



Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

TEMPO, MEMORIA E DIRITTO PENALE



MEMORY LAWS IN EUROPEAN AND COMPARATIVE PERSPECTIVE
(M.E.L.A)

Bologna - Febbraio / Dicembre 2018

ISSN 2240-7618

4/2018

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Transcurso del tiempo y responsabilidad penal

Il trascorrere del tempo e la responsabilità penale

The passage of time and the criminal responsibility

RAMON RAGUÉS I VALLÈS

Catedrático de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

ramon.ragues@upf.edu

PRESCRIZIONE

PRESCRIPCIÓN

STATUTE OF LIMITATIONS

ABSTRACTS

La prescripción penal es una figura reconocida prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos. No obstante, la misma atraviesa un momento de evidente puesta en discusión, no solamente en el derecho penal internacional, donde ha sido eliminada, sino también en los sistemas jurídicos nacionales, donde es posible apreciar una creciente tendencia a limitarla, especialmente en materia de abusos sexuales. El presente trabajo analiza las causas y los resultados de tal discusión y se pregunta sobre las razones, ya sean dogmáticas o de política criminal, que justifican la existencia de esta figura, estudiando al mismo tiempo su naturaleza jurídica.

La prescrizione penale è una figura riconosciuta praticamente in tutti gli ordinamenti giuridici; tuttavia, essa attraversa un momento di evidente messa in discussione, non solamente nell'ambito del diritto penale internazionale – dove è stata eliminata – bensì anche all'interno dei sistemi giuridici nazionali, dove si può notare una crescente limitazione dei suoi effetti in materie come quella degli abusi sessuali. Il presente lavoro si propone di valutare le cause e i risultati di tale messa in discussione e a tal fine si interroga su quali siano le ragioni, sia dogmatiche che di politica criminale, che giustificano l'esistenza di questa figura, indagandone al tempo stesso la natura giuridica.

The statute of limitations in criminal law is a well-known legal concept worldwide; nevertheless, such an idea is nowadays controversial, not only under international criminal law – where it was abolished – but also at a domestic level, where statutes of limitations are often narrowed especially with respect to sex offences. The paper focuses on the said debate, investigating the theoretical and practical reasons of the statute of limitations, and exploring at the same time the legal nature of the concept.

SOMMARIO

1. Introducción. – 2. Justificaciones basadas en los derechos fundamentales de los infractores. – 3. Explicaciones desde la teoría de la pena. – 4. El fundamento de la prescripción: propuesta personal. – 5. Delincuencia menos grave y prescripción – 6. Sobre la naturaleza jurídica de la prescripción – 7. Conclusiones.

1.

Introducción.

¿Influye el paso del tiempo en la responsabilidad jurídica? La respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente afirmativa si estudiamos la gran mayoría de ordenamientos vigentes. Por ejemplo, con el paso del tiempo las deudas se extinguen; una persona puede adquirir la propiedad de bienes ajenos sobre los que tiene la posesión; y, en lo que aquí interesa, el Estado puede dejar de perseguir a un ciudadano por haber cometido determinadas infracciones, o puede dejar de ejecutar de modo efectivo las sanciones que le haya impuesto si éstas todavía no han llegado a cumplirse. En este sentido, el Derecho no actúa de modo distinto a cómo solemos proceder en nuestras relaciones sociales, en las que también con el paso de los años tendemos a olvidar las afrentas de nuestros amigos y conocidos y dejamos de reclamarnos las antiguas deudas.

¿Cuáles son las razones de esta influencia del paso del tiempo en la responsabilidad jurídica y en las obligaciones que derivan de ella? Desde el Derecho privado suele aludirse a la necesidad de garantizar la seguridad en las relaciones patrimoniales y económicas. Sin embargo, no está claro que esta misma explicación deba valer también para el Derecho sancionador y, especialmente, para el Derecho penal, pues la naturaleza de las obligaciones derivadas de un contrato es muy distinta a la responsabilidad que deriva de la comisión de un delito. De hecho, a lo largo de la historia algunos autores han defendido que la responsabilidad penal no debería nunca extinguirse, pues dicha extinción supone un injustificado premio del que, por añadidura, suelen beneficiarse los delincuentes más hábiles, es decir, aquellos que cometen los delitos de tal manera que no logran ser descubiertos hasta mucho tiempo después¹.

La institución que regula cómo afecta el paso del tiempo a la responsabilidad penal es la prescripción, una figura con la que cuentan los ordenamientos jurídicos desde el inicio del proceso codificador. Sin embargo, en los últimos años esta previsión legal está siendo cada vez más cuestionada por razones diversas. Sin duda, el principal cuestionamiento se ha producido en el ámbito del Derecho penal internacional, donde ha sido eliminada debido a la gravedad de los crímenes perseguidos y a las habituales dificultades para dicha persecución, que a menudo no puede iniciarse hasta que cambian las circunstancias políticas, después de muchos años, en un determinado país.

Sin embargo, también en otros ámbitos más vinculados con la delincuencia común se cuestiona si dicha causa de extinción de la responsabilidad debe continuar aplicándose en sus términos tradicionales: en España, por ejemplo, hace unos años se declararon imprescriptibles los delitos de homicidio cometidos por miembros de organizaciones terroristas; y más recientemente ha existido un intenso debate en la opinión pública acerca de si deben prescribir los abusos sexuales a niños, que frecuentemente son denunciados por las víctimas muchos años después de haberse cometido. Una reciente reforma en Alemania ha establecido que ciertos delitos contra menores no pueden empezar a prescribir hasta que aquéllos cumplen los treinta años (§ 78b StGB), a diferencia de los dieciocho que rigen en Italia y en España². También las dificultades para descubrir los casos de corrupción justifican que a menudo se reclamen plazos más extensos de los vigentes para estos delitos.

Las posibles razones que explican esta tendencia en la política criminal contemporánea a reducir el radio de acción de la prescripción merecen, sin duda, ser discutidas. Tal vez pueda justificar en parte este fenómeno el papel de los medios de comunicación, que con sus noticias contribuyen a mantener vivos en la representación colectiva hechos delictivos que, de otro modo, seguramente habrían sido prácticamente olvidados. Y posiblemente también contribu-

¹ Puede encontrarse una relación de autores contrarios por muy diversos motivos a la figura de la prescripción en MORILLAS CUEVA (1980), pp. 19-21. Entre éstos cabe citar a penalistas del relieve de *Beccaria*, *Bentham* o *Garófalo*, con *Saldaña* en la doctrina española.

² Al respecto GÓMEZ MARTÍN (2016), p. 83; así como HELFER, (2017), p. 104.

yan a ello las actitudes cada vez más vindicativas que se observan en nuestras sociedades y, en general, el llamado populismo punitivo, que de modo creciente cuestiona por principio cualquier previsión legal tendente, como sucede en este caso, a limitar los efectos de la punibilidad.

En este contexto de crecientes dudas, la presente ponencia se propone profundizar en cuáles son los fundamentos de la prescripción y analizar si tales razones justifican no sólo su previsión legal en abstracto, sino las líneas maestras de su regulación. A tal efecto, se analizarán en primer lugar aquellas perspectivas que asocian el fundamento de la prescripción a derechos fundamentales de los ciudadanos (II), para pasar seguidamente a la exposición y crítica de las teorías que consideran, en cambio, que la presente institución se justifica mejor desde la teoría de la pena (III). A continuación se expondrá el planteamiento que se considera más adecuado acerca de la cuestión del fundamento (IV), dedicando algunas consideraciones específicas a la prescripción en el caso de la delincuencia menos grave (V). Finalmente, se efectuarán algunas valoraciones acerca de la naturaleza jurídica de la presente figura (VI)³. Con todo, antes de entrar en materia conviene señalar que el presente trabajo no pretende centrarse en los detalles de un ordenamiento jurídico en particular, sino analizar los fundamentos en los que se basa una figura que comparten la gran mayoría de sistemas penales contemporáneos.

2. Justificaciones basadas en los derechos fundamentales de los infractores.

Algunos autores consideran que la existencia de la prescripción en los ordenamientos jurídicos sólo puede explicarse como una exigencia derivada del reconocimiento de determinados derechos fundamentales a las personas infractoras. Entre éstos planteamientos cabe destacar los tres siguientes:

1. El primero apela al *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o en un plazo razonable* (art. 6 CEDH), una garantía que se ve vulnerada en los casos de imposición de penas tardías⁴. Sin embargo, este planteamiento no logra explicar por qué debe extinguirse también la posibilidad de sanción en aquellos casos en los que ha pasado mucho tiempo entre el hecho y el inicio del procedimiento debido, por ejemplo, a una denuncia muy tardía por parte de la víctima. Es decir, aquellos casos en los que no existe un retraso que sea imputable a la administración de justicia. O, por qué en algunos países los hechos prescriben también en aquellos casos en los que el infractor ha hecho todo lo posible para dilatar el procedimiento. Finalmente, con esta perspectiva debería considerarse siempre ilegítima la imprescriptibilidad que rige en el Derecho penal internacional.

2. Otra posible interpretación tiene que ver con la voluntad de limitar el uso del Derecho penal por parte de los poderes públicos, garantizando así a los ciudadanos un plazo más allá del cual nunca podrán ser perseguidos. En tal caso, el fundamento de la prescripción se relaciona claramente con *la idea de seguridad jurídica*, que comprendería el derecho del infractor a no quedar expuesto a la posibilidad abierta indefinidamente en el tiempo de ser perseguido y se concretaría en el derecho a conocer *a priori* durante cuántos años una persona queda expuesta a una eventual exigencia de responsabilidad⁵. Se trata del *“diritto a essere lasciato in pace, a non essere perseguitato per tutta la vita dagli errori commessi nel proprio passato, e a poter così voltare pagina”*, en palabras literales de Francesco Viganò⁶.

A ello cabe responder, sin embargo, cuestionando que pueda y deba reconocerse a los infractores un derecho a ser descubiertos es un determinado tiempo ¿Merece el delincuente más hábil, aquel al que la Justicia tarda más en localizar, beneficiarse de tal derecho? ¿Incluso

³ Este trabajo resume los planteamientos expuestos en su día mucho más ampliamente en RAGUÉS I VALLÈS (2004), considerando aportaciones doctrinales más recientes y proponiendo algunas nuevas ideas.

⁴ Así, por ejemplo, para los casos de prescripción de delitos con procedimientos iniciados, pero posteriormente paralizados, entiende REY GONZÁLEZ (1999), p. 56 ss, que el fundamento de una eventual prescripción es el derecho de los inculpados a un juicio sin dilaciones indebidas. En términos similares PASTOR, (1993), pp. 39, 46-48 y 51-52, defiende que la prescripción es “el instrumento jurídico realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable”. Resalta también este aspecto en Italia VIGANÒ, (2013), p. 21.

⁵ Éste es el argumento que emplea el Tribunal Constitucional español en sentencias como la 157/1990, de 18 de octubre (ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer). En términos similares se expresa en la doctrina BANACLOCHE PALAO (1997), p. 289, quien aporta abundantes referencias de resoluciones del Tribunal Supremo. Una visión crítica en GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 60 ss.

⁶ VIGANÒ (2013), p. 26.

en casos, por ejemplo, en los que el acusado ha coaccionado a la víctima durante años para que no le denuncie? ¿Y qué sucede en aquellos supuestos –que no impiden la extinción de responsabilidad en muchos países– en los que el delincuente ha huido y se sitúa en un lugar donde la justicia no puede detenerle? ¿También a este sujeto hay que garantizarle, como derecho fundamental, sus expectativas sobre cuánto puede durar la persecución? Es muy dudoso que tales expectativas deban reconocerse como derecho fundamental hasta el punto de imponer a los legisladores la existencia de la figura de la prescripción. Algo que no debe confundirse, no obstante, con reconocer que, una vez establecidos los plazos de prescripción, éstos no puedan ser alterados arbitrariamente.

3. Finalmente, un último grupo de autores vincula la presente figura con el *derecho a la presunción de inocencia*, partiendo de la idea de que, en aquellos juicios en los que se dilucidan hechos acontecidos mucho tiempo atrás, se asume un riesgo excesivo de error motivado por la pérdida de fiabilidad de los medios de prueba⁷. Sin embargo, semejante fundamento no resulta compatible con la regulación vigente de la prescripción en la mayoría de países⁸. Ello se explica porque la dificultad de prueba no es algo inherente a los hechos que se juzgan una vez transcurridos muchos años, sino que puede estar presente en delitos cometidos muy poco tiempo antes de su enjuiciamiento⁹. Y, a la inversa, es perfectamente posible que en sucesos acontecidos mucho tiempo atrás se cuente con abundante material probatorio que reduzca al mínimo el riesgo de equivocación: basta con pensar en las pericias genéticas, cuya fiabilidad no se ve afectada por el paso de los años.

Por otra parte, esta perspectiva no consigue aclarar ciertos aspectos básicos del Derecho vigente en la mayoría de ordenamientos como, por ejemplo, por qué los delitos graves prescriben más tarde que las infracciones más leves, cuando la mayor o menor gravedad de un delito no parece que deba corresponderse de forma necesaria con dificultades probatorias más o menos acentuadas¹⁰. Para limitar el riesgo de error en la valoración de la prueba el sistema procesal cuenta ya con las garantías derivadas del derecho a la presunción de inocencia, cuya aplicación a un caso concreto no tiene que estar necesariamente condicionada por el tiempo transcurrido entre el momento de comisión de un delito y el de su enjuiciamiento, ni tampoco por la gravedad de la infracción penal enjuiciada¹¹.

Con todo, conviene subrayar que el rechazo a los anteriores tres posibles fundamentos no obsta a reconocer que, ciertamente, la vigencia de la prescripción tiene efectos positivos para los derechos mencionados. Así, cuando se decide limitar temporalmente la persecución penal se reduce la posibilidad de condenas tardías o erróneas y se hace más previsible la posible imposición de una sanción penal. Sin embargo, ello no significa que la justificación de la figura analizada sea, precisamente, la voluntad de preservar los citados intereses.

3. Explicaciones desde la teoría de la pena.

Modernamente una parte importante de la doctrina penal considera que la influencia del paso del tiempo en la responsabilidad del delincuente debe explicarse desde a perspectiva de las teorías de la pena. Es decir, que la extinción de la responsabilidad debe poder justificarse porque, ante determinados hechos acontecidos mucho tiempo atrás, la sanción penal pierde su sentido. Este punto de vista guarda estrecha relación con los planteamientos funcionalistas

⁷ Una breve perspectiva histórica de los defensores de esta postura en MORILLAS CUEVA (1980), p. 23; GILI PASCUAL, (2001), pp. 66-67; GONZÁLEZ TAPIA (2003), pp. 46-47; y, en Alemania, LORENZ (1934), pp. 32-34.

⁸ Contundente en este mismo sentido BOCKELMANN (1958), p. 330 y, en España, GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 49 ss.

⁹ Así, WALDER (1984), p. 316 y también GILI PASCUAL (2001), p. 67. Al respecto afirma ROXIN, (1997), § 23, n.º marg. 58, que el riesgo de error puede explicarse desde el punto de vista de las necesidades preventivas “porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad social y no contribuiría en nada a la estabilización de la paz jurídica”. Sin embargo, este razonamiento parece partir de la idea de que en todo proceso celebrado una vez transcurrido cierto tiempo los medios probatorios siempre son inidóneos, una equiparación cuya validez es muy dudosa.

¹⁰ En este sentido LORENZ (1934), pp. 53-54; RUDOLPHI (1998), previo al § 78, n.º marg. 10; BLOY (1976), pp. 183-184; PASTOR (1993), p. 31; ÁLVAREZ GARCÍA (1990), p. 292; GILI PASCUAL (2001), p. 68; y RIGHI, (1996), p. 195. Añade este último autor (*ibidem*) que el argumento procesal tampoco consigue explicar las causas de interrupción de los plazos de prescripción que prevé el Derecho vigente.

¹¹ Entre estas garantías, el principio *in dubio pro reo* es mencionado por JÄHNKE (1994), previo al § 78, n.º marg. 9; BLOY, (1976), pp. 182-183; y KLUG (1965), p. 152. En España lo mencionan GARCÍA PÉREZ (1997), p. 286 y GILI PASCUAL (2001), p. 67. Apela en general a las garantías derivadas del art. 24 CE GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 51.

que han predominado en la ciencia penal de influencia germánica de las últimas décadas, es decir, aquellas perspectivas que entienden que todas las instituciones que configuran el Derecho penal deben poder justificarse e interpretarse a la luz de la función de la pena. Sin embargo, estas explicaciones no son a mi juicio satisfactorias:

1. En primer lugar, los partidarios de la *prevención general negativa (intimidación)* como fin legitimador de la pena argumentan que las sanciones que se imponen muy tarde pierden capacidad intimidatoria y esta idoneidad sobrevenida para que el castigo cumpla su función justificaría la existencia de la prescripción. Seguramente con dicho argumento tienen una parte de razón: la criminología demuestra que cuando los delincuentes se plantean cometer algún delito valoran, tanto o más que el *quantum* de la posible pena, el tiempo que pueden tardar en sufrirla. Y, en tal sentido, una pena que se impone tarde intimida menos que una pena que sabe que se impondrá inmediatamente tras el hecho delictivo.

Sin embargo, de la conveniencia de que las penas deban imponerse cuanto antes no se deriva que las penas tardías sean disfuncionales desde la perspectiva de la intimidación. Al contrario, para un potencial delincuente siempre resultará más disuasorio saber que su responsabilidad no desaparecerá nunca antes que crear en él la expectativa de que con el tiempo dicha responsabilidad pueda llegar a extinguirse¹². Este argumento se utiliza a menudo en el Derecho penal internacional, desde el que pretende enviarse el mensaje a los responsables de los crímenes más atroces contra los derechos humanos de que, por mucho tiempo que pase desde su delito, nunca más podrán descansar tranquilos confiados en su impunidad.

2. Tampoco la *prevención general positiva* logra explicar mejor que la responsabilidad penal deba extinguirse con el tiempo. Después de todo, una pena impuesta mucho tiempo después de la comisión del delito parece igual de apta para confirmar la vigencia de la norma cuestionada que la sanción que se impone muy poco tiempo después de la comisión del delito¹³. La confirmación simbólica de la vigencia de las normas que protegen la vida, por ejemplo, puede conseguirse tanto con la sanción judicial de un homicidio cometido recientemente como con la condena de un hecho acaecido muchos años atrás¹⁴.

3. Algunos autores tratan de justificar la extinción de responsabilidad criminal a partir de la idea de que la pena que se impone muy tarde *la padece un delincuente que es alguien distinto de la persona que delinquiró en su día*¹⁵. Todo el mundo conoce casos de personas que, por un mal funcionamiento de la Justicia o por un descubrimiento tardío del delito, tienen que entrar en prisión muchos años después de la fecha de comisión de su delito, cuando son personas que han rehecho su vida, tienen un trabajo, una familia, o han logrado abandonar las adicciones que les llevaban a delinquir etc. Para quienes atribuyen a la pena *la finalidad de mantener bajo control la peligrosidad de las personas* es evidente que la pena tardía entraña un elevado riesgo de ser disfuncional, pues cuando se ejecuta no puede descartarse que, durante el tiempo transcurrido, haya desaparecido la peligrosidad del acusado. Sin embargo, tales problemas podrían resolverse reevaluando dicha peligrosidad al inicio de la ejecución de la pena, no pudiendo descartarse que en muchos casos ésta permanezca y que, por tanto, la imposición de la pena esté justificada: en algunos casos el delito susceptible de prescribir sólo habrá sido el primer caso de una larga carrera criminal¹⁶.

El gran problema de todas las teorías basadas en la función de la pena es que, desde el punto de vista preventivo, siempre una pena tardía previene más que una pena que no llega a imponerse y, por tanto, resulta sumamente complicado justificar la extinción de la respon-

¹² BEMMANN (1965), p. 337. En este sentido afirma BOCKELMANN (1958), p. 329, que “no debe sorprender que el principal defensor de la idea de prevención general, *Feuerbach*, rechazara la prescripción y que, al no poder eliminarla por completo del Código Penal bávaro y de su tratado, la vinculara con escasa fortuna a aspectos relativos a la rehabilitación”. Sobre el rechazo de la figura entre los partidarios de la coacción psíquica como fundamento de la pena ASHOLT (2016), p. 20. Para más críticas a la prescripción de los partidarios de la prevención general negativa cfr. VON HIPPEL (1930), p. 553 (esp. nota 7). Otro punto de vista en GILI PASCUAL (2001), p. 78.

¹³ En este sentido afirma PASTOR (1993), *Prescripción*, p. 30, que “el castigo de un hecho punible y perseguible, por tardío que sea, siempre será un acto estatal de reafirmación de la vigencia del derecho”. En términos similares RIGHI (1996), p. 194.

¹⁴ Cfr. los argumentos de GARCÍA PÉREZ (1997), p. 289.

¹⁵ Sobre los defensores de esta perspectiva, cfr. LORENZ (1934), pp. 40-41; MORILLAS CUEVA (1980), p. 22 ss; y GARCÍA PÉREZ (1997), p. 288.

¹⁶ Así, la crítica dirigida contra este argumento por LORENZ (1934), p. 55: si realmente la prevención especial fuera el fundamento de la prescripción sería razonable esperar que, junto al paso del tiempo, los textos legales exigieran el análisis de ciertas características de la personalidad del autor para declarar prescritas sus infracciones. Contundente BEMMANN (1965), p. 337: “la ley no hace depender el acaecimiento de la prescripción del hecho de que el autor haya cambiado”.

sabilidad argumentando que la capacidad preventiva de la sanción penal ha desaparecido por completo. Estos problemas no desaparecen, por razones obvias, con aquellos planteamientos que consideran que, en realidad, *el fundamento de la prescripción es múltiple* y se explica por una acumulación de todas las razones expuestas, tanto las vinculadas con la función de la pena como con los derechos fundamentales¹⁷. A los problemas singulares de cada teoría se añade a este planteamiento el hecho de no contar con un criterio rector para decidir qué fundamento debe predominar cuando las diversas razones entran en conflicto entre sí.

Por último, tampoco las *concepciones absolutas de la pena* están en condiciones de justificar la existencia de una figura como la presente. Como expone *Daniel Pastor*, “el paso del tiempo (fundamento material de la prescripción) puede llevar, seguramente, al ‘olvido del hecho’, pero no puede hablarse racionalmente de que el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el comienzo de la persecución cumpla la función retributiva que le asignan a la pena estatal las teorías absolutas. El paso del tiempo no restablece el derecho, sólo la pena estatal lo hace”¹⁸. En la formulación retributiva de la pena de *Kant*, por ejemplo, la justicia exige el castigo del delito más allá de las necesidades de una sociedad concreta, una idea que obliga a imponer la sanción prevista incluso cuando ha transcurrido un prolongado lapso temporal desde el día de comisión del hecho delictivo¹⁹. La retribución y la prescripción son incompatibles y, para ser coherentes, quienes defienden esta teoría de la pena en su versión más genuina deberían reclamar que desapareciera la presente figura: la imprescriptibilidad debería ser la única regla aceptable²⁰.

4. El fundamento de la prescripción: propuesta personal.

A mi juicio, la presencia de la prescripción en los ordenamientos jurídicos solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la *función del Derecho penal*, es decir, aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado. En la actualidad existe un amplio consenso en afirmar que la misión del Derecho penal es contribuir al mantenimiento de un determinado modelo de sociedad, una tarea a la que se alude en la doctrina con expresiones muy diversas como, entre otras, “mantenimiento de un orden social” o “confirmación de la configuración de la sociedad”²¹. Ciertamente, este consenso desaparece cuando intenta determinarse *de qué manera el sistema punitivo contribuye* al mantenimiento de dicho orden, pues, mientras para la perspectiva mayoritaria su contribución pasa por evitar (o, cuando menos, reducir) los comportamientos que lo perturban más gravemente, para algunos autores tal misión no consiste en evitar futuras conductas, sino en reafirmar la confianza de los ciudadanos fieles al Derecho cuando una determinada norma ha sido cuestionada por la comisión de un delito²².

Del mismo modo, tampoco existe acuerdo sobre cuál es el *contenido de perturbación* que caracteriza a las infracciones penales: así, mientras para el planteamiento mayoritario la lesividad de dichos ilícitos debe definirse en términos de lesión o puesta en peligro de los intereses sociales más básicos (bienes jurídicos), para el segundo punto de vista la dañosidad propia de los

¹⁷ Entre otros, han defendido este fundamento en España MORILLAS CUEVA (1989), p. 27; GÓMEZ PAVÓN (1989), pp. 374-375; o MIR PUIG (2002), p. 773. Por su parte, GILI PASCUAL (2001), pp. 76-83, defiende un fundamento múltiple que se basa tanto en la prevención general (positiva y negativa) como en la prevención especial. En Italia cfr. VIGANÒ (2013), p. 26 y p. 36. En la doctrina alemana WELZEL (1993), p. 308; BÖCKENFÖRDE (1979), p. 890; JESCHECK/WEIGEND (1996), p. 912; y RUDOLPHI (1998), previo al § 78, n.º marg. 10. También JAKOBS (1991), pp. 415-416, se inclina por este fundamento: el paso del tiempo atenúa el injusto y la culpabilidad y disminuye la necesidad de resolver el conflicto mediante la imputación. Además, con la prescripción se tiene en cuenta que la personalidad del autor puede cambiar con el tiempo y que con su transcurso crece la dificultad para una reconstrucción forense del hecho.

¹⁸ PASTOR (1993), p. 28. Cfr. igualmente BOCKELMANN (1958), pp. 329-330; LORENZ (1934), p. 27; y, en España, GILI PASCUAL (2001), p. 76; y GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 66.

¹⁹ Entiende al respecto BANACLOCHE PALAO (1997), p. 283, que “desde un punto de vista teórico, el que quede siempre abierta la posibilidad de castigar al culpable de un delito o falta es un hecho que no parece repugnar a un concepto elemental de justicia”. Sobre el rechazo de la prescripción desde postulados retribucionistas cfr. VON STACKELBERG (1979), p. 759 y RIGHI (1996), pp. 192-193.

²⁰ Así, por ejemplo, las palabras de *Silvela* citadas por GÓMEZ DE LA ESCALERA (1993), p. 922: “las escuelas absolutas, de la retribución y del castigo expiatorio, rechazan con toda lógica y justicia, desde su punto de vista, que el crimen quede por ninguna causa impune; y que, habiendo persona capaz de sufrir la pena, ésta, que representa una necesidad moral ineludible, no se cumpla”. Ésta era la perspectiva clásica en el sistema inglés, donde regía la regla *nullum tempus occurrit regis*: al respecto cfr. la nota de los editores en UPLR (1954), p. 630 ss. En los sistemas continentales, en cambio, se aceptaba la prescripción por influencia del Derecho romano y, en general, ésta ha sido la perspectiva acogida en los Estados Unidos donde hay leyes que contienen plazos de prescripción ya desde el siglo XVIII.

²¹ Respectivamente, ROXIN (1997), § 3, n.º marg. 1 y JAKOBS (1997), p. 162.

²² Sobre estas dos perspectivas cfr. RAGUÉS I VALLÈS (2001), pp. 523-545, con mayor detalle y las correspondientes referencias bibliográficas.

delitos radica en la negación, en términos comunicativos, de la vigencia de las normas penales. Por último, las discrepancias son también numerosas en lo que respecta a la concreción de cuál es el *papel que corresponde a la pena* en la consecución de los fines del Derecho penal, un ámbito en el que se plantea el intenso debate entre las denominadas “teorías de la pena”. Con todo, pese a tan numerosas discrepancias existe un denominador común a estos planteamientos que sirve como base para determinar cuál es el fundamento de la prescripción: todos ellos parten de la premisa de que *la pena es siempre una reacción frente a un hecho perturbador del orden social que quiere ser preservado*.

Desde un punto de vista diacrónico el contenido perturbador de cualquier hecho punible no tiene un carácter estático, sino que va atenuándose progresivamente con el paso del tiempo hasta desvanecerse por completo²³. Esta desaparición se produce en el momento en que el hecho delictivo deja de ser visto por la colectividad como un fenómeno peligroso para el modelo social vigente y pasa a percibirse como una parte del pasado. Dado que el Derecho penal sólo reacciona ante hechos perturbadores, cuando un acontecimiento se ha convertido ya en historia no tiene sentido que el Estado responda punitivamente, pues tal suceso habrá perdido su toda capacidad para afectar negativamente al presente modelo social. En el caso de imponerse una pena al responsable de hechos muy lejanos en el tiempo se vulneraría el principio de que sólo es legítima la pena necesaria para el mantenimiento del orden social vigente.

Sin duda, el paso de los años modifica la percepción que las personas tienen de los acontecimientos. Cuando ha transcurrido cierto tiempo desde su producción tanto los hechos más felices como los más dolorosos en la vida de una persona pasan a ser vistos como una parte del pasado, como algo que ya ha acabado y que no puede modificarse²⁴. Algo similar sucede con la *percepción social de los acontecimientos*. Con el transcurso de los años los hechos van dejando de pertenecer a la actualidad para convertirse en pretéritos, con independencia de que hayan caído en el más absoluto de los olvidos o se recojan en los libros de historia. Cuando los acontecimientos ya forman parte del pasado no tiene sentido tratar de reaccionar contra ellos: en palabras de *Bockelmann*, “lo que es ya historia, no forma parte de la competencia del juez.”²⁵

La comisión de cualquier hecho delictivo genera un conflicto en la medida en que con ella se perturba un determinado orden social²⁶. Tras plantearse este conflicto, se presentan tres posibles escenarios. En primer lugar, que la sociedad neutralice los efectos negativos del hecho mediante la imposición de la pertinente sanción penal a su autor; en segundo lugar, que la sociedad no pueda hacer frente al hecho delictivo y éste (por sí solo o acumulando sus efectos a otros hechos similares) acabe provocando una variación en el orden establecido; en tercer lugar, que el hecho permanezca sin respuesta y, sin embargo, la configuración social no se vea alterada. Este tercer supuesto – el más habitual en la práctica – se plantea cuando el delito que ha quedado sin reacción no ha tenido fuerza bastante para producir una variación de la configuración social²⁷.

En este último caso, una vez constatada la pervivencia del modelo social, deja de ser necesario castigar el hecho, al haber perdido éste toda su capacidad para conmovir dicho orden²⁸.

²³ Un efecto al que alude, por ejemplo, PULITANÒ (2015), p. 21.

²⁴ Haciendo hincapié en la idea de que lo que importa no son los acontecimientos en sí, sino la percepción que se tiene de ellos, es posible rebatir los argumentos de BANACLOCHE PALAO (1997), p. 305 (y notas), en el sentido de que los hechos ya acaecidos “no desaparecen de la realidad por el paso del tiempo: permanecen en el pasado, y evidentemente, no son susceptibles de transformación ni exclusión alguna”, una idea que este autor emplea para sostener que la prescripción es un impedimento procesal y, por tanto, no forma parte del Derecho penal sustantivo.

²⁵ BOCKELMANN (1958), p. 330. Cfr. también GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 78. Un planteamiento similar en ASHOLT (2016), p. 218 y p. 705: “el injusto abstracto de ayer pierde su relevancia para el día de hoy”.

²⁶ Muy interesante la argumentación de GARCÍA PÉREZ (1997), p. 287.

²⁷ Pese a ser partidario del fundamento múltiple de la prescripción, PRIETO RODRÍGUEZ (1998), p. 387, describe correctamente esta situación al afirmar que “el alejamiento hecho-ejercicio del *ius puniendi* puede convertir a éste en innecesario, al ser posible el mantenimiento del orden espontáneamente, por el simple devenir de los acontecimientos, sin perseguir el delito o articular el castigo a toda costa”.

²⁸ Cfr. los argumentos expuestos en la STS de 17 de marzo de 1998 (ponente Martín Pallín): “el binomio delito y pena, como respuesta social para restablecer el orden jurídico quebrantado pierde su razón de ser en favor del principio de mínima intervención judicial, en tanto en cuanto la paralización en el transcurso del tiempo de las actuaciones judiciales, elimina la sanción, no sólo por la extinción de la responsabilidad criminal, como ya se ha dicho, sino también porque la imposición de la pena deviene innecesaria”. No obstante, en esta misma sentencia se emplean también argumentos preventivo-especiales y otros relacionados con la idea de seguridad jurídica. Se muestra crítico con razonamientos como los citados BANACLOCHE PALAO (1997), p. 285, afirmando que “no consiguen explicar de forma satisfactoria el que el responsable del delito logre evitar su justo castigo gracias a una extraña combinación de inoperancia del Estado, impotencia de la víctima y benignidad de la Ley”. Sin embargo, en el razonamiento de este autor parece pasarse por alto la idea de que en el Derecho penal moderno el “justo castigo” sólo es el “castigo necesario”. Se coincide en este último punto con GILI PASCUAL (2001), pp. 74-75.

Imponer una pena por semejante suceso sería visto por la colectividad como un intento meramente simbólico de reaccionar ante el pasado²⁹. Desde esta perspectiva, la idea de que el paso del tiempo debe extinguir la responsabilidad penal no se justifica por la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos – como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena – sino por la falta de lesividad de tales hechos: *los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción*.

Desde el punto de vista de las teorías de la pena este planteamiento seguramente encaja bien con teorías de la pena como el retribucionismo empírico defendido por *Paul H. Robinson*³⁰, aun cuando en sus trabajos no se tiene constancia de que se aborde directamente la presente cuestión. Según esta perspectiva la mejor manera de que la pena cumpla con su función preventiva es que su imposición y su cuantificación no contraríen las representaciones sociales acerca del merecimiento, unas representaciones que son susceptibles de constatación empírica con la metodología propia de las ciencias sociales. Tal premisa está pensada fundamentalmente para la cuestión del *quantum* de la pena, pero nada impide extenderla a las valoraciones temporales: el paso del tiempo genera el efecto de que en la representación social la pena resulte una reacción cada vez menos procedente, de tal modo que la pena justa sólo puede ser la pena que se percibe socialmente como tempestiva³¹.

Esta conclusión permite comprender una importante particularidad del Derecho vigente. Con ella se justifica que la *duración de los plazos de prescripción* dependa de la gravedad de cada delito, pues es indudable que, cuanto más grave sea una infracción, mayor deberá ser también el tiempo que deba transcurrir para que la colectividad pase a percibirla como un “asunto del pasado”³². Al respecto es importante matizar, no obstante, que la cuestión no depende tanto de que la sociedad haya olvidado o no determinados acontecimientos, como de que la percepción social respecto de ellos haya experimentado un cambio tal que a partir de un momento sean vistos como “historia”. Ciertamente, algunos crímenes famosos pueden seguir formando parte de la memoria colectiva, pero a partir de un determinado momento incluso estos delitos sólo serán observados como acontecimientos pretéritos frente a los que ya no tiene sentido reaccionar con la pena³³.

Desde luego, a todas estas afirmaciones se les puede objetar que el “paso de un acontecimiento a la historia” es un fenómeno que se produce de forma gradual (el suceso va “viéndose” cada vez más lejano), algo que parece difícilmente conciliable con el hecho de que, en la regulación vigente de la prescripción, esta causa de extinción de la responsabilidad penal dependa del estricto vencimiento de determinados plazos. De algún modo, el texto vigente de la ley vendría a decir que, de un día para otro, las infracciones penales pasan de ser una realidad presente a formar parte del pasado, una afirmación difícilmente conciliable con las características de la percepción social de los acontecimientos³⁴. En cualquier caso, semejante crítica no resulta insalvable para la perspectiva expuesta. Todo dependerá, como se explica en el siguiente capítulo, de que jueces y tribunales tengan en cuenta los efectos del paso del tiempo en el momento de determinar las consecuencias jurídicas de los delitos, una posibilidad perfectamente factible con los instrumentos de que dispone el juez penal³⁵.

²⁹ BOCKELMANN (1958), p. 330: “sobre lo histórico sólo podemos emitir opiniones erróneas y al mismo tiempo nuestra opinión va volviéndose cada vez más errada cuanto más lejana es la historia”.

³⁰ *Principios, passim*. El autor sí se pronunció brevemente sobre la prescripción en un artículo publicado en *The Washington Post* en el año 2000 ([aquí](#)). En este trabajo defiende que los delitos más graves deberían ser imprescriptibles, como ya sucede con el asesinato en muchos estados de los Estados Unidos, argumentando a tal efecto que la prescripción de estos delitos socava la credibilidad moral del sistema penal.

³¹ Cfr. en tal sentido las consideraciones de PULITANÒ (2015), p. 21: “Anche in un’ottica ‘di giustizia’, la pena che sarebbe stata giusta se tempestiva, se tardiva acquisterebbe il sapore di un’indebita sovraccentuazione”.

³² En sentido similar ZAMORA MORENO (1992), pp. 158-159 y CHOCLÁN MONTALVO (2000), p. 229. Aunque muy breves, los argumentos de este último autor (*ibidem*) son de gran interés: el plazo de prescripción se determina a partir de la necesidad de pena y ésta es mayor o menor según la intensidad de la “memoria social” existente sobre un hecho, “lo que depende lógicamente del impacto que produjo el delito, de forma tal que cuanto más grave más tiempo resulta necesario para que se borre aquella memoria social”.

³³ Muy interesantes las consideraciones de BLOY (1976), p. 188. Por su parte JAKOBS (1997), p. 415, admite que una razón de ser de la prescripción es que “el injusto culpable se convierte en un asunto pasado”, aunque a esta idea añade otras basadas en consideraciones de prevención especial o procesales.

³⁴ Objeción apuntada por JÄHNKE (1994) previo al § 78, n.º marg. 9.

³⁵ En España, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha recurrido a la atenuante por analogía de la cuasiprescripción. Sobre este tema RAGUÉS I VALLÈS (2017), pp. 1-25. En Italia PULITANÒ (2015), p. 28, también apunta la necesidad de tener en cuenta el factor temporal en la cuantificación de la pena.

5. Delincuencia menos grave y prescripción.

Sin perjuicio de la anterior conclusión, en lo que respecta a los plazos de prescripción más breves resulta ciertamente difícil afirmar que con ellos se garantiza plenamente que sólo se declarará extinguida la responsabilidad penal cuando un hecho haya perdido por completo su carácter perturbador como consecuencia de haber “pasado a la historia”. En muchos casos según los respectivos códigos deberán considerarse prescritas algunas infracciones que, sin duda, seguirán siendo percibidas como hechos presentes, por lo menos por una parte de la sociedad³⁶. La brevedad de estos plazos es especialmente llamativa cuando ciertos hechos no trascienden al conocimiento público de forma inmediata tras su comisión, sino sólo pasado cierto tiempo. Y todavía lo es más si en el juicio sobre el “paso a la historia” se incluye a la víctima o a sus allegados.

Una traslación estricta del fundamento de la presente figura al Derecho positivo parecería exigir *de lege ferenda* una prolongación considerable de los plazos actualmente previstos para garantizar así que la extinción de responsabilidad sólo se declarase respecto de aquellos hechos muy lejanos en el tiempo y totalmente inocuos para el presente orden social. Sin embargo, y como a continuación se argumentará, es perfectamente posible defender el mantenimiento de los plazos vigentes y su compatibilidad con el fundamento antes expuesto si se introduce en el análisis una *segunda perspectiva* acerca del juicio de necesidad de pena.

Ante todo es importante no perder de vista que la “conversión en pasado” de los acontecimientos como fundamento de la prescripción *define únicamente aquel momento a partir del cual la eventual imposición de una pena resulta totalmente innecesaria y, por tanto, ilegítima*. Sin embargo, siempre que se respete este límite máximo e indisponible, nada parece oponerse a que el legislador establezca unos plazos de prescripción más breves y prescindiera del castigo de determinados hechos de gravedad inferior aunque, en el sentido más estricto de la expresión, éstos todavía no se perciban totalmente como pretéritos. Así, en la fijación de los concretos plazos *el legislador está vinculado por un límite que no puede rebasar legítimamente: el momento en que el hecho pasa a ser percibido como “pasado” y, por tanto, deja de ser necesaria su sanción*. Sin embargo, por debajo de este límite el propio legislador goza de un margen de libertad para eximir del castigo a determinados hechos cuando haya transcurrido cierto tiempo desde su comisión.

Esta última posibilidad en modo alguno parece oponerse al correcto cumplimiento de la función del Derecho penal. En este sentido conviene poner en evidencia que la preservación de un determinado orden social no pasa por exigir que el Estado investigue hasta el final y sancione de forma efectiva todas y cada una de las infracciones penales (presuntamente) cometidas, sino que basta con que se alcance un nivel razonable de persecución y castigo. Esta afirmación se sustenta, además, en el hecho de que los recursos con los que cuenta la jurisdicción penal para la sanción de los delitos son evidentemente limitados y totalmente insuficientes para castigar todas las infracciones realmente cometidas. Por tales razones, resulta comprensible que el Estado establezca criterios que le liberen de un deber incondicional de persecución cuyo cumplimiento es sencillamente imposible³⁷. Como afirma Pulitanò, “Reati bagatellari possono essere ragionevolmente ‘dimenticati’ in tempi abbastanza brevi: una repressione a distanza di tempo può essere troppo costosa e/o troppo intrusiva”³⁸.

Desde luego, reconocer que el legislador puede recurrir a criterios de *economía procesal* para aligerar las cargas de la administración de justicia no supone afirmar que los órganos encargados de la persecución penal gocen de una absoluta discrecionalidad para decidir en cada caso si un hecho debe ser perseguido o no. A tal efecto conviene precisar que, una vez fijados por la ley, los criterios de selección pasan a estar sujetos al principio de legalidad en tanto que garantía de la objetividad del sistema penal. Precisamente una de las bases de la confianza de la

³⁶ Muy interesante lo afirmado por BEMMANN (1965), p. 338. Según este autor los plazos “normales” de prescripción no son lo bastante dilatados para afirmar que los hechos a los que se aplican se han convertido en historia: “lo que ha pasado hace tres meses [en referencia a uno de los plazos previstos antiguamente por el StGB] no es todavía historia. Y es sumamente discutible que hechos sucedidos hace más de veinte años ya sean hoy historia en el sentido de que al juez no le esté permitido formular un juicio sobre ellos. Quiero decir que el juez está en condiciones sobradas de juzgar hechos de una época que él mismo ha vivido como persona adulta”.

³⁷ En la doctrina es KLUG (1965), p. 152, el autor que más claramente reconoce a la prescripción la condición de “institución jurídica de carácter económico-procesal”, con la que “deben prevenirse los efectos indeseados de una aplicación ilimitada del principio de legalidad procesal [*Legalitätsprinzip*]”. En España, aunque de forma muy sucinta, GÓMEZ ORBANEJA (1947), p. 47, señala que la prescripción es necesaria pues, de no existir, “los tribunales se verían anegados bajo un cúmulo enorme de acciones penales”.

³⁸ PULITANÒ (2015), p. 23.

ciudadanía en dicho sistema pasa por la creencia de que, en principio, toda infracción punible es susceptible de ser perseguida y lo será efectivamente cuando exista una base suficiente para que tal persecución pueda resultar exitosa.

Con todo, siempre existirán casos en los que el incumplimiento del deber de sanción obedezca a una incapacidad atribuible, por ejemplo, a la total ausencia de indicios de criminalidad, a la imposibilidad de identificar o localizar al responsable del hecho o a la falta de recursos humanos para investigar con detalle la totalidad de los delitos denunciados. Es en este contexto donde deben ubicarse los plazos de prescripción del Derecho vigente: tales plazos simplemente representan un límite establecido por el Estado para determinar *cuánto tiempo conviene invertir en la persecución de las presuntas infracciones*, ello en la certeza de que, pese a que no todas lleguen a ser finalmente castigadas, la función del Derecho penal no se verá afectada de manera sensible³⁹.

Así, en el caso de los delitos de los que no existen pruebas, el plazo de prescripción determina el momento hasta el cual una eventual obtención de indicios de criminalidad ocupará el tiempo y el esfuerzo de los órganos judiciales. En los supuestos en que el procedimiento haya llegado a iniciarse, pero la actividad procesal se paralice de forma prolongada, el fundamento de la prescripción es similar: con dicho plazo se establece que, si una investigación permanece mucho tiempo estancada, a partir de un determinado momento es mejor no invertir más esfuerzos en ella, pues la misión del Derecho penal se verá ya cumplida con el castigo de otros casos cuya persecución y castigo resulten más sencillos⁴⁰.

También en la fijación de estos plazos rigen valoraciones sobre la necesidad de pena, aunque con criterios distintos a los utilizados para determinar el fundamento básico de la prescripción. Así, para este primer fundamento se atiende en exclusiva al hecho concreto y se formula un juicio acerca de si su castigo puede contribuir, aunque sea en una medida muy escasa, a la consecución de las finalidades del Derecho penal. Cuando se llega a la conclusión de que el paso del tiempo ha eliminado por completo tal capacidad, la exclusión del castigo es algo que viene dado al legislador y de lo que éste *no puede disponer* si no quiere transgredir bajo ningún concepto el principio de que sólo la pena necesaria es una pena legítima.

Descartados los casos que ya no suscitan necesidad de pena, los hechos en los que sí se constata tal necesidad son sometidos a una estimación global, es decir, a un juicio con el que se determina si para preservar el orden social vigente es imprescindible el efectivo castigo de *todos* ellos y si el Estado está dispuesto a asumir los costes de una efectiva persecución absoluta. Si estos juicios —como es de esperar— tienen una respuesta negativa, el paso siguiente ha de ser forzosamente la introducción en el ordenamiento de criterios que permitan descartar el castigo de conductas inicialmente punibles para aligerar así la carga de los órganos judiciales. La fijación de estos criterios debe respetar, por supuesto, ciertos límites y no pueden emplearse criterios que sean vistos como arbitrarios por parte de los ciudadanos.

En tanto que criterio de selección, el transcurso del tiempo es un factor especialmente idóneo, por ser una pauta susceptible de cuantificación precisa cuyo empleo no tiene por qué poner en peligro la confianza de la ciudadanía en la imparcialidad del sistema penal, en la medida en que la ausencia de éxito en la persecución de ciertas infracciones pueda justificarse por motivos comprensibles, como la imposibilidad de hallar pruebas o de resolver un caso con los medios al alcance de la administración de justicia y los esfuerzos que le son exigibles de acuerdo con tales medios⁴¹. Ello explica que, al excluirse ciertos supuestos de la persecución, se opte por aquellos cuyo esclarecimiento se ha revelado como especialmente complejo y cuyo momento de comisión se encuentra alejado en el tiempo, habiéndose debilitado por tal razón la necesidad de su castigo. Si se atiende a los dos fundamentos que explican el sistema de prescripción (la “conversión en pasado” y la economía procesal), puede observarse que el criterio

³⁹ Esta idea es empleada en España por GARCÍA PÉREZ (1997), p. 289: “el mantenimiento de la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma no exige el castigo de todas las infracciones”, un argumento al que este autor añade otros distintos. En un sentido próximo, PASTOR (1993), pp. 40-41: “el límite temporal para la aplicación de la pena responde, en esta medida, a una decisión de **oportunidad** del legislador” (negrita en el original). Muy interesante también la idea de PERRON (1999), p. 476, quien considera que la limitación de recursos humanos y económicos en la persecución penal es una forma de garantizar el carácter fragmentario del Derecho penal, pues “obliga a que la policía y los órganos judiciales se concentren en lo esencial”.

⁴⁰ Muy interesantes en este ámbito los argumentos de FREUND (2004), pp. 93-95.

⁴¹ En la doctrina argentina el argumento de economía procesal es empleado, junto con otros, por PASTOR (1993), pp. 40-41. Según este autor (*ibidem*), “en el sistema de la economía penal, el Estado se enfrenta a la necesidad de castigar los comportamientos que vulneran de un modo intolerable la convivencia social, pero cuenta con escasos medios para hacerlo y, por ello, una administración racional de sus recursos le impone la selección de los casos en cuestión que finalmente serán procesados por el sistema”.

“economicista” tiene mayor peso cuanto más leve es la infracción.

Desde la perspectiva del fundamento de la presente institución, la posibilidad de interrumpir o suspender el plazo de prescripción cuando se producen avances en el procedimiento debe ser vista como el instrumento con el que cuentan los órganos judiciales para poner de manifiesto que aún vislumbran posibilidades de éxito en la investigación de un presunto delito⁴². Si los plazos vigentes se explican por motivos de economía procesal, mediante la efectiva persecución de un hecho quienes dirigen el proceso hacen patente que siguen viendo posibilidades de que una (presunta) infracción pueda llegar a ser castigada. Con la interrupción del plazo de prescripción y la consiguiente prórroga, la ley otorga más tiempo para que la persecución pueda continuar⁴³.

6.

Sobre la naturaleza jurídica de la prescripción.

En los trabajos existentes sobre la prescripción suele dedicarse un buen número de páginas a tratar la cuestión de si esta figura pertenece al Derecho penal sustantivo o al Derecho procesal penal. Por su parte, los autores que entran en un análisis más técnico discuten sobre si debe ser considerada una *causa de exclusión de la punibilidad* (institución de naturaleza sustantiva) o un *impedimento procesal* (institución de naturaleza procesal)⁴⁴. Las dos visiones contrapuestas que sustentan esta discusión son, de un lado, la idea de que *cuando un delito prescribe pierde su condición de tal y*, de otro, la perspectiva de que *el delito prescrito sigue siendo delito, pero ya no puede ser perseguido*⁴⁵.

En la doctrina española, y también en la jurisprudencia, predomina la idea de que la prescripción es una institución de Derecho sustantivo, aunque son pocos los autores que se han preocupado de analizar a fondo cuál debe ser la ubicación sistemática de esta figura en la estructura del delito⁴⁶. Dicho punto de vista parece predominar también en Italia, donde la cuestión ha sido muy discutida a propósito del caso *Taricco*⁴⁷. Por el contrario, en Alemania es mayoritaria la tesis de que la prescripción pertenece al Derecho procesal, sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, aunque también cuenta con numerosos partidarios la idea de que la institución tiene una doble naturaleza, tanto sustantiva como procesal⁴⁸. En cambio, en la doctrina germánica son muy pocos quienes defienden actualmente una natura-

⁴² Crítico con este argumento BINDER, (1990), pp. 282-283, quien entiende que los únicos supuestos que debieran tomarse en cuenta para prolongar los plazos de prescripción son los atribuibles a factores externos a la actividad persecutora del Estado, como la fuga del imputado, pues, a su juicio, no puede admitirse que, por meros actos propios, el poder público pueda transgredir los límites temporales que la ley le impone.

⁴³ Expone RIGHI, (1996), p. 205, cómo la doctrina argentina entiende que la interrupción de la prescripción se produce con aquellos actos que revelan “la voluntad inequívoca del Estado de efectivizar la pretensión punitiva”. Más dudosa la afirmación de LORENZ (1934), p. 76, en el sentido de que, con la realización de cierta actividad procesal, “el hecho se devuelve al recuerdo de las masas”. Por su parte, muy interesante la perspectiva de VIGANÒ (2013), p. 36 ss, que propone limitar la genuina prescripción a los casos de inicio tardío y remitir los casos de procedimientos ya iniciados al tratamiento atenuatorio de las dilaciones indebidas.

⁴⁴ Una panorámica sobre esta discusión, centrada en la distinción entre causas de exclusión de la punibilidad y presupuestos de procesabilidad, en ROXIN (1997), § 23, n.º marg. 41 ss; PASTOR (2001), pp. 793-822; y HELFER (2017), p. 107 ss. En España, BOLDOVA PASAMAR (2000), p. 289.

⁴⁵ En estos términos plantean muy acertadamente el problema WALDER (1984), p. 314 y GÓMEZ PAVÓN (2000), p. 372.

⁴⁶ Una exhaustiva relación de partidarios de la naturaleza sustantiva de la figura, incluyendo referencias jurisprudenciales, en REY GONZÁLEZ (1999), p. 29 ss; MORILLAS CUEVA (1980), p. 198; PEDREIRA GONZÁLEZ (2000), p. 1084; y GONZÁLEZ TAPIA (2003), p. 42. No obstante, en España defienden la naturaleza procesal CEREZO MIR (1996), p. 183; BOLDOVA PASAMAR (2000), p. 285; CHOCLÁN MONTALVO (2000), p. 4; y BANACLOCHE PALAO (1997), p. 306 (y notas). En Argentina es mayoritaria la doctrina que defiende la naturaleza sustantiva; cfr. al respecto PASTOR (1993), p. 34. También este punto de vista predomina en Italia; cfr. las referencias aportadas por PEDREIRA GONZÁLEZ (2000), p. 1084 (nota 7).

⁴⁷ PULITANÒ (2015), p. 21. Sobre el citado asunto cfr. la STJUE de 5/12/2017, que resume toda su tramitación procesal y la posición de los diversos tribunales que se han pronunciado al respecto.

⁴⁸ Cfr. STREE/STERNBERG-LIEBEN (2010), previo a los §§ 78 ss, n.º marg. 3; o MOSER (1954), p. 301 ss. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal es especialmente ilustrativa la BGHSt, vol. 2, p. 301 ss (pp. 305-306). La tesis de la doble naturaleza es defendida, entre otros, por SAUER (1925), pp. 441-442; MEZGER (1933), p. 403 (nota 25); JESCHECK/WEIGEND, (1996), p. 912; y, en España, por RODRÍGUEZ RAMOS (1988), p. 904. Muy crítico con estas teorías LORENZ (1934), p. 5, quien entiende que, cuando se atribuye a la prescripción una naturaleza sustantiva, no tiene sentido añadir una segunda naturaleza procesal, pues en el proceso no se hace otra cosa que aplicar las previsiones del Derecho material. También convincentes las críticas de GILI PASCUAL (2001), pp. 47-49: “si se afirma la impunidad, no existe ninguna necesidad de afirmar simultáneamente la falta de perseguibilidad”.

leza estrictamente material de la figura⁴⁹, lo que seguramente se explica por las prolongaciones de plazo que se llevaron a cabo en su momento para evitar la impunidad de los crímenes del nacionalsocialismo. También en los Estados Unidos predomina la idea de que los *statutes of limitation*, equivalentes a la prescripción del Derecho continental, tienen una naturaleza procesal⁵⁰.

Desde la perspectiva que aquí se defiende estos complicados problemas de delimitación pueden resolverse si se acoge la idea –propuesta por autores como *Daniel Pastor*– de que el debido proceso es, después de todo, un elemento imprescindible para la punibilidad no del hecho delictivo en abstracto, sino de un concreto hecho delictivo. Desde este punto de vista, todas aquellas previsiones legales que tienen capacidad de ampliar las facultades del Estado para el castigo deben someterse a las garantías propias del principio de legalidad no pudiendo legitimarse una modificación retroactiva de sus condiciones de aplicación.

7.

Conclusiones.

La prescripción penal es una institución necesaria en todos los ordenamientos jurídicos, porque impide que sean castigados ciertos hechos que ya no requieren tal sanción por ser percibidos por la ciudadanía como asuntos pretéritos. Sin embargo, en la decisión acerca de los límites temporales del castigo existe un amplio espacio para las decisiones político-criminales: es posible que los hechos de mayor gravedad puedan no prescribir mientras todavía viva su responsable; mientras que en las infracciones más leves cabe anticipar los plazos de prescripción por razones relacionadas con las cargas de trabajo de la Justicia. También es posible que la percepción social acerca de la gravedad de los acontecimientos –y, por ende, la percepción acerca de su conversión en pasado– cambie de una generación a otra. Por ello, sin rebasar el límite infranqueable que supone la desaparición de necesidad de pena la presente materia deja un amplio espacio para la política criminal, que permite valorar, además de la gravedad del delito, otros elementos como la dificultad de persecución o la habitualidad de las denuncias tardías, como sucede con el caso ya citado de las víctimas menores de edad⁵¹. Sin embargo, para fundamentar racionalmente de estas decisiones los juristas necesitaríamos del apoyo de otras ciencias sociales: esta será la única manera de no caer en la arbitrariedad y, hoy por hoy, en un injustificable punitivismo en la regulación legislativa y en la aplicación judicial de esta figura.

Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA, Javier (1999): “Comentario a los arts. 112 a 117 del Código Penal de 1973”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal comentado* (Madrid), pp. 290-308.

ASHOLT, Martin (2016): *Verjährung im Strafrecht* (Tubinga).

BANACLOCHE PALAO, Julio (1997): “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”, *Revista de Derecho Procesal*, pp. 281-319.

⁴⁹ Sin embargo, esta perspectiva contó con numerosos partidarios hasta los años cuarenta, entre ellos el principal monografista alemán, MAX LORENZ (1934), pp. 52-53 y también LÜBKE (1930), p. 17, siendo acogida incluso por el propio *Reichsgericht*. Cfr. al respecto LORENZ (1966), p. 372. Este mismo autor (*ibidem*, p. 373) constata cómo Alemania es una excepción, pues en muchos otros países predomina la tesis sustantiva (con la excepción de Francia).

⁵⁰ Cfr. FLETCHER (1997), pp. 42-48, citando la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense de 1945 sobre el caso *Guaranty Trust v. York* (325 U.S. p. 99), que se pronunció en este sentido. Dadas las peculiaridades del sistema penal estadounidense, del carácter procesal de la prescripción derivan importantes consecuencias no sólo en materia de retroactividad, sino también de carga de la prueba, de competencia del jurado y de Derecho aplicable. Ver asimismo UPLR, 102 (1954), p. 630 ss (esp. p. 645).

⁵¹ Como afirma PULITANÓ (2015), p. 24: “Nelle scelte legislative circa i tempi di prescrizione, il disvalore del reato è uno, non l’unico degli elementi di cui il legislatore possa ragionevolmente tenere conto. Sulla bilancia del legislatore vengono pesate una pluralità di ragioni ritenute rilevanti nell’attribuire, modellare, limitare la rilevanza al decorso del tempo ai fini della decisione, pur nella persistenza della valutazione di illiceità del fatto contestato”.

BEMMANN, Günter (1965): “Zur Frage der nachträglichen Verlängerung der Strafverfolgungsverjährung”, *Juristische Schulung*, pp. 333-340.

BINDER, Alberto M. (1990): “Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio”, *Doctrina Penal*, pp. 275-285.

BLOY, René (1976): *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe* (Berlín).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1979): “Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 888-901.

CEREZO MIR, José (1996): *Curso de Derecho penal español. Parte general* [cit. PG], vol. I. “Introducción”, 5.ª ed. (Madrid).

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (2000): “Consumación y prescripción del delito fiscal”, *Actualidad Penal*, pp. 219-236.

Editores de la *University of Pennsylvania Law Review* (1954): “The statute of limitations in Criminal Law: a penetrable barrier to prosecutions”, *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 630-653.

FLETCHER, George P. (1997): *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. española a cargo de F. Muñoz Conde, Valencia (Tirant lo Blanch).

FREUND, Georg (2004): “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”, trad. a cargo de R. Ragués, en J. WOLTER / G. FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (Madrid-Barcelona), pp. 91-128.

GARCÍA PÉREZ, Octavio (1997): *La punibilidad en el Derecho Penal* (Pamplona).

GILI PASCUAL, Antoni (2001): *La prescripción en Derecho Penal* (Pamplona).

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José (1993): “La prescripción del delito por paralización del procedimiento”, *La Ley*, pp. 919-933.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2016): *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas* (Madrid).

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (1947); *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de setiembre de 1882*, tomo I (Barcelona).

GÓMEZ PAVÓN, Pilar (1989): “La prescripción del delito en el Código Penal”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa* [cit. Rodríguez Devesa-LH] tomo I (Madrid), pp. 369-391.

GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel (2003): *La prescripción en el Derecho Penal* (Madrid).

GRACIA MARTÍN, Luis (coord.) / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel / ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen (2000): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed. (Valencia).

HELPER, Margareth (2017): “La prescrizione del reato: quali rapporti tra Diritto e Tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia?”, *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 97-122.

HIPPEL, Robert von (1930, reimp. 1971): *Deutsches Strafrecht*, 2 vol. (Berlín).

JÄHNKE, Burkhard (1994): Comentario a los §§ 77-79b StGB, en B. JÄHNKE / H.W. LAUFHÜTTE / W. ODERSKY (eds.), *StGB Leipziger Kommentar* [cit. LK], 17.^a entrega (Berlín).

JAKOBS, Günther (1991): *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* [cit. PG], 2.^a ed., trad. a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo (1995), (Madrid).

JAKOBS, Günther (1996): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. a cargo de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez (Madrid).

JAKOBS, Günther (1997): “Sobre la teoría de la pena”, trad. a cargo de M. Cancio Meliá, *Revista Poder Judicial*, pp. 145-163.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* [cit. AT], 5.^a ed. (Berlín).

KLUG, Ulrich (1965): “Die Verpflichtung des Rechtsstaats zur Verjährungsverlängerung”, *Juristenzeitung*, pp. 149-153.

LORENZ, Max (1934): *Die Verjährung im Strafrechte* (Praga).

LORENZ, Max (1955): *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung* (Múnich, Berlín).

LORENZ, Max (1966): “Über das Wesen der strafrechtliche Verjährung”, *Goltdammer's Archiv*, pp. 371-374.

LÜBKE, Otto (1930): *Die Verjährung im Strafrecht nach Reichsstrafgesetzbuch und den neueren Strafgesetzentwürfen*, disertación (Marienwerder).

MEZGER, Edmund (1933): *Tratado de Derecho penal*, 2.^a ed., trad. a cargo de J.A. Rodríguez Muñoz, tomo II, (1949), (Madrid).

MIR PUIG, Santiago (2002): *Derecho penal. Parte general* [cit. PG], 6.^a ed. (Barcelona).

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (1980): *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas* (Granada).

MOSER (1954): “Zur Frage der rechtlichen Natur der Strafverfolgungsverjährung §§ 66 ff. StGB”, *Goltdammers's Archiv*, pp. 301-306.

Bundesministerium der Justiz (1958): *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 2.^o vol., Allgemeiner Teil (Bonn).

PASTOR, Daniel R. (1993): *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal* (Buenos Aires).

PASTOR, Daniel R. (2001): “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en VVAA, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin* [cit. Roxin-LH] (Córdoba, Argentina), pp. 793-822.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María (2000): Comentario a los arts. 130.5 y 6, 131, 133 y 134 del Código Penal, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo IV (Madrid).

PERRON, Walter (1999): “Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozessrecht”, en U. EBERT, P. RIESS, C. ROXIN, E. WAHLE (ed.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999* [cit. Hanack-FS] (Berlín, Nueva York), pp. 473-485.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier I. (1998): “Hacia una reinterpretación de la prescripción penal”, *Actualidad Penal*, pp. 385-405.

- PULITANÒ, Domenico (2015): “Il nodo della prescrizione”, *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista trimestrale*, pp. 20-31.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2001): “Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI”, *Revista de Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, pp. 523-545.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2004): *Prescripción penal. Fundamento y aplicación* (Barcelona).
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2017): “La atenuante analógica de cuasiprescripción”, *InDret*, pp. 1-25.
- REY GONZÁLEZ, Carlos (1999): *La prescripción de la infracción penal (En el Código de 1995)*, 2.ª ed. (Madrid, Barcelona).
- RIGHI, Esteban (1996): “Los límites de la persecución penal y la tutela de derechos fundamentales”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, pp. 191-208.
- ROBINSON, Paul H. (2012): *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, trad. a cargo de M. Cancio e I. Ortiz de Urbina (Madrid, Barcelona, Buenos Aires).
- ROXIN, Claus (1997): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Vol. I: Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre* [cit. *AT I*], 3.ª ed. (Múnich).
- RUDOPHLI, Hans Joachim. (1998): Comentario al § 78 y ss StGB, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* [cit. *SK*], 29.ª entrega, 7.ª ed. (Neuwied).
- STACKELBERG, Curt Freiherr von (1979): “Verjährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung”, en ART. KAUFMANN / G. BEMMAN / D. KRAUSS / K. VOLK (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag* [cit. *Bockelmann-FS*] (Múnich), pp. 759-769.
- VIGANÒ, Francesco (2013): “Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo”, *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, pp. 18-42.
- WALDER, Hans (1984): “Schuldspruch trotz Verfolgungsverjährung”, en R. HAUSER / J. REHBERG / G. STRATENWERTH (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, [cit. *Noll-GS*] (Zúrich), pp. 313-317.
- WELZEL, Hans (1993): *Derecho penal alemán. Parte general* [cit. *PG*], 11.ª ed., trad. española a cargo de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 4.ª ed. (Santiago de Chile).
- ZAMORA MORENO, Miguel Ángel (1992): “La prescripción del delito en el copartícipe rebelde”, *Revista Jurídica de Catalunya*, pp. 155-165.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>