



IMPRESCRIPTIBILIDAD Y TERRORISMO: *QUO VADEMUS?*

NON - APPLICABILITY OF STATUTES OF LIMITATION AND TERRORISM: QUO VADEMUS?

Dr. Víctor Gómez Martín
Universidad de Barcelona

RESUMEN

Como es sabido, el 23 de junio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. De acuerdo con lo dispuesto en la Disposición final séptima, la LO 5/2010, de 22 de junio, entró en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 23 de diciembre de 2010. Una de las instituciones de la Parte General del Código penal que se vio sometida a más relevantes modificaciones, con no menos relevantes consecuencias prácticas, fue la prescripción del delito.

Cuatro son, fundamentalmente, las novedades introducidas en la materia por la LO 5/2010. Por una parte, se modifica el ámbito de aplicación de la regla de la imprescriptibilidad (art. 131.4 CP). Por otra, se elimina el plazo de prescripción de tres años, pasando a prescribir a los cinco años los delitos que lo hacían a los tres (art. 131, párr. 4º CP). En tercer lugar, se introduce una nueva regla de determinación del plazo de prescripción en caso de concurso de delitos y de delitos conexos (art. 131.5 CP) Y, por último, se modifica el régimen de interrupción de la prescripción (art. 132.2 CP). Las líneas que siguen tienen como objetivo exponer los rasgos fundamentales de la primera de estas novedades legales, así como formular algunas observaciones críticas sobre las mismas. En las mismas se demostrará hasta qué punto está influyendo el populismo punitivista y la vía retribucionista del Derecho penal internacional en el alcance de cláusulas de imprescriptibilidad como la prevista en el art. 131.4 CP.

Palabras clave: Imprescriptibilidad, Derecho Penal Internacional, terrorismo, populismo punitivo.

ABSTRACT

As is known, the June 23, 2010 was published in the Official Gazette of Law 5/2010, of 22 June, which amended the Organic Law 10/1995, of 23 November, the Criminal Code. In accordance with the provisions of the seventh Disposal, LO 5/2010, of June 22, came into force six months after its complete publication in the Official Gazette, that is, the December 23, 2010. One of the institutions of the General Part of the Penal Code was subject to more significant changes, with no less relevant practical consequences, was the statute of limitations.

Four are mainly the new developments in the art from the LO 5/2010. First, amending the scope of the applicability rule (art. 131.4 CP). Furthermore, it eliminates the limitation period of three years, to five years prescribed crimes they did three (art. 131, para. 4 CP). Third, we introduce a new rule for determining the limitation period in the event of insolvency of crime and related offenses (art. 131.5 CP) And finally, amends the interruption of prescription (art. 132.2 CP). The following lines are intended to expose the fundamental features of the first of these new laws, and make some critical remarks about them. At the same will demonstrate how it is influencing populism and retributivist international criminal law in the scope of applicability clauses as provided in Art. 131.4 CP.

Key words: No statute of limitations, International Criminal Law, Terrorism, punitive populism.

I. LA MODIFICACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD (ART. 131.4 CP)

1. PLANTEAMIENTO

1. La LO 5/2010 modifica, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la imprescriptibilidad de determinados delitos, con sus excepciones. Hasta dicha reforma, el **art. 131.4 CP** declaraba 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. Disponía dicho precepto: “*Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescribirán en ningún caso*”. La redacción procedía de la LO 15/2003, 25-11, en vigor desde 1-12-04. El texto anterior del art. 131.4 CP, resultante de la LO 10/1995, 23-11, era el siguiente: “*El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso*”.¹ La ampliación de la regla de la imprescriptibilidad a los delitos “*de lesa humanidad (...) y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*” operada por la LO 15/03 obedeció, fundamentalmente, a la voluntad del legislador de adecuar el Código penal español a las exigencias de los principales acuerdos internacionales existentes sobre la materia, y, en particular, a lo dispuesto en el Convenio de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (Pedreira González, 2005, p. 1560) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

2. Con la LO 5/2010, la regla de la imprescriptibilidad experimenta una nueva ampliación. En este caso, la regla se hace extensiva a los **delitos de homicidio o asesinato terrorista**. Junto a ello, la reforma introduce una excepción: los delitos previstos en el **art. 614 CP**, que se verán sometidos al régimen general de prescripción. El nuevo art. 131.4 CP reza, en suma, como sigue: “*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, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona*”.

3. Esta reforma operada por la LO 5/2010 obliga a poner nuevamente sobre el tapete la controvertida cuestión de si resulta o no asumible, desde el propio **fundamento** de la institución de la prescripción del delito, que determinados delitos seleccionados por el legislador no prescriban nunca. No se trata, por supuesto, de un debate nuevo, ni siquiera *de lege lata*: antes de la LO 5/2010, el Código penal todavía en vigor ya declaraba el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (Ragués i Vallès, 2004, pp. 91 ss.). No obstante, la necesidad de una toma de postura sobre el

1 La imprescriptibilidad de ciertos delitos constituyó una importante novedad del CP 1995. Con anterioridad al mismo todos los delitos sin excepción eran prescriptibles. Llama la atención sobre este extremo Olaizola Nogales (1998, p. 744).

particular se hace todavía mayor desde el momento en que, con la LO 5/2010, el ámbito de aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, genocidio y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado se extiende, además, a otros delitos, concretamente **al homicidio y asesinato terrorista**.

2. NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: ¿SUSTANTIVA O PROCESAL?

1. La institución de la prescripción del delito se halla prevista en el Código penal español como una **causa de extinción de la responsabilidad criminal** (art. 130.6^a CP).² Una de las cuestiones más discutidas sobre la misma es si dicha causa tiene naturaleza **procesal** o **sustantiva**.³ Ciertamente, no cabe ignorar que algunas importantes cuestiones concernientes a la prescripción del delito requieren de la intervención del Derecho procesal. Tal es el caso, por ejemplo, de la determinación del acto procesal interruptor del cómputo o de la concreción de cuándo puede entenderse paralizado el procedimiento, ambas recogidas en el art. 132.2 CP. No obstante, considero ampliamente compartible la idea de que la institución de la prescripción tiene naturaleza fundamentalmente **sustantiva** (Pastor Alcoy, 1993, p. 8155; Olaizola Nogales, 1998, p. 747; Lascuraín Sánchez, 1997, p. 371; Mir Puig, 2011, 33/26; Mapelli Caffarena, 2011, pp. 524 y 529; Prieto Rodríguez, 1998, p. 386; Molina Fernández, 2011, 20/6678; Rodríguez Horcajo, 2011, p. 252).

2. Según la doctrina dominante, la disyuntiva no es baladí. De su resolución dependería, por ejemplo, la decisiva cuestión de si las normas reguladoras de la prescripción (por ejemplo, la que amplía el plazo de prescripción de algunos delitos de tres a cinco años) pueden ser o no de aplicación retroactiva *in malam partem* (Olaizola Nogales, 1998, p. 749; Gili Pascual, 2001, pp. 19 ss. y 64; Morillas Cuevas et al., 2000, p. 1098 s.; Ragués i Vallès, 2004, p. 78; Mir Puig, 2011, 33/26; Mapelli Caffarena, 2011, p. 525; Rodríguez Horcajo, 2011, p. 252). No obstante, considero más atendible el punto de vista doctrinal que según el cual la discusión sobre la naturaleza jurídica de la institución debe **relativizarse**. En palabras de Pedreira González, “(...) *el complejo problema de la naturaleza jurídica, aunque ha pretendido convertirse en la pieza*

2 Una extensa exposición de la evolución histórica de la regulación de la institución en la legislación española se encuentra en Medina Cepero (2000, pp. 301 ss)

3 Una parte de la doctrina y la jurisprudencia no comparte esta disyuntiva, al entender la causa de extinción de la responsabilidad penal que nos ocupa tiene un contenido mixto. Según esta postura, el fundamento de que la responsabilidad de uno o varios sujetos por la comisión de un delito pueda ser declarada extinguida por un Juez o Tribunal como consecuencia del transcurso de un determinado período de tiempo desde que aquélla tuvo lugar es multifactorial, y, en cualquier caso, mixto: por una parte, de naturaleza procesal y, por otra, de naturaleza sustantiva: Rey González (1999, pp. 53 ss.); Morillas Cuevas et al. (2000, p. 1095); Medina Cepero (2000, p. 3330; 2001, pp. 43 ss.); Martín Pallín (2008, p. 1576); en términos similares sobre la naturaleza sustantiva o procesal de la prescripción se expresa Gili Pascual (2008, p. 690), calificando la disyuntiva de “históricamente mal planteada” e “inexistente cuando de presupuestos de la pena se trata, desde el momento en que el Derecho penal, a diferencia de otras ramas del ordenamiento, no puede realizarse —no existe— al margen del proceso”; Chozas Alonso (2010, pp. 224 ss.); Hernández García (2011, 4/2907), afirmando que “[l]a prescripción no constituyes, solo, un óbice de punibilidad sino también de persecución, de sustanciación del propio proceso penal”; plantea la disyuntiva, sin tomar partido al respecto, Núñez Fernández (2011, p. 1004).

central de la materia que nos ocupa, ha sido una cuestión sobrevalorada y que carece de las repercusiones que normalmente se le atribuyen. Las consecuencias trascendentes que se asocian a mantener una u otra naturaleza jurídica pueden solucionarse sin excesivas dificultades por una aplicación correcta y leal de los principios esenciales de un Estado Democrático de Derecho” (Pedreira González, 2005, p. 1557). No es en absoluto incoherente, por ejemplo, defender la irretroactividad de las disposiciones perjudiciales para reo **en todo caso**, con independencia de su naturaleza procesal o sustantiva. No en vano el art. 9.3 CE establece que “[l]a Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)”, sin excepción alguna, por tanto, para las disposiciones de naturaleza procesal (Pedreira González, 2004, pp. 159 y 161; el mismo, 2005, pp. 1557 s.; en parecidos términos Molina Fernández, 2011, 20/6678; Díez Ripollés, 2011, p. 778).⁴

3. EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

1. Por lo anteriormente expuesto, más allá de si se trata de una institución de Derecho penal o procesal, lo realmente decisivo (y lo que realmente podrá llegar a desplegar consecuencias prácticas) es la cuestión relativa al **fundamento material** de la prescripción penal.

2. Desde una **perspectiva procesal**, se afirma que en la prescripción del delito lo que prescribe en realidad no es la infracción penal, que presupone una sentencia condenatoria que, por definición, no existe, sino la **acción penal** (Medina Cepero, 2001, p. 37). En ausencia de condena previa, no sería correcto hablar de extinción de responsabilidad penal, ya que ésta, en puridad de conceptos, ni siquiera habría llegado a nacer. Concebida de este modo, la prescripción del delito sería, en realidad, más que un óbice de punibilidad uno de **perseguibilidad** (Medina Cepero, 2001, p. 43; Hernández García, 2011, 4/2907). Como fundamento material de esta postura encuentra extendido el argumento de que, transcurrido un prolongado período de tiempo desde la comisión del delito, **las dificultades probatorias** (eventualmente en perjuicio del derecho de defensa del reo) del hecho se ven sensiblemente incrementadas (Rey González, 1999, p. 55). De este modo, si como consecuencia del transcurso de dicho intervalo temporal

4 En el mismo sentido Pedreira González (2005, pp. 1557 s.): “(...) la afirmación de la naturaleza procesal de una norma o institución no permite extraer automáticamente la posibilidad de su aplicación retroactiva, sino que lo que procede en estos casos es examinar la razón de ser del principio de irretroactividad. Depende, por lo tanto, del fundamento y alcance que posea dicho principio, y, más concretamente, del carácter absoluto o relativo que pueda atribuirse en el ámbito procesal a la regla tempus regit actum. Y no puede ser más claro que en nuestro ordenamiento jurídico la aplicación indiscriminada de esta regla, que, concebida para las actuaciones procesales, ostenta y debe ostentar un valor relativo, produciría consecuencias inconstitucionales, contrarias al art. 9.3 de la CE y a las exigencias mínimas del principio de seguridad jurídica. (...) Desde esta idea fundamental y fundamentadora, es claro que una aplicación retroactiva de los preceptos relativos a la prescripción del delito está afectada por el mencionado principio, pues se hallaría motivada por casos ya acontecidos y acomodada a estos”.

sucede que la Administración de Justicia advierte que no va a ser posible practicar diligencias de investigación tendentes a esclarecer los hechos, o recabar de otro modo material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al hipotético responsable de los hechos, desde la perspectiva procesal que ahora nos ocupa dejará de tener sentido la persecución de los hechos (Rey González, 1999, p. 54; se refieren a este argumento Gili Pascual, 2001, p. 67; Serrano Gómez, 2003, pp. 85 s.; Rodríguez Ramos, 2009, p. 489).

Frente a la tesis de que la prescripción constituye una garantía encaminada a reducir el margen de error judicial por las supuestas dificultades de valoración de la prueba como consecuencia del transcurso del tiempo, cabe destacar, por una parte, que las mencionadas dificultades probatorias bien pueden tener lugar aunque no haya transcurrido el plazo de prescripción del delito (Ragués i Vallès, 2004, p. 31; González Tapia, 2003, p. 52). Y al contrario: no siempre que ya ha transcurrido el plazo de prescripción concurren aquellas (Gili Pascual, 2001, p. 67; González Tapia, 2003, p. 49). Además, si el principio *in dubio pro reo* obliga a dejar sin pena todo hecho que no haya quedado suficientemente probado, ello no es por el transcurso del plazo de prescripción, sino en cualquier caso, con total independencia de si la ausencia de prueba viene o no determinado por dicho factor (Gili Pascual, 2001, p. 67; González Tapia, 2003, pp. 50 ss.; Pastor, 2010, p. 643). No en vano, en el caso del Código penal español, los plazos de prescripción de delitos y faltas previstos en el art. 131.1 CP no guardan proporcionalidad alguna con el grado de dificultad probatoria de la clase de delito, sino con la mayor o menor gravedad de la infracción, que nada tiene que ver con aquella (Gili Pascual, 2001, p. 68; González Tapia, 2003, pp. 49 y 51). De hecho, puesto que el art. 131.5 CP declara imprescriptibles determinados delitos, con apoyo en el argumento que ahora nos ocupa debería concluirse que en estos delitos la imprescriptibilidad obedece a la ausencia de dificultades probatorias asociadas al paso del tiempo, lo cual, desde luego, no tiene por qué ocurrir (Gili Pascual, 2001, p. 68).

3. Todavía desde la perspectiva que ahora nos ocupa, una parte de la doctrina y la jurisprudencia invoca como fundamento de la prescripción el **derecho fundamental a un proceso con todas las garantías** (Medina Cepero, 2001, p. 41), y, en particular, **sin dilaciones indebidas** (Rey González, 1999, pp. 57 ss.; se hacen eco de esta circunstancia Gili Pascual, 2001, p. 69; Serrano Gómez, 2003, pp. 86 ss.; Ragués i Vallès, 2004, p. 25). No obstante, es evidente que se trata de dos garantías independientes, ya que no existe el menor inconveniente en afirmar la concurrencia de una de ellas sin la otra (Gili Pascual, 2001, p. 71). No en vano, en el Código penal español la prescripción del delito se interrumpe, como se expondrá más adelante, con el inicio del procedimiento, o mejor dicho, con su dirección contra el indiciariamente responsable (art. 131.1 CP), de modo que, salvo en los casos (excepcionales) de paralización procesal, la prescripción del delito se producirá antes del inicio del proceso. En cambio, para que pueda hablarse de dilaciones indebidas es necesario que el procedimiento haya dado inicio y se haya dilatado en el tiempo de forma extraordinaria. Buena muestra de ello es el tenor literal del nuevo art. 21.6^a CP, que recoge la circunstancia genérica atenuante de dilaciones indebidas. De acuerdo con este precepto, *“la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”*. Debe entenderse que la *“tramitación del procedimiento”* se

inicia cuando el reo adquiere la condición de imputado y finaliza con la resolución judicial firme que ponga fin a la vía penal (Alcácer Guirao, 2010, 28/7027). Si se trata de una resolución dictada en segunda instancia y las dilaciones indebidas se producen en la tramitación del recurso, la atenuante podrá ser acordada de oficio (STS 1078/09, 5-11).

Tampoco es correcta la idea de que la prescripción consiste en un instrumento concebido para contribuir al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia mediante una suerte de reprobación del Juez que incurre en dilaciones indebidas en la tramitación de la causa, o la concesión a la víctima de un título que sostenga una pretensión indemnizatoria (González Tapia, 2003, p. 60). Frente a esta idea, es preciso señalar que si la Administración de Justicia adolece de disfunciones estructurales que la hacen particularmente lenta y la convierten en una fuente inagotable de dilaciones indebidas, probablemente la solución de tal problemático no pasa, precisamente, por una ampliación o reducción de los plazos de prescripción, sino por las correspondientes reformas estructurales del sistema. Por lo demás, sin duda extraño instrumento sancionador de dilaciones indebidas sería aquél que tuviera como fundamento la reprobación del Juez que incurre en ellas sin valerse para ello de un aparato sancionador (Gili Pascual, 2001, p. 74; Ragués i Vallès, 2004, pp. 29 s.).

4. En un sentido próximo, suele invocarse como uno de los fundamentos de la institución, por fin, el **principio de seguridad jurídica**. En virtud del mismo, se señala, constituye una garantía político-criminal irrenunciable que el responsable por la comisión de un delito tenga conocimiento de que, transcurrido un determinado período de tiempo desde la comisión del hecho delictivo, el mismo ya no podrá ser perseguido. Dicho con otras palabras: que después de un determinado período de tiempo, la espada de Damocles representada por la pena prevista para el delito deberá dejar de pender sobre el cuello de su responsable (Pedreira González, 2004, pp. 147 s. y 152).⁵

En relación con esta línea argumentativa, cabe admitir, ciertamente, que la institución de la prescripción guarda evidente relación con la idea de seguridad jurídica. No obstante, ya no resulta tan compartible la tesis de que esta idea constituye el núcleo mismo del fundamento de la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad criminal (González Tapia, 2003, p. 63). La razón principal salta a la vista: la seguridad jurídica no depende de la prescripción, ya que sin prescripción podría seguir existiendo seguridad jurídica (Gili Pascual, 2001, pp. 72 s.). Como con razón afirma RAGUÈS I VALLÈS, la seguridad jurídica, más que fundamento de la prescripción es un efecto de la misma.⁶ De hecho, incluso podría decirse que, en cierto sentido,

5 Según Pedreira González (2005, p. 1557), “[l]a prescripción del delito encuentra su fundamento, no en la ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de sus fines, ni mucho menos en la imposibilidad de lograr los objetivos del proceso, sino en la exigencia de que no se prolongue de forma indefinida la incertidumbre de la amenaza penal. No es, por lo tanto, que ya no puedan lograrse los fines de la pena o los objetivos del proceso, sino la exigencia de certeza y seguridad”. Sobre esta línea de argumentación, sin compartirla, vid. Ragués i Vallès (2004, p. 28)

6 Según este autor, si no resulta aceptable, por ejemplo, alterar de forma aleatoria los plazos de prescripción de las infracciones penales no es porque la institución descansa sobre el fundamento de la

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. Siguiendo esta línea argumentativa, también podría decirse que un sistema de prescripción como el español —que en este extremo no se distingue en absoluto de los ordenamientos jurídico-penales de nuestro entorno cultural— en el que existen diferentes plazos de prescripción en función de la mayor o menor gravedad de las distintas infracciones penales provoca mayor grado de inseguridad jurídica del que provocaría un sistema con un plazo único de prescripción para todos los delitos (Gili Pascual, 2001, p. 75).

5. De lo anteriormente expuesto en relación con la naturaleza sustantiva de la prescripción de la infracción penal se desprende que no resulta posible comprender correctamente el fundamento material de la naturaleza extintiva de la responsabilidad criminal de la institución si la misma no es puesta en relación con las **funciones de la pena** (comparten esta perspectiva Lascuráin Sánchez, 1997, p. 372; Gili Pascual, 2001, pp. 76 ss.; González Tapia, 2003, p. 71; Mir Puig, 2011, 33/24 s.).⁷

6. Desde este punto de vista, debe descartarse, en primer lugar, una fundamentación de la prescripción en clave **retribucionista**. Por una parte, difícilmente puede explicar la prescripción una noción que no sirve para justificar ni la función del Derecho penal ni los fines de la pena. A los argumentos contrarios a la retribución, ya sobradamente conocidos (por todos Mir Puig, 2011, 3/10 y 62 ss.), hay que añadir que existen evidentes razones de derecho positivo que permiten concluir que en la actual legislación penal española la retribución no es una de las funciones de la pena (Mir Puig, 2011, 3/70 ss.). De hecho, tal y como correctamente apunta GILI PASCUAL, la mera existencia de la prescripción del delito en un ordenamiento jurídico constituye, en sí misma, un indicio *de lege lata* de que en dicho ordenamiento la pena no cumpliría una función de retribución. Fundamentada la función de la pena en términos absolutos (pena no como medio, sino como fin en sí mismo), la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito carece de toda explicación. ¿Qué explicación tendría el levantamiento de la sanción del hecho por el mero transcurso del tiempo cuando en clave de realización de la idea de Justicia mediante la sanción del hecho delictivo lo procedente sería aplicarla? (Gili Pascual, 2001, p. 76).⁸

seguridad jurídica. Al contrario: sería precisamente como consecuencia de una tal modificación de los plazos que la seguridad jurídica se vería afectada (en términos parecidos Ragués i Vallès (2004, p. 29); Choclán Montalvo (2008, p. 551)

7 Otra perspectiva se encuentra en Pastor (2010, p. 644), para quien “*el rasgo más característico del Estado constitucional y democrático de Derecho es la auto-limitación, especialmente, por supuesto, la auto-restricción del poder penal estatal. Esta idea incluye también límites temporales que se llevan muy bien con el ideal humanista que está detrás del principio del Estado de Derecho; si el hombre no es eterno tampoco puede serlo su artificio que es el derecho. Además, en la extinción del poder penal por el paso del tiempo se dejan ver también otras nociones relativas a la imagen que el ser humano tiene de sí mismo: evolución, cambio, superación, estabilidad y resolución de las controversias en tiempo útil*”.

8 Clara muestra no solo de la inconveniencia de fundamentar la prescripción del delito en la idea de retribución, sino, incluso, de la contradicción in terminis que tal fundamentación representaría es la postura de Martín Pallín (2008, p. 1581), para quien “[l]a prescripción, en la mayoría de los casos, lleva en sí el germen de la injusticia material, pero se justifica por el hecho de que en otros supuestos no tendría razón

Revista Crítica Penal y Poder. 2013, nº 4, marzo (pp. 12-33) OSPDH. Universidad de Barcelona

7. De los anteriores argumentos se colige que el auténtico fundamento de la causa de extinción que ahora nos ocupa se encuentra en la **función preventiva de la pena**. Es habitual en la doctrina la referencia a que, dependiendo de la mayor o menor gravedad del hecho delictivo, y de la mayor o menor extensión del período de tiempo transcurrido desde su comisión, la percepción del hecho delictivo como más o menos necesitado de pena por parte de la colectividad irá variando (Gili Pascual, 2008, p. 690). Así, por ejemplo, un pequeño hurto cometido hace cinco años y que no ha sido perseguido durante dicho espacio de tiempo puede ser percibido por la colectividad como un **hecho perteneciente al pasado**, ya superado, y, por tanto, carente de toda necesidad **preventivo-general** de pena. Cuando ello sucede, la declaración de la extinción de la responsabilidad criminal no pondría en cuestión la función preventivo-general de la pena, ya que tal ausencia de responsabilidad no genera en la colectividad alarma o sensación subjetiva de impunidad alguna (Gili Pascual, 2001, p. 81; González Tapia, 2003, pp. 78 s.; Ragués i Vallès, 2004, p. 40; Díez Ripollés, 2011, p. 778). Es posible, además, que el transcurso de un determinado período de tiempo desde la comisión de la infracción penal traiga consigo la consecuencia de que ya no sea necesario imponer una pena al responsable para que éste no vuelva a delinquir en el futuro. Si una vez transcurrido dicho plazo el sujeto ya se ha resocializado de forma espontánea podría haber desaparecido, con ello, la **necesidad preventivo-especial** de la pena (Gili Pascual, 2001, p. 81; Ragués i Vallès, 2004, p. 40; Díez Ripollés, 2011, p. 778).

8. Ciertamente, si se conviene que la pena debe cumplir una función de protección de la sociedad mediante la **prevención** de la comisión de delitos, y, al mismo tiempo, que el objeto del Derecho penal únicamente es la configuración del orden social *actual* (Gili Pascual, A., 2001, p. 77; el mismo, 2008, p. 690; Choclán Montalvo, 2008, p. 551) o la preservación del orden social *vigente* (Ragués i Vallès, 2004, pp. 42 y 92), la extinción de la responsabilidad penal por prescripción del delito debería producirse cuando se compruebe que la pena, una vez transcurrido un determinado período de tiempo desde la consumación del delito, ya no es necesaria para prevenir la comisión del delito. Ello sucederá cuando la colectividad contemple el hecho delictivo como algo ya superado o perteneciente al pasado, esto es, no necesitado preventivo-generalmente de pena (Gili Pascual, 2001, p. 77; Ragués i Vallès, 2004, pp. 43 s.). Cuando mayor sea la gravedad del hecho mayor será el período de tiempo que deberá transcurrir desde su comisión para que el mismo sea contemplado por la colectividad como un evento perteneciente al pasado (Ragués i Vallès, 2004, p. 45).⁹

9. De entre las diferentes fundamentaciones preventivas de la prescripción, la que parece encontrarse en la base de la concreta regulación de la prescripción del delito recogida en el Código penal español es la que vincula la prescripción del delito a la **ausencia de necesidad preventivo-general de pena** (González Tapia, 2003, p. 209;

el castigo penal a destiempo interrumpiendo y alterando una vida que se había olvidado del hecho delictivo”.

9 No obstante, Ragués (2004, p. 46) llama la atención sobre el hecho de que el proceso de “olvido” de los hechos por parte de la sociedad debería ser algo gradual y no plazo fijo determinante de un concreto punto de inflexión.

Choclán Montalvo, 2008, p. 551). Clara muestra de ello es el **art. 131.1 CP**. En dicho precepto se encuentran los diferentes plazos de prescripción del delito. Se trata de plazos cuya **duración es directamente proporcional a la gravedad del delito**, determinada, a su vez, por la duración de la pena asignada al delito (Morillas Cuevas et al., 2000, p. 1099; González Tapia, 2003, p. 80).

10. En cambio, el precepto no tiene en cuenta para la determinación del plazo de prescripción del delito las circunstancias personales del sujeto (González Tapia, 2003, p. 74). No cabe derivar del art. 131.1 CP, por ello, una fundamentación **preventivo-especial** de la prescripción. Ciertamente, el castigo de un hecho delictivo mucho tiempo después de su comisión podría perjudicar la resocialización de su autor, ya que éste podría percibirlo personalmente como una respuesta injusta a un hecho ya pretérito (Gili Pascual, 2001, p. 81). Podría decirse que la no desocialización del sujeto que se consigue en algunos casos a través de la prescripción del delito constituye, sin duda, un efecto colateral beneficioso de esta institución (Ragués i Vallès, 2004, p. 40). Ello no significa, sin embargo, que el fundamento de la prescripción sea preventivo-especial. Es evidente que no siempre el mero transcurso del tiempo consigue eliminar la peligrosidad del autor de la infracción (Gili Pascual, 2001, pp. 80 ss.; González Tapia, 2003, p. 73; Ragués i Vallès, 2004, p. 35) o con el de que, al contrario, la resocialización del sujeto se habría podido producir ya con anterioridad al *dies a quo*. Por esta doble razón no debe extrañar que el art. 131.1 CP ninguna referencia haga para la determinación de los plazos de prescripción a la incidencia del transcurso del tiempo desde la consumación del delito en el proceso de resocialización del sujeto. En caso de que el legislador español hubiese partido del presupuesto de que el mero transcurso del tiempo trae consigo, en general, la resocialización del sujeto, debería haber previsto (como sucede en otros ordenamientos jurídicos) como causa de interrupción del plazo prescriptivo la comisión de un nuevo delito (González Tapia, 2003, p. 73), cosa que, sin embargo, no sucede.

4. LA NUEVA REGLA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO (ART. 131.4 CP)

1. Con apoyo en todo ello, cabe extraer, por de pronto, una primera conclusión: dentro del marco de que dispone el legislador para establecer los ilícitos penales y las correspondientes penas, se encuentra, como es lógico, su potestad para arbitrar las reglas que estime oportunas acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto. En este contexto, partiendo del principio de la prescriptibilidad de los delitos,¹⁰ el legislador penal se encontraría constitucionalmente legitimado para establecer determinadas excepciones al mismo, declarando la **imprescriptibilidad** de ciertos delitos (SSTC 157/1990, 18-10, F.J. 3; 63/2001, 17-3, F.J. 7).

10 Dispone la STC 63/2001, 17-3, F.J. 7, en este sentido, que “sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas”. Destaca el carácter excepcional que debe caracterizar a las reglas de la imprescriptibilidad Pedreira González (2004, p. 207)

Revista Crítica Penal y Poder. 2013, nº 4, marzo (pp. 12-33) OSPDH. Universidad de Barcelona

2. Partiendo de esta extensa premisa, difícilmente cuestionable si se aceptan los presupuestos axiológicos del sistema de garantías del ordenamiento jurídico-penal español, cabe formular razonablemente, no obstante, la siguiente pregunta: **¿Resulta compatible con todo ello que determinados hechos delictivos no prescriban nunca?** En relación con este particular, se encuentra ampliamente extendida en la doctrina la tesis de que en el caso de determinados delitos de particular gravedad, como, por ejemplo, los de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, puede concluirse que es muy probable tales infracciones solo llegarán a ser percibidas por la colectividad como algo ya superado o perteneciente al pasado con la muerte de sus responsables (Klug, 1965; Stree et al., 2010; Ragués i Vallès, 2004, p. 92; en contra Pastor, 2010, p. 644).

3. Ello es, precisamente, lo que sucede con los delitos a los que el Código penal español asigna la etiqueta de “imprescriptibles”. Ciertamente, tanto los delitos de lesa humanidad, como los de genocidio, como, por fin, los que atentan contra las personas y los bienes protegidos en conflicto armado, constituyen hechos delictivos que, atendiendo no solo 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, pueden dejar en la colectividad una **huella prácticamente imborrable**. Desde la perspectiva de la percepción que la colectividad suele tener de tales hechos, resulta difícilmente discutible que en las tres constelaciones delictivas previstas hasta la LO 5/2010 en el art. 131.4 CP, el transcurso de un período de tiempo —incluso prolongado— desde que los mismos tuvieron lugar no impide seguir afirmando la existencia de necesidad preventivo-general de pena (Ragués i Vallès, 2004, p. 92).

4. En el precepto que ahora nos ocupa el legislador penal ha decidido —como ya se ha indicado— declarar imprescriptibles todas las infracciones penales incluidas en el seno de determinados grupos de delitos (los ya mencionados de lesa humanidad, de genocidio, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y de terrorismo con resultado de muerte), **con total independencia del concreto marco penal de cada una de las infracciones**. De este modo, en cierto modo el art. 131.4 CP viene a poner en cuestión el fundamento de la institución de la prescripción del delito relativo a la falta de necesidad preventivo-general de pena. A este respecto, baste recordar que en el art. 131.1 CP, el legislador hace depender el plazo de prescripción del delito de la mayor o menor gravedad del hecho, determinada a su vez, como es lógico, por la mayor o menor gravedad de la pena que el delito tiene asignada.

La técnica legislativa empleada por el legislador en el art. 131.4 CP conduce a **importantes problemas prácticos**. Es evidente que aunque la solución de la imprescriptibilidad de los delitos de referencia pueda resultar atendible desde consideraciones de necesidad preventivo-general de pena, ello no significa, sin embargo, que **todos** los delitos que se encuentran en las correspondientes rúbricas merezcan ser declarados imprescriptibles. Piénsese, por ejemplo, en el delito de **negación o justificación del genocidio**, previsto en el **art. 607.2 CP** (Ragués i Vallès,

2004, p. 94), o en el de **orden o realización de actos contrarios a los Tratados Internacionales**, recogido en el **art. 614 CP**.

De acuerdo con el primero de estos dos preceptos, “[l]a difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de **prisión de uno a dos años**”.¹¹ A tenor del segundo, el **art. 614 CP**, “[e]l que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados Internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de **prisión de seis meses a dos años**”.¹² A la vista de las penas previstas en los arts. 607.2 y 614 CP, en defecto de la previsión recogida en el art. 131.4 CP los delitos de referencia, después de la LO 5/2010 prescribirían **a los cinco años**. La pregunta es, entonces, si atendiendo a la escasa gravedad de la pena prevista para ambos delitos, puede afirmarse razonablemente que tales infracciones son realmente merecedoras de ser declaradas imprescriptibles.

La LO 5/2010 se ha mostrado **sensible a esta eventualidad**. No obstante, lo ha hecho **solo a medias**: ha excluido del conjunto de delitos imprescriptibles el delito del art. 614 CP, pero se ha dejado en el tintero, en cambio, el delito de genocidio previsto en el art. 607.2 CP (también advierte esta circunstancia Díez Ripollés, 2011, p. 781). Sobre la primera de estas dos decisiones, debe compartirse la opinión emitida por el CONSEJO FISCAL en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, según la cual “[l]a

11 Negrita añadida. El precepto ha sido objeto de una Cuestión de Inconstitucionalidad, planteada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona a propósito de la resolución del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del condenado en primera instancia en el conocido caso de la Librería Europa. En la Cuestión se planteó la eventual inconstitucionalidad del art. 607.2 CP por una supuesta contradicción con el art. 20.1 CE. La cuestión fue resuelta por la STC 235/07, de 7 de noviembre. En la misma, el TC que declaró inconstitucional la primera de las dos modalidades típicas: la negación del genocidio. No obstante, el TC matizó su declaración de inconstitucionalidad afirmando que si el legislador añadiese a la mera negación algún otro elemento, como, por ejemplo, la idoneidad objetiva de la conducta para incitar a la violencia contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, o, cuando menos, para provocar un clima de hostilidad social contra dichos grupos, la tipificación como delito de la negación del genocidio sería perfectamente conforme al art. 20.1 CE. Sin embargo, después de la LO 5/2010 el tenor literal del art. 607.2 CP permanece inalterado, por lo que la tipificación de la primera de las conductas típicas previstas en el precepto (la mera negación del genocidio) sigue siendo inconstitucional.

12 Negrita añadida. El precepto ha sido modificado por la LO 5/2010. El tenor literal del nuevo artículo es el que sigue: “El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”. La nueva redacción incorpora una referencia a la vulneración de Tratados Internacionales “relativos a la (...) regulación de los medios y métodos de combate”, inédita en el anterior art. 614 CP

Revista Crítica Penal y Poder. 2013, nº 4, marzo (pp. 12-33) OSPDH. Universidad de Barcelona

exclusión como imprescriptible del delito previsto en el artículo 614 del Código Penal, es coherente con la pena en abstracto dispuesta en el tipo reflejada en la escasa gravedad de la pena que podría dar lugar a la condena condicional” (Consejo Fiscal, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 73). Es evidente que este argumento resulta perfectamente extensible al delito previsto en el art. 607.2 CP. La omisión en que incurre la LO 5/2010 en relación a este extremo constituye, por ello, un **olvido difícilmente justificable**. Ante el mismo, resulta atendible la interpretación restrictiva de la expresión “*delitos de genocidio*” propuesta por un sector de la doctrina, de acuerdo con la cual solo serán imprescriptibles los supuestos de genocidio más graves, esto es, los subsumibles en el art. 607.1 CP, no los del apartado 2. (Pedreira González, 2004, pp. 208 s.; Pedreira González, 2005, pp. 1560 s.; Morillas Cuevas et al., 2000, p. 1112; Ragués i Vallès, 2004, p. 94).

II. IMPRESCRIPTIBILIDAD Y TERRORISMO: EN LA PENDIENTE RESBALADIZA

1. Como ya se ha dicho, la principal novedad introducida por la LO 5/2010 en materia de imprescriptibilidad delictiva es la incorporación al catálogo de delitos que no prescriben de “*los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona*”.¹³ Siendo indudable la gravedad de los delitos declarados imprescriptibles por el art. 131.4 CP, la inclusión del homicidio y el asesinato terroristas en la regla obliga a preguntarse si realmente tiene sentido declarar imprescriptibles tales delitos y no otros de similar gravedad, sancionados por el legislador español con similar rigor punitivo, y que podrían dejar en la colectividad una huella como mínimo tan perenne como algunos atentados terroristas. Dejando al margen la particular realidad sociológica del terrorismo en nuestro país, y reconociendo que la cuestión resulta altamente controvertida, podrían existir *prima facie* algunas razones que abonarían la tesis de que la decisión legislativa no es absolutamente descabellada.¹⁴

2. Una primera explicación se encontraría en el **Preámbulo de la LO 5/2010**, que señala en referencia al extremo que ahora nos ocupa lo siguiente: “[l]as modificaciones

13 En el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008 estaba prevista, en relación con los delitos de terrorismo, la imprescriptibilidad de otros dos delitos: el de lesiones del art. 149 CP y el de detenciones ilegales. En contra de tal previsión (que finalmente no se convirtió en derecho positivo) se pronunció el voto particular formulado por la vocal del Consejo General del Poder Judicial Excm. Sra. Dña. Margarita Uría, 2009, pp. 2 ss.

14 Debe quedar al margen del presente trabajo, por exceder ampliamente de su objeto, la resolución de algunas dudas interpretativas que despierta el nuevo texto del art. 131.4 CP. Una de ellas es la relativa a si el precepto también declara la imprescriptibilidad de la tentativa del homicidio y el asesinato terrorista o únicamente de la modalidad consumada de tales delitos comparto con Molina Fernández (2011, 20/6688) y Rodríguez Horcajo (2011, p. 258), que la referencia expresa en el nuevo art. 131.4 CP a la *causación de la muerte de una persona* obliga a entender que solo el delito consumado es imprescriptible. Igualmente, parece razonable —como propone el propio Molina Fernández (2011, 20/6688) — interpretar restrictivamente la regla, dejando fuera de su ámbito de aplicación los casos de homicidio imprudente.

*en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en **que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado**".¹⁵*

No obstante, como puede comprobarse fácilmente la justificación de la reforma realizada por el Preámbulo de la Ley es **absolutamente circular**. El Preámbulo se limita a apuntar la no concurrencia de la falta de necesidad de pena en el caso de los delitos ahora incorporados al art. 131.4 CP, argumentando "**que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado**", sin explicar cuáles son tales características. Sigue pendiente de respuesta, por ello, la pregunta de por qué el homicidio o el asesinato, pese a tratarse de delitos extraordinariamente graves, prescriben, y ello no sucede, en cambio, cuando tales delitos forman parte de los llamados "delitos de terrorismo".¹⁶

3. Una interpretación sistemática de los **arts. 571 y 572.1º CP** permite concluir que el resultado de muerte al que se refiere el nuevo art. 131.4 CP es el causado por "[l]os que perteneciendo, atentaren contra las personas (...)". Además de la producción de un resultado de muerte doloso, dos son los elementos que deben concurrir para que concorra el presupuesto de aplicación del art. 131.4 CP: el **elemento estructural** y el **teleológico** (Mestre Delgado, 1987, pp. 57 s.; Asúa Batarrita, 2002, p. 51; Grupo de Estudios de Política Criminal, 2008, p. 24; Prats Canut, 2005, p. 2526; el mismo, 2007, p. 2127; Calderón Cerezo et al., 2005, p. 571; Moral de la Rosa, 2005, p. 161; Colina Oquendo, 2007, p. 1089; añade un tercer elemento, consistente en la utilización de medios de intimidación masiva, Cancio Meliá, 2008, p. 1897).¹⁷ De acuerdo con el primero de estos dos elementos, los delitos de terrorismo se caracterizan por cometerse en el marco de una **organización armada**. En virtud del elemento teleológico, el terrorismo consiste en un fenómeno orientado a la consecución de un **fin o resultado político**. De la conjunción de estos dos elementos es posible deducir que el denominador común de todo delito de terrorismo consiste, precisamente, en la realización de actos de **violencia política organizada** (Lamarca Pérez, 1993, p. 536). Esta circunstancia permite distinguir el terrorismo de otras conductas no violentas, así como también de conductas violentas realizadas sin finalidad política (Cancio Meliá,

15 Negrita añadida. El argumento se halla, igualmente, en el Dictamen de la Comisión de Justicia al Proyecto de Ley discutido en las Cortes. Vid., a este respecto, Cortes Generales, 2010, p. 4.

16 Crítico con la reforma en este punto, calificándola como expresión de Derecho penal simbólico y destacando que el legislador no explicita ninguna razón tendencialmente empírica que permita justificarla, Hernández García (2011, 4/2912). En idéntica dirección Rodríguez Horcajo (2011, p. 258).

17 En idéntico sentido se pronuncia la SAN 64/2007, 29-10: "(...) A este concepto ha de añadirse otro elemento: que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que impida el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo".

2008, pp. 1898 s.), o con dicha finalidad, pero no organizadas (Lamarca Pérez, 1985, pp. 90 y 95; la misma, 1993, p. 536).¹⁸

4. Según lo que acaba de ser expuesto, el doble factor diferencial entre un homicidio o un asesinato común y un homicidio o un asesinato terrorista viene determinado por la concurrencia en el delito terrorista del elemento estructural-teleológico. La concurrencia de este doble elemento determina un **mayor des-valor del hecho**. De la acción, por la **existencia de un colectivo organizado** que desarrolla su actividad de forma sistemática y que coordina de forma institucional las diferentes aportaciones individuales de sus miembros en orden a la comisión de un número indefinido de delitos. Y **del resultado** porque el delito terrorista debe perseguir la **imposición coactiva a la colectividad de un clima de alarma e inseguridad** (García Arán, 2004, p. 2606, fundamentando esta conclusión en los arts. 1.1 y 10 CE).

5. No es de extrañar, por ello, que algunos *gestores atípicos de la moral* (Silva Sánchez, 2011, pp. 64 ss.) vengán demandando la calificación de los delitos de terrorismo como **“delitos de lesa humanidad”**. Claro ejemplo de ello es la Asociación de Víctimas del Terrorismo (Landa Gorostiza, 2010, p. 21 ss.) y el Grupo Parlamentario Mixto, cuya enmienda a la LO 5/2010 acabó materializándose en la extensión de la cláusula de la imprescriptibilidad a los delitos de homicidio y asesinato terrorista prevista actualmente en el Código penal (Landa Gorostiza, 2010, p. 24).¹⁹

6. A pesar de que la E. de M. nada dice al respecto, el nuevo art. 131.4 CP bien podría fundamentarse *de lege lata* en una supuesta subsumibilidad de los delitos de terrorismo en los **“delitos de lesa humanidad”**, de conformidad con la definición prevista en el **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998**. El **art. 7.1** del mismo define los delitos de lesa humanidad *“cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d)*

18 Gráfica a este respecto es, por ejemplo, la SAN 64/2007, de 29 de octubre, relativa al delito de estragos terrorista. Según esta resolución, *“el tipo penal previsto en delito de estragos terroristas se caracteriza, debe reiterarse, por la concurrencia de tres elementos esenciales: a) la integración en una banda arma u organización terrorista; b) la utilización de unos determinados medios comisivos —armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos—, y c) su carácter tendencial: en colaboración con sus objetivos y fines. Partiendo de una interpretación limitada del concepto de banda armada, constituyen factores indicativos la permanencia o la estabilidad del grupo, la imprescindible relevancia o la entidad suficiente como para originar terror, inseguridad e incidencia en la vida social. (...)”*. Sobre todo lo expuesto, vid., ampliamente, con ulteriores referencias bibliográficas, Gómez Martín. (2010, pp. 27 ss.).

19 La calificación de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad se encuentra expresamente recogida en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional. Claro ejemplo de ello es el Auto del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 26 agosto 2002, por el que se acordó, dentro del sumario 35/2002, la suspensión de actividades de los partidos políticos Herri Batasuna- Euskal Herriarrok-Batasuna, en el que se llega a afirmar en la descripción de los hechos lo siguiente: *“(...) todas estas acciones han sido sistemáticamente dirigidas contra sectores de la población definidos y, a veces, de forma indiscriminada, por lo que no debe dudarse de calificar las acciones de la organización terrorista ETA, en la que se encuadra HB-EH-Batasuna, como crímenes contra la humanidad”* (Landa Gorostiza, 2010, p. 24)

Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". Aparentemente, los delitos de terrorismo no se encuentran recogidos en el catálogo de delitos de lesa humanidad que acaba de ser expuesto. No obstante, algunos de los delitos que suelen cometerse desde organizaciones terroristas (singularmente el asesinato) sí lo están. Además, la cláusula de recogida prevista en la **letra k** sería lo suficiente amplia para incluir cualquier delito de terrorismo imaginable.

7. En esta línea de argumentación, suele recordarse que el **art. 7.2 a) del Estatuto de Roma** contiene, además, un **concepto legal de "ataque contra una población civil"**. De acuerdo con el mismo, por tal "*se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*". Partiendo de que —como ya se ha expuesto *supra*— el organizativo (estructural) es uno de los dos elementos de la definición de terrorismo (el otro es, recuérdese, el elemento teleológico), el sector dominante de la *Cámara de Cuestiones Previa de la Corte Penal Internacional* entiende el término "**organización**", presente en el precepto que ahora nos ocupa, debe ser interpretado de tal modo que incluya también a las estructuras no estatales,²⁰ como, por ejemplo, las **terroristas**.

8. Frente al punto de vista que acaba de ser expuesto deben ser formuladas diversas **consideraciones críticas**. En lo que al catálogo de delitos de lesa humanidad del art. 7.1

20 El paso se dio, fundamentalmente, a propósito de la Decisión sobre Kenia relativa al conflicto étnico ocurrido en dicho país durante los años 2007 y 2008. La situación se remonta a la violencia que tuvo lugar, fundamentalmente, en el período inmediatamente posterior a las elecciones de los años 2007 y 2008 en dicho país africano. Comprende cientos de incidentes con varios grados de organización según la región en que se desarrollaron y las dinámicas entre las diferentes etnias (kikuyus, kissi, kalenjins, luos, luhyas, etc.) que se vieron comprometidas. Los hechos se resumen en tres grupos de casos: ataques iniciados por grupos asociados con el Movimiento Democrático Naranja (partido de la oposición) y dirigidos contra los seguidores del Partido de Unidad Nacional (partido gobernante); una segunda categoría, que agruparía ataques de respuesta por parte de miembros de grupos afectados por los incidentes iniciales de agresión; y, una tercera categoría, que guarda relación de los actos violentos de la policía. Para dar una idea de la dimensión de los hechos, algunas de las cifras apuntan, en las fases iniciales, a unos 1200 muertos, 3500 heridos y más de 350.000 desplazados solo en el período de tiempo que va del 27 de diciembre 2007 al 28 de febrero de 2008, además de un número no identificado de violaciones y otras formas de ataque sexual. Las cifras de muertos por la policía durante los meses de junio a octubre de 2007 señalan al menos 500 muertos en ejecuciones sumarias y cientos de muertos más en 2008, además de cientos de torturados. Sobre todo esto vid. Landa Gorostiza (2010, pp. 13 s.).

del Estatuto se refiere, es evidente que cuando la letra a) alude al asesinato no lo hace tomando como referencia el asesinato cometido desde una organización terrorista, sino su dimensión de “*ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”. En cuanto al contenido de **la letra k)** precepto, debe admitirse que, ciertamente, una interpretación extensiva del mismo permitiría entender que algunos de los delitos que suelen caracterizar a las organizaciones terroristas podrían ser entendidos como “*actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*”. No obstante, de nuevo debe recordarse que tales actos solo serán delitos de lesa humanidad en el sentido del Estatuto de Roma —y con los efectos que tal calificación despliega— “*cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*”. Y que ello suceda por principio en cualquier supuesto de delito terrorista es algo que se encuentra lejos de constituir una verdad in-controvertida. Por lo demás, sin esta última restricción el **carácter desmedidamente abierto** del contenido de la letra k que ahora nos ocupa permitiría incluir en su seno prácticamente cualquier delito. Con ello, el ámbito de aplicación de la cláusula devendría prácticamente ilimitado. Esto es, difícilmente compatible con el **mandato de determinación** como límite irrenunciable del *ius puniendi* derivado del principio de legalidad penal (Landa Gorostiza, 2010, p. 648).

9. El catálogo de delitos del art. 7.1 del Estatuto de Roma nada aclara, por tanto, sobre si tiene sentido o no calificar los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad a los efectos previstos por el propio Estatuto. Así las cosas, la cuestión planteada debe centrarse, entonces, en torno al propio **concepto legal de delito de lesa humanidad del Estatuto**. A este respecto, aunque desde un punto de vista gramatical el término “organización” abarcaría también las estructuras de naturaleza terrorista, lo esencial es conocer, por una parte, si es éste el auténtico designio de la Ley (interpretación teleológico-objetiva); y, por otra, si tal interpretación resulta o no compatible con los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. En otras palabras: no se trata de si los delitos de terrorismo pueden encajar o no en la literalidad de la definición legal de delito de lesa humanidad del Estatuto, sino de si, desde una perspectiva consecuencialista, ello resulta político-criminalmente aceptable. En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente **negativa**.

10. Algunas destacadas voces se alzan para destacar que el art. 7.1 y 2 del Estatuto debe ser interpretado de forma necesariamente **restrictiva**. Éste es, por ejemplo, el punto de vista expresado en la opinión disidente de las decisiones de la *Cámara de Cuestiones previas de la Corte Penal Internacional* del Juez Hans-Peter Kaul. Comparte este punto de vista un creciente sector doctrinal (por todos, Cassese, pp. 166 y 177; Landa Gorostiza, 2010, pp. 18 s.). Desde esta dirección se afirma —con toda razón— que sería sin duda paradójico calificar como delitos contra la humanidad infracciones que, pese a su indudable gravedad, carecen de **carácter transnacional**, por tratarse de fenómenos fundamentalmente locales (Cassese, pp. 166 y 177; Landa Gorostiza, 2010, pp. 18 s.). Es obvio, por ejemplo, que en términos de transnacionalidad el terrorismo de E.T.A. nada tiene que ver con los crímenes del Nacionalsocialismo alemán, o las masacres de

Camboya, ex-Yugoslavia o Ruanda (Landa Gorostiza, 2010, pp. 25 s. y 29). Tal circunstancia se compeadece con el hecho de que en el momento de su constitución (1998), en las discusiones sobre el alcance del Estatuto de Roma los delitos de terrorismo fueron expresamente excluidos. Como lo fueron —contra todo pronóstico— en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, celebrada en junio de 2010 en Kampala (Uganda) (Landa Gorostiza, 2010, pp. 21 s., nota 65).²¹

11. La razón fundamental por la que el Estatuto de Roma declara imprescriptibles los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de guerra reside en que tales delitos suelen cometerse desde las propias entrañas del Estado. Con ello, las probabilidades de que su autor garantice su impunidad por el mero transcurso del tiempo aumentarían exponencialmente, de no ser, claro está, porque el Estatuto los declara imprescriptibles (Pastor, 2010, pp. 645 s.). Ciertamente, el Estatuto distingue entre los casos en que el ataque contra una población civil se realice "*de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*". No obstante, cuando tal organización no sea estatal y, por ello, no se encuentre íntimamente conectada a las entrañas del sistema estatal, decaerá desde su propia base el fundamento de la imprescriptibilidad del delito que acaba de ser mencionado.

III. A MODO DE EPÍLOGO: ¿TEMPERATURA BAJO CERO?

1. Las anteriores reflexiones conducen a una conclusión que ya está empezando a ser denunciada por un creciente sector de la doctrina. Bajo la cobertura de la (aparentemente neutra) reivindicación del estatuto de delitos contra la humanidad de los delitos (de extrema gravedad, pero en general de ámbito local) de terrorismo, lo que en realidad se pretende no es otra cosa que extraer para esta clase de delitos las consecuencias previstas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esto es, la competencia objetiva exclusiva de dicho Tribunal; la in-idoneidad de esta categoría delictiva como posible objeto de Leyes de Amnistía y de la garantía procesal de cosa juzgada; y, por fin, su **imprescriptibilidad** (Pastor, 2010, p. 650 s.; Landa Gorostiza, 2010, pp. 29 s.). Con ello, probablemente se esté dando un paso más en la dirección de considerar a estos delitos parte integrante del fenómeno conocido como "**Derecho penal del enemigo**" (Pastor, 2010, p. 651). De este modo, a las ya conocidas características de éste,²² vendría a sumarse un nuevo rasgo distintivo: la imprescriptibilidad del delito.

21 En dicha Conferencia se aprobó, por una parte, una resolución que enmienda al Estatuto de Roma, al definir el crimen de agresión y determinar las condiciones bajo las cuales la Corte penal ejercerá su competencia respecto del mismo; y, por otra parte, se incluye asimismo alguna modificación de los crímenes de guerra. No se incorporó, sin embargo, ninguna modificación ni enmienda del artículo 7 referido a los crímenes contra la humanidad ni menos aún con relación a delitos de terrorismo. (Landa Gorostiza, 2010, pp. 21 s., nota 65).

22 Y que, en esencia, se resumen en las que siguen: a) supone un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del iter criminis; b) representa un cambio de perspectiva, de acuerdo con el cual el Derecho penal debería mirar no solo hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar: por ejemplo, el castigo de los llamados "Klimadelikte"); c) constituyen la transición

Revista Crítica Penal y Poder. 2013, nº 4, marzo (pp. 12-33) OSPDH. Universidad de Barcelona

2. Tal circunstancia produce consecuencias difícilmente asumibles. Por una parte, se atenta contra el **principio de proporcionalidad**, al extenderse la regla de la imprescriptibilidad a hechos delictivos de gravedad y alcance muy dispar. Por otra, se asiste a un no menos obvio **efecto de pendiente resbaladiza**: como suele ocurrir con otros efectos del Derecho penal del enemigo, las consecuencias normativas previstas por la Ley para los delitos considerados **de enemigo** corren el riesgo de hacerse extensivas o acabar contaminando a otros grupos de delitos (Jakobs, 2003, pp. 39 y 56; el mismo, 2004, p. 61). No es casualidad que en la actualidad la bandera de los delitos contra la humanidad y su imprescriptibilidad esté empezando a ser enarbolada de forma intensa a favor de otros delitos, como los **delitos contra la libertad sexual** o, incluso, de los **delitos de corrupción**. Por lo demás, el recurso al Derecho penal internacional en materia de imprescriptibilidad del delito acaba provocando una suerte de *efecto boomerang* en las legislaciones nacionales: lo que inicialmente el Estado no había considerado imprescriptible, finalmente se acaba deviniendo en tal como consecuencia de los compromisos internacional asumidos por el Estado (Pastor, 2010, p. 646).

3. Tomando el símil de Jiménez de Asúa con la punibilidad de los actos preparatorios, afirma recientemente Daniel Pastor que el régimen de prescripción de los delitos y las penas funciona como un termómetro que permite medir la temperatura liberal del sistema: cuanto mayor sea el ámbito de aplicación de las reglas sobre prescripción, mayor será la temperatura liberal del sistema, y viceversa (Pastor, 2010, p. 645). Paradójicamente, desde el Derecho penal internacional —el Estatuto de Roma es un claro ejemplo a este respecto— la cuestión suele verse de un modo bien distinto, incluso inverso: la prescripción del delito, lejos de ser contemplada como una conquista liberal, suele considerarse un molesto lastre que dificulta la persecución del delito (Pastor, 2010, pp. 645 s.). Tal circunstancia no obsta que pueda alcanzarse, en suma, la siguiente conclusión: si todo ello es cierto —como creo—, entonces la temperatura liberal del Código penal español ya empieza a estar —al menos en lo que al objeto del presente trabajo respecta— prácticamente bajo cero.

de una “legislación penal” (“Strafrechtsgesetzgebung”) a una “legislación de lucha” o “de combate” (“Bekämpfungsgesetzgebung”); y, por último, d) conduce a una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal (Jakobs, 2000, p. 661; Cancio Meliá, 2003, pp. 79 ss.). Algunos autores consideran que la descripción de Jakobs del Derecho penal del enemigo puede ser completada con otros elementos. Este es el caso, por ejemplo de Haffke, en Alemania, y Pérez del Valle, en España. Para el primero, una característica esencial del Derecho penal del enemigo estaría representada por la idea de que en la descripción de los tipos penales que podrían ser merecedores de aquella calificación, el legislador habría obviado por completo la delimitación entre tentativa y consumación, así la distinción entre autoría y participación, asumiendo, de este modo, un concepto unitario de autor (Haffke, 1995, pp. 785 s.). Según Pérez del Valle, otro aspecto fundamental del Derecho penal del enemigo sería la absoluta in-operatividad a efectos de exención de la responsabilidad penal, del error de prohibición, dado que en el ámbito del Derecho penal del enemigo toda infracción afectaría “a puntos esenciales de la ley natural que requiere el contrato social”. (Pérez del Valle, 2001, p. 610).

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, R., 2010. Dilaciones indebidas. En: Ortiz de Urbina (coord.) *Memento Experto Reforma Penal*. Madrid: Francis Lefebvre.

Asúa Batarrita, A., 2002, Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. En: Echano Basaldua, J. (coord.) *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Cancio Meliá, M., 2003. ¿«Derecho penal» del enemigo?. En: Jakobs, G. / Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

Colina Oquendo, P., 2007. En: Rodríguez Ramos, L. (coord.) *Código penal*, 2ª ed. Madrid: La Ley.

Consejo Fiscal, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal,

Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación permanente), año 2010, IX Legislatura, nº 160, sesión nº 151.

Choclán Montalvo, J.A., 2008. Interrupción de la prescripción. En: Boix Reig, J (dir.) / Lloria García, P. (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*. Madrid: Iustel.

Chozas Alonso, J.M., 2010. En: Gascón Inchausti, F. (coord.), *Repercusiones sobre el Proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*. Pamplona: Aranzadi.

Díez Ripollés, J.L., 2011. *Derecho penal español, PG*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gili Pascual, A., 2001. *La Prescripción en Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi.

Gili Pascual, A., 2008. Prescripción (de la infracción penal). En: Boix Reig, J (dir.) / Lloria García, P. (coord.) *Diccionario de Derecho penal económico*. Madrid: Iustel.

Gómez Martín. V., 2010. Notas para un concepto funcional de terrorismo. En: Serrano Piedecabras, J.R. / Demetrio Crespo, E. (dirs.) *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel.

Calderón Cerezo, A. / Choclán Montalvo, J.A., 2005. *Código penal comentado*. Bilbao: Deusto jurídico.

Cassese, A., 2008. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Haffke, B., 1995. *Drogenstrafrecht*. ZStW 107.

Hernández García, J., 2011. En: Ortiz de Urbina, I. (coord.) *Memento práctico Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Francis Lefebvre.

Jakobs, G., 2000. En: Schulz, L., *Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht*. ZStW 112.

Jakobs, 2004. En: Eser, A. / Hassemer, W. / Burkhardt, B. (coords. versión alemana) / Muñoz Conde, F. (coord. versión española) *La ciencia del Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Landa Gorostiza, J.-M., 2010. *La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas*. RECPC 12-10.

Lascuraín Sánchez, J.A., 1997. Artículo 131. En: Rodríguez Mourullo, G. (dir.) / Jorge Barreiro, A. (coord.) *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas.

Mapelli Caffarena, B., 2011. Artículo 131 CP. En: Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*. Valladolid: Lex nova.

Martín Pallín, J.A., 2008. *La prescripción de los delitos: ¿mera política criminal o derecho fundamental*. La Ley.

Medina Cepero, J.R., 2000. *La prescripción del delito: hacia una nueva regulación procesal penal*. RPJ, 59.

Medina Cepero, J.R., 2001. *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*. Madrid: Dykinson.

Mestre Delgado, E., 1987. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid: Ministerio de Justicia.

Mir Puig, S., 2011. *Derecho penal, PG*, 9ª ed. Barcelona: Reppertor.

Molina Fernández, F., 2011. Prescripción del delito. En: el mismo (coord.) *Memento práctico Penal*. Madrid: Francis Lefebvre.

Moral de la Rosa, J., 2005. *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Núñez Fernández, J., 2011. La extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de antecedentes penales. En: Gil Gil, A. / Lacruz López, J.M. / Melendo Pardos, M. / Núñez Fernández, J., *Curso de Derecho penal, PG*. Madrid: Dykinson.

Olaizola Nogales, I., 1998. La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos. AP.

Pastor, D.R., 2010. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo. En: Serrano Piedecabras, J.R. / Demetrio Crespo, E. (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*. Madrid: Iustel.

Pastor Alcoy, F., 1993. *La prescripción de los delitos y las faltas. Análisis jurisprudencial*. RGD, 588.

Pedreira González, F.M., 2000. Artículo 131 CP. En: Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, IV. Madrid: Edersa.

Pedreira González, F.M., 2005. *La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*. La Ley.

Pérez del Valle, C., 2001. *Sobre los orígenes del "Derecho penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno de Hobbes y Rosseau*. CPC 75.

Prats Canut, M., 2005. En: Quintero Olivares, G. (dir.) / Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed. Pamplona: Aranzadi.

Prats Canut, M., 2007. En: Quintero Olivares, G. (dir.) / Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 6ª ed. Pamplona: Aranzadi.

Prieto Rodríguez, J.I., 1998. *Hacia una reinterpretación de la prescripción penal*. AP, 20.

Rey González, C., 1999. *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons.

Ragués i Vallès, R., 2004. *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código penal*. Barcelona: Atelier.

Rodríguez Horcajo, D., 2011. La nueva regulación de la prescripción penal. Una reforma en busca de seguridad jurídica, una reforma «pro acciones». En: Díaz-Maroto y Villarejo, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Madrid: Civitas.

Silva Sánchez, J.M., 2011. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. Buenos Aires-Montevideo: B de F.

Stree, W. / Sternberg-Lieben, D., 2010. En: Schönke, A. / Schröder, H., *Strafgesetzkomentar*, 28º ed. Munich: Beck.