

PRESCRIPCIÓN PENAL Y PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD

Ramon Ragués i Vallès*

Resumen

Existe un amplio acuerdo en que la prohibición de retroactividad en materia penal se extiende a los delitos y las penas. Sin embargo, es más dudoso el alcance del principio de legalidad respecto de determinadas instituciones que se sitúan en el límite entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal. Este trabajo se ocupa de analizar estos casos dudosos y, en especial, de la relación entre la prescripción penal y el principio de legalidad, una cuestión sobre cuyo tratamiento jurídico existen importantes discrepancias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española e internacional.

Palabras clave

Prescripción, principio de legalidad, retroactividad penal.

Abstract

There is broad agreement that the prohibition of retroactive application in criminal matters extends to offences and penalties. However, the scope of the principle of legality with respect to certain institutions that are located on the border between substantive criminal law and criminal procedural law is more doubtful. This work deals with these doubtful cases and, especially, with the relationship between criminal statutes of limitation and the principle of legality, an issue on whose legal treatment there are important discrepancies both in Spanish an international doctrine and case-law.

Keywords

Statutes of limitation, principle of legality, principle of non-retroactivity.

* Catedrático de Derecho penal, Universitat Pompeu Fabra. Contacto: ramon.ragues@upf.edu

SUMARIO: I. El alcance de la prohibición de retroactividad penal: zonas de duda. II. Reformas recientes en materia de prescripción y su posible aplicación retroactiva. III. Prescripción y retroactividad penal. IV. Argumentos a favor de la aplicación retroactiva y valoración crítica. 1. Acerca de la naturaleza procesal o sustantiva de la prescripción. 2. ¿La seguridad jurídica como fundamento? V. La garantía de objetividad como posible solución. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD PENAL: ZONAS DE DUDA

En cualquier sistema respetuoso con los derechos fundamentales, poco hay que discutir acerca de la imposibilidad de aplicar retroactivamente reformas penales que crean nuevos delitos o que aumentan las penas asignadas a infracciones penales ya existentes. Este es, por así decirlo, el «núcleo duro» de la prohibición de retroactividad o, cabe añadir incluso, del principio de legalidad. Si uno se fija bien, en el artículo 25.1 CE únicamente la garantía de *lex praevia* está formulada de modo expreso, pues la garantía de *lex scripta* solo está implícita en el término «legislación» (en el art. 7 CEDH ni siquiera aparece esta última, pues se habla de «Derecho», no de «ley», un término que puede abarcar los precedentes judiciales) y las garantías de *lex certa* y *lex stricta* se han desarrollado básicamente por medio de la jurisprudencia y la doctrina.

Sin embargo, a medida que el intérprete se aleja de este núcleo duro –imposibilidad de aplicación retroactiva de aquellas reformas sustantivas que empeoran la situación del acusado en cuanto al contenido de la prohibición o las consecuencias punitivas– empiezan a surgir las dudas. Tales dudas se han planteado, por ejemplo, a propósito de la posibilidad de aplicar retroactivamente medidas de seguridad, incluir a sujetos en registros de delincuentes sexuales de creación posterior a la comisión del correspondiente delito, o aplicar reformas que flexibilizan el uso de la prisión provisional, por citar algunos ejemplos que han dado lugar a pronunciamientos judiciales más o menos conocidos. También se ha discutido sobre la posibilidad de aplicar de manera retroactiva ciertas cuestiones relacionadas con la ejecución penal, como las condiciones de suspensión o sustitución de la pena, o las cláusulas que determinan la jurisdicción de un concreto ordenamiento jurídico.

En algunos de estos supuestos *cabe cuestionar que, en sentido estricto, pueda hablarse de retroactividad*: es dudoso, por ejemplo, que las medidas de seguridad o la prisión preventiva sean consecuencias de un hecho pasado y no medidas de control de riesgos vigentes. Si el presupuesto de aplicación de una determinada figura legal es un hecho actual (el riesgo existente) y no pretérito (el hecho ya cometido con apariencia delictiva), no tiene sentido hablar de aplicación retroacti-

va⁽¹⁾. Sin embargo, en algunos de estos casos dudosos tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional español parecen haber otorgado mayor importancia al contenido materialmente afflictivo de las correspondientes figuras. Desde tal perspectiva, más allá de cómo se clasifique una concreta institución o cuáles sean sus presupuestos aplicativos, si materialmente sus efectos se sienten por quien los padece como un castigo cuyo detonante directo o indirecto ha sido un hecho delictivo, resultará conveniente extender a ella la prohibición de aplicación retroactiva. De manera más concreta:

a) En cuanto a la *prisión provisional*, en la STC 32/1987, de 12 de marzo (ponente Leguina Villa), se considera que no cabe aplicar de modo retroactivo ampliaciones de los plazos máximos de esta medida cautelar apelando a «la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por Sentencia que pone fin a un proceso. Se trata, en efecto, de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculpado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad, y el alcance de la misma, en uno y otro caso»⁽²⁾.

b) En el caso de las *medidas de seguridad*, el propio Código Penal español establece en su artículo. 2.1 que «carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad». En esta misma materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 17 de diciembre de 2009, caso «M. v. Alemania») consideró incompatible con el principio de legalidad la decisión de las autoridades alemanas de extender de manera retroactiva una reforma que ampliaba la privación de libertad que comporta la denominada custodia de seguridad, aunque en aquel ordenamiento esta figura se defina como una medida de seguridad basada en la peligrosidad del sujeto a quien se aplica⁽³⁾.

(1) Al respecto JÄGER, C., «Grund und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips im Strafprozessrecht», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 625, quien señala que esta diferencia se explica porque, mientras el Derecho procesal siempre toma como su punto de referencia el presente, el Derecho penal sustantivo encuentra dicha referencia en el pasado.

(2) La decisión cuenta con el voto particular de dos magistrados (Díez-Picazo y Ponce de León y Rubio Llorente), quienes argumentan que «a nuestro juicio no es retroactiva una ley porque determine los efectos pro futuro de situaciones que hubieran nacido con anterioridad. La ley es retroactiva si pretende regular actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor, pero no lo es cuando regula las consecuencias a posteriori, de situaciones creadas con anterioridad. Y nada permite entender, por otra parte, como ya hemos dicho, que las decisiones que acuerdan la prisión preventiva determinen la adquisición irrevocable de un derecho a favor del sujeto pasivo sino, a lo sumo, de una simple expectativa, que en modo alguno impide que su solicitud de excarcelación sea resuelta por la ley vigente en el momento en que se produce». Coincide con esta interpretación PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 183 (nota 79). También MAIER, J. B. J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2.ª ed., 3.ª reimp., Buenos Aires, 2004, p. 247, parece sostener que en estos casos no existe propiamente una aplicación retroactiva, al no ser el (presunto) hecho punible el presupuesto aplicativo de las normas procesales, salvo en aquellos casos –de dudosa legitimidad– en los que la prisión preventiva pretenda utilizarse como una suerte de pena anticipada. En general, sobre esta cuestión, RAGUÉS I VALLÈS, R., *La prisión provisional como ultima ratio*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2023, p. 57 ss.

(3) Sobre esta resolución cfr. SILVA SÁNCHEZ, J-M., «¿Es la custodia de seguridad una pena?», *InDret*, 2/2010. En general, sobre la aplicación retroactiva de medidas de seguridad OLIVER CALDERÓN, G., *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago de Chile, 2007, p. 149 ss.

c) En la STC 54/2023, de 22 de mayo (ponente Tolosa Tribiño), se establece asimismo que no cabe aplicar retroactivamente *condiciones para la suspensión de la pena* más desfavorables que las que se encontraban vigentes cuando se cometió el hecho delictivo. Concretamente, en este caso se abordan los efectos de la *desaparición de la sustitución* en el ordenamiento jurídico español (derogado art. 88 CP) y se afirma que, de no aplicarse el principio de legalidad en este ámbito, «bastaría para privar de todo efecto útil a la prohibición de aplicación retroactiva de pena desfavorable que el alargamiento de la duración de la pena o su agravación se produjera mediante las normas formalmente referidas a la aplicación o a la ejecución de la pena»⁽⁴⁾.

Por el contrario, respecto de otras previsiones legales que también resultan determinantes de la punibilidad efectiva de un hecho concreto la jurisprudencia ha sostenido la posibilidad de aplicación retroactiva:

a) Tal posibilidad, por ejemplo, se ha admitido a propósito de las *cláusulas que determinan el alcance de la jurisdicción española* para la persecución de determinados delitos acontecidos en territorio extranjero. Así, en su Sentencia 798/2007, de 10 de octubre (ponente Colmenero Menéndez de Lurca), sobre el denominado «caso Scilingo» el Tribunal Supremo sostuvo que la habilitación de la jurisdicción española (art. 23.4 LOPJ en la versión entonces vigente) para perseguir crímenes de lesa humanidad con independencia de su lugar de comisión se regía por el principio *tempus regit actum* y, por tanto, podían perseguirse estos crímenes en España, aunque se hubieran cometido mucho antes de la vigencia de dicha cláusula⁽⁵⁾. En este concreto caso se dio la paradoja de que la figura delictiva empleada para habilitar la jurisdicción española no fue la que luego motivó la condena del acusado (asesinato y detenciones ilegales), por entenderse que la figura (sustantiva) de los delitos de lesa humanidad no podía aplicarse retroactivamente a hechos anteriores a su introducción en el Código Penal en 2003.

b) Por su parte, en cuanto a la posibilidad de aplicación retroactiva en materia de *registros de delincuentes sexuales* parece haber prevalecido el aspecto formal, bastando con negar su carácter penal o afirmando que su carácter es meramente administrativo. Así sucede en la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el caso «Smith v. Doe» de 5 de marzo de 2003⁽⁶⁾ o en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso «Gardel v. Francia» de 17

(4) Un comentario a esta resolución en OLIVER CALDERÓN, G., «Retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre suspensión o sustitución de las penas», *InDret*, 4/2023, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, pp. 328-334. En general, sobre el alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de la ejecución penal *Id.*, *Retroactividad e irretroactividad*, p. 190 ss.

(5) Sobre esta resolución ver, entre otros, los trabajos de MENDOZA CALDERÓN, S., «La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el caso Scilingo», *Revista de Estudios de la Justicia*, 6 (2005), pp. 85-113; GIL GIL, A., «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en Cuerda Riezu/Jiménez García (coords.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, 2009, pp. 391-410; o LAMARCA PÉREZ, C., «Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 34 (2007), pp. 69-77.

(6) 538 U. S. (2003), p. 84 ss. La Sentencia contiene opiniones discrepantes en cuanto al fallo de los magistrados Stevens, Breyer y Ginsburg.

de diciembre de 2009. Es bastante sorprendente, por cierto, lo que se afirma en esta última:

«En lo que concierne a la finalidad y la naturaleza de la medida en litigio, el Tribunal constata que el demandante considera la nueva obligación impuesta como punitiva. Sin embargo, el Tribunal estima que la finalidad principal de esta obligación es impedir la reincidencia. Al respecto, considera que el conocimiento por los servicios de policía o de la gendarmería y de las autoridades judiciales de la dirección de las personas condenadas, debido a su inscripción en el registro conlleva un elemento disuasorio y permite facilitar las investigaciones policiales. «La obligación que se desprende de la inscripción en el registro tiene, por tanto, una finalidad preventiva y disuasoria y no puede ser considerada como que tiene un carácter represivo» y como constitutiva de una sanción» (cursiva añadida).

También en España se incorporaron en su momento al Registro Central de Delincuentes Sexuales, por disposición normativa, antecedentes penales relativos a condenas impuestas por hechos anteriores a la creación de esta base de datos⁽⁷⁾.

Todos estos ejemplos ponen en evidencia cómo, a medida que el intérprete se va alejando del citado «núcleo duro» del principio de legalidad (a saber: el delito y la pena), las dudas y contradicciones de la jurisprudencia sobre el alcance de la prohibición de retroactividad van en aumento. Entre las instituciones especialmente polémicas en este ámbito destaca la prescripción de los delitos y de las penas, que será el objeto fundamental de las siguientes pinas.

II. REFORMAS RECIENTES EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN Y SU POSIBLE APLICACIÓN RETROACTIVA

En numerosos ordenamientos jurídicos se han aprobado durante los últimos años diversas reformas con la finalidad de dificultar la prescripción de ciertos delitos o, incluso, de eliminar la posibilidad de que algunos delitos prescriban. Entre tales modificaciones legislativas puede citarse, por ejemplo, la declaración como imprescriptibles de aquellos crímenes que suponen la violación masiva de los derechos humanos más básicos –como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad– por disposición del Derecho penal internacional⁽⁸⁾. Y también se han ampliado en muchos países los plazos de prescripción de delitos con víctimas menores de edad, especialmente de aquellos que –como sucede, por ejemplo, con las agresiones

(7) En concreto, la Disposición adicional primera del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales dispone que «Los datos relativos a penas y medidas de seguridad por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, así como por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía, que figuren inscritos en el Registro Central de Penados y en el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto, se remitirán automáticamente al Registro Central de Delincuentes Sexuales en el estado en que se encuentren».

(8) Cabe citar en este punto la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa Humanidad, de 26 de noviembre de 1968, el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006.

sexuales a niños— la experiencia demuestra que tardan mucho tiempo en trascender⁽⁹⁾. Con tal propósito, en algunos ordenamientos se han establecido períodos de suspensión del avance de la prescripción hasta que la víctima cumple una determinada edad y en otros se ha optado, directamente, por declarar imprescriptibles ciertos delitos.

Así, por ejemplo, en España se aplicaba hasta hace poco tiempo una regla vigente desde 1999 según la cual el plazo de prescripción de los delitos con víctimas menores quedaba en suspenso hasta la mayoría de edad de la víctima (art. 132.1. II CP), el mismo criterio que aplican el Código Penal italiano (art. 158) o el argentino (art. 67). Una regulación similar estuvo en vigor en Alemania desde la década de 1990, pero en 2013 y en 2015, respectivamente, se aumentó dicha edad, primero a los veintinueve años y después a los treinta (§ 78b StGB)⁽¹⁰⁾. En esta ampliación ha influido, sin duda, el criterio de la Unión Europea y, en particular, de la Directiva de 2011 relativa a la Lucha contra los Abusos Sexuales y la Explotación Sexual⁽¹¹⁾: en esta línea, en España el año 2021 se aplazó el inicio de la prescripción al momento en el que la víctima alcanza los treinta y cinco años⁽¹²⁾. Por su parte, en tiempos recientes países como Chile, Suiza o algunos estados de los Estados Unidos han declarado imprescriptibles estos delitos⁽¹³⁾.

La posibilidad de que estas reformas surtan efecto a corto o medio plazo depende de si se admite la posibilidad de aplicarlas a hechos anteriores a su entrada en

(9) Al respecto cfr. BONET ESTEVA, M., «Sobre la prescripción como instrumento de lucha contra los abusos sexuales infantiles (a propósito del proyecto de Ley Orgánica 121/000022 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia)», en Pérez Machío *et al.* (dirs.), *Contra la política criminal de la tolerancia cero: libro-homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Cizur Menor, 2021, pp. 323-338; RAGUÉS I VALLÈS, R., «La prescripción de los abusos sexuales infantiles. ¿Ni olvido ni perdón?», *Cuadernos de Política Criminal*, 132 (2020), pp. 67-90; PUENTE RODRÍGUEZ, L., «En defensa de la prescripción del delito: una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-30 (2022), pp. 1-35.

(10) Al respecto puede consultarse HÖRNLE, T./ KLINGBEIL, S./ ROTHBART, K., *Sexueller Missbrauch von Minderjährigen: Notwendige Reformen im Strafgesetzbuch*, dictamen emitido en 2014 para la Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs, Berlín, disponible en <https://csl.mpg.de/de/publikationen/sexueller-missbrauch-von-minderjaehrigen/>.

(11) El artículo 15.2 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la Lucha contra los Abusos Sexuales y la Explotación Sexual de los Menores y la Pornografía Infantil, dispone en tal sentido que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se puedan enjuiciar las infracciones contempladas (...) durante un período de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad y que esté en consonancia con la gravedad de la infracción cometida».

(12) La reforma del artículo 132.1 CP tuvo lugar por medio de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. De acuerdo con la nueva redacción del precepto el plazo de prescripción de algunos delitos empieza a correr el día que la víctima cumple dieciocho años (concretamente: aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y contra las relaciones familiares) y en otros a los treinta y cinco (concretamente: tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos).

(13) Para el caso de Chile cfr. CABEZAS CABEZAS, C., «Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores», *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXII (2019), pp. 275-294. En cuanto a Suiza, GARRO CARRERA, *Paso del tiempo y respuesta penal. Derecho comparado y propuestas de lege ferenda para la regulación española*, Valencia, 2023, p. 153-180.

vigor. De otro modo, las consecuencias del cambio legal no llegarán a materializarse hasta que pasen muchos años, a saber, cuando lleguen a la justicia hechos cometidos a partir de la entrada en vigor de la ley y la víctima denuncie de manera muy tardía. Esto lleva a preguntarse si podría considerarse compatible con el principio de legalidad una aplicación retroactiva de estas reformas, gracias a la cual no debería esperarse tanto tiempo para que sea efectivo el propósito legislativo de evitar la impunidad de tan graves delitos prolongando los plazos de prescripción.

III. PRESCRIPCIÓN Y RETROACTIVIDAD PENAL

La respuesta a la cuestión planteada no es unánime. Así, en España la imposibilidad de aplicar retroactivamente las reformas en materia de prescripción ha sido proclamada varias veces por el Tribunal Supremo, en resoluciones como la STS 224/2003, de 11 de febrero (ponente Sánchez Melgar), en la que, de manera muy escueta, pero contundente, se dice que la ampliación de plazo de prescripción de los delitos sexuales no puede aplicarse a hechos anteriores. En esta sentencia se alude de modo expreso a la «connotación sustantiva» de la prescripción, una idea que se ha reiterado en resoluciones posteriores⁽¹⁴⁾. A idéntica conclusión llegó en su momento la Fiscalía (Circular 2/1996), también con el argumento de que la prescripción es una institución de carácter sustantivo. Por su parte, y en cuanto al Derecho comparado, en la doctrina italiana predomina también la tesis sustantiva, de la que se infiere la vigencia de una prohibición de aplicación retroactiva⁽¹⁵⁾, una perspectiva que ha sido igualmente acogida en la reforma chilena anteriormente aludida.

Sin embargo, no todos los países sostienen la misma tesis. En Alemania la cuestión de la retroactividad suscitó hace varias décadas un debate doctrinal muy intenso a propósito de una reforma legal con gran relevancia política: la que intentó impedir la impunidad de los asesinatos cometidos durante el régimen nacionalsocialista mediante modificaciones legales que prolongaron –y llegaron a eliminar incluso– los plazos de prescripción vigentes en el momento de comisión de dichos crímenes⁽¹⁶⁾. La aplicación retroactiva de estas reformas fue convalidada por el Tribunal Constitucional alemán en 1969⁽¹⁷⁾. El Tribunal entendió que los plazos de prescripción no influyen en la punibilidad, sino en la posibilidad de persecución y,

(14) Así, mucho más recientemente se ha alcanzado la misma conclusión, por ejemplo, en las SSTS 289/2015, de 14 de mayo (ponente Maza Martín), 9/2018, de 15 de enero (ponente Colmenero Menéndez de Luarca), o 724/2018, de 24 de enero de 2019 (ponente Llarena Conde).

(15) PULITANO, D., «Il nodo della prescrizione», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista trimestrale*, 1/2015, p. 21.

(16) Una panorámica sobre las diversas reformas, que se llevaron a cabo en varias etapas, en GIMBERNAT ORDEIG, E., «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, pp. 216-222; FLETCHER, G., *Conceptos básicos de Derecho penal*, Valencia, 1997, p. 27; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, Pamplona, 2001, p. 23.

(17) BVerfGE, vol. 25, p. 269 ss. Sobre estas resoluciones ESER, A./ BURKHARDT, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, 1992, p. 47 ss; BÖCKENFÖRDE, E-W., «Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unver-

por tanto, no les afecta la prohibición de retroactividad del artículo 103 de la Ley Fundamental alemana, que proclama el derecho a la legalidad penal. Asimismo, consideró el Tribunal que la seguridad jurídica garantizada constitucionalmente no abarcaba la confianza que pudiera tener un sujeto en que su hecho llegara a prescribir en una fecha determinada, del mismo modo en que no protege las esperanzas que pueda tener un asesino en que su crimen nunca será descubierto.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha negado que el artículo 7 CEDH se aplique a la prescripción en sentencias como la relativa al «caso Coeme y otros v. Bélgica» de 22/06/2000. Sin embargo, el mismo Tribunal ha rechazado que reformas de la prescripción permitan revivir delitos ya prescritos (así en la Sentencia sobre el «caso Antia y Khupenia v. Georgia» de 18 de junio de 2020) excepto en el caso de crímenes internacionales.

En Estados Unidos, donde se admite la aplicación de ampliaciones de la prescripción a delitos no prescritos, la prohibición constitucional de aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción (o declaraciones de imprescriptibilidad) a hechos ya prescritos se proclamó en la sentencia del «caso Stogner v. California» de 26 de junio de 2003⁽¹⁸⁾. En esta resolución el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley californiana que trató de revivir abusos sexuales ya prescritos si su persecución se iniciaba en el plazo de un año desde la presentación de una denuncia acompañada de pruebas de cargo, considerando que tal posibilidad vulneraba la prohibición constitucional de aplicación *ex post facto* de normas sancionadoras. Sin embargo, esta decisión encontró la oposición de cuatro magistrados, que estuvo basada fundamentalmente en el argumento de que dicha prohibición constitucional no se extendía a figuras como la prescripción, con las que no se crea un nuevo delito, ni se incrementa la severidad de las consecuencias jurídicas asociadas.

En España, como se ha adelantado, rige la posición más garantista en la jurisprudencia y en la mayor parte de la doctrina⁽¹⁹⁾, pero se oyen algunas voces —como, recientemente, la profesora *Dulce Santana*— que propugnan la naturaleza procesal de la prescripción penal⁽²⁰⁾. Ello permite a esta autora reclamar una prolongación de los plazos de prescripción aplicables a los delitos de corrupción, que considera injustificadamente breves. Tal reforma a su juicio debería poder aplicarse de manera retroactiva, siempre que no se hubiera alcanzado el plazo previsto.

jährbarkeit des Mordes», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 91 (1979), p. 891 ss; GARRO CARRERA, E., *Paso del tiempo*, p. 72 ss.

(18) 539 U. S. 2003, p. 607. Votaron a favor los magistrados *Souter, Stevens, O'Connor, Ginsburg* y *Breyer*, que redactó la opinión. En contra, *Rehnquist, Scalia, Thomas* y *Kennedy*, que redactó el voto discrepante.

(19) Una relación de partidarios de la naturaleza sustantiva de la figura, en GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Madrid, 2003, p. 42.

(20) SANTANA VEGA, D. M., «La retroactividad de los plazos de prescripción penal (especial referencia a los delitos de corrupción)», en Pérez Machío *et al.* (dirs.), *Contra la política criminal de tolerancia cero: libro-homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Cizur Menor, 2021, pp. 457-471. Ya antes la naturaleza procesal se había defendido por autores como CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, vol. I. «Introducción», 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 183; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 488 (2001), p. 4; y BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1997-2, p. 306 (y notas).

IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA Y VALORACIÓN CRÍTICA

Los argumentos que suelen esgrimir quienes defienden la aplicación retroactiva de las reformas que prolongan o eliminan los plazos de prescripción son básicamente dos: primero, la idea de que esta figura es una institución procesal a la que debe aplicarse la máxima *tempus regit actum*; y, segundo, que la seguridad jurídica que quiere garantizarse y preservarse con preceptos como los artículos 9.3 y 25.1 CE no protege las expectativas que pueda tener el infractor de que su delito prescribirá pasado un determinado plazo, sino solo la previsión de dicho sujeto acerca de cuál será la conducta por la que podrá ser sancionado y la pena que le podrá ser impuesta⁽²¹⁾.

1. ACERCA DE LA NATURALEZA PROCESAL O SUSTANTIVA DE LA PRESCRIPCIÓN

La doctrina ha dedicado importantes esfuerzos a tratar de separar las instituciones procesales de las sustantivas, pero no se ha logrado imponer ningún criterio claro al respecto. Entre tales propuestas cabe aludir, como más representativas, a las siguientes:

a) Algunos autores parten de la premisa de que todos aquellos elementos a los que se pretenda atribuir una naturaleza sustantiva han de estar *temporalmente conectados con el hecho antijurídico*, lo que significa que a aquellos requisitos desconectados temporalmente del citado hecho se les debe atribuir, más bien, una naturaleza procesal⁽²²⁾. Este planteamiento parte en cierto modo de la base de que las categorías que conforman la teoría del delito se predicen de un hecho susceptible de determinación espacio-temporal, de tal modo que aquellos elementos que, pese a impedir el castigo, están desconectados espacio-temporalmente del hecho en cuestión no pueden tener naturaleza sustantiva y, por exclusión, deben reservarse para el proceso.

Sin embargo, semejante perspectiva plantea evidentes problemas tan pronto como se advierte la vigencia de preceptos legales que impiden el castigo de un determinado hecho por factores que están temporalmente desvinculados de aquel, pese a lo cual nadie plantea atribuirles carácter procesal⁽²³⁾. Así sucede, por ejem-

(21) En general, sobre los diversos fundamentos de la prohibición de aplicación retroactiva de las normas penales que se esgrimen en el debate académico cfr. OLIVER CALDERÓN, G., *Retroactividad e irretroactividad*, p. 74 ss. En particular, sobre la seguridad jurídica como fundamento del principio de legalidad, que este autor considera actualmente dominante, ver *ibidem*, p. 98 ss, con numerosas referencias tanto de la doctrina como de la jurisprudencia.

(22) Un resumen de estos planteamientos en PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., «Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2008, p. 212 ss, quien los critica por formalistas (*ibidem*, p. 222). Entre los partidarios de esta perspectiva parece poder ubicarse a GÓMEZ COLOMER, J-L., *Constitución y proceso penal*, Madrid, 1996, p. 127.

(23) También se muestra crítico WOLTER, J., «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenua-

plo, con figuras como la regularización tributaria o con el perdón del ofendido, en aquellos delitos en los que este tiene un carácter eximente. La exclusión de sanción penal que se produce en estos dos ejemplos depende de la concurrencia de hechos temporalmente desconectados de la conducta típica, pero no necesariamente vinculados con el proceso. Precisamente para dar cabida a figuras como estas una parte importante de la doctrina propone recurrir a la punibilidad como cuarta categoría del delito.

b) Otro grupo de teorías trata de vincular los preceptos de naturaleza sustantiva con la idea del *merecimiento de pena* de un determinado hecho, reservando para el ámbito procesal aquellos preceptos que no influyen en la valoración de tal merecimiento, sino que se limitan a determinar de qué manera semejante hecho debe ser perseguido⁽²⁴⁾. Sin embargo, también este planteamiento se encuentra con el problema de la existencia de diversas figuras legales que, sin repercutir en la cuestión del merecimiento, pero sin estar tampoco relacionadas con las cuestiones de persecución, establecen que una conducta no debe ser castigada. El caso del perdón del ofendido puede ser, de nuevo, un buen ejemplo para mostrar los problemas de esta tesis.

c) Una tercera teoría, especialmente sugerente, es la planteada en su día por *Hilde Kaufmann*⁽²⁵⁾, que se basa en la idea de la *supresión mental del proceso*. Desde su punto de vista, para pronunciarse acerca de la naturaleza de una determinada previsión legal el intérprete debe preguntarse si un determinado hecho debería ser o no castigado en caso de que tal castigo pudiera imponerse sin el proceso. En otras palabras, se trata de que el intérprete elimine mentalmente la necesidad de proceso y se pregunte si el hecho, tal como ha sido cometido, debería ser o no castigado⁽²⁶⁾. La duda que plantea esta propuesta es si tal juicio hipotético es posible sin haber atribuido previamente a las figuras dudosas naturaleza sustantiva o procesal, así como la constatación de que en la práctica la sanción penal no es nunca realizable al margen de un proceso normativamente regulado.

d) Finalmente, ante las dificultades que plantean las anteriores teorías, algunos autores se declaran partidarios de la *imposibilidad de separar lo sustantivo de lo procesal*, entendiendo que existe una zona gris de imposible definición y confiando la resolución del problema que plantea la cuestión de la retroactividad a criterios distintos a la clasificación de los enunciados jurídicos que se encuentran en la zona limítrofe⁽²⁷⁾. De acuerdo con esta idea, lo importante es que una determinada institución y sus efectos estén contemplados en el sistema jurídico-penal y no

ción de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena» en Id. / Freund, G., (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Barcelona, Madrid, 2004, pp. 63-64.

(24) Sobre este punto de vista, PASTOR, D. R., «Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales», en AAVV, *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), 2001, p. 804.

(25) *Strafenspruch. Strafklagerecht*, Göttingen, 1968.

(26) Críticas a esta postura en MENDES DE CARVALHO, E., «Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática. Una crítica al sistema integral del derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07 (2005), p. 7.

(27) Al respecto sostiene, por ejemplo, GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, pp. 66-67, que «existen bastantes razones que inducen a pensar que no es posible separar nítidamente el Derecho penal del Derecho procesal en la medida en que hay instituciones en ambos sectores del ordenamiento que responden a los mismos criterios».

tanto el lugar (subsistema) donde se las ubica. Seguramente por este motivo, algunas propuestas teóricas sobre la cuestión renuncian a aislar un único criterio teórico de separación y consideran que, para resolver los problemas aplicativos que estas figuras suscitan, debe acudirse a razones distintas a su mero etiquetamiento clasificatorio⁽²⁸⁾.

Con todo, la renuncia a distinguir entre lo sustantivo y lo procesal plantea el problema de que quedan sin respuesta cuestiones no precisamente menores, como la que atañe a la competencia para legislar en aquellos sistemas políticos que atribuyen competencia en materia penal al poder legislativo nacional y procesal a los poderes provinciales, o en los que la naturaleza de la institución determina qué tribunal es el competente para pronunciarse sobre la concurrencia de sus presupuestos fácticos. Aunque solo sea por estas razones, no parece que la renuncia a proponer un criterio de distinción sea una respuesta satisfactoria, pues en determinados casos no queda otro remedio que distinguir.

En este punto para las posiciones más garantistas puede resultar muy fructífera la idea de *Daniel Pastor* de que el debido proceso es una condición objetiva de punibilidad abarcada por la prohibición de retroactividad en todo lo que afecte a las condiciones del castigo. En sus propias palabras, «no sólo los llamados presupuestos procesales, sino [que] todas las reglas procesales son componentes de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso»⁽²⁹⁾. Según este autor, «al igual que las reglas sobre tentativa o participación de la parte general extienden la tipicidad (y con ello la punibilidad) a situaciones no previstas por las figuras de la parte especial, la realización de un debido proceso es impuesta por el derecho constitucional como una condición general más para la procedencia de una pena legítima»⁽³⁰⁾.

Unas ideas que aparecen también reflejadas en algunos textos de *Georg Freund*, cuando sostiene este autor que las normas procesal-penales, en tanto que «condiciones de aplicación» del Derecho penal sustantivo, «se sitúan entre los fundamentos de la punibilidad»⁽³¹⁾. O en algunas afirmaciones de *Wolfgang Frisch*, quien afirma que «aquello que convierte algo en un delito no puede concretarse sin con-

(28) En este sentido, GILI PASCUAL, *La prescripción*, pp. 19-20, quien afirma que la importancia de la polémica sobre la ubicación de la presente figura debe ser «seriamente relativizada», dando la razón «a quienes actualmente tienden a negar que de ella quepa extraer consecuencias decisivas o incluso a valorarla como una mera cuestión académica».

(29) PASTOR, en *Nuevas formulaciones*, p. 807. Recientemente estos planteamientos parecen haber sido acogidos en España por DEMETRIO CRESPO, E., «Prescripción penal y Estado de Derecho», *Revista Penal*, 52 (2023), pp. 71-80. También coincide en defender un alcance amplio de la prohibición de retroactividad desfavorable en relación con las instituciones procesales OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad*, pp. 214-218.

(30) *Ibidem*, pp. 807-808.

(31) FREUND, G., «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», en J. Wolter / Id. (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Barcelona, Madrid, 2004, p. 107. Interesante también la observación de KUHLEN, L., «¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de un concepto material de delito?», *ibidem*, p. 150, cuando sostiene que «fragmentar el juicio de punibilidad en Derecho material y Derecho procesal resulta tan poco llamativo en términos lógicos como fragmentar el juicio de antijuricidad en tipicidad y causas de justificación».

siderar las instituciones procesales»⁽³²⁾. De hecho, en España una parte importante de la doctrina se muestra partidaria de extender al Derecho procesal penal las garantías propias del principio de legalidad, aunque no siempre se concreten los fundamentos teóricos de tal conclusión⁽³³⁾.

Partiendo de esta premisa, y tratando de desarrollar la propuesta de *Daniel Pastor*, la categoría dogmática de la punibilidad debería reformularse a partir de la constatación de que, en un sistema donde rige la garantía jurisdiccional, no tiene sentido concebir una punibilidad ideal más allá del proceso. Por tal motivo, la punibilidad no puede tener una naturaleza únicamente sustantiva, sino que, partiendo del lema de que «solo lo perseguible es punible», ha de ser necesariamente el punto de convergencia entre el Derecho sustantivo y el procesal y donde la teoría del delito encuentra un anclaje con la realidad que impide considerarla como una construcción meramente ideal. Lo plausible de esta perspectiva se advierte tan pronto como se cae en la cuenta de que, para considerar que un hecho es efectivamente punible, el juez no solo tiene que analizar la concurrencia de los enunciados sustantivos, sino también comprobar que se ha respetado el debido proceso. Solo si se cumplen ambas exigencias puede afirmarse que el hecho es *realmente punible*.

En este contexto resultan también muy aprovechables algunas de las ideas expuestas por *Jürgen Wolter*, quien distingue entre tres niveles de imputación jurídico-penal: el primero relativo al merecimiento de pena del injusto culpable («desvalor jurídico-penal»); el segundo, vinculado con la necesidad de pena del injusto culpable («responsabilidad»); y, el tercero, basado en la punibilidad del injusto culpable («imputación jurídico-política»)⁽³⁴⁾. En este tercer nivel se tienen en cuenta «por la vía de las condiciones objetivas de punibilidad o de las causas de exclusión de la punibilidad o de la pena o de las causas de levantamiento de la pena— o bien intereses extrapenales (intereses de política jurídica), o bien determinadas finalidades jurídico-constitucionales (así, por ejemplo, determinadas finalidades específicas de política jurídico-procesal)»⁽³⁵⁾.

Todas estas ideas permiten sentar una sólida base que permite defender la conclusión de que *poner la etiqueta de procesal o de sustantivo no debe ser el criterio determinante para decidir el presente dilema y, por tanto, el principio de legalidad puede extender sus efectos a todas aquellas figuras que, de un modo o de otro, desempeñan materialmente el papel de presupuesto de la sanción penal*. Por lo

(32) FRISCH, W., «Delito y sistema de delito», en J. Wolter / G. Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Barcelona, Madrid, 2004, p. 215.

(33) Por ejemplo, MARAVER GÓMEZ, M., «Capítulo V. Vigencia Temporal de la Ley Penal», en Lascraín Sánchez (coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, Madrid, 2019, p. 133. En general, sobre la vigencia temporal de las leyes que regulan las medidas cautelares penales PUJADAS TORTOSA, *Teoría general*, p. 182 ss.

(34) WOLTER, en *El sistema integral*, p. 36 ss.

(35) *Ibidem*, p. 36. Sin embargo, en el (muy complejo) planteamiento de este autor el proceso en su plenitud no forma parte de este tercer nivel (cfr. *ibidem*, pp. 37-38, en las que el denominado «sistema procesal penal» se presenta al margen de los tres niveles de imputación citados), como parece confirmar el hecho (*ibidem*, p. 46) de que mantenga la distinción entre punibilidad y perseguibilidad y que se afirme que «el Derecho penal, el Derecho procesal penal y el Derecho de la determinación de la pena constituyen tres niveles que deben ser claramente delimitados a pesar de la pretensión de unidad del sistema integral del Derecho penal».

demás, en España el artículo 9.3 CE proclama la irretroactividad no solo de las disposiciones sancionadoras no favorables, sino, en general, de todas las normas restrictivas de derechos individuales, lo que parece ampliable a las disposiciones procesales e invita a una lectura amplia del derecho a la legalidad, como la que se desprende de algunos pronunciamientos judiciales citados en las primeras pinas de este trabajo. En resumidas cuentas: *la atribución a la prescripción de naturaleza procesal no impone que, necesariamente, deba aceptarse la aplicación retroactiva de posibles reformas perjudiciales* en esta materia.

2. ¿LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTO?

Procede analizar ahora el argumento de que la seguridad jurídica amparada por la Constitución y los correspondientes convenios en materia de derechos humanos no garantiza a la persona investigada el tiempo de posible persecución. Ciertamente, no falta razón a quienes defienden tal idea al advertir que el período durante el que podrá ser efectivamente perseguido un delito es difícilmente calculable *a priori*, por cuanto el sujeto responsable nunca tiene seguridad acerca del momento en el que podrá iniciarse un procedimiento, ni tampoco respecto de los posibles avances o paralizaciones de la actividad procesal, con la influencia que ambas situaciones tienen sobre la prolongación de los plazos de prescripción en la mayoría de ordenamientos jurídicos⁽³⁶⁾.

Por otra parte, el sujeto que planifica un hecho sabiendo que su comportamiento es delictivo, pero confiando, debido a su minuciosa preparación, en que no será descubierto antes de que transcurra por completo el plazo de prescripción, parece ciertamente mucho menos merecedor de protección jurídica si se lo compara con quien realiza el mismo hecho convencido de que su actuación no será delito en absoluto. Con todo, parece exagerado comparar la esperanza que pueda tener el delincuente en que nunca será descubierto con la confianza en que su delito prescribirá pasado cierto tiempo, básicamente porque en este último caso el legislador ha fijado los plazos de prescripción claramente en la ley y, por tanto, dicha confianza cuenta con una base jurídica⁽³⁷⁾.

La jurisprudencia dominante –y, en particular, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– considera que del derecho fundamental a la legalidad penal se infiere la garantía de una aplicación de las normas penales que resulte previsible para el potencial infractor. Sin embargo, en este ámbito *el criterio de la previsibilidad* –del que han derivado avances importantes, como la necesidad de tener en

(36) Como afirma SANTANA VEGA, en *Muñagorri-LH*, p. 468, no se le puede proporcionar al autor de un delito «desde el inicio, ninguna expectativa de certeza o seguridad jurídica acerca de la concreción de un determinado plazo de prescripción». Más adelante señala esta autora (*ibidem*, p. 471) que «no existe un derecho a fugarse, a esconderse o a burlar la acción de la justicia durante el plazo de prescripción, una vez que se haya cometido el delito, a menos que este concluya».

(37) En tal sentido, OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad*, pp. 220-221, quien basa el fundamento de la prohibición de retroactividad en la seguridad jurídica, considera que, por tal motivo, no cabe aplicar de manera retroactiva modificaciones en materia de prescripción. A su juicio, «para que no sea imposible que las personas evalúen los riesgos penales de sus actuaciones y decidan si delinquen o no, es necesario que puedan saber durante cuánto tiempo el Estado puede perseguirlos criminalmente».

cuenta no solo la letra de la ley, sino también la jurisprudencia— *no parece aportar una solución inequívoca para el problema planteado en aquellos supuestos en los que el hecho todavía no ha alcanzado el plazo de prescripción cuando este es derogado o prolongado por una reforma legislativa*: desde luego en tales casos se frustran las expectativas que pudiera tener el sujeto, pero la duda es si tales expectativas son dignas de protección y tal duda no es resuelta de manera clara por la simple apelación a la seguridad jurídica.

Ciertamente este criterio puede al menos valer para rechazar la posibilidad de aplicación retroactiva cuando el plazo de prescripción se ha alcanzado de manera efectiva y existe una resolución judicial firme que así lo proclama. En tal caso puede resultar absolutamente impensable para cualquier ciudadano que dicha resolución declarando extinguida su responsabilidad sea dejada sin efecto un tiempo más tarde por una reforma posterior. Sin embargo, la respuesta ya no parece tan evidente cuando, como sucede a menudo, el plazo de prescripción se ha alcanzado materialmente, pero no existe ninguna resolución que lo proclama, sencillamente porque el hecho no ha llegado a conocimiento de la administración de justicia. ¿Por qué en estos casos el tratamiento debe ser distinto al de aquellos en los que todavía no se ha alcanzado la prescripción cuando se produce la reforma? El criterio de la previsibilidad (o de la protección de la seguridad jurídica) tampoco parece estar en condiciones de ofrecer una respuesta clara para dicha cuestión⁽³⁸⁾.

V. LA GARANTÍA DE OBJETIVIDAD COMO POSIBLE SOLUCIÓN

Algo más clara parece la respuesta si no solo se vincula el principio de legalidad con la garantía de seguridad jurídica y si se incorpora también la idea según la cual dicho principio contribuye a la función del Derecho penal asegurando la confianza de los ciudadanos en la objetividad del sistema de justicia penal. Desde este punto de vista, el fin de la legalidad no es solo garantizar cierta previsibilidad al potencial delincente, sino asegurar a la sociedad en general que el sistema no cambiará su respuesta *ad hoc* a la vista de un caso particularmente grave o difícil. Como sostiene *Günther Jakobs*, el objeto de la sujeción del juez a la ley es «garantizar la objetividad», esto es, asegurar que «el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general». A juicio de este autor, «el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (o al establecer un cálculo de la prescripción que suponga prolongarla, o al facilitar la interrupción de la prescripción etc.) amplía su competencia para punir (...) bajo la impre-

(38) Con todo, conviene señalar la existencia en Alemania de una corriente doctrinal minoritaria (a la que alude GARRO CARRERA, *Paso del tiempo*, pp. 57-61, con las referencias oportunas) que considera la prescripción en sí misma como un derecho humano vinculado con los artículos 5, 6, 7 y 8 CEDH. Como es obvio, para semejante planteamiento no cabe aceptar de ningún modo la posibilidad de aplicación retroactiva desfavorable a la persona investigada.

sión de hechos ya sucedidos, pero aun por enjuiciar», lo que resulta contrario a la citada garantía⁽³⁹⁾.

Las dudas sobre la objetividad de las autoridades que puede suscitar en los ciudadanos el hecho de que las «reglas del juego» en materia penal se vean alteradas *a posteriori* parecen justificadas tanto en aquellos supuestos en los que pasa a considerarse delito aquello que inicialmente no lo era, como cuando se modifica un plazo de prescripción con el objetivo más o menos declarado de que determinada conducta o grupo de conductas no puedan beneficiarse de una impunidad que tenían cada vez más cercana en el tiempo o que habían alcanzado incluso. Lo mismo valdría, *mutatis mutandis*, si se eliminara la exigencia de denuncia para perseguir determinados delitos; o si, ante determinados hechos ya cometidos, el legislador reformara la legislación procesal para facilitar el poder poner en prisión provisional a sus presuntos autores.

Cuando un hecho especialmente desagradable se declara prescrito, aunque ya haya entrado en vigor una ley de reforma de la prescripción con posterioridad a su comisión, se refuerza la percepción de objetividad del sistema de justicia penal, aunque sea al precio de evitar el castigo de un hecho que probablemente lo merecería. Según *Jakobs*, renunciando en algunos casos al castigo el Estado contribuye a afianzar su autoridad. Tal vez esta tesis ayude a entender también, por ejemplo, por qué no deben aplicarse retroactivamente aquellos cambios de jurisprudencia que resultan desfavorables para una persona procesada: no tanto por lo que el sujeto pueda haber previsto o dejado de prever (seguramente la mayoría de acusados no habrán previsto nada), sino porque cuando, ante un determinado caso, los tribunales cambian de criterio se transmite el mensaje de falta de objetividad o, si se prefiere, de desigualdad en el trato⁽⁴⁰⁾.

Si se admite este fundamento adicional del principio de legalidad –ya sea de manera alternativa o cumulativa a la fundamentación tradicional, basada en la seguridad jurídica– se encuentran razones más sólidas para oponerse a una aplicación retroactiva de posibles ampliaciones o eliminaciones de los plazos de prescripción aplicables a determinados delitos. Así, impidiendo que los plazos de prescripción se amplíen *a posteriori* se conjuran los riesgos que la aplicación retroactiva tiene para los derechos fundamentales y para el adecuado cumplimiento de la función del sistema penal.

VI. CONCLUSIONES

Como colofón a las anteriores pinas cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en España han alcanzado la solución más acertada: la eliminación o ampliación legal de los plazos de prescripción no debe aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a la reforma, se haya alcanzado o no el concreto plazo

(39) *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., 1991, Madrid, 1995, p. 83 y p. 115. Asimismo, sobre el planteamiento de este autor OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad*, p. 97 ss y p. 127 ss, en sentido crítico.

(40) Esta es la conclusión que deriva de resoluciones como la STEDH del caso «Del Río Prada v. España» de 21 de octubre de 2013.

de extinción de la responsabilidad criminal. Esta solución no solo es más garantista, sino que puede contribuir a afianzar la confianza de los ciudadanos en la objetividad del sistema penal, aunque sea a costa de no castigar hechos merecedores de sanción. Esta última dimensión, por añadidura, puede contribuir asimismo a justificar la conveniencia de rechazar la aplicación retroactiva de instituciones tradicionalmente caracterizadas como procesales como, por ejemplo, la prisión provisional o las cláusulas de jurisdicción.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal», *Revista de Derecho Procesal*, 1997-2, pp. 281-319.
- BÖCKENFÖRDE, E-W., «Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 91 (1979), pp. 888-901.
- BONET ESTEVA, M., «Sobre la prescripción como instrumento de lucha contra los abusos sexuales infantiles (a propósito del proyecto de Ley Orgánica 121/000022 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia)», en Pérez Machío / De la Cuesta Arzamendi (dirs.), *Contra la política criminal de la tolerancia cero: libro-homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Cizur Menor, 2021, pp. 323-338.
- CABEZAS CABEZAS, C., «Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores», *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXII (2019), pp. 275-294.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, vol. I. «Introducción», 5.^a ed., Madrid, 1996.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 488 (2001), pp. 1-6.
- DEMETRIO CRESPO, E., «Prescripción penal y Estado de Derecho», *Revista Penal*, 52 (2023), pp. 71-80.
- ESER, A./BURKHARDT, B., *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, 1992, trad. española a cargo de S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, Madrid (Colex), 1995.
- FLETCHER, G. P., *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. española a cargo de F. Muñoz Conde, Valencia, 1997.
- FREUND, G., «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», trad. española a cargo de R. Ragués i Vallès, en Wolter, J. / Freund, G. (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Barcelona, Madrid, 2004, pp. 92-128.
- FRISCH, W., «Delito y sistema de delito», trad. española a cargo de R. Robles Planas, en Wolter, Jürgen / Freund, Georg (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Barcelona, Madrid, 2004, pp. 193-280.
- GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997.
- GARRO CARRERA, E., *Paso del tiempo y respuesta penal. Derecho comparado y propuestas de lege ferenda para la regulación española*, Valencia, 2023.
- GIL GIL, A., «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en Cuerda Riezu / Jiménez García (coords.), *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional*, 2009, pp. 391-410.

- GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho Penal*, Pamplona, 2001.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la República Federal de Alemania (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, pp. 216-222.
- GÓMEZ COLOMER, J-L., *Constitución y proceso penal*, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho Penal*, Madrid, 2003.
- HÖRNLE, T./KLINGBEIL, S./ROTHBART, K., *Sexueller Missbrauch von Minderjährigen: Notwendige Reformen im Strafgesetzbuch*, dictamen emitido en 2014 para la Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs, Berlín, disponible en <https://csl.mpg.de/de/publikationen/sexueller-missbrauch-von-minderjaehrigen/>.
- JÄGER, C., «Grund und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips im Strafprozessrecht», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 615-628.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., 1991, trad. J. Cuello y J. L. Serrano, Madrid, 1995.
- KAUFMANN, H., *Strafanspruch. Strafklagerecht*, Göttingen, 1968.
- KUHLEN, L., «¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de un concepto material de delito?», trad. española a cargo de P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez, en Wolter, J. / Freund, G. (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Barcelona, Madrid, 2004, pp. 129-152.
- LAMARCA PÉREZ, C., «Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el Caso Scilingo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 34 (2007), pp. 69-77.
- MAIER, J. B. J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2.^a ed., 3.^a reimp., Buenos Aires, 2004.
- MARAVÉR GÓMEZ, M., «Capítulo V. Vigencia Temporal de la Ley Penal», en Lascuraín Sánchez (coord.), *Manual de Introducción al Derecho penal*, Madrid, 2019, p. 119-138.
- MENDES DE CARVALHO, É., «Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática. Una crítica al sistema integral del derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07 (2005), pp. 1-29.
- MENDOZA CALDERÓN, S., «La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: el caso Scilingo», *Revista de Estudios de la Justicia*, 6 (2005), pp. 85-113.
- OLIVER CALDERÓN, G., *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Santiago de Chile, 2007.
- «Retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre suspensión o sustitución de las penas», *InDret*, 4/2023, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, pp. 328-334.
- PASTOR, D. R., «Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales», en AAVV, *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), 2001, pp. 793-822.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., «Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2008, pp. 199-235.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., «En defensa de la prescripción del delito: una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-30 (2022), pp. 1-35.
- PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

- PULITANÒ, D., «Il nodo della prescrizione», *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista trimestrale*, 1/2015, pp. 20-31.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., «La prescripción de los abusos sexuales infantiles. ¿Ni olvido ni perdón?», *Cuadernos de Política Criminal*, 132 (2020), pp. 67-90.
- *La prisión provisional como ultima ratio*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2023.
- SANTANA VEGA, D. M., «La retroactividad de los plazos de prescripción penal (especial referencia a los delitos de corrupción)», en Pérez Machío *et al.* (dirs.), *Contra la política criminal de tolerancia cero: libro-homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Cizur Menor, 2021, pp. 457-471.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «¿Es la custodia de seguridad una pena?», *InDret*, 2/2010, editorial.
- WOLTER, J., «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», trad. española a cargo de G. Benlloch Petit, en Id. / Freund, G. (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Barcelona, Madrid, 2004, pp. 31-89.