

**CRÍMENES DEL ESTADO-
ILEGALIDAD EN EL ESTADO***
**¿Penas para los homicidios en la frontera
de la ex República Democrática Alemana?**

La *ilegalidad en el estado* es el desprecio de la relación jurídica que es constitutiva del estado, como por ejemplo el homicidio culpable de un ciudadano por otro. Como *crímenes* de estado se caracterizan aquí los actos de soberanía que dañan a una persona y que no pueden derivarse de la tarea de un estado moderno. El ejemplo principal son los disparos a aquellos ciudadanos que huían de la RDA y que sólo buscaban su libertad.

Si se admite una «lex aeterna», la diferencia entre ilegalidad en el estado y crímenes de estado no tiene sentido alguno. Todo se juzga según un orden preestablecido, preestablecido especialmente también al estado para el que la vinculación a esa «lex» se convierte incluso en un elemento definitorio: los estados sin justicia no son, como dice San Agustín¹, sino grandes bandas de ladrones. La distinción estoica entre «lex aeterna» y «lex naturalis» y de éstas con la «lex temporalis» es adoptada por San Agustín de forma que la concordancia entre la «lex temporalis» y la «lex aeterna» se considera condición de validez, o más aún, elemento definitorio de la «lex». ¡Sin justicia, derecho alguno es válido! La «lex aeterna» es (a diferencia de la Stoa) el orden de la creación divina, nacido bien de la «ratio divina» o de la «voluntas dei», pero en cualquier caso «ex deo» y, en tanto que «lex naturalis», sembrada en la conciencia de los hombres. En esta situación es tarea de los hombres ejecutar el ordenamiento bien estructurado, pero no desarrollarlo, pues está desarrollado para toda la eternidad y sólo ha de ser aplicado². Según

* Artículo publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, enero 1994, págs. 1-19. Traducción de Pilar Giménez Alcover.

¹ *La ciudad de Dios*, traducción al alemán de C. J. Perl, Tomo 1, reedición de 1951, IV4.

² Vid. Hans Welzel: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, cuarta edición 1962, pág. 52 y ss.

esta concepción, un estado puede llamar «derecho» a sus crímenes, pero según el concepto son «fechorías». Así responde San Agustín³, en la exposición del estado injusto como banda de ladrones, a la pregunta de un pirata a Alejandro Magno acerca de la legitimación de la piratería: «¿acaso actúas tú de otra forma con el mundo?, a mí, claro está, con mi ridículo barco me llaman ladrón, pero a ti con la gran flota te llaman el victorioso general».

Algunos elementos de este modelo se hallan aún en la filosofía política cristiana actual. Pero desde hace tiempo se han desarrollado esquemas interpretativos opuestos y no menos efectivos. En las antípodas del pensamiento político cristiano, en Hobbes⁴, no son imaginables los estados sin justicia: la justicia e injusticia sólo se conocen en el estado. Por lo que se refiere a la piratería, enjuiciada desde la teoría política de Hobbes, vive en la libertad del estado de naturaleza en la que no impera más ley que la de la supervivencia. Un orden bien estructurado, si se llega a tal, es obra humana, consecuencia de buenas leyes y del arte contractual⁵. Los hombres son a su vez producto de la naturaleza y ya no se definen como criaturas «*de un*» creador. Sin leyes positivas y sin contratos no están vinculados entre sí a nada⁶ y Alejandro Magno es un señor legítimo, sin tener en cuenta el origen delictivo de su herencia, si consigue proteger la vida de sus robados. Incluso entonces, «*él*» permanece en el estado de naturaleza, no está vinculado a palabra alguna, sino que es «*legibus solutus*»⁷. Pero, y ésta es la diferencia, sobre su cabeza pende un peso colgado de unos hilos tejidos no por normas sino por la fuerza de los hechos, por reglas de sabiduría. Si el señor dicta normas malas, no adecuadas a las cosas, se rompen los hilos, lo que significa que fracasa. Por ello a él le amenaza una «*poena naturalis*»⁸ por la traslación del derecho natural a lo cognitivo como amenaza a cualquiera que no tiene en cuenta⁹ la interrelación de las condiciones cognitivas de la traslación.

La oposición de dos teorías, por otro lado tan claras, proporciona contemporáneamente una clara alternativa para enjuiciar las ilegalidades del estado, que ya nunca volverá a darse: sometimiento a la «*lex aeterna*» versus Absolutismo, es decir, versus la permanencia

³ Vid. *supra* nota 1.

⁴ *Leviathan* etc., en W. Molesworth (ed.): *The English Works of Thomas Hobbes*, vol. 3, 1839, capítulo 18 («*Fourthly*»)

⁵ Cit. *supra* capítulos 17 y *passim*.

⁶ Cit. *supra*, capítulo 14; *De Cive*, en G. Molesworth (ed.): *Thomas Hobbes Opera Philosophica, quae Latine scripsit*, vol. 2, capítulo 1 (10).

⁷ *Leviathan*, cit. en nota 4, capítulos 17, 26 y *passim*.

⁸ Cit. *supra*, capítulos 21, 30 y *passim*; *De Cive* (nota 6) capítulo 13.

⁹ *Leviathan* (nota 4), capítulo 15; *De Cive* (nota 6), capítulo 3.

del titular del estado en un libre, pero peligroso estado de naturaleza. Formulado con otras palabras, una solución normativa con responsabilidad por los crímenes, que en tanto que violaciones a la «lex aeterna» son «no-derecho», versus una solución cognitiva con la «poena naturalis» del fracaso. El cristiano sabe por cual ha de optar, y el agnóstico también. La solución, si la problemática se traslada a la actualidad, ya no es tan clara. Que pudiera encontrarse un orden preestablecido que sólo tuviera que ser ejecutado sin tener que desarrollarse ni reconocerse previamente; que ya sólo vinculara a los hombres el cordón de la igual creación. Estas ideas de un orden normativo absolutamente válido han quebrado, pero la idea hobbesiana de la inviolabilidad del señor máximo también ha quebrado. Si bien el fundamento del ordenamiento se ha convertido en relativo, sigue rigiendo para las personas de forma absoluta.

2. Nulla poena sine lege praevia

a) El problema: punibilidad en el lugar de los hechos

Para poder tratar como antijurídica una fechoría estatal, como ocurre con la conducta de cualquier otro, es necesaria una ley positiva o cualquier otra regla establecida. El que tal regla sea suficiente es una cuestión distinta: la posibilidad de que el estado pueda sin más transformar cualquier arbitrariedad en derecho positivo en modo alguno constituye «communis opinio». Pero el derecho natural moderno vincula el derecho a los estados reales: si éstos niegan las exigencias iusnaturalistas, no rige «en» el estado otro ordenamiento mejor, sino un derecho a la revolución. Volveremos sobre ello más adelante. Junto al derecho a la revolución podrían considerarse las normas penales internacionales, pero éstas no abarcan los crímenes de la República Democrática Alemana¹⁰, aun cuando sólo fuera porque no podrían administrarse solamente por la República Federal Alemana¹¹, y por ello no lo trataremos aquí con mayor detenimiento.

¿Cuál podría ser la norma positiva que permitiera presentar como antijurídicos los crímenes estatales, especialmente los disparos a los ciudadanos de la RDA que huían?

¹⁰ H. H. Jescheck: GA 1981, págs. 49 y ss. y pág. 59; G. Gornig: NJ 1992, pág. 9; K. Lüdersen: *Der Staat geht unter-das Unrecht bleibt?*, 1992, págs. 115 y ss.; O. Trimerer, en E. J. Lampe (Ed.): *Deutsche Wiedervereinigung*, Arbeitskreis Strafrecht, vol 2: *Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*, 1993, págs. 131 y ss.

¹¹ Vid. H. H. Jescheck (cit. en nota 10), págs. 58 y ss.

En primer lugar podría tratarse de un tipo penal del derecho de la ex RDA: los crímenes estatales de la ex RDA, como antijurídicos en la RDA. Una idea de este tipo no debería plantear dificultades, tras la desaparición del absolutismo. La legitimación de la República Federal de Alemania para imponer una pena, si la ilegalidad estatal se trata como ilegalidad en el estado de la RDA, se obtendría de las normas penales surgidas en la RDA antes de su desaparición, introducidas con la unificación y que han de administrarse ahora por la República Federal Alemana¹². En la República Federal Alemana, según el art. 103, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental (y art. 1 del Código Penal)¹³, es condición necesaria para toda punibilidad, sea ésta en base a una norma genuinamente propia o en base a una norma penal heredada, que el hecho fuera punible en el momento en que fue realizado. Hay que aclarar por tanto si, y en que medida, los crímenes de la RDA ya eran allí punibles. Incluso si la autoridad estatal no actúa per se legibus Solutus¹⁴, su conducta pudo sin embargo haber sido, con arreglo al derecho positivo, exceptuada de las leyes (a su vez jurídico positivas). Éste es el problema principal.

En segundo lugar podría tratarse de una punibilidad fundamentada ya en el derecho de la vieja República Federal Alemana¹⁵ (que en cualquier caso estaría sujeta a la prohibición de retroactividad). Cuando, a consecuencia del Tratado de Varsovia de 1970 y del Tratado fundamental de 1972, se abandonó la pretensión de considerar el territorio de la RDA como territorio interior¹⁶, la única posibilidad que quedaba fue la de tratar los hechos acaecidos en la RDA

¹² Artículo 315, párrafo 1, apartado 1 del EGStGB. Este es el camino escogido en: KG NJW 1991, págs. 2653 y ss y BGH 39, págs. 1 y ss. Vid también, Arnold M. Kühl: JuS 1992, págs. 991 y ss.; K. Lüderssen: ZStW 104, págs. 735 y 758; K. Amelung: JuS 1993, pág. 637.

¹³ La prohibición de retroactividad es a menudo parcialmente anulada para los casos aquí tratados: W. Naucke: KritV 1990, págs. 244 y ss. (pág. 257), en inversión de la «pérdida de poder» del derecho penal por causa de los «poderosos»; E. J. Lampe, en mismo autor (ed.) (cit. en nota 10), págs. 15 y ss. (sobre la violación de normas transculturales); J. Herrmann: NStZ 1993, págs. 118 y ss. (pág. 120). Pero el estado de derecho material sin el formal sólo puede establecerse durante un breve lapso de tiempo. Es por ello inexacto el valorar la difícilmente precisa observancia de las reglas del estado de derecho formal como el «triunfo del formalismo sobre una oposición interna con los hechos». En este sentido, sin embargo, vid. F. Herzog: NJ 1993, págs. 1 y ss. (pág. 2) para quien la prohibición de retroactividad tiene un sentido correcto también en contextos amplios. Vid al respecto infra: apartado 3.

¹⁴ Nada aporta al respecto la doctrina iusinternacionalista de los «acts of state». No introduce en el estado el absolutismo. Las conclusiones difieren en R. Merkel, en S. Unsel (ed.): *Politik ohne Projekt*, 1993, págs. 298 y ss. (págs. 302 y ss. y 320). Sobre la inmunidad vid K. Lüderssen (cit. nota 10), págs. 107 y ss.

¹⁵ Artículo 315, párrafo 4.º del EGStGB.

¹⁶ BGH 30, págs. 1 y ss. Con anterioridad, BGH 27, págs. 5 y ss.

«como» (o cuando menos, «igual a») acontecimientos extranjeros. Pero, para hechos acaecidos en el extranjero, y simplemente a causa de la prohibición de injerencia contenida en el derecho internacional, todo estado que quiera castigarlos necesita un elemento legítimo. Desde un punto de vista amplio, existen dos fundamentos: las víctimas eran alemanas y los autores eran alemanes; o éstos lo son, por lo menos, en la actualidad (art. 7 del Código Penal)¹⁷. Bajo un punto de vista más restrictivo sólo es admisible el primer fundamento mencionado. En cualquier caso el derecho de la República Federal Alemana establece como condición de punibilidad de una acción que ésta fuera punible en el lugar de los hechos (art. 7, párr. 1 y 2 del Código Penal). Esta disposición legal no es fruto de un error, sino una medida muy ponderada: si un estado pierde la territorialidad, también pierde la posibilidad de establecer un ordenamiento. Por ello se comporta inteligentemente no rebasando el ordenamiento allí existente. Penaliza, por tanto, interinamente, lo que significa que también allí los autores podrían haber comparecido ante el tribunal.

Cualquiera de las dos vías que se utilice, el castigo de los crímenes -los asesinatos en la frontera, los espionajes y las demás cosas que sucedieron- depende de que fueran ya punibles en el momento de los hechos en la RDA. Por ello no es necesario diferenciar aquí ambas vías¹⁸. Como ejemplo de todos los hechos trataremos los asesinatos en la frontera y el texto normativo de la RDA (aun hay que probar que se trataba también de derecho) contiene al respecto las siguientes disposiciones:

Hasta la elaboración de la Ley de Fronteras de 25-3-1982¹⁹ no existía regulación legal. El Reglamento de Fronteras de 15-6-1972²⁰ sólo contiene la indicación de que el ministro de Defensa elaborará una reglamentación. Esta reglamentación, una instrucción interna de servicio, es, como suele decirse, una «orden de disparar». Según ella tenían que evitarse los intentos de huida; si el fugado alcanzaba los muros fronterizos, tenía que dispararse sin previo aviso. Dicho sea de paso que en un contexto de un estado de derecho no es posible comprender como se pudo compatibilizar esta regulación con el art. 30, párrafo 2.º de la Constitución escrita de la RDA, según el cual sólo pueden limitarse los derechos de la personalidad mediante Ley. Pero no se trata tampoco de un contexto de un estado de derecho. La ya

¹⁷ Discutible. Vid, G. Jakobs: *Strafrecht AT*, 2.ª edición, 1991, págs. 5 a 18 y nota 51.

¹⁸ No se excluye que ambas vías deban conducir a diversos resultados: la vía del cumplimiento de la aplicación obvia de las prescripciones ya dictadas en la RDA del artículo 2 del código penal puede coincidir con la vía del artículo 7 del mismo código.

¹⁹ GB 1, DDR I, 197.

²⁰ GB 1, DDR II, 483.

mencionada Ley de Fronteras permitía, con ciertas cautelas, disparar a personas que querían evitar la detención durante la comisión de un delito. Este delito era en general el propio paso ilegal de la frontera, siempre que no se tratara de un caso aún más sencillo (art. 213, párr. 2.º i.V.m. y art. 1, párr. 3.º del Código penal de la RDA)²¹.

b) Ordenamiento real

Según el tenor literal de la Ley de Fronteras, también estaba permitido evitar, incluso causando la muerte, ciertos intentos de cruzar la frontera, cualificados de forma específica. Pero no estaba permitido, disparar una ráfaga de ametralladora contra un prófugo sólo y desarmado. Sin embargo, no se actuaba según este tenor literal, más bien se adoptó la medida de evitar todo intento de pasar la frontera sin tener en cuenta la proporcionalidad o, en cualquier caso, sin tener en cuenta las exigencias del estado de derecho²². Esto sucedió, como puede suponerse, no por propia iniciativa de algún que otro soldado de fronteras o de sus oficiales, sino de acuerdo a la voluntad de la cúpula estatal. Las recompensas a los tiradores son elocuentes y ello por no mencionar que en «este» estado las insubordinaciones de las bases ciertamente no se toleraban por la cúpula estatal.

La norma que se siguió y que, en este sentido empírico, era real, no era el tenor literal de una ley escrita, sino una reglamentación que, sin demasiada consideración a la ley escrita, se fundamentaba en la construcción jerárquica del estado absolutista. Lo mismo puede decirse para la época «previa» a la estatución de la Ley de Fronteras. Si bien en la discusión de los teóricos del derecho de la RDA hubo algunos esfuerzos por presentar el derecho escrito como límite de la política²³, esta concepción no se realizó, en el campo que aquí nos interesa, ni una sola vez.

Pese a ello, estas consideraciones no son suficientes para explicar la impunidad de los hechos. Tal vez lo que sucedió fue que junto al ordenamiento jurídico de la RDA se estableció una práctica generalizada al margen del derecho: se cometió por tanto una ilegalidad

²¹ Vid. G. Brunner: NJW 1982, págs. 2479 y ss.; J. Renzikowski: NJ 1992, págs. 152 y ss. (págs. 154 y s.); J. Polakiewicz: EuGRZ 1992, págs. 177 y ss.; BGH 39, págs. 1 y ss. (págs. 9 y ss.).

²² Vid la descripción de BGH 39, págs. 1 y ss. (págs. 3, 11 y ss.).

²³ Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR (ed.): *Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie* 1975, págs. 351 y ss. Vid. de forma más concreta mismo editor: *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, vol. 4, *Das sozialistische Recht*, 1976, págs. 79 y ss. (traducción de una obra de la Unión Soviética).

en el estado que, aunque no fue perseguida, seguía siendo ilegalidad. Pero también una práctica generalizada es una cuestión normativa, si la práctica no se basa en un puro hábito sino también, como aquí sucede, en una pretensión de corrección²⁴. Siempre que la conducta de varias personas es determinada por normas se construye sociedad, en este caso sociedad de la RDA. Es decir, sólo se puede tratar de si la práctica social puede separarse de la conducta del estado o de si es atribuible al estado como su conducta en el sentido de que esta conducta codetermina su comportamiento.

Sin duda, se establecen con frecuencia en ámbitos del estado, del orden estatal, prácticas contradictorias, es decir subculturas. Un ministro de economía puede con la tolerancia del gabinete autorizar la exportación de armas no permitida; funcionarios de un departamento de suministros pueden haberse dejado sobornar durante años; una garantía constitucional puede haber superado sus competencias etc. Tales prácticas no son desviaciones -masivas- de la regla si el estado dispone de un instrumental que funciona globalmente y con cuya ayuda puede presentar estas subculturas como no generalizadas. La identidad del ordenamiento se determina, visto en conjunto, mediante normas que, aunque infringidas de vez en cuando, tras ello son de nuevo reconfirmadas.

Cuando falta este instrumental no sucede lo mismo. El estado no abarca (o ya no lo hace) los ámbitos de la subcultura o bien la subcultura forma (o se convierte en) parte de su comportamiento. En tales casos se puede tratar o de una mera delimitación de ámbitos de un estado que permanece idéntico o de otra determinación de su identidad.

El primer caso, el de una mera delimitación de ámbitos, se encuentra en un estadio mafioso de la sociedad o en una guerra civil y sólo en tanto en cuanto la desviación y la dirección del estado no se funden en uno. En este caso el estado no consigue imponerse contra las fuerzas que no son las suyas propias. Durante cuanto tiempo puede hablarse aún de desviación de la normatividad dada es una cuestión que puede dejarse de lado aquí pues no es este el caso que nos afecta. La identidad de la RDA como estado de derecho es algo que no se dio nunca más que sobre el papel. Cuan irreal pueda ser cualquier otra representación se comprende fácilmente si uno se imagina a un ciudadano de la RDA que hubiera denunciado ante las autoridades de «su» estado los hechos de los que aquí se habla -de ellos sólo se conocía algo por la televisión occidental. ¿Acaso le

²⁴ H. L. A. Hart: *The Concept of Law*, 1961, págs. 54 y ss. Sobre esta cuestión, M. Pawlik: *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie* H. L. A. Harts, 1993, págs. 36 y ss., 39 y ss. y 85 y ss.

habrían dicho que por desgracia los órganos de ejecución eran demasiado débiles para hacer algo contra las personas criminales de la cúpula del estado y del partido? Nuestro Kohlhaas se habría podido sentir contento si le hubieran dejado volver a casa en libertad. Su denuncia penal era una invitación a la revolución por la justicia y una conducta concordante por parte de los órganos de ejecución penales hubiera sido definida, dentro y fuera de la RDA, como una acción revolucionaria, no como un acto de auto-búsqueda de este estado. Consecuentemente nadie (¿hasta ahora?) ha pensado -con razón- en abrir un procedimiento contra aquellas personas que desempeñaban tareas de ejecución penal por deslealtad, porque ya en la RDA habrían debido conducir ante los tribunales a la cúpula del estado y del partido.

Este estado de la RDA estaba constituido de forma tal que, junto, y sobre, el sistema de normas generales escritas y publicadas, poseía realidad un sistema de medidas y reglas especiales, no escritas y no publicadas. Esta realidad se minimiza si este sistema de medidas y reglas no constitucionales se considera una excepción de la que no dependió la identidad del estado, como si todo -prescindiendo de los actos que ejecutaron un puñado de altos funcionarios y sus peones hubiera estado en orden. Estos actos no fueron indiferentes para la identidad del Estado. Las normas publicadas (que no son más que enunciados normativos sobre papel) que pueden ser dejadas de lado por el sistema durante largo tiempo no son lo que se conoce como «derecho» en un estado de derecho, sino que son proyectos cuya realidad o no realidad sólo se muestra con el tiempo. En un estado de derecho las normas jurídicas que pertenecen a la identidad de la sociedad se crean «per definitionem» según las reglas del estado de derecho y fuera de estas normas no hay en un estado de derecho otro derecho. De ello no puede deducirse, sin embargo, que en la búsqueda de las estructuras el camino adecuado sea siempre la mera recolección de las normas que son aceptables según las reglas del estado de derecho, pues así se encontraría uno en algunos casos estados no empíricamente reales, sino ficticias quimeras²⁵. Algunos estados tienen una estructura jurídico normativa simplemente inaceptable según

²⁵ Claramente, BGH 39, págs. 1 y ss. (pág. 23), la llamada primera sentencia de disparos del muro. Para la determinación de la punibilidad en el lugar de los hechos ha de recurrirse a los «métodos interpretativos» (se refiere más bien a principios fundamentales materiales: interpretaciones constitucionales de un estado de derecho teniendo en cuenta los convenios de derecho internacional, pág. 24) «usuales en el derecho de la RDA» y en consecuencia el «principio de proporcionalidad tal como estaba vigente en la RDA» fue violado cuando se disparó a un simple ciudadano que huía (pág. 25 y repetido en BGH NJW 1993, págs. 1932 y ss., en la llamada segunda sentencia de disparos del muro). Por ello «según la correcta (!) interpretación de la

las reglas del estado de derecho, pero sin carecer por ello de estructura²⁶. Ciertamente, también en ellos el derecho se debe a una constitución, pero ésta no tiene porque ser la que así se proclama. La constitución real se obtiene inductivamente a partir de la realidad jurídica.

ley» no es válida la causa de justificación formulada en la Ley de Fronteras de la RDA (pág. 29) ¿Por qué se escapaban las personas de un estado en el que eran «corrientes» interpretaciones legales tan acordes con los derechos humanos? La RDA como estado de derecho (quimera de un estado de derecho) es un vehículo: el BGH transporta así la penalización del derecho natural a la formulación normativa existente. Certera la crítica de K. Günther: StV 1993, págs. 18 y ss., según la cual el BGH reconstruyó «mediante una interpretación añadida, un ordenamiento jurídico tal vez posible según su tenor literal, pero con cuya vigencia la RDA no habría sido el estado que fue». También críticos con el carácter «usual» en la RDA de la interpretación de la Ley de Fronteras acogida por el BGH K. Amelung: JuS 1993, págs. 637 y ss.; W. Fiedler: JZ 1993, págs. 206 y ss. (el BGH declara una «norma» antes de la «concreción normativa».

Los argumentos esgrimidos contra el BGH son válidos también contra el resultado de las insistentes reflexiones metodológicas de K. Uderssen (cit. en nota 10 y ZStW 104, págs. 735 y ss.). La RDA «mantuvo una comprensión del derecho de corte socialista, es decir, sus leyes han de tomarse simplemente al pie de la letra» (ZstW 104, pág. 748). Lo mismo en StV 1991, págs. 482 y ss. (págs. 486 y ss.) (es decisiva «la situación legal legible»). Tal comprensión hade ser admisible a pesar de la prohibición de retroactividad dado que «el “mundo de vida normativo” de la ex RDA... no es en modo alguno unívocamente determinable» ZStW 104, pág. 742). Se refiere con ello a la comprensión de la «oposición inoficial» (pág. 742) de diversos juristas antes y después del cambio (págs. 743 y 748), además de a la propia constitución de la RDA (págs. 757 y ss.), a la autorepresentación internacional y a las obligaciones de la RDA (pág. 783), etc. Este descubrimiento del sentido particular o subjetivo que -en palabras del BGH- pudo ser «usual» en la RDA no puede ayudar pues se trata del sentido objetivo del sistema y no pertenece «a éste» la prioridad del derecho frente a la oportunidad política: «La lógica del Leviathan no puede descifrarse a partir de opiniones y papeles escritos». En concordancia con K. Lüderssen, vid H-L. Schreiber en E. J. Lampe (ed.): *Deutsche Wiedervereinigung. Arbeitskreis Strafrecht*, vol. 2 *Die Verfolgung von Regierungskriminalität nach der Wiedervereinigung*, 1993 págs. 53 y ss.: «en la cuestión acerca de la penalización y las causas de justificación del derecho, habría que tomar el derecho (!) de la RDA al pie de la letra (pág. 63) -¿las formulaciones escritas como el «derecho»?-; W. Bottke, en E. J. Lampe (ed.) (cit), págs. 203 y ss. Es crítico con esta posición especialmente M. Pawlik: «Das positive Recht und seine Grenzen», en *Rechtsphilosophische Hefte II*, 1993, págs. 95 y ss.; mismo autor: «Das Recht im Unrechtsstaat», de próxima publicación en *Rechtstheorie*, con la certera advertencia sobre la necesidad de diferenciar la constitución del texto constitucional-, Günther, cit.

²⁶Vid al respecto R. Dreier en F. Haft y otros (eds.): *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, págs. 57 y ss. (pág. 66). La praxis de la aplicación de la Ley de Fronteras «constituía una norma socialmente vigente», a continuación, sin embargo, se argumenta no a partir de la situación real, sino de la normativa de estado de derecho. La praxis «se habría alejado tanto de la norma jurídicamente vigente... que, en mi opinión, ya no puede ser jurídicamente (!) compatible con ella». «Jurídicamente» significa «jurídicamente en un estado de derecho» y la RDA no estaba estructurada de esta forma.

Incluso el normativista más decidido entre los teóricos del derecho, Kelsen, no consideraba suficiente para un ordenamiento jurídico el ser un sistema de proposiciones normativas con una constitución en su cúspide, sino que sólo hablaba de ordenamiento jurídico (en oposición a un mero proyecto de ordenamiento jurídico) cuando a esta constitución se le puede postular una norma fundamental y ello sucede según Kelsen -en la medida en que se trata de ordenamientos jurídicos de estados reales- sólo si es «una constitución globalmente eficaz». El texto constitucional de la RDA no era eficaz, interpretado según las máximas del estado de derecho. Eran eficaces una mezcla de disposiciones jerárquicas formales e informales. Esta mezcla era la constitución verdadera. Hablando con la terminología kelseniana ello significa que la norma fundamental no decía que uno debía obedecer la constitución formal, escrita y lo conforme con ella, sino que uno debía obedecer las reglas emanadas del conglomerado de poder, constitucionalmente formal o informal. De forma más breve y, a la vez, más general: hay que observar «el» poder empíricamente real y duradero²⁸. Nadie ha dudado de que en el caso, por ejemplo, de la compra de prisioneros, «así» estuviera formulada la constitución.

Uno puede negarse a llamar derecho a cualquier estructura normativa de estados constituidos de hecho; uno puede, adoptando un concepto material de derecho, caracterizar como estados de «no derecho» a los constituidos en violación a los derechos humanos. Por más extendida que esté esta forma de hablar, no aporta nada. Si la RDA, por lo menos en el ámbito que aquí nos interesa, no muestra una estructura jurídica, sino antijurídica, entonces, y por ello, resulta palmariamente clara la impunidad de sus crímenes, pero de este hallazgo no se deriva una punibilidad según el derecho de la RDA, precisamente porque en un estado de no derecho falta el derecho. «Per definitionem», en un estado de este tipo el derecho justo no está protegido.

Más aún, los estados de no derecho se convertirían en inofensivos si se les tratara como si fueran sólo estados mal administrados, como si en ellos hubiera derechos cuya realización sólo fracasa por dificultades fácticas. La situación era mucho peor. Al ciudadano que huía, la vida no le era arrebatada sólo fácticamente, sino también «conforme a derecho». No fue asesinado contra el derecho del estado, sino fusilado sin derecho por el estado. No es sólo que el estado aplicara el derecho, correcto en sí, con su peor espíritu, sino que ya establecía así el derecho. La RDA, no era una sociedad de la libertad en la

Reine Rechtslehre, 2.^a edición, 1960, pág. 219.

²⁸ H. Kelsen (nota 27), págs. 45 y ss. y 215 y ss.

mente del socialismo real, sino que en su ámbito era no libre hasta en el campo jurídico. Todo lo que sucedió, por decirlo con los términos justos, fue así establecido, y los actos ni siquiera fueron punibles una sola vez.

A los efectos, es totalmente irrelevante si en los casos a decidir un soldado mató antes o después de la entrada en vigor de la Ley de Fronteras o si el tenor literal de la norma permisiva contenida en dicha ley abarcaba o no dicho supuesto²⁹. También es irrelevante que se trate de aquéllos que aprobaron las medidas o normas generales, escritas o no, o del aplicador de la norma: en la RDA sólo era punible el exceso no aceptable ni siquiera allí y de él no hemos de preocuparnos puesto que si se produjo alguno ya fue castigado en la propia RDA. En los demás casos no era un exceso.

c) *¿Una realidad corregida normativamente?*

Contra ello se argumenta, que si bien todo esto pudo ser cierto, no se trataba simplemente de la realidad empírica de un estado. Esta

²⁹ Es distinta la opinión mayoritaria según la cual los asesinatos en la frontera sólo deben ser despenalizados de forma muy limitada. El límite lo ha de constituir el artículo 27 de la Ley de Fronteras de la RDA interpretado de forma aceptable para el estado de derecho, si bien se discute no sólo el grado de la aceptabilidad exigible, sino también su fundamento. La adecuación al estado de derecho se entiende, por un lado, de manera más bien formal, por otro, de manera más bien material. Prioritariamente formal: G. Grunwald: StV 1991, págs. 31 y ss.; K. Lüderssen: StV 1991, págs. 482 y ss.; mismo autor: ZStW 104, págs. 735 y ss. (en págs. 755, 763 y ss. y 783); mismo autor (cit. en nota 10), pág. 65; mismo autor en E. J. Lampe (cit. en nota 25), pág. 30; J. Polakiewicz: EuGRZ 1992, págs. 177 y ss. (pág. 187 y ss.); J. Renzikowski: NJ 1992, págs. 152 y ss. (págs. 154 y ss.); F. Wolf en E. J. Lampe (cit. en nota 25), págs. 67 y ss. (pág. 72, sin punibilidad en el lugar de los hechos, por lo que se mantenía «en el marco del artículo 27 de la Ley de Fronteras de la RDA» el uso de las armas); W. Bottke en E. J. Lampe (cit.) págs. 203 y ss. (págs. 212 y ss.); H. Roggemann: DtZ 1993, págs. 10 y ss. (págs. 14 y ss. y págs. 18 y ss.); L. Kuhlen/Th. Gramminger: JuS 1993, págs. 32 y ss. Muy estrictamente formal: R. Merkel (cit. nota 14) págs. 298 y ss. y pág. 326. Más bien material: R. Dreier (cit. en nota 26), págs. 57 y ss. y 63 y ss. (no se diferencia en sus conclusiones de los puntos de vista formales); W. Odersky: *Die role des Strafrechts bei der Bewältigung politischen Unrechts*, 1992, págs. 14 y ss.; R. Wassermann: NJW 1993, págs. 895 y ss. (pág. 896); J. Herrmann: NStZ 1993, págs. 118 y ss.; J. Arnold/M. Kuhl: JuS 1992, págs. 991 y ss. (pág. 994). La Ley de Fronteras no debiera ser un impedimento para la pena según KG NJW 1991, pág. 2653 y ss. (pág. 2654); D. Blumenwitz: Deutschlandarchiv, vol. 25 (1992), págs. 567 y ss. (pág. 575); R. Golmer: FAZ 1992, N.º 111, pág. 35; F. C. Schroeder: JR 1993, págs. 45 y ss. (pág. 47); F. Herzog: NJ 1993, págs. 1 y ss. (pág. 2); J. Hildwein/D. Oldigs/M. Schey en F. Herzog (ed.): *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze*, 1993, págs. 47 y ss. (pág. 71).

tesis se presenta con dos variaciones. La primera de ellas es sorprendente: si, así se argumenta, la realidad empírica no ha de ser considerada como una realidad corrompida, entonces en un estado gobernado en disconformidad con los derechos humanos existe un vacío normativo. Ello es así dado que las normas que realmente se ejecutan no son representativas o, dicho de forma más precisa, no determinan la identidad, no muestran la estructura relevante de la sociedad, mientras que las normas aceptables no se aplican. Por lo tanto, esto es lo que deducen de la argumentación, el territorio de este estado no está sometido a poder sancionador alguno³⁰: el realmente ejercido no existe, pues según el estado de derecho no es un poder sancionador, y no existe ningún otro. Y los estados aplican su propio derecho penal, con algunas cautela³¹ que aquí no interesan, a hechos realizados en territorios no sometidos a poder sancionador alguno, para poder así castigar a los culpables. En consecuencia, los hechos deberían ser juzgados según el derecho de la República Federal Alemana. Por correcto que sea el diagnóstico sobre un vacío de normas del estado de derecho, por bien que se muestre con él la consecuencia de la defectuosa punibilidad en el lugar de los hechos, la terapia prescrita es inaceptable. Lugares no sometidos a poder sancionador alguno son aquéllos en los que cualquier estado puede intervenir y puede perseguir con acuerdo a su derecho los hechos allí realizados, sin inmiscuirse en los asuntos de otro estado. Este principio de no injerencia se trastoca en la argumentación mostrada y se convierte en un principio de injerencia en todos los estados con un gobierno que desprecie los derechos humanos. De esta forma parece que pudiera conseguirse mediante un derecho nacional lo que hasta ahora no ha conseguido el derecho internacional. Puesto que ciertamente las naciones tienen ideas muy distintas sobre lo que es o no correcto, no es necesaria mucha fantasía para imaginarse lo que sucedería si tal proceder fuera utilizado, por ejemplo, por estados fundamentalistas. Por ello es más correcta la solución contraria: un abandono de los derechos humanos por parte del poder sancionador en un estado «es» también una decisión sobre el poder sancionador. Un vacío en el estado de derecho no es automáticamente un vacío en el poder sancionador, como un vacío de derecho no es automáticamente un vacío de poder.

Es más frecuente la segunda variante³², que en general suele

³⁰ J. Hruschka; JZ 1992, págs. 665 y ss. (págs. 669 y ss.).

³¹ En la República Federal Alemana según el artículo 7, párrafo 1 del código penal por actos contra alemanes y según el párrafo 2 por actos de alemanes (no necesariamente en el momento de los hechos) y extranjeros extraditables, pero no necesariamente extraditados.

³² Vid. por ejemplo, R. Dreier (nota 26) págs. 58 y 63; M. Frommel en F. Haft y otros (eds.): *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, págs. 81 y ss.; F. Herzog: NJ 1993, págs. 1 y ss. (pág. 3 y nota 9); F. C. Schroeder: JR 1993,

remitirse a una afirmación de Radbruch: «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría resolverse de forma que el derecho positivo, respaldado por la estatución y la fuerza, prevaleciera incluso cuando es injusto e inadecuado a su finalidad, excepto cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcanzara un grado tan insoportable que la ley, como único derecho injusto, cediera ante la justicia»³³. La afirmación debe aceptarse como cierta sin ulterior prueba y nótese también que, por lo menos, alguno de los hechos aquí juzgados pierden con ella su fundamento. ¿Qué se deriva de esta hipótesis iusnaturalista? ¿Que las víctimas fueron asesinadas sin fundamento jurídico? ¿Era ello también contrario a derecho o incluso una legalidad punible según las normas de la RDA? Hay que recordar aquí que los crímenes estatales se presentan como ilegalidad en el estado. Por tanto, hubiera sido ilegal, e incluso una ilegalidad punible, si hubiera existido una norma cuyo contenido considerara todo homicidio sin causa de justificación una ilegalidad punible. Así parece que pueden leerse los artículos 112 y 113 del código penal de la RDA que regulan el homicidio y el asesinato, pero ello sería una lectura ingenua.

Ningún legislador en país alguno dicta normas de prohibición generales, sin decidir también sobre las causas de justificación y viceversa. Mediante la regulación de una causa de justificación, este caso especial se excluye del ámbito del veredicto general de la antijuridicidad, lo que significa que ya no se desea la validez ilimitada de la reglamentación general. Si se considera inválido el tratamiento del caso especial por su contradicción con un derecho humano, ello no cambia el hecho de que al legislador le falte la voluntad de que la norma general valga ilimitadamente. Esta regla no resucita por sí sola, sino que ha de ser ampliada y para ello se exige una voluntad que quiera la ampliación. Las normas no tienen algo así como impulso natural a la generalización, sino que son productos de la voluntad cuya ampliación requiere un acto de voluntad renovado. Por utilizar un ejemplo: un manantial natural que uno ciega total o parcialmente, vuelve a manar por sí mismo con el caudal viejo cuando se retira lo que lo cegaba. Pero una norma no rige nunca por sí misma, sino sólo por fuerza de la voluntad del poder legislativo. La causa de justificación es un caso para el que el poder legislativo ya no quiere el estado de la norma general. Si otro poder, en este caso el

págs. 45 y ss. (pág. 46); Maiwald. NJW 1993, págs. 1881 y ss. (pág. 888). Crítico al respecto y M. Pawlik: *Das Positive Recht und seine Grenzen* (cit. en nota 25), págs. 95 y ss. 102 y ss.

³³ *Rechtsphilosophie*, 5.ª edición, 1956 (ed. Por E. Wolf), apéndice págs. 347 y ss. (pág. 353).

poder espiritual del derecho natural, elimina la justificación, ello sólo produciría un vacío normativo. La norma general, de modo distinto a lo que sucede con un manantial, no se expande naturalmente, sino por la fuerza de una decisión legislativa³⁴. Dado que falta una decisión del legislador positivo, sólo podría tratarse de una del derecho natural³⁵. Ello coincide también con principios hermenéuticos básicos. Por ejemplo, si un testador excluye de la herencia a un descendiente, por una razón contraria a las buenas costumbres (si el derecho positivo excluye la punibilidad de una persona por una razón contraria al derecho natural) y a pesar de ello el descendiente hereda, porque la exclusión testamentaria no tiene validez (y la persona es pese a ello condenada, porque la exclusión es contraria al derecho natural), no por ello hereda por mor de la voluntad del testador (la condena no se produce por la fuerza de la voluntad de quien creó el derecho positivo), sino por fuerza del poder regulativo del derecho general de sucesiones (sino por fuerza del poder regulativo del derecho natural). Quien quiera mantener la no voluntad de una persona que ha de tomar una decisión, ha de querer él mismo en el lugar de esta persona, pero en este caso será él mismo quien regule. En consecuencia, el derecho positivo no establece una pena cuando el derecho natural invalida una causa de justificación, sino que se trata de una pena iusnaturalista. El derecho natural es en este planteamiento no sólo una frontera del derecho positivo, sino también su sustituto. Este planteamiento es totalmente incompatible con la prohibición constitucional de penalizar sin leyes positivas. La norma positiva sobre el momento de los hechos no prohíbe el hecho, en verdad la prohibición resulta, como se ha mostrado, de una norma del derecho natural. Ello -a causa de la vinculación de las penas a una «lex scripta» como establece el artículo 103, párr. 2 de la ley fundamental de Bonn- basta para excluir esta solución.

Puede añadirse a todo ello que del texto de Radbruch se obtienen consecuencias que conducen de nuevo a una punibilidad iusnatura-

³⁴ Por ello es irrelevante para la interpretación de un ordenamiento que se considere que debe pasarse por alto una laguna en el tipo penal o una causa de justificación: en cualquier caso, el ordenamiento no se completa por sí solo. «En esta medida» la diferencia entre la exclusión del tipo penal y la justificación es «técnico-jurídica», lo que no significa que en otro contexto carezca de significado material. De forma equívoca en contra de G. Jakobs en J. Isensee (ed.): *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, págs. 37 y ss. (pág. 46, pero véase también ya en pág. 45!) F. C. Schroeder: JZ 1992, págs. 990 y ss.; W. Odersky (cit. en nota 29) pág. 17.

³⁵ G. Grunwald: Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971, pág. 11; del mismo autor: ZStW 76, págs. 1 y ss.; B. Schünemann en W. Frisch y otros (eds.): Festschrift für H. J. Bruns, 1978, págs. 223 y ss. (pág. 225).

lista y esta punibilidad no puede satisfacerla en modo alguno el derecho natural moderno. Éste, en la medida en que uno quiera permanecer en él, legitima el ordenamiento bien constituido y deslegitima el ordenamiento no bien constituido, pero no sustituye las normas estatales. Ello puede mostrarse fácilmente en el derecho penal con el caso de las penas del derecho natural: ¿cómo debe penalizarse un homicidio contrario al derecho natural? Ciertamente desde el punto de vista iusnaturalista existe para el estado un derecho indisponible. Para Locke, por ejemplo, todo el ámbito del derecho de propiedad o, de forma más moderna, de los bienes jurídicos individuales queda fuera del poder de disposición de los estados³⁶ y no es posible, como acto jurídico, una intervención en estos bienes, sin la participación del afectado. Incluso para el fundador iusnaturalista del positivismo, para Hobbes, el deber de obediencia finaliza cuando el estado exige la vida del ciudadano³⁷ (incluso cuando lo hace por buenas razones). Pero ello no afecta al hecho de que los derechos sólo subsisten como derechos en tanto el estado también los ejecute. Un postulado iusnaturalista no es «per se» también una disposición estatal: el derecho natural antes de su transformación en derecho estatal es una «lex imperfecta». Con la sacralización del estado el ciertamente nada sospechoso Santo Tomás³⁸ afirma: «Cave tamen, ne putes, legem naturalem et positivam, divinam et humanam esse species eiusdem naturae. Lex naturalis et divina magis ad consilia pertinet, quam ad imperia, lex humana proprie dicta non nisi de norma imperii dicitur (protégete del pensamiento de que el derecho natural y el derecho positivo, el derecho divino y el humano son del mismo tipo. El derecho natural y el derecho divino están formados más por consejos que por órdenes, de la ley humana en sentido propio sólo se habla en caso de normas de obligación)». El derecho natural se enfrenta en cualquier caso al ordenamiento real en la medida en que las normas dictadas sin competencia, es decir, las normas que afectan al ámbito reservado, carecen de efectos jurídicos: su ejecución es coacción. Pero en el vacío normativo que de ello surge no se introducen normas del derecho natural y sin duda no lo hacen como derecho estatal. Así se evita la construcción de un monstruo normativo de nombre «estado» formado en parte por normas realmente válidas y en parte por normas cuya validez sólo se postula. El derecho natural puede determinar que el estado carezca de competencia para ciertos

³⁶ J. Locke: *Two Treatises of Government* (ed. por P. Laslett, 1960), 2.º libro, XI 138 y passim.

³⁷ *Leviathan* (cit. en nota 4), capítulo 21.

³⁸ *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, Editio quarta 1718, (reedición 1963), 15, 34.

actos; también puede prescribir que el estado debería ejecutar exactamente el acto contrario, por ejemplo, prescribir una pena para un cierto hecho, en lugar de justificarlo. Pero el derecho natural no puede declarar, en lugar del estado, que el acto contrario se ha ejecutado como un acto estatal (se ha prescrito la pena). El derecho natural puede, por consiguiente, dibujar una trama a la que ha de adaptarse el estado, pero no es el propio estado. Ciertamente que según los principios iusnaturalistas no toda coacción es derecho y esto es lo que puede llamarse el contenido mínimo de un derecho natural, pero ello sólo significa que la coacción o el poder no es una fundamentación jurídica suficiente. Pero es necesaria para el derecho estatal: sin coacción estatal no existe derecho estatal.

En otros términos: si se vincula la norma fundamental no sólo con lo que sucede, sino con una praxis corregida normativamente, entonces ésta diría «uno ha de cumplir el poder empíricamente real y duradero que no lesione los derechos humanos». Con ello los actos que lesionen derechos humanos quedan excluidos del ámbito de lo jurídico, pero no por ello se convierten automáticamente en realidad del estado los actos que protegen derechos humanos. El ordenamiento estatal tiene, desde este punto de vista, presupuestos empíricos y normativos y estos presupuestos no se reemplazan el uno al otro: de la misma forma en que lo que sucede empíricamente no es necesariamente correcto, tampoco lo correcto es siempre de modo necesario empíricamente actual. La realidad que Hegel³⁹ une siempre con lo racional es una realidad historicada, no una realidad mendaz.

d) Revolución en lugar de derecho penal

Si el derecho se desobedece en el estado no se mantienen los postulados del derecho natural, sino que se proclama la revolución. En este sentido, el vacío es una señal bien -depende del modelo- de la vuelta al estado de naturaleza, bien del estallido del estado de guerra. Con palabras de Locke⁴⁰: «... it can never be supposed to be the Will of the Society, that the Legislative» -o incluso el ejecutivo- «should have a Power to destroy that, which every one designs to secure, by entering into Society, and for which the People submitted themselves to the Legislators...; whenever the Legislators endeavour to take away, and destroy the Property of the People, or to reduce them to Slavery under Arbitrary Power, they put themselves into a state of

³⁹ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. por H. Glockner (*Jubiläumsausgabe* tomo 7), 1952, pág. 33

⁴⁰ Como nota 36, XIX, 222.

War with the People...». La respuesta iusnaturalista era, en consecuencia, la pérdida de la obligación ante el abandono del poder. En caso de necesidad puede matarse al enemigo. Más adelante trataremos la cuestión de si podría contemporáneamente, como un minus por las muertes causadas, imponerse una pena. En cualquier caso, como ya se ha mencionado, ello supondría una derogación de la existente prohibición de retroactividad.

En último término, el dejar al oprimido donde está, en el estado de naturaleza o en el estado de guerra, es la solución más libre. Quien quiera introducirlo en una sociedad constituida le convierte en algo que puede a su vez exigir ser respetado⁴¹. De esta forma no puede caracterizarse ni el grado de desequilibrio entre los opresores y los oprimidos, ni el grado de libertad para procurarse el propio reconocimiento. En su lugar aparecen dudas sobre si se puede romper los juramentos al dictador. Ciertamente, en un caso como éste, hablar de ilegalidad hacia los oprimidos es una simplificación de lo que sucede: no se trata de una alteración de una socialidad establecida, sino de falta de socialidad, de estado de naturaleza, de fría enemistad.

e) Autorepresentación de la RDA

En este contexto, cabe añadir aún un argumento que se deriva de la autorepresentación en el exterior, y en parte también en el interior, de la RDA. Este país firmó convenios de derechos humanos, e incluso los convirtió en derecho interno⁴², lo que significa, teniendo en cuenta el tenor literal de la ley en los textos que publicó como derecho penal, que consideró inválidas las órdenes contrarias a los derechos humanos (art. 95 del código penal de la RDA) y, por ejemplo, no emprendió una regulación abierta de los acontecimientos fronterizos (lo que apenas significó nada, dado que la televisión occidental informó abundantemente sobre numerosos casos). Aun cuando esta autorepresentación

⁴¹ M. Maiwald: NJW 1993, págs. 1881 y ss. se opone a la opinión aquí sostenida porque a falta de ilegalidad faltan también los presupuestos jurídicos para el estado de necesidad. Desde un punto de vista intrasistémico esto es correcto pero trivial: un sistema que se autodisolvió ya no sería un sistema. Que falte «este» derecho no aporta nada pues no podría imponerse «en» el sistema. Si «por el contrario» el sistema se impone, el derecho puede determinarse desde fuera, por tanto como nuevo (al respecto ya G. Jakobs, cit. en nota 34, pág. 54). Estos modelos son sin embargo demasiado pobres para servir contra opresores. Vid. el texto.

⁴² Vid. al respecto J. Polakiewicz: EuGRZ 1992, págs. 177 y ss. (págs. 182 y ss.); D. Blumenwitz: Deutschlandarchiv 25 (1992), págs. 567 y ss. (págs. 575 y ss.); BGH 39, págs. 1 y ss. (pág. 16).

no tiene porque referirse a los disparos en la frontera, cabe preguntarse, si acaso no puede, cuando menos, vincular al gobierno. Pero no puede hacerse pues no se trata de cómo se autorepresentaba la RDA, sino de cómo era realmente. No se trata por consiguiente de si declaró -¡de forma vinculante!- proteger los derechos humanos, sino de si creó instrumentos efectivos para esta protección, o si por lo menos se preocupó de hacerlo. La suposición de la penalización de los homicidios contrarios a los derechos humanos no significa automáticamente su penalización real. Un cuerpo totalmente limpio no se consigue simplemente mediante la obligación vinculante de lavarse, ni poniéndose un precioso vestido. La RDA se obligó a tratar los crímenes estatales como ilegalidades, pero no lo hizo⁴³. Por lo demás, en los tratados internacionales, todos los firmantes sin duda sabían que los derechos humanos no serían interpretados, cuando menos por los gobiernos firmantes de estados populares, como suele hacerse en los estados de sociedades burguesas⁴⁴, por lo que el disenso no era oculto⁴⁵.

Este resultado puede ser difícil de comprender para los ciudadanos de la RDA, que intentaron que el estado se mantuviera fiel al comportamiento que él mismo había reconocido como vinculante, tanto en tratados internacionales, como en la constitución o en simples leyes. Estos ciudadanos objetarán que suponían que la estructura jurídica de la sociedad respondía a las exigencias de un estado de derecho. En otros términos: si los tratados internacionales eran un mero compromiso formal y si las formulaciones del derecho intraestatal no fueron más que meras formulaciones, ello no excluye que la

⁴³ Cuando el BGH (39, págs. 1 y ss., pág. 22) aduce que la practicada interpretación de la Ley de Fronteras choca con convenios internacionales y es por ello inválida jurídicamente sólo está describiendo una cara de la moneda. En el otro lado se encuentra la violación de tratados internacionales mediante la aprobación de una Ley de Fronteras no conforme a ellos. Cual de las dos caras refleja mejor la real validez normativa en la RDA no debería ser conflictivo: la RDA no era un estado de derecho.

⁴⁴ Sobre la comprensión de los derechos humanos en la RDA vid. G. Brunner en mismo autor (ed.): *Menschenrechte in der DDR*, 1989, págs. 15 y ss. (págs. 21 y ss. y nota 3) y la afirmación inicial: «La representación de los derechos humanos es incompatible con la ideología del sistema marxista leninista de la RDA». Los derechos humanos, desde el punto de vista marxista, no pueden concebirse, en la sociedad burguesa, sin las contradicciones de clase y, en la sociedad de socialismo real, sin su carácter de transición. Vid H. Klenner: *Marxismus und Menschenrechte*, 1982, págs. 26 y ss. y 101 y ss.; A. Zschiedrich en E. Poppe (red.): *Politische und persönliche Grundrechte in den Kämpfen unserer Zeit*, 1984, págs. 186 y ss. («Menschenrechte im Kapitalismus»); E. Poppe y otros, *op. cit.*, págs. 11 y ss. y en especial págs. 45 y ss.

⁴⁵ Vid. en contra (reserva mental) D. Blumenwitz: *Deutschlandarchiv* 25 (1992), págs. 567 y ss., pág. 576.

semántica al uso fuera la del partido y el gobierno. Su semántica fue moralmente incompetente, en cualquier caso por el decurso de la historia, pero mientras existió la RDA fue una realidad empírica. Por ello estos ciudadanos sabían que postulaban otro estado, distinto al que era real⁴⁶, que postulaban, por tanto, en favor de una penalización allí donde se daba la impunidad. La indudable justificación de este postulado es una cosa, su impotencia durante decenios, otra. Una punibilidad que fue real no puede sustituirse por la voluntad, también, real de algunos ciudadanos de que se produjera la punibilidad. En otros términos, aquella parte de la sociedad de la RDA, cuya identidad no venía determinada mediante las normas aplicadas, vivía en protesta hacia el estado que no se le adaptaba, pero esto no significa que esta parte encamara de hecho un estado mejor y armónico. Para ello se habría necesitado el poder, poder del que, en cualquier caso, esta parte carecía. Existieron dos sociedades en la RDA, pero sólo un estado.

3. ¿Abandono de la prohibición de retroactividad?

Dado que a la prohibición de fundamentación retroactiva de la punibilidad se le opone una penalización de los crímenes del estado de la RDA⁴⁷, queda por preguntar si acaso no deba ser abandonada esta prohibición. En épocas homogéneas la prohibición de retroactividad garantiza objetividad, pero con rupturas revolucionarias su efecto es el contrario: vincula los nuevos tiempos a la arbitrariedad de los viejos, en este caso, a la permisividad contraria a los derechos humanos de asesinar en la frontera, a espionajes y a muchas, incluso prácticamente infinitas, cosas más. Podría proponerse una vía secreta para llegar a la misma meta ¿Por qué, precisamente teniendo en cuenta el pasado de la RDA, habría de considerarse de forma tan precisa la identidad real de este estado? ¿Acaso la afirmación ingenua y literalmente positivista -de que la prohibición de asesinato contenida en el derecho penal de la RDA tendría que emplearse si se considera la permisividad como contraria a Derecho Natural- conduce a un resultado que pudiera tranquilizar? ¿Qué importa que puedan ahora ser castigados quienes pudieron haber matado en contra de la legitimidad?

⁴⁶ Vid en contra K. Luderksen: ZStW 104, págs. 735 y ss. *Supra* nota 29.

⁴⁷ J. Isensee en mismo autor: *Vergangenheitsbewältigung durch Rechts*, 1992, págs. 91 y ss. (pág. 104); D. Pieroth: VVDStRL 51, 1992, págs. 102 y ss. (Vid. también las notas sobre la discusión de R. Alexy en página 132 y ss., especialmente pág. 135); F. Dencker: KritV 1990, págs. 298 y ss.; G. Jakobs (cit. en nota 34), págs. 37 y ss. y págs. 51 y ss.; K. Günther (cit. en nota 29), págs. 23 y ss.; M. Pawlik (cit. en nota 25); También constata una falta de punibilidad en el lugar de los hechos J. Hruschka: JZ 1992, págs. 665 y ss. (sobre sus consecuencias vid. *supra* apartado 2 C, nota 30).

Que una solución abierta no pueda prosperar y una vía secreta, a causa de su propia oscuridad, incluso de su mendacidad, sea desafortunada se fundamenta en lo siguiente: La «lex naturalis» perdió la propiedad de redactar leyes inmutables, que sólo han de ser cumplidas pero no necesitan ser dictadas. Una representación del derecho correcto no puede fundamentarse hoy sin tener en cuenta el estado espiritual y material de la sociedad; tampoco puede confundirse con a este estado, sino que ha de desarrollarse inteligentemente a partir de él, de la misma forma, por ejemplo, en que a partir de herramientas y materiales existentes no puede desarrollarse por sí solo un reloj, pero sí puede ser desarrollado a partir de estos materiales, y de muy diversas formas, con algo de inteligencia y maña.

Que se trate de una tarea de estructuración política no significa sin más que no haya fracaso imputable alguno. Siempre que al inicio exista un ordenamiento, de algún modo, bien constituido puede concebirse la ruptura con respecto a él, se produzca ésta de forma claramente ilegal o de forma aparentemente legal, como maldad subjetiva. Por ello el problema de la penalización retroactiva de los criminales nacional-socialistas ha de concebirse, cuando menos en parte, de forma distinta. Allí se produjo, al principio, la ruptura aparentemente legal de un ordenamiento, ciertamente no ideal, pero que respetaba los derechos humanos. Esta ruptura fue inicialmente maldad subjetiva. Pero cuando, como en el caso de la RDA, un ordenamiento, ya establecido por el poder de unas tropas de ocupación que no respetaban los derechos humanos, es continuado por figuras más o menos títeres, falta el entorno bien constituido, único a partir del cual puede concebirse la maldad subjetiva. La falta de capacidad para oponerse a la amplia corriente del entorno no es culpabilidad jurídica. La culpabilidad jurídica presupone que quepa de hecho la alternativa de adaptación al orden establecido y si este orden está a su vez pervertido ya no cabe desgraciadamente ninguna respuesta individual. La ya mencionada sujeción, mediante la prohibición de retroactividad, a la arbitrariedad del ordenamiento en el momento de los hechos contiene por ello algo que es correcto desde un punto de vista material: si en el momento del hecho no existe la punibilidad, aunque su fundamento sea un mal fundamento, el hecho no puede caracterizarse como expresión de la maldad subjetiva, sino que en «este» ordenamiento aparece como adecuado, como normal. El no haber podido escapar del espíritu del ordenamiento en el que uno vive es distinto a haberlo contradicho sin buenos fundamentos⁴⁸. No se está defendiendo con ello el inmovilismo político, pero ha de ponerse de manifiesto que un mero fracaso de una tarea política en

⁴⁸ Vid. en contra F. C. Schroeder: JZ 1992, págs. 990 y ss. (pág. 992).

favor de una mejor estructuración no puede atribuirse a un sistema de imputación que está concebido para la maldad subjetiva en caso de relaciones ordenadas⁴⁹.

Ello es especialmente cierto para aquellas personas que no eran dirigentes sino ejecutores. Si se atribuye culpa a los tiradores de la frontera o a los miembros de la seguridad del estado, se atribuye a estos autores un grado de visión práctica que, antes de la desaparición de los estados socialistas, no era, ni siquiera en los estados occidentales, ni necesariamente de buen tono, ni usual. Es muy fácil determinar, tras el cambio histórico, lo que con él se ha quebrado.

Tampoco cabe esperar que la impunidad pueda dar ánimos a alguien para introducir conductas dictatoriales. La penalización presupone en primer lugar la quiebra del estado, es decir, la «poena naturalis» por una conducta no inteligente. La idea de que algún dirigente del estado, o adlátere suyo, no temían esta «poena naturalis» sino una eventual «poena forensis» es remota⁵⁰. Y si la hubiera temido, su amenaza habría hecho que se resistiese a abandonar el poder. La pena no sirve en absoluto para intimidar.

Puede suponerse que los procesos en curso no conducirán a la intimidación, sino a la retribución, hablando de forma más moderna, a la confirmación de la norma. No puede hablarse de retribución por la alteración de un ordenamiento «existente», ni de confirmación de la «existencia» de un ordenamiento. En cualquier caso se trata de la retribución por la obstaculización de la construcción de un nuevo ordenamiento, de la confirmación del derecho para esta construcción, es decir, de una lucha por el reconocimiento, de la conquista de una nueva identidad. Esta reacción tiene poco en común con el derecho penal de la culpabilidad de un estado de derecho. La pena como reacción jurídica presupone que, cuando los hechos, el autor está jurídicamente ligado a la víctima, que el autor y la víctima se definen como personas, como individuos que se respetan mutuamente. Quien no está jurídicamente vinculado es enemigo y puede ser asesinado sin más o, si garantiza que en el futuro será inofensivo, puede ser olvidado rápidamente, pero no es un delincuente, porque su acción no lesiona algo que tenga en común con la víctima, ni siquiera puede lesionar. Hay que castigar a quien daña la socialidad existente, no a quien impide que ésta se construya. La punibilidad no sirve para la estabilización de las propias normas, por bien fundamentadas que éstas estén, sino de las normas comunes. Pero resulta claro que con la penalización de los crímenes de la ex RDA no se trata de

⁴⁹ W. Becker en W. Krawietz y otros (eds.): *Öffentliche oder private Moral? Festschrift für Ernesto Garzón Valdés*, 1992, págs. 17 y ss. (pág. 26).

⁵⁰ Opina de forma distinta F. C. Schroeder: JZ 1992, cit. en nota 48.

la estabilización de una comunidad preexistente allí en el momento de los hechos, sino de una comunidad por construir y que en el momento de los hechos era sólo postulada⁵¹. La penalización a causa de tales crímenes define como autor culpable a quien era enemigo. Esta sustitución se camufla describiendo el ordenamiento de la RDA no a partir de él mismo, sino de procedimientos externos («superiores»): la vinculación del derecho positivo a principios del estado de derecho, la limitación mediante derechos humanos etc.

En cualquier caso, los autores eran enemigos⁵². Así se explica la insistencia de las víctimas en una penalización. Por ello no puede seriamente tratarse de individualizar a algunos autores como obstáculos del oportuno reconocimiento, sino de tomarlos como símbolo de una tendencia política que menospreciaba los derechos humanos. Si sólo se tratara de esta confusión de delincuente y enemigo desde el punto de vista de la víctima, habría que combatir el mal uso de la justicia, pero no su resultado que debería servir para tranquilizar a la víctima en su identidad.

Por lo demás, para aquellos que no fueron víctimas, la exigencia del castigo se deriva de una comprensión, peligrosa a largo plazo, del ordenamiento de los estados occidentales⁵³. Este ordenamiento no se concibe como un edificio construido de forma inteligente, cuya estática ha de ser constantemente asegurada, sino como una construcción correcta de forma cuasi-natural y cuasilógica, que todo lo vincula supratemporalmente o, cuando menos, supraespacialmente. Esta pretendida autoevidencia debería representarse en el proceso penal. Tampoco debe ponerse en duda que este ordenamiento es más adecuado a su época que los desaparecidos ordenamientos del socialismo real, que desaparecieron más por su interna mendacidad que por una oposición externa. Pero ello no es motivo para además añadir a posteriori a la evidente «poena naturalis» algunos procesos judiciales contra personas que nunca juraron fidelidad al ordenamiento occidental⁵⁴. El ordenamiento vigente ha sido elaborado por hombres y ha de ser mantenido por hombres. Y ya antes hemos abandonado la idea de que las normas estatales para la protección de

⁵¹ Por ello, según esta idea, la «propia» (tras la desaparición, ¡ya no habría sido la misma!) RDA no habría podido castigar los crímenes. En contra, vid K. Lüderssen: ZStW 104, págs. 735 y ss. (pág. 747).

⁵² Acertadamente W. Becker (cit. en nota 49), pág. 23: se «criminaliza» a aquéllos «que en realidad fueron nuestros enemigos de sistema político».

⁵³ Si no es correcta la suposición aún peor de W. Becker (cit. en nota 49), pág. 21, según la cual se habla de penas «para disimular el propósito de venganza».

⁵⁴ Puede argumentarse en contra que el derecho penal a menudo afecta a una persona que no ha jurado fidelidad a este ordenamiento, especialmente en caso de penas contra espías que viven «en el extranjero» (art. 5, ap. 4 del código penal), o

los asesinatos se hubieran producido de forma natural o iusnaturalista, en cualquier caso, sin la voluntad de un legislador positivo. Sin duda, existen para el ordenamiento, si quiere perdurar en el tiempo -en caso contrario será de corta duración- algunas tareas ineludibles, pero los tiempos actuales no tienen «lex aeterna» alguna que ofrecer. Por ello habría sido mejor que nos hubiéramos limitado a la alegría por el desenlace, a la ayuda a las víctimas y a la inteligente previsión ante el día -que ciertamente llegará tras el fin de la fase evidente de superioridad de los ordenamientos occidentales- en que deberán calcularse los costes-beneficios de la sociedad actual.

también en algunas acciones realizadas en el extranjero contra bienes protegidos internacionalmente (por ejemplo, el art. 6, ap. 6 del código penal, sobre pornografía). En tales casos la finalidad de la pena sólo puede ser la prevención general «negativa». No existe motivo alguno para optar por tal pena allí donde no rige la intimidación.



DOXA 17-18 (1995)

