

pueda tachar de contrario a la dignidad humana el despido en situación de baja por enfermedad a los efectos de declarar su nulidad.

En consecuencia, al no haberse vulnerado ningún derecho fundamental de la trabajadora, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de diciembre de 2007, desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia que consideró el despido improcedente y no nulo.

### A modo de conclusión

Tanto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid parecen haber querido zanjar el debate judicial sobre la calificación que merece el despido de un trabajador motivado en su baja por enfermedad, cuando el despido cumple los requisitos formales exigidos por la normativa.

Pese a que el debate ya se había planteado y resuelto con anterioridad en relación con la posible vulneración del artículo 14 de la CE, estas dos sentencias vuelven a analizar la problemática, pero desde la invocación de los derechos constitucionales a la dignidad personal y a la integridad física del trabajador (artículos 10.1 y 15 de la CE). Sin embargo, el resultado del análisis parece ser el mismo, ya que ambas sentencias afirman que tampoco estos derechos constitucionales son vulnerados por la empresa cuando despide a un trabajador por encontrarse de baja por enfermedad.

En definitiva, ambas sentencias consideran que el despido de un trabajador motivado en su baja por enfermedad es improcedente y no nulo, ya que ni se puede considerar que sea discriminatorio ni que vulnerar los derechos constitucionales a la dignidad personal y a la integridad física del trabajador despedido.

Eso sí, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 advierte de que el despido podría ser nulo y no improcedente si la enfermedad en la que se hubiera motivado la baja implicara una discapacidad, ya que, en ese caso, se podría estar vulnerando la garantía de trato igualatorio en el empleo establecida en el artículo 4.2.c) del ET.

ÁLVARO NAVARRO CUÉLLAR (\*)

(\*) Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

### PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS. DIVERGENCIA DE CRITERIOS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del Tribunal Constitucional 29/2008, de 20 febrero en el públicamente conocido como caso «Los Albertos», ha vuelto a poner de manifiesto las posturas divergentes que mantienen desde el año 2005 el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en materia de prescripción de los delitos, concretamente, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de mayo de 2005, que iniciaba una línea interpretativa contraria a la mantenida hasta hoy en día por el Tribunal Supremo.

La divergencia de criterios se despliega en un doble plano: por un lado, en cuanto a la interpretación de cuándo debe considerarse interrumpido el cómputo del plazo de prescripción, y, por otro lado, en cuanto a la propia competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre esta materia, considerada tradicionalmente «de legalidad ordinaria».

Analizaremos a continuación los argumentos que cada tribunal emplea para sostener su interpretación del artículo 132 del Código Penal, así como para afirmar o negar la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre esta materia.

#### ¿Cuándo se interrumpe el cómputo del plazo de prescripción de los delitos?

El artículo 132.2 del Código Penal establece que «La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable». La literalidad de este precepto es una herencia del antiguo artículo 114 del Código Penal de 1973 y, al igual que su predecesor, ha provocado múltiples problemas de interpretación. Pese a ello, el texto transcrito no ha sido modificado por el legislador desde la aprobación del Código Penal en 1995, y ello incluso aunque otros apartados del artículo 132 sí han sufrido modificaciones relevantes desde entonces (mediante las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril, 14/1999, de 9 de junio y 15/2003, de 25 de noviembre).

La determinación de cuándo puede entenderse que el procedimiento se dirige contra el culpable ha sido tradicionalmente considerada como una cuestión de legalidad ordinaria y, por ello, ajena a la competencia del Tribunal Constitucional. Por esta razón, ha sido el Tribunal Supremo el que ha venido interpretando el artículo 132.2 del Código Penal —artículo 114 del antiguo Código Penal de

1973— y pueden diferenciarse tres posturas en esta labor interpretativa:

Una postura inicial (mantenida ya bajo la vigencia del Código Penal anterior a 1995 y con posterioridad en resoluciones como la Sentencia de 13 de junio de 1997) estima que el plazo de prescripción se interrumpe con la primera actuación genéricamente destinada al descubrimiento y persecución del delito y sus posibles autores (sentencias 6 de junio de 1967, 25 de mayo de 1977, 8 de mayo de 1989, 23 de marzo de 1990, 2 de febrero y 18 de marzo de 1993, etc.).

Una segunda posición abogó por la necesidad de realizar una valoración individualizada y flexible de cada caso en concreto (sentencias de 6 de julio de 1990 y 25 de enero de 1994, entre otras) para determinar cuál había sido la actuación procesal que, en cada caso, habría supuesto la atribución indiciaria de los hechos a una persona determinada, sin necesidad de que se hubiese producido un acto de imputación formal contra ella.

Una tercera postura, que hoy puede considerarse completamente consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima que «dirigirse el procedimiento contra el culpable» supone que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirige contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas. En aplicación de esta postura ha llegado incluso a reconocerse la atribución de la capacidad de interrupción de la prescripción a las declaraciones de acusados, cuando éstos mencionan o han hecho mención de la participación de otras en los hechos (STS de 30 de diciembre de 1997).

No había duda de que la denuncia o querrela tenían capacidad para interrumpir la prescripción, de hecho las discusiones se centraron principalmente en determinar qué grado de definición subjetiva era exigible a la denuncia o querrela para otorgarles virtualidad interruptiva.

Una vez definido el criterio del Tribunal Supremo, la sentencia 63/05 del Tribunal Constitucional vino a desplazar el centro del debate: la mera interposición de una denuncia o querrela, con independencia del grado de determinación subjetiva en el que se relaten los hechos, no basta para que el cómputo

del plazo de prescripción quede interrumpido, sino que es exigible un acto judicial de admisión a trámite de tal denuncia o querrela para entender que existe un procedimiento que pueda «dirigirse contra el culpable».

En conclusión, mientras que tradicionalmente el Tribunal Supremo considera interrumpido el cómputo del plazo de prescripción del delito desde el momento de interposición de la denuncia o querrela, el Tribunal Constitucional considera que sólo cuando tal denuncia o querrela haya sido admitida a trámite se habrá interrumpido la prescripción, por lo que si este pronunciamiento judicial se dicta fuera del plazo legalmente establecido, la infracción penal habrá prescrito, con independencia del momento en el que se hubiese presentado la denuncia o querrela. A continuación analizaremos los argumentos de fondo en los que cada tribunal fundamenta su postura.

### ¿Por qué en una fecha y no en otra?

Como adelantábamos, la institución de la prescripción y todos los interrogantes derivados de su regulación había sido una materia sistemáticamente apartada de la labor interpretativa llevada a cabo por el Tribunal Constitucional al considerarse que se trataba de una cuestión de legalidad ordinaria. Así lo habían establecido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1997 y 26 de noviembre de 1996, y las sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de julio y 3 de mayo de 1993 y 21 de diciembre de 1988.

Sin embargo, en su sentencia 63/2005, el máximo intérprete de la Constitución entró a valorar determinados requisitos para considerar interrumpido el cómputo del plazo de prescripción, tras justificar, con carácter preliminar, su propia competencia para pronunciarse sobre esta materia.

Esta justificación comenzó por reconocer que, si bien la determinación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción es una cuestión de legalidad ordinaria, ello no puede suponer que toda resolución que se dicte en un proceso penal en materia de prescripción penal, quede necesariamente fuera del recurso de amparo por razón de la materia. Por ello, sostenía, es susceptible de amparo, por vulnerar el artículo 24 CE, aquella resolución que, en su interpretación de la norma reguladora de la prescripción penal, sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en error patente, tomando como criterio rector la *ratio legis* o fin de protección de la norma.

Sentada esta premisa, el Tribunal Constitucional pasó a abordar el instituto de la prescripción desde una perspectiva teleológica para afirmar que su fundamento último radicaba en razones no de carácter procesal, sino material, directamente relacionadas con la legítima finalidad de la pena (prevención general y especial), por considerar que el paso del tiempo aminora la necesidad de respuesta penal por parte de la sociedad e incluso por parte del delincuente. Al margen quedaban, por tanto, las razones de índole procesal (como la dificultad que el paso del tiempo indefectiblemente añade a la labor probatoria) que una jurisprudencia ya superada (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997) había esgrimido en justificación de lo que se denominó «doble naturaleza material y procesal» del instituto de la prescripción.

La concepción de la prescripción como una institución jurídica que hunde sus raíces en razones exclusivamente materiales y no procesales implica que aquella no puede entenderse como un límite temporal al ejercicio de la acción penal, sino como un límite temporal al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Esto es, transcurrido el plazo fijado por la Ley, no es que decaiga el derecho del ofendido a ejercitar la acción penal, sino que decae el propio derecho del Estado a perseguir el delito. La diferencia no es baladí, sino que supone la piedra angular del razonamiento que lleva al Tribunal Constitucional a concluir que la mera presentación de denuncia o querrela no son hábiles para interrumpir la prescripción.

Según el Tribunal Constitucional, entender que la interposición de una denuncia o querrela interrumpe el cómputo de los plazos de prescripción no es acorde con la finalidad de la norma, puesto que, en coherencia con el carácter material de la institución, «*lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo*».

Para el Tribunal Constitucional, la concepción material del instituto de la prescripción y, en consecuencia, la idea de que lo que prescribe es el delito y no la acción para perseguirlo, se entiende implícita en el tenor literal del artículo 132.2 CP, cuando señala que la prescripción se interrumpirá «*cuando el procedimiento se dirija contra el culpable*»; entender lo contrario supondría realizar una interpretación contra reo de una norma penal. Señala el Tribunal Constitucional que no corresponde a la acusación sino al juez iniciar y, con mayor motivo, dirigir el procedimiento penal. Por ello, sólo en ese

momento comenzará el ejercicio del *ius puniendi* estatal, interrumpiendo el cómputo de los plazos de prescripción.

En definitiva, la interrupción del plazo de prescripción de los delitos será únicamente efectiva y acorde con lo dispuesto en el artículo 132.2 del CP cuando medie una resolución judicial motivada (señaladamente, el auto de admisión a trámite) en la cual se identifique plenamente a la persona a la que indiciariamente se atribuyen los hechos investigados.

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional no ha sido un hecho aislado, sino que se ha reiterado con posterioridad en la sentencia 29/2008. En esta nueva sentencia, además de insistir en los argumentos ya expuestos, añade otros (i) la dimensión constitucional del derecho a la libertad ambulatoria —artículo 17 CE—, para justificar su propia competencia y (ii) el necesario respeto al derecho de defensa como razón para exigir un acto judicial a la hora de considerar interrumpida la prescripción.

Según esta sentencia, admitir la interrupción de la prescripción por la mera presentación y registro de una querrela o denuncia supondría reconocer la posibilidad de que, mediante querrelas o denuncias carentes de fundamentación, pueda impedirse o dilatarse *ad infinitum* la prescripción de una infracción penal, todo ello a voluntad del particular interesado en que así ocurra y con una clara incidencia, potencialmente lesiva, sobre derechos fundamentales del querrelado o del denunciado, singularmente el de defensa.

Sin embargo, ni este nuevo razonamiento, ni lo reiterado de la postura del Tribunal Constitucional ha servido para convencer al Tribunal Supremo, que, como veremos en el siguiente apartado, continúa fiel a la doctrina que ha venido manteniendo a lo largo de los años.

### **Posición del Tribunal Supremo antes y después de la Sentencia 63/05 del Tribunal Constitucional**

Si las primeras reflexiones que hacía el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/05 iban precisamente dirigidas a justificar su propia competencia, la primera reacción del Tribunal Supremo fue negarla, incluso con anterioridad a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Así, tras conocer la citada sentencia, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó, el 12 de mayo de 2005, el siguiente acuerdo: «*La Sala de*

lo Penal del Tribunal Supremo ha examinado la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 (RTC 2005, 63) y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) que establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales».

Casi un año más tarde, este Pleno se pronunció expresamente sobre el instituto de la prescripción, concretamente el 25 de abril de 2006, y acordó «mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del TC 63/2005». Mediante este escueto pronunciamiento, el Tribunal Supremo confirmaba la postura que había venido manteniendo y que ya anticipó en su sentencia de 19 de Mayo de 2005 (la primera dictada con posterioridad a la ya comentada sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005, de 14 de marzo).

Pese a lo reiterado de su postura, en la mayoría de sus pronunciamientos al respecto, el Tribunal Supremo no había entrado directamente a valorar las razones por las que entendía que la mera presentación de denuncia o querrela podía suponer la existencia de un procedimiento dirigido contra el culpable, dándose en todo momento por supuesto que así era.

Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1997 afirmaba que es suficiente para entender interrumpida la prescripción que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables; la de 30 de diciembre de 1997 señalaba como condición para la interrupción del cómputo del plazo, que los presuntos culpables hubieran sido clara e inequívocamente identificados; la de 29 de julio de 1998, que la prescripción no necesita para interrumpirse de actos de inculpación o de imputación formal; o la de 11 de diciembre de 1998, que, aunque en la denuncia, querrela o investigación no se identifique a los «culpables» por su propio nombre, la misma naturaleza del hecho investigado permita identificar de forma inmediata al autor.

Con posterioridad a la sentencia 63/05 del Tribunal Constitucional, no han faltado pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo se ha detenido a razonar la capacidad de la interposición de

la querrela o denuncia, o incluso de la existencia de una investigación, para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción. Destacan, principalmente, la anteriormente citada sentencia de 14 de mayo 2005 del Tribunal Supremo y la sentencia de 21 de junio de 2006 del mismo Tribunal.

El Tribunal Supremo no analiza el fundamento último de la prescripción —aún reconociendo abiertamente el carácter netamente material de esta institución—, sino que parte de otra premisa: tanto la denuncia como la querrela son ya actos procesales. A partir de esta concepción, si en una o en otra aparecen suficientemente identificadas las personas a las que se les atribuyen, indiciariamente, los hechos descritos, ya puede, según el Tribunal Supremo, considerarse que el procedimiento se dirige contra el culpable a los efectos del artículo 132.2 CP.

Subyacen a esta concepción, según confiesa el propio Tribunal Supremo, razones de seguridad jurídica y justicia material. El tribunal recuerda que el artículo 204 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al juez a «dictar y firmar en el día siguiente en que se hubieren entablado las pretensiones que por ellos se hubieren de resolver», y, en opinión del Tribunal Supremo, el incumplimiento de esa obligación no puede suponer un perjuicio para el justiciable que se atuvo en su actuar a los plazos legalmente establecidos. Afirma el Tribunal Supremo que no es admisible que en tales condiciones se le denegara la correspondiente tutela judicial que su pretensión debía recibir mediante la temporánea adopción de una resolución, favorable o adversa a sus pretensiones, pero motivada con contemplación de las normas aplicables.

De manera contundente, la sentencia de 19 de mayo de 2005 del Tribunal Supremo sintetiza el anterior razonamiento al afirmar que «condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión judicial de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado».

### Situación actual. Posible solución

Al no aceptar el Tribunal Supremo la tesis del Tribunal Constitucional sobre la prescripción, nos encontramos ante una situación que puede calificarse de extraña (por utilizar el adjetivo más eufemísticamente adecuado) en que los juzgados y tribunales de rango inferior, al resolver sobre esta materia, se ven forzados a adoptar una difícil decisión: seguir la

línea marcada por el Tribunal Supremo, arriesgándose a que su decisión sea en última instancia tachada de inconstitucional, o adoptar la interpretación del Tribunal Constitucional, con opciones a que el Tribunal Supremo, caso de presentarse recurso de casación, revoque su resolución.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2008, ha reavivado más aún la polémica sobre la cuestión comentada, motivando un nuevo acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión del día 26 de febrero de 2008, cuyo texto, de contundencia, reproducimos a continuación.

*La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido conocimiento de la reciente sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional el pasado 20/02/08, que declara la nulidad de la nuestra de 14/03/03 y, tras su análisis, ratificamos nuestros precedentes Acuerdos de Sala General de 12/05/05 y 25/04/06, por cuanto el Órgano Constitucional reitera la extensión de su jurisdicción basándose de nuevo en una interpretación de la tutela judicial efectiva, en este caso, en relación con el potencial derecho a la libertad personal de los recurrentes, que vacía de contenido el art. 123 CE.*

*Este precepto constitucional, dentro del Título correspondiente al Poder Judicial, tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado, en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél, de forma que se desconoce su esencia, fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo.*

Ante lo que parece un conflicto irresoluble, la solución que se antoja más probable y sencilla es la reforma del artículo 132 del Código Penal al objeto de aclarar de una vez por todas cuándo se considera interrumpido el cómputo del plazo de prescripción, reforma que ya estaba contemplada en el proyecto de reforma del Código Penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007, que no llegó a cristalizar en la pasada legislatura. En ese proyecto, se pretendían introducir los siguientes párrafos aclaratorios en el artículo 132.2 del Código Penal:

*«El procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste o el Ministerio Fiscal ordenen a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención.*

*La presentación de denuncia o querrela ante un órgano judicial y contra una persona determinada, suspenderá el cómputo de prescripción, continuando el mismo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiese a trámite.»*

Como se puede comprobar, el proyecto diseñaba una fórmula mixta, sensible a los argumentos tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, pues por un lado exigía una «actuación material sustancial del Juez Instructor», pero, por otro, admitía la interrupción del cómputo del plazo mediante la presentación de denuncia o querrela, en lo que parecía configurarse como una especie de excepción al principio general.

Llegados a este punto, sólo queda esperar que en esta nueva legislatura pueda llegar a solucionarse la situación actual de inseguridad jurídica derivada de las tesis discrepantes descritas. Más que nunca, una reforma del artículo 132.2 del Código Penal que clarifique el momento en que se puede considerar interrumpido el cómputo del plazo de prescripción no sólo serviría para salir de la situación actual de «bloqueo» entre dos altas instituciones del Estado, sino que redundaría en una mayor seguridad jurídica de todos los justiciables.

EDUARDO GARCÍA SÁNCHEZ-CERVERA  
Y ALMUDENA PELETEIRO (\*)

## PORTUGAL

### A DIRECTIVA DOS SERVIÇOS NO CONTEXTO DO MERCADO INTERNO - ANÁLISE E PERSPECTIVAS DE TRANSPOSIÇÃO

#### Introdução

A Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno («Directiva», Jornal Oficial L 376 de 27 de Dezembro de 2006), enquadra-se no contexto da «estratégia de Lisboa», tendo, neste âmbito, a Comissão Europeia respondido à solici-

(\*) Abogados del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid).