

CRÓNICAS EXTRANJERAS

¿Superación del pasado mediante el Derecho penal? (*)

Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal
tras una fractura del régimen político (1)

GÜNTHER JAKOBS

(Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad
de Bonn)

I. PRESUPUESTOS PARA LA PUNICIÓN

1. *El hecho del pasado como conflicto del presente.* El Derecho penal, ¿no supera *siempre* el pasado? El hecho punible se pre-

(*) Traducción del original alemán: *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, publicado en: ISENSEE (comp.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, Berlín, 1992. Versión castellana de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires).

(1) Concluido el 20 de octubre de 1991. El texto del artículo 103, párr. 2, GG, § 1, StGB, es citado bajo II.2. Resultan pertinentes, además, las siguientes normas del StGB:

§ 3. Validez para hechos cometidos en el interior del territorio.

El Derecho penal alemán rige para los hechos cometidos en el interior del territorio.

§ 5. Hechos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos internos.

El Derecho penal alemán rige, independientemente del derecho del lugar del hecho, para los siguientes hechos cometidos en el extranjero:

...

4.º Traición a la patria y puesta en peligro de la seguridad exterior [§§ 94 a 100a)].

§ 7. Validez para hechos cometidos en el extranjero en otros casos.

1) El Derecho penal alemán rige para hechos cometidos en el extranjero contra un alemán, cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar del hecho, o el lugar del hecho no está sujeto a jurisdicción penal alguna.

senta, por cierto, concluido; cuando se lo castiga, es pasado. Naturalmente, si lo pasado no fuera más que pasado, no habría nada que superar; más bien sería indiferente, olvidado en poco tiempo. El hecho punible concluido no es objeto del Derecho penal por sí mismo, sino que lo es sólo en la medida en que es origen de un conflicto todavía presente al momento de la punición, y es este conflicto lo que debe ser superado. De lo que se trata, entonces, es de la superación del presente perturbado por el pasado.

¿Cuál es la perturbación presente producida por un hecho punible pasado? Aquí se podría pensar, en principio, en que la relación entre el autor y la víctima se habría desquiciado. Quizá todavía perdura el sufrimiento de la víctima, a quien el autor privó de chances vitales, y quizá el autor continúa negándose a compensar esto. Tal perturbación actual del ordenamiento de los bienes, sin embargo, no puede ser eliminada mediante el Derecho penal; por ello, tampoco puede ser lo que el Derecho penal debe superar. El Derecho penal no cura las heridas de la víctima infligidas por el autor, ni siquiera atribuye la retribución del daño, sino que más bien hace que al mal del hecho sufrido por la víctima, le siga un nuevo mal: la pena como un mal para el autor. Esta secuencia de dos males, irracional en su curso externo (Hegel), solamente puede ser comprendida como proceso comunicativo. Ya el hecho mismo no es tomado en su exterioridad, sino como afirmación del autor de que él tiene derecho a configurar el mundo tal como sucede mediante el hecho, y la pena es la contradicción de esta afirmación; la pena es la contraafirmación de que el autor no es decisivo, de que su afirmación es falsa. El derecho penal supera, por tanto, aquella perturbación actual que es producida por el aspecto comunicativo del hecho: la perturbación de la vigencia de la norma producida por el hecho, que llega hasta el presente. El Derecho penal tiene la misión de asegurar suficientemente la vigencia estable de normas centrales, imprescindible para la existencia de una sociedad.

2. *Imputabilidad, necesidad, positividad.* De las condiciones que deben darse acumulativamente para que sea posible y admisible la garantización mediante la pena, interesan en este contexto, es decir, en el caso de una fractura política del pasado al presente, las tres siguientes:

2) Para otros hechos cometidos en el extranjero, rige el Derecho penal alemán cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar del hecho, o cuando el lugar del hecho no está sujeto a jurisdicción penal alguna, si el autor

1.º era alemán al momento del hecho, o se ha convertido en alemán luego del hecho, o

2.º era extranjero al momento del hecho, sea hallado en el territorio interno, y, a pesar de que la Ley de extradición autorizaría su extradición según la naturaleza del hecho, no es extraditado porque la extradición no fue requerida, fue denegada, o no es ejecutable.

Primero, debe poder demostrarse que el hecho del autor es la causa del déficit de la vigencia de la norma, cuando menos, una causa digna de mención. Se trata, por tanto, de la *imputabilidad* de la perturbación al autor. Un hecho punible tiene siempre muchas causas, y no está claro de antemano que la mala voluntad del autor se presente como causa prioritaria, o siquiera, como una causa digna de mención. Y si es digna de mención, pero secundaria, podrá resultar cómodo, pero es engañoso articularla justamente como la única causa. Dicho con un ejemplo: si el sistema educativo de una sociedad corrompe en forma planificada a los hombres desde su niñez, y los corrompidos de este modo cometen los hechos punibles para los cuales han sido preparados, sería una empresa engañosa que la mala voluntad de estos autores fuera señalada como la causa principal o incluso como la única causa de la perturbación; ella es, a lo sumo, en caso de que sea digna de mención, una causa secundaria: la solución principal deberá producirse mediante la política, justamente a través de la revisión del sistema educativo.

Segundo, la pena debe ser *necesaria* para restablecer la vigencia lesionada de la norma. En la medida en que la vigencia de la norma permanezca estable de todas formas por otras causas, se puede renunciar a la pena. Una sociedad firme, segura de sí misma, se puede dar el lujo de la generosidad; pues en ella un hecho punible no puede actuar como un ejemplo fuertemente atractivo. Dicho nuevamente con un ejemplo: si en una sociedad un giro hacia el totalitarismo queda completamente fuera de discusión, frente a intentos totalitarios residuales, será suficiente reacción encogerse de hombros sin comprender.

Y *tercero*, un ordenamiento jurídico que refiere su legitimidad no a fuentes prepositivas, sino a decisiones acerca de su *positivización*, debe reconocer, si se comprende a sí mismo acertadamente, que su conformación sólo es la propia, y, también, sólo la *actual*. Dado que se trata solamente de la conformación actual, se excluye la retroactividad, tal como, en principio, está fuera de discusión (art. 103, párr. 2, GG, § 1, StGB). Asimismo, queda excluida una extensión a los ámbitos espaciales o personales de otros ordenamientos, salvo que el ordenamiento jurídico reivindique también estos ámbitos como propios y le desconozca su legitimidad a los otros ordenamientos. Para el ordenamiento legal, esto presupondría, por cierto, el poder de actuar efectivamente en estos ámbitos. Esto queda todavía por ser tratado. El derecho alemán vigente reconoce su restricción en estos ámbitos. Para hechos en el extranjero de alemanes o contra alemanes (o de afectados en el país) rige el derecho penal alemán prescindiendo de algunas excepciones más o menos bien fundadas, que no resultan decisivas en este contexto sólo cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar del hecho (o el lugar del hecho no está sujeto a ninguna jurisdicción penal) (§ 7, StGB), es

decir, cuando el otro ordenamiento muestra, en esa medida, la misma conformación actual que el derecho penal alemán; si el otro ordenamiento se diferencia en su conformación, entonces, el derecho penal alemán se entiende a sí mismo como relativo, y, conforme a ello, no formula pretensiones usurpatorias.

II. LA SUPERACIÓN DEL NACIONALSOCIALISMO POR EL DERECHO PENAL

1. *¿Imputabilidad de los delitos ordenados por el Estado? ¿Necesidad de la punición de hechos nacionalsocialistas?* Antes de ocuparme de la cuestión actual en este momento acerca de si el Derecho penal puede aportar algo para la superación del pasado en la ex DDR (*), debe darse una mirada a la situación, parcialmente análoga, tras la finalización de la era nacionalsocialista; tomo como ejemplo los hechos violentos durante el nacionalsocialismo, especialmente homicidios en campos de concentración y por grupos en acción. ¿Cuál es la situación respecto de las condenas por tales hechos con relación a las tres condiciones que deben estar presentes, si la punición debe asegurar la vigencia estable de la norma?

La primera condición, la imputabilidad, parece estar clara: ¡puede haber pocas causas más fuertes para un asesinato que la mala voluntad de los esbirros que lo ejecutan! Si esto es así, ello significa, a la vez, que el conflicto, o (quizá aquí mejor dicho) la catástrofe, tuvo causas principalmente individuales, justamente, la mala voluntad de los esbirros (2). Las causas sociales y políticas, entonces, deberían ser clasificadas como menos principales: una nación entera, después de una guerra perdida, después de la Primera Guerra Mundial, y luego de una permanente depresión económica, no logra alcanzar la prudencia política; esto, por cierto, no en forma incomprensible, pero aun toda la comprensión para la falta de prudencia no la convierte en prudencia. Sin prudencia política, no es posible conformar una sociedad bien ordenada, y una sociedad que no está bien ordenada no es otra cosa que una gran banda de ladrones (San Agustín). Alemania se encontraba pasivamente en poder de esta banda y fue liberada desde fuera. ¿No se puede ver en este fracaso político una

(*) *Deutsche Demokratische Republik* (República Democrática Alemana) (N. de la T.).

(2) Acerca de la culpabilidad de autores educados por el régimen mismo, en detalle, ERNST-WALTER HANACK, *Zur Frage geminderter Schuld der vom Unrechtsstaat geprägten Täter*, en: *Verhandl. des 46. DJT*, 1967, Sección C, pp. 53 y ss.; *idem*, *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher*, en: *JZ*, 1967, pp. 297 y ss.; *idem*, nota en: *NJW*, 1976, pp. 1758 y s.; HERBERT JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, 1982, pp. 163 y ss., 175 y s.; BVerfGE, t. 54, pp. 100 (108 y ss.).

causa más fuerte que en la mala voluntad de los esbirros? Se objetará que lo uno no excluye lo otro, que en todo caso ambos, el fracaso político de la nación y la mala voluntad de los esbirros, son causas dignas de mención. Pero no es tan simple. La mala voluntad de los autores no era una voluntad que se formara en una sociedad bien ordenada a partir de la maldad subjetiva, sino que era la expresión de la maldad objetiva que es propia de las sociedades ordenadas sin prudencia. Los asesinatos de los nacionalsocialistas —dejando de lado los excesos que ampliaron aún más el exceso estatal general— no fueron cometidos privadamente, sino como actos del Estado. Los autores recibían por ellos salario de mano del Estado, y cuando tras la finalización de la era nacionalsocialista, la sociedad fue reordenada, ellos vivían también ordenadamente, pasando inadvertidos, hombres adaptados aquí y allá, con otras palabras, cáscaras personales, rellenas con la sangre del respectivo sistema. Quien no pueda imaginarse a sí mismo como autor en un campo de concentración, sabe que tiene un gran carácter, o no tiene imaginación.

Ahora bien, esto ocurre en todo delito: en todo caso, un gran carácter es inmune a él. Es que es justamente el fin de la pena el de reafirmar la vigencia de la norma, de modo tal que puedan ser superados los ataques a ella, y sólo en una sociedad de apóstoles y padres de la Iglesia no hace falta el Derecho penal. Pero una cosa es definir a la mala voluntad del autor, en una sociedad bien ordenada, como causa del conflicto, y otra, actuar retrospectivamente de la misma forma respecto de una sociedad pervertida. En el último caso se individualiza un conflicto político genuino; esto no tiene por qué ser necesariamente equivocado —de lo que se trata aquí no es de la impunidad para asesinos de la era nacionalsocialista—, pero es peligroso, porque de este modo se oculta que la misión más incómoda, la de lograr prudencia política, ni es resuelta mediante la localización del conflicto en la mala voluntad del autor individual, ni tampoco es formulada siquiera como misión.

La primera condición, la imputabilidad, por tanto, puede ser considerada, en conclusión, como dada, aun cuando mal puede juzgarse en nombre del pueblo cuando los hechos a ser juzgados también pueden serle imputados a él.

Respecto de la segunda condición, la necesidad de pena, la situación es más sencilla: tras la finalización del régimen nacionalsocialista, debía comprobarse primero en Alemania la estabilidad de un ordenamiento conforme al Estado de derecho material. Todavía no se podía hablar de una sociedad que, de todos modos, estuviera segura de sí misma, en todo caso, no al comienzo. Más tarde, por cierto, también esta condición se volvió menos segura, y cuando se realizaron los grandes procesos por hechos violentos del nacionalsocialismo durante los años sesenta, ya era dudoso que esta condición estuviera dada.

2. *¿Punibilidad de derecho positivo de los hechos violentos del nacionalsocialismo?* Ahora bien, respecto de la tercera condición, la positividad, es decir, la punibilidad del hecho al momento de su comisión y en el lugar de su comisión o con relación a la persona del autor, el artículo 103, párr. 2, GG, y el § 1, StGB, expresan:

«Un hecho sólo puede ser penado si la punibilidad estaba legalmente determinada antes de que el hecho fuera cometido.»

¿Regía, por tanto, en la época del nacionalsocialismo, en Alemania, o en las zonas ocupadas de Polonia o de la Unión Soviética, o en cualquiera de las otras zonas bajo dominio alemán, la prohibición del homicidio de los judíos, para mencionar esta prohibición como ejemplo? Sea tratada aquí especialmente esta difícil cuestión con cierta profundidad, porque la problemática se repite en la cuestión que todavía queda por tratar, de si ciertos hechos estaban amenazados con pena en el lugar del hecho en la ex DDR; de la respuesta depende también, por tanto, la factibilidad jurídica de la superación del pasado que hoy queda por lograr.

En primer lugar, hay que establecer que el Código Penal no ha sido reformado después de 1933, en lo que respecta al homicidio de judíos. Tampoco ha existido una ley formal o siquiera una facultad surgida de un decreto en el que se corroborara la permisión de tales homicidios. Si algo existía como fundamento jurídico, ello era, en todo caso —y si es que había algo— una orden del *Führer*. Tal orden no había sido publicada en ningún lado, era justamente una disposición del *Führer* y del canciller del *Reich*. Tal orden del *Führer*, ¿podía modificar la situación jurídica? Por cierto que no podía si se analiza la situación a partir de la Constitución de Weimar, y tampoco podía si se utilizan los parámetros generales del Estado con división de poderes. Pero analizar el nacionalsocialismo según la Constitución del Reich de Weimar resulta grotesco y lo mismo ocurre si se trata de explicarlo a partir de un Estado con división de poderes. El nacionalsocialismo, sin embargo, existió durante doce años como un Estado efectivo, y ya su primer quebrantamiento radical de la división de poderes, y en definitiva, del derecho en sí, la solución del llamado golpe de Röhm, fue juridizado por el jurista Carl Schmitt (3) con el título: «El *Führer* protege el derecho». Esto significa, con otras palabras, y si uno no se atiene a un normativismo separado de la vida real, sino que parte de que —por ejemplo, con el sociologismo precoz de Hans Kelsen, ciertamente fuera de toda sospecha— solamente puede ser Estado —y esto significa en Kelsen, al mismo tiempo, Derecho— aquello que en general es efectivo (4),

(3) Deutsche Juristen-Zeitung, 1934, pp. 945 y ss.

(4) Eficacia como condición de la validez: HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960 (2.^a ed.), pp. 215 y ss.

es decir, aquello que se practica, entonces, la cuestión de la eficacia jurídica de una orden del *Führer* solamente puede ser decidida según la Constitución vigente al momento del nacionalsocialismo, es decir, la Constitución vivida fácticamente; y desde esta perspectiva, no puede haber dudas en cuanto a que, según esta constitución vivida fácticamente, una orden del *Führer* podía derogar el derecho y crear nuevo derecho. Quien niega esto, y exige un fundamento para estas facultades o cuando menos, su publicación (5), busca al Estado nacionalsocialista en ámbitos que éste no conocía, y en los cuales, por tanto, tampoco tuvo lugar; esto sería como buscar al diablo en el ámbito de las buenas obras. En todo caso, normativamente, es tan ajeno a la realidad que en este Estado haya regido el derecho inmodificado de la época de Weimar, como lo sería la suposición de que toda norma que por descuido no ha sido puesta fuera de vigencia formalmente, pero que ha sido olvidada o desplazada, continúa vigente eternamente. Aun cuando se denomine al Estado nacionalsocialista como Estado ilícito, nada se habrá ganado: sencillamente falta entonces todo derecho, y así también, el derecho a la vida de las víctimas del régimen; la punibilidad al momento del hecho tampoco puede fundamentarse así.

Ahora bien, naturalmente se objeta que todo esto bien puede ser correcto, pero una orden del *Führer* (si es que la hubo) o en todo caso la constitución en esa medida vivida en el Estado nacionalsocialista, habrían sido ineficaces, cuando menos en las partes aquí relevantes, por contrariar principios humanitarios, esto sí en forma evidente; contrariedad que, por cierto, no puede ser negada. En la discusión de este argumento, déjese de lado si existe una vinculación suprapositiva del derecho positivo. Nada depende de la solución de este problema. Formulado en pocas palabras: ¿cómo sería la cuestión si los nacionalsocialistas hubieran eliminado los §§ 211 y ss. del Código penal (éstos son los delitos de homicidio), mediante una ley formal, y hubieran colocado en su lugar nuevos preceptos, de modo tal que el delito básico, el homicidio, con esta modificación, hubiera rezado: quien mate a un no judío será penado, o quien mate a un ario, será penado? En este caso sería claro que el precepto, a su vez, al dejar de lado a los judíos o a los no arios, iría claramente en contra de los derechos humanos elementales de los dejados de lado, pero tampoco la claridad de esta contrariedad podría cambiar en nada

(5) Véase la controversia entre ANTON ROESEN, *Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse*, en: NJW, 1964, pp. 133 y ss., y HANS WELZEL, *Gesetzmäßige Judentötungen?*, en: NJW, 1964, p. 521 (pp. 522 y s.). El argumento según el cual también la doctrina del Derecho político de la época nacionalsocialista había postulado para las órdenes del *Führer* —preponderantemente— una publicación, desconoce que el titular del máximo poder nunca había reconocido tal condición como constitutiva para sí a largo plazo. Otras referencias sobre este problema, en GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 1991, 2.^a ed., 4/9, nota 23.

el hecho de que todo homicidio de un judío o un no ario, aun cuando continuara siendo ilícito en consideración de principios suprapositivos, en todo caso no era punible, ya que faltaba en ese momento un precepto penal. Es posible que exista, como opinan algunos, una determinación supralegal de los límites elementales entre derecho e ilícito, pero, ¿quién se atrevería a decir hoy que una punibilidad supralegal es una suposición razonable? La punibilidad es hija del Derecho positivo, y de este modo, también de la Constitución y la práctica respectivamente vividas en un Estado.

Naturalmente, contra esta argumentación podría objetarse que no fue ésta la forma en que se procedió en el nacionalsocialismo; no se trata de fundamentar la punibilidad luego de una supresión del precepto del homicidio, sino que debe ser declarada ineficaz una restricción de la punibilidad, la orden del *Führer* de exterminar a los judíos, y con esta declaración de ineficacia revive la antigua punibilidad: no se trata de la ampliación del tipo, sino de la restricción de las causas de justificación. Sería extraño que algo dependiera de tales diferenciaciones técnico-jurídicas. Nada depende tampoco de ello. Se distorsionan las normas de un Estado cuando se sacan algunas y se interpretan las restantes como si la que fue sacada no perteneciera a la totalidad. El ordenamiento jurídico es un continuo. Así como ocurre con cualquier texto, como por ejemplo, una novela, en que es inadmisibles suprimir algunas oraciones o párrafos y afirmar que el resto se corresponde con las intenciones del autor, del mismo modo, tampoco es admisible quitar partes de un ordenamiento jurídico por razones que están fuera de ese ordenamiento jurídico, y afirmar luego que lo que queda es el ordenamiento normativo según la Constitución fácticamente vivida (6). En lo sustancial, un procedimiento tal no aportaría nada más que la afirmación —hoy ya no sostenida— de la punibilidad natural o de Derecho natural.

Es justamente convertir en inofensivo al nacionalsocialismo, el partir de que, en ese entonces, había todavía un ordenamiento jurídico para protección de los judíos y demás personas definidas como contrarias al régimen, frente a su exterminio sistemático en campos de concentración y otros lugares, un ordenamiento jurídico que solamente no fue aplicado, quizá por cobardía, quizá por comodidad, pero que en todo caso existió realmente como ordenamiento jurídico vigente también durante esa época. La situación era mucho peor: aquel que era estigmatizado como contradictor del régimen perdía no solamente el goce de derechos aún existentes, sino que perdía estos derechos en su existencia misma. Formulado en términos de la

(6) GERALD GRÜNWARD, *Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen*, en: *Strafverteidiger*, 1991, p. 31 (36); véase ya, idem, *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, 1971, p. 11; GRÜNWARD argumenta a partir del Derecho positivo, sin embargo —a diferencia de lo que ocurre aquí—, sin consideración a la respectiva interpretación de lo que es la Constitución.

filosofía del Derecho, esto significa: aquel que era definido como contradictor del régimen era excluido de la relación de reconocimiento como un igual; era acumulado entre los objetos del derecho de cosas. Por lo tanto, se producía no solamente la *manipulación del Derecho* en el espíritu nacionalsocialista, sino ya su *conformación*. La jurisprudencia y la doctrina ampliamente mayoritaria, que ni siquiera se ha ocupado de estas cuestiones, no ha comprendido la pérdida de cultura que se produjo en el nacionalsocialismo; argumentan como si los nacionalsocialistas solamente hubieran manipulado erróneamente a la persona moral «Estado». ¡Pero los nacionalsocialistas le quitaron al Estado real su moralidad!

La formación del Derecho característica del Estado de derecho *frente* al actuar estatal no se encontraba entre las características de identidad del Estado nacionalsocialista. Por ello, la Constitución de este Estado era aquello de lo cual éste surgía: el «deber ser» no solamente podía permitir el hecho, sino que —medido en las categorías del nacionalsocialismo— también podía producir su propio «ser debido», como hecho definido de modo históricamente necesario. Y el hecho de que el exterminio físico de los definidos como contradictores fuera emprendido en el nacionalsocialismo como un hecho que marcó la historia, es decir, con toda la clandestinidad parcialmente existente, como —¡nuevamente medido en las categorías del nacionalsocialismo!— un hecho debido, es tan difícil de poner en duda como hecho histórico, como sencillo resulta hoy reconocer esto como irracional.

Pero, ¿por qué se intenta aquí reconstruir la obviedad de los nacionalsocialistas? Porque solamente de este modo es posible investigar qué era punible en su Estado —¡y era *su* Estado!—. Los hechos violentos de los que aquí se trata no eran punibles de acuerdo con dicho Estado. Por tanto, para poder penar a los autores de hechos violentos del nacionalsocialismo, se habría debido suspender la prohibición constitucional de retroactividad.

De este modo, corresponde concluir la presentación del primer intento de superar el pasado por medio del Derecho penal. De lo dicho puede deducirse con qué tendencia será tratado el segundo intento.

III. LA «SUPERACIÓN» DEL «SOCIALISMO» DE LA DDR POR EL DERECHO PENAL

1. *Principios del Derecho penal internacional.* Ahora bien, en el caso de la nueva superación del pasado por medio del Derecho penal, ya no se trata de la retroactividad. En el Tratado de Unificación se establece que se mantiene la punibilidad en la República Federal de Alemania existente antes de la entrada en vigencia de la incor-

poración (7). De lo que se trata es, por tanto, de la aplicación de una jurisdicción penal que también sería pretendida por la República Federal de Alemania aun cuando nunca se hubiera llegado a la reunificación. Ciertamente, sin la reunificación muchos de los autores hoy pasibles de aprehensión no hubieran quedado sujetos al poder de la República Federal. Pero esto no afecta la pretensión penal, sino solamente su ejecutabilidad.

¿Qué competencias penales pretendía la República Federal ya desde antes de la reunificación? En primer lugar, se debe investigar si existía y existe una competencia para la persecución de hechos por los cuales los ciudadanos que huían de la DDR fueron matados en la frontera. Al respecto, de lo que se trata es de los soldados de frontera como autores, y, además, de los coautores y partícipes hasta los diputados de la Cámara del Pueblo (*Volkskammer*), quienes habían sancionado la ley respectiva, y de la cúpula del Estado, de la que dependía la aplicación de la ley.

En primer término, deben ser esquematizados los principios del ámbito de aplicación espacial del Derecho penal vigente. Según el § 3, StGB, el Derecho penal alemán rige para hechos cometidos en el interior del territorio. Por interior del territorio se entendió primero el territorio estatal según las fronteras del 31-12-1937 (8). Naturalmente, esto era una comprensión en cierta medida pálida y normativista del interior del territorio, como se concluye de inmediato si se piensa que la República Federal no podía hacerse cargo del orden en la DDR o en las zonas situadas más allá del Oder y del Neiße. ¿Cómo podía entonces hacer que los ciudadanos de tales territorios cumplieran las normas de la República Federal, bajo amenaza de pena? Era formulada una extraña pretensión: se debía penar sin que el Estado pudiera cumplir con su misión fundamental, ocuparse de la seguridad en el territorio. Esta interpretación fue dejada de lado a más tardar con el reconocimiento provisional de la línea Oder-Neiße, en el Pacto de Varsovia de 1970, y luego en el Tratado Fundamental de 1972. A partir de ese momento, la jurisprudencia (9) y la doctrina abarcaron principalmente como interior del territorio, al territorio de la República Federal y a Berlín Occidental, y hablaron de un concepto funcional de país, lo cual significa que el concepto era funcional al Derecho penal, y que no prejuzgaba en materia de derecho internacional. Desde ese momento, los hechos cometidos en la DDR no podían conducir a una competencia penal de la República Federal a través del § 3, StGB.

Pero, junto al principio de territorialidad, el Código Penal conoce un principio de personalidad —si bien limitado en forma significa-

(7) § 315, párr. 4, EGStGB, en la versión del anexo I, cap. III, materia C, párrafo II, del Tratado de Unificación.

(8) Todavía, BGHSt, t. 27, pp. 5 y ss.

(9) BGHSt, t. 30, pp. 1 y ss.

tiva— en el § 7, StGB, el cual es formulado en el primer párrafo de este mismo precepto, como principio de personalidad pasivo, denominado generalmente «principio de protección», esto es, el principio de protección de todos los alemanes donde sea que se cometa un hecho contra un alemán; y esto en nada fue alterado por el hecho de que los habitantes de la DDR fueran alemanes por motivos no solamente comprensibles, sino, como lo demostró el curso de la historia, por muy buenos motivos. Este principio de protección, sin embargo, y como ya se insinuó, está restringido en forma significativa: rige solamente cuando el hecho está amenazado con pena en el lugar del hecho, o el lugar del hecho no está sometido a jurisdicción penal alguna. Se plantea aquí, respecto del principio de protección, en el § 7, StGB, por tanto, exactamente el mismo problema, que, en el primer intento de superar el pasado mediante el Derecho penal, anidaba en la prohibición de retroactividad: ¿es punible o no en un Estado organizado totalitariamente, algo así como disparar a matar contra el ciudadano que huye?

Antes de intentar una respuesta, sin embargo, debe presentarse con mayor precisión la situación del Derecho penal alemán internacional. El ya mencionado § 7, párr. 1, StGB, recién ha sido problematizado en forma digna de mención en el último tiempo. Se comenzó a dudar de si realmente era necesario garantizar protección a los ciudadanos de la DDR sin más ni más frente a todo lo que se emprendiera en contra de ellos (10). De hecho, no se advierte por qué esto hubiera tenido sentido. ¿Realmente debía ser aplicado en forma directa el Derecho penal de la República Federal de Alemania en caso de una riña en una kermés en Leipzig o en un accidente automovilístico en Dresden? La solución tampoco era siempre convincente respecto de alemanes de la DDR que se encontraban en el extranjero. ¿Por qué debía gozar de la protección del Derecho penal el alemán de la DDR que es reñido en Suecia por un banquero? En cambio, sí tenía sentido una protección en el ámbito en que se imposibilitaba a los alemanes en la DDR o fuera de la DDR colocarse bajo la protección de la República Federal de Alemania o, cuando ya se encontraban en ella, mantenerse bajo esta protección. Así limitado, el principio de protección tenía y tiene un sentido racional, y en su limitación alcanza también por cierto la problemática de los disparos en la frontera; pues precisamente en ellos se trata de casos en los cuales les era negada la protección prometida por la República Federal de Alemania a los ciudadanos de la DDR.

En el § 7, párr. 2, StGB, está positivizado el principio de personalidad activo, es decir, el principio de la punición del alemán como

(10) ALBIN ESER, en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 1991 (24.ª ed.), núms. 66 previo al § 3, y § 7, núms. 5 y s.; VOLKER KREY / NORBERT ARENZ, *Schutz von DDR-Bürgern durch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland?*, en: JR, 1985, p. 399 (406), con referencias respectivamente.

autor de un hecho punible. Antes que respecto del § 7, párr. 1, StGB, esto es, el principio de protección, se discutió fuertemente qué alcance podía tener la regulación respecto del § 7, párr. 2, StGB, el principio de personalidad activo. Se reconoció que mal podía funcionar amenazar con pena al ciudadano de la DDR, en donde él, además, se encontraba, cuando comete un hecho punible, pero, por otro lado, no poder prestarle ayuda efectiva para la protección frente a hechos punibles. De allí que una difundida opinión argumentara ya desde hace mucho tiempo respecto del principio de personalidad activo, que el concepto de alemán debía ser entendido aquí estrictamente, restringiéndolo a aquellas personas que no solamente poseen la nacionalidad alemana, sino que además tienen el asiento de su vida en la República Federal de Alemania (11). Sea como sea: aun con una interpretación amplia, en el principio de personalidad activo, tanto como del principio de protección, el Derecho penal alemán rige solamente bajo la condición de que exista una norma idéntica en el lugar del hecho, y de este modo se vuelve a plantear el problema de cómo debían ser juzgados los disparos en la frontera, según el Derecho del lugar del hecho.

2. *¿Punibilidad de Derecho positivo de los homicidios en la frontera?* ¿Era punible, en el lugar del hecho, disparar a matar contra quienes huían? Comienzo, por tanto, con el análisis de la tercera condición, la positividad, respecto de la cual esta vez no se trata del ámbito de validez temporal, sino del espacial. La situación de Derecho positivo en la DDR era la siguiente (12): hasta 1982, el Ordenamiento de Fronteras de 1972 hacía referencia a que el ministro de Defensa Nacional promulgaría una regulación. Este decreto, una parte del reglamento de servicio de la NVA (*), es lo que habitualmente se conoce como orden de disparar; puede suponerse que ciertamente no fue formulado sin el acuerdo de la dirigencia del partido y del gobierno. A partir de 1982 rigió la Ley de Fronteras, en cuyo § 27 había ahora una regulación legal; esta regulación permitía, según su texto, —con la más amplia protección posible de la vida y otras precauciones—, disparar contra las personas que quisieran resistirse a la detención por un delito o que estuvieran por cometer un delito. El hecho punible aquí en cuestión era el cruce ilegal de fronteras según el § 213, StGB, DDR, en tanto no se tratara de un caso más bien leve (§ 213, párr. 2, y § 1, párr. 3, StGB, DDR). También aquí puede suponerse que los soldados de frontera estaban formados en el manejo de los preceptos, y esto, por cierto, no según su interpre-

(11) REINHART MAURACH / HEINZ ZIPF, *Strafrecht, AT*, I, 1987 (7.^a ed.), § 11, núm. 25, con referencias.

(12) GEORG BRUNNER, *Neue Grenzregelungen der DDR*, en: NJW, 1982, pp. 2479 y ss.

(*) *Nationale Volksarmee* (Fuerzas Armadas Nacionales del Pueblo [DDR]) (N. de la T.).

tación objetiva de procedencia occidental, sino la que le daban la dirigencia partidaria y el gobierno (13).

Ahora se podría afirmar nuevamente que la restricción de la libertad ambulatoria mediante una orden de disparar o mediante una Ley de Fronteras constituía una infracción contra derecho suprapositivo. Por cierto, determinar si existe algo así como un derecho suprapositivo a la libertad ambulatoria es aun más problemático que la cuestión acerca del derecho suprapositivo a la vida. Pero nuevamente no se trata de la respuesta a esta cuestión, pues un derecho suprapositivo a la libertad ambulatoria, si bien convertiría en ilícito la restricción de la libertad, no podría, a pesar de ello —en total paralelo con la situación jurídica presentada respecto de los hechos de violencia del nacionalsocialismo—, convertir en lo contrario el hecho de la impunidad de los tiradores y sus instigadores (14). El Estado con el nombre de DDR estaba, pues, organizado de tal modo, que en él no existía el Derecho a la libertad ambulatoria, y el sometimiento o incluso el homicidio de aquel que quería actuar con libertad ambulatoria, y era atrapado en el intento, era una realidad, si bien una realidad cruel. Por tanto, de la punibilidad de tales acontecimientos solamente se puede hablar desde un punto de partida normativista extraño y vacío. Me ahorro las reiteraciones y remito también aquí a que la suposición de la punibilidad constituye ciertamente un intento por convertir en inofensivo el sistema de la ex DDR: también el «socialismo» era no sólo un método de manejo del derecho, sino que también configuró el derecho, y esto a su modo, y no a la manera de los Estados en las sociedades civiles. Al fugitivo no se le disparaba debido a un equivocado manejo del derecho vigente en el lugar del hecho, sino que el mismo ordenamiento jurídico vigente le hacía carecer de derecho. Esta lesión de los derechos humanos mediante la perversión del derecho mismo, y no ya mediante su manejo equivocado, es lo que realmente se distorsiona, cuando se supone que los hechos estaban amenazados con pena en el lugar de su comisión. La pérdida de cultura era, justamente, peor aún.

Por cierto, la DDR se presentaba hacia el exterior como si fuera un Estado en el cual la cultura de los derechos humanos pudiera florecer. Si uno atuviera la DDR a esta autopresentación, no se cometería una injusticia. Pero no se trata aquí de evitar las injusticias

(13) En esa medida correctamente, KG, NJW, 1991, p. 2653 (pp. 2654 y s.).

(14) GRÜNWARD, *lug. cit.* (nota 6). Significativamente equivocado últimamente, KG, NJW, 1991, p. 2653 (2654): «... la impunidad prevista en el Derecho penal del lugar del hecho, que se halla en crasa contradicción con principios del Estado de derecho generalmente reconocidos», no debe «poder impedir una punición de las más graves lesiones a los bienes jurídicos... según el derecho alemán». Por tanto, el derecho del lugar del hecho no conoce pena, ¡pero el § 7, StGB, presupone la punibilidad en el lugar del hecho y no se satisface con el mero postulado de una punibilidad en el lugar del hecho!

frente a la ex DDR, sino de obligaciones propias del Estado de derecho en la República Federal. El Derecho penal alemán sigue estrictamente vías de derecho positivo, y esto, ciertamente, no para hacer triunfar al positivismo, sino al Estado de derecho: la pena no debe ser impuesta ya por el hecho de que pueda estar bien fundamentada, sino solamente cuando, además, ella estaba amenazada antes del hecho por el derecho escrito, formulado en forma precisa, justamente, por el derecho positivo. Esta amenaza, con la referencia del § 7, párr. 1, StGB, no se apoya en la autopresentación del Estado en que se cometió el hecho, sino en la amenaza penal allí existente. Esto tampoco es motivo de lamento, sino que tiene mucho sentido. Después de que hubo de ser abandonada la tesis de que los hechos cometidos en la ex DDR eran cometidos en el interior del territorio (§ 3, StGB), la extensión a aquel territorio sin consideración a la punibilidad en el lugar del hecho habría constituido cuando menos un imperialismo extraño de Derecho penal extraño. El hecho de que, en parte se haya podido pensar que, en contra del texto legal, se podía ejecutar este imperialismo de Derecho penal, cuando de él todavía poco o nada dependía, no es motivo para calificarlo ahora, cuando la cuestión se vuelve seria, de *lex lata*; no es la *lex lata*.

3. *Consecuencias para el derecho de resistencia de los ciudadanos de la DDR.* Aquí se debe profundizar, por cierto, un problema que no fue tratado al realizarse la comparación con el caso de los hechos violentos del nacionalsocialismo: la solución aquí esbozada, ¿no tiene como consecuencia, entonces, que el fugitivo de la DDR que forzaba su derecho a la libertad ambulatoria con disparos a los soldados de frontera de la DDR debería ser penado en la República Federal por lesiones o por homicidio? En este punto, debería ser evidente que la antijuridicidad de una fuga, calificada según el ordenamiento de la DDR, no vincula a la República Federal de Alemania. Si en la DDR la fuga de la República constituía un ilícito, la República Federal no estaba impedida, por su parte, de juzgar el mismo comportamiento como el comportamiento adecuado de un ciudadano consciente de la libertad. Tampoco habla en contra de esta solución la ampliamente afirmada ausencia de un derecho de emigración reconocido en general internacionalmente; aunque no existiera tal derecho, ello no impediría que lo reconociera, por su parte, la República Federal; pues no existe ningún precepto conforme al cual un Estado solamente pueda proteger posiciones reconocidas en el Derecho internacional. Es decir, que, a partir de la situación normativa en DDR no surge obligación alguna para la República Federal.

Por cierto, de ello tampoco se sigue que alguien haya tenido en todo momento el derecho de huir a la República Federal lesionando y matando a los soldados de frontera. Muchos Estados cierran sus fronteras a un Estado vecino, sin que esto deba ser antijurídico, y

todos los Estados cierran sus fronteras frente a ciertas personas, por ejemplo, autores de hechos punibles fugitivos. Si, por tanto, un ciudadano de la DDR cometía allí un hecho que también según la interpretación de la República Federal era un hecho punible, entonces, la restricción de su libertad ambulatoria también era legítima según el ordenamiento de la República Federal, y a este ciudadano no podía serle reconocido un derecho de legítima defensa frente a los soldados de frontera. Frente a él, los soldados de frontera han actuado correctamente también conforme al ordenamiento de la República Federal. Diferente es lo que ocurre frente a aquellos ciudadanos que fueron restringidos en su libertad ambulatoria sin una razón aceptable según normas materiales de un Estado de derecho, y que por ello reclamaron su derecho en forma violenta. Hasta dónde llegaban en tal caso los derechos de necesidad del ciudadano frente a los soldados de frontera fue discutido intensamente con motivo de un caso (15) (caso Weinhold), pero sin que se haya llegado a un resultado claro. Para la solución, debería considerarse que también numerosos soldados de frontera, por su parte, carecían de la oportunidad de optar por un sistema más liberal. Por lo menos una parte de los soldados se encontraba, por tanto, en una situación forzada comparable con la de los fugitivos. Por ello, probablemente habría sido inadecuada la completa aplicación del riguroso derecho de legítima defensa frente a aquellos soldados.

4. *Otros hechos.* Lo dicho hasta ahora con relación a la situación jurídica respecto de los homicidios en la frontera rige igualmente —en la medida en que resultan comparables— para los casos de vigilancia de los ciudadanos de la DDR, caso en el cual se trataba —si no, ni siquiera resultaría realizable— de ciudadanos de la DDR que actuaban como delatores para las instancias estatales competentes. Como hechos entran en consideración la autoría de injurias, coacciones, privaciones de libertad, violación de secretos, entre otros más, además de la participación en tales hechos. Como sea que haya actuado semejante sistema de delación respecto del ordenamiento jurídico escrito de la DDR, según el ordenamiento jurídico vivido en la DDR, no solamente no era punible colaborar con ese aparato, sino que, si los informes actuales no engañan, ese aparato era justamente el sistema nervioso de ese Estado. Afirmar que las acciones eran punibles en la DDR conduciría, por tanto, a que la DDR habría debido entorpecerse a sí misma. Ciertamente, es suficiente con este *argumentum ad absurdum*. Las delaciones no son punibles en el infierno, si no, seguramente, no se trataría del infierno.

Falta, por tanto, la tercera condición, la positividad. Si bien con esto queda firme una respuesta negativa a la cuestión de la punibi-

(15) OLG Hamm, JZ, 1976, pp. 610 y ss.; BGH, NJW, 1978, pp. 113 y ss.; otras referencias en JAKOBS (nota 5), 5/30.

lidad, analícese ahora cómo es la situación respecto de las dos primeras condiciones.

5. *Imputabilidad a los soldados de frontera.* Con relación a la primera condición, es decir, la imputabilidad: ¿fueron los autores una causa del conflicto digno de mención? La respuesta se halla ya en las tesis antes elaboradas respecto de la impunidad de los hechos en el lugar del hecho: cuando la política ha pervertido el Derecho de tal forma que el homicidio de un hombre que no quiere otra cosa que su libertad ambulatoria no solamente está permitido, sino que incluso está mandado, entonces, el autor que ejecuta el homicidio es justamente el producto de ese ordenamiento pervertido, un eslabón en la génesis del conflicto, pero no su causa. La causa es la miseria de la política; esto es encubierto, y el conflicto es trasladado de su dimensión política a la individual, cuando se define al autor individual como una causa digna de mención.

6. *Imputabilidad a la conducción del Estado: Derecho y política.* Esto rige para los disparos en la frontera. Pero, ¿qué es lo que rige para los iniciadores de la política que los proyectaron, los redactaron en forma de Derecho positivo, y los llevaron a la práctica? Estas personas son la causa decisiva de esta política, y no pueden ser dejadas de lado como personajes accesorios. Pero ellas no surgieron solamente en forma aislada, de posiciones seguras, no solamente pervirtieron una cultura política asegurada, sino que intentaron una política que, con todo, logró ser entendida por gran parte del mundo como una fuerza política y no como una fuerza criminal. Y bibliotecas enteras anuncian que el bloque comunista oriental tiene algo que ver con la esperanza de futuro de los hombres. Ciertamente, la mayoría de los autores entendían a este régimen como un hijo totalmente lisiado de la esperanza, pero, igualmente, como su hijo. Si en esta situación se insistiera en la punición de los políticos, entonces, la República Federal estaría reclamando implícitamente con esto que su Código Penal ha sido siempre el límite de toda política. Pero la doctrina del Derecho natural, que sostiene que el derecho determina el marco de la política, resulta, en los tiempos de la vigencia del Derecho *positivo*, una suposición sin fundamento alguno.

Por cierto, la situación se plantea de otro modo, si se analiza a partir de la perspectiva de un ordenamiento de derechos humanos global. Visto a partir de tal ordenamiento, la orden de disparar y la Ley de Fronteras no eran, en su contexto, política, sino criminalidad. Pero incluso quien tiene la esperanza de que la historia producirá tal ordenamiento de derechos humanos debe aceptar que, entonces, también se requeriría una adecuada jurisdicción. En todo caso, la República Federal no está ni estuvo llamada a imponer sus concepciones a través del Derecho penal, y tampoco lo ha intentado, como se ve a partir de la exigencia de la punibilidad en el lugar del hecho. Con la limitación del principio de protección y también del principio de

personalidad activo a casos en los cuales rige una norma idéntica a la del lugar del hecho, más bien ha reconocido que la injerencia modificadora de un Estado sobre el ordenamiento de otro Estado no es misión del Derecho penal —el Derecho penal interviene, precisamente, sólo cuando no hay nada por modificar, es decir, en caso de una norma idéntica ya existente—, sino una misión de la política exterior. Y si el problema se ha resuelto por medio de la reunificación, se trata entonces de una victoria de la política con relación a la cual el Derecho penal no ha tenido participación alguna: nadie ha negado obediencia a la DDR por alguna norma penal de la República Federal.

7. *¿Necesidad de pena?* De este modo, de las tres condiciones acumulativamente necesarias —en la enumeración anterior— ya faltan la tercera (positividad) y la primera (imputabilidad). ¿Qué ocurre con la restante, es decir, con la necesidad? ¿Es necesaria la pena para reparar la vigencia de la norma? Con respecto a esto no se trata, como ya se comprobó, de la vigencia general de los derechos humanos, sino de la vigencia de la prohibición del homicidio para protección de ciudadanos alemanes. Para la pregunta formulada de este modo, la respuesta es evidente: con la reunificación, el problema se ha solucionado cognitivamente tan sin secuelas que ya nada queda por hacer normativamente, por lo menos, no precisamente con urgencia; pues, tras la reunificación, casos comparables, es decir, aquellos respecto de los cuales lo sucedido pudiera constituir de alguna manera un ejemplo, ya no son posibles. Ya no se da una situación comparable en la cual se mate a víctimas comparables con motivos comparables en el ámbito de validez del Derecho penal alemán; de este modo, se vuelven vacías todas las prevenciones del Derecho.

La conclusión —los hechos no eran punibles en el lugar del hecho, la causa de los hechos se entiende mejor como política equivocada, que como criminalidad, y ya se ha producido una limpieza cognitiva suficiente de la situación—, resultará poco satisfactoria para las víctimas que aún viven, y para los parientes de los muertos. Allí, no sólo se trata de los disparos en la frontera. Se trata también del robo millonario y multimillonario de chances de desarrollo que los administradores de la ideología estatal llevaron a cabo mediante el poder público, o mediante la fuerza que penetraba en las mentes. ¿Debe quedar sin pena todo esto? Visto a partir de las víctimas, no debería ser así. ¿Por qué *una víctima* debería interesarse por la punibilidad en el lugar del hecho? ¿Por qué *una víctima* no debería entender como criminalidad a la política de sometimiento? Y, ¿por qué *una víctima* no podría demostrar mediante la punición de los autores cuán sería en su exigencia de ser reconocida? Ciertamente, en el caso de la víctima, la situación es especial: ella no conoce las vinculaciones del Estado de derecho, no debe aceptar como política aquello que la hace sufrir, y cuando pena allí donde ya no es nece-

sario para el mantenimiento del orden, es decir, por venganza, entonces, es difícil discutir al respecto con *ella*. Pero los ciudadanos de la DDR no eran solamente víctimas; la situación es diferente a la de los judíos cuando capturaron a Eichmann. Cabe agregar algo más: la víctima que encierra a su opresor o lo mata, o en todo caso lo saca de su círculo visual, protesta de este modo contra la disminución de su persona; ejerce venganza. El Estado no ejerce venganza, tampoco reacciona solamente contra el daño a sus víctimas. El Estado reacciona más bien contra el daño a la *generalidad*, al quebrantamiento del *derecho*, y ello, por cierto, libre de la emoción con la cual la víctima se dirige, como víctima, a su opresor.

IV. CONTINUACIÓN: PARTICULARIDADES DE LOS DELITOS DE PROTECCIÓN DEL ESTADO

1. *¿Impunidad mediante la incorporación?* Todavía queda por considerar un ámbito particular de hechos punibles: entre otros casos, el derecho penal alemán rige para la traición a la patria y la puesta en peligro de la seguridad exterior (§§ 94 a 100a, StGB), también cuando falta en el lugar del hecho una norma idéntica (§ 5, núm. 4, StGB). El fundamento para esta extensión de la vigencia es evidente: cuanto menos *otro* Estado asume la protección de tales bienes, tanto más se esfuerza por destruir los bienes. En tal medida, por tanto, cada Estado se protege completamente a sí mismo. Por ello, para hechos de aquella clase rige el derecho de la República Federal, aun cuando hayan sido cometidos por autores en la DDR; con la reunificación, se alcanza algo acerca de lo cual antes solamente se podía soñar: además de un derecho a la pena, se tiene ahora bajo el poder también a los autores. Pero, ¿aún tiene sentido su punición?

La situación normativa descrita es ciertamente discutible, y son formulados dos argumentos en su contra. En primer lugar, la incorporación habría convertido los hechos en hechos internos, y esto, por cierto, con la consecuencia de que a la impunidad en la ex DDR solamente podría seguirle la punibilidad según el derecho de la Alemania unificada, en violación a la prohibición de retroactividad (16). Segundo, se argumenta que con la incorporación, la situación normativa se ha vuelto, con todo, contradictoria; pues, junto a la pretensión punitiva de la antigua República Federal, se ha incorporado

(16) ERICH SAMSON, *Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altataten nach der Einigung Deutschlands*, en: NJW, 1991, pp. 335 y ss.; idem, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (separata), 5.^a ed., actualizado a abril de 1991, núm. 48, previo al § 3. GUNTER WIDMAIER, *Verfassungswidrige Strafverfolgung der DDR-Spione: Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG*, en: NJW, 1991, pp. 2460 (2462); CLAUD ARNDT, *Das Grundgesetz und die Strafverfolgung von Angehörigen der Hauptverwaltung Aufklärung*, en: NJW, 1991, pp. 2466 y ss.

ahora la impunidad según el derecho de la ex DDR (17). Ambas argumentaciones padecen del mismo error, cual es una representación demasiado indiferenciada de la incorporación de la DDR. La DDR se incorporó —sin perjuicio de normas especiales en el Tratado de Unificación—, sin incluir aquellas posiciones jurídicas que contradijeran el derecho de la República Federal, sino que *en tal medida* las eliminó en forma necesaria. Concretamente, esto significa que no podía incorporar la impunidad para autores de traición a la patria y puesta en peligro de la seguridad exterior, pues, para esta impunidad, no había lugar junto a la pretensión punitiva de la República Federal. La magnitud total del malentendido se advierte cuando en la literatura se hace referencia al «experimento de ideas»: un juez incorporado de Dresden debería decirse, al aplicar los preceptos de protección del Estado contra un ciudadano de la DDR: «¡entre nosotros esto no era punible!» (18). Bien cabría preguntarse, ¿quiénes son, aquí, «nosotros»? Evidentemente, la antigua DDR; pero ésta ya no existe jurídicamente como tal, aun cuando pudiera permanecer en el recuerdo de un juez. Pero si bajo «nosotros» se entiende aquello que un juez de Sachsen debería entender hoy conforme al deber, es decir, la República Federal de Alemania —ampliada por la incorporación—, entonces, es suficiente con un vistazo al § 5, núm. 4, StGB, para determinar que entre nosotros, al momento del hecho, tales hechos eran ciertamente punibles con independencia del lugar de su comisión. El tratado de unificación formula, en tal medida, solamente una aclaración (19).

La punibilidad tampoco fracasa si se tiene en cuenta el principio de igualdad, porque los agentes de la ex DDR se hallan ahora en peor posición que los de la República Federal (20) (quienes, a su vez, están mejor que nunca). Esta brecha es evidente, pero esto no significa que le sea imputable a la República Federal como lesión del principio de igualdad. Más bien surge del *hecho* de que la ex DDR se ha vuelto incapaz para proteger a los propios agentes y perseguir a los ajenos. Si en una lucha sólo uno de los contrincantes pierde su poder (o también, si lo entrega), la lucha siempre se vuelve desigual. Pero esta desigualdad es imputable al que se coloca en una posición inferior como su propia debilidad, y no como una violación

(17) CLAUS DIETER CLASSEN, nota en: JZ, 1991, p. 717 (718).

(18) WIDMAIER (nota 16), *lug. cit.*

(19) Véase § 315, párr. 4, EGStGB, en la versión antes mencionada (nota 7): en las consecuencias, igualmente, BGH, NJW, 1991, pp. 229 y ss.; BGH, NSZ, 1991, pp. 429 y s.; BRUNO SIMMA / KLAUS VOLK, *Der Spion, der in die Kälte kam*, en: NJW, 1991, p. 871 (pp. 873 y ss.).

(20) De otra opinión, GUNTER WIDMAIER, *Strafbarkeit der DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik - auch noch nach der Wiedervereinigung?*, en: NJW, 1990, pp. 3169 (3171 y s.); KG, NJW, 1991, pp. 2502 y ss.; contra el KG, DIETER WILKE, *Das Kammergericht im Irrgarten des Ostwestrechts*, en: NJW, 1991, pp. 2465 y s.

del principio de igualdad por parte del que gana. La decisión se toma en otro terreno:

2. *¿Necesidad de pena?* Brevemente con relación a este punto: en lo que se refiere a los partícipes que pretendían la protección de la República Federal de Alemania, es decir, en particular, los alemanes que viven en la República Federal de Alemania, no se ha producido modificación alguna con la reunificación. Estos autores internos no cumplieron con el sinalagma para la protección, cual es el respeto al Estado que los protege; y continúa teniendo sentido exigir la aceptación de la obligatoriedad de tal prestación sinalagmática mediante la pena, en tanto continúe habiendo Estados que estén colocados frente a Alemania como enemigos, cuando menos, parcialmente.

Es diferente lo que ocurre con aquellos partícipes que no han entrado en el goce de las ventajas de la República Federal de Alemania: frente a ellos, la amenaza del Derecho penal alemán no era ni es una advertencia para la aceptación de deberes bien fundamentados, sino el anuncio de mera coacción; pues a aquel que se define como enemigo de un Estado sin actuar en forma contradictoria, no es alcanzado por deberes de ese Estado, que él deba aceptar. Puede ser intimidado u obligado, pero no puede ser contradicho en un proceso de fundamentación coherente. La extensión del Derecho penal a quienes son externos a él es una criminalización del enemigo, que puede ser necesaria para la supervivencia, pero la comisión del hecho puede ser también necesaria para la supervivencia del enemigo. Con otras palabras, como fin de la pena queda solamente la mera intimidación, y con esto queda por analizar quién y frente a qué debe ser ahora intimidado.

Las penas carecen de valor intimidatorio cuando no se agrega también la probabilidad de que los autores a ser intimidados sean capturados. Pero la aprehensión presenta aquí cierta particularidad: se produce como consecuencia de la incorporación del país que enviara al agente, al país enemigo. Esto no se repetirá en Alemania, de modo tal que ningún agente de otro país se verá en una situación comparable. Y resulta evidente que los externos internalizados en el ínterin ya no deben ser intimidados.

De este modo, todo habla en favor de no hacer uso de la pretensión penal en contra de los externos. Subsisten algunos problemas, especialmente, queda por determinar quién es exactamente un externo. Estas particularidades han de quedar aquí de lado.

V. SUPERACIÓN DEL TOTALITARISMO

1. *Insuficiencia de los tipos penales.* Supóngase que la exigencia de la norma idéntica en el lugar del hecho pudiera ser eliminada

retroactivamente, y que los homicidios en la frontera y demás hechos fueran castigados: ¿qué se habría alcanzado? Permanecería sin castigo el vasallaje durante cuarenta años, la incapacitación de gran parte de la población, el adoctrinamiento desde la niñez y la conversión de los hombres en servidores complacientes, quedaría sin castigo este robo de las oportunidades vitales —que no se describe aquí en detalle—, esta violación y corrupción de los propios ciudadanos del Estado, y, por cierto, siempre cometido en millones de casos. Resulta evidente que algo así —aun prescindiendo de las obligaciones existentes del Estado de derecho— no puede ser elaborado judicialmente, máxime ante la inextricable vinculación existente entre autores y víctimas; incluso el Tribunal de Nürenberg fue significativamente más modesto en sus aspiraciones.

Si dada esta situación, se dejan de lado aquellos hechos para los cuales es posible encontrar un tipo penal, ante todo los homicidios, entonces, se organiza un cuadro general en el cual también *allí* parece estar el punto central de la perversión. Sin homicidios en la frontera —pero quizá con muros aún más difíciles de superar— y con un aparato de seguridad estatal que evitara los medios delictivos —pero que procediera para ello, quizá, con procedimientos más refinados—, ¿habría estado en orden el Estado DDR, en lo fundamental? ¡Evidentemente no! Tales hechos, con todo lo grave que son, configuran solamente una faceta reemplazable del totalitarismo, el cual, por ello, debe ser combatido también no solamente en esa faceta, sino en su totalidad. Dicho con un ejemplo, cuando un edificio —peor aun que el establo de Augias— está tan contaminado que debe ser tapiado, ya no tiene sentido limpiar las ventanas. Naturalmente, quien no estaba presente mientras se lo tapiaba, puede demostrar más tarde su interés por la higiene, limpiando las ventanas.

2. *¿Revolución por medio de la punición?* Un pueblo que ha conformado por sí mismo una fractura del régimen político, no necesita procedimientos judiciales para la formación de su identidad, sí, en cambio, aquel que fue llevado a esa situación de transformación (21). Esto último podría ser uno de los fundamentos para los procesos contra los autores de hechos violentos del nacionalsocialismo: los alemanes no tuvieron éxito en una revolución contra Hitler; de ese modo, la omisión de la eliminación del gran tirano antes de 1945 fue reparada condenando judicialmente a algunos colaboradores que habían sobrevivido físicamente. La revolución se llevó a cabo en la sala del tribunal —con un procedimiento conforme a la justicia, y civilizado—; cada sentencia confirmaba el consenso, al principio todavía frágil, acerca de que desde el comienzo se había optado por

(21) Al respecto, como también con relación a lo anterior, enérgicamente, FRIEDRICH DENCKER, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?*, en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1990, pp. 298 y ss.

tapiar definitivamente el establo. Con un marco de retribución, se demostró que el pueblo alemán, en cuyo nombre eran dictadas las sentencias, se había ubicado, en general, correctamente, que había sido un pueblo de víctimas. Supuestamente, no era el pueblo el que había fracasado, sino que fueron criminales quienes ocasionaron el desastre.

Esto significa, trasladado a la situación actual: respecto de la decisión acerca de si la reunificación llevó adelante una revolución o fue meramente la bancarrota material e ideal de un Estado, una necesidad permanente de procedimientos penales habla en favor de la bancarrota del Estado. Se busca entonces, evidentemente, un límite que todavía no es obvio. Pero si se tiene éxito en la comprensión del límite como obvio, entonces, se comprenderá al mismo tiempo cuán desconsoladamente mal se adaptaba a sus ciudadanos el Estado «DDR». Con la renuncia a los procedimientos penales se expresaría que este Estado es concebido políticamente como lisa y llanamente fuera de discusión, como superado. *Con ello* se superaría ese pasado.