

AGRESIÓN SEXUAL. PRESCRIPCIÓN DE DELITOS

(Comentario a la STS de 10 de junio de 2013)¹

Ángel Muñoz Marín

Fiscal (Fiscalía General del Estado)

EXTRACTO

El instituto de la prescripción de delitos en derecho penal es de naturaleza material y no procesal –rechazando cualquier analogía con la prescripción civil, que llevaba a algunos tribunales a dar por interrumpido el plazo prescriptivo cuando la dilación se debía a la conducta obstativa del imputado–. En un procedimiento ordinario la decisión sobre la prescripción cuando existe una persona procesada ha de ser adoptada en último término por el tribunal competente para el enjuiciamiento y admitirse su revisabilidad por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a través de un recurso de casación. Esos dos principios esenciales quedan salvaguardados: a) aunque la prescripción ha sido acordada inicialmente por el instructor, se ha concedido apelación para que la Audiencia pueda asumirla o rechazarla; b) frente a la decisión de la Audiencia se han abierto las puertas de la casación. El Tribunal Supremo considera aplicable el periodo de prescripción fijado por la ley intermedia por ser más favorable al reo, por lo que determina que el periodo de prescripción era de tres años y no los cinco años actuales para el delito en cuestión.

Palabras claves: agresión sexual y prescripción de delitos.

Fecha de entrada: 12-10-2013 / *Fecha de aceptación:* 14-10-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 154, noviembre 2013.

SEXUAL AGGRESSION. PRESCRIPTION OF CRIMES**(Commentary on the Supreme Court of 10 June 2013)****Ángel Muñoz Marín**

ABSTRACT

The institute of the prescription of crimes in criminal law is of material and not procedural nature –rejecting any analogy with the civil prescription, which was leading to some courts to giving for the prescriptive term interrupted when the delay owed to the conduct of the imputed one–. In an ordinary procedure the decision on the prescription when it exists a processed person has to be adopted in last term as the competent Court for the prosecution and his resource to be admitted by the Supreme Court across a resource of cassation. This two essential beginning remains safeguarded: a) Though the prescription has been reminded initially by the Instructor, appeal has been granted in order that the Hearing could assume or reject it it. B) Opposite to the decision of the Hearing the resource of cassation is made possible. The supreme Court, he considers to be applicable the period of prescription fixed by the intermediate law for being more beneficial to the convict, for what it determines that the period of prescription was three years and not five current years for the crime in question.

Keywords: sexual aggression and prescription of crimes.

La sentencia objeto de análisis aborda el instituto de la prescripción desde dos ópticas diferentes; la primera, con un alcance procesal –el acceso al recurso de casación del auto dictado por la Audiencia Provincial ratificando el previo auto del juez instructor acordando la prescripción dentro del proceso ordinario–, mientras que posteriormente incide en aspectos de calado más sustantivo –el cómputo del plazo de prescripción, así como la incidencia de leyes temporales no vigentes ni en el momento en que se inicia el cómputo de la misma, ni en el momento en que se determina su existencia–.

Antes de proceder al análisis de ambas cuestiones, sin duda de gran interés, conviene dar unas pinceladas sobre los antecedentes con que el Tribunal Supremo cuenta para adoptar su decisión. Los hechos denunciados aparecían indiciariamente como constitutivos de un delito de violación tipificado en el artículo 429 del derogado Código Penal de 1973, y la secuencia de actos procesales determinantes para la existencia o no de la prescripción era la siguiente:

- El 25 de enero de 1995 se dictó por el órgano instructor un auto de procesamiento al entender que existían indicios racionales de que los hechos podían ser constitutivos de un delito de violación (art. 429 del Código Penal de 1973).
- El 21 de marzo de 1995 se declaró la rebeldía del procesado.
- El 28 de abril de 1995 se dictó por el juez instructor un auto decretando el archivo provisional de la causa.
- El 28 de noviembre de 1995 se dictó un auto de conclusión del sumario.
- El 28 de mayo de 2004 se realizó un dictamen del Ministerio Fiscal informando negativamente sobre la existencia de prescripción.
- Por providencia de 15 de julio de 2009 se acordó librar requisitoria internacional para la búsqueda, detención e ingreso en prisión del procesado.
- El 8 de marzo de 2010 se dictó auto por la Audiencia Provincial ratificando el auto de rebeldía.
- El auto de 9 de marzo de 2010 por el que se acordó la detención judicial del procesado.
- Con fecha 21 de febrero de 2011 por la INTERPOL se comunicó la localización del procesado en Chile.
- El 11 de marzo de 2011 por el juez de instrucción se dictó un auto acordando la extinción de la responsabilidad penal por prescripción del delito.

- Por un auto de 29 de marzo de 2011 se desestimó el recurso de reforma interpuesto por la acusación particular contra el auto por el que se acordaba la prescripción del delito.
- Por un auto de 16 de diciembre de 2011 la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 29 de marzo de 2011.

El recurso de casación planteado por la acusación particular se asienta en la infracción del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.) y se alega infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que entiende el recurrente que dentro del sumario ordinario el cauce procedimental adecuado para acordar la prescripción es el trámite del artículo 666 de la Ley Ritual, mediante los artículos de previo pronunciamiento. Por su parte, la defensa del procesado se opone a la admisión del recurso de casación alegando la infracción del artículo 848 de la LECrím., en el que se recogen las resoluciones contra las que cabe plantear el recurso de casación; lo que cuestiona es la posibilidad de que un auto dictado por la Audiencia Provincial resolviendo el recurso planteado contra el auto que resuelve un recurso de reforma contra el auto por el que se acuerda la prescripción tenga acceso a la vía casacional.

Dos son básicamente los preceptos de la LECrím. que hay que examinar a la hora de decidir si una resolución de un órgano judicial que adopte la forma de auto tiene acceso al recurso de casación, esto es, los artículos 676 y 848. Explicita el artículo 676 de la LECrím.: «Contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2.^a, 3.^a y 4.^a del artículo 666, procede el recurso de casación»; por su parte el artículo 848 establece: «Contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por la Audiencias, solo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que esta lo autorice de modo expreso. A los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos». Aun a pesar de la aparente claridad de ambos preceptos, y aun en contra de anteriores pronunciamiento de la propia Sala II, la sentencia opta por amparar el acceso a la vía casacional del recurso planteado contra el auto dictado por la Audiencia Provincial en fecha 16 de diciembre de 2011.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 512/1996, de 5 de julio (presidente: Joaquín Martín Canivell) en un asunto similar al que ahora se resuelve; afirmaba: «Establece el artículo 848 de la LECrím., como requisito preciso para la interposición del recurso de casación contra autos dictados por las Audiencias, y solo por infracción de ley, que se trate de autos definitivos y en casos en que esté legalmente admitida esta vía de recurso. En las normas procedimentales se recogen una serie de casos en los que la vía del recurso de casación por infracción de ley está expresamente admitida (Sentencias de 23 de diciembre de 1992 y 9 de julio de 1993). Entre ellos no se encuentra el caso presente que no se incluye en el último párrafo del artículo 676 de la LECrím., que se refiere al planteamiento de la prescripción del delito como artículo de previo pronunciamiento. En este caso el auto que se pretende impugnar casacionalmente es resolutorio

a su vez de un recurso de apelación y, por todo ello, no susceptible de ser objeto de nuevo conocimiento por este órgano casacional y, en consecuencia, es procedente desestimar el motivo y con él, el recurso». Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992 (presidente: Carlos Granados Pérez) señala: «El artículo 848 de la LECrim. en el que se recogen los supuestos de recurribilidad en casación de las resoluciones judiciales que adoptan la forma de auto dispone que solo procede el recurso de casación por infracción de ley y contra los autos definitivos en los casos en que aquella lo autorice de modo expreso. Y además de los casos de sobreseimiento libre a que se alude en el artículo citado de la ley procesal, esa expresa autorización la encontramos en los siguientes supuestos: artículo 25, inciso final, artículo 31, párrafo segundo, artículo 32, último párrafo, referidos a cuestiones de competencia; artículo 35, contra el auto en que se deniegue el requerimiento de inhibición; artículos 40 y 43, desistiendo de la inhibición y resolviendo la competencia, respectivamente; artículo 69, párrafo segundo, respecto a la resolución en la que se declare haber o no lugar a la recusación; artículo 625, auto reputando falta el hecho que hubiera dado lugar a la incoación del sumario, supuesto de aplicación excepcional tras la reforma introducida en su día por el procedimiento de urgencia y actualmente procedimiento abreviado; artículo 67, respecto a los autos resolutorios de la declinatoria y contra los que admitan las excepciones de cosa juzgada, la de prescripción del delito y la de amnistía o indulto; artículo 988, que se refiere a los autos fijando el límite de cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal; y también en los supuestos de condena condicional previstos en el artículo 95 del Código Penal». Por lo tanto, la propia jurisprudencia de la Sala II se había venido pronunciando en contra de abrir la vía casacional a la impugnación de aquellos autos de las Audiencias Provinciales que resolvían el recurso de apelación contra los autos dictados por el órgano instructor acordando la prescripción del delito.

Dos son las razones que la Sala arguye en apoyo de su decisión, haciendo una interpretación amplia de los artículos 637.3 y 676 de la LECrim. El primero de los preceptos, relativo a los motivos que determinan el sobreseimiento libre de las actuaciones, establece como causa del mismo el que aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores. Pues bien, el Alto Tribunal entiende que la prescripción del delito puede tener la misma esencia que las causas que determinan la exención de responsabilidad penal de una persona. Esta afirmación, que no es baladí, tiene un firme sustento en la redacción del artículo 130 del Código Penal, que, relativo a las causas que determinan la exención de la responsabilidad criminal, recoge en su ordinal sexto la prescripción del delito. Los efectos que produce la prescripción de un delito impiden que el procedimiento se dirija contra la persona respecto de la que se acuerda dicho instituto, por lo que el auto que la acordare tiene necesariamente que ser el de sobreseimiento libre de las actuaciones, si se acuerda la misma durante la instrucción del procedimiento, y mediante sentencia absolutoria si se acuerda durante el juicio oral. Cuestión distinta, y que aborda la sentencia con posterioridad, es la de si el cauce procedimental seguido por el instructor ha sido el adecuado.

La segunda de las razones esgrimidas la residencia el Tribunal Supremo en el artículo 676 de la LECrim., el cual tras su reforma por Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo (LOTJ), sustituye la referencia que el mismo hacía a la casación por la efectuada a la apelación, entendiéndose

desde tiempo atrás que se trataba de un «desliz» del legislador. En tal sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo número 918/1998, de 6 de julio (presidente: Jiménez Villarejo, José) afirmando que: «Es cierto que el auto recurrido resuelve una declinatoria de jurisdicción próvida ante el tribunal de instancia en la audiencia preliminar prevista para el procedimiento abreviado en el artículo 793.2 de la LECrim. Y también lo es que el párrafo tercero del artículo 676 de la LECrim., en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 5/1995, dispone que "contra el auto resolutorio de la declinatoria (...) procede el recurso de apelación". Debe entenderse, sin embargo, salvando razonablemente lo que sin duda es un error técnico del legislador, que la redacción actual del último párrafo del artículo 676 de la LECrim., que es obra de la misma ley que instauró el Tribunal del Jurado, solo es aplicable a los recursos que se interpongan al amparo del artículo 846 bis a) de la LECrim., contra los autos dictados por el magistrado-presidente del Tribunal del Jurado de los que debe conocer en apelación, la Sala de lo Civil y de lo Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Por el contrario, contra los autos de las Audiencias en que acuerden inhibirse a favor de otra el recurso procedente es el de casación. Porque no tendría sentido que el auto de una Audiencia resolutorio de la declinatoria fuese recurrible en apelación y, en cambio, lo fuese en casación, según el artículo 25 de la LECrim., que no ha sido modificado, el auto en que una Audiencia acordase, de oficio o a instancia de parte, inhibirse a favor de otra Audiencia. Esta interpretación viene, por otra parte, impuesta por el artículo 57.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) a cuyo tenor "la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley", lo que excluye, en términos generales, del ámbito competencial de esta Sala el conocimiento de un recurso ordinario como es el de apelación. El recurso de casación interpuesto es, en consecuencia, admisible y procede pasar a examinarlo en su condición de tal y no como si se tratase de un recurso de apelación». Recordemos que el artículo 676 de la LECrim. señala que contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita, entre otras, la existencia de la prescripción –art. 666.3 de la LECrim.– procede el recurso de apelación. Evidentemente, como se encarga de recordar el Alto Tribunal, la LOPJ, al establecer las competencias del Tribunal Supremo, no le concede la de resolver recursos de apelación, por lo que la única posibilidad de impugnar el auto dictado por las Audiencias Provinciales, en este caso en materia de prescripción, es mediante el recurso de casación. Nuevamente el apoyo utilizado por la Sala para abrir el acceso a la casación de la impugnación del Auto de 16 de diciembre de 2011 es acertado.

El recurso planteado por la acusación particular en sede del artículo 852 de la LECrim., «infracción de precepto constitucional», en concreto la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española –derecho a la tutela judicial efectiva–, se justifica en el hecho de que no se haya seguido el cauce procesal del artículo 666 de la LECrim. –artículos de previo pronunciamiento–, único trámite ofrecido por la norma procesal para plantear en el seno del procedimiento ordinario la posible prescripción del delito. Dos son las respuestas que la Sala va a dar a tal alegación. En primer lugar afirma que, aunque sea cierto que el cauce adecuado para resolver sobre la prescripción sea el de los artículos de previo pronunciamiento, en el caso objeto de debate se dan circunstancias especiales que avalarían el trámite utilizado por el órgano instructor,

además, el hecho de que los artículos de previo pronunciamiento sea el cauce adecuado para abordar la prescripción del delito no quiere decir que no sea el único posible. Hay que partir de un postulado básico –la prescripción de un delito impide que el procedimiento se dirija contra una persona–, lo que a su vez implica que, desde el momento en que se constate la existencia de la prescripción, esta despliega sus efectos extintivos de la responsabilidad criminal, ya sea acudiendo a argumentos manejados por la jurisprudencia, como el de seguridad jurídica, o de la renuncia del Estado a ejercitar el *ius puniendi*. En el caso concreto, como ya habíamos adelantado, las especiales circunstancias que aquí convergen no hacen sino confirmar lo adecuado del trámite utilizado. El procesado se encontraba declarado en rebeldía, informándose por la INTERPOL de que se encontraba en Chile, por lo que el trámite a seguir era la solicitud de la extradición, a fin de poder contar con la presencia del mismo para practicar la declaración indagatoria y, tras ella, continuar el trámite procesal legalmente establecido. Pues bien, lo que a todas luces parece un contrasentido es poner en marcha un mecanismo como el de la solicitud de extradición cuando existían datos en el procedimiento que evidenciaban la prescripción del delito. Por ello, el trámite utilizado por el órgano instructor fue el adecuado. Y es aquí donde enlazamos con el segundo argumento esgrimido por el Tribunal Supremo. Para que se produzca una vulneración de un derecho fundamental dentro de un proceso –en este caso de tutela judicial efectiva– la misma ha de ser material, no meramente formal. Se tiene que impedir realmente el ejercicio de tal derecho, cosa que en modo alguno acaeció en el caso objeto de análisis, ya que, al igual que ocurría en el trámite de los artículos de previo pronunciamiento, las partes –Ministerio Fiscal, acusación particular y procesado– fueron oídas, la decisión fue ratificada en última instancia por vía del recurso de apelación por la Audiencia Provincial (que es quien en el trámite del art. 666 de la LECrim. resuelve en primera instancia sobre la prescripción del delito) y, finalmente, dicha resolución ha tenido acceso a la casación. No ha habido infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

De cualquier forma, ya el Tribunal Supremo en anteriores resoluciones había abogado por entender que, si bien los artículos de previo pronunciamiento eran, por voluntad del legislador, el escenario idóneo para plantear la prescripción del delito en el cauce del sumario ordinario, no era «el trámite exclusivo». La Sentencia del Tribunal Supremo número 596/1993, de 15 de marzo (presidente: Martín Pallín, José Antonio), afirmaba: «Si bien la prescripción debe ser formalmente alegada a través de un artículo de previo pronunciamiento, en el procedimiento ordinario y en la audiencia preliminar en el procedimiento abreviado, por tratarse de una cuestión de orden público, puede ser apreciada de oficio o incluso alegada informalmente o intemporalmente en cualquier estado del procedimiento por alguna de las partes interesadas en concluir la situación de pendencia, siendo irrelevante que las causas motivadoras de la paralización del procedimiento se deban a inacción de las partes o a la negligencia de los tribunales. Como señala la doctrina, la prescripción extintiva en el orden penal no puede constituir únicamente una excepción cuyo ejercicio está sometido a la voluntad de la parte, sino que debe estimarse de oficio como cuestión de fondo cuando nadie la alegue, porque el mismo interés público exige que no se castigue a quien las leyes penales eximen de responsabilidad por el lapso de tiempo señalado para la prescripción del delito. Se refuerza esta argumentación por la lectura del artículo 2 de la LECrim., EDL

1882/1, que impone a todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal la obligación de consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al reo». Tampoco hay que olvidar aquellas resoluciones judiciales que, sobre la base de los efectos extintivos de la responsabilidad penal que produce la prescripción, defendían que, en los casos en que la misma fuera resuelta por vía de los artículos de previo pronunciamiento, era necesario que la misma se manifestara de forma clara y evidente; en tal sentido se expresaba la Sentencia del Tribunal Supremo número 222/2002, de 15 de mayo (presidente: Giménez García, Joaquín), «y es que, como se recuerda en el Auto de esta Sala de 9 de marzo de 1998, (...) para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previo pronunciamiento, es necesario que la cuestión aparezca tan clara que, de modo evidente y sin dejar duda al respecto, puede afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la ley...».

Las conclusiones que debemos extraer de los anteriores pronunciamientos judiciales no hacen sino certificar lo acertado de la decisión de desestimar el motivo de casación planteado por la acusación particular, ya que los artículos de previo pronunciamiento, si bien son la vía usual que el legislador ofrece dentro del sumario ordinario para la alegación y posterior decisión sobre la existencia de la prescripción, no son los únicos y podrán articularse otros medios que, salvaguardando los principios rectores del proceso penal, eviten tramitaciones y dilaciones innecesarias. Todo ello, en el entendimiento de que hay que obrar con cautela, ya que solo se puede hurtar la facultad de decidir sobre la misma por vía de sentencia, una vez celebrado el juicio oral, cuando su estimación aparezca diáfana.

La segunda cuestión a la que da respuesta el Tribunal Supremo va referida a la existencia misma de la prescripción. Se plantea por la acusación particular un doble motivo, por una parte entender que el plazo de prescripción –aplicando el Código Penal de 1973– es de veinte años y no el de 15 contemplado por la Audiencia Provincial, y de otra entender que, aun cuando el plazo fuera el de 15 años, tal plazo no se ha cumplido, al existir resoluciones que interrumpirían el plazo de prescripción. En cuanto a esta segunda cuestión, y sobre la base del *iter* del procedimiento que hemos resumido al inicio de este comentario, basta con analizar las resoluciones que se han dictado en el mismo para dar con la solución. Para un menor entendimiento del proceso discursivo de la sentencia conviene hacer dos grupos de resoluciones, las primeras abarcarían desde la de 25 de enero de 1995 –auto de procesamiento– hasta la de 28 de noviembre de 1995 –auto de conclusión de sumario–; y un segundo grupo, que abarcaría desde la providencia de 15 de julio de 2009 –requisitoria internacional– hasta el auto de 16 de diciembre de 2001 –auto de la Audiencia Provincial desestimando el recurso de apelación planteado contra el auto que acordó la prescripción–. La reapertura de la causa se produce, según se recoge en la sentencia, por providencia de 1 de julio de 2008, y la finalidad de dicha reapertura es la localización del procesado ante las noticias que se tenían de que residía en Chile. La Sentencia del Tribunal Supremo número 1486/2004, de 13 de diciembre (presidente: Francisco Monterde Ferrer), señala: «La doctrina jurisprudencial, como recuerda la Sentencia de 8 de febrero de 1995, viene sosteniendo que solo tienen virtud interruptora las resoluciones que ofrecen un contenido sustancial propio de una puesta en marcha y prosecución del procedimiento, en definitiva reveladora de que la investigación avanza, se amplía,

es decir, que el procedimiento persevera consumando sus sucesivas etapas. El auto de rebeldía no interrumpe la prescripción puesto que por su propia naturaleza y finalidad no solo no hace avanzar el trámite sino que lo paraliza (Sentencia de 11 de octubre de 1997); ni cabe tampoco atribuir el efecto interruptivo a las oportunas órdenes de busca y captura para la localización del acusado con expedición de las correspondientes requisitorias, cuya permanencia se prolonga por tiempo indefinido, en tanto tales instrucciones o llamadas no se traduzcan en diligencias concretas documentadas. En conclusión, aquellas decisiones judiciales que no constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables no producen efecto interruptor alguno».

En igual sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo número 1250/2011, de 22 de noviembre: «Así, el Tribunal Supremo tiene declarado en constante doctrina», y así lo recoge la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2009, recurso 1136/2008, que afirma: «Es de sobra conocida la doctrina de esta Sala sobre las diligencias inocuas o intranscendentes para interrumpir el plazo prescriptivo y en tal sentido se hace referencia la inanidad, verbigracia, de la expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, reposición de actuaciones, órdenes de busca y captura, requisitorias, etc., y todas aquellas decisiones en general que no repercutan en la efectiva prosecución del proceso hasta la celebración del juicio oral»; «providencias de relleno» se suelen llamar vulgarmente.

Según las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2135) y 5 de enero de 1998 (RJ 1988, 233): «Cuando se habla de resoluciones intranscendentes se hace referencia, por ejemplo, a expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, solicitud de pobreza, reposición de actuaciones, incluso órdenes de busca y captura o requisitorias». Por tanto, las órdenes de busca y captura, esto es, aquellas diligencias que tienden a la averiguación del paradero del procesado, no tienen eficacia interruptiva.

No olvidemos que, en el caso planteado, dicha requisitoria internacional tiene como finalidad iniciar un procedimiento de extradición, pero no cabe confundir ambas cosas, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo número 297/2013, de 11 de abril (presidente: Francisco Monderde Ferrer): «Aunque es cierto que en algunas ocasiones esta Sala ha negado que la orden de busca y captura pueda tenerse por diligencia que, por sí misma, pueda tildarse de "sustancial" e interrumpir los plazos de prescripción (entre otras muchas, SSTS núms. 1250/2011, de 22 de noviembre, o 66/2008, de 4 de febrero de 2009, así como SSTS de 5 de enero de 1998 y 10 de marzo de 1993), no lo es menos que la equiparación entre extradición y orden de busca y captura que sirve de primer fundamento a las conclusiones del órgano *a quo* no resulta aceptable. Y no solo por el hecho de que ambas actuaciones cuentan con resortes específicos en la centenario LE Crim., separados entre sí bajo los respectivos Títulos VI ("Del procedimiento para la extradición") y VII ("Del procedimiento contra reos ausentes") del Libro IV, dedicado a los "Procedimientos especiales". Es principalmente su diferente naturaleza lo que impide equiparar una orden de busca y captura a la solicitud extradicional. En este punto, ha de convenirse con la acusación recurrente en que la orden de busca y captura no precisa de ese componente transnacional que, sin embargo, resulta inherente a toda extradición». La praxis judicial se refleja clara en orden a entender que la Providencia de 11 de julio de 2008 no interrumpe la prescripción.

Mayor discurso dialéctico podría plantear el auto de fecha 8 de marzo de 2010 por el que la Audiencia Provincial ratificaba el auto de rebeldía dictado el 21 de marzo de 1995 por el órgano instructor. Y decimos que podría plantear mayores problemas su análisis porque el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997 aborda la cuestión del momento en que debe computarse, a efectos de prescripción, la paralización del procedimiento en el caso de los reos rebeldes. La disyuntiva estaba entre considerar si era el auto dictado por el juez instructor o el auto dictado por la Audiencia Provincial ratificando el de aquel. El Tribunal Supremo concluye que debe ser este último. De seguir esta tesis, se podría entender que no se ha iniciado el plazo de prescripción hasta el momento en que la Audiencia Provincial ratificó la situación de rebeldía del procesado, pero esta interpretación, en el caso que nos ocupa, llevaría a una solución inadmisibles, no puede considerarse que la causa esté durante 15 años en el limbo jurídico, sin correr el plazo de prescripción porque no se haya ratificado el auto en el que se declaraba la rebeldía. Obviamente, el Tribunal Supremo desestima esta alegación.

Conviene hacer, antes de pasar a otra cuestión, un breve apunte respecto al auto de 9 de marzo de 2010, por el que se sustituye la orden de prisión por la de detención ilegal. No hay duda de que el auto por el que se acuerda la prisión provisional de una persona, dictada tras la comparecencia establecida en el artículo 504 de la LECrim., no puede considerarse como una diligencia inocua [STS 1250/2011, de 22 de noviembre (Francisco Monterde Ferrer)], pero, como apunta el Alto Tribunal, dicho auto se justifica por la reforma legislativa de la prisión provisional del año 1995, que exigía la previa comparecencia del artículo 504 de la LECrim., circunstancia esta que no existía anteriormente. Dicho auto tampoco tiene virtualidad interruptiva.

En cuanto al primer bloque de resoluciones, hay que fijar la atención en dos, el Auto de 28 de abril de 1995, por el que se acuerda el archivo provisional de la causa, y el de 28 de noviembre de 1995, por el que se acuerda la conclusión del sumario. La Sentencia del Tribunal Supremo número 213/1992, 7 de febrero (presidente: Martín Pallín, José Antonio), entiende que tienen virtualidad interruptiva de la prescripción todas aquellas resoluciones que sean necesarias para poner fin a las diferentes etapas del procedimiento, y no solo las diligencias sumariales: «Todo proceso criminal se inicia por la incoación de un sumario o de unas diligencias previas y continúa por todos los trámites necesarios hasta desembocar en una resolución que le ponga término bien por una resolución que suponga una terminación prematura –sobreseimiento o archivo– o bien por medio de su conclusión normal mediante sentencia. No cabe entender por procedimiento a efectos de la prescripción solamente las diligencias sumariales o previas, sino todas las que sean necesarias para lograr una resolución provisional o definitiva que le ponga fin. En este sentido son también actuaciones procesales que interrumpen la prescripción, los trámites que se realizan en la fase intermedia hasta la apertura del juicio oral y todas las diligencias indispensables encaminadas a preparar la celebración de las sesiones de la vista oral públicas que terminan con una sentencia absolutoria o condenatoria».

Entre las diligencias sumariales que sirven para poner fin a alguna de las diversas etapas del procedimiento se encontrarían tanto el auto por el que se acuerda el archivo provisional de la causa como el auto por el que se concluye el sumario; por tanto, será esta última resolución la que marcaría el inicio del cómputo de la prescripción; en defensa de esta afirmación citamos la

Sentencia del Tribunal Supremo número 1559/2003, de 19 de noviembre (presidente: Martínez Arrieta, Andrés), cuando explicita: «En la Sentencia de 12 de febrero de 1994, EDJ 1994/1198, se atribuye capacidad para interrumpir la prescripción, al escrito de calificación de la defensa, el auto confirmando la conclusión del sumario y decretando la apertura del juicio oral, y considera esta doctrina como "incuestionable" para la Sala II, y así reproduce (SSTS de 13 de mayo de 1993, EDJ 1993/4472, 22 de junio, EDJ 1993/6143, 24 de junio, EDJ 1993/6193, y 22 de julio de 1993, EDJ 1993/7552, y 15 de mayo de 1993)».

La última de las cuestiones analizadas es la referente a si con un plazo de prescripción superior a 15 años, pero inferior a 20, los hechos se encontraban prescritos. Como bien dice la sentencia, el plazo para apreciar la prescripción de un delito debe computarse teniendo en cuenta la pena en abstracto; en tal sentido se pronuncia el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997 y en el posterior de 16 de diciembre de 2008, que acordaba: «Para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997». Pues bien, el delito contemplado en el artículo 429.3 del Código Penal de 1973 –con la agravación prevista en el art. 452 bis g)– llevaba aparejada una pena de reclusión menor en grado máximo (la pena de reclusión menor tenía una extensión de doce años y un día a veinte años, y el grado máximo abarcaba de diecisiete años cuatro meses y un día a veinte años); por su parte, el artículo 113 de dicho cuerpo legal establecía un plazo de prescripción de 15 años para los delitos castigados con pena de reclusión menor, por tanto, al superar el plazo de paralización del procedimiento los 15 años, el delito estaría prescrito con arreglo a la legislación de 1973. Sin embargo, una duda surge con fuerza si se aplicara –como hace el Tribunal Supremo– la continuidad delictiva contemplada en el artículo 69 bis del citado código de 1973, ya que, a raíz de la reforma operada por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se contemplaba la posibilidad de imponer la pena superior en grado medio, con lo cual la pena podría ser de hasta reclusión mayor en grado medio (de veintitrés años cuatro meses y un día a veintiséis años y ocho meses) y por ello la prescripción se alargaría hasta los 20 años. En tal caso el delito no estaría prescrito. Tampoco lo estaría con arreglo al vigente Código Penal de 1995 y el juego del artículo 183.1.3 y 4 (pena en abstracto de prisión de diez a doce años), el artículo 74.1 del Código Penal (posibilidad de imponer la pena superior en grado en su mitad inferior (de doce a quince años) y, finalmente, el artículo 131 del Código Penal (los delitos castigados con penas de prisión de quince o más años tienen un plazo de prescripción de veinte años). La novedad surge cuando el Tribunal Supremo especifica que el Código Penal de 1995 en su redacción original, y hasta la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003 –que entró en vigor el 1 de octubre de 2004–, incardinaba la conducta del procesado en un delito de los artículos 181.1 y 2 y 182.1 y 2.1.º del Código Penal (delito castigado con la pena de cuatro a diez años), y la aplicación del delito continuado del artículo 74 del Código Penal no permitía subir la pena al grado superior, sino que se limitaba a establecer en su mitad superior la del delito más grave (prisión de siete a diez años), lo que suponía que, por aplicación del artículo 131 del Código Penal, el plazo de prescripción sería de diez años; por tanto, el delito estaría prescrito, ya que el plazo de paralización del procedimiento ha sido superior a quince años e inferior a veinte (recordemos que el auto de conclusión de sumario se dictó el 28 de noviembre de 1995 y el 11 de marzo de 2011 se

dicta por el juzgado de instrucción el auto acordando la prescripción). Lo que discurre el Alto Tribunal es que una determinada ley que haya estado vigente durante cualquier momento de la vida de un delito, mientras el mismo no esté prescrito, proyecta sus efectos beneficiosos sobre aquel, aunque la misma no existiere en el momento de la comisión del delito ni en el momento en que se cumpla el plazo prescriptivo. Esta última –la vigente en el momento en que se cumpla el plazo de prescripción– no puede aplicarse con efectos retroactivos en perjuicio del procesado tal y como prevé el artículo 2 del Código Penal, y la que regía en el momento de la comisión perdió su fuerza al quedar derogada; por tanto, sería esa «ley intermedia» como más favorable al procesado la que sería de aplicación.