

# LA ATENUACIÓN DE LA PENA DEL PARTICIPE EN LOS DELITOS ESPECIALES COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO

## THE ATTENUATION OF THE ACCOMPLISHER PENALTY IN THE SPECIAL OFFENSES AS A TOOL FOR LEGAL ORDERING OF THE PAST

Francisco Muñoz Conde<sup>1</sup>

### RESUMEN

En 1968 entró en vigência en Alemania la Ley de Introducción a la Ley sobre las infracciones administrativas, que logró reformar el entonces parágrafo 50 del Código Penal, imponiendo al partícipe solamente la pena de tentativa cuando ello no presentara las circunstancias personales que fundamentaban la penalidad del autor. Tal elaboración legislativa, en el momento en que se le ocurrió, produjo enorme impunidad a los autores materiales de los asesinatos practicados bajo el régimen nacionalsocialista, permitiéndolo, a aquellos que no se habían beneficiado de la prescripción de sus delitos, la exclusión de su responsabilidad penal o su calificación únicamente como cómplices del crimen cometido.

Palabras clave: Nacionalsocialismo. Participación. Elaboración Legislativa. Exclusión de la Responsabilidad Penal. Atenuación de la Pena.

### ABSTRACT

In 1968 start to viger in Germany the legal bases of administrative offenses, which managed to reform the then paragraph 50 of the Penal Code, imposing to the accomplice so only penalty of attempt when he doesn't have personally the same circumstances that justified the main author's culpability. Such legislative drafting, in the moment that occurred, has produced enormous impunity to the material perpetrators of the National Socialist regime's killings, allowing those who had not benefited from the prescription of their crimes, the exclusion of their criminal liability or their qualification only as accomplices of the crime committed.

Keywords: Nacionalsocialism. accomplish. Legislative drafting. Exclusion of criminal liability. Mitigation of the sentence.

---

<sup>1</sup> Doutor Honoris-causa pela Universidad de Salamanca. Foi Professor Catedrático da Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha. *E-mail*: f.conde@terra.com

1. El 1 de octubre de 1968 entró en vigor en la República Federal de Alemania la Ley de Introducción a la Ley sobre las infracciones administrativas (*Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz*). En dicha Ley se regulaba de modo general el poder sancionatorio de la Administración, algo que hacía tiempo venía reclamando la doctrina y la praxis alemanas, entre otras cosas para poder diferenciar con la mayor claridad posible las infracciones de carácter administrativo de las infracciones delictivas y dotar a aquellas de una regulación unitaria común a todos los sectores en los que la Administración pública puede imponer sanciones propias de este ámbito. Esta Ley no tenía, por tanto, por qué invadir el ámbito estrictamente penal, ni hacer ninguna modificación en las leyes penales, sobre todo en el Código penal, que en aquellos momentos estaba a punto de ser reformado con una ley que entró en vigor poco después en 1969.

No deja, por tanto, de ser sorprendente que de una forma solapada y sin que aparentemente nadie lo hubiera pedido se introdujera a través de esta Ley de Introducción a la Ley sobre las infracciones administrativas un apartado 2 en el parágrafo 50 en el Código penal, que literalmente decía lo siguiente:

2. Si faltan en el partícipe las específicas cualidades, relaciones o circunstancias personales (elementos personales especiales), que fundamentan la penalidad del autor, la pena correspondiente debe ser atenuada conforme a la pena de la tentativa.<sup>2</sup>

Aunque esta atenuación para el partícipe en el que no concurrían los elementos específicos de carácter personal que tiene que tener el autor de los delitos especiales, había sido defendida por algún sector de la dogmática penal alemana, dicha aspiración no era compartida de forma unánime, ni siquiera mayoritaria, y desde luego tampoco existía ninguna razón de urgencia para introducirla de forma solapada en el Código penal a través de una Ley de que solo regulaba el ámbito de las infracciones administrativas. Luego alguna causa o intención encubierta debió haber para ello. Sin embargo, no deja de ser sorprendente que entonces nadie diera una explicación suficiente de la razón de dicha reforma y todavía hoy, por lo menos en los Tratados de la dogmática penal alemana tampoco se hable del extraño origen de este precepto, ahora convertido, tras la reforma de 1969, en el apartado 2 del parágrafo 28 del Código penal alemán, que reproduce casi literalmente el apartado segundo del anterior parágrafo 50.

---

<sup>2</sup> ALEMANHA. **Gesetz über Ordnungswidrigkeiten** (OWiG), 1968. Artículo 1, ítem 6. Nuestra traducción. Disponible en: <[http://www.gesetze-im-internet.de/owig\\_1968/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/index.html)>. Acceso en: 4 jan. 2016.

Un precepto similar fue introducido el año 2003 en el Código penal español, cuyo artículo 65, 3, establece ahora que:

Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señala por la Ley para la infracción de que se trate.<sup>3</sup>

Si bien el precepto del Código penal español tiene algunas diferencias con el correspondiente del Código penal alemán, motivadas en parte por no existir en el Código penal alemán la figura del cooperador necesario, y por no referirse el español al cómplice, que de todos modos en el Código penal español es siempre obligatoriamente castigado con una pena inferior en grado a la del autor (art.63), la diferencia fundamental entre una y otra regulación es que mientras, por lo que se refiere a los partícipes en los que no concurren los elementos personales que fundamentan la culpabilidad del autor, en la regulación alemana la atenuación de la pena, conforme a lo que dispone el parágrafo 49 para la tentativa, es obligatoria para el partícipe (inductor o cómplice), en la española es meramente facultativa para el inductor o el cooperador necesario, excluyéndose al cómplice. No es nuestra intención, sin embargo, hacer ahora un análisis detenido del art.65, 3 del Código penal español, sobre el que se ha publicado recientemente en España libro monográfico con la contribución de diversos autores<sup>4</sup>, sino poner de relieve las consecuencias que la introducción de una regla similar en el Código penal alemán tuvo en la elaboración jurídica del pasado nazi y concretamente en la exclusión de la responsabilidad penal de los que durante la vigencia de aquel régimen contribuyeron, favorecieron o incluso cometieron directamente los crímenes más graves contra la Humanidad, incluyendo su participación en el Holocausto, posteriormente calificado como Genocidio.

2. Parece realmente anómalo que un precepto aparentemente inocuo y de alcance puramente dogmático pudiera ser utilizado con tal finalidad, pero como se puso ya de relieve en el momento en que se introdujo y posteriormente ha sido puesto de relieve por algunos autores que se han ocupado del tema, la introducción de este precepto en el Código penal alemán tuvo inmediatamente consecuencias directas en el sobreesimiento de los procesos que en aquella época se llevaban a cabo contra los responsables de crímenes más

---

<sup>3</sup> ESPANHA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madri: Ministério da Justiça, 1995. Disponible en: <[https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria&modo=1](https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1)>. Acceso en: 4 jan. 2016

<sup>4</sup> RAMOS, Enrique Peñaranda et al. **Responsabilidad en los “delitos especiales”**: el debate doctrinal en la actualidad. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2014.

brutales cometidos durante el régimen nacionalsocialista, muchos de los cuales quedaron, en base a la reforma que ahora se comenta, completamente exonerados de cualquier tipo de responsabilidad penal por los delitos que cometieron.

Es cierto que tras los procesos de Nuremberg llevados a cabo por los Tribunales nombrados por los Aliados para juzgar a los principales responsables del régimen nazi (1946/1947), ya en plena Guerra fría, la Fiscalía y los Tribunales alemanes mostraron poco interés en la persecución de los crímenes cometidos durante el periodo nacionalsocialista y que buena parte de la opinión pública alemana se mostró partidaria de hacer borrón y cuenta nueva y de darle carpetazo a aquel agujero negro de la reciente historia alemana a través de leyes de amnistía o de punto final, o simplemente dejando languidecer en los Juzgados las denuncias y escasos procesos que se habían iniciado tras la normalización de la praxis judicial alemana, sobre todo en la República Federal Alemana, tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949.

También es cierto que ante la magnitud y gravedad de los delitos cometidos, y ante la preocupación que suscitaba que, como se expresaba gráficamente en el título a un conocido film alemán de la posguerra: “Die Mörder sind unter uns” (“Los asesinos están entre nosotros”), los intervinientes en aquellas monstruosidades estuvieran en libertad, ejerciendo sin el menor problema con sus nombres y apellidos las mismas profesiones e incluso altos puestos en la Administración pública y de Justicia, hubo algún intento de iniciar procesos penales contra los principales responsables de dichos crímenes. La mayoría de ellos habían vuelto a desempeñar, de forma más o menos anónima, profesiones liberales, como médicos, abogados, comerciantes, empresarios, e incluso ocupar cargos importantes en diversas instituciones de la Administración pública, incluidas la universitaria y la Administración de Justicia. Y contra muchos de ellos ni siquiera se habían iniciado procesos penales, o estos languidecían en los armarios de los Juzgados, sin que nadie se atreviera a llevarlos hasta el final.

No obstante, la impunidad de estos sujetos era tan escandalosa que en algunos casos se llegaron a celebrar procesos que culminaron con condenas, que por las razones que seguidamente veremos, la mayoría de las veces fueron puramente simbólicas, o se tradujeron penas leves que ni siquiera llegaron a cumplirse.

Uno de estos procesos fue el llevado a cabo en Ulm, en 1958 contra diez miembros de los *Einsatzgruppen* o *Kommandos*, que fueron los encargados de llevar a cabo la limpieza racial en los países del Este europeo ocupados por las tropas alemanas, eliminando centenares de miles de judíos, bien fusilándolos directamente, o cometiendo todo tipo de brutalidades, como incendiar casas, almacenes o Sinagogas mientras estaban dentro personas, o enviando finalmente a los que no habían sido eliminados previamente

a los Campos de Exterminio de Auschwitz, Sobibor o Treblinka, en los que la mayoría perecieron, bien en las Cámaras de Gas, bien por las deficientes condiciones de vida o de extenuación por los trabajos forzosos a los que fueron sometidos. Concretamente en el Proceso de Ulm, que comenzó en abril de 1958, se juzgaron los crímenes cometidos por los acusados, pertenecientes a uno de los Kommandos de intervención, que hasta entonces habían estado en libertad ejerciendo sus respectivas profesiones sin el menor problema.

Todo comenzó cuando uno de ellos solicitó de nuevo el puesto en la Administración pública que había ocupado antes de enrolarse en los *Einsatzgruppen*. La solicitud de este sujeto, un tal Bernhard Fischer-Schweder, motivó que la Fiscalía investigara las actividades que él y los otros nueve acusados llevaron a cabo en un pueblo de Letonia.

Cuando uno lee los hechos probados que se relatan en la sentencia comprende que la opinión pública alemana no pudiera permanecer insensible ante la gravedad de lo que allí se relataba. Más de cinco mil judíos, hombres, mujeres y niños, fueron fusilados, transportados como animales a base de latigazos y culatazos, a los lugares en los que iban a ser ejecutados. Allí eran formados en grupos de diez, obligándoles primero a que abrieran unas zanjas delante de las cuales eran fusilados, y lo mismo hacían con el siguiente grupo que previamente tenían que enterrar a los ya fusilados. Tras las ejecuciones algunos de los autores materiales de estos hechos, luego acusados en el proceso de Ulm, se fotografiaban delante de los fusilados y de las zanjas, celebrando las ejecuciones con botellas de cerveza y licor que mostraban ostentadamente.

El Tribunal de Ulm, como era esperable ante la gravedad de los hechos que se declararon probados, condenó a los acusados como “cómplices de asesinatos múltiples” a penas que oscilaron entre 3, 5, 7 y 15 años de prisión<sup>5</sup>.

Más adelante trataré de explicar por qué, aun habiendo quedado probado que los hechos fueron realizados directamente por los acusados, éstos sólo fueran condenados como “cómplices”. En todo caso, el proceso tuvo una enorme repercusión mediática y sirvió como revulsivo para iniciar otros procesos similares contra otros muchos criminales

---

<sup>5</sup> Sobre el Proceso de Ulm hay numerosas referencias bibliográficas y documentales, muchas de ellas fácilmente localizables en Internet. Sobre las actividades que en general llevaron a cabo esas *Einsatzgruppen* en los territorios del Este europeo ocupado por las tropas alemanas hay igualmente numerosa información bibliográfica, que en parte se puede ver en Internet. El trabajo más completo sobre este grupo es el de KRAUSNICK, Helmut. **Hitlers Einsatzgruppen: die Truppe des Weltanschauungskrieges 1938-1942.** Frankfurt Main: Fischer Taschenbuch, 1985. También interesante el de GOLDHAGEN, Daniel Jonah. **Los verdugos voluntarios de Hitler: los alemanes corrientes y el Holocausto.** Traducción de Jordi Fibla. Madrid: Taurus, 1996. Especialmente importante entre los Procesos de Nuremberg fue el Proceso contra los dirigentes de estos *Einsatzgruppen*, en el que se pronunciaron varias penas de muerte contra los principales responsables. En este proceso la defensa de los principales acusados presentó un dictamen del penalista Reinhardt Maurach, en el que se decía que los acusados actuaron en defensa putativa del Estado, por razones ideológicas (el dictamen se encuentra incorporado en las Actas de ese proceso).

nazis, que claramente habían intervenido directa o indirectamente en los crímenes masivos, asesinatos, deportaciones, etc, cometidos durante el régimen nacionalsocialista. El más famoso de estos procesos es el iniciado en Frankfurt am Main el año 1965 a instancias del Fiscal general de Hessen Fritz Bauer contra algunos de los principales responsables de los crímenes cometidos en el Campo de Exterminio de Auschwitz. Más adelante me ocuparé de las consecuencias que tuvo ese Proceso conocido como el Auschwitz Prozess (Proceso de Auschwitz) en la persecución penal de los principales responsables de los crímenes nazis<sup>6</sup>.

3. Tras la finalización del Proceso de Ulm y antes de que comenzara el Proceso de Auschwitz, se planteó, sin embargo un problema jurídico que necesariamente iba a repercutir en la continuación los procesos penales apenas iniciados contra los criminales nazis. Y es que conforme al Código penal alemán vigente en 1945, el delito de homicidio prescribía a los quince años, y el de asesinato a los veinte. Es decir, que ya a partir de 1960 los hechos calificados como homicidio que, por la causa que fuera, no habían sido perseguidos penalmente, quedaban ya prescritos y no podían ser objeto de persecución penal. Y lo mismo tendría que suceder con los hechos calificados de asesinato a partir de 1965.

Ello planteaba el problema de cómo distinguir un simple homicidio doloso de un asesinato, tarea no siempre fácil de resolver dado que para la calificación de asesinato se necesitaba probar los elementos típicos característicos de este delito, que según el parágrafo 211 del Código penal alemán son el causar la muerte de otra persona para satisfacer un placer asesino, para satisfacer el instinto sexual, o por codicia u otros motivos bajos, o con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyan un peligro público o para facilitar otro delito o para encubrirlo. A la vista de esta regulación del asesinato muchos de los acusados que habían participado en los pelotones de fusilamientos o que simplemente se encargaban de tareas que no implicaban intervención directa en las ejecuciones, o que sólo participaron en tareas burocráticas de organización del transporte a los Campos de concentración, alegaron que no concurrían en ellos los elementos característicos del asesinato, por lo que fácilmente sus abogados defensores podían mantener la tesis de que los hechos que habían realizado los acusados todo lo más merecerían la calificación simples homicidios dolosos, que a partir de 1960 habrían ya prescrito.

---

<sup>6</sup> El Proceso de Auschwitz (o mejor dicho los tres Procesos de Auschwitz, que tuvieron lugar en Frankfurt am Main entre 1963 y 1968), tuvo aún mayor resonancia que el de Ulm, y ha motivado gran cantidad de bibliografía, documentos y filmes. Un buen resumen del proceso, de los acusados y de sus actividades, de cómo funcionaba el Campo de Exterminio, etc., lo ofrecen WERLE, Gerhard; WANDRES, Thomas. **Auschwitz vor Gericht: völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz: mit einer Dokumentation des Auschwitz-Urteils.** München: C. H. Beck, 1995. Igualmente se puede encontrar abundante información en Internet si se escribe en el correspondiente servidor "Auschwitzprozess", en alemán, o sus equivalentes en otros muchos idiomas, especialmente en español o inglés.

Por otra parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán mantenía una tesis subjetiva de la participación, según la cual los partícipes en un asesinato que no actuaban con voluntad de autor, sino meramente cumpliendo las órdenes de los verdaderos autores, tenían que ser castigados como cómplices con la pena de la complicidad que, a diferencia de la pena aplicable a los autores de asesinato (prisión perpetua) era una pena de tres a quince años de prisión<sup>7</sup>.

Esta tesis jurisprudencial determinó que también en los casos en los que la acusación era por asesinato, los Tribunales condenaran a los acusados todo lo más como cómplices, con penas privativas de libertad que en ningún caso podían ser superiores a los quince años y que en la mayoría de los casos fueron de poco más de tres o cinco años, como sucedió en el Proceso de Ulm y luego en el de Frankfurt<sup>8</sup>.

Estas leves penas para sujetos que habían intervenido en los crímenes más graves, incluido el Holocausto, en los Campos de Concentración y de Exterminio, eran a todas luces insuficientes y realmente escasamente proporcionadas a la gravedad de los delitos de los que eran acusados, cuya intervención en los mismos, bien directa o indirectamente, quedaba perfectamente probada. Pero en la Dogmática penal alemana de la época apenas suscitaron interés o comentario. Sólo el entonces joven Privatdozent Claus Roxin, quien en su escrito de habilitación "Täterschaft und Tatherrschaft" (1962) y en un artículo que era una capítulo del mismo, publicado en la revista *Goltdammer's Archiv* en 1963<sup>9</sup>, después de haber sido rechazado por la revista *JuristenZeitung*<sup>10</sup>, criticó esta jurisprudencia, considerando que

---

<sup>7</sup> Sobre esta jurisprudencia y sus diversas variantes véase ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. Berlin: W. de Gruyter, 2006. p. 51 y ss.; también de forma más resumida, el mismo, *Id. Strafrecht: allgemeiner*. München: Beck, 2003. v. 2, p.11 y ss.

<sup>8</sup> Sin embargo, en los Procesos de Auschwitz se condenó a algunos de los acusados como autores de asesinato con la pena de prisión perpetua, lo que sin duda fue, sólo en parte, un triunfo personal del Fiscal Fritz Bauer, quien insistió durante todo el proceso, en contra de la tesis jurisprudencial, que la mayoría de los acusados, formaban parte de un mismo grupo criminal, actuando con el mismo propósito criminal, dividiéndose por razones operativas las funciones organizativas y de ejecución que a cada uno le correspondían. Sin embargo, sólo alguno de los acusados fueron condenados a prisión perpetua recibiendo los demás, considerados como cómplices, penas que oscilaban entre los 3 y los 15 años de prisión. No obstante, la condena a prisión perpetua, rompiendo con la jurisprudencia de estos casos, y la resonancia que este proceso tuvo en la sensibilización de la opinión pública, no siempre favorable a este tipo de procesos debió preocupar a quienes querían borrar para siempre este pasado de la historia alemana y de sus propias historias, de ahí que pronto comenzaran maniobras para evitar que se volvieran a celebrar procesos similares.

<sup>9</sup> *Mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, en *Goltdammer's Archiv*, 1963.

<sup>10</sup> En el libro de Barbara Just-Dahlmann/Helmuth Just, "Die Gehilfen", 1988, se narra una encuesta que se hizo en los años 60 entre los profesores de Derecho penal entonces más destacados preguntándoles su opinión sobre la jurisprudencia que consideraba que los criminales nazis sólo podían ser castigados como "cómplices". JUST-DAHLMANN, Barbara; JUST; Helmut. **Die Gehilfen: NS-Verbrechen und die Jusitz nach 1945**. Frankfurt Main: Athenäum, 1988. Paradójicamente la mayoría se abstuvieron de dar



en casos como el de los llamados “delincuentes de escritorio”, igual que en el de otros miembros del aparato de poder nazi que decidieron y organizaron el exterminio de millones de judíos y de otros grupos de personas como gitanos, delincuentes comunes, asociales, etc, se trataba de verdadera “autoría” (mediata), en la medida que todos eran integrantes de una organización, las SS, que actuaban jerárquicamente, siguiendo las órdenes de sus inmediatos superiores, desde Hitler, Himmler o Heydrick, hasta el último eslabón que eran los meros ejecutores, autores directos de los asesinatos. En otro trabajo me he ocupado de las razones que hicieron que la tesis de Roxin no tuviera entonces ningún éxito ni en la Jurisprudencia ni en la doctrina alemana de la época, y de los avatares que dicha tesis sufrió hasta que finalmente fue aceptada y aplicada por el Tribunal Supremo alemán para fundamentar la condena de los dirigentes de la República Democrática Alemana por los delitos cometidos en dicho país durante la época de la separación en dos de la Nación alemana, entre otros por los guardianes del Muro de Berlín que dispararon y mataron a muchos de los que intentaron escapar a la República Federal Alemana<sup>11</sup>.

---

su opinión o dieron evasivas de carácter moral o jurídico, aunque otros, como Spindel o Baumann, la criticaron abiertamente. Digna de resaltar es la frase que dijo Baumann de que con la teoría subjetiva en la época del nacionalsocialismo “hubo un solo autor, Hitler, y sesenta millones de cómplices”. Uno de los que respondió a esa encuesta fue el entonces joven Privatdozent Claus Roxin, quien no sólo se expresa en contra de dicha jurisprudencia, sino que señala que ha escrito un artículo defendiendo su tesis de que en estos casos se puede hablar de autoría mediata, indicando que dicho artículo lo ha enviado para su publicación a la revista *JuristenZeitung*, que, sin embargo, no lo había publicado, lo que motivó que, como el mismo dice, dirigiera una carta de protesta a dicha revista. Luego el artículo salió publicado en *Goldammer´s Archiv*, citado anteriormente. Merece la pena transcribir literalmente la respuesta de Roxin el 15.1963 (p. 167 y ss. del mencionado libro):

*“Le agradezco cordialmente el envío de su escrito ‘sobre los Procesos NS’ (se refiere a los procesos contra los nazis, NT). Comparto plenamente su preocupación y también su opinión de que es tarea de la Ciencia alemana del Derecho penal ‘volver a poner en su sitio los límites desplazados’. Por esta razón elegí como Lección para mi Habilitación el 14.2.1963 en Hamburgo el tema ‘Delitos en el marco de aparatos de poder organizados’. En este trabajo he criticado la tendencia de la jurisprudencia a conceder una circunstancia atenuante por la vía no prevista legalmente de la complicidad, criticando con ello también vehementemente la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Stachinsky. El manuscrito de dicho trabajo lo envié para su publicación a la Revista *Juristenzeitung* el 5.2.1963. Ante la inminente actualidad del tema (en aquel momento se debatía el caso Eichmann, NT) les pedí que me dieran una pronta respuesta e incluso le escribí aún dos cartas más en este sentido, sin haber obtenido hasta la fecha ninguna respuesta. Pero dada la importancia del tema, quiero publicarlo en todo caso, si no en esta revista en cualquier otra”.*

Como ya es sabido, el trabajo se publicó finalmente en *Goldammer´s Archiv*. Para más detalles sobre este incidente y otros avatares que tuvo esta teoría de Roxin hasta que fue acogida por el Tribunal Supremo alemán en 1992 en relación con la responsabilidad de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por las muertes causadas por los guardias fronterizos en el Muro de Berlín, me remito a mi artículo citado en nota siguiente

<sup>11</sup> BGHSt 40, 268; véase al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco José. Die Mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit. In: ZÖLLER, Mark Alexander (Org.). **Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension**: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 1415-1446. En



En la praxis destacó sobre todo en la defensa de una tesis similar a la de Roxin el Fiscal general del Estado de Hessen, Fritz Bauer, quien se esforzó en vano en demostrar que los acusados en el Proceso por los crímenes cometidos en el Campo de Exterminio de Auschwitz, eran todos autores de asesinatos, que cometían formando parte de un mismo plan organizado, en el que con un designio común se distribuían las diferentes tareas organizativas, de vigilancia, de ejecución, de selección en la Rampa, etc<sup>12</sup>.

Según han demostrado recientes trabajos publicados sobre Fritz Bauer, éste estaba especialmente interesado en este tema, por razones incluso de tipo personal. Siendo ya un joven Juez en la República de Weimar, fue expulsado de este puesto por ser judío; tras pasar algún tiempo en un Campo de Concentración tuvo que vivir en el exilio, primero en Dinamarca, luego en Suecia, regresando a Alemania tras la caída del régimen nacionalsocialista. A su regreso fue nombrado Fiscal y ya se hizo famoso por iniciar en los años cincuenta un proceso contra un dirigente neonazi que manifestó públicamente que los militares que llevaron a cabo el atentado contra Hitler en junio de 1944 (“Operación Walkiria”) eran unos traidores. El proceso se saldó con una condena simbólica de dicho dirigente, sin mayores consecuencias<sup>13</sup>. Posteriormente, tras su nombramiento como Fiscal general de Hessen comenzó sus primeras investigaciones sobre algunos dirigentes nazis,

---

español: MUÑOZ CONDE, Francisco José. La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado. **Revista Penal**, Madrid, n. 31, p. 171-189, 2013. (también en **Homenaje a Nodier Agudelo Betancur**. Bogotá: Ibáñez, 2013; y en GIL, Alicia (Dir.); MACULAN, Elena (Coord.). **Intervención delictiva y derecho penal internacional**: reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales. Madrid: Dykinson, 2013. p. 259 y ss.).

<sup>12</sup> Véase un resumen de su informe en STEINKE, Ronen. **Fritz Bauer**: oder Auschwitz vor Gericht. München: Piper, 2013, p. 178 y ss. La bibliografía aparecida sobre Fritz Bauer y sus esfuerzos para poder llevar a cabo el Proceso de Auschwitz es ya inabarcable. En Frankfurt am Main hay un Fritz Bauer-Institut en el que se puede encontrar todo el material existente sobre Bauer y sobre el Proceso de Auschwitz. Entre las muchas obras aparecidas recientemente, además de la Ronen Steinke anteriormente citada, cabe citar el volumen colectivo editado por el Jüdisches Museum de Frankfurt am Main en colaboración con el Fritz Bauer-Institut y el Ministerio de Justicia de Turingia, con motivo de la Exposición que hubo en el 50. Aniversario de la iniciación del Proceso: *Fritz Bauer Der Staatsanwalt*. Hay también varias películas al respecto. En noviembre del 2014 se estrenará en Alemania una película que ya está publicitada, con el título: *Im Labyrinth des Schweigens* (En el Laberinto del silencio).

Fritz Bauer apareció muerto el 1 de julio de 1968 en la bañera de su casa, al parecer por haber ingerido varios somníferos, sin que hasta hoy haya quedado muy claro si su muerte se debió a un accidente, a suicidio o a la acción de alguna tercera persona. Exactamente tres meses después de su muerte entró en vigor la reforma del parágrafo 50 del Código penal alemán, que de haber estado en vigor a principios de los años 60 hubiera impedido o al menos hubiera sido un grave obstáculo para llevar a cabo el Proceso que tanta fama le dio.

<sup>13</sup> Sobre este proceso véase Roland Steinke, *Op. cit.*, p. 123 y ss. También el artículo de BURGHARD, Boris. Vor 60 Jahren: Fritz Bauer und der Braunschweiger Remer-Prozess. **Journal de Juristischen Zeitgeschichte**: Zeitschrift für die Rechtsgeschichte des 19. Bis 21 Jahrhunderts. Jahrgang, v. 6, n. 2, p. 43-92, Juni 2012 (y mi recensión al mismo en *Revista Penal*, 2012).

entre ellos Adolph Eichmann. A pesar de que tenía ya los datos sobre donde se encontraba dicho sujeto, emigrado clandestinamente a Argentina, no consiguió que los representantes diplomáticos alemanes en ese país hicieran el menor esfuerzo por localizarlo ni que el Gobierno alemán de la época Adenauer solicitara su extradición; así que, según ha reconocido posteriormente el propio Gobierno israelita, fue Bauer el que permitió que un miembro del Mosac israelí accediera clandestinamente a su despacho donde se encontraban los documentos que demostraban donde estaba escondido uno de los responsables del Holocausto. El tal Eichmann era buscado porque además de haber intervenido en 1942 en la reunión de Wannsee donde se decidió la “solución final (*Endlösung*) de la cuestión judía” (el exterminio de los judíos), había sido el encargado de organizar la detención y posterior transporte de los judíos detenidos en los países del Este europeo a los Campos de Exterminio donde la mayoría fueron asesinados. Bauer sabía que conforme a la tesis subjetiva de la participación seguida por la Jurisprudencia alemana en aquellos años, Eichmann todo lo más sería condenado como cómplice, y nunca como verdadero autor, así que consideró más conveniente que Eichmann fuera juzgado en Israel. Efectivamente, una vez que comenzó el proceso contra Eichmann en Jerusalem, su abogado defensor defendió que Eichmann conforme al Derecho vigente en aquel momento en Alemania, todo lo más podía ser condenado como cómplice, tesis que ciertamente no siguió el Tribunal de Jerusalem que condenó a Eichmann a la pena de muerte como uno de los principales responsables del Holocausto judío <sup>14</sup>.

Mientras tanto muchos “delincuentes de escritorio” como Eichmann, integrados en el aparato burocrático de las SS, y los ejecutores de los crímenes nazis, que vivían en absoluta libertad en Alemania, se beneficiaban de la prescripción de sus delitos, o todo lo más arriesgaban ser condenados como cómplices con penas de prisión de escasa duración que en muchos casos ni siquiera cumplirían, en los pocos casos en los que se llegara a imponerles efectivamente una pena.

4. Aun así, hubo muchos juristas y políticos que seguían considerando que había que terminar ya con aquellos procesos, en los que muchos de ellos podían verse involucrados, y hacer borrón y cuenta nueva con el pasado nacionalsocialista. Las posibilidades jurídicas eran, sin embargo, limitadas, sobre todo teniendo en cuenta que, aun siguiendo la tesis de la complicidad, tanto entre algunos miembros de la Fiscalía, como en algunos Tribunales de Justicia, había quienes se mostraban dispuestos a seguir adelante e investigar y, en su

---

<sup>14</sup> Sobre el proceso de Eichmann en Jerusalem hay igualmente abundante material bibliográfico y documental, y amplias referencias en Internet. Uno de los libros más famosos al respecto es el de Hanna Arendt: ARENDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen**. Munich: Piper Books, 1989.

caso, perseguir y condenar penalmente a los principales responsables de los crímenes nazis. Por otra parte, la opinión pública internacional, los juristas y los Gobiernos de los Estados aliados (recuérdese que en aquella época, principios y mediados de los sesenta, Alemania seguía oficialmente ocupada por las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial), miraban expectantes cómo se resolvían estos procesos y que es lo que finalmente se hacía judicialmente con los criminales nazis.

Ante la inminente prescripción de estos delitos y con la teoría subjetiva de la participación en pleno apogeo, la elaboración jurídica del pasado nazi, apenas comenzada, estaba a punto de paralizarse y dejar impunes los crímenes más graves que habían cometido los miembros de un aparato de poder estatal de carácter criminal. Y efectivamente esto fue lo que ocurrió, y como seguidamente veremos, a pesar de la alarma social que ello podía provocar tanto a nivel nacional alemán, como internacional, la temida impunidad se produjo, en la forma más anómala que imaginarse podía, a través de una complicada y refinada construcción jurídica dogmática que sólo los más destacados expertos podían detectar, introduciendo en el Código penal por la puerta falsa, a través de una Ley reguladora de las Infracciones administrativas, la atenuación obligatoria de la pena para los partícipes en los delitos cuya autoría se fundamenta por la concurrencia de especiales elementos, cualidades, relaciones o circunstancias personales que no concurren en el partícipe. Es decir, justamente en un momento en el que el debate sobre las condenas habidas en el Proceso de Auschwitz iniciado por Bauer era más candente, y en el que algunos llegaron a cuestionar que realmente se hubieran cometido las brutalidades que se cometieron (la llamada "*Auschwitzlüge*, o "*Mentira de Auschwitz*", que posteriormente llegó incluso a tipificarse como delito); de repente, de una forma indirecta y solapada, a través de una Ley que nada tenía que ver con el Derecho penal, se introdujo en el Código penal alemán el apartado segundo del parágrafo 50 que acoge e impone legalmente una tesis, que pronto iba a dejar en nada los pocos procesos que se habían ya iniciado contra los responsables vivos del Holocausto.

5. No obstante, una vez que entró en vigor el citado precepto se planteó ulteriormente otra cuestión que era de gran importancia para resolver el problema de la persecución de los crímenes nazis, ya bastante dificultada por la teoría subjetiva de la participación que aplicaba el Tribunal Supremo. Esta cuestión, que todavía sigue siendo objeto de gran discusión en la doctrina alemana, era la siguiente:

¿Cuáles de entre las circunstancias cualificadoras del asesinato podían calificarse como elementos de carácter personal que de no concurrir en los partícipes motivaban que estos se beneficiaran de una atenuación importante de la pena, que incluso al ser inferior a los quince años podía considerarse ya como prescrita desde 1960?

La respuesta vino dada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán) inmediatamente después de la entrada en vigor de la citada reforma. Y efectivamente en una sentencia de 20 mayo de 1969 del V.Senado de dicho tribunal, bajo la presidencia de Werner Sarstedt<sup>15</sup>, se dijo lo siguiente:

Queda probado que el acusado, miembro de la Sección de Judíos (Judenreferat) en la Comandancia de la Policía de seguridad en Cracovia contribuyó como cómplice a las medidas de exterminio contra numerosos judíos. El Tribunal del Jurado admitió además como hecho probado, que las víctimas fueron ejecutadas solo por odio racial. Sin embargo, el acusado no tenía ese bajo motivo, sino que, como funcionario de policía y miembro de las SS, sólo obedecía órdenes, aunque las consideraba criminales. Esta clase de complicidad se castiga, conforme a la nueva redacción del parágrafo 50, 2 del Código penal, con la pena de reclusión de tres a 15 años. El hecho prescribe, por tanto, a los 15 años.<sup>16</sup>

Con esta decisión se mataban por así decir dos pájaros de un solo tiro:

Por un lado, se interpretaba el alcance del Parágrafo 50, 2 que se había introducido en el Código penal pocos meses atrás, en octubre en 1968.

Por otro, se daba carta de naturaleza a la interpretación del elemento cualificador del asesinato llamado “motivos bajos” (*niedrige Beweggründe*) como un elemento personal referido al autor, y al propio asesinato como tipo autónomo y no como un mero homicidio cualificado o agravado.

Respecto a la primera cuestión, se entendía que cuando en el partícipe, que podía ser también el inductor, pero que generalmente en el caso de los crímenes de los nazis se refería, conforme a la jurisprudencia de entonces, sólo al cómplice, no concurría el elemento personal que sí concurría en el autor, la pena aplicable era la de la tentativa, cuyo marco penal se movía entre los tres y los 15 años de privación de libertad; es decir, una pena inferior a la que correspondía al autor del asesinato consumado que era la de prisión perpetua. Ello, como después vamos a ver, tenía especial importancia, porque en

---

<sup>15</sup> No deja de ser paradójico que este prestigioso Juez escribiera diez años después el Prólogo a un libro de Barbara Just-Dahlmann: JUST-DAHLMANN, Barbara. **Tagebuch einer Staatsanwältin**. Stuttgart: Radius Verlag, 1979, p. 7 y ss.), una fiscal que posteriormente se hizo famosa por encabezar junto con su marido una campaña contra la jurisprudencia que calificaba a los criminales nazis como cómplices y que incluso escribiera un libro sobre ello (*Die Gehilfen* a. cit. en nota 6). En dicho Prólogo no se refiere para nada a este tema, sino a otras actividades sin duda meritorias de la citada fiscal, como su lucha por la reforma del Derecho penal sexual de aquella época, en la que aún se penalizaba el adulterio y los actos de homosexualidad entre adultos; en lo que, por cierto, también se destacó Fritz Bauer, con publicaciones muy interesantes al respecto.

<sup>16</sup> ALEMANHA. Supremo Tribunal Alemão (Bundesgerichtshof). *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt)*, v. 22. Köln: C. Heymann, 1951-1989. p. 249.

ese caso la pena del partícipe prescribía a los 15 años; es decir, el 7 de mayo de 1960 que era cuando se cumplían los 15 años que marcaba la ley para los hechos castigados con esta pena y que habían sido cometidos antes del 7 de mayo de 1945, fecha en la que terminó la Segunda Guerra Mundial, al menos para los alemanes. Dado que la mayoría de los procesos contra los criminales nazis en la jurisdicción alemana habían comenzado después del 7 de mayo de 1960, esto quería decir que todos los que habían comenzado después de esa fecha tenían que ser automáticamente sobreseídos por haber ya prescrito.

Todavía quedaba, sin embargo, un escollo que saltar, que con la reforma de 1968 igualmente se solucionó, aunque de una manera harto discutible. Y es que, por muy fielmente se siguiera la teoría subjetiva de la participación elaborada por el *Bundesgerichtshof* para resolver un caso también con connotaciones políticas, el llamado caso *Stachinsky*<sup>17</sup>, era difícil asumir que, como ya quedó patente en el proceso de Ulm contra algunos miembros de los *Einsatzgruppen* y luego en el de Frankfurt contra algunos de los que habían intervenido en el exterminio de millones de personas en los Campos de Exterminio, principalmente en el de Auschwitz y campos vinculados a éste, los hechos brutales de asesinatos cometidos directamente por los acusados mediante fusilamientos, tiros en la nuca, selección en la Rampa para enviar a los que no eran aptos para el trabajo a las cámaras de gas, distribución y organización de los transportes a los Campos de Concentración o Exterminio, etc., fueran considerados como meros cómplices y castigados con penas mucho más leves que las que les hubieran sido aplicadas si se les hubiera considerado autores, a los que se les aplicaba como reos de asesinato la pena de prisión perpetua.

El nuevo precepto introducido en la reforma de 1968, el parágrafo 50, 2 del Código penal alemán, vino, sin embargo, a reforzar indirectamente la teoría subjetiva de la participación y con ello la calificación como cómplices de los autores materiales de los asesinatos, y en todo caso excluir para ellos la calificación de asesinato. En efecto, si el “motivo bajo”, en este caso, el odio racial que animaba sin duda la política de exterminio de los judíos planificada y llevada a cabo por el aparato de poder de las SS, es un elemento de carácter personal y éste solo concurre en el autor o autores principales (es decir, en Hitler, Himmler o Heydrich, que eran los únicos considerados como autores principales

---

<sup>17</sup> Al que ya Roxín aludió críticamente en una nota la primera edición de su “Täterschaft und Tatherrschaft” (ROXIN, Claus. **Täterschaft**... *Op. cit.*, p. 105, nota 52), como un paso atrás de la jurisprudencia alemana aplicando la teoría subjetiva de la participación, que él criticaba vehementemente. El caso se refería a un agente de una potencia extranjera (probablemente de la KGB soviética) quien mató con una especie de cerbatana a dos políticos exiliados, siguiendo las instrucciones de la Agencia de espionaje de la potencia extranjera. El tribunal alemán consideró que al no actuar el agente extranjero en su propio interés tendría que ser castigado como cómplice y no como autor, autoría que, lógicamente, de acuerdo con la tesis jurisprudencial correspondía a la agencia gubernamental del país extranjero, a cuyo servicio y en cuyo interés actuaba el agente extranjero

del Holocausto en aquella época por haber actuado por motivos raciales de odio al pueblo judío), pero no en el partícipe, éste, como decía el apartado 2 del parágrafo 50 (ahora con una redacción prácticamente idéntica el apartado 2 del actual parágrafo 28), aunque conozca que el autor principal actúa por este motivo, no puede ser castigado como autor de un asesinato, cualquiera que haya sido su contribución material en la ejecución de los asesinatos. Evidentemente, con ello se rompía con el criterio de la accesoriedad de la participación, conforme al cual el partícipe responde del delito en el que ha participado y, por tanto, también se le computan las circunstancias típicas que concurren en el autor, aunque sean de carácter personal, siempre que las conozca<sup>18</sup>. Algo que sin duda puede ser discutible, pero que con el nuevo apartado introducido en el parágrafo 50 del Código penal en la reforma de 1968 no tenía vuelta de hoja, o al menos así lo entendió la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 20 de mayo de 1969, antes citada, pocos meses después de haberse producido la reforma, en la primera interpretación jurisprudencial que se hizo de la misma.

A partir de esta sentencia el destino de los procesos penales ya iniciados o de los que aún quedaran por iniciar quedaba sellado, y así lo entendió la Fiscalía alemana de la época, que siguiendo el criterio jurisprudencial establecido por esta sentencia, inmediatamente pidió el sobreseimiento de los procesos penales pendientes y dejó de iniciar otros procesos por los mismos crímenes cometidos durante el nacionalsocialismo por los que ahora, con aún mayor apoyo legal, se calificaba como meros cómplices.

6. Pronto se levantaron voces en los medios de comunicación alemanes e incluso entre algunos políticos y juristas que inmediatamente se dieron cuenta de que una reforma aparentemente sólo técnica iba a tener unas consecuencias jurídicas y políticas de las que al parecer no habían sido conscientes los que la patrocinaron<sup>19</sup>. Algunos denunciaron esta

---

<sup>18</sup> Sobre este principio y sus consecuencias en la teoría de la participación, véase ROXIN, Claus. **Strafrecht...** *Op. cit.*, p.128 y ss.

<sup>19</sup> Sobre las consecuencias de esta reforma y la polémica que suscitó véase GREVE, Michael. **Amnestierung von NS-Gehilfen – eine Panne. Die Novellierung des § 5<sup>o</sup> Abs. 2 StGB und dessen Auswirkungen auf die NS-Strafverfolgung.** *Kritische Justiz*, n. 3, 2000. p. 412 y ss. Disponible en: <[http://www.kj.nomos.de/fileadmin/kj/doc/2000/20003Greve\\_S\\_412.pdf](http://www.kj.nomos.de/fileadmin/kj/doc/2000/20003Greve_S_412.pdf)>. Acceso en: 19 oct. 2015. Más recientemente se han ocupado tanto del origen de esta reforma, como de las dificultades interpretativas que la misma encierra ROTTLEUTHNER, Hubert. *Hat Dreher gedreht? Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzgebung und Forschung.* **Rechtshistorisches Journal**, n. 20, p. 665-679, 2001; FROMMEL, Monika. *Taktische. Jurisprudenz - die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute.* In: MAHLMANN, Matthias (Org.). **Gesellschaft und Gerechtigkeit: Festschrift für Hubert Rottleuthner.** Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 458-473. También se refiere a este tema, aunque de paso, VORMBAUM, Thomas. **Einführung in die juristische Zeitgeschichte.** Berlin: Springer, 2012, p. 219 y ss.; y MUÑOZ CONDE, Francisco José. *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in der modernen Strafrechtsgeschichte und dem strafrechtlichen Zeitgeschehen.* **Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014.** Berlin: W. de Gruyter, 2014.



reforma como un error o fallo (*eine Panne*) legal; pero otros fueron más allá y denunciaron abiertamente que detrás de ese “error” había realmente una voluntad decidida de acabar de un plumazo con los procesos penales puestos en marcha para perseguir y condenar en su caso a los responsables de los peores crímenes cometidos por los nacionalsocialistas, que vivían en absoluta libertad, incluso a veces sin ocultar su identidad, bajo el lema que había ya hecho mella en la legislación y en la jurisprudencia alemanas: “No fui yo, fue Hitler”. O simplemente alegando que se limitaron a cumplir las órdenes que recibían que en aquellos momentos tenían la apariencia de legalidad, por proceder del mismo Führer, cuya voluntad había sido declarada por los juristas alemanes más competentes del momento como una fuente directa del derecho.

Pero si no fue simplemente una *Panne*, sino algo intencionalmente buscado para conseguir el efecto que se consiguió ¿quién era el responsable de esa *Panne*? Pronto las miradas se dirigieron a Eduard Dreher, Secretario de Estado en el Ministerio Federal de Justicia y uno de los más importantes penalistas de la época, autor, entre otras obras, de uno de los Comentarios al Código penal más autorizados y utilizados por los teóricos y prácticos del Derecho penal de aquella época<sup>20</sup>. Dreher había sido además Secretario o Coordinador de la Sección de reforma del Código penal, que dio lugar al Proyecto de Código penal de 1962. Sin embargo, no intervino directamente en la elaboración de la Ley de Infracciones administrativas, ni en la Ley introductoria a la misma, así que difícilmente podía ser considerado responsable de lo que con esta Ley se había introducido en el Código penal.

Entonces, ¿por qué las miradas se dirigieron hacia él y le apuntaron de forma directa o indirecta como el verdadero artífice de la introducción del apartado 2 en el parágrafo 50 del Código penal alemán?

En primer lugar, porque todo el mundo recordaba el terrible pasado que el tal Dreher tenía como uno de esos “furchtbare Juristen” (“temibles juristas”) del régimen nacionalsocialista, de los que habla Ingo Müller<sup>21</sup>. En efecto, Dreher había sido en 1944 Fiscal del Tribunal de Menores en la ciudad de Innsbruck, y en tal calidad de Fiscal había solicitado y conseguido la pena de muerte para jóvenes acusados de delitos menores tales como robos de pequeña cuantía. En algunos casos en los que el Tribunal no aplicaba la pena de muerte solicitada por Dreher, éste recurría y conseguía finalmente que se aplicara.

---

<sup>20</sup> Véase Dreher, “Kommentar zum Strafgesetzbuch”, varias ediciones, continuadas a partir de 1990, por Tröndle. DREHER, Eduard. **Strafgesetzbuch**: mit Nebengesetzen und Verordnungen. München: C. H. Beck, 1976.

<sup>21</sup> MÜLLER, Ingo. **Furchtbare juristen**: die unbewältigte Vergangenheit unser Justiz. München: Kindler, 1987.



Estos datos eran irrefutables y estaban en su curriculum, pero un informe favorable del Fiscal que se hizo cargo de la Fiscalía tras la guerra determinó que, como tantos otros juristas, jueces o fiscales con pasados similares durante el régimen nazi, fuera readmitido de nuevo en la función pública, llegando a ser uno de los juristas más destacados en el Ministerio Federal de Justicia en los años sesenta. No obstante, tuvo que soportar que todavía en aquella época muchos recordaran su pasado en la etapa nazi y que incluso desde la República Democrática Alemana se solicitara su extradición para ser juzgado allí por Crímenes contra la Humanidad, a lo que el Gobierno de la República Federal Alemana se negó rotundamente<sup>22</sup>. Eran los tiempos de la “Guerra Fría”, y los Gobiernos de los dos Estados Alemanes, separados tras la Segunda Guerra Mundial, no mantenían precisamente buenas relaciones, y de esto se aprovechó Dreher, quien llegó a recibir a principios de los años 70 un Libro Homenaje editado por Hans Heinrich Jescheck, en el que colaboraron los principales penalistas alemanes de aquella época, sobre todo profesores de Derecho penal, a pesar de que Dreher nunca llegó a ser Profesor o catedrático de Derecho penal en ninguna Universidad alemana<sup>23</sup>.

De lo que no cabe duda es que Dreher tenía los suficientes conocimientos de Derecho penal como para ser consciente de las consecuencias que iba a tener la reforma del parágrafo 50 del Código penal. Y aunque no intervino directamente en la elaboración de la Ley sobre las Infracciones administrativas, sí debía que tener conocimiento del contenido de la misma, y tuvo que ser consultado, o incluso fue el que personalmente influyó en que se introdujera la reforma del parágrafo 50 en el Código penal, sobre todo si se tiene en cuenta que el Presidente de la Comisión encargada de la elaboración de la Ley sobre las infracciones administrativas era Theodor Lanckner, catedrático de Derecho penal, muy vinculado a Dreher.

Por supuesto, que Dreher siempre negó cualquier responsabilidad en la citada reforma, que incluso llegó deplorar públicamente como un fallo legislativo, proponiendo incluso alguna interpretación correctora del mismo<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> En <[de.wikipedia.org/wiki/Eduard\\_Dreher](https://de.wikipedia.org/wiki/Eduard_Dreher)> se encuentra una amplia bibliografía de Eduard Dreher, en la que se narra sus actividades como Fiscal en el Tribunal de Menores de Innsbruck durante los años 1943 a 1945. WIKIPEDIA. **Eduard Dreher**. Disponible en: <[https://de.wikipedia.org/wiki/Eduard\\_Dreher](https://de.wikipedia.org/wiki/Eduard_Dreher)>. Acceso en: 20 out. 2015.

<sup>23</sup> Hans-Heinrich Jescheck, Hans Lüttger (edit.), *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlin 1977. Ni que decir tiene que en el Prólogo de ese libro Homenaje para nada se menciona su pasado en el régimen nacionalsocialista, destacándose sólo sus virtudes como jurista y su respeto por el Estado de Derecho. JESCHECK, Hans-Heinrich; LÜTTGER, Hans. **Festschrift für Eduard Dreher zum 70: Geburtstag**. Berlin: W. de Gruyter, 1977.

<sup>24</sup> Para más detalles sobre la polémica doctrinal surgida a partir de la introducción del apartado 2 del parágrafo 50 del Código penal alemán, véase los artículos de Greve, Rottleuthner y Frommel citados anteriormente en nota 14.

Pero el mal (o el bien para algunos, quizás para el propio Dreher, quien en cualquier momento podía ser también acusado por su pasado nazi) estaba ya hecho, y no cabía vuelta atrás. La prolongación de los plazos de prescripción del asesinato en 1969 a treinta años, e incluso la no prescripción del asesinato y el genocidio tanto para los autores como para los partícipes en 1975 que, a raíz del escándalo provocado por la reforma del parágrafo 50, fueron aprobadas posteriormente por el Parlamento alemán no afectaba a los procesos que habían sido ya sobreesidos. En consecuencia, los procesos penales contra los criminales nazis apenas iniciados quedaron paralizados, y esa paralización produjo en muchos sectores de la opinión pública alemana, pero también internacional, una sensación de impunidad que todavía pesa como una losa para la elaboración jurídica, social y política del pasado nacionalsocialista.

El tema ha vuelto a ponerse de moda a raíz de la aparición en Alemania en el 2009 de una breve novela de Ferdinand Von Schirach, "El caso Collini", en la que se relata las consecuencias que tuvo esta reforma en la reacción asesina de uno de los protagonistas de esa novela<sup>25</sup>. Fuera de esta narración, ya nadie, ni siquiera en el ámbito de los penalistas y dogmáticos alemanes más importantes, parece acordarse ya en Alemania de las consecuencias que tuvo la reforma del entonces parágrafo 50 (actual parágrafo 28) en el sobreesimiento de los procesos penales contra los criminales nazis. Y a nadie se la ha ocurrido invocarlo, cuando casi cincuenta años más tarde, en el 2011, un Tribunal de Munich ha condenado a cinco años de prisión por complicidad en 27.000 asesinatos a un guardián en el Campo de Exterminio de Auschwitz, un anciano de 95 años, John Iwan Demjanjuk,, llamado "Ivan el Terrible"<sup>26</sup>. Con ello parece que la Justicia alemana ha querido superar el pasado oprobioso a que llegó con la teoría subjetiva de la participación y con la aplicación del apartado 2 del antiguo parágrafo 50 del Código penal. Desde luego nadie ha preguntado si Demjanjuk actuó con voluntad de autor o de partícipe, y si concurrían en él los motivos bajos racistas que determinaban y determinan aún la calificación de

---

<sup>25</sup> SCHIRACH, Ferdinand von. **El caso Collini**. Barcelona: Salamandra, 2013. p. 136 y ss.

<sup>26</sup> Sobre el caso Demjanjuk véanse las referencias que sobre el mismo han aparecido durante la celebración del Proceso en Munich en los medios de comunicación e Internet, durante los años 2010 y 2011. Un excelente trabajo, aún en prensa, sobre este caso es el de Werle/Burghard, "Zur Gehilfenstrafbarkeit bei Massentötungen in nationalsozialistischen Vernichtungslagern – Der Fall Demjanjuk im Kontext der bundesdeutschen Rechtsprechung" en el libro homenaje a Werner Beulke. WERLE, Gerhard; BURGHARDT, Boris. Zur Gehilfenstrafbarkeit bei Massentötungen in nationalsozialistischen Vernichtungslagern. Der Fall Demjanjuk im Kontext der bundesdeutschen Rechtsprechung. In: FAHL, Christian; et al. **Festschrift für Werner Beulke zum 70: Geburtstag**. Heidelberg: C.F. Müller, 2015. p. 339-353. Una traducción de este trabajo al español realizada por Claudia Cárdenas Aravena, está también en prensa y tiene prevista su publicación en el num. 34 de "Revista Penal", enero 2015. Agradezco al Profesor Werle que haya puesto a mi disposición este importante trabajo.

asesinato y la pena de prisión perpetua sólo para los autores principales de ese delito. Simplemente ahora se estima que con la no prescripción del asesinato declarada y aplicada con un discutible efecto retroactivo en 1975 a hechos sucedidos antes de esta reforma, no había ya ningún inconveniente en juzgarlo y condenarlo, pero sólo como cómplice, no por aplicación de la denostada teoría subjetiva, sino simplemente porque se considera que un simple guardián no aportaba una contribución importante a la realización del Holocausto. Con la condena como cómplice del tal Demjanjuk, que ni siquiera llegó a cumplir, al morir poco después (2012) en un asilo de ancianos, se ha conseguido un efecto simbólico, lavando al mismo tiempo una imagen que cincuenta años antes había quedado bastante malparada.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), 1968. Disponível em: <[http://www.gesetze-im-internet.de/owig\\_1968/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/index.html)>. Acesso em: 4 jan. 2016.
- ALEMANHA. Supremo Tribunal Alemão (Bundesgerichtshof). **Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt)**, v. 22. Köln: C. Heymann, 1951-1989. p. 249.
- ARENDDT, Hannah. **Eichmann in Jerusalem: ein Bericht von der Banalität des Bösen**. Munich: Piper Books, 1989.
- BURGHARDT, Boris Burghard. Vor 60 Jahren: Fritz Bauer und der Braunschweiger Remer-Prozess. **Journal de Juristischen Zeitgeschichte. Zeitschrift für die Rechtsgeschichte des 19. Bis 21 Jahrhunderts**. Jahrgang, v. 6, n. 2, p. 43-92, Jun. 2012. Disponível em: <<http://www.degruyter.com/view/j/jzgj.2012.6.issue-2/jzgj.2012.47/jzgj.2012.47.xml>>. Acesso em: 30 out. 2015.
- BURGHARDT, Boris; WERLE, Gerhard. Zur Gehilfenstrafbarkeit bei Massentötungen in nationalsozialistischen Vernichtungslagern: Der Fall Demjanjuk im Kontext der bundesdeutschen Rechtsprechung. In: FAHL, Christian et al. (Hrsg.). **Festschrift für Werner Beulke zum 70: Geburtstag**. Heidelberg: C.F. Müller, 2015. p. 339-353.
- DREHER, Eduard. **Strafgesetzbuch: mit Nebengesetzen und Verordnungen**. München: C.H. Beck, 1976.
- ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. Madrid: Ministério da Justiça, 1995. Disponível em: <[https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria&modo=1](https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1)>. Acesso em: 4 jan. 2016.
- FROMMEL, Monika. Taktische Jurisprudenz - die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute. In: MAHLMANN, Matthias (Org.). **Gesellschaft und Gerechtigkeit: Festschrift für Hubert Rottleuthner**. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 458-473.
- GIL, Alicia (Dir.); MACULAN, Elena (Coord). **Intervención delictiva y derecho penal internacional: reglas de atribución de la responsabilidad em crímenes internacionales**. Madrid: Dykinson, 2013.
- GOLDHAGEN, Daniel Jonah. **Los verdugos voluntarios de Hitler: los alemanes corrientes y el Holocausto**. Traducción de Jordi Fibla. Madrid: Taurus, 1996.
- GREVE, Michael. Amnestierung von NS-Gehilfen – eine Panne? die Novellierung des § 5<sup>o</sup> Abs. 2 StGB und dessen Auswirkungen auf die NS-Strafverfolgung. **Kritische Justiz**, n. 3, p. 412-424, 2000. Disponível em: <[http://www.kj.nomos.de/fileadmin/kj/doc/2000/20003Greve\\_S\\_412.pdf](http://www.kj.nomos.de/fileadmin/kj/doc/2000/20003Greve_S_412.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2015.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; LÜTTGER, Hans. **Festschrift für Eduard Dreher zum 70: Geburtstag**. Berlin: W. de Gruyter, 1977.
- JUST-DAHLMANN, Barbara. **Tagebuch einer Staatsanwältin**. Stuttgart: Radius, 1979.
- JUST-DAHLMANN, Barbara; JUST; Helmut. **Die Gehilfen: NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945**. Frankfurt; Main: Athenäum, 1988.

KRAUSNICK, Helmut. **Hitlers Einsatzgruppen**: die Truppe des Weltanschauungskrieges 1938-1942. Frankfurt; Main: Fischer Taschenbuch, 1985.

MÜLLER, Ingo. **Furchtbare Juristen**: die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz. München: Kindler, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco José. La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado. **Revista Penal**, n. 31, p. 171-189, 2013.

\_\_\_\_\_. **Homenaje a Nodier Agudelo Betancur**. Bogotá: Ibáñez, 2013.

\_\_\_\_\_. Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit. In: ZÖLLER, Mark Alexander (Org.). **Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension**: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013. Berlin: Duncker & Humblot, p. 1415-1446, 2013.

\_\_\_\_\_. Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in der modernen Strafrechtsgeschichte und dem strafrechtlichen Zeitgeschehen. **Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag** am 1. November 2014. Berlin: W. de Gruyter, 2014.

RAMOS, Enrique Peñaranda et al. **Responsabilidad en los “delitos especiales”**: el debate doctrinal en la actualidad. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2014.

ROTTLEUTHNER, Hubert. Hat Dreher gedreht? Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzgebung und Forschung. **Rechtshistorisches Journal**, n. 20, p. 665-679, 2001.

ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner Teil, vol II. München: Beck, 2003.

\_\_\_\_\_. **Täterschaft und Tatherrschaft**. Berlin: W. de Gruyter, 2006.

SCHIRACH, Ferdinand von. **El caso Collini**. Traducción de María José Díes Pérez. Barcelona: Salamandra, 2013.

STEINKE, Ronen. **Fritz Bauer**: oder Auschwitz vor Gericht. München: Piper, 2013.

VORMBAUM, Thomas. **Einführung in die juristische Zeitgeschichte**. Berlin: Springer, 2012.

WERLE, Gerhard; WANDRES, Thomas. **Auschwitz vor Gericht**: völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz: mit einer Dokumentation des Auschwitz-Urteils. München: C.H. Beck, 1995.

WIKIPEDIA. **Eduard Dreher**. Disponible en: <[https://de.wikipedia.org/wiki/Eduard\\_Dreher](https://de.wikipedia.org/wiki/Eduard_Dreher)>. Acceso en: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ulmer Einsatzgruppen-Prozess**. Disponible en: <[https://de.wikipedia.org/wiki/Ulmer\\_Einsatzgruppen-Prozess](https://de.wikipedia.org/wiki/Ulmer_Einsatzgruppen-Prozess)>. Acceso en: 19 out. 2015.