

Revista Crítica Penal y Poder
2017, nº 12
Marzo (pp.140-167)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



CRÍMENES IMPRESCRIPTIBLES E IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES

CRIMINAL OFFENCES WITH NO STATUTE OF LIMITATIONS AND NON-RETROACTIVE NATURE OF THE CRIMINAL LAW

Manuel Cerrada Moreno

Abogado, Juez sustituto

RESUMEN

La idea de la imprescriptibilidad de los delitos plantea problemas en relación con la posibilidad de aplicación retroactiva de las normas que la establecen.

La declaración en el ámbito internacional de la imprescriptibilidad de crímenes que normalmente son cometidos por un Estado, sus agentes o estructuras afines, cuando esos crímenes han podido prescribir según la legislación interna, supone declarar la ilegitimidad del régimen de poder que cometió, amparó u ocultó esos crímenes.

De ahí que la aplicación del principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables, que es consecuencia del principio de legalidad y no del principio de legitimidad, deba ponerse en relación con la posición que ocupe el juzgador respecto del ordenamiento jurídico conforme al cual los crímenes prescribieron.

Palabras clave: Imprescriptibilidad, prescripción, Derecho penal internacional, irretroactividad, legalidad y legitimidad

ABSTRACT

The concept of criminal offences with no statute of limitations poses some problems with regard to the possibility of retroactive application of the rules establishing this principle.

A declaration in international circles that crimes which are normally committed by a State or by its agents or associated structures cannot be subject to a statute of limitations, where this limitation exists for these crimes in the domestic legislation, amounts to a declaration that the regime that committed, tolerated, or concealed those crimes is illegitimate.

Thus the application of the principle of the non-retroactive nature of unfavourable criminal-law legislation, which is a consequence of the principle of legality and not the principle of legitimacy, ought to be made relative to the position held by the judge with regard to the legal system under which a statute of limitations is applied to criminal offences.

Key words: Non-applicability of statutory limitations to offences, offences with statute of limitations, International criminal law, non-retroactive nature of offences, legality and legitimacy.

1. Caracterización de la imprescriptibilidad como negación de la posibilidad de prescripción.

En español, el prefijo “in” (o “im” cuando sigue una “p”), indica negación. El estudio del concepto de “imprescriptibilidad” ha de partir por tanto de la comprensión de lo que niega: la posibilidad de prescripción.

La prescripción es una de las principales manifestaciones que el hecho natural consistente en el transcurso inexorable del tiempo tiene en el Derecho¹. En el ámbito del Derecho civil, mediante la prescripción se adquieren derechos o potestades (prescripción adquisitiva), o se pierden (prescripción extintiva) cuando no se han ejercitado durante determinados períodos de tiempo. De este modo, se consolida la situación de hecho que se venía produciendo, según la idea consistente en que si las cosas han llegado así hasta este momento, es preferible que el Derecho no irrumpa ya de forma intempestiva modificando la realidad, que es mejor que todo quede como está. Es más, habiendo transcurrido un determinado periodo de tiempo, se entiende que la misión del Derecho debe ser precisamente consolidar la situación de hecho a la que se ha llegado. De este modo, la prescripción en el ámbito civil se fundamenta en la necesidad de seguridad jurídica,

¹ Como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón, “la relevancia que se le concede al transcurso del tiempo es común a todas las disciplinas jurídicas. No debe extrañar, por tanto, que también para el derecho penal sea significativo el paso del tiempo, y su proyección no solo para el delito, sino asimismo para la pena” (Cobo del Rosal y Vives Antón, 1991, p. 748).

viniendo a castigar la dejadez, la negligencia o incluso la malicia del que consintió tal situación de hecho, que ya no podrá instar que se actúe en sentido contrario, pues el ordenamiento jurídico entiende que es injusto que el acreedor no reclame al deudor el cumplimiento de las obligaciones en un término razonable, manteniéndolo en un estado de incertidumbre. O, sencillamente, que la falta de exigencia del cumplimiento se debe a que tal derecho de crédito no existía o que no podía ser debidamente probado en un juicio en caso de ser necesario.

En el ámbito penal, también se da el fenómeno de la prescripción, impidiendo juzgar al sospechoso de la comisión de un delito cuando ha transcurrido un tiempo determinado desde su comisión. El Código Penal Español señala que la prescripción es causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1.6ª) y el art. 666 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen que podrá alegarse como artículo de previo pronunciamiento, antes del inicio del juicio oral, de modo que si es estimada se procederá al sobreseimiento de la causa, conforme al art. 675. Pero el valor de la seguridad jurídica, que fundamenta la prescripción civil, tiene un menor peso como fundamento de la prescripción penal. Es más, cabe decir que la seguridad jurídica en relación con la prescripción en el ámbito penal no es más que la consecuencia de la necesidad de que la ley sea igual para todos y que para ello establezca de antemano unos plazos de tiempo tasados, transcurridos los cuales ha de entenderse prescrito el delito. En el Derecho penal, el auténtico fundamento de la prescripción es la imposibilidad de que la pena cumpla ya sus fines. Tradicionalmente, se ha considerado que tales fines de la pena son por un lado los de retribución como exigencia de justicia, como defendieran Kant y Hegel², y por otro los de prevención general y especial³, que aunque en los ordenamientos modernos cuentan con mayor predicamento⁴, sin embargo no han desplazado totalmente al anterior.

² Kant, en su *Metafísica de las costumbres* sostiene que el hombre es un fin es sí mismo, por lo que no cabe su instrumentalización, y la pena es un imperativo categórico de la razón práctica. Para Hegel la pena es justa en sí misma. En sus *Principios de Filosofía del Derecho*, afirma que la consideración objetiva de la justicia “es lo primero y sustancial en el tratamiento del delito”, al que aplica su teoría dialéctica, de modo que el Derecho vendría a ser la tesis, el delito (negación del Derecho) la antítesis y con la pena (negación de esa negación del Derecho), se superaría esa situación, quedando anulado el delito y restaurado el Derecho vulnerado (síntesis).

Según Jiménez de Asúa, las doctrinas que justifican la pena como retribución son las más corrientes en los escritores clásicos. Del mismo modo que en el mundo antiguo la pena era considerada exigencia de justicia, de modo análogo al castigo divino, en la literatura clásica el delito es considerado una violación del orden religioso, moral, estético, jurídico, etc., y la pena es una exigencia de razón y de justicia, para restablecer el orden perturbado (Jiménez de Asúa, 1964, p. 39).

³ La estimación de que la pena tiene también otras finalidades de tipo preventivo lleva a la superación del fundamento de la mera retribución. Nacen así las llamadas teorías relativas de la pena, que le atribuyen un fin independiente, señalándole un objetivo político y utilitario.

Entre las teorías relativas de la pena, junto con la denominada teoría reparadora, según la cual la pena tendría como fin reparar las consecuencias dañosas del delito perpetrado, destacan las teorías de la prevención, que se

El fundamento de la prescripción civil y el de la prescripción penal son por tanto necesariamente distintos, pues distintas son las relaciones jurídicas que extinguen: la prescripción civil extingue un derecho subjetivo de carácter privado y libre disposición o la facultad de exigir su cumplimiento ante los tribunales, mientras que la prescripción penal extingue la relación pública de sujeción del autor de un delito a la pena estatal, el denominado *ius puniendi*, según la terminología clásica, que no obstante hoy no se concibe ya como un derecho subjetivo del Estado, sino como una potestad que obligatoriamente éste ha de ejercer si se confirma la comisión de un hecho tipificado como delito.

Tampoco el término “imprescriptibilidad” se refiere al mismo fenómeno los ámbitos civil y penal. Existen en el Derecho Civil acciones imprescriptibles que responden a la idea de que determinadas situaciones de hecho resultan antieconómicas, y por eso en el Derecho español no prescribe, por ejemplo, “entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas” (art. 1965 del Código Civil). En cambio, en el ámbito penal, la imprescriptibilidad alude a la posibilidad de perseguir un delito con independencia del tiempo transcurrido desde su comisión, siempre que viva el autor. La principal justificación, a juicio de la doctrina, se encuentra en la extrema gravedad de

dividen a su vez, según tiendan a la prevención general o especial, según se dirijan a evitar la comisión de delitos por otros o a la reinserción o rehabilitación (y en el peor de los casos neutralización) del delincuente, como defendiera von Liszt en *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, de 1882. Es precisamente este autor quien logra una síntesis de las teorías retributivas con las teorías de la prevención, llegando a la pena de protección. “La pena de protección es, por consiguiente, la pena de retribución comprendida de forma correcta. La contraposición entre el *quie* y el *ne* no es más que una quimera. En una expresión más amplia, podría decirse que represión y prevención no son principios opuestos. ¿Nado porque he caído al agua o porque nado no me ahogo? ¿Tomo un medicamento porque estoy enfermo o porque lo tomo me curo? ¿Apuntalo la casa porque amenaza ruina o porque la apuntalo no se derrumba? Todas estas preguntas son equivalentes a las que desde hace milenios constituyen objeto de controversia de las distintas teorías que han filosofado sobre el Derecho”. (Von Liszt: 1882, pp. 92-93).

Lo normal no obstante, como afirma González Tapia, es seguir justificando la posibilidad de prescripción de los delitos en base a los argumentos tradicionales, incluidos los clásicos argumentos procesales, superponiéndolos con otros derivados de la seguridad jurídica y la necesidad preventiva de pena, para acabar concluyendo que la prescripción del delito expresa una renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, sustentada en una pluralidad de consideraciones político criminales que lo determinan a excluir la imposición y/o ejecución de una pena, cuando, por el paso del tiempo, ello pudiera acarrear más inconvenientes que ventajas (González Tapia, 2003, p. 44).

⁴ Baste como ejemplo el art. 25.2 de la Constitución española de 1978, así como la inmensa mayoría de la literatura jurídica española producida desde entonces, que contrasta sin embargo con el reclamo permanente de los medios de comunicación del endurecimiento de las penas, buscando esencialmente un fin retributivo o cuanto menos de inocuización de los delincuentes.

determinados crímenes, que determina que la pena siga siendo necesaria para cumplir sus fines, con independencia del tiempo transcurrido⁵.

En el ámbito jurídico español, se habla de imprescriptibilidad, pero no así de “prescriptibilidad”, sino de prescripción, que es la acción y efecto de prescribir. Ello se debe a que, tradicionalmente, los efectos de la prescripción de cada delito, una vez alcanzada conforme a la ley, se regulan conjuntamente en la Parte General del Código Penal, creando el espejismo de que “la prescripción” es una institución ineludible, y que debe predicarse de todo delito, perdiendo de vista la “prescriptibilidad” o posibilidad de prescripción como cualidad de cada delito concreto, que puede ser reconocida o no por el ordenamiento jurídico penal. A esa confusión contribuye también la larga tradición histórica de esta figura en nuestra cultura jurídica⁶, y la relativamente reciente noción de imprescriptibilidad que paulatinamente ha ido incorporando el Código Penal. De este modo, en el Derecho español, las reglas que señalan la imprescriptibilidad de determinados delitos son aceptadas por los juristas con serias reservas⁷, entendiendo que no son sino una muestra de autoritarismo del Estado, que se habilita a sí mismo para perseguir al delincuente mientras viva, lo cual no parece propio de los modernos sistemas garantistas.

Pero en cambio, pocos piensan en las víctimas de los delitos que prescriben⁸, salvo que se trate de delitos cometidos por el Estado o estructuras afines (lo que no sucede

⁵ Sin duda, favorece este apoyo la carga emotiva que arrastran estos delitos, pero también la finalidad política con la que se cometen, por lo que se ha afirmado que su imprescriptibilidad puede explicarse atendiendo no sólo a su extrema gravedad, sino también al modo en que pueden llegar a incidir en los propios pilares estructurales del sistema democrático y la pacífica convivencia en sociedad, pudiendo dejar en la colectividad una huella prácticamente imborrable (Gómez Martín, 2013).

Se ha llegado a afirmar que la sociedad europea que surge después de la Segunda Guerra Mundial se autoconciba como una antítesis de la barbarie de los regímenes fascistas, lo que explica la necesidad de perseguir y castigar los actos de genocidio mientras vivan sus responsables, más allá de todo límite temporal (Ragués i Vallés, 2004).

⁶ La prescripción del delito ha estado presente en el Derecho desde los tiempos de los Griegos, como se deduce de los textos de Demóstenes y de Lisias, habiendo podido nacer en Grecia con la finalidad de dar un tratamiento igualitario a situaciones en que, por el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, razones de clemencia hacían preferible no castigarlo, pero al no existir reglas concretas, se producían situaciones desiguales (Pedreira, 2000).

⁷ Como puede apreciarse en las numerosas críticas que recibió la inclusión en el año 2010 de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte.

⁸ Aunque lo cierto es que, como ha puesto de manifiesto Subijana Zunzunegui en relación con las víctimas del terrorismo, la configuración de la prescripción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como obstáculo procesal “cercena el derecho de las víctimas y el interés de la comunidad en obtener, si hay fundamento probatorio para ello, una declaración pública, emanada de la autoridad dotada de neutralidad institucional, de que los daños causados fueron injustos y culpablemente causados por una o varias personas y, consecuentemente,

respecto del terrorismo), en cuyo caso entran en juego las llamadas doctrinas de la lucha contra la impunidad, que gozan de gran prestigio tanto en círculos académicos y forenses como en la opinión pública. Ello se debe en muy amplia medida, como pone de manifiesto Silva Sánchez, al ámbito concreto en que se ha forjado: el de los delitos contra la humanidad; también a los órganos que las han ido elaborando: tribunales internacionales y, siguiéndolos, tribunales constitucionales nacionales; finalmente, a la fuente de la que se han extraído: los tratados internacionales de protección de los derechos humanos (Silva Sánchez, 2009).

La paulatina inclusión de la imprescriptibilidad en nuestro Código Penal ha generado cierta confusión, no sólo en cuanto al fundamento de este concepto jurídico⁹, sino sobre todo, sobre el alcance de los preceptos en que se señala, por lo que se hace necesario aclarar que no toda imprescriptibilidad implica las mismas posibilidades de persecución del delito. Éstas dependerán del texto en que se recoja, del Estado u organización internacional que pretenda juzgar el hecho y aplicar la pena y de la nacionalidad del sujeto sobre el que ha de recaer.

La distinción entre distintos tipos de imprescriptibilidad permite asimismo determinar si es posible la aplicación retroactiva de las normas que modifiquen la regulación de las posibilidades de prescripción, al fundamentarse tal distinción en que no es lo mismo que quien se arroga capacidad para juzgar y condenar considere que el sistema jurídico-político que ampara la prescripción es legítimo o, por el contrario, considere que no lo es y que lo que debe prevalecer es su propia legalidad.

2. Origen de la noción actual de imprescriptibilidad

La noción de imprescriptibilidad que las legislaciones estatales han ido paulatinamente incorporando surgió en el ámbito internacional con la finalidad de castigar

excluye un pronunciamiento de que los mismos deben ser reparados por quienes los provocaron". (Subijana Zunzunegui, 2009). Tal afirmación es extensible asimismo a las víctimas de cualquier otro delito.

⁹ En ocasiones se ha aludido a los mismos fundamentos que justifican la prescripción, negando que sean de aplicación a determinados delitos por razón de su gravedad. Así, si la prescripción encontraba su fundamento en el olvido del hecho transcurrido un largo tiempo -lo que en definitiva hacía ya innecesaria la pena, que no cumpliría sus fines de prevención general-, la imprescriptibilidad se ha justificado en ocasiones aludiendo a la necesidad de recordar lo sucedido o directamente a la imposibilidad de olvidarlo (La Rosa, 2008, p. 131). Y si la prescripción se justificaba también a menudo por la necesidad de seguridad jurídica, lo cierto es que genera mayor inseguridad un sistema en el que algunos delitos (los más) prescriben y otros (los menos) no lo hacen que un sistema que (al margen de los problemas constitucionales a los que ello podría conducir) en el que se consagrara la imprescriptibilidad de todos los delitos sin excepción alguna (en este sentido, Gómez Martín, 2013).

los horrendos crímenes de la Alemania nazi, de donde proviene el término genocidio¹⁰ y la configuración de los delitos de lesa humanidad.

El 8 de agosto de 1945, el mismo Día de la Victoria aliada, como anexo al Acuerdo de Londres, Francia, Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas firmaron el Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional¹¹, aplicable, según su art. 6, a crímenes de guerra, crímenes contra la paz y delitos contra la humanidad, y en el que se establecieron, los principios y procedimientos por los cuales se regirían los Juicios de Núremberg: no reconocimiento de inmunidad para los Jefes de Estado o funcionarios (art. 7), inadmisión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad (aunque podía ser estimada como atenuante) (art. 8) y exigibilidad de responsabilidad a las personas individualmente consideradas¹². Aunque en tales Principios no se empleó expresamente el término “imprescriptibilidad”, sí se señaló, en el Principio II, que el hecho de que la ley interna no imponga una pena por un acto que constituya un crimen internacional, no exime a la persona que cometió el hecho de responsabilidad conforme al derecho internacional (*“The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law”*)¹³.

Hasta ese momento, no existían antecedentes de crímenes de tal magnitud, ni tampoco existían normas escritas que los previeran, lo que suscitaba el problema de la falta de apoyo en una norma escrita anterior a la comisión de los hechos que autorizase su

¹⁰ El término “genocidio” fue utilizado, por primera vez, por el jurista polaco Rafael Lemkin, en su obra *Axis Rule in Occupied Europe* (1944), donde lo definió como la destrucción de grupos nacionales, raciales o religiosos, y le atribuyó la condición de crimen internacional multilateral a la vez que requería a los Estados la incorporación en sus legislaciones internas de normas que protegieran a los grupos nacionales, religiosos o a las minorías raciales frente a las prácticas de genocidio (Ollé Sesé, 2008, p. 435).

¹¹ http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

¹² El principio general de responsabilidad individual constituye la piedra angular del Derecho penal internacional, según reconoce la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318), en la que se recuerda asimismo que “Este principio general de responsabilidad directa, supone, como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996), la Autonomía del Derecho internacional en la tipificación penal de los crímenes contra la humanidad, así como la supremacía del Derecho penal internacional sobre el derecho nacional en el contexto de las obligaciones internacionales de los individuos. La esencia del Estatuto de Núremberg y de los principios que allí germinaron era que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada Estado. Esto se ha de considerar de aplicación únicamente en relación con los cuatro grandes crímenes antes citados, sobre los que hay consenso en la Comunidad Internacional”.

¹³ *Report of the International Law Commission covering its Second Session, 5 June - 29 July 1950, Document A/1316.* En español en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>

enjuiciamiento y condena. Se optó por prescindir de las exigencias derivadas del principio de la prohibición de irretroactividad de las normas penales desfavorables, lo que suscitó numerosas críticas por parte de quienes entendían que se trataba de una justicia de los vencedores sobre los vencidos, que fueron juzgados sin garantías procesales. Se pretendió esquivar tales críticas fundamentando los Principios de Núremberg en una *opinio iuris* anterior a todo Tratado y de la que se derivaría la prohibición de la comisión tales hechos. Y aunque generalmente, los juicios se consideren aún hoy legítimos por cuanto que eran necesarios¹⁴, lo cierto es que en ellos se aplicaron tipos penales creados ex profeso y por tanto sin respetar el principio de legalidad penal tal y como hoy se concibe, ni en cuanto a la necesidad de tipificación previa ni en cuanto a la prohibición de retroactividad de las disposiciones penales desfavorables para el reo, consecuencia lógica del principio de legalidad.

Los Principios de Núremberg fueron confirmados posteriormente por la Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁵, que asimismo encomendó al Comité de Codificación de Derecho Internacional que tratase como un asunto de importancia primordial los planes para formular una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional que contuviera dichos principios, si bien los trabajos quedaron luego paralizados¹⁶. La Declaración de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948¹⁷ ya había afirmado en su art. 11.2 que "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional *e internacional*. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". Y en 1950, sobre la base del informe presentado por el Relator Especial

¹⁴ El Fiscal norteamericano Jackson, en la apertura de los juicios, afirmó que "El trato que un gobierno da a su propio pueblo, normalmente no se considera como asunto que concierne a otros gobiernos o la comunidad internacional de los estados. El maltrato, sin embargo, de alemanes por alemanes durante el nazismo traspasó, como se sabe ahora, en cuanto al número y a las modalidades de crueldad, todo lo que la civilización moderna puede tolerar. Los demás pueblos, si callaran, participarían de estos crímenes, porque el silencio sería consentimiento". Cfr. *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg 14. November 1945 - 1. Oktober 1946, Nürnberg 1947*, tomo II, p. 150. (Citado por Huhle, 1997).

¹⁵ La Confirmación de los Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el Fallo de este Tribunal (Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) puede leerse, en español, en: http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Resolucion_95_I_11_diciembre_1946_Asamblea_General_Naciones_Unidas.pdf

¹⁶ Llegó a elaborarse en 1950 un Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad - Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y que presentado a la Asamblea General. Cfr. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>

¹⁷ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III))

(A/CN.4/22), la Comisión aprobó la formulación definitiva de los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg y los presentó, junto con comentarios, a la Asamblea General¹⁸.

También España reconoció estos Principios el 4 de agosto de 1952, al ratificar el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 que, en su artículo 85, remite expresamente a los “Principios de Nuremberga” (BOE 5 de agosto de 1952, adaptando así el nombre de la ciudad alemana al español)¹⁹. Más tarde, en 1968, con la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad²⁰, los Estados firmantes se comprometerían a adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplicase a estos crímenes y, en caso de que existiesen, fuesen abolidas.

Los intentos de codificación internacional culminarían 30 años después, con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998²¹, que se declara competente para juzgar los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5). La imprescriptibilidad de estos delitos cuenta ya por tanto con apoyo en un principio de legalidad penal estricta, sin que –al menos para los Estados parte en el Tratado– sea necesario acudir, como en Núremberg, a una *opinio iuris* anterior a los Tratados y de origen incierto, a pesar de que existían ya algunos hitos como la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973,

¹⁸ Los Principios de Núremberg y sus comentarios pueden leerse en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (Yearbook of the International Law Commission)*, 1950, Vol. II, págs. 374-378, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E

¹⁹ Como se cita en el auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional nº 5, “Es cierto que, en ese mandato, España hizo una reserva de Derecho Internacional consuetudinario en cuanto al párrafo primero del artículo 99 del Convenio relativo al trato de prisioneros de guerra, de 12 de Agosto de 1949 (...), afirmando que por Derecho Internacional vigente sólo se entenderá el precedente de fuente convencional o bien el elaborado previamente por Organismos en los que España tomara parte”. España no formaba parte de la Asamblea General de la ONU de 11 de Diciembre de 1946, cuando aprobó tales “Principios de Nuremberga” y, cuya fuente, no es convencional, como no lo son otras fuentes del Derecho Internacional consuetudinario. En cualquier caso, España retiró esta reserva en 1979 (BOE de 31 de Julio de 1979). Puede leerse el citado auto en: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/11/18/auto_memoria_historica.pdf

²⁰ Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 26 de noviembre de 1968. [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2391\(XXIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2391(XXIII)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

A diferencia del anterior Convenio, no fue ratificado por España.

²¹El Estatuto de Roma de aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional fue publicado en BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2002, y está vigente desde el 1 de julio de 2002. http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf

que proclamaba los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad²², y a partir de la cual se consideraba que los principios de Núremberg se encontraban ya indiscutiblemente aceptados en el ámbito del Derecho internacional²³.

3. Tres clases de imprescriptibilidad

Si consideramos el ordenamiento jurídico de un Estado como un sistema cerrado, la posibilidad de prescripción de delitos reconocida expresamente en él tiene como presupuesto la idea de que dicho Estado ostenta el monopolio de la violencia, sin posibilidad de injerencias externas, que es en definitiva soberano y que según su Derecho, considerado legítimo, la persecución de un determinado hecho tipificado como delito habrá de cesar transcurrido un tiempo determinado. En este contexto, un Estado que respete el principio de legalidad penal no tiene excusa para aplicar retroactivamente normas más perjudiciales para el reo que las vigentes en el momento de cometerse los hechos.

Pero sucede que los crímenes considerados imprescriptibles en el ámbito internacional son cometidos por lo general por el propio Estado o estructuras afines, como sucedió en el régimen de Hitler, lo que determina que no sean perseguidos dentro de sus propias fronteras, bien porque esas acciones se consideran legítimas según la legislación interna (que puede recoger alguna causa de justificación que exima de responsabilidad penal), o bien porque el propio Estado facilite un entramado que oculte los crímenes, difumine las responsabilidades u obstruya la investigación. La clase dirigente de ese Estado en el que difícilmente se dará la separación de poderes²⁴, puede perfectamente adaptar la legalidad positiva interna para favorecer la impunidad de los crímenes. Pero no por ello tal legalidad ha de ser reconocida como legítima por el resto de naciones de la comunidad internacional. De ahí que la fuerza necesaria para proceder a la captura y enjuiciamiento de

²² [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074\(XXVIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074(XXVIII)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

²³ Así se afirma en Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª), Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318), que añade que “en muchas resoluciones dictadas por los tribunales penales internacionales «ad hoc» actuales, se ha afirmado y aceptado la tesis de que «desde el Estatuto de Núremberg, el carácter consuetudinario de la prohibición de los crímenes contra la humanidad y la imposición de la responsabilidad penal individual por su perpetración no han sido seriamente discutidos (Asunto Tadic del ICTY)»”.

²⁴ La separación de poderes como mecanismo para impedir, por regla general, que estos crímenes se cometan es citada por Huhle: “Dado que las violaciones de derechos humanos, en el sentido estricto del concepto, son cometidos por los agentes del Estado mismo, la ineficacia del Estado nacional en la persecución de estos crímenes tiene carácter sistemático. Los mismos estados violadores serían los responsables del castigo. Abundan muchos ejemplos de que esto no funciona. En un estado con una clara separación de poderes, por otro lado, sí es posible - y tampoco faltan los ejemplos - que la justicia castigue por ejemplo agentes del Ejecutivo. Cuando se generalizan las violaciones de derechos humanos, sin embargo, normalmente el sistema judicial tampoco escapa a los mecanismos de presión que llevan a la impunidad” (Huhle, 1997).

estos criminales, si existe un ánimo determinado de impedir la impunidad, haya de venir del exterior, de otro Estado o de un conjunto de Estados constituidos en organización internacional, que impongan la aplicación de otra legalidad propia, considerada legítima.

De este modo, pueden distinguirse tres clases de imprescriptibilidad: la imprescriptibilidad como mero desconocimiento de la prescripción de los crímenes, la imprescriptibilidad impuesta desde el exterior para evitar la impunidad de los crímenes más graves cometidos en un Estado conforme a su legislación interna y la imprescriptibilidad señalada de forma expresa para determinados delitos en una legislación estatal.

3.1. La imprescriptibilidad como mero desconocimiento de la prescripción

Una primera clase de imprescriptibilidad, que no plantea mayores problemas desde el punto de vista de su aplicación, es la que se da de facto en un ordenamiento jurídico en el que no se reconozca la posibilidad de prescripción. Aunque desde el punto conceptual no se trate de una imprescriptibilidad propiamente dicha (pues para que haya im-prescriptibilidad tiene antes que existir la posibilidad de prescribir), también determina el resultado de poder perseguir un delito con independencia del tiempo transcurrido desde su comisión.

Cabe recordar que, pese a que hoy en día, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, se acepte la posibilidad prescripción de la generalidad de los delitos, ello no ha sido siempre así. Tal posibilidad era desconocida en el Derecho Romano de la República (Morillas Cueva, 1980, p. 12; Pedreira, 2007), así como en el primitivo Derecho germánico (La Rosa, 2008, p. 12; Pedreira, 2004, p. 44), y tampoco se aceptó en la *Constitutio Criminalis Carolina* (1530-1532), ni en la legislación de Baden-Durlach (1622), ni en el Código austríaco de 1887. Las leyes napolitanas del 20 de mayo de 1808 establecieron que los hechos delictivos capitales no prescribirían nunca (La Rosa, 2008, pp. 13, 69).

El *Common Law* tampoco acoge especialmente la posibilidad de prescripción. Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, únicamente se cita en algunos preceptos particularizados en el *Statute Law* (Morillas, 1993, p. 272). Esta tradición tiene su origen en la regla *nullum tempus occurrit regis*, o formulada en inglés (*no time runs against the King*) (el tiempo no corre para el rey), lo que suponía que la acción podía iniciarse en cualquier tiempo después de la comisión del delito, que no prescribía (La Rosa, 2008, p. 128). Esta idea fue expresada hacia 1250 por el clérigo inglés Bracton en su *De legibus et consuetudinibus Angliae*, y posteriormente fue heredada por los Estados Unidos donde, tras su independencia, es habitual que la alusión a la monarquía se sustituya por las expresiones *republicae* o *sovereign*. El principio opera excluyendo la prescripción de las acciones del

Estado –esto es, estableciendo la inaplicabilidad del *statute of limitations*–, aunque se reconoce con distinta extensión en los diferentes Estados de Estados Unidos²⁵.

3.2. La imprescriptibilidad impuesta desde el exterior de un ordenamiento para evitar la impunidad de los crímenes más graves

Una segunda clase de imprescriptibilidad es la que viene impuesta desde el exterior de un sistema jurídico, bien por otro Estado, bien por una organización o Tribunal internacional, con la finalidad castigar determinados crímenes, cometidos por lo general al amparo de la mal llamada razón de Estado, cuando el Derecho interno procura su impunidad mediante la figura de la prescripción o mediante otro mecanismo jurídico, como puede ser una amnistía. En estos casos, el Estado o la organización internacional que actúa como juzgador, al considerar ilegítimo el régimen político-jurídico donde se han cometido los crímenes y que ampara la impunidad, no tiene por qué respetar esa legalidad, sino que se siente legitimado para aplicar la suya propia.

Pero la amnistía (o el castigo) de los crímenes cometidos en el seno de un Estado puede provenir también del interior, del nuevo régimen político que suceda al anterior. Aparece entonces la llamada “justicia de transición” (*transitional justice*) o, en otra terminología, la de “superación del pasado” (*Vergangenheitsbewältigung*) que han pretendido revisar lo sucedido a través de diversos instrumentos jurídico-políticos y sociales tan variados como el número de países que han afrontado estos procesos, pero fundamentalmente basados en las llamadas “comisiones de verdad” y procedimientos penales. En muchas ocasiones se han propugnado también soluciones alternativas a la punitiva (basadas, por tanto, en la reparación o en una combinación de verdad y reparación), presentadas presentado bajo el lema de la obtención de la reconciliación social y la paz. Es como reacción a estos métodos cuando surgen las doctrinas de la lucha contra la impunidad, que propugnan un recurso irrestricto al derecho penal (Silva Sánchez, 2009). Y así, bajo el argumento de la lucha contra la impunidad, se llega incluso a dejar en un segundo plano el respeto estricto a principios tan arraigados en el moderno Derecho penal de corte liberal, como el *nullum crimen sine lege*²⁶. La pena se convierte así esencialmente

²⁵ No obstante, hoy en día, incluso el Derecho penal anglosajón actual reconoce la posibilidad de prescripción de las infracciones leves, que se establece en los distintos *statutes of limitations*, aunque esta posibilidad se excluya para los delitos más graves o atroces. Así, en Estados Unidos, el Código Federal establece que no prescriben los delitos castigados con pena de muerte (*Capital Offenses*), los delitos de terrorismo si han producido la muerte o lesiones graves o han creado un riesgo previsible de muerte o lesiones graves a alguna persona (*Terrorism-Related Offenses Resulting in or Involving the Risk of Death or Serious Injury*) y determinados delitos cometidos contra menores, como secuestros y abusos sexuales (*Child Abduction and Sex Offenses*).

²⁶ Acertadamente observa Silva Sánchez que la idea de la lucha contra la impunidad se ha convertido en el fin más “moderno” del Derecho Penal, hasta el punto de que cuando aparece, dejan de mencionarse los tradicionales fines de la pena de prevención general y prevención especial (Silva Sánchez, 2009).

en retribución, en procurar el castigo de los culpables. Y si bien es normal que esta pena pueda tener un cierto efecto de prevención general, cualquier aspecto de prevención especial pasa a un segundo plano. En el propio Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. El art. 29, como una concreción de esta idea, establece que “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”.

Lo primordial para los partidarios de tales doctrinas es, por tanto, evitar la impunidad que, etimológicamente, no significa otra cosa que “ausencia de castigo”, si bien conforme a la doctrina de las Naciones Unidas puede definirse como “*la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas*”²⁷. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el término ha tenido un mayor desarrollo doctrinal, ha venido a señalar que el mismo alude a la “*falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos*” por el Derecho internacional de los derechos humanos²⁸. En realidad, el concepto doctrinal y jurisprudencial de impunidad elaborado en el ámbito internacional abarcaría tres posibles situaciones que ha sistematizado Silva Sánchez:

- a) La ausencia de toda intervención jurídico-estatal sobre los hechos (impunidad fáctica)
- b) La limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo en virtud de leyes de exoneración emanadas de parlamentos democráticos (impunidad normativa o legal por acción)

En la jurisprudencia española, se ha llegado a afirmar que la lucha contra la impunidad es “un principio de justicia superior” que “expresa ante todo un principio de justicia” para afirmar seguidamente: “y no puede haber mayor injusticia que llevar a cabo interpretaciones estrictas conducentes a la impunidad del sujeto”. Cfr. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) Sentencia núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318).

²⁷ Así se desprende del Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1.

²⁸ Así en la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 111, con cita de otras.

- c) La de no anulación de dichas leyes (impunidad normativa o legal por omisión) (Silva Sánchez, 2009).

Bajo este prisma, la posibilidad de prescripción del crimen por el transcurso de un periodo de tiempo más o menos largo (en comparación con la experiencia vital humana) sería por tanto, únicamente, una de las posibles formas en que podría concretarse la impunidad. Con la posibilidad de enjuiciamiento de determinados crímenes con independencia del tiempo transcurrido desde su comisión y de las posibles exoneraciones de responsabilidad que pueda señalar el Derecho interno de un Estado, se pretende asimismo lograr una cierta reparación moral a las víctimas, al permitirles conocer la verdad de lo sucedido²⁹, y se considera en general una forma de que los hechos no sean olvidados, dignificando a las víctimas³⁰.

3.3. La imprescriptibilidad señalada de forma expresa en una legislación estatal

La tercera clase de imprescriptibilidad sería aquella que se señala expresamente para determinados delitos en el ámbito de un ordenamiento jurídico de un Estado soberano con capacidad y determinación para enjuiciar toda conducta criminal que se lleve a cabo en el ámbito de su jurisdicción. En este contexto, donde el propio Estado juzgador no puede sino considerar legítima su propia legalidad, si se quiere presumir de ser respetuoso con las garantías procesales, no hay excusa para obviar que, si se reconoce con carácter general la posibilidad de prescripción de los delitos, la imprescriptibilidad tiene que ser señalada

²⁹ Si bien se trata de una verdad judicial. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que no basta con la “verdad histórica” que puedan establecer otros órganos como las denominadas Comisiones de la Verdad, que no puede sustituir la obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales. Cfr. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 150. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_espág.pdf

³⁰ En la doctrina jurídica española, se ha aludido a la importancia de no olvidar lo sucedido como medida de dignificación jurídica de las víctimas y de reafirmación de valores fundamentales de la sociedad. Para Ragués i Vallés, “la imprescriptibilidad puede explicarse perfectamente desde una concepción del Derecho penal como instrumento necesario para preservar un determinado orden social. La extrema gravedad de ciertos delitos que cuestionan las bases más esenciales de determinados modelos de sociedad, tiene como consecuencia que sea imprescindible el transcurso de un lapso temporal muy prolongado para su superación, hasta el punto de que su persecución y castigo siguen siendo necesarios mientras vivan los (presuntos) responsables” (Ragués i Vallés, 2004, p. 92). Otros autores, como González Tapia, señalan que con la declaración de imprescriptibilidad de determinados delitos como el genocidio, la comunidad internacional refuerza el autoimpuesto deber de mantener vivo el recuerdo de tales sucesos. Además de cualificar la gravedad de dicho crimen frente a cualquiera de las demás infracciones que puedan cometerse, es un gesto de firmeza y permanente abominación del mismo, que encierra la declarada esperanza de evitar que experiencias como las vividas en la Alemania nazi, en Ruanda o en la ex Yugoslavia puedan volver a repetirse. Sin embargo, para esta autora, también sería posible justificar la prescripción de esta infracción en el decaimiento de la necesidad de pena por el transcurso del tiempo, puesto que incluso ese atroz crimen acaba siendo visto por la comunidad como un acontecimiento histórico (González Tapia, 2003, pp. 85-86).

expresamente por la ley con anterioridad a la comisión del hecho, respetándose así el principio de legalidad, del que deriva el de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables. De este modo, sólo un nuevo régimen político en el que se considere ilegítima la legislación anterior, puede fundamentar la aplicación retroactiva de normas que señalen la imprescriptibilidad de un delito que antes podía prescribir.

En España, la imprescriptibilidad de determinados delitos tiene su origen en el cumplimiento de los Tratados internacionales antes señalados, si bien el Código Penal acoge otro supuesto, el de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, no tipificado en las normas penales internacionales por las dificultades a la hora de definir el terrorismo³¹.

En 1971, como consecuencia de la adhesión de España al Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio³², se introdujo en nuestro ordenamiento la tipificación del delito de genocidio, lo cual se llevó a cabo mediante la reforma del Código Penal operada por la Ley 44/1971 de 15 de noviembre, que introdujo un art. 137 bis en el Capítulo III, *Delitos contra el Derecho de Gentes*, del Título I, *Delitos contra la seguridad exterior del Estado* del Libro II. El mismo fue modificado en dos ocasiones, una en 1983 y otra en mayo de 1995³³, aunque no sería hasta el nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995 cuando se introdujo expresamente en nuestro ordenamiento la imprescriptibilidad de este delito, lo que haría el art. 131.4, en sede de prescripción, estableciendo que “El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso”, en sintonía además con lo dispuesto en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, de 9 de diciembre de 1968, que sin embargo no había sido suscrita por España, si bien las Cortes españolas sí suscribieron el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 mediante la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre³⁴. Tres años más

³¹ Lo que se debe a la carga política y emocional del término, que es empleado por quienes pretenden desprestigiar la acción. Ello no impide, sin embargo, que la legislación interna de cada país tipifique determinadas conductas como terroristas, adaptando el concepto y los mecanismos jurídicos a las necesidades de concretas de la lucha contra las formas en que se manifiesta la amenaza en el ámbito de su jurisdicción.

³² Resolución 280 A III, de 9 de diciembre de 1948, con entrada en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. *Serie Tratados de Naciones Unidas* N° 1021, Vol. 78, p. 277. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0023>.

³³ La primera vez por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que entre otras modificaciones suprimió, por imperativo de la Constitución de 1978, el castigo de pena de muerte y la segunda por Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipificaba la apología de los delitos de genocidio. El precepto estudiado se convertiría después en el art. 607 del nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995, ubicándose en el Título XXIV (“Delitos contra la Comunidad Internacional”), Capítulo II (“Delitos de Genocidio”).

³⁴ Fue publicado en BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2002, y se encuentra vigente desde el 1 de julio de 2002. Se trata de un Tratado multilateral constitutivo de una institución internacional que engloba a un órgano de carácter jurisdiccional (el Tribunal Penal Internacional) y a otro de carácter político, la Asamblea de

tarde, el 25 de noviembre de 2003, se aprobó la Ley Orgánica 15/2003 de modificación del Código Penal, para adaptar sus disposiciones a las exigencias contenidas en el citado Estatuto, de modo que, con su entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, fueron añadidos a la lista de delitos imprescriptibles en nuestro Derecho los delitos de lesa humanidad y de los delitos contra personas y bienes en caso de conflicto armado, en consonancia con lo dispuesto en el art. 29 del mencionado Tratado internacional³⁵.

En la actualidad, tras la profunda modificación que llevó a cabo la Ley Orgánica 5/2010 en materia de prescripción, modificando entre otras cosas el momento en el cual la misma debe entenderse interrumpida, el Código Penal español señala en su art. 131.4, la imprescriptibilidad de “Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614”, que “no prescribirán en ningún caso”, habiendo añadido la mencionada reforma que “tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona”. Las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, pese a la profunda reforma del Código que han llevado a cabo, no han implantado ninguna modificación en esta materia.

4. La imprescriptibilidad y la posibilidad de aplicar retroactivamente las normas que la señalan.

La posibilidad de aplicación retroactiva de las normas penales que regulen la prescripción en perjuicio del reo, por ejemplo señalando la imprescriptibilidad de

Estados Partes. El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002. http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf

³⁵ No obstante, según la doctrina de la Audiencia Nacional, el legislador español, al introducir estos preceptos penales no se está limitando “a permitir en el ordenamiento español, pero sólo de cara al futuro y para el ámbito interno español, la persecución de este tipo de crímenes, a modo de dar formal cumplimiento a la exigencia derivada del Principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional o de la obligación de cooperar con dicho Tribunal, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional que ya desde hace décadas castigaba ese tipo de conductas. Ello significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a estos delitos. Desde luego no sería admisible de ninguna manera un tratamiento diferente al que se reconoce al delito de genocidio, por mucho que el origen de éste esté en un Tratado”. El texto reproducido se encuentra en la Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 16/2005 de 19 de abril (JUR 2005, 132318) y de esta doctrina se deriva tanto la posibilidad de prescindir del principio de territorialidad por tratarse de crímenes internacionales y por tanto que se puede aplicar el principio de justicia universal y por otro, que cuando el Derecho interno español recoge expresamente en sus textos legales estos delitos, no significa que con anterioridad estos delitos no fuesen perseguibles por España en la medida en que formaban ya parte del ordenamiento internacional del que también España participa.

determinados crímenes que antes sí podían prescribir, ha de determinarse en relación con la legitimidad del Estado que hubiera consentido los crímenes o amparado su impunidad.

El principio de la irretroactividad de la ley penal más rigurosa es uno de los postulados fundamentales del moderno Derecho penal, considerado corolario del principio de legalidad (en este sentido, Ferrajoli, 2006, pp. 321-322)³⁶. En la actualidad, el principio de legalidad se encuentra consagrado en los más importantes textos internacionales. El art. 7, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispondría que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”³⁷. Tales reglas serían reiteradas en el art. 15. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que afirmarí que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”³⁸. Por su parte, el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), estableció que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el

³⁶ Si la pena, como afirmara Hobbes en su *Leviatán*, “supone un hecho considerado como una transgresión por la ley”, “el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe transgresión de la ley”; por eso “ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un delito”. Por otro lado, se observa cómo el principio de irretroactividad de las leyes penales suele sancionarse en los textos constitucionales junto con el de legalidad. De todo ello, deduce Ferrajoli que la ley penal más favorable al reo debe ser ultractiva respecto a la más desfavorable si es más antigua que ésta, y retroactiva si es más nueva (Ferrajoli, 2006, primera edición de 1995, pp. 321-322).

³⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

³⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977. Publicado en BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733

No obstante, cabe mencionar cómo el art. 15.2 del Pacto deja abierta la puerta a la posibilidad de aplicación de normas contrarias a la prescripción que sí es reconocida en el ámbito interno, sin necesidad siquiera de que tal imprescriptibilidad se recoja en un texto escrito y bastando por tanto, como en Núrember, con una *opinio iuris* internacional, al establecer que “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”³⁹. En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 establece en su art. 7.1 que “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”⁴⁰. Asimismo, cabe señalar, nuevamente con Ferrajoli, cómo el principio de irretroactividad de las leyes penales suele sancionarse en los textos constitucionales junto con el de legalidad (como sucede en España, en el art. 9.3 CE⁴¹).

Pero el principio de irretroactividad presupone la existencia de un sistema jurídico que, como tal sistema, habrá de estar regido por unas reglas y como jurídico, habrá de proteger unos valores. Y donde los derechos humanos más básicos son violados sistemáticamente por el Estado o sus agentes, reconociendo la validez de leyes y órdenes objetivamente injustas que violan los principios morales más básicos, no puede decirse que haya un auténtico sistema jurídico, sino un mero régimen de poder cuya legalidad ilegítima puede ser perfectamente desconocida por quien, desde el exterior, pretenda hacer prevalecer otra legítima, fundada en un sistema de valores considerado superior.

De este modo, cuando la aplicación de una pena al autor de un crimen viene impuesta por un Estado distinto al que venga sujeto según las reglas clásicas o por una

³⁹ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32) San José (Costa Rica) celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_american_a_sobre_derechos_humanos.htm

⁴⁰ Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y para España el 4 de octubre de 1979, fecha del depósito de su Instrumento de Ratificación, de conformidad con el artículo 66, 3, de dicho Convenio. El Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, fue publicado en el «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Posteriormente, fue aprobada la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 fue publicada en «BOE» núm. 108 de 06 de Mayo de 1999, con vigencia desde el 26 de Mayo de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10148>

⁴¹ Dispone el mencionado artículo que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

organización internacional, carece de sentido hablar de vulneración de la legalidad interna a cuyo amparo los crímenes se cometieron, ocultaron o justificaron, pues tal legalidad es rechazada, por ilegítima, por la fuerza exterior que enjuicia los hechos e impone la pena. No obstante, tal posibilidad de vulneración de la legalidad puede plantearse respecto del Derecho aplicado, internacional o de otro Estado, si no se respetan sus propias reglas internas, pero no por ponerlo en relación con las reglas del Estado que amparaba los crímenes.

Se ha dicho antes que el 26 de noviembre de 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad⁴². Pues bien, en su Preámbulo, se recuerda que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad “figuran entre los delitos de derecho internacional más graves” y que su represión efectiva es “un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”. Se afirma también que la aplicación a estos delitos de las reglas internas de prescripción de los delitos ordinarios “suscita grave preocupación en la opinión pública mundial”.

El art. I de la Convención establece que “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las «infracciones graves» enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”⁴³. La imprescriptibilidad propiamente dicha se establecía en el art. IV de la Convención, según la cual “Los Estados Partes en la

⁴² Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 26 de noviembre de 1968. [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2391\(XXIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2391(XXIII)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

⁴³ Como puede comprobarse, entre estos crímenes objeto de la Convención de 1968 se encuentra ya el de genocidio, que sin embargo no había sido definido hasta el Convenio de 1948.

presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”. El Convenio, por tanto, no establecía una aplicabilidad directa de esta previsión, sino que en virtud del mismo, los Estados firmantes se obligaban, como mucho, a abolir las normas que determinen la posibilidad de prescripción de estos crímenes, en el caso de que existan.

En Argentina, la previsión contenida en el citado art. IV de la Convención de 1968 se ha puesto en relación con la posibilidad de aplicación retroactiva de las normas que determinan la imprescriptibilidad de un crimen y que hubieran sido aprobadas con posterioridad a su comisión. La Sentencia de la Suprema Corte de la Nación conocida como “Arancibia Clavel”, a propósito de crímenes cometidos bajo las tres juntas militares, llega a afirmar que “las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la «Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad»”. Y ello aunque dicha Convención fuese aprobada por el estado con posterioridad a la comisión del hecho, entendiéndose que no se fuerza con ellos la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos⁴⁴. Sin embargo, ello no explica la discordancia entre el Derecho interno y el internacional al tiempo de cometerse los hechos ni explicita cuál sea la razón última de que se aplique el internacional de forma preferente.

Por otro lado, de la Disidencia (a modo de voto particular) del Señor Ministro Doctor Don Adolfo Roberto Vázquez, con cita de jurisprudencia anterior, se desprende que el resultado de la imprescriptibilidad es una posibilidad dentro del régimen legal de prescripción (a la que se refiere como “prescripción de la acción penal” en consonancia con el Código Penal argentino, que la considera una institución procesal)⁴⁵ pero señalando en cualquier caso que “prescripción” e “imprescriptibilidad” se integran en el concepto de “ley penal”, de modo que se ven afectadas por la imposibilidad de aplicación retroactiva de las normas que modifiquen su régimen legal en perjuicio del reo⁴⁶. Sin cuestionar la decisión

⁴⁴ Cfr. CSJN - 24/08/2004 – “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-.”

⁴⁵ Así se desprende de los arts. 60 a 64 del Código Penal argentino. Cfr. <http://www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/CODIGO%20PENAL%20DE%20LA%20NACION%20ARGENTINA.pdf>

⁴⁶ Se afirma en la citada Disidencia: “*Que el instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de*

de la Corte, podemos afirmar que de tal concepción unitaria de la regulación de la prescripción y la imprescriptibilidad -que estimamos más correcta en atención a la regulación unitaria de ambos conceptos en nuestro Código-, se desprende que, por más que los crímenes que se pretendan castigar resulten especialmente odiosos, si no quiere provocarse una ruptura jurídico-política con el régimen anterior, ha respetarse el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, corolario del principio de legalidad.

Por otro lado, excluido el supuesto de que un Estado haya reconocido previamente la competencia de un Tribunal internacional (en cuyo caso se estaría aplicando estrictamente la legalidad aceptada por ese Estado), tanto si es una organización o tribunal internacional el que juzga, como si es un solo Estado en aplicación de disposiciones que lo habiliten para administrar la llamada “justicia universal”, se plantean serios problemas políticos derivados de la inexistencia de normas aplicables universalmente.

En nuestro mundo globalizado, donde las informaciones se transmiten de forma inmediata, teniendo noticia de que se están cometiendo crímenes como los que fundamentan las actuales declaraciones de imprescriptibilidad, resulta inmoral que quien tenga la posibilidad de detenerlos, permita la comisión de tales crímenes, o espere a que la situación se establezca en ese lugar hasta que sea la organización política propia de la región la que se encuentre en condiciones de juzgarlos. La responsabilidad del enjuiciamiento recae por tanto, esencialmente, sobre la comunidad internacional, lo que plantea el problema de la inexistencia, a día de hoy, de una verdadera Justicia universal independiente del Derecho penal propio de cada Estado. En el Derecho penal internacional, con base en los Tratados, para que un tribunal internacional como la Corte Penal Internacional tenga competencia para juzgar a determinados criminales, es necesario en primer lugar que el Estado al que estén sujetos se haya adherido al Tratado voluntariamente⁴⁷, y por lo tanto

disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. En el caso "Mirás" (Fallos: 287:76, y sus numerosas citas sobre el punto) se señaló expresamente que tal principio alcanza también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: "el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva". Cfr. CSJN - 24/08/2004 – “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-”. <http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf>

⁴⁷ Siete Estados votaron contra el Estatuto en una votación de la que no se levantó acta, de manera que no quedaron registrados los nombres de los países votantes. Tres Estados (China, Estados Unidos e Israel) expresaron sus razones para votar en contra. El representante de China manifestó que el poder que se le daba a la Cámara de juicio previo para bloquear la iniciativa del fiscal no era suficiente y que la adopción del Estatuto debiera haberse hecho por consenso y no por votación.

que haya aceptado ese Derecho, junto con sus reglas de imprescriptibilidad, como válido. Por otro lado, la aplicación de una justicia universal recogida en cláusulas unilaterales puede dar lugar a serios conflictos internacionales, lo que, sin ir más lejos, ha llevado a España a autolimitar recientemente tales competencias⁴⁸. En el fondo, el problema es que la idea de justicia universal continúa siendo hoy por hoy una utopía, al no existir un Estado u organización con una ley y una policía operativas en todo el mundo. Por más que las distintas legislaciones internas incorporen preceptos en los que se afirme la posibilidad de impartir tal clase de justicia, por el momento no son más que habilitaciones internas para extender la jurisdicción propia más allá de las fronteras estatales, pudiendo encontrar ese Estado la oposición frontal e insalvable de otros poderes exteriores que hagan a sus normas inoperantes. Asimismo, no cabe desconocer que la posibilidad de perseguir delitos más allá de las fronteras estatales abre la puerta a utilidades con intereses espurios o cuanto menos a usos desproporcionados o irracionales de estas cláusulas, máxime cuando existen tipos penales que ni siquiera están perfectamente definidos en el Derecho Penal Internacional, como es el caso del art. 7. k) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que se refiere a “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (en este sentido, Castaño, 2007).

Las posibilidades de aplicación de las normas sobre imprescriptibilidad de los delitos limitadas al marco de un Estado considerado legítimo y respetuoso con los derechos humanos, donde la propia legislación interna garantice la vigencia del principio de legalidad, que impide la aplicación retroactiva de las disposiciones penales en perjuicio del reo, deben verse desde una óptica distinta. Aunque el régimen político sea mejorable, si el sistema jurídico es considerado legítimo por distinguir adecuadamente entre conductas permitidas y penadas, y el Estado o sus agentes no participan o encubren crímenes, no pueden plantearse dudas. El principio de irretroactividad de las normas desfavorables para el reo debe ser respetado si ese Estado aspira a tener seguridad jurídica y se considera, en definitiva, un Estado de Derecho, entendiendo por tal aquel que cumple con sus propias leyes.

La principal objeción de los Estados Unidos se refería al concepto de jurisdicción y su aplicación a los Estados no-Partes. Su representante manifestó también que el Estatuto debe reconocer el papel del Consejo de Seguridad en la determinación de un acto de agresión.

El representante de Israel dijo que no comprendía por qué el acto de trasladar habitantes a un territorio ocupado se incluía en la lista de crímenes de guerra. <http://www.un.org/spanish/law/cpi.htm>

⁴⁸ Lo que hizo mediante Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal («B.O.E.» 14 marzo), con vigencia desde el 15 de marzo de 2014.

En la doctrina actual de las Naciones Unidas, se afirma que la prescripción no puede correr mientras no existan recursos eficaces⁴⁹, lo cual entronca con la concepción en clave procesal de la prescripción como institución jurídica, trasladando al ámbito penal el principio procesal de la *actio nata*, propio del orden jurisdiccional civil, según el cual no puede correr el tiempo de prescripción de una acción para quien no tiene posibilidad de ejercitarla. Este traslado de un principio procesal propio del proceso civil al ámbito penal, que no es admisible en el ámbito interno de un ordenamiento considerado legítimo, donde el Estado esté obligado a perseguir toda acción delictiva, debe aceptarse en cambio en el orden internacional, donde confluyen Estados con distintas tradiciones jurídicas, para salvaguardar la posibilidad de intervención de una fuerza exterior que considera ilegítima la legislación interna que ampara la impunidad, así como para salvaguardar los derechos de unas víctimas que no pueden confiar en las instituciones de su Estado.

En España, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables se consagra en el art. 9.3 de la Constitución y en el art. 2 del Código Penal. La imprescriptibilidad de un delito, señalada en un texto legal previo a su comisión, no es sino una cualidad del mismo que determina que su punibilidad no se vea afectada por el transcurso del tiempo, y que, aunque se regule de forma unitaria en la Parte General del Código Penal, ha de entenderse integrada con la regulación de cada delito concreto de la Parte Especial, pues como afirma Hernández Gil, en los Códigos, “La Parte general es (...) la prueba más palmaria, el exponente más acabado de lo que es y a lo que aspira la dogmática. Constituye el resultado de un proceso lógico completo. Viene a ser como una cima que se escala a través de un procedimiento rigurosamente inductivo. Con los elementos comunes de los conceptos generales integrantes del sistema se forman unos conceptos todavía más generales que son la quintaesencia del sistema: los puntos en que éste se unifica. Hay, pues, una doble abstracción. (...). Gran parte de la denominada «teoría general del derecho», con la que el positivismo quiere suplantar a la filosofía del derecho, se elabora, a su vez, sobre los materiales aportados por las partes generales de las distintas disciplinas” (Hernández Gil, 1988, p. 115-116). De este modo, en el Código Penal, como

⁴⁹ El Principio 23 del Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, se refiere a “Restricciones a la prescripción”, y en él se afirma que “La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación”. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, Comisión de Derechos Humanos, 61º periodo de sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.

señala por su parte Mir Puig, las disposiciones de la Parte General no tienen otra función que la de precisar el alcance de los preceptos de la Parte Especial (Mir Puig, 2011, p. 61).

Como concreción de lo expuesto de modo general, cabe señalar cómo con la introducción en el Código Penal español de la previsión según la cual no prescribirán los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de alguna persona (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Tal previsión, podría perfectamente haberse incluido, en lugar de en la Parte General en sede de prescripción, en el art. 131 CP, tras la regulación del tipo penal concreto en el art. 573 CP, aunque por razón de mantener la inercia legislativa y a fin de mantener la estructura sistemática se incluyese en sede de Parte General.

En cualquier caso, ante esta nueva previsión, se planteó la duda de si la misma era aplicable a crímenes cometidos con anterioridad a su entrada en vigor⁵⁰. Si precisamente se pretende defender la legitimidad del ordenamiento jurídico español frente a quienes utilizan el terrorismo para tratar de instaurar un régimen de poder distinto, la respuesta debe ser negativa. Aceptar la posibilidad de aplicación de esta norma retroactivamente a estos crímenes, aunque sean especialmente repugnantes, sería tanto como aceptar que la posibilidad de su prescripción legalmente prevista en el pasado se debía a alguna causa de fuerza mayor ya desaparecida y que la nueva situación política permitiese al fin castigarlos. Evidentemente, no es el caso de España⁵¹.

BIBLIOGRAFÍA

⁵⁰ El 23 de diciembre de 2010, al cumplirse seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», conforme a la Disposición Final Séptima de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

⁵¹ En este mismo sentido se han pronunciado autores como Mir Puig (2013) o Manzanares Samaniego (2014). Ante la propuesta de UPyD, pactada con el PP y apoyada por el PSOE, para que la Corte Penal Internacional considere los delitos de terrorismo como crímenes contra la humanidad, lo que evitaría su prescripción, éste último, Consejero Permanente de Estado que fuera Magistrado del Tribunal Supremo, Abogado del Estado y Profesor Titular de Derecho Penal Manzanares Samaniego –evidentemente considerando estos principios aunque no los mencione expresamente– señala la imposibilidad de aplicación retroactiva de modificaciones legales de este tipo, afirmando que “La materia no se presta a los fuegos artificiales. Los delitos de terrorismo anteriores a 2010 prescriben en España porque así lo quisimos nosotros. Y lo mismo ocurre desde entonces, por idéntica razón, con los que no costaron la vida de ninguna persona”. En el mismo artículo afirma que “Nuestros delitos de terrorismo, que deben ser los que más nos preocupen, no prescribirían si esa hubiera sido la voluntad del legislador español en algún momento desde que empezaron los asesinatos etarras hasta hoy. Nada se hizo, sin embargo, como nada se hizo tampoco para prevenir las escandalosas excarcelaciones que la muy endeble doctrina Parot trató de impedir demasiado tarde” (Manzanares Samaniego, 2014).

Castaño, S. R.: «La imprescriptibilidad de ciertos delitos como valor jurídico absoluto». Una reflexión desde el derecho natural clásico», en Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007 (pp. 87-113).

Cobo del Rosal, M.: «La punibilidad en el sistema de la Parte general del Derecho penal español», en Estudios Penales y Criminológicos, vol. VI (1983). Cursos e Congresos nº 26. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-288-0, pp. 10-53. En internet en: <http://hdl.handle.net/10347/4293>

Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 8ª edición de 2006 (primera de 1995).

Gómez Martín, V.: «Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?», en Revista Crítica Penal y Poder. 2013, nº 4, marzo (pp. 12-33), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

González Tapia, Mª I.: *La prescripción en el Derecho Penal*, Dikynson, 2003.

Hernández Gil, A.: «Metodología de la Ciencia del Derecho», en *Obras Completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, Tomo 5.

Huhle, R.: «De Nüremberg a La Haya. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas», en KO'AGA ROÑE'ETA, Serie V, 1997. www.derechos.org/koaga/v/. Artículo originalmente publicado en la Revista “Memoria”, de Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika.

Jiménez De Asúa, L.: *Tratado de Derecho Penal, Tomo II (Filosofía y Ley penal)*, 4ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

La Rosa, Mariano R.: *La prescripción en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 2008.

Von Liszt, F.: *La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, Traducción de Carlos Pérez del Valle, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995.

Manzanares Samaniego, J.L.: «El terrorismo y los fuegos de artificio», artículo publicado el 11 de marzo de 2014 en el Blog El Clavo, República.com. <http://www.republica.com/el-clavo/2014/03/11/el-terrorismo-y-los-fuegos-de-artificio/#>

Mir Puig, C.: MIR PUIG, CARLOS: «Prescripción del delito: doctrina jurisprudencial; problemática de la nueva regulación», en Revista de la Fundación Internacional de Ciencias

Penales (Tribuna y Boletín de la FICP) N° 2013-1 (mayo), págs. 234-255.
http://www.ficp.es/media//DIR_42312/57d08b8e8388ab7effff80d7ffff8709.pdf

Mir Puig, S.: *Derecho penal, Parte General*, ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011.

Morillas Cueva, L.: *Acercas de la prescripción de los delitos y las penas*, Granada, Colección de Estudios Penales de la Universidad de Granada, núm. 3, 1980.

«Prescripción del delito y de la pena», en Nueva Enciclopedia Jurídica, vol. XX, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1993, pp. 269-295.

Ollé Sesé, M.: *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008.

Pedreira González, F. M.: «Comentarios al Código Penal», Tomo. IV, M. Cobo del Rosal (director), Madrid, 2000.

La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y Jurisprudencia, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

«Breve referencia a la Historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales», Revista de Derecho UNED, núm. 2, 2007, pp. 435-444.

Ragués i Vallés, R.: *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.

Silva Sánchez, J. M.: «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, VVAA, Comares, Granada, 2009, pp. 17-41.

Subijana Zunzunegui, I. J.: «La Justicia a las víctimas del terrorismo. Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas. Eguzkilore», en Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N° 23, 2009, pp. 79-86.

Textos internacionales citados

Confirmación de los Principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el Fallo de este Tribunal (Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas). En español en:
http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Resolucion_95_I_11_diciembre_1946_Asamblea_General_Naciones_Unidas.pdf

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los de lesa humanidad. Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 26 de noviembre de 1968. [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2391\(XXIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2391(XXIII)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Resolución 280 A III, de 9 de diciembre de 1948, con entrada en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. *Serie Tratados de Naciones Unidas* N° 1021, Vol. 78, p. 277. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0023>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998. http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945. http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, de 8 de febrero de 2005, Comisión de Derechos Humanos, 61° periodo de sesiones. E/CN.4/2005/102/Add.1. http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1

Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973. [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074\(XXVIII\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3074(XXVIII)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>

Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad - Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y que presentado a la Asamblea General. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>

Jurisprudencia citada

Sentencia de la Suprema Corte de la Nación de Argentina. CSJN - 24/08/2004 – “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-.”
<http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Arancibia-Clavel-CSJN.pdf>

Sentencia de la Audiencia Nacional de España (Sala de lo Penal, Sección 3ª) núm. 16/2005 de 19 de abril (Aranzadi, JUR 2005, 132318).

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional n° 5.

http://estaticos.elmundo.es/documentos/2008/11/18/auto_memoria_historica.pdf