

La aplicación del Derecho Penal de la República Federal de Alemania en los homicidios en el muro de Berlín

A su vez algunas notas generales sobre la superación del pasado de la República Democrática Alemana

De abogado **Andrés Falcone**, LL.M., Regensburg*

I. Introducción

Finalidad de este trabajo es recorrer el arduo sendero que debió atravesar la República Federal de Alemania luego de la anexión¹ de la ex República Democrática Alemana² en lo atinente a la superación del pasado de este Estado a través del Derecho Penal.³ La importancia del estudio de esta segunda experiencia alemana no se reduce meramente a su comprensión, sino que de la misma pueden inferirse soluciones de posible aplicación en la justicia de transición en distintas partes del globo.⁴ Esto resulta especialmente relevante en

* El autor es abogado egresado de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), Magíster Legum, LL. M. (Universität Regensburg/Alemania) y doctorando en la misma universidad, bajo la orientación del Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder. Agradezco a DAAD/Universität Regensburg por la beca concedida en 2009.

¹ Sobre la preferencia de este concepto sobre otros como “unificación” o “reunificación” véase *Lüderssen*, StV 1991, 482.

² En adelante nos referiremos a este extinguido Estado como DDR, en función de sus iniciales en idioma alemán Deutsche Demokratische Republik.

³ Coincidiremos con *Schroeder* en que en la superación del pasado dictatorial no puede encontrarse el Derecho Penal en soledad, sino que paralelamente se requiere una elaboración cultural conjunta (parallele gesellschaftlich-kulturelle Aufarbeitung), la cual debe ser impulsada principalmente por el Estado. *Schroeder*, en: Rill (ed.), *Vergangenheitsbewältigung im Osten, Russland, Polen, Rumänien*, 2008, p. 9 (pp. 9-10, 14-16). Sobre la relación género-especie entre la superación de la historia (*Geschichtsbewältigung*) y la superación del pasado (*Vergangenheitsbewältigung*), *Schroeder*, *Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik*, 2001, p. 62.

⁴ Los procesos judiciales de superación de dictaduras pasadas por los nuevos Estados democráticos presentan, salvando las singularidades de cada caso, denominadores comunes, lo que vuelve especialmente útil el empleo del método comparativo. Entre estos denominadores comunes se destacan los problemas vinculados al principio de legalidad, como son el respeto a la garantía de irretroactividad de la ley penal y la prescripción de la acción penal. Otros obstáculos para la punición suelen ser los problemas vinculados a la participación criminal, a las amnistías dictadas, a las absoluciones en procesos fictos en relación a principio de non bis in idem y a la avanzada edad de los procesados. Cfr. *Schroeder* (n. 3 – *Vergangenheitsbewältigung*), p. 9 (pp. 10-11).

Un somero análisis de las circunstancias socio-políticas que rodean la asunción, el desarrollo y la transición democrática de los estados dictatoriales en *Muñoz Conde*, en: Muñoz

relación con el nuevo impulso que ha tomado la justicia intertemporal en Argentina luego de la declaración de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad (caso Arancibia Clavel⁵) y de la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia debida y Punto final (caso Simón⁶) por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero antes de introducirnos en las discusiones dogmáticas que el tema ha suscitado en la doctrina alemana, sobre todo en relación a la ley penal aplicable al caso de los homicidios en el muro de Berlín, es menester referirnos a los procesos instados luego de la caída del mismo.

II. Los procesos judiciales en el marco de la anexión

Aún antes de la anexión comenzaron los procesos contra los crímenes de la DDR. El veinticuatro de noviembre de 1989 se condenó a un policía (Volkspolizist) a la pena de catorce meses de prisión por su accionar en la represión contra manifestantes en la protesta contra los festejos oficiales por los cuarenta años de existencia de la DDR. Afirma *Schroeder* que estos procesos estaban todavía ceñidos por las características distintivas de la justicia de la DDR: una reacción ligera y la imposición de duras penas con la principal finalidad de acallar rápidamente el reclamo popular. Desde el treinta de noviembre hasta el cinco de diciembre de 1989 comenzaron numerosas investigaciones por desfalco (Untreue) contra miembros de la cúpula del SED. El ocho de agosto de 1990 se procesó al ex secretario general del partido Erich Honecker por desfalco, abuso de confianza (Vertrauensmissbrauch) y sospecha por su participación en homicidios y lesiones en la “protección de la frontera”. Simultáneamente, en marzo de 1990, 73 personas fueron procesadas por fraude electoral (Wahlfälschung) y meses después el procurador general de la DDR Wendland, su representante Borchert y el procurador general de Berlín Simon fueron procesados por prevaricato (Rechtsbeugung).⁷

En Berlín hacia 1990 se creó una división auxiliar de la fiscalía general abocada especialmente a “crímenes de gobierno” (Arbeitsgruppe Regierungskriminalität) de toda la DDR. El establecimiento de estos organismos especiales resultó fundamental para el descongestionamiento de las fiscalías ordinarias. Este grupo de trabajo que colaboraba en 260 casos hacia 1990 lo hacía en 7314 para 1998. Paralelamente se creó otra división dependiente de la fiscalía generar

Conde/Vormbaum (ed.), *La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado – Seminario Humboldt-Kolleg* realizado en la Universidad Pablo de Olavide 7-9.2.2008, 2009, p. 2.

⁵ Fallos: 327:3312.

⁶ Fallos: 328:2056.

⁷ Cfr. por todo *Schroeder*, NJW 2000, 3017.

de Berlín (Dezernat) encargada de contribuir con lo allí sucedido. La misma, que se abocaba a 122 casos en 1990, lo hacía en 3330 en 1993.⁸

Entre el gran número de procesamientos, algunos comenzados durante la existencia de la DDR y continuados en la nueva República Federal, se destacaron los siguientes ilícitos: fraude electoral, espionaje, prevaricato y los homicidios y lesiones producto del cruce de fronteras a través del muro de Berlín⁹. Este último caso es el que, por la importancia de los bienes jurídicos lesionados y por el significado político que significa el ultraje al derecho político de emigrar, más ha preocupado a los científicos del Derecho Penal y consecuentemente más atención le dedicaremos.

III. La superación del pasado de la DDR en la doctrina alemana. La ley penal aplicable a los homicidios del muro de Berlín

La justicia de transición suele presentar los inconvenientes generales mencionados en la introducción, sin embargo los límites del presente estudio nos impiden abocarnos a todos ellos, por lo que nos dedicaremos a desentrañar cual es la ley que debió aplicarse en la punición de los homicidios en el muro.¹⁰

⁸ Cfr. *Schroeder*, NJW 2000, 3017 (3018).

⁹ Cfr. *Schroeder*, NJW 2000, 3017 (3018). *Lüderssen*, StV 1991, 482 (483 s.). *Vormbaum*, por su parte, sostiene que la “patología especial” (*Spezielle Pathologie*) de la DDR fueron, además de los crímenes fronterizos, las adopciones forzosas, las deportaciones y los denominados *Waldheimer Prozesse* (procesamientos contra jerarcas nazis sin el mínimo respeto a las reglas del debido proceso). Por otra parte, es interesante el estudio que hace el autor sobre la impunidad que favoreció a los jueces de la DDR a la hora de afrontar los procesos por prevaricato, sosteniendo la existencia de un *Richterprivileg* similar al existente en la superación del pasado nacionalsocialista. Cfr. *Vormbaum*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2009, pp. 257-259.

¹⁰ De esta forma se prescinde aquí del análisis de la superación de las leyes de amnistía dictadas a favor de los criminales de la DDR y de la de la prescripción de ciertos delitos por parte de las instituciones de la República Federal de Alemania. Sólo se sostendrá sucintamente en relación al primer tópico que el BGH (Bundesgerichtshof – Tribunal Supremo Federal) decidió que tras una reinterpretación (más restringida) de los presupuestos fácticos de las leyes de amnistía los casos investigados no se encontraban por ellas amparados. Por otra parte, difícilmente pueda amnistiarse un crimen cuya persecución siempre estuvo fuera del alcance de la justicia. Véase al respecto BGH NJW 1994, 3238 (3239). Por otro lado, y con respecto a la prescripción se sancionó una ley el veintitrés de marzo de 1993 en donde se establecía que todos los crímenes que por motivos políticos o por causas contrarias al Estado de Derecho no hayan podido ser juzgados no han de prescribir. Incluso aquellas conductas que fueran delitos según la normativa de la República Federal. Véase la confirmación del BGH en BGHSt 40, 48 (55). Con posterioridad se dictaron tres leyes más donde se estableció

Se expondrán en lo sucesivo los exámenes de los juristas que a nuestro entender se han referido a la problemática de forma más aventajada. Sus soluciones, aunque como se observará presentan matices distintos, pueden ser clasificadas en dos concurrencias conjuntas: aquellos cuya solución es negativa, es decir, se pronuncian en contra de la punición de los criminales de la DDR y aquellos cuya conclusión es positiva. Dentro de las primeras se desarrollaran sólo aquellas que se hayan ocupado de la problemática de la ley aplicable.

1. Las tesis negativas

El penalista y iusfilósofo *Günther Jakobs* sostiene que en caso de fractura política (transición democrática) son tres las condiciones que han de darse para la imposición de una pena, por los hechos acaecidos durante el régimen anterior: imputabilidad, necesidad y positividad. Con respecto a la imputabilidad, ha de evaluarse si es en realidad la “mala voluntad del agente” la causa fundamental del mal acaecido o si en realidad ella es una causa menor, irrelevante, en comparación con las verdaderas, estructurales, que llevaron al sujeto a colocarse en esa situación. El ejemplo proporcionado es el siguiente: si en un Estado se les enseñara a los niños en edad escolar a delinquir, entonces el verdadero origen de los crímenes cometidos no sería la mala voluntad de los autores sino las falencias del sistema educativo.¹¹

Con miras a la necesidad, *Jakobs* considera que la pena ha de servir para el reestablecimiento de la vigencia de la norma lesionada, de tal manera que si por otros medios la misma permanece incólume, la pena no tendría razón de ser. Así en una sociedad donde el totalitarismo esté completamente fuera

que la prescripción de dichos crímenes no podía acaecer antes del dos de octubre de 2000 (diez años después de la anexión). In extenso en *Ambos/Meyer-Abich*, *Revista Penal* 24 (2009), 14. Véase también sobre todos estos puntos la competente tesis monográfica (aunque parcialmente desactualizada) *Rosenau*, *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag*, 1996.

¹¹ *Jakobs*, en: *Isensee* (ed.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, 1992, p. 38. Esto es, según nuestro entender, una verdad a medias, ya que tanto en situaciones de fractura constitucional como de vigencia de la misma las circunstancias que llevan al agente a cometer el ilícito penal suelen estar vinculadas con falencias del sistema sociopolítico y sin embargo en situaciones “normales” esto no es tenido en cuenta para la completa desincriminación. Prima facie no sería la “mala voluntad del agente” la que llevaría a un niño en estado de riesgo habitante de una villa de emergencia a asaltar un mercado, sino que posiblemente sean las graves deficiencias del sistema sociopolítico argentino (desocupación, marginalidad, pobreza, etc.) las que han gravitado para llevarlo a la comisión del hecho. Sin embargo, y a pesar de que esto salta a la vista, la extrema situación del menor, sería en el mejor de los casos tenida en cuenta sólo para atenuar su culpabilidad. El interrogante que se infiere de este análisis es el siguiente: ¿por qué han de gozar antiguos dictadores de consideraciones omitidas para agentes comunes en situación de riesgo?

de discusión, frente a intentos totalitarios residuales, bastará con “encogerse de hombros y mirar sin entender”.¹²

La positivización se entiende como el hecho punible por el ordenamiento jurídico “de aquí y ahora”. Respetándose así el principio de territorialidad de la ley penal (§ 3 StGB) y la prohibición de retroactividad (art. 103 pára. 2 GG; § 1 StGB).¹³ Igualmente el Derecho Penal alemán reconoce su vigencia para hechos cometidos en el extranjero por un alemán (principio de personalidad activo) o contra un alemán (principio de protección), “cuando el hecho esté amenazado con una pena en el lugar de su comisión, o el lugar de los hechos no este sujeto a jurisdicción penal alguna” (§ 7 StGB).¹⁴

Seguidamente analiza *Jakobs* el caso de la DDR y pone a prueba los tres criterios establecidos. Lo primero que evalúa el autor es la ley aplicable a los delitos cometidos en la DDR. Siendo que el Derecho Penal alemán se aplica a los hechos cometidos en el “interior del territorio” (§ 3 StGB) ha de

¹² *Jakobs* (n. 11), p. 38. La crítica aquí es de otra naturaleza y esta vinculada a que en realidad no existe en el mundo actual, según nuestro entender, ningún Estado en donde “un giro al totalitarismo esté completamente fuera de discusión”. Lamentablemente debido, entre otras causas, a dirigentes políticos oportunistas y a medios de comunicación, tendientes a provocar una permanente sensación de inseguridad en sociedad, que consecuentemente le exigirá al Estado se convierta en un mero ente ejecutor de la venganza pública. Debido a esto es que el totalitarismo nunca está fuera de discusión. Asiste razón a *Schroeder* al sostener que por defender posturas similares es que luego del nacional-socialismo Alemania debió atravesar un segundo gobierno autoritario. *Schroeder*, JZ 1992, 990 (992). Además *Schroeder* ha criticado con dureza este requisito de necesidad de pena ya que esto le otorgaría al juez una discrecionalidad incompatible con el Estado de Derecho y el principio de legalidad. Solo en contadas excepciones puede el juez apartarse de la ley y dejar de aplicar la pena, ya que esta evaluación sobre la necesidad o innecesidad le corresponde al legislador a la hora de crear el tipo penal o de amnistiar (*Schroeder*, JZ 1992, 990).

¹³ La vigencia del principio de prohibición de retroactividad en casos de fractura constitucional ha sido ampliamente discutido en doctrina. *Dencker* sostiene que una abierta ruptura del mismo es posible, y que este de ningún modo es aplicable al caso de la DDR. Similar *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, pp. 47 ss. *Schroeder*, en igual sentido, afirma que la finalidad de la prohibición de retroactividad es evitar la aplicación de arbitrarias leyes ad hoc volviendo así al Derecho “previsible y calculable”; el Estado de Derecho no es, consecuentemente, un fin en sí mismo. No han sido la falta de previsibilidad ni de calculabilidad lo que llevó a que se cometieran los ilícitos en estudio. *Schroeder*, NJW 2000, 3017 (3019); *el mismo*, JZ 1992, 990 (992). En similar posición también *Alexy*, cuyas reflexiones serán tratadas ut infra.

¹⁴ *Jakobs* (n. 11), p. 38.

evaluarse si la ex DDR no fue también parte de este, y en todo caso la no ejecución del sistema de sanciones penales se correspondería con un problema de ejecución penal, ajeno a la cuestión en tratamiento y solucionado luego de la reunificación. Sin embargo luego del Pacto de Varsovia de 1970 y del Tratado Fundamental de 1972 la jurisprudencia¹⁵ y la doctrina entendieron como interior del territorio a la República Federal y a Berlín occidental. Por ello dejó de lado el § 3 StGB y se comenzó a evaluar la competencia a partir de los principios de personalidad activo y de protección (§ 7 StGB), a través de ellos podría llegarse a la punición. Pero el Derecho Penal alemán se relativiza a sí mismo y consecuentemente es aplicable este principio sólo cuando el hecho sea sometido a pena en el lugar de comisión (asegurándose así la existencia de un ordenamiento jurídico similar al propio) o en casos en donde el lugar de comisión no reconozca jurisdicción penal.¹⁶ Siendo que defender esta segunda solución resultaría mucho más complejo,¹⁷ *Jakobs* se empeña en demostrar que los delitos cometidos no eran tales según el ordenamiento jurídico de la DDR, con lo que se desplomarían simultáneamente la aplicación del Derecho de la República Federal para entender en el caso y el tercer criterio: la positividad.

Deteniéndonos en los homicidios en la frontera, eje central de nuestro estudio, la normativa en la DDR era la siguiente: hasta la entrada en vigor de la Ley de Fronteras (DDR-GrenzG) en 1982 rigió la Ley sobre funciones y competencias de la policía popular alemana (VoPoG) de 1968. Según esta los miembros del ejército popular debían “ejecutar las competencias reguladas en esta ley [...] de conformidad con las instrucciones del Ministerio para la Defensa Nacional”. Paralelamente a la VoPoG existía un Orden del Ministerio del Interior y Jefe de la Policía Popular alemana de junio de 1972 que establecía que las armas de

¹⁵ Cfr. BGHSt, 30, 1.

¹⁶ Más extenso, aprobando esta solución del legislador *Jakobs*, GA 1994, 1 (4).

¹⁷ *Hruschka* es de la opinión de que en la disonancia entre el Derecho formal de la DDR (relativamente respetuoso de los DDHH) y el Derecho material, mediante el cual se producían graves atropellos arrojaba como resultado un vacío normativo, ya el Derecho vigente no era finalmente ni el formal ni el material. Esto habilitaba consecuentemente el § 7 StGB, que permitía a su vez la aplicación del Derecho de la República Federal. Cfr. *Hruschka*, JZ 1992, 665 (669 ss.). Contrariamente *Jakobs* afirma que en realidad un lugar no sometido a jurisdicción penal alguna sería aquel en que cualquier Estado podría intervenir validamente sin interferir en asuntos de otro Estado. Para *Jakobs* una solución como la de *Hruschka* no sería aceptable ya que cualquier Estado intervendría en otro cuando considere que este no está respetando los DDHH, y siendo que las naciones tienen ideas distintas sobre lo que es o no correcto, esta solución no tiene razón de ser. *Jakobs*, GA 1994, 1 (10 s.). Coincidiendo con *Jakobs* y oponiéndose a que la DDR, como territorio no sujeto a potestad punitiva alguna, reciba un tratamiento similar a la Antártida *Schroeder*, JZ 1992, 990 (991).

fuego sólo serán empleadas por los custodios de la frontera de conformidad con las instrucciones militares del ministerio de defensa. Lamentablemente instrucciones de esta naturaleza hubo suficientes. Antes de la VoPoG sólo existían disposiciones internas de servicio en forma de órdenes del ministro competente. La formulación tanto del § 27 pára. 2 n. 1 GrenzG como del § 17 pára. 2 lit. a VoPoG, que coincidían casi literalmente, permitía abrir fuego para evitar la comisión o la continuación de un delito (el delito en cuestión era el cruce ilegal de fronteras § 213 StGB-DDR, con la mayor protección posible a la vida, incluso prestando primeros auxilios al sujeto herido y evitando disparar a niños y mujeres (§ 27 páras. 4-5 GrenzG),¹⁸ algo que en la práctica no ocurrió.

A pesar de esto *Jakobs* considera que estos hechos no eran punibles según el Derecho de la DDR. Según él, entender el Derecho de la DDR como aparecía “en el papel” (Ley de Fronteras, etc.) es desacertado ya que en la práctica, en este caso, se empleó cualquier medio para evitar el cruce ilegal de fronteras, incluso disparar una ráfaga de ametralladora sobre un indefenso, sin ser el ejecutante pasible de ninguna sanción. La norma, entonces, no era la norma escrita y publicada sino una reglamentación real fundamentada en la “construcción jerárquica del Estado absolutista”, “una práctica generalizada al margen del Derecho”.¹⁹

En relación al segundo requisito, la necesidad, es rechazada por *Jakobs* al sostener que tras la reunificación no existen posibilidades de que sucedan casos comparables en situaciones comparables, de forma tal que la norma no necesita reafirmar su vigencia a través de la pena.²⁰

La imputabilidad como criterio de punición tampoco mereció un extenso desarrollo. Se la niega distinguiendo entre los soldados fronterizos y los encargados de la conducción del Estado. Los primeros no han sido para *Jakobs* la causa de la producción de los ilícitos sino la perversión del sistema. Los segundos tampoco son punibles ya que no es función del Derecho Penal exportar la concepción de un Estado, sino respetar la de la DDR en este caso. Y allí este sistema político (comunista – autoritario) fue pensado como

una fuerza política (no fuerza criminal) capaz de recrear la esperanza de los hombres.²¹

En sentido similar *Pawlik*²² sostiene que es imposible justificar la punición a partir del Derecho de la DDR, ya que en realidad este estaba fuertemente condicionado por la política, de tal modo que ambos eran inescindibles. El apego al derecho natural para la corrección del positivo significaría no otra cosa que la translación hacia la política de cuestiones ajenas ella, dejando entrever el fuerte contenido ideológico de los procesamientos.

2. Las tesis positivas

El Tribunal Territorial de Berlín, junto con la doctrina mayoritaria, prescindió del análisis del § 7 StGB y se abocó al art. 315 de la Ley de Introducción al Código Penal (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch), recogido en el Anexo I del Tratado de Unificación (Einigungsvertrag). Este art. titulado “Validez del Derecho Penal para los hechos acaecidos en la DDR” (Geltung des Strafrechts für in der Deutschen Demokratischen Republik begangene Taten) establece en su inciso primero, de conformidad con el § 2 StGB que los acontecimientos producidos en la DDR no podrán ser imputados a sus autores si según el ordenamiento jurídico allí vigente los mismos no eran pasibles de sanción. El inciso cuarto del art. 315 establece, en lo pertinente, que el inciso primero sólo tendrá aplicación siempre y cuando para el hecho no hubiera sido aplicable el Derecho de la República Federal aún antes de la anexión. El tribunal territorial interpretó que en todo caso por imperio del principio de la aplicación de la ley penal más benigna (§ 2 pára. 3 StGB) ha de aplicarse el Derecho de la DDR frente al de la República Federal. Así se analizó la normativa para la custodia de la frontera como una supuesta causal de justificación, negando finalmente su existencia al interpretar los preceptos legales de conformidad con los principios del Estado de Derecho.²³

Esto llevó al BGH, órgano revisor, a confirmar el resultado de la sentencia en primera instancia, aunque no su fundamentación. Se opuso a que dichos sucesos fueran punibles a partir del Derecho vigente en la DDR afirmando que el derecho positivo excede el tenor literal de la ley abarcando también la práctica interpretativa. Consecuentemente la normativa de protección de frontera justificaba los homicidios producidos.²⁴

Sin embargo, el BGH evalúa estas causales de justificación a la luz de la fórmula de *Radbruch*, a saber: cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia se torna

¹⁸ El presupuesto normativo de la causal de justificación contenida en § 27 GrenzG y en § 17 VoPoG permitía una interpretación restrictiva conforme a los principios del Estado de Derecho. No se podía disparar a cualquier fugitivo bajo cualquier circunstancia, sino que se debían tomar las precauciones necesarias para, intentar evitar pérdidas humanas y lesiones graves. A su vez estos preceptos legales han de combinarse con el art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, suscripto por la DDR, donde se garantizaba el derecho a abandonar el propio Estado y el § 95 StGB-DDR donde se establecía que la desatención a derechos humanos o fundamentales no podía ampararse en ninguna ley. Véase al respecto *Schroeder*, JZ 1992, 990 (991). Sobre el tema volveremos ut infra.

¹⁹ Cfr. *Jakobs*, GA 1994, 1 (6 s.); *el mismo* (n. 11), p. 51.

²⁰ *Jakobs* (n. 11), p. 51.

²¹ *Jakobs* (n. 11), p. 51. Posiciones similares a la de *Jakobs* en *Grünwald*, StV 1991, 31 (33 ss.) y *Roellecke*, NJW 1991, 657 (659 ss.).

²² Cfr. *Pawlik*, GA 1994, 472. Crít. *Neumann*, en: Prittwitz u.a. (ed.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, p. 109 (pp. 123, 126).

²³ Cfr. BGHSt 40, 241 (248 ss.). Sobre ello *Ambos*, JA 1997, 983 (trad. al español en: Cuadernos de Conferencias y Artículos Universidad Externado de Colombia 21 [1999], 56).

²⁴ BGHSt 40, 241 (243 ss.).

insoportable, aquel ha de ceder ante esta,²⁵ y consecuentemente rechaza su aplicación. La astucia, a nuestro juicio, del BGH consiste efectuar una “positivización” de la conocida fórmula, no contrastando la letra de la ley con una “justicia a partir del derecho natural”, sino con los compromisos internacionales asumidos por la DDR, destacándose entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²⁶. El guardia fronterizo no sufriría ningún engaño en su confianza en la norma sino en que se mantendrá una determinada interpretación del derecho escrito, la cual que no puede ser digna de tutela, ya que la misma hade respetarse sólo en relación al derecho escrito (*geschriebenes Gesetzesrecht*).²⁷

Robert Alexy aprueba el rechazo de los fundamentos de la primera instancia apuntando que no puede interpretarse la normativa de la DDR a la luz de los principios del Estado de Derecho de la RFA, so pena de caer en una maniobra interpretativa a posteriori (*nachträgliche Uminterpretation*), una retroactividad encubierta, más grave aún que la cubierta. Empero, afirma que la solución del BGH cae en el mismo error ya que un inconveniente similar se suscita al oponer la ley escrita al sistema internacional de los Derechos Humanos. Por ello es que, en su opinión, la solución correcta sería considerar como si el art. 103 pára. 2 de la Ley Fundamental (prohibición de retroactividad) tuviera una cláusula limitativa no escrita que excluiría la protección de una causal de justificación de esta naturaleza. El resultado sería el mismo que el de la primera instancia y del BGH, pero se estaría exponiendo con claridad “el precio que debe pagarse por ello”.²⁸

Ulfrid Neumann, parte de la base de que solamente si los disparos en el muro eran punibles según el Derecho de la DDR podrán sus autores ser pasibles de sanción en la

República Federal. Para ello el autor propone relacionar los textos legales, la praxis de los tribunales y la calidad moral de las normas en cuestión, para lograr desentrañar que es en realidad el “Derecho”.²⁹ Estas fuentes, de escasa y en todo caso corregible disonancia en períodos de normalidad, sufren fuertes contradicciones en Estados ilícitos (*Unrechtsstaaten*), de allí que es menester establecer un orden jerárquico entre ellas.³⁰ El autor se encarga de desprenderse en primer término del derecho natural, y esto porque a la hora de evaluar ordenamientos jurídicos externos es menester resguardar la inmanencia del sistema. Cuando rechazamos, por ejemplo, la esclavitud en la antigua Grecia amparándonos en fundamentaciones iusnaturalistas, nos basamos en valoraciones “de hoy” distintas a las existentes en aquel sistema. Por supuesto que las posiciones iusnaturalistas dentro del ordenamiento jurídico extranjero o pasado sirve para describirlo, cuestión distinta es si podemos nosotros inferir conclusiones de tales posiciones iusnaturalistas que aquel ordenamiento no extrae.³¹

Oponiendo el realismo al positivismo el autor es concluyente: ¿como puede un realista diferenciar una regla de una infracción colectiva y permanente por parte de los operadores del derecho? Si el derecho positivo hubiera de dejarse de lado en función del derecho judicial ¿llegaríamos a la conclusión de que en puridad en la DDR nunca existió un sistema jurídico legal sino una mera puesta en escena, un simple teatro sostenido por razones de propaganda, al que hoy fuera imposible apelar? Entonces hay que observar la ley de la DDR, con sus garantías “hacia afuera” para evitar que con efectos exculpatorios los imputados aleguen que todo aquello “no iba tan en serio”.³²

Las posiciones de *Schroeder*³³ y *Lüderssen*³⁴ no presentan grandes disonancias. Basan la posibilidad de aplicación de la pena en la contraposición de dos aristas opuestas del ordenamiento jurídico de la DDR: por un lado las ocultas causales de justificación y por el otro la autorepresentación a partir del § 95 StGB-DDR y los compromisos internacionales suscritos. Manteniéndose en el Derecho de la DDR escogen su autorepresentación y se oponen a la justificación de los homicidios en el muro.

En este sentido *Küpper/Wilms* sostienen que el reconocimiento por parte de la República Federal de las causales de justificación de la DDR, contrarias a los principios del Estado de Derecho, eran violatorias del su orden público (*ordre public*) y en consecuencia inaceptable.³⁵

Finalmente resulta destacada la compleja posición del Profesor *Kai Ambos*,³⁶ y por ello conviene dedicarle algunas

²⁵ Cfr. *Radbruch*, SJZ 1946, 105.

²⁶ BGHSt 40, 241 (244). La fórmula de *Radbruch* significó, luego de la caída del nacionalsocialismo un resurgimiento de los postulados del iusnaturalismo, que ya por aquellos años había perdido gran terreno frente al positivismo. El apego al derecho natural, sumado al sinnúmero de desprolijidades jurídicas de la primera experiencia alemana en materia de justicia de transición, determinaron al BGH a modificar la tesis del gran jurista y así intentar sortear la crisis de legitimidad que padecieron aquellos procesamientos. Para un desarrollo más acabado del tema con referencias bibliográficas nos remitimos a nuestros trabajos *Falcone*, Revista de Derecho Penal 2010, 395 (404 ss., 410 ss.), también en Gaceta Penal y Procesal Penal 17 (2010), 426; trad. al portugués del Prof. *Saad Diniz* en *Lex Magister*, 7.1.2011, disponible en internet (acceso 18.9.11):

http://www.editoralex.com.br/noticias/doutrinas/doutrinas_texto.asp?ID=18897796&acesso=2; Revista Pensamiento Penal 126 (2011), 19.

²⁷ BGHSt 41, 101 (111). Por todos véase *Ambos*, JA 1997, 983 (984 ss.).

²⁸ Cfr. *Alexy*, DOXA 23 (2000), 197 (202). Sobre el problema de la retroactividad encubierta en general *Alexy*, *Mauer-schützen, Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, 1993, p. 30.

²⁹ *Neumann* (n. 22), p. 109 (p. 112).

³⁰ *Neumann* (n. 22), p. 109 (p. 113).

³¹ *Neumann* (n. 22), p. 109 (p. 117).

³² *Neumann* (n. 22), p. 109 (p. 124).

³³ Cfr. *Schroeder*, JZ 1992, 990 (991).

³⁴ Cfr. *Lüderssen*, StV 1991, 482 (486 s.).

³⁵ *Küpper/Wilms*, ZRP 1992, 91 (93). En contra BGH JZ 1993, 199 (201).

³⁶ *Ambos*, JA 1997, 983 (988 ss.); *el mismo*, KritV 2003, 31 (41-43); trad. al español en: Anuario de Derecho Penal y

líneas. Fiel a su tradición de hacer caer el peso del Derecho Penal Internacional sobre aquellos que detentan posiciones de poder (y así contribuir con el fortalecimiento de la legitimidad de esta ciencia), el profesor estudia el Derecho de la DDR distinguiendo entre el soldado raso, mero ejecutor de la orden homicida y el “hombre de atrás” (Hintermann). Se aboca consecuentemente al estudio del primer caso y analizando el § 27 GrenzG afirma que la prohibición de retroactividad (Art 103 pára. 2 GG) impide la negación de aquel a través de principios propios del Estado de Derecho y por lo tanto sistema-trascendentes. Dos citas sobre este punto reflejan su posición: “si se hubiera querido limitar la prohibición de retroactividad en función de determinados hechos acaecidos en la DDR se lo debió haber reglado en ocasión del Tratado de Unificación y de una reforma constitucional”,³⁷ “una prohibición de retroactividad fundamental pero interrumpida por un sinnúmero de excepciones no colabora ni con la seguridad jurídica ni con más justicia”.³⁸ Sin embargo otra es la solución para aquellos que obraron excediéndose en la causa de justificación del § 27 GrenzG; estos hechos si son punibles, pues ya lo eran según aquel ordenamiento jurídico.

Otra es empero la situación de los “hombres de atrás”. A ellos no les es aplicable la justificación ya que son justamente ellos quienes la han creado, de tal forma que su reconocimiento sería equiparable a una autoamnistía, inatendible según los fundamentos del Derecho Penal Internacional: “la prohibición de retroactividad no existe para garantizar la perpetuidad de la impunidad normativa o fáctica, de aquellos que crearon los presupuestos de la misma”.³⁹ Tampoco el principio de igualdad ante la ley (art. 3 GG) se vería vulnerado ya que el mismo sólo tutela el trato igualitario entre casos de igual circunstancia fáctica.

IV. Toma de postura

Por los motivos ya expuestos, en forma de críticas a los argumentos vertidos por las teorías negativas, y sumados a otros considerados in extenso en trabajos anteriores⁴⁰ ubicaremos nuestra posición entre las por nosotros denominadas teorías positivas. Por ello nos abocaremos directamente a la problemática de la ley aplicable, la que – adelantamos – habrá de resolverse a favor de la ley de la RFA.⁴¹

El § 7 StGB de la República Federal no ha sido modificado desde antes del nacimiento de la DDR y según él el Derecho de la República Federal sería aplicable cuando el hecho hubiera sido cometido por o contra un alemán en el extranjero siempre que, como ya analizamos, el territorio no este sujeto a potestad punitiva alguna o “el hecho esté

amenazado con una pena en el lugar de su comisión. Por los motivos expuestos en el acápite anterior se rechaza la posibilidad de equiparar jurídicamente la DDR a la Antártida, en palabras de *Schroeder*.⁴² En la DDR existió un Derecho, conformado por los textos legales y por la práctica judicial, desconocerlo sería un sinsentido. La segunda alternativa, sin embargo, resulta menos lejana.

La decisión del legislador en los principios de personalidad activo y pasivo (este último también denominado principio de protección) es la de tutelar al alemán en el extranjero, aplicando el propio ordenamiento jurídico, respetuoso de los principios del Estado de Derecho, asegurándole así al alemán sujeto de imputación el respeto a las reglas del debido proceso y al alemán titular del bien jurídico el procesamiento de los responsables.⁴³ Pero como reconoce *Jakobs*, el Derecho de la República Federal se entiende a sí mismo como relativo y exige “un territorio sin Derecho” o que la conducta este amenazada con una pena – „wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist”. Esto lleva al autor a la confusión de sostener que debido a las causales de justificación estudiadas los homicidios en la frontera no eran punibles según el ordenamiento jurídico de la DDR. Lo que no se advierte es que el legislador de la República Federal no exige un ordenamiento jurídico en el que una pena sea aplicable a esa conducta, sino meramente que esta esté amenazada por aquella.⁴⁴ El legislador exige un tipo penal similar al de la RFA en el ordenamiento jurídico extranjero, sin sumergirse en el estudio de sus causales de justificación, ¡justamente para evitar problemas como los que aquí se suscitan! El principio de personalidad, que muchos ordenamientos jurídicos como el argentino desconocen, colabora con la protección del alemán en el extranjero y su incorporación es una decisión eminentemente política, como también lo es su alcance.⁴⁵ Es el legislador alemán quien decide hasta

⁴² Véase n. 17.

⁴³ En esta dirección, que es doctrina mayoritaria, véase por ejemplo (sobre todo en relación al principio de protección) *Weber*, en: *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. ed. 2003, p. 95 § 7 n. 59 ss.; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 58. ed. 2011, p. 42, § 7 n. 1; *Maurach/Zipf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 10. ed. 2009, § 11 n. 33; *Wessels/Beulke*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 41. ed. 2011, p. 19 n. 68 ss. Para un completo análisis de los fundamentos de Derecho Penal Internacional en los principios de personalidad activo y pasivo véase sobre todo *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 3. ed. 2011, § 3 n. 39 ss.; § 3 n. 70 ss. También *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5. ed. 2011, § 4 n. 7 ss.; *Eser*, en: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. ed. 2010, Vorbem §§ 3-9 n. 15 ss.

⁴⁴ El avezado lector observará aquí el tácito rechazo a la teoría de los elementos negativos del tipo, por el sinnúmero de dificultades que la misma presenta en las distintas estructuras de la teoría del delito. Véase sobre ello *Roxin* (n. 41), § 10 n. 13 ss.

⁴⁵ La primer problemática a resolver resulta de los límites en la definición de “alemán”. Aunque el precepto se refiere al

Ciencias Penales 55 (2002), 319; Nueva Doctrina Penal 2003 A, 3.

³⁷ *Ambos*, JA 1997, 983 (988).

³⁸ *Ambos*, JA 1997, 983 (989).

³⁹ *Ambos*, JA 1997, 983 (989).

⁴⁰ Véase *Falcone*, *Revista de Derecho Penal* 2010, 395 (389 ss.); (n. 26 II), pp. 5 ss., 70.

⁴¹ También a favor de la aplicación al caso del Derecho Penal de la RFA aunque sin apelar al § 7 StGB *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 1, 4. ed. 2006, § 5 n. 52a y ss.

donde proteger a sus ciudadanos en el extranjero y en este caso la protección alcanza el elevado nivel de tipicidad.⁴⁶

Sin embargo resulta dudosa la aplicación del Derecho de la República Federal en cualquier hecho acaecido en la DDR: un accidente automovilístico, una riña, una estafa, etc.; de haber tomado una determinación como esta, hubiera signi-

Art 116 pára. 1 GG, anterior a la formación de la DDR, véase *Ambos*, KritV 2003, 31 (44), en tiempos de existencia de la misma, el término se redujo a los alemanes de la RFA (cfr. BGHSt 32, 293 [297]). Sin embargo acierta *Jakobs* ([n. 11], p. 49) en afirmar que cuestiones bien distintas son si el Derecho Penal de la RFA resultaba aplicable o si el mismo efectivamente hubo de aplicarse, lo que constituye eminentemente un problema del procedimiento penal. Por aquellos años lo primero era dudoso, lo segundo imposible. Otra posibilidad es la *Neubürgerklausel* (§ 7 pára. 2 n. 1 alt. 2 StGB: que el agente hubiera adquirido la nacionalidad alemana luego de acaecido el hecho) como fuera sugerido por ejemplo en *Liebig*, NSTZ 1991, 372 (Crit. BGHSt 39, 54 [60]). En resumidas cuentas el tema que nos convoca nos es sino una muestra más de que la interpretación del tipo penal, lejos de mantenerse estanca, evoluciona acompañando el devenir de los tiempos y el progreso de los pueblos. En su origen (§ 7 StGB, art. 116 GG) se incluía dentro del término “alemán” al residente en el este de Alemania, luego el término se redujo al oriundo de la RFA, y tras la caída del muro se debió, a nuestro entender, retornar a una interpretación extensiva, que como veremos, le hubiera permitido al agente el procesamiento bajo la *lex mitior*.

⁴⁶ El alcance del § 7 StGB en este punto es harto controvertido en doctrina. El sistema del profesor *Ambos* radica en dividir el precepto en dos, por un lado “el hecho”, que se refiere únicamente a la tipicidad – así también *Mankowski/Bock*, ZStW 120 (2008), 704 (740) – y por otro “la amenaza por una pena”. Según *Ambos*, de este último precepto se desprenden tres exigencias que deben darse en el ordenamiento jurídico extranjero: la punibilidad material (incluye la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad), la posibilidad de persecución procesal – en contra *Eser* (n. 43), § 7 n. 11; BGH NJW 54, 1086 – y la efectiva persecución. *Ambos* (n. 43), § 3 n. 48-54. Sin embargo, incluso aquellos autores que llegan a exigir la punibilidad – como categoría de la teoría del delito – en la materialidad son contestes en afirmar, que como se desprende de la exposición de motivos del Proyecto de 1962 con relación al § 6 StGB “el Derecho Penal alemán no puede quedar excluido en su aplicación por reconocer arbitrarias causales de justificación y de exclusión de la culpabilidad”. En este sentido aún quienes exigen que la conducta tenga, según el ordenamiento jurídico extranjero, los cuatro adjetivos de la teoría del delito no serán válidas aquellas causales justificantes- disculpantes que contraríen “los principios jurídicos reconocidos por todos los pueblos civilizados” (Entwurf 1962), ¡lo que a todas luces parece ser nuestro caso! Véase sólo a título ejemplificativo *Ambos* (n. 43), § 3 n. 54; *Scholten*, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB, 1995, p. 167; *Killian*, NJW 1983, 2305; *Rath*, JA 2007, 26 (34); *Satzger* (n. 43), § 5 n. 89 ss.

ficado un avance intolerable sobre la soberanía del país vecino. Distinta es la cuestión en el caso del homicidio de un alemán residente en la DDR que al momento de los hechos huía de allí para ponerse bajo la tutela del ordenamiento jurídico de la RFA, y así evitar el de un Estado de policía. Aquí la protección cobra sentido nuevamente, y la RFA tiene tanto derecho a tutelar la vida y la integridad corporal de la víctima, como esta tiene a ser tutelada.

La doctrina y la jurisprudencia han recorrido el sendero del art. 315 de la Ley de Introducción al Código Penal y el resultado aquí no debiera ser otro, siendo que si bien el inciso primero exige la aplicación del Derecho de la DDR para los actos allí cometidos, el inciso cuarto deja sin efecto a aquel cuando los hechos fueran punibles según el Derecho vigente de la RFA, lo que a nuestro entender acontecía, en virtud de los §§ 212-213 StGB (homicidio con y sin atenuaciones a la culpabilidad) en combinación con el § 7 StGB.

Aún así buena parte de la doctrina se inclina por la aplicación del Derecho de la DDR, algunos incluso en función del principio de la ley penal más benigna (§ 2 pára. 3 StGB), para luego, por distintos motivos (fórmula de *Radbruch*, orden público, interpretación restrictiva conforme a los principios del Estado de Derecho, autorepresentación según el § 95 StGB-DDR y compromisos internacionales, etc.) rechazar o limitar extensamente sus causales de justificación. Sin embargo el StGB-DDR conminaba el homicidio con una pena de no menos de diez años, y hasta 1987 con pena de muerte (!) si el mismo se produjera “contra los Derechos Humanos”, mientras que en la República Federal el homicidio esta amenazado con una pena de no menos de cinco años y de uno a diez años si se obrare con culpabilidad atenuada.

El interrogante entonces es el siguiente: con este sistema de penas y si a la postre no se han de reconocer las causales de justificación de la DDR ¿cual es la ley penal más benigna? o peor aún ¿si se aplica el Derecho de la DDR sin reconocer las causales de justificación no se estaría en realidad aplicando de forma encubierta el Derecho de la República Federal?

Con una solución como la que estamos defendiendo no hubiera sido necesario evaluar la existencia o el reconocimiento por parte de la República Federal de siniestras y oscuras causales de justificación.