

KAI AMBOS

DOCTOR EN DERECHO (UNIVERSIDAD DE MUNICH)
REFERENTE CIENTÍFICO DEL INSTITUTO MAX-PLANCK DE DERECHO PENAL
EXTRANJERO E INTERNACIONAL FREIBURG IM BREISGAU
ASISTENTE CIENTÍFICO DE LA UNIVERSIDAD DE FREIBURG (ALEMANIA)

TRADUCCIÓN DE CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ
INVESTIGADORA, ABOGADA ESPECIALIZADA EN DERECHO PENAL
DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

**Acercas de la antijuridicidad
de los disparos mortales
en el muro**

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

Publicado originalmente en la *Revista Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1997,
Nº 12, pp. 983 a 990.

ISBN 958-616-405-5

© KAI AMBOS, 1999
© CLAUDIA LOPEZ DIAZ (traducción), 1999
© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1999
Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 Nº 1-17 Este, Bogotá - Colombia. FAX 2843769

Primera edición: abril de 1999

Ilustración de portada: Composición fotográfica, Muro de Berlín.

Composición: Depto. de Publicaciones-Universidad Externado de Colombia
Fotomecánica, impresión y encuadernación: CARGRAPHICS S. A.,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector
Fernando Hinestrosa

Secretario General
Hernando Parra Nieto

CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTICULOS
Nº 21

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

PRESENTACIÓN

El siguiente trabajo fue publicado originalmente en la *Revista Juristische Arbeitsblätter (JA)*, vol. 29 (1997), pp. 983-990 bajo el título "Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer". Debo agradecimientos a la traductora del original alemán, Claudia López Díaz, abogada e investigadora de la Universidad Externado de Colombia. La traducción ha sido revisada y complementada por el autor.

Quiero también agradecer al profesor Eduardo Montealegre Lynett, actualmente Viceprocurador de la Nación, y al Sr. Antonio Milla, director del Departamento de Publicaciones, por la edición del trabajo en su prestigiosa serie *Cuadernos de Conferencias y Artículos* del Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia donde ya me publicó otro trabajo titulado: *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (Nº 20).

Finalmente, agradezco a mis asistentes Thomas Rein, stud. jur., y Jan Woischnik, assessor jur. e investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional que, como siempre, revisaron cuidadosamente partes del texto.

Kai Ambos,
Freiburg im Breisgau (Alemania),
febrero de 1999

ABREVIATURAS

AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Gaceta Federal de Leyes, RFA)
BGH	Bundesgerichtshof (Corte Suprema Federal)
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen (Colección de Sentencias de la Corte Suprema en material penal)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Federal)
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG (Colección de Sentencias de la Corte Constitucional)
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
ComEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CP	Código Penal
EJIL	European Journal of International Law
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	Goldammer's Archiv
Gbl	Gesetzblatt (Gaceta de Leyes de la RDA)
GG	Grundgesetz (Constitución de la RFA)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts

JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KritJ	Kritische Justiz
LG	Landgericht (Corte Provincial del "Land")
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nm	nota marginal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht- Rechtsprechungsreport
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Strafsachen (sentencias de la Corte Suprema —de la zona británica— en material penal)
OstEuR	Osteuroparecht
PIDC y P	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RDA	República Democrática de Alemania
RFA	República Federal de Alemania
ROW	Recht in Ost und West
RuP	Recht und Politik
s.	siguiente
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (Partido Socialista Unificado de Alemania Oriental)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
ss.	siguientes
UZwG	Gesetz über die Anwendung des unmittelbaren Zwangs (Ley sobre la aplicación de la coerción inmediata)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

El problema jurídico central acerca de los disparos mortales en el muro es si el disparo mortal "normal", o sea el que no corresponde a un exceso¹, está cubierto por el § 27 II de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana (RDA)² y si esa causa de justificación ha de ser también reconocida en razón al artículo 103 II³ de la Constitución Federal de

¹ Según la opinión de este autor existe un exceso cuando el hecho no se mueve más en el marco típico del § 27 de la Ley de la Frontera. Un caso claro se presentó en BGHSt 39, p. 353: Un fugitivo a quien ya se le había detenido y se estaba rindiendo fue fusilado. En tales "ejecuciones" falta la situación justificante conforme al § 27 de la Ley de Fronteras, por lo demás puede existir asesinato (aquí con alevosía), ver BGHSt 39, 353, 366 y ss.

Pero también en casos menos extremos como, por ejemplo, el disparar sin prevenir o el disparo de ráfagas en vez del disparos sueltos, se presenta un exceso. La punibilidad de estos actos excesivos pueden ser solamente puestos en discusión por quien también ve cubierto por el artículo 103 II GG el desistimiento de la persecución en el sentido de un positivismo extremo o de una simple facticidad [cfr. ante todo Jakobs (1992), pp. 5 y ss; resumido Zimmermann, JuS 1996, pp. 865, 868 y ss; en cuanto al exceso en relación con los delitos del nazismo: Jäger (1967), pp. 22 y ss.].

² Según el § 27 II de la Ley de Frontera, el empleo de las armas de fuego estaba justificado para evitar un delito. Como "delito" se clasificaba regularmente el llamado "traspaso ilegal de frontera" (§ 213 del CP de la RDA). De acuerdo con las órdenes que imperaban en ese momento, generalmente se debían impedir traspasos fronterizos ilegales de acuerdo con un esquema fijo de comportamiento consignado en el § 27 de la Ley de Frontera, y en lo posible sin la muerte del fugitivo. Sin embargo, se consideraba válida la siguiente regla empírica: "Es preferible que el fugitivo muera a que la fuga tenga éxito". Ver *infra* lista de normas citadas.

³ Prohibición de retroactividad. Art. 103 (2) "Un hecho sólo puede ser castigado, cuando la punibilidad esté determinada legalmente antes de que el hecho se cometa".

Alemania (*Grundgesetz-GG*). El problema fue resuelto definitivamente al nivel del derecho interno con la decisión de la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht-BVerfG*) del año 1997⁴. La Corte sigue en esencia la argumentación de la Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof-BGH*), la cual –a pesar de que aún falta la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁵– es razón suficiente para hacer a continuación una presentación sistemática de dicha argumentación y apreciarla críticamente. Al respecto, se puede diferenciar entre la antijuridicidad del comportamiento del autor inmediato (soldado de frontera) y los autores mediatos (miembros del Consejo Nacional de Defensa, Generales).

I. LA ANTIJURIDICIDAD DEL COMPORTAMIENTO DEL SOLDADO DE FRONTERA

También la Corte Suprema Federal BGH en los casos “normales” de disparos en el muro parte del supuesto de que en ellos se presentan las condiciones de la Ley de Fronteras y con ello una justificación acorde con el derecho de la RDA.

⁴ Corte Constitucional Federal (BVerfG), en NJW 1997, pp. 929 y ss. =EuGRZ 1996, p. 538 =StV, 1997, p. 14 =NJ, 1997, p. 19 =JZ, 1997, p. 142, con nota de Starck. Más detallado abajo I.C.3.

⁵ El acusado Streletz ha presentado un recurso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) de conformidad con los artículos 25 I Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) en relación con arts. 43 y s. de las Reglas de Procedimiento de la Comisión (Periódico FAZ de noviembre 29 de 1996). Si la Comisión considera dicho recurso procedente y fundamentado, entonces el recurso será presentado ante el CEDH (art. 48 I a CEDH). Acerca de la problemática del derecho internacional penal ver Ambos, StV 1997, pp. 39 y 42; Kenntner, NJW 1997, p. 2298, quien considera que se ha superado la concepción restrictiva alemana en cuanto al derecho penal internacional.

Contrariamente con las posiciones de los Tribunales inferiores de los Estados federales, el BGH adopta en este caso una interpretación jurídica de la Ley de Frontera orientada a la práctica estatal de la RDA que no corresponde a la interpretación occidental basada en consideraciones jurídico-estatales. Como ésta práctica estatal ha estado “caracterizada por la preferencia del impedimento de la fuga antes que por la protección de la vida”, un homicidio estaría justificado como último medio para impedir una fuga de acuerdo con el § 27 de la Ley de Frontera⁶.

Sin embargo, en el paso siguiente de examen la jurisprudencia sostiene que una causa justificante de este tipo así entendida no debe ser tomada en cuenta por razones de derecho natural y de derechos humanos (sobre esto ver num. 1). Tan sólo una interpretación del § 27 II de la Ley de Frontera que esté conforme con los derechos humanos podría llevar a su aplicabilidad (num. 2); así la declaración de nulidad del artículo 27 II de la Ley de Frontera (contraria a los derechos humanos), no se presentaría como una violación del artículo 103 II GG (num. 3). Estos argumentos provocaron considerables críticas en la doctrina (sobre esto ver también en lo siguiente).

A. ¿No consideración del § 27 de la Ley de Frontera con base en las reglas del derecho natural y derechos humanos (Fórmula de Radbruch)?

1) Según la opinión del BGH, una causa de justificación que otorgue preferencia al impedimento de fuga sobre la vida

⁶ Comparar: BGHSt 39, pp. 1 y 14; así mismo Corte Suprema Federal (BGH) NJW, 1993, 1932, 1935.

humana debe permanecer fuera de consideración, "a causa de la lesión de principios jurídicos superiores que también deben ser tenidos en cuenta por la RDA, y a causa de una violación extrema del principio de la proporcionalidad"⁷. En efecto, una no-consideración del artículo debería permanecer limitada a "excepciones extremas"⁸; sin embargo, esta no consideración se debería presuponer siempre cuando en la correspondiente causa justificante se exprese una grave y evidente infracción contra los principios básicos de la justicia y de la humanidad; la infracción debe ser tan grave que lesione las convicciones jurídicas sobre el valor y la dignidad humana que es común a todos los pueblos⁹. La contradicción entre la ley positiva y la justicia, en el sentido de la Fórmula de Radbruch¹⁰ deberá ser tan intolerable que la ley positiva como derecho incorrecto debería ceder el paso a la justicia ("Fórmula de la intolerabilidad" *Unerträglichkeitsformel*). La aplicación de la Fórmula de Radbruch no se limitaría por el hecho de que su creador la concibió únicamente en relación con la injusticia nacionalsocialista (y correspondientemente

⁷ BGHSt 39, 1, 15; así mismo BGH NJW (1993), pp. 1932, 1935 (1994), pp. 2703, 2705, 2708, 2709 y s. (1995), pp. 2728, 2730 y s. (confirmación explícita en contra de la crítica en la doctrina); BGH NJW 1995, pp. 2732, 2733; dejado abierto por BGH NJW 1997, pp. 1245, 1246 (muerte de un prófugo armado); sobre esto ver la nota de Ambos NSTZ 1997, pp. 492 y s. Comparar también la clasificación sistemática de la jurisprudencia y la doctrina por Arnold (1997), pp. 172 y ss., 227 y ss.

⁸ Una simple infracción contra el "orden público", por ejemplo, no sería suficiente (BGHSt 39, pp. 1, 15); pero así Küpper/Wils ZRP 1992, pp. 91 y 93.

⁹ BGHSt 39, pp. 1, 15 y s.

¹⁰ Radbruch SJZ 1946, pp. 105, 107: "El conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia podría ser solucionado, en cuanto que el derecho [...] positivo tiene la prioridad, incluso cuando su contenido es injusto e improcedente, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable y lleve a que la ley como *ley injusta* tiene que ceder terreno a la justicia" (subrayado del autor). Para alcanzar una comprensión correcta de la fórmula de Radbruch ver Arthur Kaufmann, NJW 1995, pp. 81, 83; Sprenger, NJ 1997, pp. 3, 5 y s.

ella ha sido empleada con mayor justificación por la jurisprudencia alemana de la postguerra para fundamentar, basado en el derecho natural, la invalidez de las órdenes hitlerianas¹¹). El BGH toma en cuenta la diferencia, bien enfatizada en la doctrina, entre la injusticia nacional-socialista y la injusticia del regimen del Partido Unitario Socialista (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands-SED*), pero a pesar de ello no se aparta de su jurisprudencia¹². Como una medida más concreta, la Corte se refiere, concretizando las reglas del derecho natural, a los artículos 6º y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹³, por el cual la RDA a más tardar¹⁴ desde 1974 por medio de su ratificación estaba comprometida¹⁵; sin que lo haya puesto en práctica dentro de su jurisdicción interna en concordancia con el artículo 51 de su propia Constitución¹⁶. La lesión de esas normas del Derecho Internacional por parte de la Ley de Frontera y la práctica estatal descrita "también imposibilitan al Senado a

¹¹ OGHSt (1), pp. 321, 324 (2), pp. 231, 233, 269, 271 y s.; BGHSt (2), pp. 173, 177, 234, 237 y ss. (3), 110, 128, 357, 362 y s.

¹² BGH NJW 1995, pp. 2728, 2730 y s., con numerosas indicaciones de la -innumerable- literatura; parecido: BGH NSTZ-RR 1996, pp. 323 y 324.

¹³ BGBL 1973 II, p. 1534.

¹⁴ BGHSt 39, pp. 1, 16 parte desde 1974, BGH NJW 1994, pp. 2708, 2709 pero parte desde noviembre 8 de 1973 en relación con la entrada en vigencia ambas decisiones parten de marzo 23 de 1976 (*Gaceta Oficial* II 108).

¹⁵ Gbl RDA 1974, p. 57. Sin embargo, el BGH infiere también de la inoperancia del § 27 de la Ley de Frontera a causa de principios no escritos basados en el Derecho Internacional Público, incluso antes del compromiso de la RDA con el PIDCP (BGH NJW 1994, pp. 2708, 2709 y s.).

¹⁶ Para el compromiso con el Derecho Internacional Público no se depende de esto (comparar art. 46 I Tratado de Viena sobre el Derecho de Tratados, BGBL 1985 II, p. 926). Afínamente, aunque sin tener en cuenta la correcta argumentación del Derecho Internacional Público, BGHSt 39, pp. 1, 16 y s., con referencia de autores de la RDA; también BGH NJW 1995, pp. 2728, 2731.

adoptar como causa justificante al § 27 de la Ley de Frontera¹⁷.

2) Esta argumentación se ve enfrentada a varias *objeciones*¹⁸. Ante todo la misma Fórmula de Radbruch es de un valor limitado. En verdad ella posibilita, mediante una falsificación en un primer nivel de revisión la comprobación del *injusto legal*, pero no crea, por carencia de una verificación en un segundo nivel, un derecho *supralegal*, el cual debería reemplazarlo¹⁹. Se origina así un "vacío normativo"²⁰, una laguna en la reglamentación²¹ que tampoco pueden ser llenadas recurriendo a las reglas del derecho natural²². Además, la aplicación de las mismas premisas fundamentales de la Fórmula de Radbruch es muy discutida. Ante todo es muy cuestionable si las disposiciones respectivas (§ 27 de la Ley de Frontera en concordancia con el § 213 del CP de la RDA, traspaso ilegal de la frontera) representan una tal extrema e intolerable injusticia como lo entendió Radbruch. En contra se arguye en primer lugar, como también lo reconoció básicamente el BGH, que la injusticia nacionalsocialista no es comparable con la injusticia del SED, pero

¹⁷ BGHSt 39, pp. 1, 16 y ss., 22.

¹⁸ En sentido afirmativo por ejemplo Eser (1996), pp. 337, 339 con más referencias en nota a pie de página 13; Herzog (1993), p. 47.

¹⁹ Comparar en especial Arthur Kaufmann NJW 1995, pp. 81, 82; también p. 85, clarificando los conceptos "supra-legal" en contraposición con el derecho "supra-positivo" y "derecho natural".

²⁰ Jakobs GA 1994, pp. 1, 12, 13 y s.

²¹ Pawlik GA 1994, pp. 472, 481 y s.

²² Comparar en especial Jakobs (1993), 5/29, el cual indica que la inoperancia de la prohibición de retroactividad de la orden de disparo no podría "reconstruir" la punibilidad; similar H. Dreier JZ 1997, pp. 421, 428 y s. según lo cual un derecho natural sustituto no sería deseado. En contra BGH NJW 1995, pp. 2728, 2732: en caso de nulidad de la causa justificante permanece aplicable el tipo penal del homicidio (§ 112 y s. del CP de la RDA). Pero aquí se trata de la punibilidad como totalidad, no sólo la tipicidad. Acerca de la idea del derecho natural en la jurisprudencia desde 1945: Faller JöR 1995, p. 1.

Radbruch se refirió exclusivamente a la primera²³; por otra parte, en el § 213 del CP de la RDA, no estaba escrita la mácula del injusto²⁴. Así, solamente los graves sucesos ocurridos en el muro, es decir, los actos excesivos, pueden alcanzar el contenido del injusto que Radbruch tuvo ante sus ojos²⁵. Según la primera parte de la Fórmula de Radbruch, que no fue citada por la jurisprudencia, un injusto de menos importancia en forma del derecho positivo tiene que ser aceptada²⁶.

El renacimiento del derecho natural que acompaña a la Fórmula de Radbruch cae también finalmente en conflicto con el *mandato de certeza (lex scripta)*, ya que no hay un solo derecho natural y desde un principio la concepción de un derecho natural socialista se ha diferenciado considerablemente de la concepción occidental de ese derecho²⁷.

También la referencia, en principio laudable²⁸, a los Derechos Humanos, en especial a los artículos 6° y 12 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no ayuda más.

²³ Cfr. la referencia de Radbruch a las "circunstancias particulares de los 12 años Nazi", Saliger (1995), p. 34.

²⁴ Así también Arnold/Kühl, JuS 1992, pp. 991, 993, nota de pie de página 68; similar Dannecker, Jura 1994, 585, 589 y s.; Dannecker/Stoffers, JZ 1996, pp. 490, 491 y s.; Grünwald, StV 1991, pp. 31, 36 y s.; Ott, NJ 1993, pp. 337, 339; Arnold, JuS 1997, pp. 400, 401 y s.; Roggemann, NJ 1997, pp. 226, 231; en el resultado también Miehe (1995), pp. 647, 660. Para extrema injusticia por ejemplo Hruschka, JZ 1993, pp. 665, 667; Laskowski, JA 1994, pp. 151, 162 y s.; probablemente también Arthur Kaufmann, NJW 1995, pp. 81, 84, cuando él escribe: "... no sería coherente, el no llamar un injusto grave injusto grave, solamente porque ha habido otro injusto todavía más grave".

²⁵ Arthur Kaufmann, NJW 1995, pp. 81, 83, 84 y s.; R. Dreier (1993), pp. 57 y 68; Alexy (1993), p. 22; Frowein/Peukert (1996), art. 7 nm. 8.

²⁶ Cfr. *supra* nota 10.

²⁷ Comparar por ejemplo Amelung, JuS 1993, pp. 637, 640. Más allá critica Grünwald (1971), p. 14, la forma puntual como la Fórmula de Radbruch enfrenta el problema; similar Pawlik, GA 1994, pp. 472, 479 y s.

²⁸ Así ante todo Fiedler, OstEuR 1993, pp. 259, 265; *id.* JZ 1993, pp. 206, 207.

Ya desde la perspectiva del derecho internacional público es muy dudoso si el régimen de fronteras representa una infracción contra los preceptos mencionados²⁹. El texto del artículo 12 III PIDCP clarifica que a los estados signatarios se les debe permitir un considerable campo de acción discrecional en relación con sus reglamentaciones y seguridades fronterizas³⁰. Pero los preceptos mencionados tampoco contienen directamente deberes de castigo del derecho internacional público. Por cierto que tales deberes de castigo se dejarían justificar para determinados delitos internacionales³¹, en especial para los delitos contra la humanidad³²; sin embargo, los disparos mortales en el muro no se pueden clasificar como delitos contra la humanidad³³ y una tal obligación en el derecho internacional público tampoco tendría directamente consecuencias estatales internas³⁴.

En esto le corresponde también una gran importancia a la (insuficiente) transformación del PIDCP en la RDA. El BGH desconoce que solamente el cumplimiento interno por un Estado de un tratado implica también las correspondientes obligaciones estatales internas. Esto también se deduce especialmente del artículo 103 II GG (principio de certeza)³⁵.

²⁹ Recha Polakiewicz, EuGRZ 1992, pp. 177, 185, 186 y s. Lo aprueba: Amelung, JuS 1993, pp. 637, 640 y s.; Ott, NJ 1993, pp. 337, 341 y ss.; H. Dreier, JZ 1997, pp. 421, 423. Esto depende también de si uno se orienta por el puro texto de la ley o por la práctica estatal.

³⁰ Polakiewicz, EuGRZ 1992, pp. 177, 186; Laskowski, JA 1994, pp. 151, 159 y s.; escéptico también Jung, JuS 1993, pp. 601, 603.

³¹ Comparar más profundamente Ambos (1997), pp. 163 y ss. (en castellano: *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Medellín, 1997, pp. 221 y ss.).

³² Bajo estos se consideran en especial delitos graves de tipo sistemático y de carácter masivo (comparar Ambos, EJIL 1996, pp. 519, 536 y s.).

³³ Polakiewicz, EuGRZ 1992, pp. 177, 191 y s.; Pawlik, GA 1994, pp. 472, 473; Laskowski, JA 1994, pp. 151, 161; Ott, NJ 1993, pp. 337, 339 y s.

³⁴ Comparar más profundamente Ambos, StV 1997, pp. 39, 41 y s.

³⁵ En la conclusión en el mismo sentido, Dannecker, Jura 1994, pp. 585, 590 y s.; Gropp, NJ

Si además, se tiene en cuenta la perspectiva vigente de la RDA, es decir, los principios de la legalidad socialista, no queda muy claro significado del PIDCP, porque en la doctrina y en las comunicaciones oficiales de la RDA se encuentran expresiones contradictorias³⁶.

Al fin y al cabo el recurrir al PIDCP representa sólo una "solución provisional"³⁷, como lo muestra la jurisprudencia sobre la validez de los principios de los derechos humanos anterior a la entrada en vigor del PIDCP³⁸. De hecho, el BGH quiere asegurar empíricamente las reglas poco claras y concretas del derecho natural por medio de la consideración de los derechos humanos ("derecho natural empírico"³⁹). Sin embargo, esto sólo es posible cuando también existe un derecho convencional de los derechos humanos y, además, este derecho esté suficientemente concretado por medio del "derecho de casuística" (*case law*); en otros casos se debe recurrir al derecho consuetudinario internacional y a los principios generales de derecho⁴⁰, es decir, categorías que difícilmente podrían corresponder al mandato estatal interno de certeza (sobre esto ver abajo).

Por último, no debe ignorarse que también las normas de la RFA de la coerción inmediata (§ 11 UZwG) y del derecho

1996, pp. 393, 395; Amelung, JuS 1993, pp. 637, 641; *id.* GA 1996, pp. 51, 56; *id.* NStZ 1995, pp. 29, 30; otra opinión Fiedler, JZ 1993, pp. 206, 207.

³⁶ Comparar Herrmann, NStZ 1993, pp. 118, 119.

³⁷ Gropp, NJ 1996, pp. 393, 396.

³⁸ Comparar con esto *supra* nota 15.

³⁹ Amelung, NStZ 1995, pp. 29, 30. Similar H. Dreier, JZ 1997, pp. 421, 427 ("Naturrecht im Gewande des Völkerrechts": "derecho natural en el vestido del derecho público internacional").

⁴⁰ En relación con las fuentes tradicionales del derecho público internacional confrontar artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional (BGBl 1973, II 505).

policíal⁴¹ permiten el uso de armas de fuego. De esta manera, el BGH absolvió en el año 1988 a un oficial de frontera quien le había disparado por detrás a un motociclista fugitivo⁴². Según Amelung, el BGH considera que el caso del motociclista fugitivo y los casos de protección del muro no son comparables a causa del aspecto interno del hecho delictivo: en el caso del motociclista el autor sólo habría actuado con consciente imprudencia; en los casos de protección del muro se presentaría regularmente el dolo eventual⁴³. Por lo demás, el uso de las armas de fuego se debería limitar exclusivamente a la defensa⁴⁴. La no comparabilidad entre los disparos mortales según el derecho de la RDA y el de la RFA, se produce, sin embargo, más bien por lo que se entiende por proporcionalidad. Si la Ley de Frontera y la práctica basada en dicha norma como consecuencia última aceptada, y aun ordena, la muerte del fugitivo para evitar la fuga, no puede —según la concepción del Estado de Derecho— efectuarse ningún verdadero examen de proporcionalidad porque el régimen de frontera ha decidido ya previamente dicha consideración a favor de la decisión de impedir la fuga. En cambio, según el derecho vigente de la RFA la decisión de que si un disparo mortal pueda parecer justificado depende de si, por medio de la fuga, se han puesto en peligro importantes bienes jurídicos de la seguridad y del orden

⁴¹ Cfr. por ejemplo §§ 53 y s. de la Ley Policial de Baden-Württemberg (PolG Ba-Wü).

⁴² BGHSt 35, p. 379.

⁴³ BGHSt 35, pp. 379, 386.

⁴⁴ Amelung, JuS 1993, pp. 637 y 639. Amelung, al parecer, se refiere a la decisión BGHSt 39, pp. 1, 22, donde se declara que, siguiendo a Frowein (1990), pp. 112 y 117, el empleo de las armas de fuego contra personas contiene una peligrosidad incontrolable y por lo tanto debe ser limitado también en el área fronteriza (§ 11 UZwG) a la defensa de la persona humana.

público; por tanto, debe efectuarse siempre un verdadero análisis en cada caso en particular⁴⁵.

B. ¿Interpretación conforme con los derechos humanos?

1) Partiendo del carácter violatorio de los derechos humanos del § 27 de la Ley de Frontera y por ello de la no consideración de esta norma, la jurisprudencia se pregunta en un próximo paso si, a pesar de ello, no se podría llegar a una aplicación del § 27 de la Ley de Frontera a través de una interpretación conforme con los derechos humanos⁴⁶. Este paso, sin duda, no es exigido por la lógica, pues si se parte de la no consideración del § 27 de la Ley de Frontera se ha logrado ya el objetivo deseado, es decir, la exclusión de esa causa justificante, e inmediatamente se podría comenzar con el examen del artículo 103 II GG. Sin embargo, el BGH incorpora este paso intermedio justamente con el fin de construir un derecho para el tiempo del hecho (*Tatzeitrecht*) que hace posible un castigo sin una violación contra la prohibición de retroactividad⁴⁷.

El BGH parte de las normas de derecho de la RDA que —desde su perspectiva— permiten una interpretación conforme con los derechos humanos, es decir, de las normas constitucionales y ordinarias y de determinadas declaraciones políticas⁴⁸. De esto y en especial del derecho reconocido

⁴⁵ Comparar también BGHSt 35, p. 379.

⁴⁶ Comparar BGHSt 39, pp. 1, 23 y ss.; así mismo BGH NJW 1993, 1932, 1935.

⁴⁷ Similar, por ejemplo, Herrmann, NSZ 1993, pp. 118 y 120; Schroeder, JR 1993, pp. 45, 49 y s.

⁴⁸ Comparar en especial § 95 del CP de la RDA, según el cual la responsabilidad penal no se excluye en la ley, orden o indicación, que no respete los derechos fundamentales, los derechos humanos, los deberes del derecho internacional público o la soberanía de la RDA.

constitucionalmente a la vida y al principio de la proporcionalidad, resulta que el § 27 II de la Ley de Frontera debería ser entendido de la siguiente manera:

En los casos descritos allí, el soldado de frontera debió emplear su arma de fuego para impedir la fuga; sin embargo, la causa justificante encuentra un límite, cuando se dispara con dolo de matar sobre [...] un fugitivo desarmado y *tampoco* peligroso para la integridad o la vida de otras personas. *De acuerdo con esto el homicidio [...] eventual doloso no estaba cubierto por el § 27 párrafo 2 de la Ley de Frontera, interpretado favorablemente de conformidad con los Derechos Humanos*⁴⁹.

2) Este punto de vista ha encontrado un rechazo generalizado de la doctrina⁵⁰. A la Corte Suprema Federal BGH se le ha reprochado que se pone en contradicción con sus propias reflexiones respecto a la no consideración del § 27 de la Ley de Frontera, cuando se basa –desconociendo la *práctica* en la RDA– en un derecho positivo puro y con ello en un “mundo jurídicamente ilusorio” y en unos “supuestos dogmáticos

⁴⁹ BGHSt 39, pp. 1, 25 (subrayado del autor).

⁵⁰ Jakobs, GA 1994, pp. 1, 7, 15; *id.* Strafrecht AT (1993), 5/29; Pawlik, GA 1994, pp. 472, 474 y s.; Dannecker, Jura 1994, pp. 585, 591 y s.; Dannecker/Stoffers, JZ 1996, pp. 490, 492; Amelung, JuS 1993, pp. 637, 638, 641; Fiedler, JZ 1993, pp. 206, 208; Laskowski, JA 1994, pp. 151, 161; Gropp, NJ 1996, pp. 393, 395; Herrmann, NStZ 1993, pp. 118, 120; Günther, StV 1993, pp. 18, 21 y ss.; Schroeder, JR 1993, pp. 43, 48 y s.; Luchterhandt (1994), pp. 165, 179 y ss.; Arnold (1995), pp. 283, 306 y ss.; H. Dreier, JZ 1997, pp. 421, 426 y s. Parcialmente de acuerdo con el BGH: Lüderssen (1992), pp. 28 y ss., 69 y ss., 146 y s. (=ZStW 104, 1992, p. 735; confrontar también StV 1991, pp. 482, 486 y s.); así mismo más recientemente *id.* JZ 1997, pp. 525 y ss., 530, 531 y ss. para un “positivismo restrictivo” y para acusar al BGH –medidas de dos clases– con miras a casos de prevaricato (así también Roggemann, NJ 1997, pp. 226, 230 y s.). Instructivo en cuanto al estado de la discusión: Zimmermann, JuS 1996, pp. 865, 868 y s.; Arnold/Weigend, ROW 1997, pp. 81 y ss., 89 y ss.

ficticios y alejados de la realidad”⁵¹, para poder fundamentar una interpretación de la Ley de Frontera conforme con los derechos humanos. Con esto, de hecho el BGH ignora, por lo menos en lo que se refiere a las decisiones en los casos de los disparos en el muro⁵², las condiciones reales del derecho de la RDA, pues este derecho estaba determinado por los principios de una legalidad socialista pero no por una percepción occidental de valores, en especial en lo que se refiere al principio de la proporcionalidad en función de la defensa del individuo. Las leyes estaban para ser aplicadas “de conformidad con los objetivos de la RDA”⁵³ y de esto ya se deduce que no debe imponerse una concepción extraña y diferente de los derechos humanos⁵⁴. Una interpretación puramente literal de la ley se queda demasiado corta, “pues no se trata aquí de cómo se representaba a sí misma la RDA sino de cómo era”⁵⁵. Si se acepta el punto de partida del BGH, respecto a que ya en los tiempos de la RDA era posible una interpretación conforme con los derechos humanos, los soldados de frontera han debido ser castigados en ese momento según el derecho de la RDA. No obstante, esto no sucedió nunca, ni siquiera en los casos de excesos, como lo muestran, entre otras cosas, los reconocimientos y los ascensos⁵⁶. A pesar de esta crítica el BGH se mantuvo en su opinión en el sentido de que una interpretación acorde con

⁵¹ Fiedler, JZ 1993, pp. 206 y 208.

⁵² De otra forma en el prevaricato, confrontar por ejemplo, BGH NJW 1994, pp. 529, 531 y s.

⁵³ Comparar Amelung, JuS 1993, pp. 637 y 638; Günther, StV 1993, p. 18; Lüderssen, JZ 1997, p. 527.

⁵⁴ Herrmann, NStZ 1993, pp. 118 y 119.

⁵⁵ Jakobs, GA 1994, pp. 1 y 15. En contra, por ejemplo, Lampe, ZStW 106 (1994), pp. 683 y 710.

⁵⁶ Gropp, NJ 1996, pp. 393 y 395.

los derechos humanos ya estaba esbozada en el derecho de la RDA⁵⁷.

Si uno pueda controvertir esto con buenos argumentos y ante todo con argumentos empíricos, tampoco se puede exagerar la orientación a un ordenamiento jurídico que no corresponde a la concepción occidental de derechos humanos. La interpretación inmanente de un sistema determinado de un ordenamiento jurídico ajeno, aunque éste no sea necesariamente contrario ideológicamente, sufre siempre el problema del entendimiento ajeno (*Fremdverstehen*), es decir, que uno valora usualmente ese ordenamiento jurídico desde el punto de vista del propio ordenamiento jurídico, o sea que no se puede entender de forma inmanente⁵⁸. Este problema no puede eludirse tampoco con la renuncia completa a una interpretación⁵⁹, porque el problema jurídico correspondiente requiere una solución; y ésta se debe buscar fundamentalmente partiendo del ordenamiento jurídico afectado. Dicha solución debe lograr un punto intermedio entre el respeto al ordenamiento jurídico ajeno y la aceptabilidad normativa por parte del ordenamiento jurídico propio. Por tanto, se debe partir necesariamente del ordenamiento jurídico ajeno ("tal como era")⁶⁰, pero sin permitir toda perversión de la propia concepción jurídica y tomarla como base del juicio propio. Los castigos corporales, por ejemplo, que son comunes en el derecho islámico, traspasan la

⁵⁷ BGH NJW 1995, pp. 2728 y 2731.

⁵⁸ Sobre este problema que es conocido en el derecho comparado Lüderssen (1992), pp. 58 y s.; *id.* JZ 1997, pp. 526 y ss.; Günther, StV 1993, pp. 18, 22 y s.; Gropp, NJ 1996, pp. 393, 395; Roggemann, NJ 1997, pp. 226, 230 y s.

⁵⁹ Así en principio Günther, StV 1993, pp. 18 y 22.

⁶⁰ Jakobs, GA 1994, pp. 1, 15.

concepción occidental propia de un Estado de Derecho y, por tanto, tampoco pueden encontrar reconocimiento, como punto normativo de partida en un caso ante un tribunal "occidental". También, a la consideración de la *facticidad*, en el sentido de una no-persecución fáctica de violaciones a los derechos humanos, se le deben poner *límites normativos*; a estos sólo se puede renunciar bajo la auto-renuncia (*Selbstaufgabe*) a la propia concepción del derecho y, con ello a una auto-negación (*Selbstverleugnung*).

C. ¿Violación al artículo 103 II de la Constitución Federal (*Grundgesetz*)?

1) De acuerdo con el artículo 103 GG, un delito sólo puede ser castigado cuando la *punibilidad* al tiempo del hecho haya estado determinada por la ley (prohibición de la retroactividad). La prohibición de la retroactividad protege la confianza del autor respecto a la situación jurídica vigente al momento de la ejecución del hecho e impide con ello la arbitrariedad legislativa⁶¹. La "punibilidad" incluye básicamente la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento incriminado. Esto significa también que las causales de justificación (supralegales) están comprendidas también por el ámbito de protección del artículo 103 II GG⁶². Si retroactivamente se llega a derogar una causa de justificación o se limita por consideraciones de derecho natural o además conforme a los derechos humanos, de tal forma que esta causa jus-

⁶¹ Comparar Dolzer/Vogel-Rüping, Art. 103 II, nota marginal nm. 16. Más fundamental: Schreiber (1976).

⁶² Comparar BVerfGE 25, pp. 269, 286; Dolzer/Vogel-Rüping, artículo 103 II, nms. 50, 60, 67; Sch/Sch-Eser, § 2 nm. 3; Roxin (1997), § 5 nm. 53; Engels GA 1982, pp. 109, 114 y ss.

tificante no cubre más los casos comprendidos al momento de la ejecución del hecho, entonces podría presentarse en una violación al artículo 103 II GG. Pues con esto, el comportamiento *originalmente no punible* (por carencia de tipificación de la infracción) se convierte *posteriormente* en un comportamiento punible por la eliminación de la causa justificante. Con esto se modifica el derecho anterior, en desventaja del acusado⁶³.

2) A pesar de que la jurisprudencia comparte las premisas descritas ella alcanza a una compatibilidad con el artículo 103 II GG⁶⁴. La jurisprudencia, como ya se explicó, parte de que los disparos mortales en el muro, para el momento de la ejecución del hecho no estaban justificados, puesto que según las reglas propias de la RDA, el derecho al tiempo del hecho, podía interpretarse favorablemente conforme con los derechos humanos, en tal forma que los disparos mortales no estaban cubiertos por el § 27 II de la Ley de Frontera. Como una tal interpretación también haya sido posible también para la justicia de la RDA implica que "el juez no estaba obligado, en el sentido de pura facticidad, con aquella interpretación que en la práctica estatal ha encontrado expresión al tiempo del hecho"⁶⁵ y que, para continuar el argumento, le ha proporcionado validez a la justificación con base en el § 27 de la Ley de Frontera, en forma contraria al derecho internacional. El juez debería, más bien, partir de la interpretación conforme a los derechos humanos, de tal forma que la punibilidad ya haya estado "determinada legalmente" al momento de la ejecución del hecho, puesto

que –también según la tipicidad en el derecho de la RDA– el homicidio de un fugitivo no podía ser justificado por la Ley de Frontera. Con ello tampoco se derogaría el concepto sobre la protección de la confianza que emana del artículo 103 II GG, pues la confianza de que también en el futuro se aplique una causa justificante contraria con los derechos humanos, no merece protección. No representaría ninguna arbitrariedad, si el comportamiento de autor se juzgara como hubiera debido ser juzgado ya al tiempo del hecho de acuerdo con una interpretación correcta del derecho de la RDA⁶⁶. Una interpretación contraria con los derechos humanos tampoco puede violar el artículo 103 II GG, porque una causa justificante así interpretada, "nunca hubiera alcanzado eficacia en razón de la evidencia del injusto que lleva incorporado"⁶⁷.

Más tarde la Corte Suprema Federal (BGH) "aclaró" una vez más esta opinión⁶⁸. La Corte Constitucional Federal (BVerfG) la confirmó, aunque empleando para ello mucho menos esfuerzo argumentativo⁶⁹. El BVerfG argumentó de la misma manera que el BGH, con consideraciones de justicia basadas en el derecho natural y en los derechos humanos, en cuanto la Corte retira la prohibición de la retroactividad en vista de una causa justificante contraria a los derechos humanos:

⁶⁶ BGHSt 39, pp. 1, 29 y s.

⁶⁷ BGH NJW 1995, pp. 2728 y 2730.

⁶⁸ Comparar BGH NJW 1995, pp. 2728, 2731 y s., donde (una vez más) se reafirma que el art. 103 II GG ni protege la confianza en la continuación de una determinada práctica de interpretación o de una práctica estatal, ni que tampoco un *futuro* ordenamiento con base en el Estado de Derecho no castigase esa práctica violadora de los derechos humanos en ese tiempo futuro (subrayado del autor). No obstante esta mirada en el futuro es completamente imposible de realizar en el momento de la ejecución del hecho.

⁶⁹ BVerfG (supra nota 3).

⁶³ Comparar Sch/Sch-Eser, § 2 nm. 3. Con más referencias: Roxin (1997), § 5 nm. 53.

⁶⁴ BGHSt 39, pp. 1, 26 y ss.; así mismo BGH NJW 1993, pp. 1932 y 1935.

⁶⁵ BGHSt 39, pp. 1, 29.

En esta situación muy especial el mandato de la *justicia* material, que también acepta el respeto de los derechos humanos reconocidos por el derecho público internacional, prohíbe la aplicación de una tal causa de justificación⁷⁰.

3) De acuerdo con la opinión de la mayoría de la doctrina la inobservancia de la Ley de Frontera representa una violación contra el artículo 103 II GG⁷¹. La interpretación del § 27 de la Ley de Frontera, conforme con los derechos humanos, viola la prohibición de retroactividad, ya que representa una

⁷⁰ BVerfG NJW 1997, pp. 929, 930 (subrayado del autor). Crítica P. A. Albrecht, NJ 1997, p. 1; Arnold, NJ 1997, p. 115; *id.* JuS 1997, p. 400; H. Dreier, JZ 1997, pp. 421, 428, 431 y ss.; Roggemann, NJ 1997, pp. 226, 231; Ambos, StV 1997, pp. 39, 41 y s.

⁷¹ Comparar por ejemplo Sachs-Degenhart, artículo 103, nm. 76; Dannecker, Jura 1994, pp. 585, 592 y s.; Dannecker/Stoffers, JZ 1996, pp. 490, 491 y ss.; Laskowski, JA 1994, pp. 151, 160 y s., 163; Arnold (1995), pp. 306 y ss.; Jakobs (1992), p. 51; *id.* GA 1994, pp. 1, 5 y ss., 16; Pawlik, GA 1994, pp. 472, 483; Grünwald, StV 1991, pp. 31, 32; Günther, StV 1993, pp. 18, 23 y ss.; Herrmann, NStZ, 1993, pp. 118, 120; Kuhlen/Gramminger, JuS 1993, pp. 32, 37; Arthur Kaufmann, NJW 1995, pp. 81, 86; Polakiewicz, EuGRZ 1992, pp. 177, 188 y s.; H. Dreier, JZ 1997, pp. 421, 431 y ss.; pero también Neumann (1993), pp. 161, 168 y ss.; de forma diferenciada Gropp, NJ 1996, pp. 393 y 397 (en nota a pie de página 76); Welke, KritJ 1995, pp. 369 y 376; Lüderssen (1992), pp. 32, 34, 52, 146 y s. (que considera ciertamente significativa la Constitución, pero no los propósitos, ya sean políticos o informales; contrario a éste Jakobs, GA obra ya citada; Pawlik, GA 1994, pp. 472, 476 y s.; poco claro Peschel-Gutzeit/Jenckel (1996), pp. 277, 295 y ss. (que aceptan al mismo tiempo la decisión del BGH, pero consideran la prohibición de la retroactividad como incompatible con el derecho supra-legal).

De acuerdo con la jurisprudencia, por ejemplo: Naucke (1996), pp. 47 y ss., el cual se orienta por no tomar fácticamente en consideración la prohibición de la retroactividad; Alexy (1993), pp. 22 y ss., quien parte de una retroactividad oculta (p. 30), pero de acuerdo con una interpretación restrictiva del artículo 103 II GG (p. 35); Amelung, JuS 1993, pp. 637, 642 (interpretación conforme a los derechos humanos del derecho de la RDA); *id.* GA 1996, pp. 51, 56; Schroeder, JR 1993, pp. 45, 46 y s., quien considera esto como la opinión dominante y solamente introduce razones para la ignorabilidad del § 27 de la Ley de Frontera; Eser (1996), pp. 337 y 339; Lampe (1993), pp. 15, 25 y s.; Schünemann (1993), pp. 173, 184 y ss.; R. Dreier (1993), pp. 57, 67 y s.; Schreiber, ZStW 1995, pp. 157, 170; Hruschka, JZ 1992, pp. 665 y 669, quien elude la "auto-contradicción" de la unión del Estado de Derecho a derecho no jurídico-estatal a través del empleo (improcedente) del derecho de la RFA por medio del § 7 II Alt. 2 CP.

posterior revalorización de la situación jurídica real; con ello contradice el sentido jurídico dominante en el momento de la ejecución del hecho y por esto no pudo haber sido previsto por los autores de aquella época. Pero la prohibición de la retroactividad exige, precisamente, partir del "pervertido" derecho de la RDA y tomar hoy también este derecho como base, tal como fue realmente entendido y aplicado⁷².

Una tal aplicación inmanente al sistema y exigida por el artículo 103 II de la Constitución Federal respecto a la aplicación del § 27 de la Ley de Frontera, conduce ciertamente a la impunidad de los casos "normales" de protección del muro; sin embargo, permanecen punibles los casos de excesos, incluyendo los casos de omisión de ayuda (omisión de medidas que salven vidas), puesto que estos casos ya eran punibles según el derecho de la RDA, que en principio debía ser aplicado⁷³. Sin duda, tales reflexiones posteriores respecto a la punibilidad o bien la impunidad, de todos modos, no pueden ser decisivos dado el significado fundamental de la prohibición de retroactividad como derecho de protección comparable con los derechos fundamentales. Si se hubiera deseado restringir la protección de la prohibición de retroactividad en relación con ciertos hechos anteriores acaecidos en la RDA, entonces esto se hubiera debido reglamentar en el contrato de unificación y se hubiera debido expedir un acto legislativo que hubiera cambiado la Constitución Federal⁷⁴. Ya que se desaprovechó esta oportunidad, rige la

⁷² Comparar con esto y en relación con el derecho del Estado Nacional-Socialista Dencker, KritV 1990, pp. 299, 304 y ss.

⁷³ Ellos fueron tipificados (comparar §§ 111 del CP de la RDA) y también sin ser justificados (el § 27 de la Ley de Frontera, es ignorado), comparado ya en la nota *supra* 1.

⁷⁴ Referente a una ley de esta índole en el sentido del artículo 7º II de la Comisión Europea

prohibición de retroactividad también en favor de estos hechos. A quien, con razones muy entendibles, esto le parezca intolerable, deberá declararse por lo menos partidario de un rompimiento abierto —en lugar de un rompimiento oculto—, con la prohibición de la retroactividad⁷⁵. Finalmente, el repliegue sobre las reglas del derecho natural y los derechos humanos (Fórmula de Radbruch), otorga a la jurisprudencia junto con una “intangibilidad”⁷⁶ también una “indeterminabilidad” que apenas sería compatible con el principio de certeza⁷⁷.

Gropp⁷⁸ señala que el “problema de la armonización” entre el artículo 103 II de la Constitución Federal (GG) y el derecho a la vida, de todas maneras, no podría solucionarse en tal forma que se le quite a todos los soldados de frontera la garantía del artículo 103 II GG; más bien, deberían tenerse en cuenta las circunstancias del caso particular. Sin embargo, los criterios limitantes desarrollados por Gropp no traspasan la conocida delimitación entre los hechos normales y los hechos excesivos⁷⁹. Un reconocimiento principal, pero quebrantado por numerosas excepciones, de la prohibición de la

de los Derechos Humanos (CEDH), 15 II del PIDCP, por ejemplo: Dannecker/Stoffers, JZ 1996, pp. 490, 494; Laskowski, JA 1994, pp. 151, 165; Dencker, KritV 1990, pp. 299, 306; Welke, KritJ 1995, pp. 369 y s.; Ambos, StV 1997, pp. 39, 42; Kemtner, NJW 1997, pp. 2298, 2300. En este sentido también: Hermann, NStZ 1993, pp. 118, 121 cuando él promueve un rompimiento de la prohibición de retroactividad en “un núcleo de reconocimiento universal de los principios jurídicos”.

⁷⁵ Así también Dencker, KritV 1990, pp. 299, 306 y s.; Günther, StV 1993, pp. 18, 23 y s.; criticando el rompimiento oculto de la prohibición de retroactividad: Alexy (1993), p. 30.

⁷⁶ Amelung, JuS 1993, pp. 637, 640; así mismo Gropp, NJ 1996, pp. 393, 396; Laskowski, JA 1994, pp. 151, 163. En contra Sprenger, NJ 1997, pp. 3, 6.

⁷⁷ Jakobs, GA 1994, pp. 1, 12; Kuhlen/Gramminger, JuS 1993, pp. 32 y 37.

⁷⁸ Gropp, NJ 1996, pp. 393, 397; también Arnold (1995), p. 305.

⁷⁹ Gropp, NJ 1996, pp. 393 y 397; similar Spindel, RuP 1993, pp. 61, 65 para una ponderación de los bienes.

retroactividad no trae la deseada seguridad jurídica ni tampoco más justicia. De esta manera, entonces, se puede seguir la solución del BGH y tomar en consideración puntos de vista individuales en el plano de la culpabilidad. Finalmente, una solución armoniosa se enfrenta también, respecto al principio de la certeza, a ataques similares al de la solución del BGH.

II. LA ANTIJURIDICIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LOS AUTORES MEDIATOS

A) Según la jurisprudencia, el comportamiento de los autores mediatos es antijurídico a causa de la inobservancia del § 27 de la Ley de Frontera⁸⁰.

B) En efecto, si se parte con la mayoría de la literatura especializada de que el § 27 de la Ley de Frontera debe observarse en razón al artículo 103 II de la Constitución Federal, entonces los autores mediatos deben poder invocar también esas causas de justificación (igualdad ante la ley, art. 3° GG). Esto parece injusto si uno piensa que ellos son co-responsables por lo general del régimen de frontera y de la situación jurídica relacionada con este régimen; incluso, posiblemente han sido coparticipes activos en la creación de la Ley de Frontera. Visto desde esta perspectiva una tal causa justificante corresponde a una así denominada amnistía

⁸⁰ Comparar en especial BGHSt 40, p. 218 (=NJW 1994, p. 2703); BGH, Decisión de abril 30 de 1997, 5 StR 42/97 (rechazo de la casación en el proceso contra los “generales”); tampoco fue aceptada la queja constitucional contra el mismo (BVerfG, Decisión de julio 24 de 1997, 2 BvR 1084/97, 1120/97, 1121/97, 1122/97); comparar también la sentencia que todavía no está en firme del LG Berlín de mayo 30 de 1997 (Periódico FAZ de junio 2 de 1997, p. 1) y la sentencia del Politburó (Krenz y otros) de agosto 25 de 1997 (Periódico FAZ de agosto 26 de 1997, pp. 1 y s.; agosto 28 de 1997, p. 5).

auto-favorecedora que según los principios del derecho público internacional no puede ser tenida en cuenta⁸¹.

Desde el punto de vista estatal interno, deben tenerse en cuenta *los fines de protección* de la prohibición de la retroactividad⁸². El concepto de protección de la confianza (en el que se fundamenta la prohibición de la retroactividad)⁸³ puede jurídicamente pasar a un segundo plano en el caso de los autores mediatos; su confianza para la futura validez de una causa de justificación, posiblemente creada por ellos, no merece protección o menos protección—en razón de su “dominio del saber” y de su influyente posición de poder— que la del autor material, por lo general ignorante (es decir, un simple soldado de frontera)⁸⁴. Acertadamente Naucke⁸⁵ y Welke⁸⁶ llaman la atención además sobre el hecho de que el fin de la prohibición de retroactividad consiste también en una limitación del gobernante y en la creación de justicia. Pero si esto es así, la razón de la prohibición de la retroactividad exige —en el sentido de una reducción teleológica— su revocación, por lo menos en el caso de los autores mediatos poderosos y de mala fe. Ya que si se garantizara su no punición con ayuda de la prohibición de retroactividad, ésto sería contrario a su fin. La prohibición de la retroactividad no existe para garantizar la perpetuación de la impunidad

⁸¹ Confrontar sobre esto Ambos (1997), pp. 209 y ss.; en castellano (1997), pp. 279 y ss.

⁸² Sobre esto especialmente Schönemann (1978), pp. 223 y 235; *id.* (1993), pp. 173, 184 y ss.; Welke, *KritJ* 1995, pp. 369, 370 y ss.

⁸³ Sin embargo, contra la mera protección de la confianza y en favor de una concepción objetiva del principio: Schreiber, 1976, pp. 213 y ss. (219 y s.).

⁸⁴ Los que en este sentido se pueden considerar como víctimas del régimen de frontera (BGH NJW 1993, pp. 1932, 1937).

⁸⁵ Naucke (1996), pp. 55 y ss.

⁸⁶ Welke, *KritJ* 1995, pp. 369, 374 y s., 377, 381.

fáctica o normativa de aquellos, quienes se crearon para sí mismos las condiciones de esta impunidad.

Estas reflexiones no sólo coinciden con las consideraciones de justicia del derecho natural⁸⁷ de la jurisprudencia del BGH y con los comentarios de la doctrina que en razón a una ponderación en el caso particular quieren excepcionalmente quitarle importancia al artículo 103 II de la Constitución Federal⁸⁸; las reflexiones corresponden también a las relaciones con la prohibición de la retroactividad, practicadas en Nuremberg y Tokio y otros procesos—internacionales—de post-guerra, orientadas por consideraciones de justicia⁸⁹.

Una violación contra el artículo 3° de la Constitución Federal (principio de igualdad) no existiría allí, pues grupos de casos desiguales (acá poderosos autores allí receptores sometidos a órdenes) también deben ser tratados de diferente manera⁹⁰.

C) Quien —con buenas razones— considere como inconsecuente una tal limitación de la prohibición de la retroactividad relacionada con el caso, también podría acá expresar las objeciones ya mencionadas arriba⁹¹. A favor de este planteamiento habla en especial, que para consideraciones individualizantes solamente hay espacio al nivel de la culpabilidad, pero no hay ese espacio en el plano del injusto (objetivo). Desde esta perspectiva también es lógicamente imperativo proporcionar al autor mediato el beneficio del § 27 II de la Ley de Frontera, con todas las consecuencias que están ligadas a esto y que se oponen al sentimiento de justicia.

⁸⁷ De otra opinión Naucke (1996), pp. 53 y ss., 57, quien declara la prohibición de la retroactividad desde el punto de vista también (o justamente por eso) como “incompetente”.

⁸⁸ Comparar en especial Gropp, NJ 1996, pp. 393 y 397 así como *supra* nota 79 y texto.

⁸⁹ Comparar más profundamente Ambos, *StV* 1997, pp. 39 y 40.

⁹⁰ Comparar Jarass/Pieroth (1997), art. 3 nm. 5.

⁹¹ Comparar la discusión en *supra* I. 3. c).

LISTA DE NORMAS CITADAS

Grundgesetz (Constitución de la República Federal Alemana):

Art. 3º. (1) Todas las personas son iguales ante la ley.

(2) Hombres y mujeres tienen iguales derechos. El Estado fomentará la realización material de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y procurará eliminar los obstáculos existentes.

(3) Nadie puede ser discriminado por razón de sexo, origen, raza, idioma, nacionalidad, creencias, o por sus opiniones religiosas o políticas. Nadie puede ser discriminado por su discapacidad.

Art. 103. (2) Un hecho sólo puede ser castigado cuando la punibilidad esté determinada legalmente, antes de que el hecho se cometa.

DDR-Verfassung (Constitución de la República Democrática Alemana):

Art. 51. La cámara del pueblo ratificará los tratados de la DDR y otros tratados de derecho internacional siempre que por dichos tratados se modifiquen leyes de esta cámara popular.

También decidirá sobre la denuncia de dichos tratados.

DDR-Grenzgesetz (Ley de Frontera de la República Democrática Alemana)

§ 27 (2) El empleo de las armas de fuego será lícito para evitar la inminente ejecución o la continuación de un hecho punible que de acuerdo con las circunstancias pueda considerarse como un delito grave (Verbrechen). También es lícita para detener a las personas altamente sospechosas de haber cometido un delito grave.

DDR- StGB (Código Penal de la República Democrática Alemana)

§ 95 *Exclusión del estado de necesidad basado en el cumplimiento de una orden.* Quien actúe con inobservancia de los derechos humanos y fundamentales; a los deberes que impone el derecho internacional o a la soberanía estatal de la DDR, no puede invocar la ley, orden o instrucción y será considerado penalmente responsable.

§ 111 *Atenuación extraordinaria y perdón de la pena.* En los delitos graves mencionados en este capítulo, se puede imponer una pena menor de la mínima prevista legalmente o prescindirse incluso de la pena si el autor del delito se presenta ante los órganos de seguridad y confiesa el delito o denuncia los datos que permitan su conocimiento.

§ 112 *Asesinato.* (1) Será castigado con pena de prisión no menor a diez años o con prisión perpetua, quien dolosamente mate a una persona.

(2) La pena de prisión perpetua será especialmente aplicable, cuando el hecho:

1. constituya un delito grave contra la soberanía de la DDR, la paz, la humanidad y los derechos humanos o un crimen de guerra; o cuando sea cometido por hostilidad contra la DDR;

2. se realice o se lleve a cabo con medios o métodos de peligro común o para intimidar o asustar a la población;
3. se realice de forma alevosa o especialmente brutal;
4. se realice varias veces o el autor haya sido anteriormente condenado por homicidio doloso;
5. Se haya cometido después de que el autor haya sido anteriormente condenado varias veces por delitos violentos (como los previstos en los § 116, 117, 121, 122, 126, 216).

(3) La preparación y la tentativa son punibles.

§ 113 *Homicidio.* (1) Será castigada la muerte de una persona con pena de prisión hasta diez años, cuando:

1. el autor se encuentra, sin culpa propia, en un estado de arrebató u obcecación (Affekt), producido como consecuencia de un maltrato inferido a él o a sus parientes, por la víctima; por una amenaza grave o por una grave enfermedad, y con base en ello haya sido impulsado a realizar el homicidio;
2. una mujer haya matado a su hijo en el parto o inmediatamente después;
3. existan especiales circunstancias que atenúen la responsabilidad penal.

§ 213 *Paso ilegal de Fronteras.* (1) Quien atraviese ilegalmente las fronteras de la DDR o infrinja las normas de residencia temporal de la DDR o de tránsito a través de la DDR, será castigado con pena de prisión hasta de dos años o con suspensión condicional de la pena, arresto o multa.

(2) Con la misma pena será castigado quien antijurídicamente, como ciudadano de la DDR, no regrese a la DDR o no lo haga dentro del plazo previsto legalmente, o infrinja las normas estatales sobre residencia en el extranjero.

(3) En casos graves, el autor será castigado, con pena privativa de la libertad de uno a ocho años. Existe un caso grave, cuando:

1. el hecho ponga en peligro la vida o la salud de las personas;
2. el hecho se haya realizado portando armas o empleando medios o métodos peligrosos;
3. el hecho se haya realizado con especial intensidad;
4. el hecho se produzca mediante una falsedad documental (§240 y §242), o utilización indebida de documentos o utilizando indebidamente algún medio de ocultamiento;
5. el hecho se cometa juntamente con otro;
6. el autor haya sido ya condenado por paso ilegal de fronteras.

(4) La preparación y la tentativa son punibles.

StGB (Código Penal de la República Federal Alemana)

§ 7 *Otros casos de la aplicación de la ley penal a hechos cometidos en el extranjero.*

(1)....

(2) También será aplicado el derecho penal alemán a otros hechos cometidos en el extranjero cuando el hecho sea punible en el lugar

donde se cometió o cuando dicho lugar no esté sometido a ningún poder punitivo, y cuando el autor:

1. al tiempo de cometer el hecho era alemán o hubiera adquirido la nacionalidad alemana con posterioridad al hecho; o,
2. al tiempo de cometer el hecho era extranjero y se encuentra en territorio alemán y no haya sido extraditado a pesar de que con la ley de extradición era procedente su extradición conforme a la naturaleza del hecho, o bien porque no se ha efectuado la solicitud de extradición o porque ha sido negada o porque la extradición no puede realizarse.

UZwG (Ley sobre aplicación de medidas coercitivas)

§ 11 *Utilización de armas de fuego en el servicio de frontera.* (1) Los funcionarios citados en el § 9 numerales 1, 2, 7 y 8, pueden también utilizar las armas en el servicio de fronteras contra aquellas personas que no se detengan ante órdenes reiteradas o que se resistan a la inspección de su persona o de los objetos o útiles que lleven consigo intentando huir. En caso de que se presuma que la orden verbal no va a ser entendida, ésta podrá ser sustituida por un disparo de advertencia.

(2) Se entiende como servicio de frontera la realización de misiones federales y locales que se lleven a cabo por las personas mencionadas en el apartado 1 que estén relacionadas con un servicio de frontera.

Polizeigesetz Baden-Württemberg (Ley Policial del Estado Baden-Württemberg)

§ 53 *Presupuestos para la utilización de armas de fuego.* (1) La utilización de las armas de fuego sólo es admisible cuando existan los

presupuestos generales de la utilización de coerción inmediata y cuando hayan sido empleadas sin éxito una violencia corporal de poca intensidad u otros medios auxiliares de carácter contundente, o el empleo de los mismos no vaya a tener claramente ningún éxito. Sólo podrá dispararse contra personas cuando la finalidad perseguida por la policía con el empleo de las armas no pueda conseguirse igualmente disparando contra objetos.

(2) No será lícito la utilización de armas de fuego cuando sea muy probable que pueda ponerse también en peligro a personas ajenas a la situación. Sin embargo, no será aplicable esta disposición cuando el empleo de las armas de fuego sea el único medio para evitar un peligro actual a la vida.

§ 54 Utilización de armas de fuego contra personas. (1) Las armas de fuego sólo podrán ser utilizadas contra personas concretas:

1. Para impedir la ejecución inminente o la continuación de un hecho antijurídico, que según las circunstancias pueda considerarse:

- a. como un delito grave; o,
- b. como un delito menos grave que se cometa o sea cometido con empleo o portando armas de fuego o sustancias explosivas;

2. para detener a una persona que intente sustraerse a la detención o a su identificación, siempre que:

- a. se trate de un hecho antijurídico infraganti que según las circunstancias se pueda considerar como delito grave o como un delito menos grave que se esté cometiendo con empleo o portando armas de fuego o sustancias explosivas

- b. sea notoriamente sospechoso de un delito grave;
- c. de un delito menos grave y pueda presumirse que vaya a hacer uso de un arma de fuego o de una sustancia explosiva;

3. Para frustrar la huida o evitar la nueva detención de alguien que se encuentra o se encontraba bajo custodia oficial,

- a. por encontrarse cumpliendo una pena de prisión por un delito, salvo que sea una pena de arresto;
- b. esté cumpliendo una medida de custodia de seguridad;
- c. sea claramente sospechoso de haber cometido un delito grave;
- d. con base en una orden de arresto; o,
- e. existan sospechas evidentes de que hubiera cometido un delito menos grave siempre que sea presumible que va a cometer dicho delito utilizando un arma de fuego o una sustancia explosiva;

4. Contra una persona que con violencia pretenda liberar de la custodia oficial a un preso o a alguien que se encuentra:

- a. en custodia de seguridad (§66 StGB);
- b. internado en un hospital psiquiátrico (§ 63 StGB; 126a StPO); o,
- c. internado en un centro de educación (§ 64 StGB, § 126a StPO).

(2) Un disparo, que con una probabilidad rayana en la seguridad

pueda ser mortal, sólo será admisible, cuando sea el único medio para prevenir un peligro actual a la vida o un peligro actual de una lesión grave a la integridad corporal.

(3) Las armas de fuego sólo pueden ser utilizadas contra un grupo de personas por ese grupo o desde el mismo se cometan hechos violentos o estén a punto de cometerse y siempre que otro tipo de medidas coactivas contra individuos no sean adecuadas o evidentemente no vayan a tener ningún éxito.

(4) El derecho a utilizar armas de fuego se mantiene vigente con base a otros preceptos legales.

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte. (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos)

Art 6: (1) Toda persona tiene un derecho innato a la vida. Este derecho debe ser legalmente protegido. Nadie debe ser despojado arbitrariamente de su vida.

(2) En Estados, en los que la pena de muerte no ha sido aún derogada, sólo puede sentenciarse a la pena de muerte para delitos graves con base en leyes que hayan estado vigentes al tiempo de la comisión del delito y que no contradigan las disposiciones de este Pacto y las de la Convención sobre la prevención y el castigo de genocidios. Este castigo sólo debe ejecutarse con base en una sentencia proferida legalmente por un tribunal competente.

(3) Si el homicidio corresponde al tipo penal del genocidio, entonces este artículo no faculta a los Estados contratantes a desprenderse de alguna manera de una obligación que ellos según las disposiciones de la Convención sobre la prevención y el castigo del genocidio hayan adquirido.

(4) Toda persona condenada a muerte tiene el derecho a solicitar indulto o conmutación de la pena. En todos los casos se puede conceder amnistía, el indulto, o la conmutación de la pena de muerte.

(5) La pena de muerte no puede decretarse para acciones culpables que hayan sido cometidas por menores de 18 años ni ejecutarse en mujeres embarazadas.

(6) Ninguna disposición de este artículo debe ser invocada para que por un tratado se demore o impida la abolición de la pena de muerte.

Art 12 (1) Toda persona que legalmente se encuentre dentro del área de soberanía de un Estado, tiene el derecho a moverse allí libremente y elegir libremente su sitio de vivienda.

(2) Toda persona tiene libertad de dejar cualquier país incluido el suyo propio

(3) Los derechos nombrados arriba, sólo pueden ser restringidos, cuando ello esté legalmente previsto y cuando sea necesario para la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salubridad pública, de la moral pública, o de los derechos y libertades de otros y cuando la restricción sea compatible con los demás derechos reconocidos en este Pacto.

(4) Nadie debe ser despojado arbitrariamente del derecho de viajar a su propio país.

Art. 15 (2) Este artículo no excluye la condena o el castigo de una persona a causa de una acción u omisión que fuera castigable en el momento de su comisión, de acuerdo con los principios generales reconocidos por la comunidad de pueblos.

Europäische Menschenrechtskonvention (Convención europea de Derechos Humanos)

Art 7 (2) Por medio de este artículo no debe excluirse la condena o el castigo a una persona, que se haya hecho culpable por una acción u omisión que en el momento de su comisión fuera castigable de acuerdo con los principios generales de derecho reconocidos por los pueblos civilizados.

Art. 25 (1) A la Comisión se le puede elevar una demanda (petición) dirigida al Secretario General del Consejo Europeo por cualquier persona natural, organización no estatal o Asociación de personas, que se sienta lesionada por una de las altas partes contratantes, bajo el supuesto de que la respectiva alta parte contratante haya expedido una aclaración, según la cual la parte contratante haya reconocido la competencia de esta Comisión en este campo. Las altas partes contratantes que hayan expedido una tal declaración, se obligan a no impedir en ninguna forma el ejercicio efectivo de ese derecho.

Art. 48 (1) Tienen el derecho de presentar ante el Tribunal de Justicia (de la Comunidad Europea) un negocio judicial, bajo el supuesto de que toda alta parte contratante afectada esté supeditada a la jurisdicción obligatoria del Tribunal de Justicia, o en cuanto esto no sea el caso, apruebe:

a. la Comisión...

Wiener Vertragsrechtskonvention (Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados)

Art. 46. Disposiciones de derecho interno sobre la competencia para celebrar tratados. (1) El hecho de que el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de

una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte una norma fundamental de su derecho interno.

Satzung des Internationalen Gerichtshofs (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)

Art 38 (1) La Corte de Justicia, cuya tarea es, decidir sobre los litigios que se le presenten de acuerdo con el derecho internacional, emplea:

- a. Acuerdos internacionales de naturaleza general o específica en los cuales a los Estados litigantes se le fijan reglas expresamente reconocidas;
- b. El derecho consuetudinario internacional como expresión de un ejercicio general reconocido como derecho;
- c. Los principios generales de derecho reconocidos por los pueblos civilizados;
- d. decisiones judiciales a reserva del artículo 59 y las doctrinas de los internacionalistas más aptos de las diferentes naciones como medios de ayuda para la fijación de las normas de derecho.

(2) Esta determinación deja intangible la competencia de la Corte de Justicia, para decidir con el consentimiento de las partes *ex aequo et bono*.

BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, Peter-Alexis. "Das Bundesverfassungsgericht und die strafrechtliche Verarbeitung von Systemunrecht – eine deutsche Lösung!", *Neue Justiz (NJ)* 51, 1997, pp. 1-2.

Alexy, Robert. *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Göttingen, 1993.

Ambos, Kai. *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*. Freiburg/Br, 1997. En castellano *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico legal sobre Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina*, Medellín, Lima, Buenos Aires, 1997.

Ambos, Kai. Anmerkung zu BGHNStZ, 1997, p. 491. *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 17, 1997, pp. 492 y 493.

Ambos, Kai. "Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint", *European Journal of International Law (EJIL)* 7, 1996, pp. 519 a 544.

Ambos, Kai. "Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungs-

- gericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot", *Strafverteidiger (StV)* 17, 1997, pp. 39 a 43.
- Ambos, Kai. "Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer", *Juristische Arbeitsblätter (JA)* 29, 1997, pp. 983 a 990.
- Amelung, Knut. "Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz – Ein Zwischenbericht", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 143, 1996, pp. 51 a 71.
- Amelung, Knut. Strafbarkeit von "Mauerschützen", –BGH, NJW 1993, p. 141, *Juristische Schulung (JuS)* 33, 1993, pp. 637 a 643.
- Amelung, Knut. "Todesschüsse an der Mauer im Februar 1972". Anmerkung zu BGH NStZ 1994, p. 533, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 15, 1995, pp. 29 y 30.
- Arnold, Jörg. Die "Bewältigung" der DDR-Vergangenheit vor den Schranken des rechtsstaatlichen Strafrechts, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (ed.). Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1995, pp. 283 a 312.
- Arnold, Jörg. Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung, en Eser, Albin/Huber, Barbara (eds.). Strafrechtsentwicklung in Europa 5.1. Landesberichte 1993/1996 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur, Freiburg/Br, 1997, pp. 157-252.
- Arnold, Jörg. "Bundesverfassungsgericht contra Einigungsvertrag. Der "Mauerschützen"-Beschluss des BVerfG auf dem strafrechtlichen Prüfstand", *Neue Justiz (NJ)* 51, 1997, pp. 115 a 121.
- Arnold, Jörg. "Einschränkung des Rückwirkungsverbot es sowie sorgfältige Schuldprüfung bei den Tötungsfällen an der DDR-Grenze", *Juristische Schulung (JuS)* 37, 1997, pp. 400 a 404.

- Arnold, Jörg/Kühl, Martin. Forum: Probleme der Strafbarkeit von "Mauerschützen", *Juristische Schulung (JuS)* 32, 1992, pp. 991 a 997.
- Arnold, Jörg/ Weigend, Ewa. Strafrecht, politischer Systemwechsel und Vergangenheitsaufarbeitung in Polen und in Deutschland: Versuch einer Bestandsaufnahme, *Recht in Ost und West (ROW)* 41, 1997, pp. 81 a 93.
- Dannecker, Gerhard. "Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung", *Juristische Ausbildung (Jura)* 16, 1994, pp. 585 a 595.
- Dannecker, Gerhard/Stoffers, Kristian F. "Rechtsstaatliche Grenzen für die strafrechtliche Aufarbeitung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze", *Juristenzeitung (JZ)* 51, 1996, pp. 490 a 494.
- Dencker, Friedrich. "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)* 73, 1990, pp. 299 a 312.
- Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus (Gesamtherausgeber). Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar). Loseblatt. Art. 103 (Zweitbearbeitung): Rüping, Hinrich. 60. Entrega. Heidelberg mayo de 1990. (zit.: Dolzer/Vogel-Rüping).
- Dreier, Horst. "Gustav Radbruch und die Mauerschützen", *Juristenzeitung (JZ)* 52, 1997, pp. 421 a 434.
- Dreier, Ralf. "Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes", en Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (eds.).

- Strafgerichtigkeit*. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. Heidelberg 1993, pp. 57 a 70.
- Engels, Dieter. Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 128, 1982, pp. 109 a 125.
- Eser, Albin. Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgebern. Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Altaten, en Böttcher, Reinhard/Hueck, Götz/Jähnke, Burkhard (eds.). Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag. Berlin, New York 1996, pp. 337-349.
- Faller, Hans Joachim. "Wiederkehr des Naturrechts? Die Naturrechtsidee in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1945 bis 1993". *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)* 43, 1995, pp. 1 a 17.
- Fiedler, Wilfried. Anmerkung zu BGHJZ, 1993, 199. *Juristenzeitung (JZ)* 48, 1993, pp. 206 a 208.
- Fiedler, Wilfried. "Vom Gesetz zur 'richtig interpretierten' Norm. Bemerkungen zum Mauerschützen-Urteil des BGH". *Osteuroparecht (OstEuR)* 39, 1993, pp. 259 a 268.
- Frowein, Jochen Abr. Im Zweifel für den vielleicht tödlichen Schuß?, en Denninger, Erhard/Hinz, Manfred O./Mayer-Tasch, Peter Cornelius/Roellecke, Gerd (eds.). Kritik und Vertrauen. Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag. Frankfurt/M., 1990, pp. 112 a 121.
- Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang. Europäische MenschenrechtsKonvention: EMRK-Kommentar, 2^a ed., Kehl, 1996.

- Gropp, Walter. Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? –Zur Strafbarkeit der Berliner "Mauerschützen", *Neue Justiz (NJ)* 50, 1996, pp. 393 a 398.
- Grünwald, Gerald. *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, Bonn, 1971.
- Grünwald, Gerald. "Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen", *Strafverteidiger (StV)* 11, 1991, pp. 31 a 37.
- Günther, Klaus. Anmerkung zu BGHStV 1993, p. 9, *Strafverteidiger (StV)* 13, 1993, pp. 18 a 24.
- Herrmann, Joachim. Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung von § 27 des Grenzgesetzes der DDR –Zum Mauerschützenurteil des BGH vom 3.11.1992 (NStZ, 1993, p. 129). *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 13, 1993, pp. 118 a 121.
- Herzog, Felix (ed.). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze, Heidelberg, 1993.
- Hruschka, Joachim. "Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht", *Juristenzeitung (JZ)* 47, 1992, pp. 665 a 670.
- Jäger, Herbert. Verbrechen unter totalitärer Herrschaft: Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität, Olten, 1967.
- Jakobs, Günther. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, en Isensee, Josef (ed.). Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem. Berlin, 1992, pp. 37 a 64.

- Jakobs, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlin, New York, 1993.
- Jakobs, Günther, "Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?", *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 141, 1994, pp. 1 a 19.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo. "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland", *Kommentar*, 4^a ed., München, 1997.
- Jung, Heike. "Zur Strafbarkeit von Mauerschützen", Anmerkung zu *BGH NJW* 1993, p. 141. *Juristische Schulung (JuS)* 33, 1993, pp. 601 a 603.
- Kaufmann, Arthur. "Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht". *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 48, 1995, pp. 81 a 86.
- Kenntner, Markus. "Der deutsche Sonderweg zum Rückwirkungsverbot – Plädoyer für die Aufgabe eines überholten Verweigerungsdogmas", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 50, 1997, pp. 2298 a 2300.
- Kuhlen, Lothar/Gramminger, Thomas. "Die Mauerschützen und der Denunziant – Ein Bericht über eine strafrechtliche Hausarbeit", *Juristische Schulung (JuS)* 33, 1993, pp. 32-39.
- Küpper, Georg/Wilms, Heiner. "Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes", *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 25, 1992, pp. 91 a 96.
- Lampe, Ernst-Joachim. "Rechtswidriges Gesetz? Strafbare Gesetzgeber?", en Lampe, Ernst-Joachim (ed.). *Deutsche*

- Wiedervereinigung. Band II: Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung.* Köln, Berlin, Bonn, München, 1993, pp. 15-26.
- Lampe, Ernst-Joachim. "Systemunrecht und Unrechtssysteme". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 106, 1994, pp. 683 a 745.
- Laskowski, Silke. "Unrecht – Strafrecht – Gerechtigkeit. Die Probleme des Rechtsstaats mit dem DDR-Unrecht", *Juristische Arbeitsblätter (JA)* 26, 1994, pp. 151 a 166.
- Luchterhandt, Otto. "Was bleibt vom Recht der DDR?", en Schmidt, Karsten (editor). *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?* Hamburger Ringvorlesung, Berlin, 1994, pp. 165 a 198.
- Lüderssen, Klaus. *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR.* Frankfurt am Main, 1992.
- Lüderssen, Klaus. "Entkriminalisierung durch Politisierung?", *Juristenzeitung (JZ)* 52, 1997, pp. 525 a 534.
- Lüderssen, Klaus. "Kontinuität und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips bei grundsätzlichem Wandel der politischen Verhältnisse", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 104, 1992, pp. 735 a 784.
- Lüderssen, Klaus. "Zu den Folgen des 'Beitritts' für die Strafrechtspflege der Bundesrepublik Deutschland", *Strafverteidiger (StV)* 11, 1991, pp. 482 a 487.
- Miehe, Olaf. "Rechtfertigung und Verbotsirrtum", en Heinze, Meinhard/Schmitt, Jochem (eds.). *Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag.* Wiesbaden, 1995, pp. 647 a 668.

- Naucke, Wolfgang. *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1996.
- Neumann, Ulfried. "Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik", en Lampe, Ernst-Joachim (ed.). *Deutsche Wiedervereinigung. Band II: Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993, pp. 161 a 171.
- Ott, Hermann. Die Staatspraxis an der DDR-Grenze und das Völkerrecht. Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3.11.1992 – 5 StR 370/92, *Neue Justiz (NJ)* 47, 1993, pp. 337-343.
- Pawlik, Michael. "Strafrecht und Staatsunrecht. Zur Strafbarkeit der 'Mauerschützen'", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 141, 1994, pp. 472 a 483.
- Peschel-Gutzeit, Lore Maria/ Jenckel, Anke. Aktuelle Bezüge des Nürnberger Juristen-Urteils: Auf welchen Grundlagen kann die deutsche Justiz das Systemunrecht der DDR aufarbeiten?, en Peschel-Gutzeit (ed.). *Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947. Historischer Zusammenhang und aktuelle Bezüge*. Baden-Baden, 1996, pp. 277 a 299.
- Polakiewicz, Jörg. "Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze", *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)* 19, 1992, pp. 177 a 190.
- Radbruch, Gustav. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1, 1946, pp. 105 a 108.
- Roggemann, Herwig. Die strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit am Beispiel der "Mauerschützen" -und der

- Rechtsbeugungsverfahren. Eine Zwischenbilanz. *Neue Justiz (NJ)* 51, 1997, pp. 226 a 232.
- Roxin, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*. 3ª ed., München, 1997.
- Sachs, Michael (ed.). *Grundgesetz: Kommentar*. München, 1996 (zit.: Sachs-Bearbeiter).
- Saliger, Frank. *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*. Heidelberg, 1995.
- Schönke, Adolfy Horst Schröder (eds.). *Strafgesetzbuch: Kommentar*. 25ª edición, bearbeitet von Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser, Walter Stree, München, 1997 (zit.: Sch/Sch-Bearbeiter).
- Schreiber, Hans-Ludwig. *Gesetz und Richter: zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, 1976.
- Schreiber, Hans-Ludwig. "Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 107, 1995, pp. 157 a 182.
- Schroeder, Friedrich-Christian. "Die Rechtswidrigkeit der Flüchtlingserschießungen zwischen Transzendenz und Immanenz", *Juristische Rundschau (JR)* 1993, pp. 45 a 51.
- Schünemann, Bernd. "Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten", en Frisch, Wolfgang/ Schmid, Werner (eds). *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*. Köln, Berlin, Bonn, München 1978, pp. 223 a 247.

Schünemann, Bernd. "Strafrechtliche Verantwortlichkeit für die DDR-Spionage gegen die Bundesrepublik Deutschland nach der Wiedervereinigung", en Lampe, Ernst-Joachim (ed.). *Deutsche Wiedervereinigung. Band II: Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993, pp. 173 a 191.

Spendel, Günter. "Bundesgerichtshof und 'Mauerschützen'-Prozeß", *Recht und Politik (RuP)* 29, 1993, pp. 61 a 66.

Sprenger, Gerhard. "50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen", *Neue Justiz (NJ)* 51, 1997, pp. 3 a 7.

Welke, Wanja Andreas. "Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität?", *Kritische Justiz (KritJ)* 28, 1995, pp. 369 a 382.

Zimmermann, Stefan. "Die strafrechtliche 'Bewältigung' der deutschen Diktaturen", *Juristische Schulung (JuS)* 36, 1996, pp. 865 a 871.

DE NUESTRA SERIE

1. *La competencia por organización en el delito de omisión*
Günther Jakobs, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, 1994, pp.
2. *Imprudencia, tipo y ley penal*
Wolfgang Schöne, trad. Patricia S. Ziffer, 1995, 48 pp.
3. *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*
Marcelo A. Sancinetti, 1996, 40 pp.
4. *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*
Günther Jakobs, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1996, 32 pp.
5. *El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma*
Patricia S. Ziffer, 1996, 32 pp.
6. *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del Derecho penal*
Manfred Maiwald, trad. Marcelo A. Sancinetti, 1996, 40 pp.
7. *El sistema argentino de medición de la pena*
Patricia S. Ziffer, 1996, 32 pp.
8. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*
Günther Stratenwerth, trad. de Marcelo A. Sancinetti, 1996, 40 pp.
9. *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*
Marcelo A. Sancinetti, 1996, 40 pp.
10. *Actuar u omitir. Delitos de comisión y de omisión*
Eberhard Struensee, trad. Patricia S. Ziffer, 1996, 48 pp.
11. *El concepto jurídico-penal de acción*
Günther Jakobs, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1996, 52 pp.
12. *La imputación penal de acción y de omisión*
Günther Jakobs, trad. de Javier Sánchez-Vera, 1996, 72 pp.

13. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*
Günther Jakobs, trad. de Manuel Cancio Meliá
y Bernardo Feijjo Sánchez, 1996, 64 pp.
14. *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*
Günther Jakobs, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1996, 32 pp.
15. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error
como problema de imputación objetiva*
Günther Jakobs, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1996, 36 pp.
16. *Sobre la teoría de la pena*
Günther Jakobs, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1998, 36 pp.
17. *La armonización del Derecho penal en los Estados miembros
de la Unión Europea*
Klaus Tiedemann, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1998, 40 pp.
18. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*
Albin Eser, trad. Manuel Cancio Meliá, 1998, 44 pp.
19. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima*
Manuel Cancio Meliá, 1998, 80 pp.
20. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud
de aparatos organizados de poder*
Kai Ambos, trad. Manuel Cancio Meliá, 1998, 80 pp.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en abril de 1999.

Se compuso en caracteres Palatino de 12 puntos
y se imprimió sobre papel bond de 75 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Post Tenebras Spero Lucem