

DERECHO INJUSTO, RETROACTIVIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.

La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*

Robert Alexy
Universidad de Kiel

Desde la reunificación de Alemania se viene discutiendo animadamente si los guardias fronterizos de la RDA, así como sus superiores, e incluso los dirigentes políticos responsables, pueden ser perseguidos criminalmente por el homicidio de fugitivos en la frontera interior alemana. En su primera sentencia sobre los centinelas del muro¹, de noviembre de 1992, transcurridos ya más de dos años desde la reunificación, el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los guardias fronterizos y, desde entonces, se ha mantenido en esta jurisprudencia². Dos años más tarde, en 1994, el Tribunal resolvió que también altos funcionarios de la República Democrática Alemana (RDA) debían responder penalmente por los homicidios en la frontera: los encontró culpables como autores mediatos de homicidio³. De nuevo dos años después, el 24 de octubre de 1996, la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal declaró esta jurisprudencia acorde con la Constitución. Pues bien, la cuestión que debemos abordar aquí es si es correcta esta última resolución** del Tribunal Constitucional Federal,

* *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften/Vandenhoeck & Ruprecht, 1997 (Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e.V., Jahrgang 15, 1997, Heft 3). Traducción: A. Daniel Oliver-Lalana (e-mail: adoliver@posta.unizar.es). El traductor, y la revista DOXA, desean agradecer a la Sociedad Científica Joachim-Jungius de Hamburgo el permiso para publicar esta traducción.

¹ BGHSt 39, 1.

² BGHSt 39, 168; 39, 199; 39, 353; 40, 48; 40, 113; 40, 218; 40, 241; 41, 10; 41, 101; 41, 149; BGH, StV 1996, 479.

³ BGHSt 40, 218 (230).

** Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán reciben el nombre de «resolución» (*Beschluß*) cuando no siguen a una vista oral. En caso de haberse producido ésta, la decisión del Tribunal toma el nombre de sentencia (*Urteil*). Véase el § 25 párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht o BVerfGG*) [N. del T].

con la cual viene a solventarse definitivamente en Alemania la controversia sobre la punibilidad de los centinelas del muro y de las personas que estaban detrás de ellos⁴.

I. Los objetos de los recursos de amparo

El objeto de la resolución del Tribunal Constitucional Federal lo constituyen cuatro recursos de amparo interpuestos contra sentencias del Tribunal Territorial de Berlín* y del Tribunal Supremo Federal, uno promovido por un guardia fronterizo y tres por miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA, en concreto por el general del ejército Keßler, último ministro de defensa de la RDA, por el capitán general Streletz, antiguo ministro delegado para la defensa y jefe del estado mayor del ejército popular, y por Albrecht, entonces presidente de la dirección comarcal del Partido Socialista Unificado de Alemania en Suhl.

1. Las sentencias contra los guardias fronterizos

En la noche del 14 al 15 de febrero de 1972, el guardia fronterizo era centinela jefe de una patrulla de frontera, compuesta por él y por otro soldado, destinada entre la orilla del Reichstag y la Rudower Chausse. La frontera seguía aquí el curso del río Spree. Sobre las diez y media de la noche, un hombre de 29 años, natural de Berlín oriental, había saltado al río con la intención de cruzarlo a nado hasta la orilla de Kreuzberg y quedarse en la zona occidental de la ciudad. Cuando los dos guardias fronterizos le descubrieron, había alcanzado ya la mitad del río. Como no reaccionara ante el alto de los soldados, éstos, casi al mismo tiempo, dispararon sobre él desde una distancia de unos cuarenta metros. Las ametralladoras estaban en posición de fuego continuo. El soldado que presenta el recurso de amparo apretó tres veces el gatillo, mientras que el otro lo hizo dos veces, descargando cada uno dos disparos por ráfaga. Ambos dispararon sin apuntar**. Según resulta de la práctica de las pruebas, no pudo refutarse que los primeros disparos fueran de aviso. Los restantes disparos fueron efectuados inmediatamente después. Ambos soldados eran conscientes de que podían herir de muerte al fugitivo, pero asumieron esta posibilidad afirmativamente. Después de las ráfagas ya no pudo verse más al nadador. Había sido alcanzado por un disparo en la cabeza y se había ahogado. Sigue sin aclararse de cuál de ambos soldados provino el disparo letal, pero, en cualquier caso, ambos

⁴ La decisión definitiva en Alemania no implica el final de la controversia. Uno de los condenados ha recurrido ante la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo.

* El *Landgericht* es equivalente a la Audiencia Provincial española [N. del T].

** Literalmente, «tiraron de cadera» (*aus der Hüfte*) [N. del T.].

actuaron con el objetivo común de cumplir la orden recibida en el relevo de guardia* e impedir la fuga. Las instrucciones recibidas antes de la incorporación al servicio de frontera establecían, de acuerdo con el número 89 del reglamento de servicio 30/10 del Ministerio para la Defensa Nacional del año 1967, que «la patrulla ... vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir, a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal»⁵.

Ambos soldados fueron esa misma noche relevados del puesto de vigilancia, y al día siguiente se les otorgó una distinción por méritos de servicio y un premio de 150 marcos. A la viuda del fallecido se le comunicó, cuatro semanas más tarde, que se había tratado de un suicidio y que el cadáver había sido ya incinerado.

a) La sentencia del Tribunal Territorial de Berlín

Según la nueva redacción del art. 315.1 de la Ley introductoria del Código penal, recogido en el Anexo I del Tratado de Unificación, en relación con el § 2 del Código penal, la muerte de un fugitivo sólo puede castigarse penalmente cuando, al tiempo de cometerse el hecho, dicha muerte fuera punible de acuerdo con el derecho vigente. Incluso admitiendo que tal es el caso, queda todavía por determinar si debería aplicarse entonces el derecho de la RDA, o bien el derecho federal actual. De acuerdo con la cláusula de la ley más favorable recogida en el § 2.3 del Código penal, esta cuestión debe decidirse por aplicación de la norma más leve. En primer lugar, por lo tanto, todo conduce a la pregunta de si el hecho cometido por los guardias fronterizos fue en su momento punible según el derecho de la RDA. De lo contrario, ambos soldados deberían ser absueltos.

El hecho constituyó un homicidio doloso cometido conjuntamente [coautoría], y ello no sólo de acuerdo con el derecho penal de la República Federal Alemana, sino también con el de la RDA. No obstante, el hecho no sería punible si al tiempo de su comisión hubiera concurrido una causa de justificación. Hasta la entrada en vigor de la Ley de Fronteras de la RDA (DDR-GrenzG), de 25 de marzo de 1982 (DDR-GBl. I, p. 197), y según el § 20.3 de la Ley sobre las funciones y competencias de la policía popular alemana (VoPoG) de 11 de junio de 1968 (DDR-GBl. I, p. 232), los miem-

* La *Vergatterung*, traducida como «relevo de guardia» (en la frase siguiente como «instrucciones»), es propiamente una reunión de tropa en la que los soldados reciben instrucciones antes de proceder al cambio de guardia [N. del T.].

⁵ Cfr. BGHSt 40, 241 (242).

bros del ejército popular estaban autorizados a «ejecutar las competencias reguladas en esta ley en cumplimiento de las funciones militares de vigilancia, orden y seguridad conforme a las instrucciones del Ministro para la Defensa Nacional»⁶. Según el § 17.2.a de la VoPoG, y también conforme al posterior § 27.2.1 de la DDR-GrenzG, podía abrirse fuego para evitar la inminente comisión o la continuación de un hecho punible el cual, en función de las circunstancias, pudiera constituir un delito* (la antigua disposición del § 17.2.a VoPoG clasificaba los delitos todavía con más detalle). Pues bien, aquí entraría en consideración un delito contra el orden público, dado que bajo tal rúbrica calificaba el Código penal de la RDA el cruce ilegal de la frontera, esto es, la fuga de la República (§ 213 DDR-StGB).

Llama la atención que tanto el § 17.2.a de la VoPoG como también el § 27.2.1. de la DDR-GrenzG coincidan literalmente, al menos en buena medida, con las disposiciones reguladoras del uso de armas de fuego vigentes en la República Federal (cfr. § 10.1. n° 1, a UzWG y el § 15.1 n° 1, a UzWGBw). Esta circunstancia, y también la de que la Constitución de la RDA de 6 de abril de 1968 (DDR-GBI. I p. 199), según la concepción generalmente admitida, reconociera el derecho a la vida y a la integridad corporal⁷, así como el hecho de que existieran abundantes reconocimientos oficiales de los derechos humanos por parte de la RDA⁸, hacen que resulte tentador interpretar las disposiciones de la RDA sobre uso de armas de fuego a la luz de los principios del Estado de Derecho. Esta interpretación conduciría a pensar que los disparos mortales en la frontera tampoco estaban amparados por aquellas disposiciones al tiempo de producirse los hechos y que, por tanto, fueron ya punibles según el derecho entonces vigente en la RDA. Los dos problemas principales de los casos de los centinelas del muro desaparecerían entonces de un plumazo. No se plantearía ya la cuestión de la retroactividad, pues un guardia fronterizo habría cometido en la RDA, también en 1972, un hecho punible de acuerdo con el derecho vigente de la

⁶ Junto a esta ley formal, existía una Orden dictada por el Ministro del Interior y Jefe de la Policía Popular alemana «sobre el orden en los espacios fronterizos y las aguas territoriales de la RDA» de 15 de junio de 1972 (DDR-GBI. II, p. 483), cuyo § 62 establecía que «la utilización de armas de fuego por los miembros de las tropas de frontera... se permite sólo de acuerdo con las correspondientes instrucciones militares del ministro de defensa». «Correspondientes instrucciones militares» hubo bastantes. Esta reglamentación no era sin embargo aplicable a los homicidios cometidos en febrero de 1972.

* Según el § 12 del actual Código penal alemán, estamos frente a un delito (*Verbrechen*) cuando la pena prevista es igual o superior a un año [N. del T.].

⁷ Cf. B. Kaden/T. Riemann, en E. Poppe (ed.), *Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft*, Berlin, 1980, p. 164; S. Mampel, *Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar*, Frankfurt am Main, ²1982, Art. 30, n° marginal 4.

⁸ Cfr. BGHSt 40, 241 (248 ss.).

RDA; y tampoco aparecería el problema del derecho positivo injusto, pues el derecho positivo de la RDA habría prohibido la muerte en la frontera y no habría sido, por lo tanto, un derecho injusto (*Unrecht*).

Ya en el caso que fue objeto de la primera sentencia sobre los centinelas del muro del año 1992, la primera instancia, el Tribunal Territorial de Berlín, había seguido este camino. El Tribunal interpretó entonces el § 27 de la Ley de Fronteras de la RDA (DDR-GrenzG) de acuerdo con los «principios del Estado de Derecho»⁹, vinculando su decisión, en especial, al principio de proporcionalidad. Este principio prohibiría «sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses y, en cualquier caso, frente a intereses de menor valor», aquí a la seguridad de la frontera y con ella, en definitiva, a la razón de Estado de la RDA¹⁰. También en nuestro caso el Tribunal Territorial de Berlín llega al resultado de que, al tiempo de los hechos y según el derecho de la RDA, no había ninguna causa de justificación que estuviera a disposición de los soldados de la RDA, puesto que habían cometido un hecho punible incluso según el derecho entonces vigente en la RDA. Y así, el § 17.2.a VoPoG no hubiera justificado el homicidio en el presente caso, al no haber concurrido uno de los presupuestos decisivos para la utilización legítima de armas de fuego: la presencia de un delito. Y es que ni siquiera se trató de una violación grave, sino tan sólo de un simple caso de cruce ilegal de la frontera (§ 213.1 DDR-StGB). Un caso semejante, de acuerdo con el marco jurídico penal aplicable, no constituiría un crimen (§§ 1.3.2 y 213.1 DDR-StGB), con lo que la causa de justificación del § 17.2.a VoPoG no hubiera podido aplicarse. Tampoco existían otras posibles causas de justificación en el sistema penal de la RDA¹¹. Por consiguiente, el hecho fue antijurídico, y ello tanto según el derecho de la República Federal, como también conforme al de la RDA. Con esta fundamentación, el Tribunal Territorial condenó al ahora recurrente, por homicidio, a una pena para menores de un año y diez meses, si bien su ejecución fue suspendida condicionalmente¹².

b) La sentencia del Tribunal Supremo Federal.

En su sentencia de 26 de julio de 1994, el Tribunal Supremo Federal desestimó la revisión solicitada por el recurrente contra este pronunciamiento. Ahora bien, aunque confirma el resultado alcanzado por el Tribunal Territorial, no hace lo mismo con su fundamentación. Al igual que en su primera

⁹ LG Berlin, NStZ 1992, 492 (494).

¹⁰ Ibid.

¹¹ Cfr. BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (544 ss.); BGHSt 40, 241 (242).

¹² Cfr. BGHSt 40, 241(241).

sentencia sobre los centinelas del muro¹³, el Tribunal Supremo rechaza la construcción fundamental de la decisión de primera instancia, según la cual las muertes eran punibles incluso de acuerdo con el derecho positivo entonces vigente en la RDA. Esto debe aplaudirse con énfasis. Quien interprete hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, incurre, por vía de una maniobra interpretativa *a posteriori* (*nachträgliche Uminterpretation*), en una retroactividad encubierta, que es todavía más grave que la abierta¹⁴. Se vadean así los auténticos problemas, y los costes jurídicos que uno debe pagar si quiere penar hoy a los centinelas del muro apenas se perciben. La base jurídico-teórica de esta errónea interpretación es una imagen equivocada de lo que sea el derecho positivo. Y es que al derecho positivo pertenece no sólo el correspondiente tenor literal de las normas, sino también, y esencialmente, la correspondiente práctica interpretativa. Justamente en esta práctica ampara el Tribunal Supremo Federal su tesis de que el hecho sí estaba justificado según el entonces vigente derecho de la RDA.

A favor de la justificación mediante el derecho positivo de la RDA vigente al tiempo de los hechos pueden aportarse abundantes argumentos¹⁵. En la sentencia luego recurrida en amparo, el Tribunal Supremo Federal se limita a un sucinto bosquejo. Y así, en primer lugar, deja abierta la cuestión de si los guardias podrían invocar el § 17.2 letra *a* de la Ley de la policía popular (VoPoG) o, por el contrario, el ya mencionado reglamento de servicio 30/10 de 1967 sobre la «Organización y dirección de la seguridad de la frontera en la compañía fronteriza» servía como único fundamento para el uso de las armas de fuego. En ambos casos, el tenor literal amparaba la muerte del fugitivo, siempre y cuando no hubiera podido evitarse la fuga de otro modo. Hubiera podido encontrarse así, incluso más allá de los ejemplos recogidos por la disposición legal, un caso grave de cruce no permitido de la frontera y, por ende, el delito necesario para asegurar la justificación conforme al tenor de la VoPoG y a la interpretación de la época del § 213.2 DDR-StGB en la redacción vigente antes de la Tercera Ley de modificación del Código Penal de 28 de junio de 1979 (DDR-GBL I, p. 139)¹⁶.

¹³ BGHSt 39, 1 (10 ss.).

¹⁴ R. Alexy, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, 1993, p. 10, 30.

¹⁵ Cfr. Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 11-22.

¹⁶ BGHSt 40, 241 (243). Cfr. : *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, publicado por el Ministerium der Justiz y la Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft «Walter Ulbricht», Berlin, 1970, tomo II, § 213 anotación 7. El párrafo 2 del § 213 DDR-StGB (DDR-DGBI I, p. 1) se transformó en párrafo 3 mediante la Tercera Ley de modificación del

Maravilla a primera vista que el Tribunal Supremo Federal tome en cuenta, junto a la VoPoG, que es formalmente una ley, un simple reglamento [u orden] militar de servicio como única causa de justificación. Esto sería imposible en el sistema jurídico de la República Federal. En la sentencia recurrida en amparo ya no se fundamenta con mayor detalle esta equivalencia entre ley y orden de servicio como autorización para la intervención (*Eingriffsermächtigung*) y causa de justificación. Sin embargo, en una decisión de la misma Sala del año 1995 esta doctrina viene a recuperarse con toda claridad¹⁷. Si interesa aquí traer esta cuestión a examen, es por que en este último caso se trataba de un homicidio del año 1962, esto es, no sólo anterior a la Ley de Fronteras (*GrenzG*) de 1982, sino también a la Ley de la policía popular (*VoPoG*) de 1968. En ese tiempo, sólo entraban en consideración, como causas de justificación, disposiciones internas de servicio en forma de órdenes del entonces ministro competente. El Tribunal Territorial no apreció aquí una posible causa de justificación puesto que para hacerlo era preciso un fundamento legal, es decir, una ley formal. Esto se desprendería de la primera Constitución de la RDA de 7 de octubre de 1949 (*DDR-BGBI I*, p. 4), todavía vigente entonces, según la cual sólo mediante ley formal podía limitarse la libertad para salir del país contemplada en aquella (art. 10.3.2 *DDR-Verf.* 1949). Pero el Tribunal Federal considera que una aproximación semejante al caso, inspirada en el «modelo del Estado de Derecho», resulta inadecuada para la situación de aquel tiempo. Y es que, de hecho, la división de poderes había caído en un segundo plano y el concepto de ley propio del Estado de Derecho había venido progresivamente desvaneciéndose¹⁸. Esto sustentaría la idea de que de la existencia de la policía popular y de la tarea de velar por la seguridad fronteriza se había derivado la competencia de hacer uso de las armas de fuego según los cri-

Código penal. También se elevaron, de cinco a ocho años, las penas máximas para los casos graves. La lista de circunstancias que determinaban «especialmente» la existencia de un caso grave fue modificada, y se completó añadiendo la comisión del hecho «con especial intensidad» (§ 213.3.3 *DDR-StGB*). De acuerdo a la «Posición común respecto a la aplicación del § 213 *StGB* de 15 de enero de 1988» del Tribunal Supremo y de la Fiscalía General de la RDA -instrucción por cierto de difícil clasificación en el sistema de fuentes (era un escrito a máquina multicopiado y distribuido internamente, sobre todo, a los tribunales y autoridades de persecución penal de la RDA)-, debía apreciarse especial intensidad, entre otros, en el caso de «cruce a nado de aguas fronterizas» (*Informaciones del Tribunal Supremo de la RDA*, Nr. 2/1988, S. 14). Todo parece indicar que aquí sólo se transcribió lo que venía ya considerándose, respecto de la vieja redacción del § 213 *DDR-StGB*, como un «caso grave».

¹⁷ El Tribunal Supremo Federal afirma en la nueva sentencia que ahora no hace sino aclarar lo que en la sentencia anterior había ya insinuado (*BGHSt* 41, 101 (103)).

¹⁸ Cfr. R. Alexy, «Walter Ulbrichts Rechtsbegriff», en J. Eckert (ed.), *Die Babelsberger Konferenz von 2./3. April 1958*, Baden-Baden, 1993, pp. 198 ss.

terios de disposiciones interiores de servicio. De ahí que meras órdenes pudieran constituir causas de justificación¹⁹.

Cuando menos en lo fundamental, daremos por buena esta argumentación. Lo que sea el derecho positivo depende no sólo de lo que ha sido debidamente positivizado, sino también de lo que es eficaz socialmente²⁰, teniendo en cuenta, además, que lo socialmente eficaz puede a su vez influir en los criterios de la positividad válida y formalmente establecida*. Con este trasfondo, el Tribunal Supremo Federal, en la decisión recurrida en amparo, llega a la conclusión de que tanto el § 17.2.a VoPoG como el Reglamento de servicio 30/10 justificaban los disparos mortales, y ello tanto según su tenor literal como según la «práctica estatal de la RDA al tiempo de los hechos», en tanto que integrante del derecho positivo entonces vigente²¹.

Pues bien, a la luz de lo antedicho, el problema se nos presenta ya con nitidez: el guardia fronterizo sólo puede ser penado, en primer lugar, si hay algo que elimine o neutralice la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA entonces vigente y, en segundo lugar, si esta eliminación no conculca el principio de irretroactividad. Ambas cuestiones atañen a los fundamentos del Derecho.

En cuanto a la primera cuestión, se trata de determinar si la justificación otorgada entonces por el derecho positivo puede ser eliminada mediante un derecho supra-positivo. Esto es lo que Tribunal Supremo Federal afirma recurriendo a la Fórmula de Radbruch, la cual el propio tribunal había ya esgrimido en su jurisprudencia sobre el derecho injusto del nacional-socialismo²², y cuya aplicación a las muertes en la frontera interior alemana sostiene con ahínco²³, enfrentando así —por lo demás, con pleno acierto²⁴— abundantes voces críticas de la doctrina. La Fórmula de Radbruch es expresión de un concepto no positivista del derecho. Según este concepto, lo que sea el derecho viene determinado no sólo por la positividad válida y formal-

¹⁹ BGHSt 41, 101 (103 ss.). Esto constituye una respuesta relativamente clara a la pregunta de Adolf Arndt «¿es válida la afirmación de que el Führer podía hacer cualquier cosa, excepto suprimir el Diario Oficial del Reich?» («Gilt etwa der Satz, der 'Führer' hätte alles gekonnt, nur nicht das Reichsgesetzblatt abschaffen?») (A. Arndt, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit ehemaliger Richter an Sondergerichten», NJW 1960, p. 1141).

²⁰ Cfr. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, ²1994, p. 29 ss. [R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, trad. J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, ²1997, pp. 14, 21 ss.].

* J. M. Seña ha traducido esta expresión (*ordnungsgemäße Gesetztheit*) como «legalidad conforme al ordenamiento» (R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 13) [N. d. T.].

²¹ BGHSt 40, 241 (243 ss.).

²² BGHSt 2, 173 (177); 2, 234 (237 ss.); 3, 357 (362 ss.).

²³ BGHSt 41, 101 (106 ss.).

²⁴ R. Alexy, *Begriff und Geltung...*, pp. 71 ss.; R. Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 22 ss.

mente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material]. Lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos. Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el [concepto de] derecho. Según ella, el derecho positivo sólo pierde su validez (*Geltung*) cuando, como dice Radbruch,

la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que «derecho injusto» (*'unrichtiges Recht'*), ha de ceder ante la justicia²⁵.

Tal es el caso cuando se traspasa el umbral del derecho extremadamente injusto. Podemos por tanto dar a la fórmula de Radbruch esta redacción abreviada:

El derecho extremadamente injusto no es derecho²⁶.

Desde su primera sentencia sobre los centinelas del muro de 1994, el Tribunal Supremo Federal ha desarrollado una jurisprudencia que ya a estas alturas deberíamos llamar «constante» o «permanente». Según ésta, y pese a las innegables diferencias²⁷ que median entre del derecho injusto del nacionalsocialismo y el de la RDA, la citada fórmula ha de aplicarse también a los homicidios en la frontera interior alemana. Pues bien, otro tanto ocurre en el presente caso²⁸. La justificación de la muerte del fugitivo, resultante del derecho entonces vigente en la RDA, es declarada ineficaz a causa de su «agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional». En casos semejantes, «el derecho positivo ha de ceder ante la justicia»²⁹.

También en esta decisión encontramos esa singular mezcla de criterios de justicia con el Derecho internacional que ya caracterizaba la aplicación de la Fórmula de Radbruch en la primera sentencia sobre los centi-

²⁵ G. Radbruch, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» (1946), en Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, editado por A Kaufmann, Heidelberg, 1990, tomo III, p. 89 [cf. G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México/Madrid/Buenos Aires, FCE, 1974, pp. 178-180]. Sobre la delimitación de la citada «fórmula de insoportabilidad» respecto de la «fórmula de negación», también defendida por Radbruch, véase R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 3 ss.

²⁶ Cf. R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 4.

²⁷ Sobre este particular, véase BGHSt 39, 1 (16); 41, 101 (107).

²⁸ BGHSt 39, 1 (16); 39, 168 (184); 40, 218 (232); 41, 101 (105); BGH, StV 1996, 479 (481).

²⁹ BGHSt 40, 241 (241).

nelas del muro. Esto encierra el peligro de que la cuestión que la Fórmula de Radbruch pone sobre la mesa, a saber, si estamos ante un derecho injusto insoportable o extremo, venga a reemplazarse inadvertidamente por la cuestión de si ha sido lesionado el derecho internacional positivamente vigente³⁰. En esta dirección no vamos a profundizar aquí. En cualquier caso, el Tribunal Supremo Federal pone suficientemente en claro que tan sólo invoca la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 como «punto de referencia»³¹ para, o que la concibe como «concreción» de, «lo que es entendido como convicción jurídica común a todos los pueblos sobre el valor y la dignidad de las personas»³². En líneas generales, esto resulta del todo plausible, y se corresponde además con la tesis de Radbruch de que «el trabajo de siglos... ha producido un sólido acervo, y lo ha reunido en las llamadas declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano con un acuerdo tan amplio, que tan sólo un provocado escepticismo puede mantener la duda en relación con algunos de ellos»³³. En cualquier caso, por lo que hace a la amplia redacción de la cláusula general de limitación del número II del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁴, hubiera sido deseable que se fundamentara con mayor consistencia la existencia de derecho extremadamente injusto en el caso de los homicidios en la frontera interior alemana. De todas formas, aunque aquí dejemos esta cuestión sin resolver³⁵, queda claro que el Tribunal Supremo Federal hace fracasar la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA confrontándola con criterios suprapositivos especificados por medio de los derechos humanos.

Todo dependerá entonces de que la neutralización, por medio de derechos humanos suprapositivos, de la justificación otorgada al tiempo de los hechos por el derecho positivo de la RDA, vulnere o no la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental y, con ella, un derecho humano fundamental³⁶. Pues bien, en el presente caso, el Tribunal Supremo

³⁰ Cf. R. Alexy, *Mauerschützen*, p. 27.

³¹ BGHSt 40, 241 (244).

³² BGHSt 40, 241 (248).

³³ G. Radbruch, «Fünf minuten Rechtsphilosophie» (1945), en Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, editado por A Kaufmann, Heidelberg, 1990, tomo III, p. 79.

³⁴ Art. 29.II DUDH: «En el ejercicio de sus deberes y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

³⁵ Cf. sobre este particular R. Alexy, *Mauerschützen*, pp. 29 ss.

³⁶ Cf. arts. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 (BGBl. II 1973, p. 1534). [Ratificado por España el 13 de abril de 1977].

Federal reitera su cuestionable argumento de la primera sentencia sobre los centinelas del muro³⁷. Según éste, las disposiciones sobre uso de armas de fuego hubieran sido aptas para una interpretación favorable a los derechos humanos, conforme a la cual «la muerte de un hombre no puede supeditarse al interés del Estado en impedir el cruce no autorizado de la frontera interior alemana»³⁸. El guardia fronterizo, como precisa el Tribunal en su decisión posterior, no sufriría entonces ningún engaño en su confianza en la vigencia (*Fortgeltung*) de las reglas legales, sino exclusivamente en su confianza en la permanencia de una determinada interpretación del derecho escrito, que no era otra que la práctica estatal contraria a los derechos humanos. Ahora bien, una confianza semejante, según el Tribunal Supremo, no es ya digna de tutela en el sentido del art. 103.2 de la Ley Fundamental, pues éste ampara tan sólo la confianza en el derecho legal escrito³⁹ (*geschriebenes Gesetzesrecht*).

Ciertamente, hay que convenir con el Tribunal Supremo Federal en cuanto a la conclusión de que el art. 103.2 de la Ley Fundamental no resulta lesionado por la exclusión de la causa de justificación. Ahora bien, lo que no puede aceptarse, siquiera en su forma refinada, es la fundamentación aducida para ello. Si una muerte en la frontera interior alemana, como por ejemplo la del primer caso de los centinelas del muro resuelto por el Tribunal Supremo Federal, y también la que aquí nos ocupa, se mantiene dentro del marco del tenor literal de las determinaciones legales justificantes, y si la aceptación de esta justificación refleja la práctica interpretativa totalmente dominante, entonces el recurso a una interpretación favorable a los derechos humanos –que quizá fuera posible según el tenor literal, pero que contradecía el derecho entonces vigente en la RDA– supone vadear el art. 103 de la Ley Fundamental a través de un maniobra interpretativa retroactiva, lo cual constituye una retroactividad encubierta⁴⁰. Otro tanto vale decir respecto de una justificación anterior a la Ley de policía popular, basada, no ya en una ley formal, sino en ordenanzas y reglamentos de servicio. Si aceptamos estas normas como causas de justificación de derecho positivo válidas en el momento de producirse los hechos, habremos de incluirlas también bajo el amparo del art. 103.2 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, todo esto en nada altera el hecho de que, por cuanto al resultado, el Tribunal Supremo Federal tenga razón. Aunque no lo haremos

³⁷ BGHSt 39, 1 (29 ss.).

³⁸ BGHSt 40, 241 (249 ss.).

³⁹ BGHSt 41, 101 (111 ss.).

⁴⁰ R.Alexy *Mauerschützen...*, p. 30.

aquí⁴¹, pueden aducirse buenas razones para no aplicar el art. 103.2 de la Ley Fundamental a causas de justificación especiales, constitutivas de derecho extremadamente injusto y establecidas por Estados injustos*. Para ello sólo habría que integrar el art. 103.2 LF, toda vez que, pese a estar garantizado ilimitadamente según su tenor literal, una cláusula limitativa no escrita excluiría de su protección una causa de justificación de esa índole⁴². El resultado coincidirá así con el alcanzado por el Tribunal Federal. La diferencia radica en que se muestra entonces, sin ambages, el precio que debe pagarse por ello⁴³.

Tras construir la justificación a partir del derecho entonces vigente de la RDA, eliminar luego esa justificación mediante la Fórmula de Radbruch concretada desde el punto de vista de los derechos humanos, y constatar que esto último no contradice la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental, al Tribunal Supremo Federal le resta sólo el examen de la culpabilidad. Ya que el recurrente actuó bajo una orden y, según resulta de las pruebas practicadas, no tenía conciencia de violar una norma penal, sólo le alcanzará la culpabilidad si esta violación de la norma penal fue «evidente» para él, en el sentido del § 5.1 de la Ley penal militar (WStG) o del § 258.1 del Código penal de la RDA. El Tribunal Supremo Federal entiende que tal es caso, y recurre a una fórmula desarrollada a tal efecto en la primera sentencia sobre los centinelas del muro. Según esta fórmula, «la muerte de un fugitivo desarmado por fuego continuo, en las circunstancias dadas, constituyó un actuar de tal modo horrible y privado de cualquier justificación racional, que la violación de la elemental prohibición de matar fue sin más, incluso para un hombre adoctrinado, comprensible (*einsichtig*) y,

⁴¹ Cf. R.Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 30 ss.

* Literalmente, «Estados de derecho injusto» (*Unrechtsstaaten*) [N. del T.].

⁴² Se abandona con esto la concepción de que «basta una interpretación restrictiva compatible con el tenor del art. 103.2 de la Ley Fundamental» (defendida en R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 35).

⁴³ El propio Tribunal Federal ha manifestado reiteradamente, desde su primera sentencia sobre los centinelas del muro, que está dispuesto a pagar ese precio cuando una ley haya sido tan perversa que no admita en modo alguno una interpretación favorable a los derechos humanos (BGHSt 39, 1, 30; 40, 241, 250). En casos de esta índole, ni siquiera el art. 103.2 de la Ley Fundamental podría evitar la punición (BGHSt 41, 101(112)). Con todo, si uno toma en serio el tenor literal del art. 103.2 de la Ley Fundamental en lo tocante a la determinación *legal* de la punibilidad, la punición sólo resulta posible a través de la inserción de una cláusula de excepción no escrita. Pero si se permite en cualesquiera casos una limitación del Art. 103.2 a causa del derecho extremadamente injusto de una causa de justificación, se debería entonces extender la limitación a todos los casos de justificaciones extremadamente injustas que se mantuvieran en el marco del tenor literal de una ley o de cualquier otra norma que sirviera de justificación al tiempo de los hechos.

en consecuencia, evidente»⁴⁴. Sobre la cuestión de si esta conclusión del extremo carácter de derecho injusto basado en su propia evidencia puede realmente aplicarse a los entonces jóvenes centinelas del muro⁴⁵, el Tribunal Supremo Federal no se pronuncia. Y con ello se fija el resultado: la revisión del caso no está justificada. El Tribunal confirma la condena condicional a una pena para menores de un año y diez meses.

2. Las sentencias contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA

El objeto del proceso seguido contra los tres miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA, Keßler, Streletz und Albrecht, lo constituyeron un total siete homicidios en la frontera interior alemana entre 1971 y 1989. Uno de los fugitivos, que en su mayoría eran todavía muy jóvenes, murió por una mina terrestre contrapersonal, mientras que cuatro murieron por minas de fragmentación* y dos a disparos de los guardias fronterizos. Una de las muertes por disparos había sido ya objeto de la primera sentencia de los centinelas del muro del año 1992⁴⁶, en la que se enjuició a los guardias fronterizos que efectuaron los disparos letales⁴⁷. De donde fácilmente se colige que el Tribunal Territorial de Berlín y el Tribunal Supremo Federal apenas tenían algo nuevo que decir sobre los miembros del Consejo Nacional de Defensa en cuanto a la antijuridicidad de los homicidios en la frontera interior alemana. En efecto, el Tribunal Supremo Federal se limita en este punto a remitirse escuetamente a su anterior jurisprudencia y a la recién mencionada sentencia sobre nuestros guardias fronterizos⁴⁸, que fue dictada en el mismo día. La única novedad es la inclusión de las minas, que se realiza con esta sucinta frase: «no rige otra cosa para la utilización de las minas»⁴⁹. El problema central de las dos sentencias contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA no es la antijuridicidad, sino la autoría y la participación. El Tribunal Territorial de Berlín condenó a Keßler y Streletz por inducción al homicidio, y a Albrecht por cooperación. Keßler mereció una condena de siete años y seis meses, Streletz de cinco años y seis meses, y Albrecht de cuatro años y seis meses. El Tribunal Supremo Fe-

⁴⁴ BGHSt 40, 241 (251).

⁴⁵ Sobre esto, críticamente, R. Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 36 ss.

* Las *Splitterminen*, minas de fragmentación (o de metralla), son un tipo de mina anti-persona [N. del T.].

⁴⁶ BGHSt 39, 1.

⁴⁷ Cf. R. Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 7 ss.

⁴⁸ BGHSt 40, 218 (231 ss.)

⁴⁹ BGHSt 40, 218 (232).

deral modificó la sentencia con motivo de la revisión instada por el ministerio fiscal, encontrando culpables a los tres como autores mediatos del homicidio y elevando la pena para Albrecht a cinco años y un mes⁵⁰. Esto supuso un cambio muy atendido de la doctrina del Tribunal Supremo Federal sobre la autoría mediata en supuestos de instrumento (*Tatmittler*) ilimitadamente responsable; cambio de orientación doctrinal cuyo significado trasciende con mucho los casos de los centinelas del muro, si bien no procede examinarlo aquí con mayor detalle⁵¹. Lo decisivo para la determinar la autoría de los tres imputados fue que, en calidad de miembros del Consejo Nacional de Defensa, pertenecían a un órgano cuyas resoluciones constituían el presupuesto necesario para las órdenes fundamentales sobre las que se erigía el régimen fronterizo de la RDA. Sabían que las órdenes basadas en las resoluciones del Consejo Nacional de Defensa habían sido cumplidas y ejecutadas; las notificaciones sobre las víctimas obraban en su poder. Ellos poseían el dominio del hecho, mientras que los soldados cuyas acciones condujeron materialmente a las muertes actuaron como subordinados dentro de una jerarquía militar en la que su papel estaba predeterminado⁵².

3. Sobre la fundamentación de los recursos de amparo

Como de costumbre, los cuatro recurrentes exponen un nutrido ramillete de argumentos para fundamentar sus recursos de amparo⁵³. El argumento central reposa en la afirmación de que la aplicación de la Fórmula de Radbruch a las causas de justificación contenidas en el derecho positivo de la RDA vulnera la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental. El guardia fronterizo arguye además que se lesiona el principio de culpabilidad: la violación de norma penal no habría sido evidente para él. Los miembros del Consejo Nacional de Defensa alegan además que, como antiguos detentadores de altos cargos gubernamentales y miembros de un órgano constitucional de la RDA, disfrutaban de inmunidad. Luego tampoco podrían ser penados por autoría mediata. Junto a estos argumentos encontramos otros, de menor importancia, que no han de interesar aquí.

II. La decisión del Tribunal Constitucional Federal

Los recursos de amparo se dirigen contra decisiones judiciales. El Tribunal Constitucional Federal acostumbra a anteponer a su fundamentación en sentido estricto algunas consideraciones sobre la extensión de su com-

⁵⁰ BGHSt 40, 218 (230 ss.).

⁵¹ Cf. C. Roxin, *Urteilsanmerkung*, JZ 1995, pp. 49 ss.

⁵² BGHSt 40, 218 (237 ss.).

⁵³ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (543 ss.).

petencia [objetiva] (*Prüfungskompetenz*). Esto ocurre también aquí. El Tribunal recalca que no es una instancia superior de revisión. No tiene que examinar otra vez si las decisiones recurridas son defectuosas desde el punto de vista penal o procesal. Antes bien, su defecto debe consistir precisamente en la inobservancia o vulneración (*Nichtbeachtung*) de los derechos fundamentales. Por regla general, ésta se produce sólo «cuando se hace visible un defecto basado en una concepción esencialmente incorrecta del significado de un derecho fundamental, en especial sobre la extensión de su ámbito de protección, o bien cuando la aplicación jurídica defectuosa ya no es cohonorable con una consideración razonable de las ideas informadoras de la Ley Fundamental»⁵⁴. Para el Tribunal Constitucional, esta limitación de la competencia es igualmente válida cuando, como aquí, la calificación jurídico-penal depende también de un ordenamiento jurídico extranjero. El Tribunal Constitucional Federal, según esto, «no tiene tampoco que comprobar si el Tribunal Penal ha interpretado o aplicado adecuadamente disposiciones de la RDA»⁵⁵. De acuerdo con este criterio, el Tribunal estima que nada puede objetarse a las decisiones recurridas desde el punto de vista de la corrección constitucional (*von Verfassung wegen*)*.

1. La validez «absoluta» o «estricta» del artículo 103 párrafo 2 de la Ley Fundamental

En el centro de la decisión del Tribunal Supremo Federal se encuentra la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental. Según ésta, un hecho puede «ser penado sólo si la punibilidad está determinada legalmente con anterioridad a la comisión del hecho», lo cual corresponde al clásico principio «nullum crimen, nulla poena sine lege». El art. 103.2 de la Ley Fundamental es el prototipo de una regla de validez estricta⁵⁶. Cuando concurre el supuesto de hecho, esto es, cuando la punibilidad de un hecho no ha sido determinada legalmente antes de su comisión, surge obligatoria y definitivamente la consecuencia jurídica, a saber: la punición esta prohibida. Aquí, a diferencia de lo que normal y necesariamente sucede con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna. La mera subsunción basta para establecer definitivamente el resultado.

⁵⁴ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (547).

⁵⁵ Ibid.

* En la sentencia, el Tribunal añade aquí: «[Las sentencias recurridas] no lesionan derechos fundamentales y tampoco garantías fundamentales equiparables de los recurrentes» [N. del T.].

⁵⁶ Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, ²1994, pp. 92 ss. [*Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1993, pp. 99 ss].

El Tribunal Constitucional Federal, del todo en este sentido, remarca la validez estricta del art. 103.2 de la Ley Fundamental, y la refiere asimismo, expresamente, a las causas de justificación vigentes reguladas legalmente al tiempo de la comisión del hecho. Pero, por otra parte, pese a la existencia de una causa de justificación, como dijimos, «en parte normada y en parte basada en una orden y una práctica estatales», no aprecia ninguna violación del art. 103.2 de la Ley Fundamental⁵⁷. Esto último, como ya ha sido expuesto, es correcto en cuanto al resultado. Ahora bien, ¿cómo ha de conjugarse la punibilidad de los centinelas del muro y de quienes estaban detrás de ellos con la validez estricta de la prohibición de retroactividad, que abarca también causas de justificación reguladas legalmente? ¿Puede excluirse la justificación amparada por el derecho positivo de la RDA respetando la validez estricta del art. 103.2 de la Ley Fundamental? En realidad, estas preguntas conducen al mayor problema que suscita la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

La solución del Tribunal Constitucional Federal pasa por circunscribir la validez estricta de la prohibición de retroactividad –que también designa como «absoluta»,⁵⁸ y más en detalle caracteriza como «formalización estricta»⁵⁹– al «supuesto común» o «normal» en el que imperan la democracia y la división de poderes y rigen los derechos humanos. Bajo estas condiciones, habría que contar fundamentalmente con que el derecho penal satisfaga las exigencias de la justicia material. Como dice el Tribunal, éste es «el presupuesto sobre el que el Estado de Derecho (*rechtstaatliche Anknüpfung*) puede sustentar la estricta y absoluta protección de la confianza amparada por el art. 103.2 de la Ley Fundamental⁶⁰. Pero todo esto ya no rige, como expone el Tribunal, en esta «situación completamente especial», en la que la punibilidad ha de enjuiciarse conforme al derecho de un Estado que «no respeta ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales». De donde surge, entonces, un conflicto entre el mandato de justicia material del Estado de Derecho y la «prohibición absoluta de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental». A juicio del Tribunal, este conflicto se resuelve cuando aquel Estado dicta un «derecho estatal extremadamente injusto», «tipificando supuestos de hecho penales para las violaciones criminales más graves (*Bereich schwersten kriminellen Unrechts*), pero excluyendo sin embargo la punibilidad mediante causas de justificación para ámbitos parciales, e invitando así, por encima de las normas es-

⁵⁷ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (548).

⁵⁸ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (538, 548).

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

critas, a este derecho injusto, favoreciéndolo, y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional»⁶¹. Y ello porque desaparece entonces el «fundamento especial de confianza» que, en condiciones de democracia, división de poderes y derechos fundamentales, se encuentra ligado a la validez estricta de la prohibición de retroactividad. En una palabra: «la protección estricta de la confianza mediante el 103.2 de la Ley Fundamental debe inaplicarse»⁶² cuando, en primer lugar, ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales sean respetados (*verwicklicht*) y, en segundo lugar, cuando bajo estas circunstancias se prevean causas de justificación que amparen derecho extremadamente injusto, sin olvidar el hecho de que el Estado «incite, por encima de las normas escritas, a un derecho injusto semejante, favoreciéndolo»⁶³, hecho que debe jugar un papel que discutiremos más adelante.

De una parte, todo esto suena razonable, pero, de otra, resulta irritante. Es razonable que no se aprecie conculcación del art. 103.2 LF en el no reconocimiento de las causas de justificación especiales de un régimen injusto y que encubren derecho extremadamente injusto. Pero lo que irrita es que el Tribunal se refiera, reiterada y sistemáticamente, a la estricta y absoluta prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental. Y es que una prohibición absoluta o estricta se define, precisamente, por no conocer ninguna limitación y por no entrar nunca seriamente en conflicto con otros mandatos, puesto que, a causa de su carácter estricto y absoluto, prevalece desde un principio y no debe ceder en ningún caso. Sin embargo, el Tribunal habla de «limitaciones de la prohibición absoluta de retroactividad del art. 103 párrafo 2 LF»⁶⁴, así como de un «conflicto entre los mandatos irrenunciables del Estado de Derecho contenidos en la Ley Fundamental y la prohibición absoluta de retroactividad del art. 103.2 LF»⁶⁵; lo cual quiere decir, en suma, que la «protección estricta de la confianza mediante el art 103.2 LF debe ceder»⁶⁶. Esto suena contradictorio. ¿Cómo puede algo ser absoluto pero limitado; regir estrictamente y, en cambio, estar en conflicto con otros mandatos «irrenunciables»; estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?

⁶¹ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

⁶² Ibid.

⁶³ Cfr. *infra*, pp. 20 ss.

⁶⁴ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (548).

⁶⁵ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

⁶⁶ Ibid.

El Tribunal Constitucional Federal hubiera podido evitar estas irritaciones si hubiera diferenciado más certeramente y hubiera argumentado de forma más abierta. Apenas puede discutirse que lo que la decisión del Tribunal Constitucional Federal significa es que la prohibición de retroactividad del art. 103.2 LF no rige con carácter absoluto en todas las situaciones⁶⁷. En efecto, de verificarse en la actualidad la sanción penal, resulta que para los guardianes del muro, en tanto que autores legitimados entonces por el derecho positivo, así como para los autores mediatos que estuvieron detrás de ellos, dicha prohibición no rige, ni estricta ni absolutamente. Lo que reclaman ellos precisamente es una validez referida a todas las situaciones, esto es, una validez que sea verdaderamente absoluta, que no conozca limitación alguna y, por tanto, que incluya también la confianza en la justificación mediante el derecho injusto legal. Para Hart, el gran crítico de Radbruch, era evidente que la prohibición de retroactividad abarcaba también estos casos grises o de penumbra. En caso de no aceptarlo –a favor de lo cual, como ya mencionamos, pueden aducirse buenas razones– Hart reivindica que, al menos, no se oculte*: «los casos en los que la vida nos obliga a escoger el mal

⁶⁷ La única posibilidad de discutir esta lectura sería afirmar que la condena actual de los centinelas del muro, y de quienes estaban detrás de ellos, no afecta al ámbito de protección del art. 103.2 LF, es decir, que no afecta a la prohibición contenida en éste, y que, por tanto, deja del todo intacto su carácter estricto y absoluto. Hay dos posibilidades de construir este argumento. La primera radica en cuestionar (*Bestreiten*) la existencia misma de un problema de retroactividad. Para ello sólo debería argüirse que los todos los recurrentes, ya según el derecho entonces vigente (*geltendem*) en la RDA, eran merecedores de sanción penal. En ausencia de retroactividad, el art. 103.2 LF no sería aplicable en ningún caso, y tampoco las condenas actuales lo vulnerarían en modo alguno. Su carácter estricto o absoluto estaría a salvo. Debe saludarse que el Tribunal Constitucional Federal no siga este camino, tal y como muestra la referencia a «limitaciones», «un conflicto» e «inaplicación». Como ya se expuso antes (pág. 4), el Tribunal vadea el problema por un sendero muy escarpado desde el punto de vista de la Teoría del Derecho. La segunda construcción pasa por aceptar la retroactividad, pero sin que ésta afecte al ámbito de protección del Art. 103.2 LF. Este ámbito incluiría sólo la confianza en el mantenimiento de la vigencia (*Fortgeltung*) de una regulación legal, pero no la confianza en la existencia de una práctica interpretativa estatal, que sería lo único que se vería modificado retroactivamente. La interpretación favorable a los derechos humanos, invocada por el Tribunal Constitucional Federal para fundamentar la compatibilidad de su interpretación con el art. 103.2 LF, apunta igualmente en esta dirección, como también la proyección de un «modelo de Estado de Derecho» sobre el entonces derecho de la RDA, proyección que el propio tribunal rechaza en otros contextos (BGHSt 41, 101 (103, 111 f.)). Contra tan estrecha concepción del ámbito de tutela del art. 103.2 LF pueden aducirse las mismas razones que contra la negación (*Bestreiten*) de toda retroactividad. Las referidas manifestaciones del Tribunal Constitucional Federal muestran que toma en serio el problema de retroactividad, y que no recurre a semejantes estrategias para su negación o rodeo. Ahora bien, tan pronto como el art. 103.2 LF sea considerado aplicable, el problema de su carácter estricto o absoluto se presenta con todas sus aristas.

* «La reacción adecuada frente a un conflicto de este tipo es no ocultarlo» (H.L.A. Hart, «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 48) [N. del T.].

menor entre dos males deben abordarse como si fueran ortigas: con plena conciencia de lo que uno hace»⁶⁸. Uno de los males es aquí rechazar la punición de los centinelas de la muerte y de quienes estaban detrás de ellos; el otro es eliminar la validez estricta o absoluta -en sentido pleno- de la prohibición de retroactividad. Se le pueden dar vueltas y más vueltas, y todo lo que uno quiera, pero al final deberá pagarse uno u otro precio⁶⁹. Cuando, por una parte, el Tribunal Constitucional Federal aprueba la jurisprudencia del Tribunal Territorial sobre los centinelas del muro, y, por otra, antepone a su decisión, como principio, la tesis de la validez estricta o absoluta del art. 103.2 LF, entendida además sin limitación alguna, pareciera que pueden obtenerse ambas cosas: la punición del derecho extremadamente injusto y la integridad del art. 103.2 LF. Y esto desprende un aliento de falta de sinceridad.

El proceder seguido por el Tribunal Constitucional Federal resulta, por otra parte, plenamente comprensible. Quería evitar que el art. 103.2 LF fuera arrastrado al remolino de las omnipresentes ponderaciones del Derecho constitucional. Tal y como exigen los escépticos de la ponderación, con carácter general, para los derechos fundamentales, aquí también debe levantarse «un cortafuegos»⁷⁰. Claro que esto podría haberse logrado de una forma menos irritante. Para ello, hubiera debido diferenciarse entre una validez incondicionalmente absoluta o estricta, y una validez condicionadamente absoluta o estricta. Mediante la decisión del Tribunal Constitucional Federal se elimina la validez incondicionalmente absoluta o estricta, y por tanto valedera en cualesquiera circunstancias, del art. 103.2 LF. Tal exclusión puede hacerse de dos formas. Estamos frente a la primera cuando el art. 103.2 LF es situado, con carácter general, bajo una reserva de ponderación. Esto significaría que no se abandona por completo el carácter absoluto y estricto del art. 103.2 LF. Pero el Tribunal Constitucional Federal escoge, con razón, un segundo camino. Permite que el art. 103.2 LF rija como regla general y añade a esa regla una cláusula de excepción claramente definida: la de la causa de justificación especial de un Estado injusto que ampara dere-

⁶⁸ H.L.A. Hart, «Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral», in *Recht und Moral*, Göttingen, 1971, p. 44. [«El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 48].

⁶⁹ Un tercer precio consistiría, o bien en negar la existencia misma de un problema de retroactividad, lo cual resultaría insostenible desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, o bien en una construcción restringida -y dogmáticamente cuestionable- del ámbito de tutela del art. 103.2 LF que no abarcara los casos de los centinelas del muro. Como ha quedado dicho (nota 67), no es justamente [con razón] esto lo que está en el horizonte de las reflexiones del Tribunal Constitucional Federal.

⁷⁰ Cf. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, p. 315 [Facticidad y validez, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 326].

cho extremadamente injusto. Esto no supone una validez absoluta o estricta incondicional, valedera en cualquier circunstancia, sino una validez estricta o absoluta de tipo condicionado. Cuando no se cumple la relativamente clara cláusula de excepción, el resultado se determina a través del tenor literal del art. 103.2 LF. Ya no tiene lugar ponderación alguna. El art. 103.2 LF se mantiene como regla general y no se convierte en principio⁷¹. Nada cambia por el hecho de que la inserción de una cláusula de excepción sea el resultado de una ponderación. A esta ponderación llega el Tribunal Constitucional Federal al considerar el art. 103.2 LF como «manifestación del [principio del] Estado de Derecho»⁷². Según la jurisprudencia constante del Tribunal, éste no sólo incluye el principio de seguridad jurídica, sino también la justicia material⁷³. Estos dos principios son precisamente un ejemplo clásico de pareja de colisión, en el que, en casos como el presente, el principio de seguridad jurídica toma la forma de principio de protección de la confianza. Cuando se trata de una sanción penal, la ponderación conduce, siendo razonable, a una estricta prioridad del principio de protección de la confianza. Así surge la regla del art. 103.2 LF. Sólo bajo la singular circunstancia de que en un Estado injusto existan causas especiales de justificación que encubren derecho extremadamente injusto, ha de invertirse esta relación de prioridad. En tales condiciones, dado que la confianza no disfruta de ninguna protección, debe prevalecer la justicia material. Así surge la excepción a la cláusula del art. 103.2 LF. Con lo cual, la ponderación conduce a una validez absoluta o estricta condicionada. El art. 103.2 LF debe ser elástico, pero sin dejar de ser una norma dura. Esto podría ser lo que quiere decir el Tribunal Constitucional Federal con su algo indiferenciada exposición sobre la validez estricta o absoluta. Debe convenirse pues con el resultado al que llega el Tribunal. Al mismo tiempo resulta claro que las ponderaciones, de una parte, y el derecho aplicable sin más (*hartes Recht*), de otra, son plenamente compatibles.

Podría objetarse contra esta solución que vulnera el tenor literal de la Constitución, toda vez que el art. 103.2 LF no contiene cláusula de excepción alguna; antes al contrario, garantiza, sin reservas, un derecho fundamental o *cuasifundamental**. De donde sólo por la vía de un cambio constitucional, y no por una construcción de la jurisprudencia, sería lícito intro-

⁷¹ Sobre los conceptos de regla y de principio, cuyo conocimiento ha de presuponerse aquí, véase R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 75 ss. [81 ss].

⁷² BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (548).

⁷³ Cf. por ejemplo BVerfGE 45, 187 (246).

* Aunque no se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales, tanto su rango como su nivel de protección son equivalentes (*grundrechtsgleich*) [N. del T.].

ducir una cláusula de excepción⁷⁴. Esta objeción ha de tomarse muy en serio. Nos remite a la pregunta de si el art. 79.1 LF permite en algún modo decisiones de los Tribunales, incluido el Tribunal Constitucional Federal, que vayan contra el tenor literal de la Ley Fundamental, habida cuenta de que dicho artículo sólo autoriza los cambios que modifiquen expresamente o completen el tenor literal de la Ley Fundamental, cuando éstos se producen mediante una ley, siendo además necesario para ello una mayoría calificada de dos tercios tanto en el *Bundestag* como en el *Bundesrat** (art. 79.2 LF). El Tribunal Constitucional Federal ha resuelto claramente esta cuestión respecto de los derechos fundamentales garantizados sin reserva del catálogo de derechos fundamentales. Desde su pronunciamiento sobre la objeción de conciencia de 1970, el Tribunal aplica la fórmula de que «también los derechos ilimitables» pueden ser limitados, conforme al principio de proporcionalidad, siempre que así lo exijan «derechos fundamentales de terceros» u «otros valores jurídicos dotados de rango constitucional»⁷⁵. Esta fórmula trae a colación la idea de la interpretación sistemática según la cual las normas de un nivel, aquí el constitucional, pueden delimitarse mutuamente, lo cual se corresponde asimismo con la idea de unidad de la Constitución. Pues bien, esta fórmula también resulta aplicable al derecho cuasifundamental del art. 103.2 LF, regulado en la Ley Fundamental fuera del catálogo de derechos fundamentales propiamente dicho, pero protegido, al igual que éstos, por el recurso de amparo. El valor jurídico contrapuesto dotado con rango constitucional es aquí el principio de justicia material, anejo al principio del Estado de Derecho. Es éste un principio muy general y abstracto, y su realización constituye tarea prioritaria del legislador, también del legislador que modifica la constitución. De ahí que sólo pueda desplegar una eficacia limitativa bajo circunstancias extremas. Pero ocurre que tales circunstancias se han dado en nuestro caso, lo cual, sumado al hecho de que el art. 103.2 LF conserve el carácter de regla y con ello una validez, aunque condicionada, absoluta o estricta, impide que surja ninguna objeción contra su aplicabilidad al art. 103.2 LF; objeción que podría estar cimentada en las diferencias que sin duda median entre el art. 103 LF y, por ejemplo, las libertades de culto, o de creación artística y científica, donde sí pueden aducirse muy buenas razones para aplicar esta fórmula. Resulta interesante que el Tribunal Constitucional Federal no considere necesario pronunciarse sobre el hecho de haber desatendido el tenor literal del art. 103.2

⁷⁴ B. Pierrot, «Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit», en VVDStRL 51 (1992), p. 104.

* Cámara de representación territorial («Consejo federal»).

⁷⁵ BVerfGE 28, 243 (261).

LF. Aunque, en vista de la pertinaz afirmación de su validez absoluta o estricta, este problema sólo se atisba entre líneas.

2. *La Fórmula de Radbruch*

En el centro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal se encuentra la Fórmula de Radbruch, concretada a través de los derechos humanos. Según esta jurisprudencia, las causas de justificación del derecho positivo de la RDA no fueron derecho, ya desde un principio, porque, y en la medida en que, constituían derecho extremadamente injusto. Con la aplicación de la fórmula de Radbruch, por tanto, no se altera retroactivamente la situación jurídica, sino que sólo se constata cómo era ésta en el momento de los hechos⁷⁶. Esto no significa que el art. 103.2 LF no deba atenderse. El art. 103.2 LF protege también la confianza en el correspondiente derecho escrito positivizado y eficaz, con independencia de que la situación jurídica sea o no alterada retroactivamente.

El Tribunal Constitucional Federal considera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, basada en la fórmula de Radbruch, es compatible con la Ley Fundamental⁷⁷. Sin embargo, en el presente caso, su actitud frente a la Fórmula de Radbruch no queda del todo clara.

Ya el tratamiento de sus propios precedentes es peculiar. El Tribunal Constitucional Federal se había declarado partidario de la fórmula de Radbruch en una serie de decisiones –la última en 1980– si bien nunca se trató de su aplicación en derecho penal⁷⁸. Ahora el Tribunal Constitucional, en general tan afín a los precedentes, menciona esta jurisprudencia, pero tan sólo lo hace después de haber desarrollado completamente el «criterio jurídico-constitucional»⁷⁹ aplicable a los casos que nos ocupan. En esta misma línea, la presentación de los precedentes se hace en un apartado sobre «situaciones de conflicto similares (...) en el enjuiciamiento del derecho injusto nacionalsocialista», en concreto después de exponer la jurisprudencia atinente a este problema de la Corte Suprema para la Zona Británica y del Tribunal Supremo Federal*. Este engarce resulta notable, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal difícilmente puede jugar el papel de precedente que el Tribunal Constitucional Federal deba tener en cuenta, toda vez que éste se ocupa, precisamente, del control de aquélla.

⁷⁶ R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 33.

⁷⁷ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

⁷⁸ BVerfGE 3, 58 (119); 3, 225 (232 f.); 6, 132 (198); 6, 389 (141 f.); 23, 98 (106); 54, 53 (68). Cf. además BVerfGE 6, 309 (332).

⁷⁹ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

* Apartado C.II.1.b.cc) [N. del T.].

La presentación de la jurisprudencia propia comienza con la afirmación de que el Tribunal Constitucional Federal «ha tomado en consideración que, en el caso de una contradicción insoportable entre el derecho positivo y la justicia, el principio de seguridad jurídica puede ser peor valorado que el de justicia material»⁸⁰. La locución «tomado en consideración» admite varias acepciones. En las tres decisiones citadas a este efecto, el Tribunal Constitucional Federal ha aducido la fórmula de Radbruch como criterio o parámetro, pero no lo ha empleado para neutralizar las normas que debían ser examinadas respectivamente, a saber, el art. 117.1 LF⁸¹, la legislación de la función pública del estado nacional-socialista⁸² y el –ya hace mucho derogado– § 175 StGB⁸³. Por eso puede entenderse que ahora sí ha tomado en consideración que las mencionadas normas son enervadas (*scheitern*) por la fórmula de Radbruch. Ahora bien, surgiría una imagen falsa si uno toma como base una segunda acepción y entiende que el Tribunal, en estas decisiones, ha tomado en consideración la fórmula de Radbruch como tal, esto es, que exclusivamente ha considerado su validez (*Geltung*). La habría declarado como criterio vinculante y exclusivamente habría negado que en los casos concretos concurriera el presupuesto implicado por la fórmula, esto es, la existencia de derecho extremadamente injusto. Con todo, resulta sumamente desconcertante que el Tribunal afirme que el principio de seguridad jurídica, en caso de una contradicción insoportable del derecho positivo con la justicia, «pueda» ser peor valorado que el de justicia material. Y es que en tales casos, de acuerdo con la Fórmula de Radbruch, una ley «tiene que» ceder ante la justicia⁸⁴. No es que el principio de seguridad jurídica *pueda* entonces sólo ser peor valorado que el de justicia material, sino que también *debe* serlo. Quien tome en cuenta, exclusivamente, la mera posibilidad de su peor valoración en el caso de una contradicción insoportable con la justicia, no toma en consideración la Fórmula de Radbruch, sino algo comparativamente más débil. Pero eso ya no es lo que el Tribunal Constitucional Federal había hecho en su anterior jurisprudencia, la cual, al menos según sus propias palabras, se limita a presentar y no modifica. La ulterior descripción de los precedentes propios, en primer lugar, se liga a lo antedicho mediante un «en este caso» (*Dabei*), liberándose entonces del «tomar-en-consideración». Así y todo, al citarse en estilo indirecto

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ BVerfGE 3, 225 (232 ss.).

⁸² BVerfGE 6, 132 (198 s.).

⁸³ BVerfGE 6, 389 (414 ss.).

⁸⁴ G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht...*, p. 89.

to* incluso la clara aplicación de la Fórmula de Radbruch en la resolución de la ciudadanía del año 1968⁸⁵, el Tribunal mantiene un cierto distanciamiento. Nada de esto supone renegar de la fórmula de Radbruch, pero el convencimiento que sobre ella mostraba el Tribunal ya no parece ser tan firme como antes.

Yendo todavía más lejos, una lectura superficial de la frase «para la fundamentación de la punibilidad no es preciso aquí el recurso a principios jurídicos suprapositivos»⁸⁶, que el Tribunal enuncia más tarde, podría parecer incluso una negación expresa de la Fórmula de Radbruch. Y es que la Fórmula de Radbruch presupone el derecho suprapositivo⁸⁷. En el núcleo de los casos de los centinelas del muro encontramos precisamente que la justificación amparada por el derecho positivo de la RDA era nula desde un principio, ya que conculcaba unos principios que rigen con independencia del derecho positivo correspondiente. Sólo así podía llegarse a la punibilidad en los casos de los centinelas del muro. En suma, pese a la citada frase (*For-*

* Literalmente, en modo «conjuntivo» (*Konjunktiv*), que se emplea en este caso para referir lo expresado por otro, pero sin asumirlo como propio. De ahí que «se mantenga cierto distanciamiento» [N. del T.].

⁸⁵ BVerfGE 23, 98 (106).

⁸⁶ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550).

⁸⁷ R. Alexy, *Mauerschütze...*, p. 26. Arthur Kaufmann ha objetado que esto no puede ser correcto, toda vez que, amén de no coincidir con las intenciones de Radbruch, no existe aquí ningún derecho suprapositivo, sino sólo derecho positivo (A. Kaufmann, «Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht», NJW 1995, p. 85). Kaufmann entiende como derecho suprapositivo «el derecho natural cásico..., que pretende validez (*Geltung*) para todos los hombres y tiempos». En lugar de éste, Kaufmann quiere, con Radbruch, recurrir a un derecho supralegal, que por demás, como todo derecho, sólo podría ser derecho positivo. Como fuentes «más significativas en la práctica» de este derecho supralegal pero positivo aduce, muy en la línea de Radbruch -y también de lo dicho aquí- los derechos humanos. Estos deben tener validez positiva (*positiv gelten*) «por razón de criterios similares a los del derecho consuetudinario», sin que para ello sea preciso un anclaje legal (A. Kaufmann, «Die Radbruchsche Formel...», p. 86). Ciertamente, el derecho consuetudinario es sin duda derecho positivo. Su positividad se basa, no obstante, en su vigencia social (*longa consuetudo*) [en la civilística española, también *usus*], a la que debe añadirse luego el convencimiento de su corrección (*opinio iuris*). Sin aquella vigencia social, no surge derecho consuetudinario alguno. Sin embargo, el derecho a salir del país y el derecho a la vida, en la forma de un derecho a no recibir la muerte (*getötet zu werden*) en el intento de obtener el negado derecho a salir del país mediante el simple cruce de la frontera carecían de una vigencia social semejante en la RDA (R. Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 17 ss. y 29 s.). Aquello que contravenían las normas del derecho de la RDA, que en su interpretación mediante la práctica estatal justificaban los disparos mortales, no era por tanto, en la RDA, derecho positivo. Y ya que no existía en la RDA otra suerte de derecho positivo que pudieran vulnerar aquellas normas, sólo podrían vulnerar entonces, si es que vulneraban algo, un derecho suprapositivo. Este derecho no es ni rígido ni inmutable, pero posee en cambio un núcleo que trasciende un tiempo y un espacio concretos (R. Alexy, «Law, Discourse and Time», en *ARSP-Beiheft* 64 (1995), pp. 104 ss.).

mulierung) del Tribunal Constitucional Federal, para fundamentar aquí la punibilidad se precisa inexorablemente del recurso a principios jurídicos suprapositivos.

Una aproximación más detallada muestra, sin embargo, que el contexto confiere a la frase en cuestión un significado con el que pierde su fuerza lesiva contra la Fórmula de Radbruch, y que incluso la protege y refuerza. Se trata de la pregunta planteada por Arthur Kaufmann sobre «qué derecho debe asumir el lugar del derecho injusto legal que se considera inválido»⁸⁸. Esta pregunta sería significativa si la Fórmula de Radbruch, al calificar del derecho extremadamente injusto como nulo, provocara [la aparición de] una laguna. Pero no es este el caso. El derecho penal de la RDA contenía al tiempo de los hechos, en los §§ 112, 113 del Código penal (DDR-StGB), una extensa prohibición jurídico-penal del homicidio doloso. Esto basta, en caso de nulidad de la causa de justificación, para fundamentar la punibilidad de los homicidios en la frontera⁸⁹. A la vista de este sencillo resultado, no alcanza a comprenderse bien por qué el Tribunal Constitucional Federal entiende que «en lugar de apelar a principios jurídicos suprapositivos» se podría «recurrir a la *valoración* (*Wertung*) que la propia RDA había tomado como base de sus disposiciones penales»⁹⁰. Y es que, tras desaparecer la causa de justificación, de lo único que se trata aquí es de que las disposiciones penales de la RDA pueden ser aplicadas sin más (*schlicht*). Hablar de una «valoración... que la propia RDA había tomado como base...» encierra el peligro de dar equivocadamente a entender que la punibilidad de los centinelas del muro ya estaba, en suma, prevista por el derecho de la RDA, lo cual, como hemos expuesto, no es el caso. De esta forma, en una interpretación correcta no sólo no se dice nada contra la Fórmula de Radbruch, sino que incluso sale a la luz algo que habla en su favor: si bien mediante ella se excluye una causa de justificación, no se genera ningún nuevo supuesto de hecho penal, lo que en cualquier caso vulneraría el art. 103.2 LF⁹¹.

Hasta ahora se trataba de las dos posibles fuentes de irritaciones en lo que concierne a la actitud del Tribunal Constitucional Federal sobre la Fórmula de Radbruch. Pero es que, si miramos la argumentación propiamente dicha, constataremos que, en puridad, el Tribunal está presuponiendo la Fórmula. Tanto en la fundamentación como en la aplicación de sus criterios, el Tribunal habla del «derecho estatal extremadamente injusto»⁹². Esto co-

⁸⁸ A. Kaufmann, «Die Radbruchsche Formel...», p. 85.

⁸⁹ Cf. BGHSt 41, 101 (112 s.).

⁹⁰ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550). *Cursiva del autor.*

⁹¹ Cf. R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 31 s.

⁹² BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

responde exactamente a la versión abreviada de la Fórmula de Radbruch expuesta más arriba*. Es evidente que el Tribunal Constitucional Federal, al aplicar sus criterios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, comparte la concepción de éste de que «la causa de justificación que amparaba, conforme a la práctica estatal, el homicidio de quienes “quebrantaran la frontera” (*Grenzverletzern*)... no es atendible», porque constituye «derecho estatal extremadamente injusto»⁹³. El Tribunal habla incluso de la inaplicabilidad o «inatendibilidad» (*Unbeachtlichkeit*) de la causa de justificación⁹⁴.

Desde luego, uno podría ser de la opinión de que la mera clasificación de la causa de justificación como inaplicable, por constituir derecho extremadamente injusto, todavía no implica aceptar la Fórmula de Radbruch. Según ésta, las causas de justificación que constituyan derecho extremadamente injusto pierden desde un principio su carácter y validez jurídicos. Son nulas *ab initio*. No obstante, la inaplicabilidad de la que habla el Tribunal podría entrañar, no ya la nulidad y por ende la inaplicabilidad desde el principio, sino tan sólo una inaplicabilidad actual. Parece que, en este sentido, pueden aducirse algunas manifestaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional Federal cuando fundamenta su interpretación del art. 103.2 LF. Así, el Tribunal entiende que «la administración de justicia penal de la República Federal entraría en contradicción con las premisas del Estado de Derecho que la inspiran» si no hiciera retroceder la protección de la confianza en caso de derecho extremadamente injusto. Asimismo, esto implica que «al ciudadano, sometido ahora al poder punitivo de la república federal, le está vedada la invocación de semejante causa de justificación»⁹⁵. La referencia a las premisas del Estado de Derecho que inspiran la administración de justicia penal de la República Federal, así como la consideración genérica de la justicia material como un aspecto del principio de Estado de Derecho podrían comprenderse en el sentido de que la antigua causa de justificación vulnera el derecho actual y, por tanto, ya no puede hacerse valer. La antigua justificación seguiría vigente, pero simplemente ya no podría ser utilizada ahora. Su invocación estaría, como dice el Tribunal, «vedada».

Ahora bien, pese a que esta construcción es concebible, difícilmente puede admitirse que sirva en realidad como base de la sentencia. En primer lugar, resulta innecesariamente complicada. Imaginar una causa de justificación que, si bien existe, no debe en cambio aplicarse o tenerse en cuenta, conduce a la coexistencia de dos situaciones jurídicas contradictorias entre

* «El derecho extremadamente injusto no es derecho» [N. del T.]

⁹³ Ibid.

⁹⁴ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550).

⁹⁵ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549).

sí, lo cual supone un enriquecimiento innecesario del universo jurídico. Y es que, en esta causa, la nulidad radical constituye de suyo una importante fundamentación para limitar el art. 103.2 LF. Si por ser derecho extremadamente injusto y normalmente, por tanto, serlo de forma evidente, una causa de justificación es nula *ab initio*, entonces substancialmente no existe retroactividad alguna⁹⁶. Frente al art. 103.2 LF ya sólo ha menester fundamentar el que no se proteja la confianza en una causa de justificación amparada por una ley nula. Si uno toma esto en consideración y también el hecho de que la argumentación del Tribunal Constitucional Federal tiene lugar en el marco de la fundamentación de una limitación del art. 103.2 LF, para la cual naturalmente sólo pueden aducirse normas opuestas o limitativas de la propia Constitución, todo indica entonces que a la actual limitación del art. 103.2 LF le corresponde una nulidad radical de idéntico alcance que se proyecta sobre las causas de justificación del derecho de la RDA. Con lo cual, la nulidad radical se correspondería con la inatendibilidad de la que habla el Tribunal Constitucional Federal. Esto significa entonces que la Fórmula de Radbruch, interpretada de modo que aparezca de la forma más racional posible, sirve en efecto de base a la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

Existe en torno a la Fórmula de Radbruch, junto al tratamiento algo peculiar de los precedentes y a la actitud, no demasiado clara, respecto del papel del derecho suprapositivo, un tercer problema: un equívoco discurso sobre el derecho escrito de la RDA. Como ha quedado dicho, el Tribunal Constitucional Federal habla en un lugar central, en concreto cuando aduce razones para la inaplicación del fundamento de confianza especial, de que el Estado en la RDA había excluido la punibilidad «mediante causas de justificación para ámbitos parciales, incitando a un derecho injusto semejante, y favoreciéndolo, *más allá de las normas escritas*»⁹⁷. Luego esta afirmación forma parte de esa tercera tesis⁹⁸ que parece defender el Tribunal en relación con el derecho escrito de la RDA. Ahora bien, si uno toma esto al pie de la letra, parecería entonces como si el ir más allá (*das Hinausgehen*) de las normas escritas fuera una condición *necesaria* para la desaparición del fundamento especial de confianza y, con ello, para limitar el art. 103.2 LF. En esta dirección parece apuntar también el discurso sobre la «postergación del derecho escrito frente a las exigencias de la conveniencia política»⁹⁹.

El ir más allá de lo escrito no puede ser, sin embargo, una condición necesaria para la limitación del art. 103.2 LF. Hay casos en los que los homi-

⁹⁶ Alexy, *Mauerschützen...*, p. 32 ss.

⁹⁷ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549). Cursivas del autor.

⁹⁸ BVerfG, EuGRZ 1996, 538.

⁹⁹ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550).

cidios constitutivos de derecho extremadamente injusto se mantienen dentro del tenor literal de la causa de justificación. El sexto de los casos imputados a los miembros del Consejo Nacional de Defensa¹⁰⁰, en el que se trataba del primer caso de los centinelas del muro del Tribunal Supremo Federal¹⁰¹, es tan buen ejemplo¹⁰² de ello como el de nuestro simple guardia fronterizo¹⁰³. Con estos supuestos sólo cuadra una formulación diferente, que igualmente encontramos en la resolución del Tribunal Constitucional Federal, a saber: que el régimen fronterizo fue manejado «sin agotar el margen legal de interpretación», el cual hubiera permitido un tratamiento más cuidadoso¹⁰⁴ (*schonendere*). Pero si incluso bajo estas circunstancias resulta posible limitar el art. 103.2 LF, entonces es sumamente equívoco hablar de que falta el fundamento especial de confianza cuando se ocasiona o ejercita derecho extremadamente injusto «más allá de las normas escritas». Y entonces el traspaso del tenor literal de las causas de justificación es lo que menos importa.

Desde luego, frente a la concepción del Tribunal Supremo Federal y a lo recién expuesto, el problema desaparecería si los homicidios de unas personas cuya única intención era traspasar las instalaciones fronterizas (*Grenz-anlagen*) no se hubieran mantenido dentro del marco de las causas de justificación reguladas legalmente. La cláusula «más allá de las normas escritas» se cumpliría entonces con cada homicidio de una de esas personas, y podría desempeñar el papel de una condición necesaria. Ahora bien, la opinión que se sostiene plenamente, como muestran por ejemplo las sentencias del Tribunal Territorial de Berlín antes¹⁰⁵ mencionadas, es que asesinatos como los del primer caso de los centinelas del muro resuelto por el Tribunal Supremo Federal y como los del caso del guardia fronterizo recurrente en amparo ya no se mantenían dentro del marco del derecho de la RDA. Puede intentarse fundamentar esto interpretando el derecho de la RDA a la luz de a los derechos humanos, o mediante una interpretación estricta de sus normas desde el punto de vista del Estado de Derecho. Aquí lo de menos es que pueda replicarse que esto último no afecta a lo que fuera derecho positivo en la RDA¹⁰⁶. El punto decisivo es, más bien, que la cláusula «más allá de las normas escritas» podría todavía ser salvada, como formulación de

¹⁰⁰ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (539).

¹⁰¹ BGHSt 39, 1.

¹⁰² Cf. R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 9 ss.

¹⁰³ BGHSt 40, 241.

¹⁰⁴ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551).

¹⁰⁵ Vid. pp. 3-4.

¹⁰⁶ R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 10 ss.

una condición necesaria, sosteniendo una interpretación del derecho entonces vigente en la RDA que siguiese la línea de las mencionadas sentencias del Tribunal Territorial de Berlín, aunque para esto debería pagarse un precio que el Tribunal Constitucional Federal no puede pagar si quiere ser consecuente. El precio consiste en que debería entonces adoptar una interpretación muy determinada y totalmente dudosa del derecho a la sazón vigente en la RDA. Lo cual, como digo, contradiría sus propias indicaciones (*Ausführungen*) sobre el alcance de su competencia enjuiciadora, así como su esfuerzo, manifestado clara y variadamente en la resolución, por mantener la cautela [competencial] propia del Tribunal Constitucional (*verfassungsgerichtliche Zurückhaltung*). Por ello, hubiera sido más acertado que el Tribunal Constitucional Federal bien hubiera renunciado al empleo del giro «más allá de las normas escritas» en sus pasajes (*Formulierungen*) más importantes, o bien hubiera dejado claro que con ello no pretendía afirmar que ese «ir los asesinatos más allá de lo escrito» constituyera una condición necesaria para la inaplicación del fundamento especial de confianza y, con ello, para la limitación del art. 103.2 LF.

Por último, resulta un tanto desagradable que el Tribunal Constitucional Federal hable, en el centro de su exposición, exclusivamente de causas de justificación «normadas» o «reguladas»¹⁰⁷, mientras que tan sólo de refilón habla una vez de los «márgenes de interpretación legal»¹⁰⁸ (*Auslegungsspielräumen*). En el caso de la colocación e instalación de minas, y también en el de los disparos, anterior éste a la aprobación de la VoPoG del año 1968 y la GrenzG del año 1982, no había ninguna causa de justificación *legal*. El Tribunal Supremo Federal admite en estos casos, como ya se expuso, que órdenes o reglamentos de servicio y ordenanzas (*Aufgabenormen*) sean suficientes como causas de justificación, y ello, justamente, debido al alejamiento de la RDA del «modelo de Estado de Derecho»¹⁰⁹. Sin embargo, conforme a su tenor literal, el art. 103.2 LF ampara sólo la confianza en la determinación legal de la punibilidad y no, por tanto, la confianza en causas de justificación no amparadas por ley. El Tribunal Constitucional ha dejado abierta la cuestión de si «causas de justificación no escritas» entran dentro de la protección del art. 103.2 LF¹¹⁰. Esto es correcto. Sea como fuere, los casos que debían decidirse hubieran dado ocasión de plantear la pregunta de si también normas escritas de rango inferior al legal, e incluso normas de derecho interno y normas sobre el desempeño de funciones, que en la prác-

¹⁰⁷ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (549 s.).

¹⁰⁸ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551).

¹⁰⁹ BGHSt 41, 101 (103).

¹¹⁰ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (548).

tica estatal de un Estado injusto juegan el papel de causas de justificación, entran en el ámbito de protección del art. 103.2 LF. En cualquier caso, esta pregunta podría responderse afirmativamente, de manera implícita, sin que sea preciso haberla traída a colación.

3. *El principio de culpabilidad*

Ya el propio tratamiento del problema principal que nos ocupa, la posibilidad de limitar del art. 103.2 LF, comparado con otras decisiones del Tribunal –por lo común más bien dado a los pormenores– resulta por su extensión algo sucinto. Pero todavía otros puntos reciben, con mucho, tratamiento más breve. Así, el Tribunal desestima la alegación, por parte de los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA, de una inmunidad preservada en calidad de antiguos detentadores de altos cargos gubernamentales y miembros de un órgano constitucional de la RDA. Y ello aduciendo que la «doctrina del acto de Estado» (*act of state doctrine*) que dicha alegación pretende hacer valer no es una regla general del derecho internacional en el sentido del art. 25 LF, «puesto que en ningún caso es reconocida fuera del ámbito jurídico angloamericano»¹¹¹. Además, «una inmunidad» no puede perdurar más allá «de la existencia del Estado al que el afectado pertenece»¹¹².

En cuanto a la autoría mediata de los miembros del Consejo Nacional de Defensa, el Tribunal tan sólo señala que esta calificación, basada en el derecho de la República Federal, conduce globalmente a una solución más favorable que la resultante de aplicar a los autores el derecho de la RDA, lo cual se corresponde con el principio de retroactividad de la ley favorable (*Meistbegünstigungsgrundsatz*) del § 2.3 StGB y no lesiona el art. 103.2 LF¹¹³. El Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre la autoría mediata como tal, siguiendo inteligentemente el principio que había antepuesto a su fundamentación, a saber, que la interpretación y aplicación del derecho ordinario (*einfachem Recht*) es asunto que sólo incumbe a los tribunales ordinarios.

Así y todo, el Tribunal Constitucional Federal sí examina con mayor detalle el principio de culpabilidad, vinculándolo, no sin cierta confusión, tanto a la garantía de la dignidad humana y al art. 2.1. LF*, como también al principio del Estado de Derecho¹¹⁴. En puridad, se trata de resolver si la an-

¹¹¹ Cf. ya BVerfGE 92, 277 (322).

¹¹² BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (547 s).

¹¹³ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (550).

* Derecho al libre desarrollo de la personalidad [N. del T.]

¹¹⁴ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551). Podría ser preferible la vinculación o agregación (*Zuordnung*) del principio de culpabilidad al derecho general de la personalidad amparado por la Constitución, a partir de la clara -y ya con el tiempo consabida- combinación del art. 2.1 con

tijuridicidad del hecho fue «evidente» para los guardias fronterizos en el sentido del § 5.1 de la Ley penal militar (WStG). Tal es el caso, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, cuando la violación jurídico-penal se encuentra «más allá de toda duda»¹¹⁵. Indiscutiblemente, y ahí debe convenirse con el Tribunal Constitucional Federal, esta interpretación satisface el principio de culpabilidad. Tan sólo su aplicación resulta problemática. Como ya se mencionó, el Tribunal Supremo Federal fundamentaba la naturaleza ostensible (*Offensichtlichkeit*) [que la violación jurídico-penal tuvo] para los jóvenes guardias fronterizos mediante el expediente (*Schluß*) de considerar que el extremo carácter de derecho injusto se infería de su propia evidencia¹¹⁶. En lo esencial, una conclusión semejante ha de admitirse, aunque no siempre¹¹⁷. Debemos saludar por ello que el Tribunal Constitucional Federal estime que «fundamentar la evidencia de la violación jurídico-penal para los soldados sólo mediante la existencia ¿objetiva? de una violación grave de los derechos humanos» resultaría incompatible con el principio de culpabilidad. La existencia objetiva de una violación grave de los derechos humanos no es suficiente. Adicionalmente, debería «explicarse por qué el soldado individual, a la vista de su educación y su adoctrinamiento, así como de otras circunstancias, estaba en disposición de reconocer indubitablemente la violación jurídico-penal»¹¹⁸. A renglón seguido, el Tribunal Constitucional señala, con acierto, que los tribunales penales no han discutido los hechos bajo este punto de vista. Uno hubiera esperado, en consecuencia, que constatará asimismo que el principio de culpabilidad, por este motivo, no había sido tomado en cuenta de manera satisfactoria. Sin embargo, en lugar de eso, el Tribunal Constitucional Federal repite con desviaciones mínimas la fórmula que venía siguiendo el Tribunal Supremo Federal desde la primera sentencia sobre los centinelas del muro, según la cual «el homicidio de un fugitivo desarmado mediante fuego sostenido (*Dauerfeuer*) ..., en las circunstancias constatadas, fue un actuar de tal modo horrible y privado de cualquier justificación posible que la viola-

el art. 1.1 de la Ley Fundamental. Para sostener la prohibición de una pena excesiva (*Übermaßverbot*) como elemento del principio de culpabilidad no es preciso, además, recurrir expresamente al principio del Estado de Derecho, pues esta prohibición está ya contenida en el principio de proporcionalidad que resulta «de la esencia de los mismos derechos fundamentales». Cf. BVerfGE 19, 342 (348 s.); 65, 1 (44); 76, 1 (50 s.), así como R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 100 ss. [111 ss.].

¹¹⁵ BGHSt 39, 1 (33).

¹¹⁶ Cf. *supra*, pp. 9 ss.

¹¹⁷ R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 24 d. y 37. Cf. Aquí también BVerfGE 82, 316 (320): lo evidente no tiene por qué estar a la vista (*auf der Hand*): puede también ser «el resultado de un examen previo y a fondo», esto es, puede ser el resultado de una argumentación o reflexión.

¹¹⁸ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551); cf. aquí R. Alexy, *Mauerschützen...*, pp. 37 s.

ción de la proporcionalidad y la elemental prohibición de matar fue, sin más, comprensible (*einsichtig*) y con ello evidente, incluso para un hombre adoctrinado»¹¹⁹. Pero esta es precisamente el mismo expediente que fundamenta el carácter objetivamente extremo de derecho injusto en su evidencia para cualquiera, que apenas dos frases antes había sido rechazado. El Tribunal Constitucional Federal no hubiera debido reemplazar el examen de esta fórmula por su mera aceptación. Hay demasiados argumentos para sostener que no estaba al alcance de un gran número de jóvenes guardias fronterizos¹²⁰ la determinación del punto a partir del cual podía considerarse «más allá de toda duda» que los disparos junto al muro, aun con estar amparados por el derecho positivo vigente entonces, no sólo eran derecho injusto, sino además derecho extremadamente injusto, lo que por ende constituía el presupuesto de su antijuridicidad.

Salvo la solución del problema de la culpabilidad, la decisión del Tribunal Constitucional Federal es correcta en cuanto al resultado. Sin embargo, constituye un palmario y clásico ejemplo de que un resultado correcto no basta allí donde lo que importa es la fundamentación. Y es que, aunque la indeterminación y la falta de claridad pueden favorecer ocasionalmente el consenso, lo cierto es que no hacen justicia a la gravedad de un verdadero debate público sobre lo correcto, el cual no sólo es atractivo por sí mismo, sino que también constituye un presupuesto de la estabilidad política duradera.

Abreviaturas

ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGBL	Bundesgesetzblatt [Diario oficial de la RFA]
BGH	Bundesgerichtshof [Tribunal Supremo Federal]
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen [Sentencia del Tribunal Supremo Federal en causas penales] (tomo, página)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [Tribunal Constitucional Federal]
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [Sentencia del Tribunal Constitucional Federal] (tomo, página)
DDR-GBl.	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik [Diario Oficial de la República Democrática Alemana]
DDR-GrenzG	Grenzgesetz der Deutschen Demokratischen Republik [Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana]

¹¹⁹ BVerfG, EuGRZ 1996, 538 (551); cf. BGHSt 39, 1 (34).

¹²⁰ Cf. R. Alexy, *Mauerschützen...*, p. 37 s.

- DDR-StGB** Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik [Código Penal de la República Democrática Alemana]
- DDR-Verf.** Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik [Constitución de la República Democrática Alemana]
- DV** Dienstvorschrift [reglamento u orden de servicio]
- EGStGB** Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch [Ley introductoria del Código Penal]
- EuGRZ** Europäische Grundrechte-Zeitschrift [Revista Europea de Derechos Humanos]
- JZ** Juristenzeitung
- LF/GG** Ley Fundamental/Grundgesetz
- LG** Landgericht [Tribunal Territorial - Audiencia Provincial]
- NJW** Neue Juristische Wochenschrift [Nuevo Semanario Jurídico]
- NStZ** Neue Zeitschrift für Strafrecht [Nueva Revista de Derecho Penal]
- StGB** Strafgesetzbuch [Código Penal]
- StV** Strafverteidiger [defensor penal, abogado defensor]
- UZwG** Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes [Ley sobre la compulsión directa en el ejercicio de poder público por agentes ejecutivos de la Federación]
- UZwGBW** Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen [Ley sobre la compulsión directa y el ejercicio de competencias especiales por soldados del ejército federal y vigilantes civiles].
- VVDStRL** Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Publicaciones de la Unión de Profesores de Derecho Estatal alemanes]
- VoPoG** Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei [Ley sobre las funciones y competencias de la Policía popular alemana]
- WStG** Wehrstrafgesetz [Ley penal militar]

De la traducción

- § párrafo
- § 27.2.1. § 27 Abs. 2 Satz 1 (párrafo 27 párrafo 2 frase o proposición 1)
- § 17.2.a § 17 Abs. 2 lit. a (párrafo 17 párrafo 2 letra a)

- § 10.1. n° 1, a § 10 Abs. 1. Nr. 1 lit. a (parágrafo 10 párrafo 1 número 1 letra a)
- *, [...] [nota/aclaración/número de páginas de las obras citadas traducidas al español]

(Trad. de A. Daniel Oliver-Lalana)

