

DERECHO Y OLVIDO: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

CARLOS EYMAR ALONSO
Coronel Auditor

SUMARIO

EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN. EL OLVIDO Y EL PERDÓN COMO FUNDAMENTOS DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. LAS INSTITUCIONES JURIDICAS DEL OLVIDO Y EL PERDÓN. LA PRESCRIPCIÓN Y LO IMPRESCRIPTIBLE. POR UNA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE TERRORISMO.

La muerte en atentado terrorista del General Querol, junto a su escolta y el conductor, que nos reúne en este número de homenaje de la Revista Española de Derecho Militar, ha constituido para mí un acicate para una reflexión en torno a determinados aspectos ligados al delito de terrorismo. Todo homenaje póstumo implica necesariamente una rememoración, un intento de hacer revivir al difunto mediante la actualización de algunos pasajes biográficos o del tratamiento de determinados temas a los que el homenajeado se sintió especialmente próximo a lo largo de su vida. En esta línea, mi trabajo se va a centrar en el hecho singular de la muerte del General Querol en atentado terrorista, es decir, en su condición de víctima del terrorismo. Ante la irracionalidad y el absurdo que representa una acción terrorista en general y la de la ETA en particular, la reacción inmediata de los familiares de la víctima, aparte del profundo dolor, es la de un irrefrenable deseo de que se haga justicia. Si la pérdida de un ser querido es siempre irreparable, el hecho de que se detenga inmediatamente a los culpables, se los juzgue y se les prive de libertad, si no consuelo, proporciona una mínima satisfacción. Por desgracia no siempre es así. La comisión de un delito inicia un lapso de tiempo, un triple proceso que es interpretado diversamente según se considere el punto de vista del delincuente, del ofendido y del derecho estatal. El terrorista, normalmente recalcan-

te, buscará por todos los medios, tras un atentado, ocultarse y sustraerse a la acción de la justicia para continuar asesinando. Los más allegados a la víctima iniciarán tras el atentado un doloroso trabajo de duelo para poder seguir viviendo. El Estado intentará llevar a la práctica su *ius puniendi* a través de todos sus medios policiales y judiciales, perseguir al culpable y condenarlo. Ahora bien, en el caso de que, conforme a lo previsto en el artículo 131 del Código Penal, transcurran 20 años sin haber detenido al culpable, éste quedará libre en virtud del instituto de la prescripción del delito. Las páginas que siguen constituyen unas breves consideraciones en torno a este hecho.

EL FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Los historiadores suelen situar en la Roma de Augusto, las primeras manifestaciones del principio de la prescripción del delito. La *lex Julia de adulteriis* (18 a.d. C) introdujo la prescripción por un plazo de 5 años para el estupro, el adulterio y el lenocinio. Más tarde, en la época de los grandes jurisconsultos, surge la prescripción de la acción penal en los *crimina publica* a los veinte años, con excepción del parricidio y de la apostasía que se declararon imprescriptibles. Muchas de estas acciones, por disposición de Teodosio II, quedaron sometidas a una prescripción de 30 años ¹. En líneas generales, el Derecho medieval inspirado por el Derecho Romano acogió la prescripción del delito. No así el derecho inglés que rechazó el Derecho Romano y con él el instituto de la prescripción penal. En los Estados alemanes, también abiertos a la influencia jurídica de Roma, la prescripción penal acabó aceptándose en los siglos XVI y XVII ². Finalmente, la influencia napoleónica hizo que, tras ser recogida en el Código francés de Instrucción criminal de 1808, la prescripción pasara a ser una institución casi universalmente reconocida ³.

El fundamento de esta larga tradición histórica no ha ahorrado matices y polémicas en la doctrina penal desde el siglo XVIII. En 1764, Beccaria, en *De los delitos y de las penas*, se muestra en general favorable a la pres-

¹ Vid. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Tomo I, Vol. 2, Barcelona, Bosh, 1981, pág. 788 y E. PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1982, cit. Por L. MORILLA CUEVAS, Voz "Prescripción del delito y de la pena" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, 1993. De este mismo autor vid. *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Granada, 1981 y MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, cit. Por CUELLO CALÓN, *Op. Cit.*, pág. 788.

² Vid. MORILLA CUEVAS, *Op. Cit.*, pág. 171.

³ CUELLO CALÓN, *Op. Cit.*, pág. 788.

cripción. Según él, las leyes deben fijar plazos para la práctica de las pruebas y no deben dejar al arbitrio del juez la determinación de cuál sea el tiempo necesario para probar el delito. “Igualmente –subraya Beccaria– aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna a favor del reo que se ha sustraído con la fuga; pero los delitos leves y no bien probados deben librar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano; porque la oscuridad en que se hallan confundidos por largo tiempo quita el ejemplo de impunidad, quedando en tanto el reo en disposición para enmendarse”⁴. En cuanto a los plazos concretos de prescripción se remite Beccaria a las circunstancias sociales de cada momento, si bien ofrece un interesante criterio para clasificar la gravedad de los delitos. Aquellos delitos que afectan a la vida que es un derecho que tiene su fundamento en la naturaleza, son consideradas más graves y atroces que aquellos otros delitos que afectan a derechos con fundamento en las convenciones de la sociedad. Los delitos atroces deben ser juzgados rápidamente a fin de que la prontitud de la pena pueda poner freno al delito. Pero, al mismo tiempo, el plazo de prescripción debe aumentar si se quiere evitar el grave daño que ocasiona la impunidad del delito. Si un acusado se ha librado por falta de pruebas, debe volver de nuevo a prisión si aparecieran nuevos indicios de su culpabilidad hasta tanto haya pasado el tiempo de la prescripción del delito⁵.

Por su parte Bentham reconoce que en la cuestión de la prescripción del delito existe una gran arbitrariedad tanto en la elección de los delitos que deben gozar del privilegio del perdón como en el número de años que deben pasar antes de gozar de este privilegio⁶. Admite Bentham que el perdón por el paso del tiempo puede tener lugar sin dificultad en los delitos de temeridad y negligencia en los que está ausente la mala fe. El perdón por el transcurso del tiempo hacia quien ha cometido un acto negligente es bueno para él y no es malo para nadie. Lo mismo podría decirse con respecto al perdón de delitos que no se han consumado. En esos casos, en el intervalo que va desde la tentativa hasta el transcurso definitivo del plazo de prescripción, el delincuente teme la pena, sufre y acaba por reformarse. Otra cosa son los delitos mayores: una adquisición fraudulenta, un estupro violento etc. “Sería odioso, sería funesto –dice Bentham– el per-

⁴ C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza, 1968, Capítulo 30.

⁵ *Ibid.*, pág. 85.

⁶ J. BENTHAM, *Tratados de Legislación Civil y penal*, ed. Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, Editora Nacional, 1981, pág. 300.

mitir que pasado un cierto tiempo pudiese la maldad triunfar sobre la inocencia”⁷. La impunidad adquirida por el transcurso del tiempo es un absurdo, una forma de recompensar la destreza del delincuente que durante veinte años consigue eludir la acción de la justicia⁸.

Pese a estas teorías críticas, el principio de la prescripción del delito ha sido en general aceptado por la mayoría de la doctrina, basándose en tres argumentos esenciales:

a) Razones de seguridad jurídica. Con la prescripción del delito no se busca tanto la realización de una justicia material como el logro de la seguridad jurídica. La analogía con la prescripción civil resulta esclarecedora a este respecto. De lo que se trata es de consolidar jurídicamente determinadas situaciones de hecho que permanecen inalteradas a lo largo de un cierto tiempo y que son reconocidas socialmente aunque sea de una forma pasiva. Su fundamento social hace que el Derecho pueda otorgar determinados efectos jurídicos a situaciones socialmente toleradas. El hecho es consagrado por el Derecho. En virtud de razones de seguridad jurídica, del adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el Estado, transcurrido un cierto lapso de tiempo, renuncia a su *ius puniendi*: he ahí el verdadero fundamento, según algunos autores, de la prescripción del delito⁹.

b) Razones de política criminal y de finalidad de la pena. En la pena, para la mayoría de las concepciones penalistas actuales, predomina su función preventiva. Desde el punto de vista de la prevención, la prescripción puede también combatirse si se considera, en forma análoga a Bentham, que el criminal hábil para esquivar la persecución es siempre peligroso. Mas puede argüirse también, como lo hace Antón Oneca, que una larga vida honrada después de la comisión de un delito, y más si se trata de un delito accidental, revela una falta de temibilidad¹⁰. La prontitud de la pena es uno de los principales frenos de los delitos, por esta razón, desde un punto de vista estrictamente político, más vale no obrar que obrar demasiado tarde¹¹.

c) Razones procesales y de fiabilidad de la prueba. Existe un amplio consenso acerca de la vigencia de los principios de inmediatez y celeridad

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Vid. G. GUINARTE en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 678, y F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 465.

¹⁰ A. ONECA, *Derecho Penal*, Tomo I Parte General, Madrid, 1949, pág. 576.

¹¹ R. MERLE y A. VITU, *Traité de Droit Criminel*, Paris, Cujàs, 1973, pág. 852.

en el proceso penal. El propio Beccaria mantenía que en los delitos atroces el tiempo de examen para probarlos debe ser disminuido en proporción al aumento de plazo de prescripción ¹². En el mismo sentido, Cuello Calón afirma que en Derecho Penal las pruebas han de ser frescas y fehacientes ya que, si transcurre mucho tiempo desde la comisión del delito, pueden dar origen a sensibles errores judiciales ¹³.

Junto a esos básicos argumentos a favor de la prescripción se han ofrecido otros entre los cuales se pueden citar los siguientes ¹⁴:

a) La prescripción puede ser concebida como un límite que la sociedad impone a la potestad punitiva del Estado la cual, debido a su intensidad y sus consecuencias, implica un riesgo potencial a la dignidad de las personas

b) En íntima conexión con el fundamento anterior, la prescripción representa también una garantía de los ciudadanos frente al posible uso arbitrario y abusivo del poder judicial que podría concretarse en procedimientos injustificadamente indefinidos.

c) La prescripción, según Pastor Alcoy, puede ser entendida también como una garantía para la víctima porque también ésta está interesada en un proceso penal sin dilaciones. La prescripción penal da posibilidad a la víctima de iniciar las acciones civiles, y le ahorra sufrimientos inútiles al no obligarla a recordar hechos dolorosos.

EL OLVIDO Y EL PERDÓN COMO FUNDAMENTOS DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El olvido y el perdón se refieren ante todo a un hecho que le sucede a un individuo o a una acción realizada por un individuo. El olvido tiene pues el carácter de “hecho”, de algo involuntario que le acaece a un determinado sujeto que pierde la memoria de un acontecimiento pasado. La memoria, o la percepción en general, como reconocen todos los psicólogos, tienen un carácter eminentemente selectivo. Es una imposibilidad física el mantener todo el pasado y las impresiones asociadas al mismo en los

¹² BECCARIA, *Op. Cit.*, pág. 84.

¹³ CUELLO CALÓN, *Op. Cit.*, pág. 780.

¹⁴ Resumimos aquí algunos de los argumentos dados por F. PASTOR ALCOY, *La Prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 1996, págs 19 y 20.

archivos de nuestra memoria. Existe un sentido profundamente utilitario de la memoria que lleva al individuo a desprenderse de recuerdos inútiles que carecen de interés para su futuro, si bien, también existe una memoria desinteresada que se entretiene lujosamente en imágenes inútiles del pasado. Son los dos aspectos de la memoria de los que hablaba Bergson. No obstante, aunque puede hablarse de una memoria y una percepción desinteresadas, de hecho, según Bergson, percepción y memoria están orientadas hacia la acción ¹⁵. La memoria, normalmente, irá a buscar en su pasado las representaciones más capaces de insertarse en la situación actual. Al constituir los recuerdos el punto de enlace con la acción, es lógico que el individuo trate de desprenderse de todos aquellos que le resultan estériles. El olvido supone sepultar aquellos recuerdos inútiles para el flujo de la vida. Incluso los hábitos, las repeticiones y las rutinas orientadas a la acción constituyen formas de comportamiento aprendidas de memoria de cuyo aprendizaje no se guarda recuerdo alguno ¹⁶.

Existe otra perspectiva del olvido como actitud ante determinados sucesos traumáticos del sujeto. El individuo, a fin de integrar en su vida los traumas pasados, suele adoptar una actitud de duelo que desemboca normalmente en una aceptación de las heridas, las limitaciones o las pérdidas irreversibles de un determinado objeto. No obstante, el duelo puede derivar fácilmente hacia la melancolía que algunos consideran como una patología de la memoria. En un ensayo de 1915 que lleva precisamente por título *Duelo y Melancolía*, Freud define la melancolía como una predisposición morbosa de determinados sujetos ante la pérdida de un ser amado o de bienes equivalentes como la patria, la libertad, el ideal etc. ¹⁷. La melancolía –dice Freud– se caracteriza psíquicamente por un estado de ánimo profundamente doloroso, una cesación del interés por el mundo exterior, la pérdida de la capacidad de amar, la inhibición de todas las funciones y la disminución del amor propio ¹⁸. La actividad de duelo normal llega a superar la pérdida del objeto y logra entablar con la realidad una relación lúcida. Se acaba por aceptar el veredicto que la realidad impone a todos los recuerdos del individuo, y que se basa en el hecho de que el objeto no existe ya. La ruptura de los vínculos con un objeto del que se acep-

¹⁵ H. BERGSON, *Materia y memoria* en *Obras Escogidas*, Madrid, Aguilar, 1967, págs 410 y sgs.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ S. FREUD, *Duelo y Melancolía* en *Obras Completas II*, trad. Luis López Ballesteros, Madrid, Biblioteca Nueva, pág. 2091.

¹⁸ *Ibid.*

ta su muerte y desaparición, permite al individuo afrontar su vida con realismo y una cierta esperanza ¹⁹. La melancolía, sin embargo, no se resigna a cortar los lazos con el objeto perdido y mantiene con él una actitud ambivalente de amor y odio. Por un lado no quiere olvidarlo, pero, por otro, quisiera salir del sufrimiento destructivo que le ocasiona el obsesivo recuerdo. La curación de la melancolía no puede venir sino de un cierto olvido o una reelaboración del recuerdo dirigida por el psicoanalista ²⁰.

Si el olvido, en determinadas condiciones, logra desbloquear la incapacidad para la acción de los individuos que se logran zafar del peso paralizante de sus propios recuerdos, algo parecido sucede con el perdón que puede definirse como la eventual curación de alguien herido por una falta que le ha provocado una incapacidad existencial para actuar ²¹. Ahora bien, mientras el olvido hace referencia a la relación del individuo consigo mismo, el perdón exige la presencia de dos individuos. La experiencia del perdón, como subraya Hannah Arendt, no puede realizarse en la soledad, requiere la presencia del otro ²². Se trata pues de una relación bilateral en la que pueden distinguirse a su vez, tal y como hace Ricoeur, dos ejes: uno vertical y otro horizontal.

El eje vertical va desde la profundidad de la falta y de la culpa hasta la altura del perdón. El lenguaje del que pide perdón, del ofensor, del pecador, es un lenguaje de acusación moral, de confesión, mediante el cual se vincula con su acción reconociéndose culpable. Sobre él se alza una voz que celebra el amor y la alegría anunciando la existencia misma del perdón ²³. Se trata de una relación completamente asimétrica, jerárquica, entre el que da y el que recibe el perdón, y que encuentra su modelo supremo en la relación religiosa del hombre con Dios y en el amor cristiano entre hombre y hombre. El crimen del rey David se expresa en un grito “desde lo hondo” que pide al Señor, único de quien procede el perdón, ser desligado del peso irresistible de sus delitos (Salmo 129). En el mismo sentido, en el famoso himno a la caridad de San Pablo (1 Cor 13) se nos dice “la caridad todo lo excusa, todo lo cree, todo lo tolera”. Si la caridad excusa “todo”, ello significa que, desde un punto de vista cristiano, no existe nada que sea imperdonable. Así expresado, el perdón tiene un carácter excepcional y

¹⁹ *Ibid.*, pág. 2098.

²⁰ Vid en este sentido el ensayo de FREUD, *Recuerdo, Repetición y elaboración* en *Obras Completas II*, págs 1063 y sgs.

²¹ Vid. P. RICOEUR, *La Mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, pág. 593.

²² H. ARENDT, *La condition de l'homme moderne*, Paris, Point, 1984.

²³ RICOEUR, *Op. Cit.*, pág. 625.

gratuito que bordea lo imposible. Incluso esta pureza originaria puede llevar a otorgar perdón a alguien que no lo haya pedido. A *sensu contrario*, no podría hablarse de perdón allí donde no existen aquella pureza y desinterés de tipo religioso. Por esta razón Derrida ha afirmado lo siguiente: “Siempre que el perdón esté al servicio de una finalidad, por muy noble y espiritual que sea (remisión, redención, reconciliación o salvación) siempre que tienda a restablecer una normalidad (social, nacional, política, psicológica) por un trabajo de duelo, por alguna terapia o ecología de la memoria, el perdón no será puro”²⁴.

Puede hablarse también de un eje horizontal del perdón en el cual se equilibra un poco la disimetría y la desproporción existente en la relación de verticalidad. Fuera del carácter extraordinario del perdón cristiano, y aún dentro de él, existe implícito un interés, evidentemente para el que recibe el perdón, pero también para quien lo da. Ambas partes se sitúan en una especie de contrato que, aunque no tenga un carácter mercantil, no deja de reportar ciertos beneficios. La palabra perdón o perdonar, tanto en castellano como en la mayoría de las lenguas occidentales (*gift-forgiving*, *geben-vergeben*, *dono-perdono*...) hace referencia al don, a un exceso de dar, a un regalo. La donación si bien lleva implícito su carácter de liberalidad, su no esperar recibir nada a cambio, no está exenta de cierta visión económica que se estructura en la forma de el *do ut des*. La donación coloca al donante en una situación de superioridad y eso obliga al beneficiario a corresponder para librarse del peso de la deuda reestableciendo la igualdad. Esto puede aplicarse incluso al amor cristiano. Como bien ha visto Ricoeur, en los propios Evangelios se contiene esta lógica de la donación: “Si amáis a los que os aman, ¿qué mérito tenéis? Si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué mérito tenéis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor. Pero vosotros amad a vuestros enemigos, haced bien y prestad sin esperanza de remuneración, y será grande vuestra recompensa...” (Lc 6, 32 - 35). La donación, el perdón otorgado al enemigo no está exento de esperanza ni de interés. Lo que el amor espera en el fondo es que el perdón acabe por transformar al enemigo en amigo²⁵.

Hasta aquí hemos tratado del olvido y el perdón en su sentido primario e individual. Lo que interesa ahora es determinar si desde el punto de vista de la colectividad, de un sujeto colectivo como la sociedad,

²⁴ J. DERRIDA, *Le siècle et le pardon en Foi et savoir*, Paris, Seuil, 2000, pág. 107.

²⁵ RICOEUR, *Op. Cit.*, pág. 625.

resulta plausible hablar de olvido y de perdón. Derrida se inclina por una respuesta negativa. Para él, no puede confundirse el concepto de perdón en su sentido religioso, heroico y casi imposible, que acabamos de ver, con otros conceptos como el de excusa, disculpa, amnistía o prescripción, que son adoptados por el derecho. El perdón –dice Derrida– resulta, en principio, irreductible y heterogéneo al Derecho penal. Jamás podrá fundarse una política o un derecho sobre el perdón²⁶. Distinta es la posición de Ricoeur para quien las manifestaciones individuales del olvido están indisolublemente mezcladas a sus formas colectivas. La memoria individual se desarrolla y se ejerce en el seno de una sociedad que ejerce el poder de imponer a sus miembros la forma de recordar y los acontecimientos que hay que recordar²⁷. Hollwachs ha defendido en este sentido la existencia de unos marcos sociales de la memoria. La memoria colectiva no se constituye a partir de combinaciones de recuerdos individuales, sino que tiene un carácter propio e independiente. La sociedad, según Hollwachs, dispone de instrumentos para recomponer una imagen del pasado que se pueda acomodar a las ideas dominantes del presente²⁸. Del mismo modo que un individuo llega a deformar sus recuerdos de infancia para hacerlos encajar en la situación presente y así poder actuar, la sociedad realiza una actividad parecida en orden a su práctica colectiva. Para ello la sociedad obliga a los individuos, cada cierto tiempo, no solamente a reproducir mentalmente los acontecimientos anteriores de sus vidas, sino también a retocarlos, recortarlos, completarlos, a fin de que aún convencidos de que sus recuerdos son exactos, éstos adquieran un prestigio que la realidad no poseía²⁹. Al igual que en el individuo, y no solamente en un sentido analógico, puede hablarse de traumatismos colectivos y de heridas de la memoria colectiva que normalmente suelen ir asociadas a manifestaciones históricas de violencia. Las grandes conmemoraciones sociales de duelo o de exaltación están al servicio de esa gestión colectiva del recuerdo como instrumentos de acción o de curación³⁰.

Lo dicho con respecto al olvido cabe ser afirmado con respecto al perdón. También aquí acudimos a las ideas de Ricoeur para quien existe toda

²⁶ DERRIDA, *Op. Cit.*, pág. 104.

²⁷ RICOEUR, *Op. Cit.*, págs 67 y sgs.

²⁸ M. HOLLWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Albin Michel, 1994, pág. VIII.

²⁹ *Ibid.*, pág. 113.

³⁰ RICOEUR, *Op. Cit.*, pág. 95.

una odisea del perdón que va desde las más íntimas regiones del yo que se siente culpable ante su conciencia hasta las regiones más alejadas del yo como las esferas de lo político o de lo jurídico en las que el individuo es sometido a una acusación pública ³¹. En su sentido más profundo el perdón es, como hemos visto, desinteresado, gratuito, ilimitado e incluso puede ser otorgado a quien no lo ha pedido. Pero esta forma pura no excluye la existencia de otras formas impuras de perdón, que, en mayor o menor medida, participan de aquella idea. Puede haber también perdón aunque éste esté inspirado por la finalidad utilitaria de lograr una reconciliación o establecer una paz individual o social, o si exige para ser otorgado una previa petición de perdón. Por esta razón es legítimo hablar de instituciones de perdón. Por supuesto de instituciones religiosas como la confesión en la Iglesia católica una de cuyas misiones es la de administrar el perdón, absolviendo, y también, en ocasiones, “reteniendo” los pecados. Pero también de instituciones jurídicas que, como tendremos ocasión de ver más adelante, regulan las condiciones del perdón al individuo que ha ofendido a la sociedad.

Aunque, conforme a lo expuesto, pudiera considerarse que los conceptos de olvido y perdón quedan suficientemente clarificados, lo cierto es que en torno a ellos se da una cierta coincidencia que suele derivar en confusión. Por ello no está de más que aportemos algunos criterios suplementarios para su distinción. El olvido en el individuo tiene un carácter inconsciente e involuntario mientras que, desde el punto de vista de la sociedad, el olvido, aunque conserve también ese carácter inconsciente, suele adoptar a veces la forma de un imperativo, de un deber. En ambos casos el olvido aparece ligado al transcurso natural de un período de tiempo. El perdón, por el contrario, es un acto voluntario y ético-religioso, es decir, no vinculado a un suceso natural como puede ser el efecto del tiempo sobre el individuo o la sociedad. Como ha señalado Abecassis, el perdón exige la memoria. Si el ofendido se reencuentra con el ofensor y olvida que fue humillado, no puede perdonarle porque no se acuerda de la ofensa. “El perdón verdadero –dice Abecassi– es un acto positivo gracias al cual la víctima se acuerda del crimen y, sin embargo, decide no tomarlo en cuenta en sus relaciones con el ofensor” ³². Por tanto, perdonar no es olvidar ni olvidar es perdonar. El perdón, conforme a lo dicho, mantiene una superioridad ética sobre el olvido. El perdón constituye el horizonte

³¹ *Ibid*, pág. 594.

³² A. ABECASSIS, *L'acte de mémoire*, en el libro colectivo *Le Pardon. Briser la dette et l'oubli*, Paris, Autrement, 1991, pág. 152.

escatológico y utópico de una historia en la que todos los hombres aparecerán reconciliados entre sí. El perdón, para la concepción judeocristiana dominante, es una categoría extrajurídica colocada por Yahvé en el inicio de la historia. Esta categoría, por muy difícil que sea su aplicación, es necesaria para llevar a cabo el proyecto divino de paz y amor entre los hombres ³³.

LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL OLVIDO Y EL PERDÓN

Aceptada la posibilidad de que el olvido y el perdón son categorías que pueden aplicarse a la sociedad, se trata de desarrollar ahora su traducción institucional en la esfera del derecho. Las fórmulas jurídicas son siempre expresión de necesidades sociales, tienen su origen en la vida humana y están al servicio de la vida humana. Como hemos visto, la sociedad, a fin de realizar una práctica colectiva orientada hacia el futuro, tiene necesidad de olvidar acontecimientos inútiles o traumáticos o bien tiene que perdonar a antiguos culpables a fin de lograr una reconciliación social. El olvido y el perdón de la sociedad se ejercen pues sobre determinados individuos que han cometido actos hostiles contra esa sociedad. Esta acaba por desvincular al individuo de sus actos, renuncia a llamarlos al orden y a exigirles reparación. Las condiciones en las cuales una determinada sociedad procede a eximir de responsabilidad a un individuo por determinados crímenes, suelen venir reguladas en los correspondientes Códigos Penales y estar redactadas en unos términos muy parecidos. En España, actualmente, están desarrolladas en el artículo 130 del Código Penal de 1995. Cada una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal que allí se contemplan pueden ser reconducidas al olvido o al perdón, con todas las reservas que ya hemos expuesto en el precedente apartado.

- La muerte del reo puede ser fácilmente emparentada con el olvido de la sociedad, que el derecho se encarga de consagrar. La relación psicológica entre el individuo y sus actos criminales que está en el centro mismo de su ser imputable, desaparece con la muerte. La sociedad solo puede exigir responsabilidad a quien puede responder algo que, evidentemente, no puede hacer un muerto. Algunos Códigos Penales como el francés no hablan, a propósito de la muerte del culpable, de extinción de la responsabilidad, sino de

³³ *Ibid.*, pág 165.

extinción de la pena, y por ello admiten que, aún después de muerto, el culpable debe responder de las costas procesales, y le deben ser decomisados, confiscados o clausurados sus negocios o empresas. Se llega incluso a mantener la posibilidad de que se ejecute la pena de multa después de haber fallecido el reo. Serrano Butragueño, sin oponer ningún argumento jurídico al cobro de las costas procesales, al comiso de los efectos del delito o al cierre de la empresa que hubiera servido de vehículo para delinquir, rechaza totalmente, por ir en contra de la finalidad preventiva de la pena, la procedencia de la ejecución de una pena de multa contra un reo fallecido ³⁴. Pero más allá de la inutilidad de la ejecución de la pena, la muerte del reo conlleva la desaparición, el olvido, de su responsabilidad jurídico penal. Como ya vimos, el olvido es un fenómeno que pertenece al orden natural. También la muerte. Del mismo modo que desaparecen algunas huellas e impresiones que sobre nuestro cerebro ejercieron determinados acontecimientos, con la muerte de un individuo desaparece la causa del perjuicio que éste provocó a la sociedad y por esa razón es olvidado por el Derecho penal. Evidentemente, desde un punto de vista histórico, las huellas de un individuo siguen siendo recordadas durante mucho tiempo, pero, para el Derecho penal, que es de lo que aquí tratamos, los actos pasados de un individuo muerto carecen de relevancia y son olvidados inmediatamente. La responsabilidad penal es siempre individual, basada en la vinculación psicológica del individuo con sus actos, si el individuo desaparece también lo hará su capacidad de responder penalmente.

- El cumplimiento de la condena, contemplado en el apartado 2.º del artículo 130, aunque sería más preciso referirse al cumplimiento de las penas, constituye asimismo una forma de olvido. Con el cumplimiento de la pena el individuo salda su deuda con la sociedad y vuelve a gozar de una cierta “virginidad judicial” ³⁵. Mas la ejecución de la pena no constituye en sí misma una plena rehabilitación. El reo debe también dejar transcurrir un período de tiempo para poder cancelar definitivamente sus antecedentes penales. El mero análisis lingüístico revela la proximidad de significación entre

³⁴ I. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1998, pág. 806.

³⁵ C. BOURGUET, “Entre amnistie et l’imprescriptible” en el volumen colectivo *Le Pardon*, *Op. Cit.*, pág. 59.

olvido y cancelación de antecedentes. Así como el olvido individual consiste en la desaparición del cerebro de cualquier huella dejada por un acontecimiento pasado, la cancelación de antecedentes penales supone una eliminación del delito de la memoria de la sociedad. El reo es liberado, en virtud del cumplimiento de la pena y del acto administrativo de cancelación de antecedentes, del peso de sus pasados actos para iniciar así una nueva vida.

- El indulto en el ámbito de la justicia penal, implica, según la definición de Jellineck, la intervención del poder ejecutivo mediante la cual se perdonan, atenúan o suspenden condicionalmente las consecuencias jurídicas de una condena judicial firme³⁶. La estructura del indulto hace de él, por tanto, una institución muy próxima al perdón ya que tiene su fundamento en un acto gracioso, de generosidad del poder hacia determinados individuos. Se trata, sin embargo, de un derecho de gracia que se encuentra sometido a determinadas condiciones legales y que, por tanto, no puede entenderse como un acto caprichoso. Según el artículo 62 de la Constitución española, corresponde al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a las leyes, aunque la tramitación de los indultos corresponda al Ministerio de Justicia y su concesión al Consejo de Ministros. Estas condiciones legales, definidas en el caso español en la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870 modificada por Ley 1/1988 de 14 de enero, hacen del indulto, aunque éste sea total, un acto que mantiene sus distancias con respecto a lo que moralmente se entiende como perdón. En primer lugar porque consiste en eximir a un “condenado” del cumplimiento total o parcial de la pena. El hecho de que deba ejercerse sobre un penado supone que el indulto no puede perdonar la previa condena de los tribunales. Por otra parte, si se trata de un indulto total, éste debe obedecer a razones de justicia, equidad o utilidad pública apreciadas por el Tribunal sentenciador. Incluso después de que se le haya concedido el indulto, el indultado para conseguir su plena rehabilitación deberá cumplir con los trámites administrativos para la cancelación de sus antecedentes penales. Todas estas condiciones permiten llegar a la afirmación de que si el indulto es una institución jurídica de perdón, se trata de un perdón parcial sometido a una amplia gama de requisitos y condiciones previos³⁷.

³⁶ Cit. Por SERRANO BUTRAGUEÑO, *Op. Cit.*, pág. 896.

³⁷ BOURGUET, *Op. Cit.*, pág. 50.

- La amnistía. Si bien no está incluida específicamente entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal señaladas en el artículo 130 del Código Penal, es evidente que se trata de una medida de gracia de carácter general que tiene su origen en una ley específica aprobada por las Cortes. Tradicionalmente, la amnistía como una decisión colectiva de los Parlamentos, se ha dirigido, a diferencia del sentido individual del indulto, a la exención de responsabilidad penal de determinadas categorías de delincuentes para afrontar una situación de cambio político. Existe polémica, no obstante, acerca de si puede considerarse una institución jurídica de olvido o perdón. Ricoeur se inclina decididamente por la equiparación de amnesia y olvido. La misma raíz etimológica nos muestra una evidente proximidad entre las palabras de amnistía y amnesia³⁸. El propósito de la amnistía es esencialmente político y consiste en la búsqueda de la paz cívica a través de la reconciliación de ciudadanos enemigos. El paradigma lo encontramos en el decreto de amnistía promulgado en Atenas en el 403 a. de C. al cual iba unida una fórmula de juramento que debía ser pronunciada individualmente por cada ciudadano. Bajo pena de maldiciones por perjurio, cada ciudadano se comprometía a no recordar los males pasados. El olvido de la discordia, de las injusticias sufridas y de las reyertas familiares pasadas, se situó en el origen de la nueva organización institucional de la democracia ateniense a principios del siglo IV a de C.³⁹. Pero también la amnistía puede ser equiparada a un perdón parcial. A este respecto Bourguet distingue entre una amnistía de penas y una amnistía de hechos. Esta segunda, al aplicarse a unos hechos que aún no han sido juzgados pero que han perdido su condición de punibles, tiene todas las características de un olvido impuesto a toda la sociedad y en especial a las víctimas de los hechos pasados y a los antiguos delincuentes que quisieran rehusar la aplicación de una gracia que no han pedido. Por el contrario, la amnistía que se aplica a unos delitos ya castigados con penas comprendidas en unos determinados límites, tiene los rasgos de un perdón condicionado a la cuantía de esas penas⁴⁰.

³⁸ RICOEUR, *Op. Cit.*, pág. 585.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ BOURGUET, *Ibid.*, págs 53 y sgs.

- El perdón del ofendido. Tenemos aquí ya expresamente citada la palabra perdón, algo así como un derecho de gracia que la ley concede a las víctimas de determinados delitos y que algún tratadista ha considerado como un indulto impropio. Se trata, sin embargo, de un perdón parcial y condicionado a la existencia de ciertos requisitos. En primer lugar, y como sucede en el derecho de gracia, se puede aplicar única y exclusivamente “cuando la Ley así lo prevea”. Estos casos suelen reducirse, como en el Código Penal español, a delitos semiprivados como los de calumnias e injurias (Arts 205 y sgs), descubrimiento y revelación de secretos (Arts. 197 a 200) o daños imprudentes (Art. 267). Asimismo, el perdón debe ser otorgado “de forma expresa y antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta”. Estos dos requisitos se fundamentan en el hecho subrayado por nuestra jurisprudencia de que el perdón del ofendido tiene el carácter de un “perdón jurídico” ajeno a sentimientos morales y religiosos. Exige por tanto unas formalidades como la de realizarse ante el Tribunal sentenciador y la de ser otorgado de forma “firme, absoluta, inequívoca e incondicional”⁴¹.
- Por último, y antes de entrar en el análisis específico de la prescripción, podríamos aludir a determinadas figuras jurídicas penales que de una forma más o menos expresa participan de una actitud de perdón o al menos de clemencia con respecto al delincuente. A título de ejemplo puede citarse todo el juego de las atenuantes que constituyen algo así como un catálogo de disculpas parciales que la sociedad acepta para disminuir el rigor en la determinación de la pena. Asimismo instituciones como la condena condicional y la libertad condicional constituyen inequívocas formas de perdón (condicional) a un delincuente en razón a su carencia de antecedentes penales o a su buena conducta.

LA PRESCRIPCIÓN Y LO IMPRESCRIPTIBLE

Analizadas las principales causas de extinción de la responsabilidad penal en tanto que instituciones jurídicas del olvido o el perdón, vamos ahora a proceder a una consideración más detenida de la prescripción. Como en otras figuras ya contempladas, nos encontramos aquí con unas

⁴¹ S.T.S. 18 feb 1987 y S.T.S. 2^a 13 jul. 1988.

opiniones divididas, cuando no confusas, acerca de su asimilación al olvido o al perdón. Así, por ejemplo, Bentham, como ya hemos visto, cuando habla de la prescripción lo hace refiriéndose a “delitos que deben gozar del privilegio del perdón”⁴². Beccaria, por el contrario, parece insistir más en el tema del olvido cuando afirma que no merecen prescripción “aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria”⁴³.

La distinción entre amnistía y prescripción lleva a Bourguet a la conclusión de que la prescripción es más un perdón que un olvido ya que se conserva la memoria de la infracción si bien su sanción no sea ya posible⁴⁴. A análoga conclusión llega Ricoeur para quien a diferencia de la amnistía que impone un olvido y tiende a borrar todas las huellas psíquicas o sociales de un acontecimiento, la prescripción no pretende borrar aquellas huellas sino prohibir el camino hacia ellas. La prescripción hace, pues, referencia a lo irreversible en el tiempo⁴⁵. No obstante, Ricoeur acaba concluyendo que la institución de la prescripción, que implica tanto un transcurso de tiempo como una inercia o pasividad social, ejerce un papel que es heterogéneo al perdón⁴⁶.

Pese a todas las objeciones que puedan hacerse, considero que la prescripción del delito es una institución directamente emparentada con el olvido según lo definimos anteriormente. La prescripción se basa en primer lugar en un hecho natural como es el transcurso de un lapso de tiempo y carece, por tanto, de la dimensión ética que conlleva el perdón. Por otra parte, el perdón suele ir unido a una previa petición de perdón, como sucede en la institución jurídica del indulto. Esta previa petición está totalmente ausente en el caso de la prescripción que actúa de forma automática. La prescripción representa para las víctimas de un delito algo así como la imposición de un olvido. De nada sirve que se recuerde el hecho delictivo y que sus huellas sean visibles porque para el Derecho han dejado de existir, su irrelevancia jurídica es lo mismo que su inexistencia o su extinción física. Con la prescripción el Estado refuerza el carácter conclusivo o definitivo de determinadas situaciones o resoluciones judiciales de acuerdo con el principio de la seguridad jurídica, imponiendo su irreversibilidad. La institución de la prescripción rompe el círculo vicioso de la venganza entre familias que sin la imposición del olvido estarían perpetua-

⁴² BENTHAM, *Op. Cit.*, pág. 300.

⁴³ BECCARIA, *Op. Cit.*, pág. 86.

⁴⁴ BOURGUET, *Op. Cit.*, pág. 56.

⁴⁵ *Op. Cit.*, pág. 611.

⁴⁶ *Ibid.*

mente enzarzadas en la reproducción y actualización de sus agravios históricos. Ahora bien, establecida la conveniencia del olvido consagrado por la prescripción de los delitos para una mejor gestión de la sociedad, cabe ahora preguntarse por su justicia, lo cual nos remite a la noción de imprescriptibilidad.

El debate sobre la imprescriptibilidad comenzó a adquirir una dimensión internacional en 1964, año en que, de conformidad con muchas legislaciones internas, se cumplía el plazo máximo de prescripción de 20 años aplicable a los crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. A punto de cumplirse ese plazo con la conciencia de que muchos criminales de guerra seguían impunes, tuvieron lugar algunas iniciativas legislativas por parte de los Estados que habían sufrido de forma más intensa los actos de barbarie cometidos por los nazis. Se adelantó el Estado de Israel con una ley retroactiva, S-710 de 1950 modificada en 1963 con motivo del caso Eichman, en cuyo artículo 12 se disponía que las reglas de derecho común relativas a la prescripción de los crímenes ordinarios no eran aplicables a los delitos previstos en ella: crímenes contra el pueblo judío, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad ⁴⁷.

En el mes de abril de 1964 la Dieta polaca promulgó una ley tendente a evitar que los criminales nazis, culpables de crímenes cometidos durante la Segunda Guerra mundial, se sustrajeran a la acción de la justicia. A estos efectos se establecía que la prescripción fijada en el Código Penal ordinario no era aplicable en el caso de que no se hubieran iniciado o proseguido acciones a causa de que el criminal no hubiera sido descubierto, aprehendido o extraditado ⁴⁸. Se trataba así de superar los obstáculos que se oponían a la represión de los criminales de guerra nazis por parte de los Tribunales polacos, la cual dependía en muchas ocasiones de la buena voluntad de otros Estados, fundamentalmente de la República Federal alemana, para extraditar a los presuntos culpables. La prescripción era aplicable, no obstante, a aquellos delitos si la interrupción del procedimiento era debida a desidia o negligencia de las autoridades policiales o judiciales polacas. Pero la República Federal de Alemania había declarado ya en este año que, en virtud de la Constitución y de la Ley alemana, las acciones penales relativas a criminales de guerra, quedarían paralizadas el 8 de

⁴⁷ H. ARENDT, *Eichmann en Jerusalén. Un ensayo sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Biblioteca Nueva, 1999.

⁴⁸ Vid. P. MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974, pág. 18.

mayo de 1965. En este contexto político, a iniciativa de una comisión de juristas polacos, tuvo lugar en Varsovia, entre el 5 y el 7 de junio de 1964, un coloquio internacional que reunió a una destacada representación de juristas de los principales países de Europa y que, como vamos a ver, llegó a ejercer una notable influencia.

El tema central del coloquio de Varsovia fue el de proceder a un análisis de los principios jurídicos para la represión de los crímenes de guerra y crímenes cometidos por los nazis, a la luz de los principales instrumentos jurídicos existentes hasta la fecha como la Declaración de Moscú de 1943, la resolución de Yalta de febrero de 1945, los acuerdos de Postdam de 2 de agosto de 1945, el acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 que aprobó el estatuto del Tribunal militar internacional y la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n.º 95/1, de 11 de diciembre de 1946, que adoptó el citado estatuto. De todos los principios jurídicos extraídos del análisis de los citados instrumentos jurídicos, el de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra en sentido amplio, pasó a ocupar una posición central. Una de las conclusiones del coloquio consistió precisamente en subrayar que “la prescripción no es un derecho natural, sino un favor excepcional introducido recientemente en ciertas legislaciones aunque es ignorado por otras, especialmente por el derecho anglosajón”⁴⁹. Uno de los argumentos esenciales del coloquio para defender la imprescriptibilidad fue el de señalar que los crímenes cometidos por los nazis fueron crímenes contra la humanidad, de carácter internacional, y que, por tanto, tenían una naturaleza completamente distinta de los delitos de derecho común sobre los que podía regir la legislación interna del Estado en cuyo territorio se hubiesen cometido. La conferencia estimó en consecuencia que “existiría violación del derecho internacional si un país, refiriéndose a las reglas concernientes a la prescripción de delitos de derecho común, se negase a perseguir los crímenes nazis con el pretexto de que se trataba solamente de asesinatos individuales castigados por el derecho interno”⁵⁰. La persecución y el castigo de crímenes contra la humanidad no debían, pues, ser considerados como una competencia exclusiva de los Estados, sino como una obligación internacional y universal impuesta a los mismos por el derecho de gentes. En definitiva, el coloquio de Varsovia concluyó con un llamamiento a la opinión mundial, a los gobiernos y a las organizaciones internacionales para que contribuyeran a hacer triunfar la

⁴⁹ M. ROLLAND, “Le Colloque de Varsovie et la notions d’imprescriptibilité par nature”, *Après demain* n° 79, décembre 1965, pág. 16.

⁵⁰ *Ibid.*

causa de la justicia sobre las fuerzas del crimen y de la injusticia, aún mal sofocadas, del nazismo.

Aún con vacilaciones e imprecisiones, como la de no hacer una distinción precisa entre crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, la conferencia de Varsovia tuvo una decisiva influencia en la adopción de leyes sobre imprescriptibilidad. A ella, como ha subrayado Mertens, corresponde el mérito de haber afirmado, desde junio de 1964, la imprescriptibilidad por naturaleza de los crímenes contra la humanidad y de haber abierto el camino al movimiento legislativo que acabó consagrando esta concepción ⁵¹.

Debido en parte al impulso del coloquio de Varsovia, muchos países, tanto de la Europa del Este como de la Europa occidental, recogieron en sus respectivas legislaciones el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. Así, aparte de la ley polaca de abril de 1964 a la que ya nos hemos referido, pueden citarse la Ley de la República Democrática alemana de 1 de septiembre de 1964, la Ley checoslovaca de 24 de septiembre de 1964, el Decreto Ley n.º 27 de 1964 en Hungría, el Decreto del Presidium del Soviet Supremo de 4 de marzo de 1965, el Decreto búlgaro de 22 de marzo de 1965 o la Ley yugoeslava de 4 de abril de 1965, por lo que se refiere a la Europa del Este. Y en lo que respecta a la Europa occidental, cabe citar la Ley belga de 3 de diciembre de 1964, la Ley francesa de 26 de diciembre de 1964 y la Ley austriaca de 31 de marzo de 1965. Evidentemente no podemos entrar aquí en un análisis detallado de todas esas disposiciones ⁵², pero sí vamos a detenernos, dada su importancia y el debate suscitado en torno a la prescripción, en el caso de la República Federal de Alemania.

Al terminar la Segunda Guerra mundial, toda la población de Alemania se ve sometida a un proceso de examen de conciencia en relación con su participación en un régimen criminal. Es la cuestión de la culpabilidad, la *Shuldfrage* tan lúcidamente analizada por Karl Jaspers y Hannah Arendt ⁵³ que vuelve a plantearse con intensidad en el año 1964 cuando se plantea el problema de la prescripción de los delitos cometidos por los nazis durante la Segunda Guerra mundial. Mientras la República Democrática alemana, pretendidamente desnazificada, se erige en defensora de

⁵¹ MERTENS, *Op. Cit.*, pág. 25.

⁵² Para ello puede acudir al citado libro de MERTENS, págs 25 a 112.

⁵³ K. JASPERS, *Die Schuldfrage*, Frankfurt, Surkhamp Verlag, 1948 y H. ARENDT, *Organised Guilt and Universal Responsibility* en el volumen *Penser l'Evenement*, Paris, Belin, 1985.

la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, enarbolándola como una bandera de propaganda, la República federal se muestra claramente remisa, cuando no hostil, a la aceptación de ese principio jurídico. Antes de concluir el año 1964, el Gobierno federal anunció la decisión de que el 9 de mayo de 1965, fecha en que se cumplía el plazo máximo de prescripción de 20 años previsto en su Código Penal, quedarían prescritos todos los delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Tal decisión se fundamentaba jurídicamente en la Constitución de la República Federal, en cuyo artículo 103 &2 se establece que “un acto solo puede ser objeto de una pena cuando su carácter reprehensible haya sido estipulado por la ley con anterioridad a la comisión de dicho acto”. Para el Gobierno alemán, avalado por muchos juristas, la modificación del plazo de prescripción, supondría una violación de ese precepto constitucional e iría en contra del principio de legalidad y de seguridad jurídicas, dando por sentado que la prescripción era una institución no de carácter procesal sino sustantiva ⁵⁴.

Dicha decisión del Gobierno alemán suscitó una airada reacción por parte de muchos otros países como Israel o todos aquellos que, como ya hemos visto, habían recogido en sus legislaciones el principio de la imprescriptibilidad. Reacción contraria de la que se hicieron eco organizaciones de juristas, algún sector de la opinión pública y ciertos intelectuales. A título de ejemplo podemos referirnos al artículo del filósofo francés, catedrático de filosofía moral en la Sorbona, Vladimir Jankélevitch, publicado en enero de 1965 y cuyo título: *L'imprescriptible*, resulta suficientemente expresivo. ¿Es tiempo de perdonar o al menos de olvidar? Al parecer –responde Jankelevitch– veinte años son suficientes para que lo imperdonable se convierta milagrosamente en perdonable o que, de pleno derecho y de un día a otro, lo inolvidable sea olvidado. Un crimen que era inexpiable hasta mayo de 1965 deja súbitamente de serlo a partir de junio y, así, el olvido oficial o legal comienza esta noche a las doce ⁵⁵. En esta frase irónica y amarga en la que Jankelevitch mezcla las nociones heterogéneas de perdón, olvido y expiación para referirse a la prescripción, se revela el escándalo y el horror que en muchos provoca la posible impunidad de alguien que con sus actos criminales ha negado la esencia del hombre en tanto que hombre. Pues eso han hecho quienes pretendieron la exterminación del pueblo judío, propósito que fue el fruto de la “maldad pura”, de la “maldad más diabólica y gratuita que haya conocido la huma-

⁵⁴ Vid. S. GLASER, “Quelques observations sur la prescription en matière de la criminalité de guerre” en *Revue de droit pénal et criminologie*, 1965, n° 6.

⁵⁵ V. JANKELEVITICH, *L'Imprescriptible*, Paris, Seuil, 1986, pág.17.

nidad”. Por eso, afirma Jankelevitch, “olvidar este crimen gigantesco contra la humanidad sería un nuevo crimen contra el género humano”⁵⁶. El transcurso del tiempo que trabaja en la erosión de las montañas, que consuela y cicatriza, que favorece el perdón y el olvido, no puede nada contra la hecatombe moral del nazismo. Apenas una semana después de que el Parlamento francés adoptara el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad por Ley de 24 de diciembre de 1964, Jankelevitch apoya decididamente ese principio: “Resulta en general incomprensible que el transcurso del tiempo, proceso natural sin valor normativo, pueda ejercer una acción atenuante sobre el insoportable horror de Auschwitz”⁵⁷.

Con el trasfondo de ese intenso debate político y debido a la presión de la opinión pública nacional e internacional, el Gobierno alemán, en el mes de febrero de 1965, decidió revisar su anterior decisión y someter al *Bundestag* la cuestión de la prescripción. Pocas semanas antes, el 27 de enero de 1964, la Comisión Jurídica de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa redactó un proyecto de recomendación al Comité de Ministros en la que se invitaba a los Gobiernos de los países miembros a “adoptar las medidas adecuadas para evitar que por el juego de la prescripción o por cualquier otro medio, quedaran impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra mundial, y más especialmente los crímenes contra la humanidad”. Asimismo se recomendaba la creación de un comité de expertos para elaborar una convención que garantizara la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad⁵⁸. Estas conclusiones fueron saludadas y adoptadas con entusiasmo por un coloquio franco-alemán de juristas que se desarrolló en Estrasburgo entre el 27 y 28 de febrero de 1964, en el cual se destacó la improcedencia de argumentar motivos de carácter constitucional interno para oponerse a la abolición o prolongación de los plazos de prescripción para crímenes contra la humanidad, al tiempo en que se insistía en la idea de una convención internacional que se pronunciase de forma definitiva sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad⁵⁹.

El debate iniciado en el *Bundestag* alemán el día 10 de marzo de 1965, enfrentó de forma apasionada a los partidarios de la prescripción y a los opuestos a la misma. Finalmente se logró llegar a una solución de com-

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 25.

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 26.

⁵⁸ MERTENS, *Op. Cit.*, pág. 115.

⁵⁹ MERTENS, *Op. Cit.*, pág. 62 y sgs.

promiso mediante la cual se seguía admitiendo el plazo de prescripción de 20 años establecido en el Código Penal alemán, pero cambiando el *dies a quo* de su cómputo. En lugar de tomar como fecha de partida el 8 de mayo de 1945, día en que cesaron las hostilidades, se decidió adoptar la del 31 de diciembre de 1949, fecha en que se creó la República Federal de Alemania. De esta forma se provocaba, de hecho, una prórroga en el plazo de prescripción de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra mundial, hasta el 31 de diciembre de 1969. Por algunos observadores se hizo notar que aquella prórroga no implicaba más que una tregua en la polémica sobre la prescripción, algo que resultó ser cierto. En el período comprendido entre 1965 y 1969, salieron a la luz numerosos casos de antiguos criminales de guerra nazis que ocupaban puestos importantes en la Administración de la República Federal. Comenzando por el director de la Oficina de persecución de criminales nazis de *Ludwigsbourg* que resultó ser un antiguo nazi, hasta el Canciller federal Kiesinger acusado de haber colaborado con Goebbels o el propio presidente de la República federal, M. Luebke, a quien un grupo de antiguos prisioneros de *Buchenwald* responsabilizó de la muerte de cientos de detenidos. A ello había que añadir la multiplicación durante estos años de procesos contra criminales de guerra, si bien en la mayoría de los casos fueron tratados por los Tribunales con una escandalosa benignidad. Pero en cualquier caso, lo cierto es que la proliferación de escándalos y procesos de desnazificación hizo que, en general, el pueblo alemán se mostrase en 1969 más dispuesto que en 1965 a aceptar el principio de imprescriptibilidad con respecto a los crímenes contra la humanidad ⁶⁰.

El coloquio de juristas de Varsovia, el dictamen de la Comisión jurídica del Consejo de Europa, todas las disposiciones legales sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad adoptadas en numerosos países de Europa, el amplio e intenso debate habido en la República Federal, la multitud de iniciativas de organizaciones internacionales y no gubernamentales, no podían sino converger en un instrumento internacional que fue la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 ⁶¹. La

⁶⁰ Sobre estos aspectos vid. MERTENS, *Op. Cit.*, págs 62 y sgs.

⁶¹ A/ XXIII/ 2391 de 26 de noviembre de 1968 1727 a, y también A. GRAVEN, "Les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles. La signification et la portée de la décision de l'Assemblée Générale des Nations Unies de 26 de novembre 1968" en *Revue des droits de l'homme* 1969 II, 1.

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, tal y como aparecen definidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 8 de agosto de 1945, confirmado por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, no es sino la expresión de la necesidad de afirmar ese principio en el derecho internacional y así “asegurar su aplicación universal”. Asimismo, de conformidad con las Resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, se condenaban como crímenes de lesa humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de *apartheid*, por otra. El fundamento esencial de la resolución consiste en considerar que “los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los crímenes de derecho internacional más graves” y que la aplicación a los mismos de normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios “suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”⁶².

POR UNA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

Según he señalado al principio de esta exposición, conforme a lo previsto en el Art. 131, 1 del Código Penal Español, los delitos de terrorismo, como cualquier otro delito cuya pena máxima sea de prisión de quince o más años, prescriben a los veinte años. A mi juicio, con la aplicación de este precepto se puede abocar a determinadas situaciones que repugnan a los más elementales dictados de la conciencia ética, y para cuya evitación no habría otro procedimiento que el de abrir un debate sobre la modificación del citado artículo. Precisamente, este debate podría inscribirse dentro de la amplia discusión que está teniendo lugar en nuestro país en torno a la revisión del sistema de penas del Código Penal español en lo que respecta a los delitos de terrorismo. La propuesta que aquí realizo es la de declarar imprescriptibles los delitos de terrorismo, mostrando ante todo la debilidad que, en el caso de estos delitos, tienen los clásicos argumentos fundadores de la prescripción, es decir, el argumento de la seguridad

⁶² Vid. El preámbulo de la citada Resolución 2391.

jurídica, el de la política criminal y función preventiva de la pena, y el de la dificultad de la prueba.

1.º Ya hemos visto que uno de los principales argumentos para justificar la institución de la prescripción del delito consiste en señalar que de esta forma el Derecho consagra una situación de hecho consolidada, eliminando así la incertidumbre que pudiera provocar una continua revisión o reversión de antiguas situaciones. Declarando firmes, consentidas e irreversibles determinadas situaciones por el mero transcurso del tiempo, el Derecho contribuiría a realizar si no un valor de justicia basado en el deber ser, al menos una confianza de los individuos en lo que es. La institución de la prescripción del delito se basa, por tanto, en el presupuesto de que el olvido legal que consagra, coincide con un olvido social en el sentido de que, como dice Bloy, el hecho delictivo pierde su relevancia para la vida social del presente⁶³. O bien en el de que, como dice García Pérez, “la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma no requiere que se castiguen todas las infracciones”, pudiendo incluso llegar a ser contraproducente para ese sentimiento de confianza y seguridad jurídica el castigo de un delito cuando ha transcurrido mucho tiempo desde su comisión⁶⁴.

No obstante, a mi juicio, los anteriores argumentos se muestran irrelevantes cuando se tratan de aplicar a delitos de terrorismo. Puede ser traída aquí a colación la proposición ya citada de Beccaria por la cual negaría el beneficio de la prescripción a aquellos delitos atroces de los cuales guardan los hombres una larga memoria. La mayoría de los delitos de terrorismo, por su propia esencia, buscan convertir el terror en un espectáculo. Se trata, en su mayor parte, de hechos atroces que por su misma atrocidad quedan grabados para siempre en la memoria colectiva. Son, en definitiva, hechos socialmente “inolvidables” a los que, en cuanto tales, a no ser que se incurra en evidente contradicción, no ha de aplicárseles el “olvido legal” que implica la prescripción. La memoria individual o histórica, como ya señalamos en su momento no siempre coincide con la memoria legal. Es perfectamente posible seguir guardando memoria de un hecho delictivo, legalmente olvidado. Pero cuando existe una flagrante contradicción entre la intensidad de la memoria individual y social y su expresión o reconocimiento jurídicos, el resultado es el de una mayor inseguridad jurídica y el de una mayor desconfianza en la validez de las normas.

⁶³ R. BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strausausschliessungs und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, Dunker & Humboldt, 1976, pág. 188.

⁶⁴ O. GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 344.

Pero, aún más que en su carácter inolvidable, el fundamento de la imprescriptibilidad de un delito de terrorismo estaría en que el mero transcurso del tiempo no lo convierte en un hecho histórico que nada tenga que ver con el presente. En este sentido tiene razón Bloy cuando afirma que los hechos delictivos, transcurrido un cierto tiempo, acaban considerándose como historia y perdiendo su relevancia para la vida social del presente, razón por la cual se hace innecesario que la sociedad reaccione con una pena ⁶⁵. El delito de terrorismo, al menos los delitos de terrorismo cometidos por ETA en España, por mucho tiempo que haya transcurrido, siguen manteniendo un carácter desgraciada y terriblemente actual tanto para las víctimas como para la sociedad española en su conjunto. Cada atentado terrorista contribuye a actualizar todos los atentados anteriores, es algo así como una macabra dosis de recuerdo de la presencia constante de una organización criminal en la que siguen militando quienes cometieron atentados que hoy siguen impunes. Cada terrorista individual queda contagiado por la responsabilidad, al menos moral, de quienes atentaron con posterioridad a él. A efectos puramente dialécticos podría llegar a afirmarse que, aún admitiendo los plazos de prescripción de un delito de terrorismo, éstos quedarían moralmente interrumpidos con cualquier atentado posterior cometido por la organización.

Recientemente, con motivo de la próxima salida de la cárcel de determinados etarras condenados a penas de varios centenares de años, pero que se beneficiaron del sistema de redención de penas previsto en el Código Penal de 1973, se ha vuelto a poner de relieve esa contradicción entre el olvido legal y el olvido social. El cumplimiento de la condena, como ya hemos señalado, con la posterior cancelación de antecedentes penales, es una institución de olvido legal. No hay nada que oponer a esta institución. Pero el hecho de que un terrorista condenado por la comisión de varios asesinatos, que no ha dado ninguna muestra de arrepentimiento, pueda llegar a convivir en su pueblo de origen con los familiares de su víctima, eso sí crea una cierta polémica y malestar social. Se habla incluso de atenuar ese olvido legal del asesinato cometido con alguna institución jurídica ya utilizada en Italia o Alemania, como la libertad vigilada del terrorista que ya ha extinguido su responsabilidad, o de aumentar la pena máxima de 30 a 35 años ⁶⁶. Pero lo que resulta hasta cierto punto incomprensible es que se debata sobre los medios legales para evitar que un asesino recalcitrante

⁶⁵ R. BLOY, *Op. Cir.*, pág. 188.

⁶⁶ Vid el artículo "Los asesinos vuelven a casa", *El Mundo* 13 de agosto de 2001.

salga en libertad a los 22 años de cárcel, y no se diga nada sobre la posibilidad de que un parecido asesino, que ha tenido la habilidad o la fortuna de esconderse en un país vecino o remoto durante 20 años, pueda campar a sus anchas por territorio español sin que el derecho pueda evitarlo. Defender esa situación en nombre de la seguridad jurídica no parece ciertamente una bella causa.

2.º La defensa de la prescripción del delito, apoyándose en el hecho de la inutilidad de la pena que se pudiera imponer transcurrido un plazo amplio de tiempo, no resulta tampoco defendible en el caso de un delito de terrorismo. Ante todo, conviene recordar brevemente cuáles son los fundamentos de las diferentes teorías de las penas. En primer lugar, las teorías absolutas de la pena que tienen a Kant como su más destacado representante, justifican la pena por su racionalidad y justicia, independientemente de finalidades humanitarias o utilitarias. La pena es un mal que ha de oponerse de forma equivalente a la maldad del delito, es una retribución justa y equilibrada por el mal que se ha cometido⁶⁷. También Hegel puede adscribirse a esta teoría si bien se muestra más abierto a la posibilidad de que la pena varíe de acuerdo con circunstancias históricas y sociales, en este sentido dirá que “Un Código Penal pertenece a su época y a la situación de la sociedad civil en ella”⁶⁸. En cuanto las teorías relativas fundamentan la pena en las finalidades que puedan obtenerse con la imposición de la misma y, en particular, con su función preventiva. A este respecto se distinguen quienes, como Feuerbach, se declaran partidarios de una prevención general insistiendo en el efecto intimidatorio que las penas ejercen sobre los miembros de la sociedad y los que, como Von Listz, inician la teoría de la llamada prevención especial que considera que la pena es prevención mediante represión del delincuente concreto. Corrección, intimidación e inocuización son para Von Listz los tres posibles efectos positivos que la pena ha de buscar realizar acomodándose a los distintos tipos de delincuente⁶⁹. Por último están la teorías de la unión que buscarían una síntesis de las anteriores tomando de las teorías absolutas la idea de justicia en la pena y de las relativas la idea de utilidad. En este sentido Roxin, precursor de la llamada teoría dialéctica de la unión, pretende evitar exa-

⁶⁷ KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina, Madrid, Tecnos, 1994.

⁶⁸ HEGEL, *Principios de Filosofía del Derecho*, trad. J.L. Vermal, Buenos Aires, Ed Sudamericana, & 218.

⁶⁹ VON LISTZ, *La Idea de fin en Derecho Penal*, trad. C. Pérez del Valle, Granada, 1995, pág. 83. Sobre una visión general de las distintas teorías de la pena vid. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención” en *Poder Judicial* nº 46, págs 83 y sgs.

geraciones unilaterales y reconducir todos los fines de la pena hacia vías socialmente constructivas ⁷⁰. El enfoque metodológico propuesto por Roxin supone una conexión entre dogmática y política criminal que propugna la introducción de las valoraciones de ésta en la primera ⁷¹. En íntima conexión con esta concepción, la mayoría de la doctrina alemana ha procedido a distinguir dos elementos: el merecimiento de la pena y la necesidad de la pena. Mientras el primero hace referencia a un juicio de valor, el segundo contiene un juicio de utilidad o conveniencia ⁷². Estos dos principios, según ha señalado García Pérez, son identificables y coexisten necesariamente en el sistema de Derecho penal. “La aparente ausencia de uno de estos dos planos en algunas construcciones se debe –según García Pérez– a que en ellas se acentúa uno de ellos, aunque de forma más o menos encubierta se encuentran elementos del otro. En realidad este modelo es necesario en cualquier ordenamiento jurídico que no haga suya la máxima de que el fin justifica los medios” ⁷³. Todo precepto penal entraña, por tanto, una doble legitimación, una basada en la adecuación a valores y otra en la adecuación al fin. Si bien pueda afirmarse, como lo ha hecho Pérez Manzano, que la legitimidad conforme a valores está un poco olvidada en el análisis actual de la pena, no puede abandonarse, en absoluto una referencia a dicha legitimación ⁷⁴.

Las breves consideraciones anteriores sobre la fundamentación de la pena resultaban imprescindibles para proceder a una crítica de quienes defendieran la prescripción del delito de terrorismo basándose en el argumento general de que una pena impuesta al cabo de 20 años sería inútil y contraproducente desde el punto de vista de la política criminal. Evidentemente, desde la perspectiva de la justicia y del merecimiento de la pena, sería difícilmente justificable afirmar que la pena impuesta a un asesino, aunque sea al cabo de veinte años, es injusta o inmerecida. No es esta la cuestión. El problema que aquí se plantea es doble. Por una parte el de si resulta adecuado prescindir absolutamente de la consideración de valor en el hecho de que un injusto culpable como el asesinato terrorista quede impune por el mero transcurso del tiempo. Por otra, el de si realmente

⁷⁰ ROXIN, *Problemas básicos de Derecho Penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, pág. 34.

⁷¹ Vid. GARCÍA PÉREZ, *Op. Cit.*, pág. 308.

⁷² BLOY, *Op. Cit.* y GARCÍA PÉREZ, *Op. Cit.*, pág. 50.

⁷³ GARCÍA PÉREZ, *Op. Cit.*, pág. 322.

⁷⁴ PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Madrid, UAM, 1990.

resulta demostrada la inutilidad o ineficacia de la pena impuesta por un delito de terrorismo cometido hace veinte años.

En lo que se refiere al primer problema, resulta evidente la superación histórica de las teorías absolutas y retribucionistas según las cuales, conforme a la ley del talión, tal y como quería Kant, se impusiese la pena de muerte a quien ha asesinado. También, y aunque el tema se haya debatido, resulta hoy totalmente improcedente, a la par que inconstitucional según el Derecho español, la pena de cadena perpetua. El problema valorativo que aquí se plantea no es el de saber hasta dónde debe llegar la cuantía de la pena, sino el de reafirmar un principio ético cual es la defensa y el valor de la vida humana. La pena impuesta a quien ha asesinado conlleva el intento por restaurar un orden ético violado, fundamentado en la dignidad de todo ser humano individual. Como ha señalado Legendre, todas las construcciones relativas al crimen y a la pena están en relación con lo que los romanos llamaban “instituir la vida”. La sentencia judicial que condena al asesino restaura el principio de humanidad no solo de la sociedad sino del propio condenado, reintegra al asesino a la comunidad de los humanos, marginalizando el significado de su crimen ⁷⁵. Dejar impune un asesinato, atribuyendo consecuencias éticas a un hecho físico como el mero transcurso del tiempo, significaría en el fondo una banalización de la vida humana. En definitiva, prescindir de estas consideraciones éticas y desconectarlas totalmente de una pena, o ausencia de pena, fundamentada en una presunta conveniencia, no parece muy conforme a una teoría de la pena basada en la dialéctica de valor y eficiencia.

En cuanto al juicio de efectividad cabe también poner en tela de juicio las afirmaciones según las cuales resultaría de todo punto inútil e ineficaz la imposición de una pena a un terrorista que ha cometido su delito hace más de 20 años. Desde el punto de vista de la eficacia y la necesidad de la pena en los delitos de terrorismo, la experiencia parece demostrar que, en general, la mayoría de los terroristas no modifican su actitud ni sus ideas, ni dan muestras de arrepentimiento aún después de permanecer muchos años en prisión. Entre las tres posibles finalidades de la pena que señalaba Von Listz: corrección, intimidación e inoctrinación, no parece realista pretender que la pena impuesta al terrorista vaya a tener un efecto intimidatorio sobre los demás miembros de su organización. En el caso de los delitos de terrorismo, la función de prevención general, por muy duras que

⁷⁵ P. LEGENDRE, l'Impardonable, en el vol. *Le Pardon...*, *Op. Cit.*, pág. 36. Sobre el concepto de marginalización del significado del hecho vid. G. JAKOBS, “Sobre la Teoría de la Pena”, *Poder Judicial* nº 47., pág. 154.

sean las penas que se hayan impuesto, no ha podido ser confirmada a la luz de la experiencia histórica. Lo mismo cabría decir de la función correctora. Parece sensato partir del presupuesto político de que el delincuente terrorista es incorregible y que lo único que puede pretender la pena es su inocuidad. ¿Es realista afirmar que el terrorista que cometió un asesinato hace más de veinte años es inocuo? A mi juicio la respuesta debe ser claramente negativa. Si se duda razonablemente de la inocuidad de un terrorista que ha cumplido una condena de veinte años hasta el punto de tratar de someterlo a una especie de libertad vigilada tras la cárcel, ¿en virtud de qué argumento puede afirmarse la inocuidad de un terrorista que ha permanecido en libertad durante veinte años tras la comisión de su crimen? El olvido sin más, la institución jurídica del olvido que representa la prescripción del delito, no puede presentarse con honestidad como una medida de política criminal eficaz en la lucha antiterrorista mientras siga subsistiendo una organización que legitime los crímenes pasados, presentes y futuros.

Ahora bien, si la política criminal en la lucha antiterrorista no puede fundamentarse en instituciones jurídicas del olvido como es la prescripción, sí puede hacerlo en instituciones jurídicas del perdón tales como el indulto o la atenuación y remisión de la pena, condicionando siempre, eso sí, el otorgamiento del perdón a la previa petición del mismo. Dado el tema del presente trabajo centrado en la prescripción, no podemos entrar aquí en el análisis complejo y detallado de estas causas de atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, algo que, por otra parte fue objeto de un exhaustivo estudio por parte de la profesora Cuerda-Arnau, que se centró en el análisis del Art. 57 bis, b) introducido por Ley Orgánica 3/1988 de 25 de mayo, antecedente inmediato del vigente artículo 579 del Código Penal de 1995 ⁷⁶. La “petición de perdón” para que los Jueces o Tribunales puedan imponer la pena inferior en uno o dos grados, se fundamenta en un arrepentimiento eficaz que implica tanto el abandono voluntario de las actividades terroristas y la confesión de los hechos en que se haya participado, como una colaboración con las autoridades para impedir la actuación o desarrollo de las bandas con que haya colaborado. En esta medida el argumento pragmático y de eficacia en la lucha antiterrorista se muestra con tanta evidencia que permite justificar un rebajamiento de las exigencias éticas de la pena. El pronóstico favorable sobre

⁷⁶ M.L. CUERDA-ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995.

la peligrosidad del individuo y el daño infligido a la organización terrorista por su actuación, son fundamentos incontestables para el otorgamiento de un perdón por muy parcial que este sea y aunque esto implique un tratamiento privilegiado que ni siquiera pueden alcanzar los inculpados por delitos leves ⁷⁷.

Lo que nos interesa subrayar aquí también es el hecho de que el juego de la prescripción del delito puede ir en contra de la medida de política criminal por la que se atenúa la pena del terrorista que se presenta voluntariamente a las autoridades para colaborar con ellas. Efectivamente, pensemos en un hipotético terrorista que hace muchos años que delinquirió y se está planteando la posibilidad de entregarse. Es lógico que dados los costes personales y el riesgo que para él y su familia puede representar la colaboración con las autoridades, especule con el plazo de prescripción de 20 años. Transcurrido este plazo sabe que obtendrá mayores beneficios que los derivados del artículo 579 del Código Penal. Este le ofrece tan solo un perdón parcial mientras que con el transcurso del plazo de prescripción logrará una absolución total y mucho menos costosa.

3.º Aunque tenga menos importancia, hemos de hacer una breve referencia al argumento que defiende la prescripción del delito por motivos procesales. El transcurso del tiempo, se nos dice, puede originar errores judiciales a la hora de juzgar los delitos porque en ese momento las pruebas “no estarán frescas”. En el fondo este argumento que se suele utilizar para justificar la prescripción tiene un carácter complementario pues por sí solo carece de consistencia. La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad, como ya hemos visto, no puede ser puesta en entredicho por este argumento. En delitos graves y espectaculares como los de terrorismo que quedan grabados en la memoria de la sociedad, los medios de prueba acumulados, incluso la prueba de testigos, pueden llegar a tener un carácter irrefutable. Pero, además, como ha señalado Bockelmann, el transcurso del tiempo no lleva aparejados necesariamente problemas de prueba. Hay pruebas incontestables que aparecen al cabo de mucho tiempo y delitos recién cometidos cuya prueba resulta problemática. El Derecho procesal penal dispone por otra parte de mecanismos para evitar posibles errores de apreciación de la prueba, en particular el peligro

⁷⁷ Frente a C. LAMARCA que en su obra *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, considera que la peligrosidad del terrorista se mantiene aún después de haberse beneficiado de la atenuación, GARCÍA PÉREZ en *Op. cit.*, pág. 211, considera que el fundamento de la atenuación está en un pronóstico favorable de peligrosidad.

de dictar sentencias erróneas por una prueba insuficiente o endeble puede quedar conjurada por el principio *in dubio pro reo* ⁷⁸.

Analizados y rebatidos los argumentos tradicionales a favor de la prescripción, en lo que a los delitos de terrorismo se refiere, vamos a proceder a continuación a suministrar dos argumentos adicionales referentes a consideraciones históricas y al papel de las víctimas.

1.º Razones históricas y de derecho comparado. La prescripción del delito, como hemos tenido ocasión de ver al principio de esta exposición, si bien se remonta a la antigüedad, solo comenzó a adoptarse en los países de tradición romanista a principios del siglo XIX. Pero, aunque vinculada al *Códe de Procédure Penal* de Napoleón, la prescripción no puede ser considerada ni nunca lo ha sido, como una institución vinculada a los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Su origen convencional e histórico fue convenientemente destacado por las diferentes comisiones de juristas, creadas en el año 1964, para debatir la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. Se trata, por tanto, de una institución que no puede ser revestida de los caracteres de inmutabilidad y universalidad. En todo el ámbito del derecho anglosajón la institución de la prescripción del delito es ignorada, y así, por ejemplo, podemos comprobar cómo el ladrón del tren correo de Londres, al volver voluntariamente a Inglaterra para bien morir, después de haber pasado treinta años en Brasil, es detenido e ingresado en prisión al no poderse beneficiar de prescripción alguna. Pero también, en el ámbito jurídico dominado por el Derecho Romano encontramos soluciones diferentes no solo en la variedad de plazos, sino también en la admisión de la imprescriptibilidad de ciertos delitos. Así en el Art. 78 del Código Penal Alemán donde se establecen los distintos plazos de prescripción que van desde los 30 años para los delitos castigados con pena de reclusión perpetua hasta los 3 años para los delitos castigados con pena de prisión hasta un año, se determina también la imprescriptibilidad tanto del delito de genocidio como del de asesinato. En el Código Penal italiano, Art. 157, se establecen seis escalas que van desde los 2 años para los delitos castigados con pena de multa hasta los 20 años para los delitos sancionados con pena de reclusión no inferior a 24 años. No obstante, en este último caso algunos autores sostienen la idea de que para penas mayores a la reclusión no rige el beneficio de la prescripción ⁷⁹.

⁷⁸ BOCKELMAN, *Niederschriften über die Sitzunguen der Grossen StrafrechtKommission*, Vol. II, cit. por GARCÍA PÉREZ, *Op. cit.*, pág. 286.

⁷⁹ BETTIOL, *Diritto Penale*, Padova, 1978, pág. 806 y G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol 6, pág. 366.

A esto habría que añadir que en el ámbito del Derecho Internacional contemporáneo se ha ido produciendo una indudable apertura hacia el concepto de imprescriptibilidad, como ya hemos visto a propósito de los crímenes contra la humanidad, pero que también se puede reseñar en otros delitos como el de robo o exportación ilegal de objetos artísticos pertenecientes al patrimonio cultural de un país, según la Convención de la UNESCO de protección de bienes culturales de 1970. Siguiendo esta evolución Bourguet cree en la probabilidad de que los límites de lo inaceptable y de lo imprescriptible vayan extendiéndose a medida en que se vaya reconociendo una necesidad de disuasión para determinados delitos: “es preciso que el autor potencial de tales actos sepa, por anticipado, que no puede esperar la protección del tiempo, ni del espacio”⁸⁰. El proceso de internacionalización del delito de terrorismo ha ido llevando poco a poco a la adopción de instrumentos jurídicos internacionales encaminados a la supresión de santuarios terroristas, y a que el terrorista no pueda sentirse protegido por una determinada frontera. El Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, hecho en Nueva York el 15 de diciembre de 1997, es una buena muestra de esa tendencia⁸¹. Eliminar la protección del espacio para el terrorismo, mediante la cooperación internacional, puede ser un paso para el firme rechazo de que el terrorista pueda protegerse en el transcurso del tiempo.

2.º El papel de las víctimas. Como ha destacado el profesor Beristain, el Derecho penal tradicional se ha edificado sobre la relación fundamental y prácticamente única: delincuente-Estado, sin prestar ninguna atención a la víctima⁸². El proceso iniciado en los años setenta en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología ha provocado un cambio radical de perspectiva. En el año 1979 fue creada la Sociedad Internacional de Victimología y, desde esa fecha, el número de estudios, congresos e iniciativas dedicados a destacar el papel de la víctima en el Derecho penal, no ha hecho más que acrecentarse. Uno de los numerosos aspectos en los que la importancia de la víctima tiene que ser destacada es en su papel en las distintas fases del proceso penal. En general ese papel ha sido totalmente pasivo, mientras que progresivamente se va intentando conso-

⁸⁰ BOURGUET, *Op. cit.*, pág. 59.

⁸¹ Sobre el carácter internacional del delito de terrorismo vid. J. ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2000.

⁸² A. BERISTAIN (dir), *Victimología*, VIII Cursos de Verano de San Sebastián, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1990, pág. 85.

lidar su derecho a la información en el momento del registro o admisión de la renuncia, en todos los estados de la instrucción del proceso, en el momento en que el ministerio público o el juez adopten decisiones que les conciernan, así como su derecho a ser informado sobre las posibilidades de compensación dentro o fuera del proceso penal. En este sentido la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo, presentó a finales de 2000 un informe para la redacción de un Estatuto de las víctimas en el Proceso Penal ⁸³. En coherencia con esa tendencia habría que situar el problema de la prescripción del delito bajo la perspectiva de la víctima. Aunque uno de los ejes de la reforma del Estatuto de las víctimas en el proceso penal es la de lograr una justicia penal no vindicativa, sería erróneo interpretar la oposición de la víctima a la prescripción del delito como un mero deseo de venganza. Por el contrario, sería comprensible y legítima la frustración de una víctima del terrorismo si, transcurrido el tiempo señalado, llegara a ver en libertad a quien le infligió su daño sin haber obtenido la más mínima satisfacción moral o económica. El libro estremecedor de Cristina Cuesta que recoge numerosos testimonios de víctimas del terrorismo de ETA, tiene como expresivo título *Contra el Olvido* y nos saca a la luz las cifras negras de muchos crímenes que quedan aún por esclarecer, y de los numerosos procesos en que las víctimas ignoran la situación procesal de quien atentó contra ellas. “Luchar contra el olvido –dice Cuesta– es progresar en el conocimiento de una sociedad dañada que ha dañado mucho a otras, que no ha merecido lo sufrido y que no supo reaccionar a tiempo. El olvido, además de imposible es antipedagógico” ⁸⁴. Por esta razón la prescripción del delito de terrorismo podría llegar a ser considerada por las víctimas como la consagración de un antipedagógico discurso jurídico del olvido que arroja la tierra del tiempo sobre multitud de crímenes sin esclarecer.

Todos los argumentos que acabamos de ofrecer para declarar imprescriptibles los delitos de terrorismo, necesitarían completarse con las adecuadas consideraciones de técnica legislativa. Habría de discutirse entonces sobre el carácter sustantivo o procesal de la prescripción y sobre la posibilidad de su aplicación retroactiva tal y como se hizo en la República Federal de Alemania en 1964, algo que también ha sido ampliamente

⁸³ A. BERISTAIN, Víctimas y Terrorismo en el Parlamento Europeo, *El País*, 30 de mayo de 2001.

⁸⁴ C. CUESTA, *Contra el olvido*. Testimonios de víctimas del terrorismo, Madrid, Temas de Hoy, 2000, pág. 221.

debatido en nuestro derecho ⁸⁵. Asimismo se tendría que decidir acerca de si la imprescriptibilidad, aparte de la ya afirmada sobre el delito de genocidio, pudiera extenderse bien al delito de terrorismo o bien al asesinato en general tal y como se hace en el Código Penal alemán. Queden simplemente apuntados esos temas para el improbable caso de que las propuestas aquí realizadas con motivo del asesinato del General Querol, lleguen a debatirse públicamente.

⁸⁵ Una revisión de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema puede verse en los comentarios de SERRANO BUTRAGUENO, *Op. cit.*, págs 899 a 903. En cuanto al debate sobre el carácter de ley ordinaria u orgánica que ha de tener la prescripción vid S.T.C. 152/1987 de 7 de octubre que la considera ley ordinaria, en contra el comentario crítico de RODRÍGUEZ RAMOS, “Prescripción del delito y derechos fundamentales” en *La Ley* 1988.