

CRIMINALIDAD ESTATAL REFORZADA
COMO MATERIA DE LA JURISPRUDENCIA
(FUNDAMENTOS DE LAS SENTENCIAS
«GUARDIANES DEL MURO»
DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL FEDERAL)

Por WINFRIED HASSEMER*

SUMARIO

1. TRIBUNALES: A) Analítica. B) Pragmática.—2. SITUACIONES: A) Criminalidad estatal reforzada. B) Ejemplaridad.—3. OBJETIVOS: A) Revisión de la historia. B) Reparación para las víctimas. C) Consecución del Estado de Derecho.—4. PRINCIPIOS: A) Igualdad de trato. B) Comprobaciones de causalidad. C) Imputación por culpabilidad.—5. EXCULPACIÓN: A) Asuntos: a) *Estándar del Estado de Derecho*. b) *Prohibición de retroactividad y principio de seguridad*. c) *La ley más favorable*. d) *El ámbito vital normativo*. B) Puntos de partida: a) *Tipo penal y justificación*. b) *Justificación por escrito*. C) Consecuencias.

1. TRIBUNALES

La relación entre el Tribunal Constitucional Federal con los «Tribunales ordinarios» siempre ha sido precaria¹, tanto analítica, como pragmáticamente.

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Johann Wolfgang Goethe, de Frankfurt am Main. Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Tesalónica (Grecia, 1998) y por la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil, 2001).

¹ KOCH, «Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte», en *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'heur*, 1999, p. 135, habla de una escalada, cuya cumbre sería desconocida. F.-C. Schroeder, quien, por su adecuado conocimiento de que, debido a una pérdida funcional, la progresiva penetración de los derechos fundamentales

A) Analítica

Analíticamente, porque hasta la actualidad no se ha conseguido perfilar la denominada fórmula de Heck², que se utiliza desde hace mucho tiempo para delimitar ambas jurisdicciones³. Posteriores sentencias del Tribunal Constitucional Federal⁴, así como la Doctrina científica⁵, tampoco han tenido la suficiente suerte al respecto⁶⁻⁷ —hecho que da a entender que el problema de los límites tiene un fundamento *in re* y no sólo en la incapacidad del Juez constitucional en fijar su ámbito de actuación de una manera lo suficientemente clara—.

A las sentencias que se esmeran en procurar la delimitación de la jurisdicción ordinaria no se les debe reprochar ingenuidad metodológica: con todo, han evidenciado que no siempre es posible una línea fronteriza terminante⁸, y se han esforzado en discernir, no sólo mediante una abstracción definida, sino también en virtud de una enumeración ilustrativa, qué tiene que ser materia esencial de los tribunales ordinarios: configuración

en la dogmática del Derecho penal y en la jurisprudencia penal cada vez deja menos cabida a las «injerencias» del Tribunal Constitucional Federal, confía en un cercano fin de las sentencias sobre recursos constitucionales, se toma el futuro con demasiado optimismo («Das Bundesverfassungsgericht als oberste Instanz im Strafprozeß?», en RILL (ed.), *Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat. Vom Rechtsstaat zum Rechtswegestaat*, 1999, pp. 151 ss. y 162 ss.). De esta manera, es de suponer que no se resolverá el problema de las relaciones entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

² Karl Heck fue ponente de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal de 10.6.1964 (1 BvR 37/63, BVerfGE 18,85); sobre la fórmula de Heck, CFR. también LECHNER/ZUCK, *BVerfGG*, 4.ª ed., 1996, § 90, notas marginales 64 ss.

³ BVerfGE 18, 85 (pp. 92 ss.): «[...] el Tribunal Constitucional Federal sólo puede intervenir vía recurso constitucional en virtud de una infracción de un derecho constitucional específico por los tribunales [...]. Pero, sin embargo, un derecho constitucional específico no resulta infringido cuando una sentencia es objetivamente errónea conforme a Derecho ordinario; el error debe residir en la inobservancia de derechos fundamentales».

⁴ Se citan en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER, *BVerfGG*, § 99, nota marginal 146a.

⁵ Recopilación y reseña bibliográfica en SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 4.ª ed., 1997, notas marginales 299 ss. y 301 ss.; CFR. también KOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ Que se deba extrapolar «el resultado interpretativo de los tribunales ordinarios sobre los límites marcados por la Ley Fundamental» para justificar una corrección del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 65, 317 (322)), es una información más bien aún escasa para la determinación de límites.

⁷ Similar valoración en BERKEMANN, *Das Bundesverfassungsgericht und 'seine' Fachgerichtsbarkeit*, DVBl. 1996, pp. 1028 y 1034; ROTH, *Zur Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde*, ÄÖR 121 (1996), p. 545.

⁸ Por ejemplo, BVerfGE 18, 85 (93).

del proceso, fijación y apreciación del supuesto de hecho, interpretación del Derecho ordinario y su aplicación al caso concreto⁹.

Pero, además, también está claro analíticamente que seguiremos viviendo con esa situación y que podremos hacerlo.

Si es correcto que el alcance de la revisión constitucional de la sentencia que resuelve un recurso constitucional no puede fijar *per se* «derechos constitucionales específicos», de forma abstracta, y de una vez para siempre, por así decirlo, encorsetado, en un área¹⁰, sino que los derechos fundamentales contribuyen —siempre conforme a una variedad de criterios complejos, cambiantes y cuestionados— a la realización del supuesto de hecho en las relaciones con el Derecho «ordinario»¹¹, entonces nadie puede contar con poder trazar, en cualquier momento, un límite seguro entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional con el apoyo de una simple fórmula. Nuestro problema es de carácter hermenéutico¹²: no resoluble por una sencilla deducción de antecedentes, sino mediante un método de recíprocas aproximaciones sucesivas entre el Derecho ordinario y el Derecho constitucional en la respectiva situación concreta¹³ —y, por eso, mediante un proceso que es susceptible de múltiples fallos—.

Con ello puede vivir quien no dependa de la certeza y la perfección de una deducción para poder pensar y actuar en el campo del Derecho. En Derecho, las evidencias deductivas son señales engañosas. Ningún principio normativo, ninguna norma jurídica procura certeza y perfección; más bien, están abiertas a la vida real y proporcionan resultados aporéticos. Son fecundas y se pueden aplicar para argumentar y fundamentar, y no como premisa mayor de deducciones tautológicas. Salvo en pocas excepciones, no se puede precisar de forma concluyente si en el caso concreto han sido acertadas o erróneas¹⁴.

Analíticamente, en fin, la problemática delimitación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria no es más que en un asunto jurídico usual, y así debe seguir, aun cuando cambien las fórmulas lingüísticas¹⁵.

⁹ Así ya, BVerfGE 1, 418 (420).

¹⁰ SCHENKE, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, 1987, pp. 32 ss; fundamental, en esta cuestión, PAPIER, «“Spezifisches Verfassungsrecht” und “einfaches Recht” als Argumentationsformel des BVerfG», en STARCK (ed.) *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I*, 1976, pp. 434 ss.

¹¹ Una presentación bien ordenada de la situación jurídica, con abundantes citas, en SCHLAICH, *Bundesverfassungsgericht...*, *op. cit.*, notas marginales 271 ss.; un análisis del punto de partida del Tribunal Constitucional Federal, en KOCH, «Bundesverfassungsgericht und...», *op. cit.*, pp. 137 ss., y, a modo de resumen, pp. 162 ss.

¹² Sobre la hermenéutica en el Derecho y la Jurisprudencia, mi ensayo en ARSP 72 (1986), pp. 195 ss.

¹³ ARTHUR KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, 1999, pp. 72 ss.

¹⁴ Más detalles en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed., 1990, pp. 272 ss.

¹⁵ Por ejemplo, BVerfGE 61, 1 (6): «Límite de una infracción de Derecho constitucional

B) Pragmática

En la praxis la cuestión se complica. Ello estriba, ante todo, en que la imperfección de nuestro problema de límites resulta apropiado para la fijación táctica o estratégica de un objetivo, cuando se establece menos analítica que retóricamente. Esto debe ser estudiado a fondo en este momento.

El mismo Tribunal Constitucional Federal ha escogido —si bien inducido a error, no del todo por decisión propia, sino por un problema pendiente— formulaciones para la delimitación de la jurisdicción ordinaria, que han perjudicado semánticamente a esa jurisdicción. Precisamente, estas sentencias, que se esmeran en dejar su parte a la jurisdicción ordinaria, y, así, evitar al Tribunal Constitucional Federal la imagen de un tribunal de máxima revisión o, tal vez, un tribunal superactivo, y, por consiguiente, en declarar un amplio espectro competencial de los tribunales ordinarios, se previenen frente al inconveniente de atenuar los comparativamente pequeños espacios en los que aún debe permanecer el Tribunal Constitucional Federal, sin agravio a la jurisdicción ordinaria.

Ese intento esencialmente fracasó, y, precisamente, por esa razón, será bien ostensible para próximos estudios. Así, en línea con ese trabajo, sólo deben ser susceptibles de verificación constitucional ciertos errores interpretativos de la jurisdicción ordinaria, «que se refieran a una opinión manifiestamente errónea del significado de un derecho fundamental, en particular de la extensión de su ámbito de protección»¹⁶, o de la que «se extraiga el resultado interpretativo de los tribunales ordinarios sobre los límites trazados en la Ley Fundamental, en especial cuando no sea compatible con el significado y trascendencia del derecho fundamental, o cuando sea sin duda objetivamente insostenible y, por lo tanto, exista arbitrariedad (art. 3.1 GG)»¹⁷.

En el proceso esto no es impugnabile, pero, retóricamente, muestra una insólita jurisdicción ordinaria robusta, una vez que esa semántica se aplique en el caso concreto. En el caso concreto aparecen sólidos reproches en atención a las relaciones de la jurisdicción ordinaria con la Ley.

En el proceso las fórmulas resultan, por cierto, libremente de la situación, que aquellos errores de los tribunales ordinarios en relación con la Ley Fundamental, que abren una posibilidad de control al Tribunal Constitucional Federal, deben ser tanto (como) más espectaculares y absurdos (definidos), cuanto más moderadamente precise el Tribunal Constitucional

objetivo»; sobre las diversas fórmulas, ROBBERS, «Grundrechtsschutz durch Bundesverfassungsgericht, Landesverfassungsgerichte und Revisionsgerichte», en BOGS (ed.), *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, 1999, pp. 57 ss.

¹⁶ BVerfGE 18, 85 (93).

¹⁷ BVerfGE 65, 317 (322).

su función controladora, y cuanto más amplio sea el ámbito decisorio, que pueda ser completado por los tribunales ordinarios. En efecto, aquí se implican, precisamente, prudencia y cuidado en no incurrir en injerencias —lo que, aparentemente, sólo es paradójico: cuando un instrumento solamente está pensado para raras excepciones, entonces los casos en que se aplica deben ser definidos, justamente, como muy apartados del caso normal¹⁸. Esto es una trivialidad metodológica—.

En el campo de la retórica, sin embargo, ese sencillo discernimiento no ayuda mucho. Nuestros casos de aplicación no son de naturaleza técnica, sino normativa, y no expresan posicionamientos neutrales de objetos, sino errores profesionales —incluso de comprensión o de interpretación de la Ley Fundamental—. Falta de solidez de un resultado, arbitrariedad en una interpretación legal, o incluso conclusiones materiales extrañas, son también, pues, reproches serios desde un punto de vista jurídico, cuando el sentido jurídico considera que realmente se deben al empeño en mantener abierto un extenso ámbito interpretativo a la jurisdicción ordinaria.

La seriedad¹⁹ de la crítica²⁰, según la cual el Tribunal Constitucional Federal no respeta el ámbito de la jurisdicción ordinaria, y la trata como a un escolar²¹, tiene que ver, a buen seguro, con esa praxis ofensiva, aún cuando sea en el frágil sentido de una causalidad adecuada: que existe un auténtico problema de límites y que algunas veces el Tribunal Constitucional Federal ha errado su solución²², no puede negarse. De todos modos, la ofensa verbal aguza la defensa ante las críticas y crea alianzas en el bando de los ofendidos.

Ya que ese problema no se solventa, porque depende de la causa, sino que, en caso necesario, ha de ser minimizado a veces con la ayuda de una semántica prudente²³, viene a propósito la doctrina jurisprudencial sobre los

¹⁸ Resulta evidente la inevitable interdependencia metodológica entre prudencia e injerencia, si acaso en esta formulación: «Igualmente, una indudable aplicación errónea de Derecho ordinario aún no justifica alguna infracción del principio general de igualdad. Debe ser necesario mucho más, en atención a que la opinión mayoritaria de la Ley Fundamental no toma en cuenta una errónea aplicación jurídica, y, por eso, se impone la conclusión de que depende de consideraciones materiales ajenas» (BVerfGE 70, 93 (97)).

¹⁹ También ROBBERS, «Grundrechtsschutz durch...», *op. cit.*, p. 57, da a entender que el tono hubiera sido más grave.

²⁰ Ejemplos de dicha crítica, tal vez de acuerdo con el DJT de Karlsruhe: ISENSEE, «Bundesverfassungsgericht – quo vadis?», en *Verhandlungen des Deutschen Juristentages Karlsruhe*, 1996, pp. H5 ss, en particular H7 s. y H10 ss.; CFR. también STEINWEDEL, «“Spezifisches Verfassungsrecht” und “einfaches Recht”», 1976, pp. 43 ss.

²¹ INGO VON MUNCH, en *Neue Juristische Woche*, 1996, p. 2074.

²² STEINWEDEL, «“Spezifisches Verfassungsrecht” und...», *op. cit.*, pp. 32 ss.; SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht...*, *op. cit.*, notas marginales 301 ss. y 317 ss.

²³ Así, el tribunal se ve en la necesidad de destacar, a modo de ejemplo, que «la apreciación constitucional de arbitrariedad no (implica) reproche de culpabilidad alguno» (BVerfGE 79, 93 (97)) —lo que, sin duda, es correcto, no obstante lo cual suena ciertamente como precavido—.

«guardianes del muro». En esta doctrina se muestra, a mi juicio, un relación distendida y productiva entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional²⁴. Por eso, debe ser aquí un ejemplo a tomar.

2. SITUACIONES

A) Criminalidad estatal reforzada

Adopto la expresión «criminalidad estatal reforzada» de mi colega Wolfgang Naucke²⁵. Aunque no me parezca correcta²⁶, en los planos científico y de política criminal, su resignada recomendación de aceptar el déficit garantista del moderno Derecho penal también para esa clase de criminalidad²⁷, y de allanar a uno de los acusados la no privilegiada «cuarta vía del Derecho penal para 'perseguir y castigar la criminalidad estatal reforzada'»²⁸, divido su planteamiento conceptual y su análisis jurídico-penal en aspectos esenciales. Aquí se trata del planteamiento y del análisis.

El análisis de Naucke también resulta correcto —importante para la praxis judicial— en una ingeniosa crítica²⁹ respecto a la cuestión de si funcionarios de la Seguridad del Estado que, siguiendo órdenes, habían tomado dinero de envíos postales internacionales que iban dirigidos al presupuesto estatal de la RDA, fueron castigados por delitos de abuso de autoridad, quebrantamiento de depósito, o malversación de caudales públicos³⁰; en el deshilachado estado de opinión de la ciencia jurídico-penal, está en condiciones de esbozar menos soluciones a nuestro problema³¹, y se sitúa en el lugar del que se deriva el mismo: en la hipótesis de que la forma de la acción que aquí se cuestiona no es criminalidad de Estado, sino, más bien, de personas (que pudo contar con la protección y estímulo del Estado).

²⁴ Una reconstrucción básica de esa relación, desde una perspectiva teórica-causal, y centrado ahora en el Derecho civil, VID. KOCH, «Bundesverfassungsgericht und...», *op. cit.*, pp. 135 ss. y 162 ss.; sobre una «relación de cooperación», ROBBERS, «Grundrechtsschutz durch...», *op. cit.*, pp. 63 ss. y 70 («no delimitación en el objetivo, sino responsabilidad compartida»).

²⁵ NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996.

²⁶ Críticamente, también JOERDEN, *GA*, 1997, pp. 201 y 205 ss.

²⁷ Donde quiera que se manifesten, tales déficits se deben señalar, analizar, impedir y equilibrar con todos los medios al alcance, sin que se deban tolerar en ninguna parte; CFR., por ejemplo, mi trabajo *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.^a ed., 1996, pp. 13 ss., 17 ss. y 70 ss.; NK-HASSEMER, § 1, notas marginales 480 ss.

²⁸ NAUCKE, *op. cit.*, p. 83; *ibíd.*, pp. 65 ss. y 82 ss.

²⁹ *Ibíd.*, *op. cit.*, pp. 59 ss.

³⁰ BGHSt 40, 8.

Aun cuando en los últimos tiempos, con fundada razón, uno de los faros que sitúan al Derecho penal bajo una luz nueva, pone a la colectividad en primer término, y con ella a la «macrodelincuencia»³², aun cuando intentemos ahora (otra vez³³) conferir *status* de ciencias auxiliares del Derecho penal a la psicología colectiva³⁴, la sociología de grupo³⁵, o la investigación de conflictos³⁶, aun cuando se intente —con una fuerte presión político-criminal³⁷— someter a responsabilidad penal a personas colectivas, como juntas directivas, asociaciones o Ayuntamientos³⁸, y ello conlleve atrapar a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA con el instrumento de la imputación colectiva, sin embargo el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional Federal han aplicado también, al unísono, la imputación individual a dicha conducta³⁹, la cual, de múltiples maneras, fue ejecutada de forma colectiva: incluso cuando «el Estado» organice, facilite o encubra un acto delictivo, para un Derecho penal «moderno» tampoco parece existir ahí motivo alguno para pasar a la imputación colectiva y eliminar la imputación a la persona como pilar del Derecho penal en un Estado de Derecho⁴⁰; solamente resulta justificado para clarificar y apreciar

³¹ Copiosas referencias en TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, 49.ª ed., 1999, § 3, notas marginales 49g ss. y 52a ss.; llevado al extremo, LACKNER/KÜHL, *StGB*, 23.ª ed., 1999, § 2, notas marginales 16 y 16a. Ahora existen dos completos estudios de nuestro problema: MARXEN/WERLE, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, 1999, y ARNOLD (ed.), *Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit am Beispiel der DDR*, 2000.

³² De manera ejemplar, HERBERT JÄGER, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, 1989.

³³ Numerosos ejemplos de análisis precedentes, en HASSEMER/LÜDERSSEN (eds.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts. Band III: Strafrecht*, 1978.

³⁴ JÄGER, *ibid.*, pp. 136 ss.

³⁵ *Ibid.*, pp. 146 ss.

³⁶ *Ibid.*, pp. 61 ss.

³⁷ Si fuese aceptada una imputación colectiva en el Derecho penal, se satisfecería el actualmente interés popular en la simplificación y abaratamiento de la justicia penal; en el plano de la dogmática jurídica penal se allanarían las diferencias y se acortaría el procedimiento probatorio.

³⁸ HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 202 ss.; HIRSCH, «Verantwortlichkeit von Unternehmen», *ZStW* 107 (1995), pp. 285 y 288 ss.; ÍDEM, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993; ERHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, pp. 175 ss.; OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, 1993, pp. 6 ss.; EIDAM, *Straftäter Unternehmen*, 1997, pp. 57 ss. y 95 ss.; SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, pp. 37 ss.; ANWART, «Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – vom Unternehmensstrafäter zum Täterunternehmen», *ZStW*, 105 (1993), pp. 752 y 756 ss.; CFR. también la iniciativa del Land Hesse en el Consejo Federal sobre la imputación colectiva, BRDrucks. 690/98.

³⁹ Al respecto, también *infra* IV.3.

⁴⁰ Asimismo, en resumen, HERBERT JÄGER, *Makrokriminalität...*, *op. cit.*, pp. 132 ss.

con esmero⁴¹ la influencia de lo colectivo en las diversos campos de la imputación penal⁴².

B) Ejemplaridad

Un arquetipo no muestra la totalidad de aquello para lo que sirve; sin embargo, esa totalidad se puede llevar al extremo, perfilar y concentrar en lo esencial.

El arquetipo aquí seleccionado, en el cual se debe mostrar la relación entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, sólo revela su totalidad plural de manera incompleta.

Ese modelo, como ya se ha dado a entender⁴³, no es paradigmático para el aspecto negativo de la delimitación entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, pero tal vez para el positivo. El Tribunal Constitucional ha seguido, en lo esencial, la línea de la jurisprudencia penal, y solamente ha efectuado⁴⁴ una evidente precisión jurídico-constitucional⁴⁵ y dogmático-penal al respecto de la imputación por culpa. El arquetipo aquí seleccionado —y ésta es la segunda objeción—, sólo abarca, en el conjunto de la apreciación global de los hechos por el Tribunal Constitucional, en virtud de la reunificación, un pequeño ámbito⁴⁶. La posterior vigencia del Derecho de la RDA, la reparación de las víctimas, desde la perspectiva del Derecho penal, laboral y administrativo, Derecho patrimonial, compensación financiera, hasta la punibilidad de los espías⁴⁷ —cuestiones todas ellas que han ocupado al Tribunal Constitucional Federal o que aún lo hacen, pero que no han sido planteadas en el proceso penal contra los «guardianes del muro»—*.

⁴¹ HASSEMER, *Produktverantwortung...*, op. cit., pp. 59 ss.; de manera extensa y minuciosa, ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, en especial pp. 23 ss., 71 ss., y 131 ss.; también ÍDEM, *NSStZ*, 1998, pp. 491 ss. (ante todo, sobre la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo BGHSt 40, 218).

⁴² Al respecto, *infra* IV y V.

⁴³ *Supra* I.2.

⁴⁴ Al respecto, *infra* IV.3.

⁴⁵ BVerfGE 95, 96 (140 s.).

⁴⁶ Clasificaciones y ejemplos en ODESKY, *Die Rolle des Strafrechts bei der Bewältigung politischen Unrechts*, 1992, pp. 18 ss y 27 ss.; VID. también AMELUNG, *GA*, 1996, pp. 51 y 53 ss.

⁴⁷ Sobre las diversas situaciones, ESER, *GA*, 1991, pp. 241 ss.

* Los procesos penales seguidos contra los soldados de fronteras, jefes de tropas de frontera, así como miembros del «*Politbüro*» de la antigua RDA, tras la reunificación alemana, iniciada con la histórica y simbólica «caída del Muro», se conocen como «*Mauerschützenprozesse*», en alusión a los sujetos enjuiciados. Se trató de una cadena de procesos, no exenta de polémica, ya que incluso la Comisión de Interior del Parlamento Europeo vio en ella un atentado contra los derechos humanos, bajo la acusación de homicidio de fugitivos del régimen comunista. Más información en www.e-papyrus.de/mauerschuetzenprozesse.html (*Nota del Traductor*).

Lo que, sin embargo, de forma ejemplar, aportan los procesos contra el Consejo Nacional de Defensa de la RDA y los «guardianes del muro» tiene una importancia elemental para la reconciliación normativa sobre los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico⁴⁸. Y aquí, ante todo, se debe dar vueltas alrededor de esos fundamentos, y no de pormenores: sobre el significado de una «reconciliación» de experiencias históricas con los medios del Derecho penal, sobre el valor del Derecho positivo y los límites de su aplicabilidad, sobre la relación entre el Estado de Derecho y la Justicia, entre el poder y el Derecho («Justicia del vencedor»⁴⁹), y sobre las garantías de los derechos fundamentales frente a aquellos que antes los han vulnerado sistemáticamente. Estos son los fundamentos jurídicos sobre los que descansa la doctrina jurisprudencial de los «guardianes del muro».

En ellos también se puede estudiar y discutir la relación entre la jurisdicción penal y la jurisdicción constitucional.

3. OBJETIVOS

La cuestión sobre la responsabilidad penal de los representantes políticos y sus subordinados después de un cambio de sistema político puede perseguir diversos fines. Bajo la precisa óptica de la ley penal y de la dogmática penal, esa cuestión ya puede ser contestada por la mera existencia de deberes y prohibiciones legales, así como por el principio de legalidad de toda persecución penal: lo que legalmente es punible con certeza, debe ser perseguido penalmente. Pero, desde la perspectiva de la política criminal, incluso desde un punto de vista social e histórico, merece la pena reflexionar amplia y detalladamente acerca de los objetivos de tal medida.

A) Revisión de la historia

Precisamente, en épocas de cambio de un sistema político, con profundas transformaciones, también de tipo normativo, es normal que se justifique la revisión penal del pasado con el interés en clarificar ese pasado de forma segura y completa⁵⁰.

Ese interés ya existió —aun cuando su realización sea poco sensata— en la República Federal tras el final de la dominación nazi⁵¹, y también en

⁴⁸ Sobre ese tópico, extensamente, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973/1980, pp. 25 ss., 151 ss. y 221 ss.

⁴⁹ Al respecto, BÄR, *Jura*, 1999, pp. 281 ss. y 285 ss.; ingeniosa también la tesis de BECKER, *NJ*, 1999, p. 353.

⁵⁰ ROSENAU, *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, 2.ª ed., 1998, pp. 301 ss.

⁵¹ Al respecto, ahora con detención, DIESTELKAMP, «Die strafrechtliche Ahndung von NS-

la actualidad es apremiante la necesidad de una revisión de las experiencias históricas mediante el Derecho penal y el proceso penal. Así visto, los procesos penales pueden ser no sólo instrumentos de retribución, sino también instrumentos de convicción.

Además, no se puede negar que el Derecho penal puede actuar como un instrumento efectivo de esclarecimiento. El Derecho procesal penal prevé un procedimiento probatorio bastante minucioso, el cual, en caso necesario, puede constituir una obligación para lograr sus propósitos en una aclaración de los hechos verdaderos. A tal efecto, el principio de legalidad impone que se trate de aclarar la sospecha de una conducta punible en la forma ordenada de instrucción penal y juicio oral. También el Derecho penal material comprende deberes y prohibiciones frente a testigos, peritos y órganos instructores, los cuales quieren asegurar que la verdad histórica sea sistemáticamente investigada y que se llegue a descubrir por completo; los informadores deben decir la verdad. Finalmente, existen —acaso en la forma del proceso de Auschwitz en Frankfurt⁵²— bastantes arquetipos que, con ayuda del proceso penal, fortalecen la esperanza de que se puedan sacar a la luz conocimientos verdaderos sobre un régimen injusto⁵³.

No rechazo *a limine* esa esperanza, pero sí quiero relativizarla. Seguramente, el proceso penal es un medio adecuado para hacer relucir la «verdad». Del mismo modo, no cabe la menor duda que el Derecho penal y el proceso penal tienen su propia razón de ser en la «verdad»⁵⁴. Esa idea deriva de las específicas perspectivas del proceso penal, al interesarse sobre hechos reales. Esas perspectivas propias del proceso penal deben ser tenidas en consideración cuando estén basadas con seguridad en el conocimiento adquirido en el proceso penal.

En la teoría del proceso penal se habla de buen grado y con razón de una verdad «forense»⁵⁵, que, por ello, se diferencia de una verdad «histórica».

Unrecht. Ein Forschungsbericht», *ZNR*, 1999, pp. 417 ss.; crítico frente a un paralelismo de la discusión actual con la «revisión» de la injusticia nacionalsocialista, ROSENAU, *op. cit.*, pp. 24 ss. y 27 s.

⁵² Documentado por HERMANN LANGBEIN, *Der Auschwitz-Prozess. Zwei Bände*, 1965; CFR. también WERLE/WANDRES, *Auschwitz vor Gericht*, 1995.

⁵³ En el proceso de Auschwitz en Frankfurt, en la fundamentación oral de la sentencia, el Presidente de la Sala, Hofmeyer, indica expresamente que no había sido tarea del Tribunal dilucidar por completo las circunstancias históricas: «El Tribunal de Jurado no ha sido convocado para solucionar el pasado» (se informa de ello en WERLE/WANDRES, *op. cit.*, p. 88). Por el contrario, en un comentario a esa fundamentación de la sentencia, EUGEN KOGON valoró muy positivamente el proceso, que «incidió sobre tiempos históricos» (el comentario radiofónico aparece reproducido en la publicación *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, p. 1.901).

⁵⁴ Con claridad, KRAUB, «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess», en JÄGER (ed.), *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, pp. 65 ss.; en extensión, actualmente, STAMP, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, 1998, pp. 83 ss.; CFR. también MÜLLER/DIETZ, *Zeitschrift für Evangelische Ethik*, 1971, pp. 257 ss.

⁵⁵ KLEINKNECHT/MEYER-GÖBNER, *StPO*, 44.ª ed., 1999, § 261, notas marginales 1 ss., con

Esa distinción tiene sentido y sus buenas razones. El Derecho procesal penal tiene que perseguir —en el Estado de Derecho— no sólo la finalidad de clarificar la verdad histórica; antes bien, también tiene el objetivo —contraproducente en el caso particular— de tutelar los intereses del acusado en la búsqueda de la verdad, teniendo por objeto, en general, que ésta pueda realizarse por unas vías normales y que se atenga a unos principios⁵⁶. Este sistema por el que se persiguen fines diferenciados fundamenta una relación esotérica entre verdad y proceso penal.

Cuando se piensa, tal vez, en el derecho a no declarar, o en otras prohibiciones del método probatorio o de la valoración de la prueba⁵⁷, así como en el principio de proporcionalidad⁵⁸ o en el axioma «in dubio pro reo», inmediatamente parece obvio que ahí están formuladas reglas y directrices que se oponen frontalmente a una búsqueda consecuente de la verdad histórica⁵⁹. El derecho a no declarar corresponde, por lo general, precisamente, a personas que podrían contribuir, metodológicamente y en cuanto al contenido, de manera relevante al descubrimiento de la verdad (médicos, abogados y familiares)⁶⁰; la prohibición de sobrepasar la frontera de la proporcionalidad con relación al imputado tiene en cuenta que no se investiguen sistemáticamente todos los hechos, sino los que puedan resultar de interés para averiguar los acontecimientos históricos; el principio «in dubio pro reo» contradice toda regla en la búsqueda empírica de la verdad, porque, para el caso de que esa indagación no consiga un resultado seguro, fija una consecuencia jurídica que se puede considerar normativa, pero que no responde a un criterio metodológico.

Los principios mencionados, que relativizan la fiabilidad de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, en conjunto están bien fundados normativamente y son irrenunciables en el proceso penal de un Estado de Derecho. No obstante, empíricamente tienen como consecuencia que el conocimiento generado en el proceso penal sobre hechos reales se fragmenta y peligra de una manera específica⁶¹. Ese conocimiento se crea para los fines del proceso penal, es decir, para esclarecer los indicios de criminalidad, para justificar el fallo condenatorio, o para posibilitar una absolución. Por lo tanto, en el proceso penal sólo deben estar empíricamente asegura-

copiosas indicaciones; una visión amplia sobre los principios teóricos se encuentran en STAMP, *op. cit.*, pp. 215 ss.

⁵⁶ Al respecto, en detalle, mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 18.

⁵⁷ Una vista de conjunto y explicaciones, en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª ed., 1998, § 24 D; EISENBERG, *Beweisrecht der StPO*, 3.ª ed., 1999, notas marginales 332 ss.

⁵⁸ Sobre ello —con respecto a la sanción penal—, recientemente, WEIGEND, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt», *Hirsch-FS*, 1999, pp. 917 ss.

⁵⁹ EISENBERG, *op. cit.*, notas marginales 329 ss.

⁶⁰ Expuesto de forma completa en EISENBERG, *op. cit.*, notas marginales 1.241 ss. y 1.263 ss.

⁶¹ KRAUB, «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß», *op. cit.*, pp. 84 s.

das aquellas hipótesis en las que se funde un pronunciamiento de culpabilidad⁶² —pero no cualquier otra que, siendo relevante para el suceso histórico, sin embargo, con fundada razón jurídico-constitucional, posiblemente sea víctima de una prohibición de obtención de prueba o de una prohibición de valoración de prueba⁶³—.

En conclusión, pues, la «verdad» conocida en el proceso penal es relativa históricamente para los principios penales que rigen en la búsqueda de la verdad; sin embargo, es selectiva en el plano de los hechos «reales». El objetivo de revisar la historia solamente se puede lograr aporéticamente por medio del proceso penal. Por consiguiente, frente a los conocimientos, está indicada una específica previsión metodológica que ponga al día el proceso penal sobre la «realidad histórica».

B) Reparación para las víctimas

El objetivo de ofrecer a las víctimas de la criminalidad de Estado una reparación no sólo mediante una rehabilitación y una compensación material, sino también mediante una específica respuesta penal a la historia más reciente, actualmente es —al menos en la República Federal de Alemania— de imperiosa necesidad. Se trata de pretensiones de efectuar el «cambio» no sólo políticamente, sino también normativa y, en particular, jurídicamente, que —y el cual— evidencie que se cometieron violaciones de derechos, equilibrando al fin los límites del marco penal, no sólo para los afectados sino también para todos los demás, y siendo eficaz en el caso particular⁶⁴.

Igualmente, en atención a ese objetivo no se puede cuestionar que, precisamente, el Derecho penal se presenta en la actualidad como un instrumento para la consecución de fines. No sólo en la República Federal de Alemania, si bien aquí con especial énfasis, en los últimos tiempos el Derecho penal se ha presentado y evolucionado en sentido favorable para las víctimas⁶⁵. Merced al legislador penal, se le han reconocido al perjudicado

⁶² Por eso, MÜLLER-DIETZ, «Zeitschrift für Evangelische Ethik», *op. cit.*, p. 270, habla de derecho a la «estructura final» de la verdad en el proceso penal.

⁶³ También escéptico sobre la idoneidad del proceso penal como medio de la investigación histórica, ROSENAU, «Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag», *op. cit.*, pp. 314 s., *passim*.

⁶⁴ LIMBACH, *DiZ*, 1993, pp. 66 y 71.

⁶⁵ Al respecto, NEUMANN, «Die Stellung des Opfers im Strafrecht», en HASSEMER (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 225 ss.; LÜDERSSEN, «Opfer im Zwielficht», *Hirsch-FS*, 1999, pp. 879 ss., con referencia (pp. 883 ss.) a la experiencia de las víctimas de la criminalidad estatal reforzada en la RDA; en los últimos tiempos, la protección de las víctimas —y aquí, precisamente, la protección de los niños— juega un papel preminente. Cfr., sobre ello, KEISER, *Das Kindeswohl im Strafverfahren*, 1998; SCHMOLL, *Videovernehmungen kindlicher Opfer im Strafprozeß*, 1999; LAUBENTHAL, *Juristische Zeitung*, 1996, pp. 335 y 337 ss.; de manera gené-

mejores posibilidades de intervenir en el proceso penal, la política criminal se refiere a los intereses de las víctimas y los expone, favoreciéndolos frente a la orientación proclive al reo de épocas pasadas, ahora aumentando y fortaleciendo su protección jurídico-penal⁶⁶. Además de ello, la confianza en realizar razonablemente las perspectivas del Derecho penal es bastante grande, y esa confianza aún parece estar en aumento⁶⁷. En este momento, los instrumentos penales se empeñan, por doquier, en solucionar los problemas de la sociedad, de manera que ¿por qué se deberían hacer aquí excepciones a las violaciones jurídicas cometidas mediante una criminalidad estatal reforzada?

Fuera de eso, el Derecho penal es un medio de la solución pública de los conflictos, en pro de los valores correctos, los símbolos verdaderos y las normas justas. El Derecho penal ofrece un campo prominente para el acuerdo social sobre los límites de la libertad y sus infracciones⁶⁸. Por eso, es muy natural que las víctimas de crímenes de Estado estén interesados —en cuanto a las concretas infracciones que les afectan— a su vez, precisamente, en discutir los límites del Derecho penal sobre la conformidad a Derecho de las transgresiones que tuvieron que sufrir. Ninguna otra institución estatal, como la justicia penal, puede acreditar, con la misma firmeza, que las víctimas son (han sido) «víctimas»: que sus agravios son fruto de una injusticia y no simplemente de un caso fortuito, que han sufrido daños no sólo en lo material, sino también en lo normativo, en definitiva: que han sido ofendidos «en Derecho»⁶⁹.

Pero, no obstante, frente a ese objetivo, quiero expresar una salvedad. En la tradición del Derecho penal en el Estado de Derecho la satisfacción de las víctimas es una finalidad del todo legítima —cuando no primaria— de la intervención penal. El fin prioritario de esa intervención es el justo equilibrio entre antijuridicidad y culpabilidad mediante medidas jurídico-

rica, HAGENDORN, *Schutz der Opfer von Gewaltdelikten durch den Ausschluß der Öffentlichkeit im Strafverfahren*, 1999; MEURER, *JuS*, 1999, pp. 937 ss.

⁶⁶ HAMM, *StV*, 1995, pp. 491 y 493.

⁶⁷ Y el legislador reacciona, como enseña, si acaso, la «Ley sobre la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos». Cfr., al respecto, HAMMERSCHLAG/SCHWARZ, *Neue Strafe Zeitung*, 1998, pp. 321ss.

⁶⁸ WEIGEND, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, 1989, p. 194, habla del proceso penal como «morality play»; KRAUß, «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß», *op. cit.*, p. 78, llama al proceso penal mecanismo de comunicación social.

⁶⁹ Así, con firmeza y persuasión, REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters – als Problem*, 1999, pp. 20 y 26; cfr., al respecto, LÜDERSSEN, «Opfer im Zwielficht», *op. cit.*, pp. 886 ss.; también es convincente el informe de WEBER, «Über die Verfolgung von Nationalsozialistischen Gewaltverbrechen – ein persönlicher Bericht», en JUSTIZMINISTERIUM NRW (ed.), *NS-Verbrechen und Justiz*, pp. 207 ss., con el resumen (p. 225): «El pronunciamiento judicial, por cierto, no siempre ha suministrado justicia a los reos, pero ha dado la razón a las víctimas».

penales, es la respuesta adecuada al delito. En cierto modo, por detrás de ese objetivo primordial, se puede realizar, a su vez, si las circunstancias lo permiten, también la función reparadora del Derecho penal —pero no debe, ni puede, ser la finalidad inmediata del Derecho penal—. La fuerza del Derecho penal no se puede poner en manos de las víctimas, sino que debe permanecer en el Estado, que, con su monopolio de poder, tiene que proporcionar una respuesta conveniente al infractor, velar por la concordia entre reo y víctima y, a largo plazo, por una política criminal que sea justa no sólo para aquéllos, sino para todos nosotros. La víctima no puede conseguir todo esto, a lo que, sin embargo, estamos obligados en el mundo civilizado. (Además, fuera del Derecho penal, existen cauces apropiados para la reparación de la víctima).

De admitirse la expectativa de que el Derecho penal podría contribuir con seguridad a la reparación de la víctima, ya se habría previsto una desilusión a los correspondientes anhelos. Así, en la República Federal de Alemania, se puede encontrar un ejemplo evidente en la famosa expresión de Bärbel Bohley, por la que se decía que la población de la RDA había esperado justicia y recibió simplemente el Estado de Derecho⁷⁰.

C) Consecución del Estado de Derecho

La consecución del Estado de Derecho es lo que, en mi opinión, debe ser el objetivo por antonomasia, a corto y a largo plazo, de la revisión de la criminalidad de Estado tras un cambio de sistema político.

El Derecho penal del Estado de Derecho⁷¹ tiene un mensaje totalmente preciso: la revisión de los conflictos más difíciles sobre conductas infractoras debe efectuarse formalmente⁷².

Por «formalización» se entienden dos cosas: tanto la precisión legal de las definiciones de antijuridicidad y culpabilidad, los requisitos sancionatorios y el proceso, así como los principios orientadores de la forma y modo como actúa el Derecho penal. También y precisamente, en la asimilación de la criminalidad estatal reforzada después de un cambio de sistema político, lo esencial es que se manifieste ese mensaje del Derecho penal de un Estado de Derecho y que se concrete en el caso particular.

⁷⁰ Respecto a ese dicho, su leyenda y su contexto, ROSENAU, *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, *op. cit.*, pp. 29 ss.

⁷¹ Se puede consultar una reconstrucción de este concepto y su origen, en ARNOLD, «Die 'Bewältigung' der DDR-Vergangenheit vor den Schranken des rechtsstaatlichen Strafrechts», en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, pp. 283 ss.

⁷² Al respecto, y de manera detallada sobre lo que sigue, mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 30, II. y III.

Una versión razonable de la actual teoría penal de la «prevención general positiva»⁷³ no exige nada más. Según ésta, el Derecho penal no sólo debe estabilizar las normas de conducta social más elementales; más que nada, también debe demostrar y acreditar públicamente que la asimilación de los conflictos por discrepancias se realiza de una manera determinada legalmente y conforme a los principios orientadores.

Ello significa, en especial en las situaciones aquí tratadas, que para el Derecho penal se excluye un «ajuste de cuentas» con el sistema político anterior y sus representantes. El argumento, por el cual también los imputados ahora serían tratados de forma contraria al Estado de Derecho y que, por ello, luego no podrían apoyarse en el Estado de Derecho y sus medidas orientadas a la libertad, queda excluido en un Derecho penal democrático. No se trata de pagar con la misma moneda: antes bien se trata de preservar nuestro ordenamiento jurídico y los principios que lo sustentan⁷⁴, incluso ante esa forma de violación sistemática de bienes jurídicos y principios del Estado de Derecho.

Tan sólo dentro de esos objetivos, pueden hallar su sitio la reparación de la víctima y la revisión de la historia alemana más reciente.

4. PRINCIPIOS

Ya hemos visto que, obviamente, en el Derecho penal y el proceso penal el elenco de principios que deben ser tenidos en consideración es largo. También aquí⁷⁵ se trata, en general, como de costumbre, de aplicar formalmente el Derecho penal.

Aquí, el discurso no debe comprender todos los principios, que, en general, rigen para una aplicación del Derecho penal conforme al Estado de Derecho. Antes bien, deben ser examinados sucintamente aquellos principios que juegan un papel especial en las situaciones de la criminalidad estatal reforzada tras un cambio de sistema político y que, por ello, deben ser tomados en consideración de una manera particular.

A) Igualdad de trato

En los cambios de sistema político, a los que aquí nos referimos, las cuestiones de la igualdad de trato se discuten con especial urgencia. Están

⁷³ Sobre esto, CFR. mi *Variationen der positiven Generalprävention*, en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, pp. 29 ss.; crítico con esas apreciaciones, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, 1997.

⁷⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., 1996, § 1 I 1; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, capítulo 1, notas marginales 4 ss.

⁷⁵ *Vid. supra* III.3.

en juego, por supuesto, no sólo —como se puede apreciar en detalle, puede quedar abierto en este mismo sitio— dos ordenamientos penales que existen en la realidad; típicamente, se trata además —y esto es lo más importante— también de la concurrencia de dos ideologías del Derecho penal, tanto en lo que atañe a la política criminal, como también en lo que se refiere a los fundamentos constitucionales de la aplicación del Derecho penal. Ambos pueden ser ejemplificados en nuestra reciente experiencia en la República Federal de Alemania, y ambos suscitan específicos problemas de igualdad de trato.

Así, por ejemplo⁷⁶, es absurdo atribuir a los anteriores «dominantes» una pérdida de derechos fundamentales, prevista en el artículo 18 de nuestra Ley Fundamental, bajo el argumento de que ellos tampoco respetaron los derechos fundamentales de sus sometidos. Dejando aparte que para ello está previsto un concreto procedimiento, con complicadas condiciones, esta forma inesperada y espontánea de Ley del Talión no es, por supuesto, una respuesta posible de un Estado de Derecho a la criminalidad (reforzada de Estado).

Pero también en el concreto campo de la dogmática penal existe un exceso de problemas sobre la igualdad, que deben ser considerados y solucionados, si la respuesta de nuestro sistema a las violaciones jurídicas en sistemas anteriores no debe resultar desproporcionada y, por ello, injusta.

Así, a modo de ejemplo, el Tribunal Supremo, en una sentencia apropiada al caso⁷⁷, ha considerado a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA no como cómplices, sino como autores mediatos de homicidio, que fue ejecutado de forma directa por los «guardianes del muro». Se ha objetado al respecto que la clásica mecánica de imputación de la participación en el Derecho penal de la República Federal estaba basada en la complicidad antes que en la autoría mediata. Ahí mismo se ha iniciado la cuestión de la imputación por hechos próximos, y de ahí se ha replanteado la cuestión del cooperador o inductor.

Desde luego, en la práctica ese reproche es infundado. La más alta jurisprudencia penal alemana ya se interesó con anterioridad —acaso en situaciones de Derecho económico— no por los hechos próximos, sino por el centro de una jerarquía de mando y obediencia, determinando la cualidad de la autoría según esa jerarquía⁷⁸. Pero, según la forma, parece que esa censura jurídica podría ser contraria al principio de igualdad de trato, por lo que, con motivo de las variaciones de criminalidad gubernamental, por así decirlo, se «inventarían» nuevas formas de adscripción dogmática,

⁷⁶ Al respecto, ya *supra* III.3.

⁷⁷ BGHSt 40, 218 (232 ss.); VID. también BGHSt 39, 1 (31 s.).

⁷⁸ Tal vez, BGHSt 37, 106 (113 ss.); *vid.* una clasificación de esa jurisprudencia en W. HASSEMER, *Produktverantwortung*, *op. cit.*, pp. 59 ss.

sometiendo así esas variaciones a un Derecho que no puede tener validez general, sino sólo para ellas.

B) Comprobaciones de causalidad

Las comprobaciones de causalidad son algo cotidiano en el Derecho penal. De hecho, en el campo del enjuiciamiento penal de la criminalidad estatal reforzada y de la criminalidad de los «guardianes del muro», pueden acarrear problemas específicos y dar lugar a simplificaciones improcedentes. Por último, también constituyen un criterio de gran valor informático para la observancia del principio de igualdad de trato.

Puede ser problemática entonces, por ejemplo, la conexión causal entre la actuación del acusado y la lesión de un bien jurídico que supuestamente encaja en el tipo penal, cuando se tiene que plantear si la conducta del miembro del Gobierno (su acción o su omisión) «realmente» ha «provocado» la muerte de personas en el muro. En mi opinión, para esa apreciación no bastan consideraciones genéricas sobre jerarquías de mando y obediencia. Más que nada, debe verificarse minuciosamente—como también de costumbre, en los contextos de las comprobaciones de causalidad en el Derecho penal⁷⁹— qué conducta, por ejemplo de los miembros del Consejo Nacional de Defensa, y en qué momento, ha tenido como consecuencia la violación de qué bienes jurídicos en el caso particular. Puesto que se han tratado de unas estructuras decisorias complejas, también resultan difíciles de clarificar las relaciones de causalidad. También se debe preguntar por los efectos que tal vez haya tenido una determinada conducta de la cúpula militar sobre las acciones y motivaciones de los «guardianes del muro»⁸⁰, cuando se ejecutó allí la infracción supuestamente típica.

La jurisprudencia alemana más reciente, tanto del Tribunal Supremo, como también del Tribunal Constitucional Federal, muestra que son absolutamente posibles tales comprobaciones de causalidad, evidentes y, a la vez, fundamentales.

C) Imputación por culpabilidad

El tercero de los principios de Derecho penal que puede ser precario en las situaciones de la criminalidad estatal reforzada, es la imputación por

⁷⁹ También, al respecto, mi *Arbeit über die Produktverantwortung*, op. cit., pp. 38 ss.; en general, sobre el alcance de ese problema, DENICKE, *Kausalitätsfeststellung im Strafprozeß*, 1997, pp. 77 ss.; WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, 1996, pp. 75 ss.

⁸⁰ Para la imputación de la socialización militar y tal vez de la «llamada a formar», infra IV.3.

culpabilidad. Esto afecta menos a los miembros del Gobierno o a la cúpula militar; esto concierne, sobre todo, a los guardianes del muro.

El problema ante el que se encuentra la jurisprudencia y que no siempre ha sido apreciado lo suficiente por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, radica en que una imputación por culpabilidad no puede estar justificada en consideraciones generales —por ejemplo, en la genérica manifestación de una situación ilegal—, sino que, antes bien, requiere que la persona del acusado, sus circunstancias, sean tenidas en consideración de manera precisa para formar un juicio correcto y también para ajustarse al mismo⁸¹. Que se pudo evitar un error de prohibición o que era notoria la ilegalidad de una orden, no se infiere aún de juicios genéricos sobre la antijuridicidad objetiva de una conducta en el campo de la legalidad. Más bien, es de presuponer que se pregunte sobre el concreto ámbito vital de un concreto hombre, si esa persona —¡se trata del nivel de atribución de culpabilidad!— lo pudo hacer, para formar el juicio exigido por el Derecho penal. A ese ámbito vital también pertenecen la socialización de lo militar o la «llamada a formar» de los soldados fronterizos por sus superiores —exactamente todo aquello que haya podido contribuir a la concepción normativa del mundo de la persona, y que trate de su culpabilidad—.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal, en su sentencia de 24 de octubre de 1996⁸², ha puesto de relieve claramente esa idea⁸³. La sentencia la expresó de la siguiente manera: «no evidente, que los soldados medios dedujesen, sin duda alguna, los límites exactos de la conducta punible, siendo intolerable, según el principio de culpabilidad, que se fundamente la manifestación de la infracción penal para los soldados sólo en la —objetiva— existencia de una grave violación de derechos humanos; además, se debe explicar, precisamente, en atención a su instrucción, el adoctrinamiento, y otras circunstancias, por qué el soldado particular estaba en situación de reconocer la infracción penal»⁸⁴.

⁸¹ También se muestra crítico con la determinación de la culpabilidad en esos casos ESER, «Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgebern», en *Festschrift Odersky*, 1996, pp. 337 ss., y 339.

⁸² BVerfGE 95, 96.

⁸³ Idea omitida o no comprendida por ZIELINSKI, «Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt», en *Festschrift für Grünwald*, 1999, pp. 811 ss. En la p. 833, epígrafe 116, reprocha a la Sala que no haya «aprovechado la ocasión para diferenciar entre los guardianes del muro, de un aparte, y los responsables del sistema».

⁸⁴ *Ibid.*, 142.

5. EXCULPACIÓN

En tanto que también los problemas insignificantes afectan al campo de la culpabilidad⁸⁵, las principales dificultades en el tratamiento penal de la criminalidad estatal reforzada residen en el campo de la exculpación. Aquí hay que dilucidar la cuestión de si, y en qué sentido, una conducta infractora bajo otro sistema político y normativo, cumple los requisitos para que también pueda ser «ilegal» para nosotros. El principio elemental al que se debe engarzar el problema de la exculpación, como una cadena, es la prohibición de retroactividad en el Derecho penal de un Estado de Derecho (art. 103.2 Ley Fundamental, y § 1 Código Penal)⁸⁶.

A) Asuntos

En la concreta situación de la República Federal de Alemania, en relación con la antigua RDA, en particular son de especial interés cuatro asuntos, desde la perspectiva del enjuiciamiento penal de la criminalidad estatal reforzada.

a) *Estándar del Estado de Derecho*

En primer lugar, debe retenerse de una vez⁸⁷ que bajo la vigencia de la Ley Fundamental, cada juicio de ilegalidad y exculpación, constitucional y penalmente, así como también en el plano de la política criminal, tiene el sentido de afirmar, asegurar y realizar las garantías que caracterizan nuestro Derecho constitucional y nuestra realidad constitucional, en atención a los derechos fundamentales de la persona y al derecho fundamental a la justicia. Con la advertencia de que puede minorar o socavar ese estándar, no se tiene en consideración que, precisamente, las personas cuya conducta incumbe al enjuiciamiento penal, hayan conculcado las normas del Estado de Derecho. Paradójicamente, al final, eso sería una corrupción de nuestro sistema, precisamente por aquellas formas de conducta contrarias al Estado de Derecho que aquí incumben al enjuiciamiento penal.

⁸⁵ Precisamente, vid. *supra* IV.3.

⁸⁶ Con todo detalle al respecto, ERB, ZStW, 108 (1996), pp. 266 ss.; BUCHNER, *Die Rechtswidrigkeit der Taten con 'Mauerschutzen' im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG unter besonderer Berücksichtigung des Völkerrechts*, 1996, pp. 40 ss., 83 ss. y 257 ss.

⁸⁷ Vid. ya *supra* III.3.

b) *Prohibición de retroactividad y principio de seguridad*

De ello resulta que, tanto la terminante prohibición de retroactividad penal (art. 103.2 Ley Fundamental y § 1 Código Penal), como también el genérico principio de seguridad, implícito en el principio de Estado de Derecho (arts. 1.1 y 20.3 Ley Fundamental), deben ser rigurosamente respetados con ocasión del enjuiciamiento penal de la antijuridicidad de la criminalidad estatal reforzada. Por ello, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal de 26 de octubre de 1996 dice en su primer enunciado: «La prohibición de retroactividad del artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental, es absoluta, y cumple su función de garantía del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales a través de una estricta formalización»⁸⁸.

Con ello se pone de manifiesto⁸⁹ que la prohibición de retroactividad y el principio de seguridad, como garantías fundamentales de un Estado de Derecho, no admiten limitación alguna —ni por evidencias de Derecho natural, ni por imposiciones de una moral que, de alguna manera, sea superior al Derecho, ni, desde luego, por consideraciones de política nacional—. En base a estas medidas constitucionales queda excluida, por supuesto, la posibilidad de una ponderación⁹⁰ de la prohibición de retroactividad y otros objetivos, principios o reglas⁹¹: ya que así no se aseguraría la prohibición⁹².

⁸⁸ BVerfGE 95, 96.

⁸⁹ Sobre el carácter elemental de la fundamentación, BVerfGE 95, 96 (103 ss.).

⁹⁰ El módulo de la Sala Segunda se interpreta de forma gravemente errónea por ZIELINSKI, «Das strikte Rückwirkungsverbot gilt...», *op. cit.*, pp. 832 y 833 *in fine*, quien infiere de esa resolución una ponderación de la prohibición de retroactividad con «otro(s) valores del Estado de Derecho». No se trató de eso. Allí no se refería a la ponderación sino a la fijación de límites. Tampoco se pone de evidencia un interés o principio contrario que habría podido entrar en un proceso de ponderación con la prohibición de retroactividad.

⁹¹ Lo que se le escapa al profesor de Derecho penal, lo atisba el periodista político con certera visión: «Así, el Tribunal Constitucional Federal ha decidido que la prohibición de retroactividad consagrada en la Ley Fundamental encuentra su justificación constitucional en los específicos fundamentos de la seguridad, que informan las leyes penales, si han sido promulgadas por un legislador democrático vinculado a los derechos fundamentales. El riguroso principio de seguridad debería, no obstante, pasar a segundo término, cuando, por causas de aplicación jurídica, el mismo titular del poder estatal excluyese la punibilidad de delitos graves, mientras los amonestase fuera de la norma escrita, y así se descuidaran los conocidos derechos fundamentales generales en las formas más graves» (PETER JOCHEN WINTERS, *Frankfurter Allgemeiner Zeitung* de 11.11.1999, p. 1).

⁹² Esto está expuesto, de manera elemental y a modo de ejemplo, en mi Aufsatz Unverfügbares im Strafprozeß, en *Festschrift für Maihofer*, 1988, pp. 183 ss., 191, 197 ss. y 201 ss.

c) *La ley más favorable*

En tercer lugar, se trata de la situación jurídica en la antigua RDA⁹³. Así, pues, esa situación jurídica es decisiva porque los acusados pueden alegar que se aplique la Ley más favorable en cada caso (§ 2.3 Código Penal).

La determinación de la Ley más favorable no sólo comprende el tipo penal, sino que también debe atender las causas de justificación reguladas legalmente. Sobre estas mismas causas de justificación se decide, por último, sin duda, por dónde discurren los límites del injusto penal. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal sostuvo⁹⁴, por ello, que la prohibición de retroactividad también impone «una aplicación posterior de la causa de justificación regulada legalmente en la comisión del hecho, cuando no sea precedente en el momento del proceso penal». Por consiguiente, resulta decisivo cómo se juzgan ahora, conforme a las exigencias de nuestro sistema de determinación de la ilicitud penal, causas de justificación que tenían efectos jurídicos cuando se realizaron los hechos.

d) *El ámbito vital normativo*

Eso no se puede verificar, en cuarto lugar, sin respuesta a la pregunta sobre el sentido que tiene en el Derecho Penal la prohibición de retroactividad de la Constitución. La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal lo formula así en su enunciado 2: «la estricta prohibición de retroactividad del artículo 103.2 de la Ley Fundamental encuentra su justificación en los específicos fundamentos de la seguridad, que informan las leyes penales, si han sido promulgadas por un legislador democrático vinculado a los derechos fundamentales»⁹⁵. Aquí debe preguntarse, pues —dicho a mi manera—, sobre el ámbito vital normativo del acusado, debe determinarse qué era «Derecho» para él. No se podría traducir de otra manera la seguridad, que la jurisprudencia aplica como sentido de la prohibición de retroactividad, en la concreta conexión de actos de personas⁹⁶.

De lo que actualmente pase por ser ese ámbito vital normativo en la antigua RDA, así la situación jurídica será contradictoria y problemática⁹⁷.

⁹³ Se expone detalladamente en ROSENAU, *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, op. cit., pp. 42 ss., 57 ss. y 98 ss.

⁹⁴ *Ibid.*, enunciado 1.b).

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Así, también JAKOBS, *GA*, 1994, 1, pp. 5 ss.

⁹⁷ Se ofrecen detalles en las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucio-

Existe una diferencia —decisiva para el enjuiciamiento penal y la aplicación de la prohibición de retroactividad— a nivel de las leyes y reglamentos generales, de una parte⁹⁸, y al nivel del efectivo mandato, de otra parte⁹⁹.

Todo lo más tarde, desde los años sesenta (§ 1 del Reglamento de Fronteras de la RDA), se regularon formalmente las cuestiones atinentes a quiénes están en posición de tiro en la frontera. De tal modo, todas esas reglas —incluida la Constitución de la RDA— se distinguen por haber hecho posible una reacción proporcionada de las autoridades fronterizas ante las situaciones de fuga que, de todas formas, no habrían evitado. La situación jurídica de la RDA concebida en esa forma escrita concuerda absolutamente con los principios del Estado de Derecho. La RDA también había asumido la validez de convenios internacionales sobre la protección de los derechos fundamentales.

Otra cosa muy distinta sucedía con el estado de órdenes dentro de las fronteras alemanas¹⁰⁰. Ese estado de órdenes exigía a las tropas fronterizas que impidiesen, en lo posible, a toda costa, los casos de fuga*. Se autorizaban minas de metralla y fuego a discreción —es decir, el empleo de instrumentos mortales, con efectos incontrolables en el caso particular, y, en consecuencia, que no pueden ser empleados proporcionalmente, y aún, por ello, deben malograr la singularidad de la situación particular—. Así, pues, se discute¹⁰¹ de qué parte del en sí contradictorio programa de acción normativo se ha formado el «ámbito de vida normativo»; en concreto: si la exégesis de la prohibición constitucional de retroactividad debe regirse por la situación legal normativamente aceptable, o por el estado de órdenes contrario al Estado de Derecho.

nal Federal que se identifican bajo las siguientes referencias: BGHSt 39, 1 (pp. 2 ss.); BVerfGE 95, 96 (pp. 100 ss.).

⁹⁸ CFR., al respecto, *supra*, nota a pie de página 93.

⁹⁹ Extensas referencias, también en ROSENAU, *op. cit.*, pp. 37 ss., 60 ss. y 72 ss.

¹⁰⁰ Al respecto, *vid.*, otra vez, ROSENAU, *op. cit.*, pp. 72 ss.; CFR. también ARNOLD, «Die 'Bewältigung' der DDR- Vergangenheit vor...», *op. cit.*, pp. 306 ss.

* En virtud de la llamada «Orden 101» del Ministerio de Defensa de la RDA, los soldados de fronteras debían evitar la huida de ciudadanos de aquel país, y, en caso extremo, «aniquilar a los infractores fronterizos», lo que, en la práctica, significaba que los soldados fronterizos tenían que matar a los fugitivos. Entre 1949 y 1989 murieron en la frontera entre la República Federal y la RDA, así como en la frontera de Berlín Oeste, unas 250 personas, y otras 300 resultaron heridas, al intentar huir del régimen comunista. En el muro de Berlín fueron asesinadas 78 personas. Se puede consultar la página web www.e-papyrus.de/mauerschuetzenproesse.html (*Nota del traductor*).

¹⁰¹ Al respecto, también *infra* V.3.

B) Puntos de partida

La dificultad que se acaba de describir obliga a concretar los puntos de partida del enjuiciamiento penal de la ilicitud a un nuevo nivel. Al respecto, resultan al caso los siguientes criterios, que específicamente tienen por objeto el sentido y la importancia de la prohibición de retroactividad respecto a las causas de justificación:

a) *Tipo penal y justificación*

Por el resultado de la interpretación no se puede establecer ninguna diferencia relevante sobre si una disposición penal eximente, que debe ser tenida en consideración a causa de la prohibición de retroactividad y del principio de la Ley más favorable, está formulada en el campo de la tipicidad o de la legalidad¹⁰². La determinación del ilícito penal no resulta de la consideración aislada del tipo penal, sino tan sólo de la conjunción de los campos de la tipicidad y de la antijuridicidad. No sólo en los tipos penales abiertos, sino también en los restantes, se sabe, nada más que con la ayuda de la antijuridicidad, si existe o no una infracción penal¹⁰³.

De ello se infiere que, en principio, la prohibición de retroactividad se debe aplicar también a las causas de justificación¹⁰⁴.

b) *Justificación por escrito*

Otra cuestión radica en si las causas de justificación vinculadas a la prohibición de retroactividad deben figurar por escrito. En cualquier caso, me inclino a contestar negativamente a esa pregunta cuando, en un ordenamiento jurídico concreto, las causas de justificación no escritas desempeñaron de hecho la función de las causas escritas de exclusión del injusto penal, y, por consiguiente, han surtido análogos efectos a los legales para todos los acusados. Por ejemplo, así ha sido en la República Federal para el denominado «estado de necesidad supralegal», antes de la introducción del § 34 del Código Penal. De haber resultado contrario al sentido de la

¹⁰² RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum StGB*, § 1, nota marginal 9.

¹⁰³ Con más exactitud y diferenciación, mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 25 III.

¹⁰⁴ Así, en conclusión, también ROXIN, *ZStW* 93 (1981), pp. 68 y 78 ss.; con más decisión aún ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 1991, § 1, nota marginal 14a; HIRSCH, en *Leipziger Kommentar*, 1994, § 32, notas marginales 35 ss.; A. GÜNTHER, en *Systematischer Kommentar zum StGB*, § 32, nota marginal 81.

prohibición de retroactividad, aquí se prefería insistir en el requisito de la formalidad escrita. Ya que ese sentido consiste en la garantía de la confianza de los que están sometidos al Derecho, y esa confianza se refiere, sobre todo antaño, a situaciones reales, no a textos jurídicos. También procede tal confianza en caso de que las causas de justificación no consten por escrito, cuando, en un sistema de Justicia dado, esas causas desempeñasen la función de los requisitos legalmente fijados para una justificación.

En efecto, se puede afirmar —con Feuerbach, como el teorizador de la prevención por intimidación¹⁰⁵— que la prohibición de retroactividad rige sencillamente por eso, porque no se puede esperar banalmente que un ciudadano que consiente el delito se impresione *ex post* por normas penales prohibitivas; la teoría penal de la prevención general negativa intimida mediante normas penales, con miras al futuro, y, por lo tanto, en el plano teórico penal, no presenta interés alguno en aplicar normas retroactivamente¹⁰⁶.

En mi opinión, más bien, éste es, sin duda, un aspecto técnico de la prohibición de retroactividad, que no satisface suficientemente la pretensión normativa de ese principio. Lo que juega el papel central¹⁰⁷ en el tratamiento penal de un Estado de Derecho de la criminalidad estatal es el principio de la formalización de toda aplicación penal. Este principio supone objetivamente que el ordenamiento jurídico se representa como una continuidad, que garantiza la fiabilidad de las disposiciones penales fundamentales y establece la confianza. En su aspecto subjetivo, tiene que excluir el «fracaso normativo» —a saber, situaciones de la punibilidad en las que, en cierto modo los ciudadanos «andan a ciegas»—¹⁰⁸.

Para las situaciones de la criminalidad estatal, la prohibición de retroactividad también persigue evitar que la aplicación jurídica del Derecho Penal pueda servir de pretexto para que el «vencedor» imponga su Derecho al «vencido»; de tal manera se constituiría su Derecho como instrumento, se zafaría de la vinculación a su Derecho, y se pondría el poder en el sitio del Derecho.

¹⁰⁵ CFR. NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, pp. 41 ss.; HELGA MÜLLER, *Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert*, 1984, pp. 66 ss.

¹⁰⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen peinlichen Rechts*, 11.ª ed., 1811 (reimpresión Neuwied, 1986), § 20, p. 44.

¹⁰⁷ CFR. ya *supra* III.3.

¹⁰⁸ Sobre el concepto de «fracaso normativo», STEINER, «Über die Funktionen des Strafrechts», en *Festschrift Broda*, 1976, pp. 335 ss.; además, DENNINGER/HASSEMER, *KritV*, 1993, pp. 78 y 115.

C) Consecuencias

Con ello, nos encontramos ante la pregunta clave. Para mí, reza como sigue: ¿estamos vinculados a una inaceptable praxis normativa de la RDA¹⁰⁹, o deberíamos someter a los representantes de la RDA a las palabras escritas que han consignado en lo que se refiere a una buena praxis de los derechos humanos dentro de las fronteras alemanas?. En otras formulaciones, la pregunta se puede expresar: ¿qué pertenece al ámbito vital del ciudadano de la RDA?, o ¿a qué se atenderían los acusados en caso de «fracaso normativo»¹¹⁰.

Para responder a esa pregunta son útiles las siguientes consideraciones:

Cuanto más se aleja un Estado de la situación internacional en materia de protección de los derechos humanos, cuanto más brutalmente los ha vulnerado, tanto más sencillo será para sus representantes, pues, que les salga bien la invocación eximente de la prohibición de retroactividad, cuando las publicaciones normativas favorables a los derechos humanos hacen que sea la aplicación de la prohibición de retroactividad la «mala praxis» que sigue ese Estado. En consecuencia, esto no puede ser correcto —tampoco metodológicamente—.

Se podría añadir que unas «mala praxis», como se ha puesto de manifiesto en la situación de mando de la antigua RDA, no tiene dignidad normativa alguna que —desde el punto de vista de la prohibición de retroactividad— pueda justificar una confianza permanente posible. Así, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional ha expresado en su sentencia de 24 de octubre de 1996¹¹¹ que falta al fundamento específico de la seguridad que persigue la prohibición de retroactividad «cuando el titular del poder estatal excluye la punibilidad para el ámbito del injusto criminal más grave mediante causas de justificación, puesto que incita a tales ilícitos más allá de las normas escritas, favoreciéndolos, y, de tal modo, menosprecia, de forma muy seria, los derechos humanos generalmente reconocidos en la comunidad internacional. En ese caso, la estricta protección de la seguridad, conforme al artículo 103.2 de la Ley Fundamental, debe disminuir».

Así, la «mala praxis» del Estado puede conllevar un papel eximente, no sólo para el ámbito de la fijación general-objetiva del injusto, sino, ante todo, para el ámbito de la disculpa concreta-individual. No se puede de-

¹⁰⁹ Así, en conclusión, JAKOBS, GA, 1994, pp. 1 y 16 ss.; DANNECKER/STOFFERS, JZ 1996, pp. 490 y 493 s.; de manera diferente, pero similar en la tendencia, ARNOLD, NJ 1997, pp. 115 y 118 s.

¹¹⁰ Vid. *supra* V.1.d.

¹¹¹ BVerfGE 95, 96, enunciado 3.

terminar por la definición de las reglas de conducta ordenada y de la ilicitud (tipicidad y juridicidad)¹¹²; pero para el indoctrinado autor puede producir que se declare una excusa o atenuación de responsabilidad a causa de un error de prohibición o desconocimiento de la legalidad de una orden¹¹³.

Resta la pregunta acerca de la base normativa que se prefiere, en definitiva, para sostener esa concreción de la prohibición de retroactividad. El *ordre public*¹¹⁴ acaso es un criterio firme, en mi opinión, si bien dogmáticamente no elaborado lo suficiente, y también demasiado vago*. La interpretación favorable a los derechos fundamentales, seguida por el Tribunal Supremo¹¹⁵, puede justificar por ello, de todos modos, que la legislación de la RDA ha seguido ese mismo camino en su publicación escrita, y, por lo tanto, que puede haberse atendido normativamente a su propia actuación. Antes bien, con Gustav Radbruch, me inclino a considerar sin relevancia alguna aquellos actos jurídicos positivos que atentan flagrantemente contra los derechos fundamentales, generalmente reconocidos en la comunidad internacional¹¹⁶. Esto no es Derecho Natural nuevo —al contrario: Radbruch aún ha sostenido expresamente el valor jurídico de la eficacia normativa tras la segunda guerra mundial, y, precisamente, también en esa pequeña miscelánea, postergando el principio de la seguridad jurídica sólo para situaciones normativas absolutamente extremas, en aras de alcanzar soluciones justas. Por lo demás, en su caso, él sólo ha admitido un «Derecho Natural negativo»: mediante su famosa fórmula, él no ha tratado de precisar lo justo en el ámbito iusnaturalista, sino sólo lo verdaderamente

¹¹² Sobre la base de consideraciones de Derecho internacional, por ejemplo AMBOS, *StV*, 1997, pp. 39 y 41 s.

¹¹³ *Supra* IV.3; de manera análoga, ARNOLD, *NJ*, 1997, pp. 115 y 119 s.

¹¹⁴ Art. 6 EGBGB; de forma más detallada sobre ello, KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3.ª ed., 1997, pp. 223 ss.; JUNKER, *Internationales Privatrecht*, 1998, notas marginales 271 ss.; FIRSCHING/VON HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, 4.ª ed., 1995, § 6, notas marginales 136 ss.; atendiendo al problema tratado aquí, nuevamente ROSENAU, «Tödliche Schüsse im Staatlichen Auftrag», *op. cit.*, pp. 106 ss.

* El artículo 6 EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* —Ley de Introducción al Código Civil, 18 de agosto de 1896 [RGBl. I p. 604], versión de la publicación de 21 de septiembre de 1994 [BGBl. I, p. 2.494], posteriormente reformada por la Ley de 11 de diciembre de 2001 [BGBl. I, p. 3.513]—), bajo la reseña «*Öffentliche Ordnung (ordre public)*» dispone que las normas jurídicas de otro Estado no son aplicables cuando ello resulte incompatible con los principios esenciales del ordenamiento alemán, y, en especial, con los derechos fundamentales (*Nota del Traductor*).

¹¹⁵ BGHSt, 39, 1, 15 ss.

¹¹⁶ RADBRUCH, *Gesamtausgabe Band 3, Rechtsphilosophie III*, 1990, pp. 83 ss y 89; CFR. al respecto, SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, 1995; ROSENAU, *op. cit.*, pp. 113 ss.; ARNOLD, «Die 'Bewältigung' der DDR-Vergangenheit...», *op. cit.*, p. 304 ss.

injusto, la excepción normativa extrema. Y lo uno no sólo es el reflejo de lo otro¹¹⁷—.

En suma, ello significa que la prohibición de retroactividad en nuestro contexto no puede justificar protección de seguridad alguna para las infracciones jurídicas desproporcionadas: para minas, para fuego a discreción, y para los que dejan morir desangrados a indefensos fugitivos tiroteados.

(Traducción del alemán: DAVID GARCÍA PAZOS*).

¹¹⁷ En detalle, con ejemplos, mi introducción en GUSTAV RADBRUCH, *Gesamtausgabe Band 3, Rechtsphilosophie III*, 1990, pp. 1 ss. y 6 ss.

* Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Abogado.

