas de inhabilitación o suspensión de empleo o cargo público, o la de sufragio pasivo que, como principales o accesorias, tuvieran previstas los delitos de corrupción⁷⁵. De esta manera, el tratamiento más severo que se realiza por la vía legal parlamentaria en la lucha contra la corrupción, recibe un correctivo de *soft law*, a través de la creación jurisprudencial.

73 En concreto, SAP de Sevilla 4/2016, de 15 de julio, F. J. Quinto.

74 *Idem*.

75 Por el contrario, en la Jurisprudencia penal alemana, ZAPF, D., “Zur Entwicklung der Verfolgungsverjährung bei Korruptionsdelikten in der Rechtsprechung”, *NZWiSt*, 2018, pp. 54-58, aprecia en la misma un incremento en la exposición al riesgo de los individuos, empresas, o sus trabajadores de ser sancionados en el caso de que cometan una infracción penal de esta clase, ya que la prescripción de la *Verbandssanktion* –sanciones accesorias– (33, 30 y 130 de la OWiG) en casos de delitos de corrupción será accesoria a la prescripción de estos, aplicando los tribunales alemanes una interpretación más restrictiva para que aquella no se produzca.

dencial de la atenuante analógica de cuasiprescripción, sin una base legal clara para ello⁷⁶.

Por otra parte, no debe tampoco pasar desapercibido que, de aplicarse la atenuante de cuasiprescripción, la determinación de la responsabilidad penal de los parlamentarios podría verse también beneficiada en los supuestos que aquellos cometan delitos de corrupción durante su mandato, debido a la necesaria solicitud del suplicatorio. En efecto, la inmunidad parlamentaria de Diputados y Senadores conlleva que estos «no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva» (art. 71.2 de la CE). Dada la nueva regulación de la interrupción de la prescripción (art. 132.2-1ª y 2ª del Código penal), el tiempo de espera hasta que se pida y, una vez solicitado, hasta que se concede el suplicatorio, podría luego esgrimirse para minorar la responsabilidad penal por la vía de la cuasiprescripción⁷⁷.

Sin embargo, ya desde la STC 206/1992, de 27 de noviembre. F. J. 3, se afirmaba que:

“... nuestra Constitución ha venido a incorporar un instituto que, en la medida en que pueda suponer una paralización, si quiera temporal, de la acción de la justicia y, en su caso, del derecho fundamental a la tutela de los Jueces, aparece, prima facie, como una posible excepción a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, el sometimiento de todos al imperio de

76 En efecto, ya desde el Apartado I del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se afirma que: *“Se refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública...”* concretándose en el Apartado XIX que: *“...se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas previstas en la actualidad. En primer lugar, la reforma lleva a cabo el aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público...Y, en segundo lugar, en los delitos más graves en los que ya se prevé la posible imposición de una pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, se añade la imposición adicional (no alternativa) de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo”.*

77 Vid. STS 1/1997, de 28 octubre, F. J. Duodécimo.

la Ley como expresión de la voluntad popular (Preámbulo de la Constitución, párrafo tercero)...la hipótesis de una intencionalidad hostil a la institución parlamentaria en la actuación judicial, determinante en los orígenes del instituto (fumus persecutionis), debe ser hoy considerado un supuesto no descartable, mas su capacidad de agotar el sentido del instituto supondría la restricción del mismo a unos límites que no parecen haber sido los queridos por el constituyente”.

Por otra parte, en los casos en los que se denegara el suplicatorio solicitado, y rechazando la anacrónica literalidad de lo preceptuado en el art. 754 la LECrim y en el art. 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912, los cuales establecen el sobreseimiento libre para el caso de que las Cámaras denieguen el suplicatorio, al retomarse el procedimiento⁷⁸, una vez desaparecido el estatus de Diputado o Senador de aquél a quién iba referido el suplicatorio que fue denegado y que, en la línea de la doctrina mayoritaria, habrá producido una interrupción de la prescripción⁷⁹, en la mayoría de los casos habrá transcurrido un lapso de tiempo significativo entre la comisión del hecho y el inicio del procedimiento, lo que haría actuar a la cuasiprescripción, incluso como muy cualificada.

78 Cfr. STC 124/2001, de 4 de junio. Por su parte, FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, *Foro*, Nº 12, 2011, p. 41 ss. y 72, denuncia la carencia de una legislación postconstitucional de las prerrogativas parlamentarias, calificando a aquellas de “instituciones arcaicas, propias de épocas pasadas, que aún hoy tienen el rancio sabor de los privilegios”, demandando su interpretación conforme a los nuevos valores constitucionales.

79 Así, CARRO MARTÍNEZ, A., “La inmunidad parlamentaria”, *Revista de Derecho Político*, Nº 9, 1981, p. 108, considera que la inmunidad debería interrumpir tan sólo el plazo de prescripción del delito imputado y no producir la impunidad; CAVERO GÓMEZ, M., “La inmunidad de los diputados del Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 20, 1990, p. 27, entiende que la denegación del suplicatorio no produce efectos materiales de exención de responsabilidad, sino sólo de imposibilidad temporal de proceder penalmente contra el parlamentario mientras dure su función; así también, en la Doctrina penal, por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Nº 64, 1984, p. 66, y STS de 22 de mayo de 1981.

De esta manera, la reiterada doctrina constitucional sobre el suplicatorio, según la cual: «*la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de Diputados o Senadores, [pues] la existencia de tal tipo de privilegios pugnaría entre otras cosas, con los valores de justicia e igualdad que el art. 1.1 reconoce como superiores de nuestro ordenamiento jurídico*»⁸⁰, se vería también conculcada por la vía de la aplicación de la atenuante de cuasiprescripción, que haría revivir un privilegio, ya inexistente, cuando la acción penal se dirigiera contra el exparlamentario con relación al cual en su momento se denegó el suplicatorio⁸¹.

En todo caso, en el diseño de cualquier sistema legal en la lucha contra la corrupción no hay que olvidar la necesaria sintonía que han de tener todas las instituciones de Derecho material entre sí, y estas con las procesales, lo que resulta fundamental para la adecuada consecución de efectos preventivos, así como para no interferir en la consecución de sus logros.

80 Ya desde la STC 90/1985, de 22 de julio, F. J. 6; vid. también la 123/2001, de 4 de junio.

81 En la Doctrina alemana BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *Strafrecht*, AT, 12ª ed., 2016, pp. 68 y 69, ponen el ejemplo de un parlamentario del *Bundestag* que comete un delito durante su mandato, no pudiendo ser objeto de una acción penal, pero sí de una reclamación en vía civil de reparación del daño. Pero, una vez desaparezca su inmunidad, tras finalizar su mandato o por anulación del mismo, el parlamentario podría ser castigado penalmente por el delito previamente cometido. Pero, por supuesto, mientras dure la inmunidad no se inicia la prescripción –de la persecución– del delito (suspensión de la prescripción del § 78.1-2-II del StGB). En la Doctrina italiana, PIZZORUSSO, A., “Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 2, 1984, p. 42, considera a la inmunidad, no como una eximente, sino como una causa temporal de improcedibilidad de la acción penal, cuya efectividad queda en suspenso hasta que se conceda la autorización parlamentaria o, en su defecto, hasta el término de la legislatura en la que se solicita, o hasta el fin del nuevo mandato si resultara reelegido.

VI. Crítica a la figura de la cuasiprescripción

La cuasiprescripción presenta serios inconvenientes tanto desde un punto de vista dogmático, como desde un punto de vista positivo para ser asumida en el Derecho penal español vigente. Estos serán abordados de forma sistemática, abarcando diversos aspectos que van desde su fundamentación hasta los efectos que produce, y sin perjuicio de los ya apuntados anteriormente.

1. Crítica de las fundamentaciones de la cuasiprescripción

Tres son, básicamente, las construcciones que se manejan en la doctrina y la jurisprudencia españolas a la hora de fundamentar la cuasiprescripción: la relativa al olvido social, que es la que más se repite en las sentencias que la aplican, el argumento de la pena natural, y la relativa al principio de proporcionalidad.

1.1. La teoría del olvido social

El primer aspecto criticable de la cuasiprescripción es la fundamentación de la prescripción de la que se parte, y que no es otra que la clásica teoría del olvido social, la cual ha sido y es mecánicamente reiterada como argumentación por los tribunales al fundamentar y aplicar la cuasiprescripción.

La teoría del olvido social como fundamentación de la prescripción –o de la cuasiprescripción– solo puede ser entendida por la fecha en la que fue formulada y generalizada: entre los años treinta y cincuenta del siglo pasado. Sin embargo, esta construcción presenta numerosos inconvenientes, los cuales se ponen de especial manifiesto en los delitos de corrupción.

El primero de ellos es el de alegar que con el transcurso de los años se desvanece el contenido de cualquier hecho punible, o que este se va atenuando hasta desvanecerse por completo, pasándose a percibir como algo del pasado⁸². Sin embargo, esta

⁸² Vid. supra nota 17.

argumentación no aguantaría en la actualidad el poder de internet, de las redes sociales, sobre todo en épocas electorales, ni, menos aún, el de las “malditas” hemerotecas⁸³.

En segundo lugar, el hecho mismo del olvido social parece, como la prescripción, un concepto absoluto: las cosas se olvidan o se recuerdan, por lo que la cuasiprescripción tendría que ir referida una especie de “nebulosas de recuerdos” o un “cuasiolvido”, lo que también es todavía más difícil de constatar.

En tercer lugar, en la cuasiprescripción se hace depender la atenuación de una pena del argumento de que el hecho “se siente o se percibe” por el conjunto de la sociedad como un hecho del pasado, lo que, como mínimo, genera perplejidad, pues tal sentimiento o percepción no van a ir acompañados de datos empíricos que pudieran ayudar al juez que ha de traducirlos en efectos atenuatorios de la pena a imponer.

En cuarto lugar, la teoría del olvido social parece dissociar, como dos realidades diversas, a la sociedad considerada en abstracto: de un lado estaría la sociedad que cuasiolvida los efectos del delito que cuasiprescribe; y, de otro, la sociedad a la que pertecerían los sujetos pasivos, víctimas y, en su caso, perjudicados por el delito, así como su familia y entorno, los cuales no formarían parte de la sociedad que se dice que ha cuasiolvidado el delito.

Como se puso de manifiesto más arriba, la cuasiprescripción surge en torno a los delitos de agresiones y abusos sexuales, sobre todo contra menores y personas con discapacidad, con relación a los cuales se llega a afirmar que el que la infracción delictiva se haya producido en la intimidad de la familia ejerce un efecto “acelerador” del citado olvido social, haciendo que este sea más intenso⁸⁴.

83 No se trata del derecho al olvido de los condenados que hubieran cumplido su condena o extinguido su responsabilidad penal, como condición para su reinserción social (cfr. SAN 3ª de 18 de julio de 2017), sino de atenuar la pena de alguien sobre la base de que la conducta por la que se le enjuicia se supone que está “casi” olvidada.

84 STS 77/2006, de 1 de febrero, F.J. Octavo.

Esta argumentación no solo es en sí misma cuestionable, sino que, en buena lógica, debería llevar a considerar que cuando se trate de delitos de gran trascendencia social, como sucede con los delitos de corrupción, habría de tener un efecto “ralentizador” del olvido social, por lo que la cuasiprescripción en este tipo de delitos o bien habría que excluirla, o la haría apreciable cuando hubiera transcurrido gran parte del plazo de prescripción, superior, en todo caso, al de los delitos que se han cometido en la intimidad. Sin embargo, no se realiza ni tal exclusión, ni tales ponderaciones.

Por otra parte, los defensores del olvido social como fundamento de la prescripción y, por ende, de la cuasiprescripción, sostienen que el comienzo del cómputo de los plazos de prescripción debería ser aquel en el que la infracción tiene trascendencia pública o fuera conocida por la víctima o por la colectividad, considerando que hasta ese momento no puede aludirse a que exista dañosidad social.

Se aduce que esta fórmula es muy útil para aquellos delitos con altos índices de prescripción y que están configurados en su dinámica comisiva para hacer prácticamente imposible su descubrimiento –como sucede con los de corrupción⁸⁵. Sin embargo, esta construcción parece desconocer que la mayoría de los delitos se ejecutan para no ser descubiertos, si bien es cierto que la ingeniería financiera que acompaña a los delitos de cuello blanco, de los que son una subespecie los de corrupción, pueden presentar mayores dificultades por la escasez o vetustez de los medios con los que cuenta la Administración de Justicia. Pero, no hay que desconocer que las defensas contratadas, cuya habilidad y potencia es directamente proporcional a los recursos de los defendidos, suelen realizar maniobras tendentes a enredar y dilatar la duración del proceso, conscientes del rédito siempre favorables para sus defendidos. En consecuencia, la forma de proceder propuesta por los defensores del olvido social tampoco

85 En la doctrina española lo sostiene, RAGUÉS i VALLÉS, R. *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Atelier, 2004, p. 146.

elimina las posibilidades de que se produzcan, además de dilaciones indebidas, la prescripción o la cuasiprescripción: simplemente traslada, en su caso, el momento procesal de su producción.

Por otra parte, la construcción del olvido social como fundamento de la prescripción y de la cuasiprescripción, parece partir de una concepción del Derecho penal ajena a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales⁸⁶, lo que se produce con la ejecución de la acción o la omisión típicas, es decir, con independencia de su mayor o menor trascendencia pública, tal como afirma la teoría del olvido social al fundamentar la prescripción. La mera ejecución de la conducta típica –desvalor de acción– ya es nociva para la sociedad, se produzca o no un resultado lesivo o de peligro –desvalor del resultado–. En definitiva, el desvalor del resultado al que se conecta la teoría del olvido social a través de la alusión de la trascendencia social o pública del mismo, se limitará a modular el *quantum* de pena, o sería –en el caso de los delitos imprudentes– una condición objetiva de punibilidad, que de no concurrir, no supondrá que el desvalor de la acción no tenga trascendencia social o que quede sin sanción, sino que de ella se ocuparía, en su caso, otras ramas del ordenamiento jurídico (administrativo, laboral, civil, mercantil, etc.)⁸⁷.

Por otra parte, la teoría del olvido social parece desconocer que la mayoría de las infracciones penales son perseguibles de oficio por ser, precisamente, de interés general para el conjunto de la sociedad, de tal manera que el interés de los sujetos pasivos y/o perjudicados del delito en que se persigan es secundario. Es más, en el caso de los delitos de corrupción todos son perseguibles de oficio, incluidos los delitos de corrupción en los negocios.

86 Cfr. MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del *ius puniendi*”, en *EPCr* (XIV), 1991, pp. 205 y ss.

87 MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, Reppetor, 10ª ed., 2016, 6/16.

Por otro lado, referir el comienzo del cómputo de la prescripción a la “trascendencia pública” del hecho para la víctima o para la sociedad conlleva elementos tan vagos que comportarían elevadas dosis de inseguridad jurídica que es lo que, precisamente, parece pretender conjurar la prescripción.

Además, en el caso concreto de los delitos de corrupción la forma de proceder propuesta facilitaría e incrementaría el de por sí ya altísimo efecto facilitador de la evasión y ocultación de los fondos públicos que constituyen el objeto material de los mismos, por lo que se terminaría incrementado su dañosidad social, incluso pese a las últimas reformas en materia de decomiso (art. 127 ter del CP), y sin olvidar el problema de la obtención de pruebas.

Por último, esta propuesta de inicio de cómputo de la prescripción lleva incluida un “caballo de Troya”o, si se quiere, un “efecto boomerang”, ya que al esperar a la trascendencia social del hecho, al conocimiento –o denuncia– por la víctima o por la colectividad, podría terminar operando, nuevamente, la cuasiprescripción, ya que puede también propiciar el que transcurra un significativo lapso de tiempo entre la comisión del hecho delictivo y el momento del inicio del procedimiento penal.

Esto es lo que está sucediendo con la regla del art. 132.1-II del CP. En el citado precepto se introduce una norma especial que permite iniciar el cómputo de la prescripción de ciertos delitos cometidos contra menores de edad no desde el momento en el que aquellos fueron cometidos, sino a partir de que los menores alcancen la mayoría de edad, lo que conllevaría, en muchas ocasiones, el aplicar la figura de la cuasiprescripción preprocesal.

De esta manera se produce el siguiente sinsentido: el propio Código penal establece una norma que habilita el inicio de un enjuiciamiento tardío para la adecuada protección de las víctimas menores de edad frente a delitos graves, pero luego los tribunales utilizan esta misma habilitación para atenuar, por cuasiprescripción –incluso como muy cualificada– la responsabilidad

penal de los autores de los delitos recogidos en el citado artículo contra los menores de edad. Estas resoluciones de los tribunales suponen llevar a cabo una interpretación en fraude de ley. No obstante, en los últimos años un sector de la jurisprudencia está reaccionando contra esta anómala interpretación y rechaza en tales casos la aplicación de la atenuante de cuasiprescripción⁸⁸.

1.2. La teoría de la pena natural

Otra de las teorías que se podrían barajar para fundamentar la cuasiprescripción sería la de acudir a la pena natural, considerando que el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y el inicio del procedimiento penal, o desde la imputación formal hasta dictarse la sentencia –no constitutivo de dilaciones indebidas–, sería equivalente a una pena natural que soportaría el condenado por el delito⁸⁹.

88 Cfr. STS 303/2016, de 12 de abril, F. J. Segundo: “*No es lo mismo en caso de menores, puesto que el art. 132.1. 2º del Código Penal computa el inicio de la prescripción a partir de que lleguen a la mayoría de edad. Toma la ley en consideración sus resortes mentales, ya que si no hubieran puesto los hechos punibles sus representantes legales en conocimiento judicial, han de tomar esta decisión de denunciar tales menores cuando tienen suficiente juicio*”; por su parte, la STS 764/2017, de 27 de noviembre, F. J. Segundo, críticamente con relación a las SAP de las Islas Baleares 2ª, de 21 de septiembre de 2016, la cual aplica la cuasiprescripción como análoga muy cualificada en agresión sexual a sobrina de cuatro años, expresa que: «Sería un contrasentido que a través de la “cuasi prescripción” (es decir prescripción imperfecta) llegáramos a la prescripción»; en la STS 842/2018, de 17 de mayo, F. J. Segundo C), se afirma que: “... *El legislador amplía el plazo de prescripción en estos delitos precisamente para impedir la impunidad de estas conductas, especialmente cuando las mismas se producen sobre menores...*”; aborda el tema desde el punto de vista del Derecho transitorio, la STS 300/2018, de 19 de junio, F. J. Primero; la STS 171/2018, de 11 de abril, aplica el 132.1 y no se aplica ninguna atenuante por el transcurso del tiempo.

89 Para el caso de las dilaciones indebidas se ha sostenido por parte de la jurisprudencia –STS 519/2017 de 6 julio, F. J. Quinto– que: “el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito”; la STS de 20 de noviembre de 2003, F. J. Tercero, sostiene que: “la gravedad del mal producido

Sin embargo, tampoco sería viable acudir a la fundamentación de la pena natural en los casos de cuasiprescripción. No hay que olvidar que la pena natural es totalmente imprevisible antes de la ejecución de la acción típica, mientras que la prescripción es, por el contrario, previsible a priori, si bien es cierto que la interrupción o suspensión de la misma pueden hacer variar la duración inicial de este plazo, pero no el hecho mismo de que este operará.

Por otra parte, los supuestos clásicos de la pena natural surgen de acontecimientos negativos para el autor derivados de la propia realización de la acción delictiva⁹⁰, y no de los posteriores avatares procesales causados o no por el autor del delito, como se ha venido entendiendo por parte de la jurisprudencia para el caso de las dilaciones indebidas, en las que, al menos, se exige que no hayan sido causadas por el imputado. Sin embargo, como ha sido expuesto más arriba, en el caso de la cuasiprescripción se propone y admite que se apliquen efectos atenuatorios a la misma incluso en los casos de rebeldía o por cualquier otra causa imputable al acusado.

1.3. *El principio de proporcionalidad de las penas*

En cuanto a la fundamentación de la cuasiprescripción en la proporcionalidad de las penas, tampoco se sostiene, pues la gravedad del hecho es la que tiene que ser proporcional a la pena y no al mero transcurso del tiempo que supone la prescripción o la cuasiprescripción⁹¹. La duración de los plazos de prescripción

por el delito se ve especialmente disminuida cuando el tiempo pasa sin culpa o negligencia del afectado y que el tribunal, ... debe reflejar, en el ejercicio de su facultad individualizadora, la aflicción que ha tenido que soportar quien ha estado sujeto a un retraso injustificado en su enjuiciamiento”.

90 Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “La pena natural”, *La Ley*, N° 3, 1999, p. 1910 y ss..

91 En este sentido, por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política”, *Cuadernos penales José María Lidón*, N° 11, 2015, p. 260.

han de estar en consonancia con la previsible dificultad de la averiguación, enjuiciamiento y, en su caso, ejecución de la pena.

Además, la falta de fundamento atenuatorio en el transcurso del tiempo de los plazos de cuasiprescripción se hace todavía más evidente cuando estos están transcurriendo por la rebeldía del autor, o sin que concurra causa alguna espuria atribuible al sujeto pasivo, perjudicado o a las autoridades encargadas de la persecución.

Esta crítica se hace también especialmente evidente en el caso de delitos castigados con penas no muy elevadas y con tiempos de prescripción medio, en donde se podría conculcar por la vía de la cuasiprescripción el principio de proporcionalidad, pero por déficit de protección adecuada al bien jurídico-penal protegido en el proceso de individualización de la pena, sin base legal para ello, sobre todo si se aplicara esta atenuante como muy cualificada⁹².

Esto, además, se acentúa, como se puso de manifiesto más arriba, por el dato de que los plazos a los que se ha acudido para atenuar o bajar en grado la pena no han sido solo los próximos a la prescripción, sino que se ha llegado a considerar suficiente el que hubiera transcurrido incluso el 50% del plazo de prescripción, lo que si se trata de penas medias con plazo ordinario de prescripción de cinco años hacen más cuestionable la institución de la cuasiprescripción.

2. Cuasiprescripción y fines del Derecho penal

También desde los fines del Derecho penal resulta igualmente criticable la pretendida atenuante analógica de cuasiprescripción. No hay que olvidar que desde el punto de vista de la prevención general, la institución misma de la prescripción

92 SAP Madrid 2ª 302/2017, de 5 de mayo, F. J. Sexto “... no sería conforme con el principio de proporcionalidad, al que se refiere la STS 1387/2004, de 27 de diciembre, acabar reduciendo la pena de tal modo –en este caso, la sentencia apelada la fija en cuatro meses de prisión– que prácticamente quedarán impunes los hechos...”.

se considera contraproducente⁹³, sobre todo, para la prevención general positiva, ya que la vigencia de la norma aparece condicionada por el mero transcurso del tiempo, esquema que se reproduce a menor escala en el caso de la cuasiprescripción. Además, especialmente en casos de delito de corrupción, esta falta de vigencia o déficit de protección de la norma se ve redimensionada por el dato de afectar la comisión de delitos de esta clase no solo a la normas penales, sino también a las administrativas.

Por otra parte, no hay que olvidar que la pena tardía no siempre carece de efectos preventivos –generales o especiales–. No es lo mismo el caso de un joven que delinque de manera ocasional, no volviendo a delinquir más hasta su enjuiciamiento, y para el que la pena tardía obstaculizaría su reinserción social, que la de un funcionario público o político que ha cometido presuntamente diversos delitos, que ha sabido enmarañar el proceso y ocultar convenientemente lo distraído o defraudado, y que cuenta con una alta probabilidad de reincidencia. Además, no hay que olvidar que en países como España, en donde las dimisiones han sido *raras avis*, y en donde la responsabilidad penal y la política aparecen siempre asimiladas, pese a deber ser la segunda más estricta que la primera, figuras como la cuasiprescripción merman los efectos de la prevención general.

Desde el punto de vista de la prevención especial, otorgar de manera automática efectos atenuatorios de la pena a la cuasiprescripción, sin analizar la peligrosidad del sujeto al que se le va a aplicar, resulta también altamente cuestionable, sin-

93 Así, FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, Keip, 1801 (reimpresión 1996), al que podría considerarse el mayor defensor de la prevención general, consideraba que había que rechazar la prescripción, por lo que, en coherencia con esta postura, ni la trata en su manual, ni la introduce en la regulación en el Código Penal bávaro, sustituyendo tal institución por la rehabilitación. Por su parte, ASHOLT, M., *Verjährung im Strafrecht*, 2016, p. 156 y ss., llama la atención de que teorías absolutas en la fundamentación de la prescripción ponen el acento en la existencia del derecho a castigar en el tiempo y no su extinción, lo que, según este autor, abre una nueva perspectiva –todavía no discutida– en el discurso de la prescripción.

gularmente, con relación a determinados delitos⁹⁴. Es más, el autor de delitos de corrupción o económicos no siempre muestra arrepentimiento o escasa peligrosidad, sobre todo, cuando los delitos son de cierta entidad y el entramado corrupto roza o se inserta en la criminalidad organizada⁹⁵.

Afirmar, sin más, que la persona que se está enjuiciando algunos e, incluso, muchos años después, es otra persona, se puede sostener, sin lugar a dudas, en el ámbito biológico, pero no se puede defender de manera clara, ni automática en relación a su peligrosidad⁹⁶. El caso Berlusconi con unas cuantas –y escandalosas– prescripciones a sus espaldas (por fraude fiscal, por sobornar a un senador, por inducción al falso testimonio...) puede ser un buen ejemplo de ello y, lamentablemente, no el único⁹⁷.

No faltan autores que consideran interesante la propuesta de dar efectos atenuatorios al tiempo transcurrido, pese a no haberse llegado a completar el plazo legal de prescripción. Estiman que, si la prescripción se explica como un progresivo decaimiento de la necesidad de pena, entonces ningún día posterior a la comisión del delito puede considerarse irrelevante.

Tampoco, la referencia a “la conveniencia de pena”, la cual no tiene fundamentación legal, es equivalente al elemento, que sí tiene base en el art. 21 del Código penal, “de cooperación con la Administración de Justicia”, por lo que la referencia a la conveniencia de pena introduce una cláusula tan amplia en el proceso de dosimetría penal que difícilmente podría encontrar

94 El Código penal austriaco considera como una causa atenuante de la responsabilidad penal que el autor haya cometido el hecho hace mucho tiempo, y que desde entonces haya observado buena conducta (art. 34.1.18).

95 En este sentido, SAP Madrid 2ª 302/2017, de 5 de mayo, F. J. Sexto: “... y teniendo en cuenta, igualmente, que, aunque no se ha aplicado la agravante de reincidencia, el recurrente ya fue condenado con anterioridad por otro delito contra el patrimonio, un robo con fuerza en las cosas, en concreto, y que incluso le fue suspendida la pena privativa de libertad que le fue impuesta...”.

96 En esta línea, STS 290/2014, de 21 de marzo, F. J. Decimotercero.

97 Entre otros: Caso Malaya: STS 625/2015 de 22 diciembre, F. J. 37; Caso Matas: STS 14/2015 de 26 enero, F. J. Tercero.

limitación, tal como lo pone de manifiesto, de hecho, el que daría cobertura a la cuasiprescripción en todas sus modalidades.

En todo caso, la cuasiprescripción no puede operar tampoco como una cuestión aritmética, esto es, que atenúe la pena en proporción al tiempo del plazo ya transcurrido, ya que en este caso se podrían ver entorpecidas tanto la aplicación de la prescripción, como la realización de los fines de la pena⁹⁸.

3. Cuasiprescripción y elementos del delito

Más dificultades presenta conectar la cuasiprescripción con la afectación de cualquiera de los elementos del delito⁹⁹, la minoración de los cuales, junto con la cooperación con la Administración de Justicia, constituyen la base de las atenuantes genéricas.

Por lo que respecta a su conexión con una minoración de la culpabilidad¹⁰⁰, esta ha de estar referida al momento de la comisión del delito¹⁰¹, ya que después solo cabría hacer referen-

98 Así, JAKOBS, G., *Strafrecht, AT*, 2ª ed., Degruyter, 1993, 10/22, sigue a LORENZ, M., *Verjährung ...*, 1955, p. 75 y ss. –quien considera que se podría llegar en la atenuación hasta las dos terceras partes de la pena–, sugiere una atenuación predeterminada para los delitos de prescripción más larga, cuando esta haya transcurrido en su mayor parte.

99 Como así, por ejemplo, hace BLOY, R., *Die dogmatische Bedeutung des Strafausschließungs und Strafaufhebungsgründe*, Humboldt, 1976, p. 191, el cual considera a la prescripción como una institución de Derecho material relacionada con la antijuridicidad y la culpabilidad.

100 GOYENA HUERTA, J., “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal (art. 21)”, en M. Gómez Tomillo, *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, 2015, p. 329, fundamenta la atenuante del art. 21. 6ª en la analogía *pro reo* que busca una adecuada individualización de la pena, permitiendo acercarse, por esta circunstancia, al nivel de culpabilidad que se aprecia en los delinquentes.

101 En este sentido, STS 381/2014, de 25 de junio, F. J. Séptimo, “...*La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga...*”; así como el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad*, GEP-C-Tirant lo Blanch, 2014, p. 14. También en un sentido crítico, ASÚA BATARRITA, A., *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 87-88, 2010, p. 164.

cia a la colaboración con la Administración de Justicia, como sucede en las atenuantes de confesión o reparación, para llevar a cabo una atenuación de la responsabilidad penal. La pretendida compensación del tiempo transcurrido en la culpabilidad que se pretende por la cuasiprescripción no solo desconoce el carácter público de la responsabilidad penal, sino también la esencia misma de la imputación subjetiva y la culpabilidad.

Además, no se pueden producir transvases de responsabilidades entre sujetos: la responsabilidad del comportamiento doloso o negligente en la tramitación de una causa, nada tiene que ver con el análisis de la responsabilidad de los sujetos que son enjuiciados en el proceso en donde aquellas se producen.

En cuanto a la tipicidad y la antijuridicidad estas permanecen inmutables por el transcurso del tiempo hasta que una reforma legislativa las altere o hasta que la prescripción las deje sin sentido, y sin más modulaciones que la actualización político-criminal que suponen las causas de justificación, legalmente previstas, en especial, la eximente de ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, oficio o cargo¹⁰².

En todo caso, la prescripción no constituye un derecho para el acusado, sino que es una causa de extinción de la responsabilidad penal. El autor del delito no tiene un derecho individual a que la prescripción opere, sino que el plazo de prescripción es el determinado en cada momento por la ley, la cual quiere que este sirva como medida preventiva frente a la inactividad de sus funcionarios. Es una institución de legalidad ordinaria que supone una renuncia por parte del Estado a perseguir un delito, una vez transcurrido el período legalmente establecido, y sólo puede fiscalizarse desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰³.

Por lo tanto, una institución de legalidad ordinaria como la prescripción no puede tampoco servir de base para alegar un

102 Vid. ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1973, pp. 11 y 50 y ss.

103 Cfr., entre otras, STC 82/2006 de 13 marzo, F. J. 6 c).

presunto derecho a la minoración de la pena por el mero transcurso de parte del tiempo señalado para producir la extinción de la responsabilidad penal por no haberse ejercido –todavía– la acción penal (cuasiprescripción preprocesal), no haberse terminado de tramitar el proceso, o no haberse dictado la sentencia firme (cuasiprescripción intraprosesal)¹⁰⁴.

Dicho en otros términos, no es procedente que los plazos de prescripción establecidos legalmente –con más o menos acierto– se les otorgue efectos atenuatorios con argumentos ajenos a la antijuridicidad de la acción, a la imputabilidad, a la imputación subjetiva, o a la cooperación con la Administración de Justicia¹⁰⁵. La prescripción –como la cuasiprescripción– no elimina la antijuridicidad, ni la culpabilidad, sino que es un requisito de procedibilidad. De hecho, el error del autor sobre la prescripción del delito o de la pena es absolutamente irrelevante.

Por el contrario, nada impediría tener en cuenta la proximidad a la producción de la prescripción en la individualización de la pena a imponer, conforme al criterio general contenido en el art. 66.6ª del CP, más concretamente, el referido a las “circunstancias del hecho”, pudiéndola imponer en su mitad inferior e, incluso, en su entidad mínima¹⁰⁶.

104 Recuerda GILI PASCUAL, A., *La prescripción...*, 2001, p. 197, que esta atenuación la recogía el CP español de 1928 (art. 208), el cual permitía a los tribunales potestativamente, en atención al comportamiento del sujeto y en atención al caso concreto, atenuar las penas privativas o restrictivas de libertad, sin que esta atenuación pudiera exceder de la mitad de su duración, siempre que hubiera transcurrido al menos la mitad del plazo de prescripción de la acción penal o de la pena, pero condicionada a que el sujeto se presentara espontáneamente.

105 SAP Valencia 5ª 195/2017 de 21 marzo, F. J. Séptimo, rechaza la cuasiprescripción preprocesal (delito contra la Hacienda Pública) *en tanto en cuanto... tampoco se identifican pruebas que hubieran podido modificar el resultado del enjuiciamiento en términos de minorar la antijuridicidad de los hechos o la culpabilidad de sus comportamientos*, añadiendo que tal retraso se tuvo en cuenta en el proceso de individualización de la pena.

106 En este sentido, ya se pronunciaba la STS 30 de diciembre de 1997, la cual reconoce la oposición de la cuasiprescripción al principio de legalidad que han de cumplir los tribunales conforme al art. 117 de la CE, diferenciando

4. Cuasiprescripción y causas de extinción de la responsabilidad penal

Tampoco se entiende que siendo la prescripción una causa de extinción de la responsabilidad penal se permita hacer en la misma graduaciones, sin fundamentación legal para ello, dándole a esta un tratamiento excepcional con relación a las otras causas de extinción.

Así, resultaría incomprensible hacer referencia a la atenuante analógica de cuasifallecimiento del condenado¹⁰⁷, por estar gravemente enfermo, sin perjuicio de adoptar las medidas establecidas al efecto para el cumplimiento de la misma (art. 80.4), pero no en la determinación de la pena a imponer.

De la misma manera, en el caso de la extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de la pena, no cabría hacer referencia a la concurrencia de un cuasicumplimiento de la pena, sin perjuicio de imputar el tiempo de prisión preventiva al que posteriormente resulte condenado en fase de ejecución de la pena (art. 58 CP) o de acordar la libertad condicional (arts. 90-92), pero sin que ello dé lugar tampoco a que se pueda atenuar la pena por esta causa en fase de determinación de la pena. Lo mismo sería predicable respecto a la cuasiremisión de la pena.

Tampoco tendría sentido hacer referencia al cuasiperdón del ofendido en el caso de delitos leves, sin que se haya defendido que el hecho de que no concurren todos los requisitos que se exigen den lugar a atenuar la pena a imponer (art. 134 CP).

entre el derecho positivo vigente y lo que sería deseable que se regulara, exponiendo lo procedente a los efectos oportunos, según el art. 4 del CP, la STS de 23 de junio de 1993, F. J. Primero; más recientemente, vid. SAP de Donostia-San Sebastián 188/2018, de 23 de julio, F. J. Tercero; SAP Valencia 3ª 87/2016, de 6 de noviembre, F. J. Primero; SAP 3ª Donostia/San Sebastián 828/2018, de 23 de julio, F. J. Tercero y Cuarto afirma que: «No existe una “cuasi prescripción”..., sin perjuicio de operar por medio de las reglas de la individualización penológica en tales supuestos...».

107 Así, PUENTE RODRÍGUEZ, “La atenuante analógica de cuasi-prescripción”, *La Ley*, N° 2091, 2016, p. 16.

Es más, dentro de la misma prescripción, la ejecución tardía de una pena, por haber transcurrido un lapso de tiempo significativo del correspondiente plazo de prescripción de la pena que se va a ejecutar, no conllevaría ninguna minoración de la duración de la pena a ejecutar, sino, en su caso, su extinción cuando transcurra de forma completa el plazo de prescripción señalado a la misma.

En consecuencia, no se comprende por qué en el caso de la prescripción del delito sí se puede valorar como atenuante para la determinación de la pena, dándole un tratamiento distinto al del resto de las causas de extinción de la responsabilidad penal, las cuales solo operan en los términos expresamente fijados por la ley¹⁰⁸.

5. Cuasiprescripción y proceso penal

La construcción de la atenuante analógica de cuasiprescripción encuentra su sentido desde las teorías materiales de la fundamentación de la prescripción, desde las cuales es más fácil justificar la existencia y operatividad de la cuasiprescripción¹⁰⁹.

Sin embargo, desde una fundamentación procesal de la prescripción su sostenimiento sería inadmisibles, salvo que estuviera especialmente prevista, como así sucede en la denominada prescripción absoluta del parágrafo 78 c-III del StGB¹¹⁰.

108 Tal sería el caso del indulto, el cual prevé en su normativa vigente la posibilidad del indulto total, raramente aplicable, y del indulto parcial o la conmutación, cfr. art. 4 de la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.

109 LORENZ, *Verjährung...*, 1955, p. 75 y ss., consideraba que la minoración de la responsabilidad por un plazo incompleto de prescripción solo es posible si se le otorga a la prescripción naturaleza material o sustantiva, lo que no se podría sostener si la prescripción fuera concebida como una institución de Derecho procesal, ya que, en este caso, si es un presupuesto procesal, una condición de procedibilidad (*Prozessvoraussetzung*), solo existiría una alternativa: el proceso se celebra o se deja de celebrar.

110 Esta figura está recogida en el parágrafo 78 c) del StGB que establece que: *“Después de cada interrupción comienza –el plazo– de prescripción nuevamente. Sin embargo, la acción de persecución prescribirá cuando desde el comienzo de los plazos de prescripción indicados en el § 78a hubiera*

El ampliar el ámbito de la actuación de la prescripción a través de la cuasiprescripción, argumentado el debilitamiento que el paso del tiempo produce en la fiabilidad de las pruebas para así atenuar la responsabilidad penal, a través de la cuasiprescripción, es un contrasentido. En efecto, en estos casos lo que procedería es o la mejora de los medios materiales y personales para la conservación de pruebas, además del establecimiento de medios adecuados para agilizar la tramitación de las causas; o, simplemente, la absolución por falta de pruebas, pero no una atenuación de la responsabilidad penal¹¹¹.

En cuanto a la cuasiprescripción preprocesal, la jurisprudencia insiste en que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es equivalente, ni puede degenerar en un hipotético y exótico derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su implicación en ella¹¹². En definitiva, no es lo mismo que la terminación de un procedimiento ya existente se dilate en su duración a que se dilate el inicio del mismo.

Por otra parte, también hay que tener presente, desde un punto de vista procesal, que el necesario y garantista derecho y sistema de recursos sirve, en muchas ocasiones, no a la búsqueda

transcurrido el doble del plazo legal de prescripción; y en aquellos casos en los que el plazo de prescripción, según lo establecido en otras disposiciones especiales, sea inferior a tres años, se requerirá que al menos hayan transcurrido tres años". En este sentido, JÄHNKE, B., "§ 78c" en VVAA, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª ed., De Gruyter, 1994, p. 112: "...a esta regla del apartado 3 inciso segundo del citado artículo se la denomina "prescripción absoluta" (más concretamente, "terminación definitiva de la prescripción"), ya que después de estos plazos no es posible una nueva postergación del inicio de la prescripción".

111 SSTS 290/2014, de 21-3; 586/2014, de 23-7; o la 841/2015, de 30-12, las cuales se pronuncian en el sentido de afirmar que es absurdo el sostenimiento de una atenuante de "penuria probatoria" o "de prueba no del todo creíble", sin olvidar además que: "Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno".

112 SSTS 841/2015, de 30 diciembre, F. J. Segundo; STS 940/2009, de 25 de septiembre, F. J. Tercero.

da de la justicia y verdad procesal, sino más bien a la facilitación de la prescripción, o cuando no puede colisionar con ella.

Esto se ha evidenciado, especialmente, en aquellos sistemas que recogen la denominada prescripción absoluta¹¹³, a la que se ha hecho referencia más arriba, y cuya introducción es también propuesta por los autores que defienden la cuasiprescripción, lo que, sin duda, debería tener como lógico presupuesto la importación desde los estados que la recogen de la misma *ratio* de número de habitantes por órgano judicial.

Además, la denominada prescripción absoluta no está exenta de problemas. Al implicar el establecimiento de un plazo total y definitivo de prescripción que no admite ni interrupción, ni suspensión, tiene como efecto colateral la tendencia por parte de la jurisprudencia a extender estos plazos máximos de prescripción sobre la base de posponer el momento a partir del cual se considera que se ha producido el acto o último acto consumativo, realizándose así interpretaciones extensivas sobre la consumación de los delitos, especialmente en casos de corrupción¹¹⁴.

113 En este sentido, en relación al Derecho penal suizo, GRISCH, D., *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zürich, Diss., 2006, p. 122, pone de manifiesto como en este país, antes de la Reforma del 2002, el sistema de recursos, prácticamente ilimitados, daba lugar, en muchas ocasiones, a la “prescripción absoluta” de los delitos. En España, cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *Diario La Ley* 5149/2013, p. 2, refiere toda una suerte de condicionantes que le conducen a concluir que en el ámbito de la corrupción hay una cifra oscura, una impunidad de facto, de tal manera que lo que se persigue es la punta del iceberg; NIETO MARTÍN, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, 1997, p. 215, el cual alude a la soledad del juez de instrucción frente a un ejército de abogados y expertos contables capaces de ocultar millones y de maquillar hábilmente balance, negándoles a veces documentos o cuando no aplastándolos bajo su peso..

114 MAYER, F., *Abgeordnetenbestechung (§ 108e a.F. StGB). Eine Vorschrift auf dem Prüfstand. Betrachtungen im Lichte des aktuellen Meinungsstandes unter Berücksichtigung internationaler Übereinkommen*, C. F. Müller, 2014, p. 35, con relación al parágrafo 108e del StGB, recoge la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGHSt, 52, 300) en la que se considera que el inicio del cómputo de la prescripción “en el caso del cohecho de parlamentarios se remitirá al momento en el que se haya cerrado el acuerdo de

Tampoco es de extrañar que, entre los que defienden la aplicación de la cuasiprescripción, no falten autores que se hayan mostrado partidarios de excluir la cuasiprescripción de la minoración de la responsabilidad penal del acusado en rebeldía, basándose en que no ha habido indefensión, ya que este conocía el procedimiento, ha sido informado de la acusación y pudo utilizar los medios de defensa que estimara oportunos¹¹⁵.

6. Aspectos criminológicos y de Política criminal

Desde una perspectiva criminológica, no habría que desconocer el dato de que los empleados públicos encargados de la investigación de determinados casos o delitos, sobre todo en el caso de delitos de corrupción de cierta entidad, trabajan, en muchas ocasiones, bajo presión, ya que, debido al interés y a la atención que le prestan los medios de comunicación a esta modalidad de criminalidad de cuello blanco, se saben observados, por lo que en este tipo de procesos se es especialmente meticuloso, lo que implica, al mismo tiempo, la realización de más trámites, provocando que se ralentice el procedimiento¹¹⁶.

Además, estos procesos se ven redimensionados por el dato constatable de que las potentes defensas que intervienen en los mismos suelen recurrir cada uno de sus trámites, sucediéndose organizadamente en los mismos, cuando son varios los acusa-

injusto en la concesión de la última dádiva o ventaja; en análogo sentido, ASHOLT, M, *Verjährung im Strafrecht*, 2016, p. 523 y ss; y ZAPF, D., *NZWiSt*, 2018, pp. 54-58, quien pone de manifiesto que, además de que la limitación del principio de prohibición de retroactividad no rige para los plazos de prescripción en Alemania, en el caso de delitos de cierta entidad relativos a la corrupción que son descubiertos muchos años después, se aprecia en las autoridades encargadas de la persecución de los delitos la voluntad de ampliar fácticamente la prescripción, lo que, en muchos casos resulta, desde un punto de vista dogmático, cuestionable.

115 BENACLOCHE PALAO, J., “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”, *Revista de Derecho Procesal*, N° 2, 1997, p. 292, el cual propone una interpretación rígida de la prescripción, con sustitución de la prescripción por la caducidad, pero con la citada excepción.

116 Cfr. GRISCH, D., *Die strafrechtliche...*, 2006, p. 122.

dos y salvo que entre los mismos haya conflicto de intereses, lo que termina dando lugar a una “elefantiasis procesal”¹¹⁷.

Pero, la cuasiprescripción –como las dilaciones indebidas– tiene también de por sí indeseables efectos político-criminales. Frente al automatismo con el que se defiende su apreciación, acudiendo a la garantía procesal del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo cierto es que aquellas no siempre perjudican al imputado (salvo que sea inocente). Sin embargo, siempre sí que van a perjudicar al sujeto pasivo, víctima o perjudicado por el delito que ve aplazado su resarcimiento. Además, por mor de estas instituciones, también se verán camuflados los auténticos problemas estructurales de la Administración de Justicia, que son los que, a la postre, motivan precisamente la aplicación de ambas atenuantes¹¹⁸. Es más, en ocasiones se pueden producir también problemas de coherencia sistemática indeseables¹¹⁹.

117 PÉREZ GIL, J., *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 40, 2016, pp. 4, 6, llama la atención de como en los delitos de corrupción los investigados contratan servicios jurídicos de lujo que le permiten usar todas las fracturas posibles del sistema, poniendo de manifiesto que los problemas esenciales para combatir la corrupción no se hallan en el derecho penal sustantivo, sino en los mecanismos procesales (aforamientos, desaforamientos por dimisión, o en fraude procesal, cuestiones de competencia, la intervención del jurado, la cuestión de las piezas separadas para evitar la “elefantiasis procesal”, el trasiego de las causas entre juzgados o tribunales, o la cuestión de los delitos conexos)

118 REY GONZÁLEZ, C., *La prescripción de la infracción penal (En el Código de 1995)*, Marcial Pons, 1999, p. 57. En análogo sentido, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa...*, 2014, p. 12 y ss., estima que los plazos de prescripción de la pena han de ser más largos que los del delito, pues mientras que en estos está todavía vigente la presunción de inocencia, en el de la pena ya existe una condena firme.

119 Tales serían los casos de la imposibilidad de aplicar unas dilaciones indebidas por planteamiento de un recurso de amparo, así como que solo se le dé este efecto en el proceso penal y no en otros, o el caso en el que la dilación se produzca una vez realizada la deliberación y fallo; otro problema sería el de la compatibilidad de la atenuación por dilaciones indebidas con la indemnización por anómalo funcionamiento de la Administración pública. Cfr. MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., *La atenuante...*, 2007, pp. 35, 212 y ss., la cual antes de la introducción de las dilaciones indebidas en el Código

Tampoco resulta convincente para justificar la cuasiprescripción en muchos delitos, como sucedería en un significativo número de casos de corrupción, el argumento de que con el paso de tiempo el hecho pierde lesividad o dañosidad social, ya que, de hecho, se puede producir el efecto contrario.

En efecto, muchos casos de delitos de corrupción van acompañados de una significativa evasión de fondos públicos hacia paraísos fiscales a través de complicadas operaciones de ingeniería financiera que los hace de difícil localización, sin olvidar el desprestigio que supone para las instituciones, para el ejercicio de la función pública¹²⁰, para la recaudación de impuestos, o para el funcionamiento de los servicios públicos, problemas estos no siempre coyunturales¹²¹.

No se olvide que, en gran medida, la agravación de la crisis económica en España se ha debido, en relación con otros estados de Europa, a la sangría que ha supuesto el coste de los casos de corrupción. El coste anual de la corrupción en España se ha calculado en unos 40.000 millones de euros anuales, a pre-

penal, ya afirmaba que: “Admitir la atenuante analógica de dilaciones indebidas equivale a tomarse el principio de legalidad a beneficio de inventario”.

120 Vid. SAP de Sevilla 4/2016, de 15 de julio.

121 En este sentido, GRISCH, D., *Die strafrechtliche...*, 2006, p. 129, la cual se manifiesta partidaria de la imprescriptibilidad de los delitos económicos, basándose en los siguientes argumentos: a) el principio de proporcionalidad, entendiéndose que los delitos más graves han de tener no solo penas más graves, sino que también esto sería extensible al establecimiento de unas condiciones más estrictas de persecución (lo mismo que sucede con el binomio: principio de legalidad *versus* oportunidad en el proceso penal); b) tendría la ventaja de que el MF, el juez de instrucción y el sentenciador no habrían de preocuparse más por la cuestión de si la prescripción es material o procesal; c) podría evitarse el obstáculo de las oposiciones que se realizan por la prescripción, sin desconocer que al no existir prescripción se eliminaría el valor de la experiencia, eliminando especulaciones sobre la materia; d) se evitaría la justicia de clase que es el fin primeramente perseguido, además de evitar la delincuencia económica; e) en cuanto a la finalización del procedimiento en un plazo razonable se conseguiría gracias a una obligación de celeridad procesal en la que no estaría incluido el supuesto de que fuere el propio acusado el que obstaculizara o demorara el procedimiento, ya que en este caso sería él el que soportaría las consecuencias, sin obtener ninguna ventaja.

cios constantes de 2008¹²². Cifras que comprenden no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante, esto es, los beneficios que se dejan de producir o las inversiones que se dejan de realizar.

Por ello, instituciones como la cuasiprescripción y las fundamentaciones que las sostienen solo se entienden en el ámbito del Derecho penal clásico, no estando sometidas a constatación o verificación empírica alguna, a diferencia de los costes de la corrupción y su impacto en las finanzas públicas¹²³.

VII. Conclusiones

La atenuante analógica de cuasiprescripción se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia española, con carácter subsidiario a la prescripción, y, de manera alternativa o complementaria, a las dilaciones indebidas, mediante una profusa alegación por parte de las defensas, si bien su índice de estimación global en las sentencias ha de ser calificado, hasta la fecha, de discreto.

La progresiva expansión de la cuasiprescripción se ha producido en un doble sentido: en primer lugar, se asiste a una aligeración de los requisitos exigibles, los cuales se han ido reduciendo hasta llegar a requerir uno solo: el transcurso de un lapso de tiempo inferior al exigido para que se produzca la prescripción tanto antes del inicio del proceso, como durante la tramitación del mismo, siempre que no constituyan dilaciones indebidas; y, en segundo lugar, se extiende a nuevos delitos, distintos de aquellos para los que fue formulada, llegando su onda expansiva hasta los delitos de corrupción.

122 Siguiendo a LEÓN/ARAÑA/DE LEÓN, “Correcting for scale perception bias in measuring corruption: An application to Chile and Spain”, *Social Indicators Research*, 114 (3), p. 977 y ss.

123 Cfr., por todos, Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, Trotta, 2013, p. 147 y ss. Denuncia también esta falta de comprobaciones en el ámbito de la prevención general de la pena, Peñaranda Ramos, E., “La pena: nociones generales”, en A. Lascurain Sánchez (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, 2015, p. 271 y ss.

Pese a la disparidad doctrinal existente en torno al entendimiento de lo que se entienda por “análoga significación”, en el caso de la cuasiprescripción, como se ha tratado de demostrar, esta no se da ni con la prescripción, ni con las dilaciones indebidas, pues en ambas figuras existe una diversa fundamentación y sentido.

La atenuante analógica no tiene el mismo fundamento que el procedimiento de integración analógica del Derecho privado, sino que, en todo caso, es una cláusula que permite la actualización del listado de circunstancias atenuantes, lo que no significa que sea una cláusula general de aplicación analógica para el resto del sistema penal que pudiera permitir al intérprete o aplicador del Derecho penal amparar cualquier fundamento atenuatorio que el legislador no haya podido imaginarse a lo largo del proceso legislativo. Este sería el caso de la cuasiprescripción. Por ello, la construcción de una atenuante analógica a la prescripción no sería una operación analógica *in bonam partem*, sino que a través de la misma se estaría suplantando al legislador.

Por otro lado, no hay que pasar por alto que la atenuante de dilaciones indebidas tiene un carácter excepcional: es la única atenuante que no tiene nada que ver con el comportamiento del condenado, a diferencia del resto de circunstancias atenuantes recogidas en el artículo 21 del Código penal, por lo que tal excepcionalidad habría de mantenerse, en buena lógica, evitando la creación de otras atenuantes de análoga significación a la misma, si bien, como se ha intentado argumentar, ni siquiera existe tal análoga significación a las dilaciones indebidas con la cuasiprescripción.

Además, tanto la atenuante analógica de cuasiprescripción, como la genérica de dilaciones indebidas, encuentran dificultades para su justificación en el marco de los conceptos propios del Derecho penal y del procesal penal. Ninguna de las dos, como tampoco la prescripción, pueden minorar la antijuridicidad o la tipicidad, ni tampoco pueden originar una dismi-

nución de la culpabilidad del sujeto, ya que esta va referida a la conducta antijurídica del propio sujeto y, además, no se ve afectada por hechos posteriores al delito. Tampoco los perjuicios e inconvenientes que se hubieran producido en un proceso, cuyo inicio o tramitación se hubiera dilato en exceso conlleva un menor merecimiento de pena¹²⁴, siendo cuestionable que, en todos los casos, existan menores necesidades preventivas de imposición de la pena por el mero transcurso del tiempo.

Las reformas de la prescripción, las dilaciones indebidas o –últimamente– las creaciones jurisprudenciales de la atenuante analógica de cuasiprescripción o de detenciones ilegales¹²⁵ no dejan de ser cortinas de humo, soluciones insatisfactorias de un problema cerrado en falso¹²⁶, una especie de placebos con los que se pretende contener los efectos o, simplemente, retrasar la solución a un problema¹²⁷: la lentitud de la Administración de

124 GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa...*, 2014, p. 14.

125 CASTRO MORENO, A., “Sobre la atenuante analógica de detenciones ilegales, registros e intervenciones ilegales: un nuevo escenario procesal”, *La Ley Penal*, Nº 78, 2011, p. 6 y ss.. Vid. también en este sentido, recogiendo la citada atenuante analógica, STS 508/2015, de 27 de julio, F. J. 274^º, confirmando en este punto la SAP de Málaga 535/2013, de 4 de octubre. Tal construcción, además de desconocer los otros intereses a los que también sirve todo proceso penal (víctima, perjudicados, intereses públicos), puede conducir a que cualquier disfunción procesal acabe recogiendo en la cuantificación –a la baja– de la pena.

126 Auguraban ya el efecto expansivo que tendría la introducción en el Código penal de la atenuante de dilaciones indebidas, HUERTA TOCILDO, S., «La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas en la causa», en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, A.A.V.V. (Coord.), España, Edisofer, 2008, p. 1.037.

127 De otra opinión, RAGUÉS i VALLÉS, R., “La prescripción de los delitos y de las penas: una ocasión perdida”, en J.M. Silva Sánchez, *El Nuevo Código penal. Comentario a la Reforma de 2015*, La Ley, Madrid, p. 240, pone de manifiesto como la Reforma de la LO 1/2015 ha resuelto las cuestiones de la prescripción en contra de la misma, evidenciándose una tendencia política criminal en los últimos años en materia de prescripción que consiste en ir progresivamente dificultando la apreciación de esta causa de extinción de la responsabilidad penal, lo cual atribuye a la deficiente actuación de autoridades policiales o judiciales. Considera que dificultando la prescripción se

Justicia. Tal solución pasaría, ante todo, por una adecuada dotación –personal, material y de buenos instrumentos jurídicos– de la misma. Ello conllevaría, con carácter previo, un análisis estructural para detectar dónde se hallan sus necesidades, seguida de una mejora de la actividad inspectora y, en su caso, sancionadora de los empleados públicos integrantes o que están al servicio de la Administración de Justicia, así como la ampliación de los supuestos de indemnización en casos de privación indebida de la libertad o de dilaciones¹²⁸.

Además, no habría que olvidar, tal como manifiesta el Tribunal Supremo, que una cosa es la vulneración de un derecho fundamental y otra la estimación de una atenuante por analogía. Dicho con otras palabras, no toda violación de un derecho fundamental se puede convertir en una atenuante por analogía, no correspondiéndole al poder judicial llevar a cabo medidas de Política criminal mediante compensaciones punitivas carentes de interés general¹²⁹, y sin una fundamentación clara en el Ordenamiento jurídico, el cual, además, ha previsto otras formas de compensación o reparación.

Siempre se podrá discutir si los plazos de prescripción son adecuados en un sistema penal, incluso la existencia misma de la prescripción, pero lo que no parece debatible es que sean plazos graduables a efectos de la atenuación de la pena.

No existe un derecho a ser enjuiciado en un período corto o determinado inferior al de la prescripción de la acción penal, ni

logra evitar impunidad, pero a costa de incentivar un cierto relajamiento en el cumplimiento de su deber de investigación sin dilaciones por parte de los funcionarios encargados de su persecución penal.

128 Cfr. arts. 292 y ss. de la LOPJ y el reciente ATC 79/2018, de 17 de julio, F. J. 2, el cual resuelve “plantear cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa”, al oponerse a los artículos 17, 14 y 24.2 CE, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el presente recurso de amparo”, lo que de estimarse supondría una ampliación de los supuestos indemnizatorios en caso de privaciones preventivas de libertad en procesos con posterior sentencia absolutoria.

129 Así, STS 508/2015, de 27 de junio, F. J. 274º.

tampoco puede atenuarse la pena por el hecho de que el plazo de prescripción esté próximo a su cumplimiento. Tampoco existe el derecho a ser descubierto e indagado con celeridad. De la misma manera, tampoco tendría fundamento alguno imponer una pena con mayor rigor si se enjuiciara el delito con toda prontitud.

El sistema penal está en condiciones de reequilibrar, en términos de proporcionalidad, unas estrategias dilatorias que el ordenamiento jurídico no consiente, particularmente para los delitos públicos, respecto de los que expresamente impone su denuncia inmediata en los artículos 259 y ss. de la LECrim. En este sentido también, el Código penal prevé delitos que específicamente las castigan (arts. 408, 450), lo cual no es más que una consecuencia del respeto al principio de legalidad que rige de forma esencial en el sistema penal español. Además, parece evidente que la denuncia no tiene momentos preclusivos, más allá de los términos de la prescripción¹³⁰.

Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se establecen plazos –con sus prórrogas– para concluir la instrucción. Con ello es de esperar que disminuyan –o terminen siendo innecesarias– la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas y la cuasiprescripción intraprocesal. Sin embargo, no queda tan claro qué va a suceder con la cuasiprescripción preprocesal en los casos en los que la Fiscalía, por temor a tales plazos perentorios en fase de instrucción judicial, matenga la investigación en el ámbito policial.

Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, R.: “Atenuante Analógica”, en F. Molina, *Memento Práctico. Penal*, Francis Lefebvre, 2017, pp. 459-465.

130 STS 326/2012 de 26 abril, F. J. 2 F).

- AMOEDO BARREIRO, D.: “Hacia una Ley de protección para los denunciantes de corrupción en España”, *R.I.T.I.* Nº 3, 2017, p. 1-4.
- ASHOLT, M.: *Verjährung im Strafrecht. Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB*, Mohr Siebeck, 2016.
- ASÚA BATARRITA, A., “Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 87-88, 2010, pp. 157-197.
- BAUMANN, J.; WEBER, U.; MITSCH, W.; EISELE, J.: *Strafrecht, AT, Giesecking*, 12ª ed., 2016.
- BENACLOCHE PALAO, J., “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”, *Revista de Derecho Procesal*, Nº 2, 1997, pp. 281-320.
- BLOY, R.: *Die dogmatische Bedeutung des Strafausschließungs und Strafaufhebungsgründe*, Humboldt, 1976.
- BOCKELMANN, P.: *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. II, Bundesministerium der Justiz, 1958.
- CARDENAL MONTRAVETA, S., *La prescripción de la pena tras la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015,
- CARRO MARTÍNEZ, A.: “La inmunidad parlamentaria”, *Revista de Derecho Político*, Nº 9, 1981, pp. 87-109.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La acción popular. Restricción en su ejercicio”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, Nº 5, 2009, pp. 179-194.
- CASTRO MORENO, A.: “Sobre la atenuante analógica de detenciones ilegales, registros e intervenciones ilegales: un nuevo escenario procesal”, *La Ley Penal*, Nº 78, 2011, pp. 1-10.

- CAVERO GÓMEZ, M.: “La inmunidad de los diputados del Parlamento Europeo”, *Revista de las Cortes Generales*, Nº 20, 1990, pp. 7-48.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: “La pena natural”, *La Ley*, Nº 3, 1999, pp. 1910-1916.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, *PJ (CGPJ)*, Nº Especial VI, 1989, pp. 17-28.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J.: *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, EGD, Madrid, 1995.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La corrupción ante el Derecho y la Justicia”, *Diario La Ley*, Nº 5149, 2013, pp. 1-5.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, Trotta, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política”, *Cuadernos penales José María Lidón*, Nº 11, 2015, pp. 257-284.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, *Foro*, Nº 12, 2011, pp. 13-72.
- FEUERBACH, P. J. A., *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, Keip, 1801 (reimpresión 1996).
- GILI PASCUAL, A.: *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, 200.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Nº 64, 1984, pp. 25-76.
- GÓMEZ COLOMER, J.L.: *Constitución y Proceso Penal*, Tecnos, 1996.
- GÓMEZ MARTIN, V.: *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, BdeF, 2016.
- GÓMEZ PAVÓN, P.; BUSTOS RUBIO, M.: “Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpre-

- tación de la norma penal”, *Revista Penal México*, N° 6, 2014, pp. 170-190.
- GOYENA HUERTA, J.: “Las atenuantes por analogía”, en J. Muñoz Cuesta (Coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Aranzadi, 1997, pp. 125-140.
- “Comentario al art. 21”, en M. Gómez Tomillo, *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, 2015, pp. 293-334.
- GRISCH, D.: *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, Zürich, Diss., 2006.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad*, GEPC-Tirant lo Blanch, 2014.
- HUERTA TOCILDO, S.: “La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas en la causa”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, A.A.V.V. (Coord.), Edisofer-España, 2008, pp. 1033-1060.
- JAKOBS, G.: *Strafrecht, AT*, 2ª ed., Degruyter, 1993.
- JÄHNKE, B., “§ 78c” en VVAA, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª ed., De Gruyter, 1994, pp. 64-76.
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: “La nueva atenuante de dilaciones indebidas: requisitos y presupuestos de aplicación”, *Estudios Jurídicos*, 2011, pp. 76-98.
- LEÓN, C.; ARAÑA, J.; DE LEÓN, J.: “Correcting for scale perception bias in measuring corruption: An application to Chile and Spain”, *Social Indicators Research: An International and Interdisciplinary Journal for Quality-of-Life Measurement*, N° 114 (3), 2013, pp. 977-995.
- LORENZ, M.: *Verjährung in der deutschen Strafgesetzbuch. Eine Untersuchung de lege data und de lege ferenda*, Beck’sche, 1955.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Grupo Difusión, 2007.
- MARÍN DE ESPINOZA, E.: “La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del pro-

- cedimiento”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, N° 6, 2011, pp. 79-108.
- MAYER, F.: *Abgeordnetenbestechung (§ 108e a.F. StGB). Eine Vorschrift auf dem Prüfstand. Betrachtungen im Lichte des aktuellen Meinungsstandes unter Berücksichtigung internationaler Übereinkommen*, C. F. Müller, 2014.
- MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del *ius puniendi*”, en *EPCr* (XIV), 1991, pp. 203-216.
- Derecho penal, Parte General*, Reppetor, 10ª ed., 2016.
- MIR PUIG, S.; GÓMEZ MARTÍN, V.: “Comentario al art. 21 del CP”, en M. Corcoy Bidasolo; S. Mir Puig, *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 135-142.
- NIETO MARTÍN, A.: *Corrupción en la España democrática*, Ariel, 1997, p. 215.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, J. P.: *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, La Ley-Temas, 2009.
- MUÑOZ RUIZ, J.: *Las circunstancias atenuantes muy cualificadas. Régimen jurídico y análisis de los criterios jurisprudenciales para su estimación*, Aranzadi, 2016.
- NÖRR, D., “Prólogo” a la obra de Teresa Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, Trivium, Madrid, 1991.
- ORTS BERENGUER, E.: *Atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia, 1978.
- OTERO GONZÁLEZ, P.: *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 2003.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: “La pena: nociones generales”, en A. Lascurain Sánchez (Coord.), *Introducción al Derecho penal*, Civitas, 2015, pp. 255-293.
- PÉREZ GIL, J.: “Respuesta judicial frente a la corrupción: Reflexiones recientes con vistas al futuro”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 40, 2016, pp. 1-24.
- PIZZORUSSO, A.: “Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista”, *Revista de las Cortes Generales*, N° 2, 1984, pp. 27-50.

- PUENTE RODRÍGUEZ, L.: “La atenuante analógica de cuasi-prescripción”, *La Ley*, Nº 2091, 2016, pp. 1-27.
- RAGUÉS i VALLÉS, R.: *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Atelier, 2004.
- “La prescripción de los delitos y de las penas: una ocasión perdida”, en J.M. Silva Sánchez, *El Nuevo Código penal. Comentario a la Reforma de 2015*, La Ley, Madrid, pp. 219-242.
- “La atenuante analógica de cuasiprescripción”, *InDret* 3/2017, pp. 1-24.
- REY GONZÁLEZ, C.: *La prescripción de la infracción penal (En el Código de 1995)*, Marcial Pons, 1999.
- ROXIN, C.: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1973.
- SANTANA VEGA, D. M.: “Lucha contra la corrupción y transcurso del tiempo”, en C. Gómez-Jara (Coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Thomson Reuters Aranzadi/Civitas, 2018, pp. 571-599.
- TOSCANO TINOCO, J. J.: “Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, Nº 10, 2013, pp. 237-292.
- ZAPF, D.: “Zur Entwicklung der Verfolgungsverjährung bei Korruptionsdelikten in der Rechtsprechung”, *NZWiSt*, 2018, pp. 54-58.