

## CRONICAS EXTRANJERAS

### La prolongación del plazo de prescripción para asesinato en la Republica Federal de Alemania. (Breve comentario y traducción de la toma de posición del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Hamburgo).

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

I. El § 67 del Código penal alemán vigente señala para el asesinato un plazo de prescripción de veinte años (1). Como hasta el 8 de mayo de 1945, el día de la capitulación, los crímenes de guerra cometidos por los nacionalistas no habían sido perseguidos, por razones obvias, por los tribunales de la Alemania hitleriana, se consideró que era en esa fecha cuando había empezado a correr, realmente, el plazo de prescripción. Ello suponía que el 8 de mayo de 1965 habrían prescrito los asesinatos cometidos durante el Tercer Reich, a excepción de aquellos cuyo plazo hubiera sido interrumpido por acciones judiciales. (Por supuesto que los homicidios y las lesiones han prescrito hace ya tiempo; por eso, actualmente basta con demostrar que los hechos cometidos por el procesado constituyeron homicidios y no asesinatos —lo que las defensas consiguen con relativa frecuencia— para que el delincuente quede impune.) Siempre que ha sido posible se han interrumpido, mediante los actos judiciales pertinentes, los plazos de los asesinatos de los que se ha tenido conocimiento. Pero como hasta hace muy poco los fiscales alemanes no habían podido examinar el material que se halla en los países comunistas y como, por otra parte, cada nuevo proceso contra criminales nazis pone al descubierto nuevos asesinatos, todos aquellos de los que se tenga conocimiento después del 8 de mayo de este año —y se teme que serán bastantes— habrían prescrito, no siendo posible interrumpir entonces un plazo ya consumido.

1. Había, en principio, dos soluciones. Primera: Prolongar el plazo de prescripción. Segunda: No prolongarlo.

Las opiniones en Alemania estaban, y siguen estando, divididas. Partidarios de la *segunda solución* no son sólo los elementos de la extrema derecha, sino también numerosos políticos y juristas reconocidamente demócratas; muchos de ellos, incluso, víctimas de la persecución nazi. El partido liberal, por ejemplo, se declaró a favor de la no prolongación. ¿Por qué?

---

(1) Sobre la prescripción de los crímenes nacionalsocialistas, cfr. entre las obras recientes y con numerosas indicaciones bibliográficas: Adolf Arndt: «Zum Problem der strafrechtlichen Verjährung», en *Juristenzeitung* 1965, fascículo 5-6, págs. 146-149; Ulrich Klug: «Die Verpflichtung des Rechtsstaates zur Verjährungsverlängerung», en *Juristenzeitung* 1965, fascículo 5-6, págs. 149-153.

Porque consideró que prolongar el plazo representaría una lesión del principio de legalidad: Al tiempo de la comisión de los hechos regía el plazo de prescripción de veinte años; prolongarlo —argumentan los liberales— sería introducir posteriormente una ley desfavorable al reo y aplicarla con efectos retroactivos. Esto es algo, dicen, que contradice el principio —consagrado en el Código penal y en la Ley Fundamental de la irretroactividad de las leyes penales.

En resumen: En contra de la prolongación del plazo de prescripción para asesinato se han pronunciado, junto a los partidarios más o menos velados del Régimen nacionalsocialista, otro sector, numeroso e importante, a quien repugna adoptar una solución que, en su opinión, viola el principio de legalidad; principio que, como es sabido, constituye uno de los pilares del Derecho penal moderno y cuya no observancia por parte precisamente del nacionalsocialismo ha sido objeto de las más duras críticas.

2. Entre los partidarios de la *prolongación del plazo* existen tres posiciones.

Arndt, el excelente jurista socialdemócrata, propone elevar el plazo de prescripción a treinta años; en su opinión, sin embargo, ello vulnera el principio de legalidad y, por ello, es necesario, al mismo tiempo, modificar la Ley Fundamental introduciendo una excepción a dicho principio.

Las otras dos posiciones, dentro de esta segunda solución, parten de la misma base: la prolongación del plazo no representa una violación del dogma de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables.

Para el diputado cristianodemócrata Benda bastaría con extender el plazo a treinta años, sin que haya necesidad de modificar la Ley Fundamental.

La tercera posición, dentro de los que abogan por la persecución de los asesinatos después del 8 de mayo de 1965, corresponde al ex Canciller Adenauer. En su opinión, no hace falta reformar ni la Ley Fundamental ni el plazo de prescripción de veinte años señalado en el Código Penal vigente. El plazo de prescripción, piensa Adenauer y los que son de su opinión, no empezó a correr al día de la capitulación, sino el 1 de enero de 1950: pues es entonces cuando los tribunales alemanes comenazaron a funcionar normalmente, hasta entonces habían estado obstaculizados para la persecución de los crímenes nacionalsocialistas.

En el Gobierno Federal de Erhard —una coalición de cristianodemócratas y liberales— triunfó, en principio, la tesis de los segundos, defendida por el Ministro de Justicia, Bucher, del partido liberal; éste consiguió vencer a la mayoría de los miembros del Gabinete de que razones jurídicas tan fundamentales como la incompatibilidad del dogma constitucional de la legalidad con la pretendida prolongación del plazo de prescripción se oponían a la reforma.

3. La toma de posición del Gobierno agudizó la polémica. Pocos días antes del trascendental debate del Bundestag de 10 de marzo de 1965, el filósofo, profesor Karl Jaspers, hizo unas declaraciones sobre la cuestión que, en opinión de muchos, tuvieron una decisiva influencia sobre los parlamentarios alemanes.

Para Jaspers hay que distinguir, desde un punto de vista moral, entre crímenes de guerra y crímenes contra el género humano (2). Crímenes de guerra son los cometidos durante el desarrollo de un conflicto bélico. Se trata aquí de acciones guerreras injustificadas, caracterizadas por su extrema e innecesaria crueldad; pero, en definitiva, de acciones guerreras. Los crímenes de guerra, entre los que Jaspers incluye expresamente el bombardeo de Dresden y el lanzamiento de la bomba atómica sobre Hiroshima, son hechos horribles, pero no representan nada nuevo en la historia de los pueblos: rara es la guerra en la que no se han cometido delitos.

Distinta es la situación en los crímenes contra el género humano. Estos, en opinión del fundador del existencialismo alemán, no deben prescribir nunca. El intento hitleriano de exterminar la raza judía representa algo nuevo en la historia. En palabras de Jaspers, los crímenes contra el género humano "significan, fundamentalmente, el cumplimiento de la sentencia pronunciada contra otro grupo de hombres, contra un pueblo, de que no debe vivir en la tierra. El que exige esta sentencia y la ejecuta es un criminal contra el género humano. Estos hechos han sucedido y han sido dirigidos contra judíos, gitanos y débiles mentales... Nadie tiene derecho a sentenciar que un grupo étnico no debe seguir existiendo. El que en base a esta sentencia lleva a cabo, mediante una organización, el exterminio de pueblos y toma parte en él hace algo fundamentalmente distinto de todos los delitos que ha habido hasta ahora. Actúa contra un principio que tiene su fundamento en el ser persona, en el reconocimiento del hombre como tal. Y porque lo hace tiene que regir respecto de él: con hombres que llevan tales cosas a cabo, la Humanidad, a la inversa, no puede convivir".

Jaspers pedía la no prescripción de los crímenes nacionalsocialistas y dirigiéndose a los diputados, declaraba: "El pueblo alemán dirige la mirada a su Parlamento. ¿Es éste su Parlamento o no lo es?" Hasta aquí los antecedentes inmediatos. El Bundestag decidió prolongar el plazo de prescripción para asesinato, y, de entre las tres propuestas, se inclinó por la de Adenauer; esto es, por la de señalar la fecha del 1 de enero de 1950 como la del comienzo del plazo de prescripción. Se sigue manteniendo el plazo de veinte años y, en consecuencia, los asesinatos prescribirán el 1 de enero de 1970. No se ha considerado necesario modificar la Ley Fundamental.

II. La cuestión de si esta resolución del Parlamento alemán viola o no el principio de legalidad y, con ello, la Ley Fundamental de Bonn, es algo de lo que, casi con seguridad, va a tener que ocuparse el Tribunal Constitucional alemán en un futuro próximo.

De extraordinario interés, dentro de esta conexión, es la toma de posición del Seminario de Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Hamburgo. Fue redactada antes de la resolución del Bundestag y a raíz de la declaración del Gobierno Erhard en el sentido de que una prolongación del plazo de prescripción para asesinato violaría el principio de legalidad. El dictamen de los juristas hamburgueses es un estudio estrictamente

---

(2) Según la terminología de Jaspers, los crímenes de guerra son crímenes contra la humanidad (*Menschlichkeitsverbrechen*), pero no crímenes contra el género humano (*Menschheitsverbrechen*).

jurídico sobre si existe esta violación o no, quedando al margen de él todos los problemas políticos, morales y de otro tipo que plantea el tema de la prescripción de los crímenes de guerra. Este informe fue publicado el 5 de febrero de 1965 en el semanario "Die Zeit"; se traduce al castellano con la autorización de sus autores:

*Toma de posición del Seminario de Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Hamburgo*

"El Gobierno Federal ha decidido mantener el punto de vista de que una prolongación de los plazos de prescripción para asesinato que están corriendo es incompatible con la Ley Fundamental y con el principio del Estado de Derecho; considera, pues, inadmisibles la persecución de delitos nacionalsocialistas después del 8 de mayo de 1965, a no ser que la prescripción haya sido interrumpida a tiempo por acciones judiciales, en cuyo caso el plazo de prescripción empieza a correr de nuevo desde un principio. Este es el motivo por el que después del 8 de mayo de 1965 se celebrarán aún numerosos procesos contra criminales nacionalsocialistas.

La cuestión que se plantea es la de si al legislador le es dado prolongar el plazo de prescripción que está corriendo y alcanzar, así, que puedan seguir siendo perseguidos delitos de los que hasta ahora no se ha tenido suficiente conocimiento y en los que, por consiguiente, ya no es posible una interrupción de la prescripción.

Para decidir esta cuestión lo primero que tiene que hacer el jurista es buscar regulaciones legales expresas. Para el ámbito del Derecho penal, encuentra en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental una disposición que se ocupa de la situación jurídica del autor, para quien al tiempo de la comisión del hecho regía una ley más favorable que al tiempo de su enjuiciamiento. La disposición tiene el siguiente tenor:

*'Un hecho sólo puede ser castigado si la punibilidad había sido dispuesta legalmente antes de que el hecho fuese cometido'*

Este precepto formula un principio que es considerado actualmente un elemento indispensable del Estado de Derecho. El sentido de este principio es el siguiente: El autor no debe ser castigado conforme a una ley que al tiempo del hecho no regía todavía, pues la misión de la ley penal consiste, también, en procurar al ciudadano claridad sobre cuáles son las acciones que el ordenamiento jurídico considera merecedoras de castigo. El ciudadano ha de atenerse a estas valoraciones; pero también debe poder confiar en ellas.

La cuestión que ahora se plantea es: ¿Pertenece a la 'punibilidad' en el sentido del artículo 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el plazo de prescripción previsto en la ley? Según la opinión casi unánime de los juristas

es esto algo que depende de si la prescripción ha de ser considerada una institución del Derecho 'material' o del 'procesal':

Sería de Derecho material si se pudiera decir que la necesidad de castigo de una acción va palideciendo paulatinamente con el transcurso del tiempo y que, finalmente, desaparece por completo en un determinado momento, a saber: cuando ha corrido el plazo de prescripción.

Sería de Derecho procesal si hubiera de ser considerada simplemente un obstáculo a la persecución del delito creado por el legislador en base a consideraciones que no afectan a la necesidad de castigo del hecho: por ejemplo, porque las dificultades de prueba son demasiado grandes después de tanto tiempo, o porque —en cuanto que los hechos han sido olvidados— no debe ser perturbada de nuevo la paz social que el tiempo ha creado.

En favor de la concepción 'material' parece abogar, a primera vista, el hecho de que los plazos de prescripción están escalonados; es decir, que son breves para los hechos leves y largos para los graves. Pero es posible demostrar de tres maneras que, en definitiva, este punto de vista no es decisivo:

1. Que si la necesidad de castigo del asesinato desapareciese después de veinte años —una vez que ha corrido el plazo de prescripción— entonces no sería posible justificar la reclusión perpetua (3). El asesino que es atrapado inmediatamente después del hecho y condenado, y que ha cumplido una gran parte de la condena —tal vez veinte años—, no es en ese momento más merecedor de castigo que el autor que ha conseguido sustraerse a la persecución; y, sin embargo, aquél debe seguir cumpliendo la condena.

2. La posibilidad de interrumpir el plazo de prescripción mediante acciones judiciales habla también en contra de que el orden jurídico considere la prescripción como una extinción de la necesidad de castigo. Pues no es posible que dependa de una acción procesal formal, cuyo efecto es el de que el plazo de prescripción vuelva a correr desde un principio, el que el hecho siga siendo o no merecedor de pena durante otros veinte años.

3. Por último, podría mencionarse que el Proyecto de un nuevo Código penal de 1962 eleva el plazo de prescripción para asesinato de veinte a treinta años; ello se ha hecho para tener en cuenta, así, las 'experiencias de la praxis', y no porque se considere, de repente, que la necesidad de castigo del asesinato se ha convertido en 'más duradera'.

Por consiguiente, si se parte de que la prescripción crea sólo un obstáculo a la persecución del delito —y en este sentido se ha expresado inequívocamente el Bundesgerichtshof (cfr. la sentencia de 22 de abril de 1952, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, tomo 2, págs. 305 y siguientes.)—, la elemental consecuencia jurídica que de ahí deriva es que el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental no se opone a una prolongación de los plazos que están corriendo. El Derecho procesal, 'según una jurisprudencia y una doctrina unánimes y constantes' (así el Bundesverfassungsgericht el 31 de mayo de 1960, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, tomo 11, pág. 146), es aplicable, desde el momento de su entrada

(3) Esta es la pena que señala el Código Penal alemán para el asesinato (N. del T.).

en vigor, a los procesos pendientes, esto es: a aquellos que afectan a un hecho cometido anteriormente.

Esta consecuencia no es sólo el resultado de una operación de cálculo jurídico-formal, sino que tiene también un fundamento material. El interés del autor de que permanezcan los plazos de prescripción que regían al tiempo de su delito no es digno de protección. Al contrario de lo que sucede con la punibilidad (es decir, con el precepto que prohíbe con una pena un determinado comportamiento), no parece que la mayor o menor extensión del plazo de prescripción pueda motivar el comportamiento de aquél. Y si el asesino ha considerado en el momento del hecho que quedará impune si consigue sustraerse a la persecución hasta que haya corrido el plazo, nada le impide hacerlo, pero el orden jurídico no tienen ningún motivo para no defraudarle en este cálculo. En cualquier caso, tiene que contar, además, con que en todo momento el plazo de prescripción puede ser interrumpido por una acción judicial, que ni siquiera hace falta que llegue a su conocimiento. Por ello no puede tampoco quejarse si el plazo de prescripción es prolongado por un acto legislativo general.

Es cierto, sin embargo, que el autor puede esperar una cosa: que con el cumplimiento del plazo de prescripción termine definitivamente el asunto, esto es, que no pueda volver a ser objeto de persecución, retroactivamente, después de que se halla producido la prescripción. El autor a quien según el orden jurídico vigente no se le puede perseguir no debe volver a convertirse en perseguible, de repente, en virtud de una reforma legal. Constituye un elemento de la paz jurídica el que el autor pueda volver a moverse libremente y con seguridad después de que se haya producido la prescripción. En tanto en cuanto, rige también para el ámbito de las disposiciones prescriptivas la prohibición de retroactividad; pero esta prohibición sólo excluye la prolongación posterior de plazos de prescripción que ya se han cumplido.

Queda por resolver la cuestión de cuáles son los hechos punibles sobre los que podría pronunciarse la prolongación. El Gobierno Federal presentó, ya en 1960, su Proyecto de Código Penal que fija en treinta años el plazo de prescripción para los hechos punibles amenazados con reclusión perpetua. Conforme a la opinión jurídica dominante, que hemos expuesto más arriba, si este Proyecto se hubiera convertido ya en ley, los plazos de prescripción que actualmente están corriendo hubieran sido abarcados por ella, y, por consiguiente, los crímenes nacionalsocialistas seran perseguibles hasta el 8 de mayo de 1975. Pues bien, en el caso de que se considere que ello es necesario, existe una medida apropiada para evitar la prescripción el 8 de mayo de 1965: anticipar esta regulación del Proyecto. También otras disposiciones del Proyecto —por ejemplo, las referentes a la privación del carnet de conducir— han sido introducidas anticipadamente, por su especial urgencia, en el Derecho penal vigente.

Separar los asesinatos nacionalsocialistas, para prolongar sólo respecto de ellos —y no respecto de otros asesinatos— el plazo de prescripción, parece peligroso; pues en el Estado de Derecho los casos iguales deben ser tratados de forma igual (artículo 3 de la Ley Fundamental). El que haya sido la existencia de asesinatos nacionalsocialistas no prescritos la que haya inducido a

pensar en una anticipación legal de la prolongación de la prescripción para todos los asesinatos, no convierte a esta anticipación en arbitraria. Más del 90 por 100 de los asesinatos que llegan a ser conocidos son esclarecidos rápidamente por la Policía; y los casos en los cuales veinte años después del hecho se sabe tan poco de éste y del autor que la prescripción no puede ser interrumpida a tiempo, sólo muy raras veces son esclarecidos posteriormente. Si sólo fuese por estos pocos casos, no existiría un interés público en introducir, ya ahora —es decir, antes que otras asimismo deseadas reformas del Derecho penal—, el plazo de 30 años. Pero si el Bundestag llega a la conclusión de que existe un interés público en poder perseguir, después del 8 de mayo de 1965, aquellos asesinatos nacionalsocialistas que hasta esa fecha no han sido lo suficientemente esclarecidos como para poder interrumpir el plazo, ello parece entonces un motivo absolutamente legítimo para acelerar esta reforma de los plazos de prescripción.

Es correcto, y es, además, una buena cosa, que nuestra época se haya hecho más sensible por lo que afecta a la violación de los principios del Estado de Derecho. Cada vez es más frecuente que se contemplen las leyes y las medidas de las autoridades desde el punto de vista de si contienen un efecto retroactivo prohibido o de si tratan desigualmente lo que es igual o de si, por algún otro motivo, son arbitrarias. Pero ello sucede siempre, o por lo menos, debería suceder, examinando cuidadosamente la situación de hecho que se da en el caso concreto. Mediante la mera aplicación de fórmulas generales, como la del Estado de Derecho, la de la prohibición de retroactividad, la de la prohibición de ampliar el poder punitivo del Estado, no puede hallarse la solución justa.

Los abajo firmantes no ven ninguna otra objeción jurídica contra la prolongación de los plazos de prescripción que están corriendo y, conforme a lo aquí expuesto, la consideran admisible (por lo que al profesor Sieverts se refiere, abandonando, con ello, puntos de vista jurídicos que anteriormente había expresado). Opinan también que tales objeciones sólo pueden ser tenidas en cuenta si son fundamentadas más detalladamente de lo que han sido hasta ahora.

Esta toma de posición ha sido elaborada por: *Richard Bärwinkel*, Priv. Doz. Dr. *Anne-Eva Brauneck*, Prof. Dr. *Heinrich Henkel*, Dr. *Peter Holtappels*, Dr. *Herbert Jäger*, *Gerhard Meyer-Gerhards*, Prof. Dr. *Eberhard Schmidhäuser*, Dr. *Horst Schüler-Springorum*, Prof. Dr. *Rudolf Sieverts*."