



La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania

Kai Ambos/Nils Meyer-Abich*

Revista Penal, n.º 24.— Julio 2009

RESUMEN: Alemania tuvo que superar la transición¹ de un sistema totalitario a un sistema democrático en dos oportunidades durante el siglo pasado: por una parte durante la lenta elaboración de las injusticias e ilegalidades propias del nacionalsocialismo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial (8 de mayo de 1945), por otra parte durante la elaboración de la criminalidad, propia del sistema de la República Democrática Alemana (RDA) desde la caída del muro de Berlín (9 de noviembre de 1989) y la consiguiente adhesión de la RDA a la República Federal de Alemania (RFA) (3 de octubre de 1990). El artículo describe y analiza, particularmente desde un punto de vista jurídico-penal, las medidas tomadas y los mecanismos aplicados en ambos procesos de transición, así como el impacto que estos tuvieron para la creación del orden social y democrático existente en Alemania.

PALABRAS CLAVE: Justicia transicional, elaboración/superación del pasado, Nacionalsocialismo, socialismo, Alemania oriental

ABSTRACT: Deutschland musste den Übergang von einem totalitären zu einem demokratischen System im vergangenen Jahrhundert gleich zweimal bewältigen: zum einen bei der langwierigen Aufarbeitung des NS-Unrechts ab Ende des 2. Weltkrieges (8. Mai 1945), zum anderen bei der Aufarbeitung der Systemkriminalität der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) ab dem Fall der Mauer (9. November 1989) und dem darauf folgenden Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland (BRD) (3. Oktober 1990). Der Beitrag erläutert und analysiert vornehmlich aus strafrechtlicher Sicht die in beiden Übergangsprozessen getroffenen bzw. angewandten Maßnahmen und Mechanismen sowie deren Bedeutung für die Entwicklung der bestehenden demokratischen Gesellschaftsordnung in Deutschland.

KEYWORDS: Transitional justice, Aufarbeitung, Vergangenheitsbewältigung, Nationalsozialismus, Sozialismus, DDR.

1. Nacionalsocialismo

1.1. Introducción

Adolf Hitler comenzó a concretar su objetivo de un «Führerstaat» autoritario ya inmediatamente luego de su nombramiento como canciller del Reich el 30 de enero de

1933². Luego de haber sido abolidos los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar mediante el estatuto de emergencia «para la protección del pueblo y el Estado»³ fue ampliamente dejada de lado la división de poderes mediante la *Ley de otorgamiento de Poderes* («Ermächtigungsgesetz»)⁴, de modo que incluso las leyes para una reforma constitucional podían ser sancionadas

* Investigación realizada en el marco del VI seminario «Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional», realizado en Chile en abril de 2008 (ver *Modollel*, ZIS 2009, págs. 82 y ss., www.zis-online.com). Traducción del alemán por Maria Laura Böhm, Hannover/Göttingen; revisión de los autores.

1. El concepto de la transición es utilizado aquí en sentido amplio, ver *Ambos*, en: *Ambos/Large/Wierda* (eds.), 2009, at 19, 21-22; en castellano: *Ambos*, el marco jurídico de la justicia de transición, 2008, págs. 7 y ss. Para la acepción del concepto en el ámbito de la ciencia política en el marco de la investigación de procesos de transición véase *Burchardt* 2008, págs. 79 y ss. con más referencias; *Wehr* 2008, págs. 97 y ss. con más referencias.

2. Véase en profundidad para lo que se presenta a continuación: *Frei* 2001; *Frei/Broszat* 2007, *Broszat* 2000.

3. Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat del 28.2.1933, Reichsgesetzblatt (RGBl.) 1933 I, pág. 83.

4. Gesetz der Behebung der Not von Volk und Reich del 24. März 1933, RGBl. 1933 I, pág. 141.

por el propio gobierno⁵. Al mismo tiempo comenzó la lucha por una comunidad homogénea del pueblo «ario», que por una parte se dirigía contra adversarios políticos, y por otra contra los sectores de la población que obstruían el camino al concepto de la «higiene racial». El resultado fue una creciente discriminación y persecución de, especialmente, comunistas y socialdemócratas por un lado, y de judíos, romaníes y sinti («gitanos»), homosexuales y discapacitados por el otro. Así, por ejemplo, mediante las *Leyes raciales de Núremberg* («Nürnberger Rasse-Gesetze») se les quitaron a los ciudadanos judíos primeramente sus derechos civiles, entre otros, para verse luego a partir de 1936 cada vez más aislados y excluidos incluso social y económicamente. Este desarrollo se vio continuado con la ghetización en los *campos de concentración* desde 1936, en los cuales muchas personas murieron a consecuencia del trabajo forzado y de los experimentos médicos. El punto culminante se dio a partir de 1939 con la eliminación física de los miembros de estos grupos de poblaciones en los campos de exterminio. El asesinato sistemático de enfermos mentales, que también formaba parte de la «higiene racial» en el marco de la así llamada *Acción de Eutanasia*, fue interrumpida en 1941 a causa de las protestas públicas⁶.

Si bien en un principio Hitler se esforzó por cubrir las acciones ilegales con un «mantito legalista»⁷, también persiguió sus objetivos en forma secreta con la ayuda del Cuerpo de Protección («Schutzstaffel», SS), de las Tropas de Asalto («Sturmabteilung», SA) y de la Policía Secreta del Estado (Gestapo). Las instalaciones de la Gestapo, por ejemplo, en las que se torturaba sistemáticamente, así como los campos de concentración de la SA y la SS fueron convertidos en espacios de vacío legal⁸. En un primer momento los nacionalsocialistas también persiguieron el objetivo de la *sincronización del sistema judicial* («Gleich-

haltung») por vías formalmente legales mediante numerosas leyes, por las cuales por ejemplo se consiguió alejar por completo a jueces judíos así como a jueces políticamente indeseados de sus funciones estatales⁹. Ya en 1933 comenzaron los nacionalsocialistas con la formación de distintos *Tribunales especiales* para asuntos penales de carácter político. En 1934 siguió la formación del *Tribunal del Pueblo* («Volksgerichtshof») y en 1936 la del *Tribunal de Guerra del Reich* («Reichskriegsgericht») en Berlín. Mientras que los Tribunales especiales juzgaban cada vez más en el ámbito de la criminalidad cotidiana, el Tribunal del Pueblo¹⁰, principalmente desde 1940, se encargó de la eliminación de adversarios políticos¹¹.

Luego de la anexión de Austria al Reich y de la ocupación de Checoslovaquia en el año 1938, comenzó en 1939 con la guerra relámpago contra Polonia el intento de la *conquista de «espacios vitales» adicionales* en el este y así, la Segunda Guerra Mundial. Tras los soldados del ejército que formaban la vanguardia hacia el este fueron formados en segunda línea grupos operativos, subdivididos a su vez en comandos operativos. Éstos fueron responsables del asesinato sistemático de 900.000 personas, principalmente civiles judíos¹². En total murieron víctimas del *holocausto* alrededor de 6 millones de personas judías¹³.

1.2. Mecanismos de elaboración del pasado y su análisis

La confrontación con el despotismo nacionalsocialista se logró con *medios tanto penales como extrapenales*. En los primeros años luego del término de la guerra fueron principalmente los *aliados*¹⁴ los que mediante diferentes medidas penales, cuasi-penales y extrapenales se encargaron del pasado nacionalsocialista y de la construcción en Alemania de un orden democrático regido por los princi-

5. Wesel 1997, pág. 468. Basándose en la Ley de poderes extraordinarios el gobierno del Reich sancionó numerosas leyes destinadas a concretar su política contraria a derecho y a toda justicia. Cfr. en este punto la enumeración de estas leyes en Götz 1986, pág. 145; Wesel 1997, pág. 479; véanse también las Kontrollratsgesetze Nr. 1 del 20.9.1945 y Nr. 11 del 30.1.1946.

6. Kramer 1998, págs. 414-421; Fischer/Lorenz 2007, pág. 206.

7. Cfr. Götz 1986, págs. 48, 58, 74, 145.

8. Cfr. para la Gestapo el § 7 de la prusiana Gesetz über die Gestapo del 10.2.1936.

9. Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums del 7.4.1933, RGBl. I, pág. 175. La creciente eliminación de independencia judicial encuentra también su expresión en la Sesión del Reichstag del 26.4.1942 en la que Hitler fue nombrado «Juez Supremo» (texto en Wesel 1997, pág. 484).

10. Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens del 24.4.1934, RGBl. I, pág. 341.

11. Mientras que los jueces del Tribunal del Pueblo condenaron entre los años 1934 y 1939 a pena de muerte en 85 casos, entre 1940 y 1944 fueron 5.181 las condenas a esta pena, Götz 1986, págs. 145-147 más otras referencias. En total la pena de muerte fue aplicada en alrededor de 35.000 casos entre 1933 y 1945 (Frankenberg 1998, pág. 487; Respuesta del Gobierno Federal, BT-Drucks. 10/6566 del 24.11.1986, a una Consulta amplia de los Verdes, BT-Drucks. 10/5148 del 5.3.1986, impreso en Frankenberg 1998, pág. 501), posiblemente incluso hasta 50.000 veces (así Wesel, Geschichte des Rechts, págs. 472, 480).

12. Zimmermann 2001, pág. 37 con nota 79 y más referencias. Ya el 22.8.1939, Hitler se dirigió a los dirigentes superiores y a los generales al mando: «De este modo, por el momento sólo en el este he preparado a mis Unidades de la Calavera («Totenkopfverbände») con la orden de dar muerte sin clemencia ni piedad a todo hombre, mujer y niño de origen y lengua polacos. Sólo de esa forma obtenemos el espacio vital que nosotros necesitamos», impreso en Meyer-Abich 1949, pág. 26.

13. Sobre el punto Benz 1996.

14. Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética.

pios del Estado de Derecho. Al mismo tiempo ya en 1945 tuvieron lugar procesos penales por actos violentos nacionalsocialistas también *ante Tribunales alemanes*, antes que a partir de 1952 el poder jurisdiccional fuera adscrito completamente a la justicia alemana y así todos los procesos tuvieran lugar exclusivamente ante Tribunales alemanes¹⁵. Paralelamente ha habido numerosas *acciones de reparación e indemnización*, así como *medidas de rehabilitación*. Ya en el año 1946 fueron comprometidos pagos de reparación a 19 países¹⁶ y a partir de 1947 fueron sancionadas leyes de reintegro en las correspondientes zonas ocupadas. Más medidas de reparación e indemnización comenzaron en 1952 con un acuerdo con el Estado israelí, así como con organizaciones judías por el que se pautaba el pago de 3.500 millones DM¹⁷. En los años cincuenta además fueron sancionadas numerosas leyes de reparación y recomposición que preveían desembolsos en favor de los que habían sido perseguidos por el régimen nacionalsocialista por motivos racistas, religiosos y políticos, así como en favor de familias judías que bajo el dominio nacionalsocialista habían sido víctimas de expropiaciones¹⁸. La rehabilitación de los condenados por Tribunales nacionalsocialistas comenzó ya en los años cuarenta y fue completada por regulaciones de los distintos Estados Federados (Länder) en las décadas subsiguientes. Recién en 1998, con la Ley para la abolición de sentencias injustas («Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile») se llegó a sancionar una ley federal por la cual

numerosas sentencias fueron anuladas en forma general¹⁹. Hasta principios de 1998 habían tenido lugar *pagos reparatorios* por un valor total de aproximadamente 102.000 millones DM²⁰.

1.2.1. La desnazificación

Dentro de las primeras medidas que se adoptaron al empezarse a trabajar la cuestión de la dominación nacionalsocialista y de los delitos cometidos en su marco, se encuentra la *asunción del poder ejecutivo* por parte de los aliados y su *Consejo de Control*. Mediante las *medidas de desnazificación*²¹ que fueron adoptadas, debía ser reducida la influencia de la ideología nacionalsocialista sobre la sociedad alemana y se debía posibilitar la construcción de un orden social organizado democráticamente y con bases de derecho. Para ello fueron en primer término derogadas las leyes nacionalsocialistas más importantes²² y fueron suprimidas organizaciones e instituciones nacionalsocialistas²³. Asimismo se desvinculó de cargos públicos a personas inculpas y algunas de ellas fueron encarceladas. Por otra parte se redujeron las competencias de las autoridades y Tribunales alemanes en la tramitación de asuntos nacionalsocialistas²⁴. Al mismo tiempo numerosas personas recorrían los campos de internación²⁵ y, mediante encuestas, la población fue dividida en diferentes categorías de recriminación y sometida a dictámenes Tribunalicios cuasi-penales (especialmente en la zona esta-

15. Los delitos cometidos en el marco del despotismo nacionalsocialista pueden categorizarse del siguiente modo: eutanasia, crímenes de escritorio, crímenes de guerra, crímenes judiciales, crímenes de exterminio masivo por parte de grupos de intervención, crimen de exterminio masivo en campos de concentración, crímenes violentos del nacionalsocialismo en campos de concentración y denunciacines (según la sistematización en la gran recopilación de sentencias de los tribunales alemanes occidentales de *Rüter*, 1968 ss.). *Freudiger* 2002, pág. 5 distingue entre cuatro categorías: exterminio de los judíos, eutanasia, guerra de exterminio y crímenes judiciales. Cfr. también *Oppitz* 1976, p. 27.

16. *Fischer/Lorenz* 2007, pág. 58.

17. Bundesgesetzblatt (BGBl.). 1953 II, págs. 35 ss., 85. Un resumen sobre la reparación hasta 1986 en BT-Drucks, 10/6287, págs. 8 ss. 1 DM equivale aprox. 0,5 €.

18. Como por ejemplo la Ley federal de resarcimiento («Bundesentschädigungsgesetz», BEG) del 24.6.1956 (BGBl. I, pág. 559, entrada retroactivamente en vigencia a partir del 1.10.1953); la Ley federal de reintegros («Bundesrückerstattungsgesetz», BrUG) del 19.7.1957 (BGBl. 1957 I, págs. 734 ss.; en detalle *Goschler* 2004 y 2005).

19. Ley del 25.8.1998 (BGBl. I, pág. 2501, modificada 23.7.2002, BGBl. I, pág. 2714). La ley para la invalidación de sentencias injustas del nacionalsocialismo del 25.05.1990 (BGBl. 1990 I, pág. 966) no rigió en todos los Länder (§ 2 Abs. 1) y preveía la invalidación sólo a pedido (§ 1 párr. 1).

20. *Leupolt* 2003, pág. 201 con nota 1185 y otras referencias. Obsérvese también la reciente Ley para la creación de una fundación, «Recuerdo, Responsabilidad y Futuro» («Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft"») del 2.8.2000, que prevé pagos por valor de 10.000 millones DM para el resarcimiento de quienes hicieron trabajos forzados en el nacionalsocialismo. Tal monto debe ser puesto a disposición respectivamente por la RFA y por empresas privadas alemanas en partes iguales.

21. Decididas en las Conferencias de Jalta (4.-11.2.1945) y Potsdam (17.7.-2.8.1945); véase asimismo Kontrollratsverordnung Nr. 24 del 12.1.1946; Kontrollratsdirektive Nr. 38 del 12.10.1946, Amtsblatt des Alliierten Kontrollrats, pág. 62. Importante para la aplicación: US Direktive JCS 1067, cfr. *Wember* 1991, pág. 16; sobre los antecedentes *Ambos* 2006, § 6 Rn. 7.

22. Mediante Militärregierungsgesetz Nr. 1 y Kontrollratsgesetz Nr. 1 (KRG 1) del 20.9.1945.

23. Por ejemplo, el Tribunal del Pueblo y los tribunales especiales, sobre esto *Freudiger* 2002, pág. 12 con más referencias.

24. Véase, por ejemplo, KRG Nr. 4 del 30.10.1945, Amtsblatt des Kontrollrats del 30. November 1945, págs. 20 ss. También *Fischer/Lorenz* 2007, pág. 18; *Zimmermann* 2001, pág. 28.

25. Al respecto *Wember* 1991, págs. 31 y ss.

dounidense)²⁶. También se llevaron adelante medidas educativas²⁷.

1.2.2. Los procesos ante los Tribunales militares de los aliados

El proceso ante el *Tribunal Militar Internacional* («Internationaler Militärgerichtshof», IMG) en Núremberg contra 24 criminales de guerra principales y seis organizaciones catalogadas de criminales²⁸ terminó el 1.10.1945 con la imposición de la pena de muerte en 12 casos, tres prisiones perpetuas, cuatro penas de prisión temporales y tres absoluciones. La SS, la SD, la Gestapo y el cuerpo dirigente del NSDAP²⁹ fueron calificados de criminales. El fundamento jurídico para el proceso del IMG fue el *Acuerdo Londinense de las Cuatro Potencias* («Londoner Statut») del 8 de agosto de 1945³⁰, que junto a reglas jurídicas procesales y organizacionales de los Tribunales preveía en su art. 6 los tipos penales del crimen contra la paz, los crímenes de guerra y el crimen contra la humanidad. Estos tres tipos penales junto con el delito de pertenencia a organizaciones nacionalsocialistas declaradas criminales por el IMG también se encuentran en la *Ley del Consejo Controlador Nr. 10* («Kontrollgesetz Nr. 10», KRG 10)³¹. Esta ley conforma la base jurídica para los siguientes procesos [Art. II Párr. 1 a) hasta d) KRG 10]³² lleva-

dos a cabo ante los Tribunales militares de los aliados en sus respectivas zonas. De destacar son los así llamados *Procesos Subsiguientes a los Juicios de Núremberg* ante los Tribunales militares estadounidenses. En este caso se trata de procesos llevados adelante entre diciembre de 1946 y abril de 1949 contra las elites funcionales del Tercer Reich³³. Asimismo hubo muchos otros procesos frente a los Tribunales militares de los aliados³⁴.

Lo más conflictivo desde el punto de vista jurídico fue la supuesta lesión al principio de irretroactividad de la ley, ya que ni el Londoner Statut ni el KRG 10, y por tanto tampoco los tipos penales contenidos en ellos, existían al momento de la comisión de los hechos. Los Tribunales negaron, sin embargo, una violación a este principio con el fundamento iusnaturalista y de derechos humanos de que los acusados habrían violado principios jurídicos fundamentales reconocidos por todos los pueblos civilizados de la tierra y que estos principios ya habrían existido al momento de la comisión de los hechos. El IMG entendió el principio de irretroactividad de la ley como un principio de justicia en el sentido de un hecho de confianza subjetivo, y en sentido objetivo como expresión de un orden jurídico dinámico, que no tendría su fuente en el derecho positivo, sino en el derecho consuetudinario y natural, y que se debe adaptar «mediante permanente ajuste a las necesidades de un mundo cambiante»³⁵. Esta argumenta-

26. Las comisiones de desnazificación designadas como Cámaras de Sentencia, erigidas en apoyo a las autoridades de ocupación, podían dictar distintas sanciones en forma de multa y confiscación de la propiedad, inhabilitación profesional y penas de libertad, dependiendo de la clasificación en una de las posibles cinco categorías previstas (culpable principal, inculpatado, inculpatado leve, simpatizante, desinculpatado) (cfr. Götz 1986, pág. 116; Wesel 1997, pág. 514; Zimmermann 2001, pág. 28).

27. Por ejemplo, mediante la proyección de material fílmico sobre los crímenes del nacionalsocialismo (conf. Chamberlin 1981, pág. 420).

28. Partido laboral nacionalsocialista alemán («Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei», NSDAP), las Tropas de asalto («Sturmabteilung», SA), el Escuadrón de Protección («Schutzstaffel», SS), el Gobierno del Reich («Reichsregierung»), el Cuerpo de Generales y altos Mandos de las Fuerzas Armadas («Generalstab und Oberkommando der Wehrmacht», OKW), la Policía secreta del Estado («Geheime Staatspolizei», Gestapo), y el Servicio de Seguridad («Sicherheitsdienst», SD).

29. IMG, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg, 14. Nov. 1945 — 1. Okt. 1946, Tomo XXII, Nürnberg 1948, sobre esto también Ambos 2006, § 6 Rn. 7; Götz 1986, pág. 16. La sentencia del proceso fijaba sólo el carácter criminal de las organizaciones en cuestión. La determinación de la culpabilidad individual de cada uno de los miembros lo dejó, en cambio, para procesos posteriores (Dienststelle des Generalinspektors in der Britischen Zone für die Spruchgerichte, sin fecha, pág. 1; véase también Zimmermann 2001, págs. 23 y ss.).

30. UN Treaty Series 82 (1951), 280; también www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm; versión alemana, entre otras, en IMG, Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher, 42 Tomos, 1947-49, Tomo 1, pág. 10.

31. Amtsblatt des Kontrollrats vom 20. Dezember 1945, pág. 50.

32. Cfr. también Rückerl 1968, pág. 63.

33. Cfr. Ostendorf 2003, pág. 126; sobre cada uno de los procesos Götz 1986, págs. 22-26. En total fueron acusadas 186 personas, de las cuales fueron absueltas 35 y fueron condenadas a largas penas de prisión 96, a cadena perpetua 23 y a muerte 25 (Fischer/Lorenz 2007, pág. 23).

34. Ante tribunales militares estadounidenses hubo en total 1517 condenas en procesos contra 1941 personas, de las cuales fueron 324 a muerte, 247 perpetuas, 946 penas de prisión temporales, 367 absoluciones y 57 suspensiones (Götz 1986, pág. 26). En la zona británica hubo 1085 condenas, 240 a muerte (v. Raab-Straube 2003, pág. 157; Zimmermann 2001, pág. 22 con más referencias en nota 14, Rückerl 1984, págs. 96-99); en la zona francesa las condenas fueron 2107, de las cuales 104 fueron a muerte (v. Raab-Straube 2003, pág. 157; Zimmermann 2001, pág. 22 con más referencias en nota 14, Rückerl 1984, págs. 96-99); en la zona soviética hasta enero de 1947 hubo 17.886 acusados, de los cuales fueron condenados 8055, 436 de ellos a muerte (Zimmermann 2001, pág. 22 con más referencias en nota 14; Wieland 1994, pág. 389).

35. IMG 1948, pág. 247.

ción, trasladable a todos los tipos penales del estatuto del IMG, también fue seguida sin más por los Tribunales de los Procesos Subsiguientes a los Juicios de Núremberg³⁶. Junto a la cuestión de la lesión del principio de irretroactividad de la ley fueron discutidas, por supuesto críticamente *otras cuestiones*, también de derecho internacional público. Por razones de espacio es necesario remitir a publicaciones anteriores sobre este punto³⁷.

1.2.3. Los Tribunales alemanes

Al mismo tiempo los Tribunales alemanes comenzaron a partir de 1945, luego del reinicio de sus actividades, con la elaboración jurídico-penal de los delitos nacionalsocialistas³⁸. De su jurisdicción estaban en un principio excluidas las acciones «que se dirigían contra miembros de las naciones aliadas o contra su propiedad, así como intentos de reconstrucción del régimen nazi o de reinicio de la actividad de las organizaciones nazis» [Art. III b) KRG Nr. 4 del 30 de noviembre de 1945]³⁹. Con la KRG Nr. 10 ya mencionada se completó esta norma: con excepción de los asuntos penales que según el Estatuto-IMG estaban encargados a los Tribunales aliados, los Tribunales ale-

manes podían tratar «crímenes cometidos por ciudadanos alemanes o por aquellos pertenecientes al Estado alemán contra otros ciudadanos alemanes o pertenecientes al estado alemán, o contra apátridas» (Art. III Nr. 1 d KRG 10)⁴⁰. Así vino a aplicarse junto al derecho penal alemán⁴¹ también el *KRG 10*, del cual se hizo sin embargo un uso muy *mesurado*⁴². En estos casos (por ejemplo en el caso de las denunciaciões, que a causa de sus consecuencias generalmente gravísimas fueron vistas como delito contra la humanidad y por tanto subsumidas bajo el Art. II KRG 10) se apelaba a la *Fórmula de Radbruch*⁴³ como fundamento, a fin de evitar la violación del *principio de irretroactividad de la ley* y justificar la aplicación del KRG 10⁴⁴. En lo que respecta a la jurisprudencia de los años entre 1945 y 1949 tuvieron lugar condenas en la mayoría de los casos por *comisiones en las modalidades autoría y coautoría*, y sólo en casos excepcionales por participación⁴⁵.

1.2.4. Los Tribunales de Sentencia

Una posición especial dentro de la jurisdicción alemana adoptaron los Tribunales de Sentencia («Spruchgerich-

36. Cfr. *Ambos* 1997, pág. 40 con nota 11, 14.

37. Así, por ejemplo, la doctrina del act-of-state, el principio de la tu-quoque, la infracción contra el principio de la división de poderes entre otras, cfr. *Leupolt* 2003, págs. 196-198, *Ambos*, 2004, págs. 84 ss. En general sobre la crítica *Oppitz* 1976, pág. 20; *Peters* 1998, pág. 384; *Friedrich* 1985, pág. 252; *Freudiger* 2002, pág. 22; *Ostendorf* 2003, págs. 129-133.

38. *Rüter* 1968 ss.; véase también la recopilación de sentencias de crímenes del nacionalsocialismo ante tribunales nacionales editada por las Naciones Unidas (UNWCC, 1947/49, Tomo 1-15). Entre 1945 y 1949 los tribunales alemanes condenaron con sentencia firme a 4.419 personas por crímenes nacionalsocialistas (Bundesministerium der Justiz, Statistik über die Verfolgung nationalsozialistischer Straftaten in der Bundesrepublik Deutschland, citado en *Freudiger* 2002, pág. 16 con nota 29, hasta 1950 fueron condenadas 5.228 personas; también *Rückerl* 1984, pág. 121).

39. Texto íntegro (alemán) en www.verfassungen.de/de/de45-49/verf45-11.htm

40. Tanto el gobierno militar británico, de acuerdo con la Ordenanza Nr. 47 del 30.8.1947 (*Amtsblatt der britischen Militärregierung* 1946, pág. 306), como el gobierno militar francés, a través de la Ordenanza Nr. 173 del 23.9.1948 (*Amtsblatt des Französischen Oberkommandos in Deutschland* 1948, pág. 1684), hicieron uso de esa habilitación. O sea que dentro del marco mencionado ambos transfirieron la competencia en general a los tribunales alemanes. En la zona estadounidense, en cambio, fue decidido en cada caso en particular (*Rückerl* 1984, pág. 108).

41. En la versión que en cada caso resultaba menos severa (cfr. *Kontrollratsgesetz* Nr. 11 del 30.1.1946 y § 2 Abs. 2 StGB en la versión del 4.8.1953).

42. *Oppitz* 1976, pág. 21; *Freudiger* 2002, págs. 14 y ss. con más referencias. Discutible fue también aquí la cuestión de una eventual violación del principio de irretroactividad (cfr. sobre el punto *Götz* 1986, pág. 37; en detalle OLG Düsseldorf del 18.12.1947, impreso en *Rüter* 1968, Tomo I, págs. 596 y ss.).

43. «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debe solucionarse en vistas a que el derecho positivo asegurado por su promulgación y por poder tenga prioridad aun cuando su contenido sea injusto e inadecuado, salvo que la forma en que la ley positiva contradice a la justicia haya alcanzado un grado tan intolerable que la ley, por ser “derecho injusto”, deba ceder ante la justicia» (*Radbruch* 1946, pág. 107). En este último caso, por tanto, el derecho positivo no podía tener efecto al momento del hecho y por tanto tampoco podía desarrollar una seguridad jurídica que debiera ser protegida, ya que tal derecho positivo se encontraba en contradicción con el núcleo mismo del derecho, de base iusnaturalista. Por tanto, no hay retroactividad en la aplicación posterior del derecho que es acorde a ese núcleo iusnaturalista, ya que ese núcleo ya estaba vigente al momento del hecho, hubiera o no hubiera estado normado positivamente.

44. *Götz* 1986, pág. 37.

45. Así, por ejemplo, la Corte Suprema Federal («Bundesgerichtshof», BGH) el 5.7.1951, BGHSt 8, 393, 397 ss. En detalle *Heynckes* 2005. *Freudiger* 2002, a partir de p. 35, realiza un análisis de sentencias donde investiga las tendencias exculpatorias respecto de determinados grupos de autores para lo cual compara las figuras jurídicas aplicadas en los ámbitos de autoría, participación, homicidio/asesinato, error sobre la antijuridicidad.

te»), ubicados organizacionalmente bajo el control británico y que preveían dos instancias⁴⁶. Estos *Tribunales penales* (normales), conformados exclusivamente por alemanes, asumieron en la zona británica⁴⁷ la persecución penal de la «pertenencia a sabiendas a una organización declarada criminal en la sentencia de Núremberg»⁴⁸, y fueron desde 1949 poco a poco otra vez disueltos⁴⁹. También la *Cámara Superior para la zona británica* conformada en 1948 («Oberster Gerichtshof für die Britische Zone», OGHBrZ) que fue la instancia superior de revisión hasta que en 1950 se constituyera la Corte Federal, consideraba que la aplicación del KRG 10 por parte de los Tribunales de Sentencia era acorde con el principio de irretroactividad de la ley⁵⁰.

1.3. Dificultades en el proceso de elaboración

En los años posteriores a 1949 la persecución penal de los crímenes violentos del nacionalsocialismo tuvo que enfrentar numerosas *dificultades*. Con la agudización de la Guerra Fría entre los aliados occidentales y la

Unión Soviética creció por parte de los primeros el interés en un aliado estable, y por tanto en una reconstrucción efectiva de la administración, de la justicia y de la economía en la República Federal de Alemania⁵¹. Al mismo tiempo en que tras la devolución de la competencia ilimitada de la persecución penal a los Tribunales alemanes⁵², en los cuales las condenas por hechos violentos nacionalsocialistas eran fuertemente regresivas⁵³ y en los que a partir de ahora se aplicaba exclusivamente el derecho penal alemán, se instalaba en forma mayoritaria en la refundada República Federal un sentimiento de reinicio unido con una *mentalidad de punto final*⁵⁴. Así tuvieron lugar muchas amnistías, por una parte todavía a través de los mismos aliados⁵⁵, y por otra a través del legislador federal alemán mediante las así llamadas *Leyes de impunidad* («Straffreiheitsgesetze»). La primera, del año 1949, preveía la impunidad para hechos cometidos antes del 15 de septiembre de 1949 para los que a su vez estuvieran previstas penas privativas de la libertad, no mayores de seis meses de prisión⁵⁶. Una segunda ley, de 1954, declaró impunes

46. Las bases jurídicas eran: Art. 9 del Estatuto de Londres, *supra* nota 31; la sentencia del IMG, *supra* nota 30 y KRG 10, *supra* nota 32. La Ordenanza Nr. 69 del gobierno militar, del 31.12.1946, relativo a procesos contra miembros de organizaciones criminales regulaba la aplicación de la sentencia de Núremberg sobre las organizaciones criminales en la zona británica (Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, britisches Kontrollgebiet, Nr. 16, págs. 405 ss; impreso también en: Meyer-Abich/Mittelbach/Schierholt, págs. 6-59); la tramitación de los procesos estaba regulada por el Reglamento de procedimiento para los Tribunales de Sentencia alemanes para el juzgamiento de miembros de organizaciones criminales del 17.2.1947 (Verordnungsblatt für die Britische Zone, 1947, págs. 57 ss.; Meyer-Abich/Mittelbach/Schierholt, págs. 62-95) complementada por el derecho procesal penal alemán general. Los Cuerpos de Sentencia de los Tribunales de Sentencia eran las Cámaras y Senados de Sentencia que no deben ser confundidos con las Cámaras de Sentencia en los procesos de desnazificación arriba mencionadas. Estas últimas, a diferencia de los Tribunales de Sentencia, no trataron originariamente cuestiones penales (cfr. Schreiben des Justizministers von Nordrhein-Westfalen an den Ministerpräsidenten von Nordrhein-Westfalen del 7.3.1951 y del 13.3.1951 en Bundesarchiv Z 42 I/232).

47. Distinto fue en las zonas estadounidense y francesa en las cuales estas tareas eran cumplidas por las Cámaras de Desnazificación.

48. Inspector General Meyer-Abich, citado en *Frei* 1997, págs. 33 y ss. con nota 19. Véase también Bundesarchiv Z 42 I/21, Blatt 55; en detalle: *Wember* 1991, Capítulo VII: Operation «Old Lace»: Aburteilung von Angehörigen verbrecherischer Organisationen durch deutsche Spruchgerichte, págs. 276-357.

49. Los Tribunales de Sentencia concluyeron en total 24.154 procesos: mediante juicio en 12.748 casos; 8.352 personas fueron absueltas (*Zimmermann* 2001, págs. 26 y ss.).

50. OGHSt Tomo 2, pág. 375.

51. Cfr. *Zimmermann* 2001, págs. 38 y ss.

52. El KRG 10 de facto no se aplicó más a partir de 1951, luego de que con el KRG 13 del 1.1.1950 las fuerzas de ocupación occidentales habían transferido de momento a los tribunales alemanes federales la competencia por crímenes del nacionalsocialismo también contra miembros de los Estados aliados (cfr. Ordenanza Nr. 234 del Gobierno militar británico del 31 de agosto de 1951, Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission, pág. 1137; Ordenanza Nr. 171 del Gobierno militar francés del 31 de agosto de 1951). Sin embargo, un término formal recién tuvo lugar con la Ley de derogación del derecho de ocupación («Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts» del 30.5.1956, BGBl. I 1956, págs. 437 ss.; sobre ello *Ambos* 2006, § 6 Rn. 10 con nota 52 y más referencias; *Zimmermann* 2001, pág. 36).

53. Finalmente las condenas quedaron paralizadas casi en su totalidad en los años 1952-1954 (*Freudiger* 2002, pág. 33 con nota 152; *Fischer/Lorenz* 2007, pág. 61; *Zimmermann* 2001, pág. 38 con nota 82 y otras referencias). Esto vale también para la cifra de las instrucciones de sumario (*Frei* 1997, pág. 20; *Götz* 1986, págs. 35 y ss.).

54. *Frei* 1997, págs. 54-69.

55. En forma de indultos (cfr. Besatzungsstatut, Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission 1949, pág. 13; véase también *Rückerl* 1984, pág. 132, *Ostendorf* 2003, págs. 128 y ss.).

56. Ley de concesión de Impunidad («Gesetz über Gewährung von Straffreiheit») del 31.12.1949 (BGBl. 1949 I, pág. 37; *in extenso* sobre esto *Frei* 1997, págs. 29-53).

determinados hechos cometidos en la etapa final de la guerra que previeran penas de hasta tres años⁵⁷.

Por otra parte la *prescripción de la persecución penal* ya había llevado en 1950 a que sólo pudieran seguir siendo perseguidos los delitos de asesinato [*Mord*, § 211 StGB («Strafgesetzbuch», Código Penal)], homicidio (*Totschlag*, § 212 StGB) y lesiones graves⁵⁸. En este contexto regresaron a sus cargos en los años cincuenta numerosos exmiembros del NSDAP o de otras organizaciones del régimen nacionalsocialista, así como personas que habían trabajado en la administración o en el sistema judicial del Estado nazi; o fueron de diversas maneras integradas en la construcción administrativa o judicial de la RFA⁵⁹. Esta «resocialización» o «reintegración» fue asegurada normativamente por la ley reguladora del Art. 131 de la Constitución, la cual concedía un derecho a reemplazo y restablecía las pretensiones de abastecimiento de integrantes del servicio público que por servicio militar, expulsión o desnazificación habían perdido sus cargos⁶⁰.

La jurisprudencia de esta época se caracterizó por una parte por el reemplazo del tipo penal del asesinato por el de homicidio y, por otra, por el creciente número de *condenas por participación* en lugar de por (co)autoría⁶¹. Al mismo tiempo fueron cada vez más aceptadas las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad⁶². Asimismo, la jurisprudencia formuló *estrictísimas exigencias* para llegar a condenar a ex jueces nacionalsocialistas por las condenas

a muerte dictadas por ellos. La responsabilidad penal fue así aceptada sólo cuando el contenido de las sentencias impuestas por aquellos jueces en los casos en cuestión, por un lado encuadraran en el tipo penal del prevaricato (así llamado privilegio de los jueces, «Richterprivileg») y por otro éste hubiera sido cometido con dolo directo (*dolus directus*). Un *dolus eventuales*, por tanto no era suficiente⁶³.

A fines de los años cincuenta tuvo lugar un *cambio de paradigma*. El proceso ante el Jurado de Ulm contra integrantes de un grupo de intervención que había participado en el homicidio de 120.000 judíos mostró que gran parte de los actos violentos del nacionalsocialismo aún no habían sido registrados, ni mucho menos esclarecidos⁶⁴. Como consecuencia de esto fue fundada en 1958⁶⁵ en Ludwigsburg la *Oficina Central de las Administraciones Judiciales de los Länder para el esclarecimiento de crímenes del Nacionalsocialismo* (Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltung zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen). Esta oficina posibilitaba por primera vez llevar adelante una persecución penal sistemática, centralizada e independiente de la predisposición de denuncia de la población⁶⁶. La Oficina Central, que llevaba adelante investigaciones preliminares por su cuenta pero que para la presentación de denuncia entregaba el caso a la fiscalía⁶⁷, existe hasta hoy, aunque en el presente se dedica fundamentalmente al acercamiento científico a los crímenes violentos del nacionalsocialismo⁶⁸. Por los mo-

57. Ley sobre el dictado de penas y multas y sobre la anulación de procesos penales y de imposición de multas («Gesetz über den Erlass von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren») del 17.7.1954 (BGBl. 1954 I, pág. 203; *in extenso Frei* 1997, págs. 100-132). Esta ley canceló asimismo todos los antecedentes penales sobre condenas impuestas por los Tribunales de Sentencia anteriores a 1949, en tanto la condena impuesta no superara los cinco años (§ 20 Abs. 2).

58. El 8.5.1950 de acuerdo al plazo de 5 años del § 67 II (versión anterior) StGB.

59. Ver recientemente sobre la reintegración de catedráticos de derecho y economía (con particular énfasis del caso de la Georg-August-Universität Göttingen) *Schumann*, 2008, págs. 108 ss.

60. Ley de regulación de las relaciones jurídicas de las personas consideradas en el Art. 131 de la Constitución («Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des Grundgesetzes fallenden Personen») del 10.4.1951 (así llamada «131er Gesetz»; *in extenso Frei* 1997, págs. 69-99).

61. Cfr. BGHSt 2, 234; BGH DriZ 1966, 59; BGHSt 18, págs. 87 y ss.; LG Frankfurt 20.12.1968, Ks 2/66, del BGH (2 StR 105/70) confirmado el 27.10.1972, pág. 115 (sobre esto *Heynckes*, Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen, 2005, pág. 228 con nota 610 y otras referencias). Consecuencia de ello fue no sólo una reducción del monto de la pena, sino incluso a menudo que ya se había dado la prescripción del hecho (sobre ello véase también *Benzler* 1998, págs. 406 ss.; *Freudiger* 2002, págs. 35 ss.; *Oppitz*, págs. 23, 33-36).

62. En detalle *Benzler* 1998, págs. 394-406.

63. Cfr. *Ostendorf* 2003, págs. 133 y ss., *Homann* 1998, pág. 756 con nota 24. Esto posibilitó a los ex-jueces del nacionalsocialismo resguardarse en la afirmación de que habían partido de la legalidad de la sentencia al momento de dictarla.

64. Así llamado «Ulmer Einsatzgruppenprozess» del 28.4.-29.8.1958 (sobre esto *Rückerl* 1968, pág. 65; *Zimmermann* 2001, págs. 40 y ss.; *Götz* 1986, pág. 117). Recién con la intervención de la Fiscalía General se llevaron adelante amplias investigaciones en el Tribunal Superior de Stuttgart, durante las cuales pudieron ser investigados y condenados aún más involucrados (cfr. *Rückerl* 1984, págs. 140 ss.).

65. Erigida por la Conferencia de Ministros de Justicia del 18.9.1958.

66. Cfr. *Rückerl* 1984, pág. 145. Si bien la actividad de la Oficina Central condujo claramente a la obtención de los objetivos arriba formulados (véase *Freudiger* 2002, págs. 27 ss., 32), se vio también aquí la problemática antes mencionada: más de una docena de sus miembros, incluido su primer director, habían pertenecido al NSDAP y/o a otras organizaciones del Estado nacionalsocialista (cfr. *Zimmermann* 2001, págs. 41 ss. con otras referencias).

67. *Rückerl* 1968, pág. 66.

68. *Fischer/Lorenz* 2007, pág. 69. De momento (31.12.2007), sin embargo, hay todavía 24 procesos pendientes en estado de investigación preliminar, cfr. www.zentrale-stelle.de

tivos mencionados tuvo lugar con posterioridad a la creación de esta oficina un claro *aumento de procesos* que posibilitó un *esclarecimiento* sistemático de los delitos violentos del nacionalsocialismo⁶⁹. Además, en el mismo ámbito judicial se levantó resistencia junto a las protestas públicas en contra de la así llamada «judicatura participativa» («Gehilfenjudikatur») ⁷⁰. En total, en los cuatro *debates sobre la prescripción* («Verjährungsdebatten») entre los años 1960 y 1979 fueron extendidos cada vez más los plazos de prescripción para los hechos violentos nacionalsocialistas aún pendientes, hasta que finalmente en 1979 se declaró la *imprescriptibilidad del asesinato*⁷¹. Se negó la violación del principio de irretroactividad de la ley ya que éste se referiría al tipo penal, no así a su prescripción⁷². Desde los años ochenta la elaboración penal ha *perdido importancia* nuevamente. Desde allí fueron tramitados muy pocos procesos. En total fueron condenadas con sentencia firme por Tribunales alemanes occidentales 6.498 personas entre el 8.5.1945 y el 1.1.2004 por delitos nacionalsocialistas y fueron abiertas instrucciones de sumarios contra 106.496 acusados⁷³.

En resumen puede decirse que la elaboración del despotismo nacionalsocialista en Alemania occidental se deja ordenar en **cuatro fases**, en las cuales se entrecruzan en diferente medida mecanismos y reacciones jurídico-penales, extra-jurídico-penales y sociales de otras formas⁷⁴:

La *primera fase* abarca aproximadamente de 1945 a 1949 y se caracteriza por una «*voluntad de limpieza*» para hacer a un lado estructuras nacionalsocialistas. Para ello se disuelven instituciones, se deciden despidos y se llevan adelante medidas reeducativas. Mientras tienen lugar en Núremberg los procesos contra los nacionalsocialistas de las líneas dirigentes, comienzan también los Tribunales alemanes con la elaboración jurídico-penal de los delitos nacionalsocialistas. La prosecución, sin embargo, no se realiza en forma sistemática.

La *segunda fase*, entre 1950 y 1960, es el período de la *política del pasado*⁷⁵, cuyos destinatarios fueron no las víctimas del nacionalsocialismo, sino los ofensores. Éstos fueron amnistiados, integrados y protegidos contra futuras medidas de persecución penal.

Luego del cambio hacia fines de la década de 1950 siguió la *tercera fase*, la de la *superación del pasado* que se extiende aproximadamente entre 1960 y 1980, en la que por primera vez tuvo lugar un procesamiento sistemático y donde la prescripción fue pospuesta una y otra vez.

Penalmente irrelevante es, finalmente, la *cuarta fase*, iniciada aproximadamente en 1980, la de la *preservación del pasado*.

1.4. Impacto de los mecanismos utilizados

Los efectos de las diferentes medidas están estrechamente relacionados con las fases mencionadas. En la *primera fase* el impacto es inmediato, ya que se trató de la supresión de inculcados políticos, de la disolución y cierre de instituciones y organizaciones, de la prohibición de símbolos nacionalsocialistas, etc. Dado que estas medidas tenían un efecto de muy corto plazo y además muchos involucrados lograron evadirlas, deben ser vistas (no obstante haber sido un importante paso hacia la democratización)⁷⁶ como el *intento frustrado de una limpieza política masiva*. La elaboración jurídico-penal (nuevamente de acuerdo a los períodos arriba mencionados) ha sido *percibida de formas muy diversas* y ha desarrollado por tanto efectos también diversos. Mientras que los procesos de Núremberg contra los principales criminales de guerra ganaron la atención de la población y contaron ampliamente con su aceptación⁷⁷, los Procesos Subsiguientes a los Procesos de Núremberg fueron apenas percibidos por el público⁷⁸. Así también, los procesos ante los Tribunales alemanes volvieron a despertar la atención del público alemán

69. Como por ejemplo el proceso de Auschwitz llevado adelante en Frankfurt 1963/1965, el Proceso sobre eutanasia también llevado adelante en Frankfurt 1966/1967, así como numerosos procesos contra los cuerpos de vigilancia de los campos de concentración y de exterminio.

70. La jurisprudencia de la Corte Suprema fue en este punto criticada mediante la así llamada «Königsteiner Entschließung», una resolución de la Jornada de Juristas Alemanes del 1.-3.4.1966 (cfr. *Just-Dahlmann/Just* 1988, pág. 263).

71. En detalle *Freudiger* 2002, págs. 28 y ss.

72. BGH 50, 138, 139.

73. Estadística de persecuciones penales contra delitos del nacionalsocialismo («NS-Strafverfolgungsstatistik») 2003/2004, impresa en *Heynckes, Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen*, 2005, págs. 230 y ss.

74. Cfr. también *Frei*, <http://www.forumjustizgeschichte.de/Bericht-zur-Fac.36.0.html>, cuya terminología es adoptada aquí para la denominación de estas fases; cfr. también *Freudiger* 2002, pág. 33.

75. Sobre este concepto v. *Frei* 1997, págs. 13-17.

76. *Fischer/Lorenz* 2007, pág. 19.

77. *Zimmermann* 2001, págs. 20 y ss. con nota 10; *Götz* 1986, pág. 21.

78. *Fischer/Lorenz* 2007, pág. 23; *Götz*, pág. 26. Según diversas encuestas estuvieron de acuerdo con las medidas de desnazificación primeramente 50% (1945) y 57% (1946) de la población. En cambio, en 1949 sólo un 17% (*Fischer/Lorenz* 2007, pág. 19). La creciente crítica que en ese primer momento se hizo al tratamiento desigual, o «justicia del vencedor», respecto de los procesos de Núremberg, se apaciguó luego a la vista del justo proceder que se evidenciaba en los procesos y especialmente a causa de las absoluciones habidas. (*Fischer/Lorenz* 2007, pág. 22; véase también *Wesel* 1997, pág. 515; *Leupolt* 2003, pág. 197).

recién en los años setenta⁷⁹. El *efecto preventivo* que ya en aquella época era esperado junto al represivo se ha mantenido hasta hoy inquebrantable, fundamentalmente a causa del rol que en especial el proceso de Núremberg contra los principales criminales de guerra tuvo para la emergencia y desarrollo de un verdadero derecho penal internacional⁸⁰. Llamativo es también en este contexto, que en Alemania (a diferencia, por ejemplo, de Francia o de Italia) no hubo actos de «ajuste de cuentas» por parte de la población, sea por medio de linchamientos, etc.⁸¹. La explicación de esto reside claramente en que en aquel momento todavía había una *amplia aceptación del nacionalsocialismo* por parte de la población⁸², a causa de la cual asimismo solo tuvo aceptación la condena en Núremberg de unos pocos criminales de guerra principales, pero no fue aceptada la condena del «hombre común» en los procesos posteriores⁸³.

La *mentalidad del punto final* de la *segunda fase* provocó diversas interacciones. Así, por ejemplo, a causa de los indultos decididos por parte de los aliados, los fiscales y jueces alemanes se sintieron animados a ni siquiera investigar o a paralizar procesos pendientes⁸⁴. También la discusión política dejó sus huellas en la práctica jurídica: la jurisprudencia en los Länder prescindió de la elaboración sistemática de las injusticias e ilegalidades propias del nacionalsocialismo, ya que «se habría creído en una moda que estaba presente en el público, de no tener que seguir dando valor a la persecución de aquellos delitos»⁸⁵. También las *leyes de impunidad y los indultos* tuvieron su impacto: sólo hasta el 31.5.1951 fueron indultadas en total 792.176 personas; si bien no se conoce la proporción de criminales nacionalsocialistas, su número alcanza estimativamente las cinco ci-

fras⁸⁶. La reincorporación en los años cincuenta de personas incriminadas, entre las cuales se vieron también beneficiados, por ejemplo, ex-miembros de la Gestapo y de la SS armada⁸⁷, llevó además a que instituciones estatales en muchos casos fueran ocupadas mayoritariamente con ex-miembros del NSDAP⁸⁸. El resultado de esta *continuidad personal* fue muchas veces no sólo la falta de predisposición de persecución por parte de los juristas⁸⁹, sino también un «clima de impertinencia», en medio del cual ex-nacionalsocialistas pudieron hacerse oír nuevamente⁹⁰.

2. República Democrática Alemana

2.1. Introducción

La fundación de los dos Estados alemanes tuvo lugar luego de que la Guerra Fría entre los Estados aliados occidentales y la Unión Soviética se agudizara marcadamente a partir de 1947 y que alcanzara su punto culminante en 1948/1949 con el bloqueo de Berlín⁹¹. La fundación estatal de la RDA llevada adelante por la Unión Soviética el 7 de octubre de 1949 se concretó con el objetivo de levantar un Estado socialista según el ejemplo de la Unión Soviética. A pesar de contar con una Constitución originariamente burguesa según el ejemplo de Weimar⁹², la RDA devino en un *Estado totalitario* bajo el dominio del *Partido Socialista Unificado* («Sozialistische Einheitspartei», SED) y de la vigilancia y represión del Ministerio para la Seguridad de Estado («Ministerium für Staatssicherheit», MfS)⁹³. No existían ni una división de poderes funcional ni elecciones libres. En realidad la jus-

79. Así hubo en los años setenta una mayor aprobación de la persecución penal. Sin embargo, en 1986 volvía a haber dos tercios de la población a favor del punto final (cifras en Zimmermann 2001, págs. 48 y ss.).

80. Sobre la influencia que tuvieron los principios desarrollados por el IMG sobre el desarrollo del derecho penal internacional véase Ambos 2008, § 6 Rn. 11; Ostendorf 2003, pág. 126; cfr. también ya Meyer-Abich 1949, pág. 12.

81. Zimmermann 2001, pág. 17 con nota 1.

82. Sobre esto Leupolt, 2003, pág. 205 con nota 1211 y otras referencias.

83. Cfr. Zimmermann 2001, págs. 21 y ss.

84. Ostendorf 2003, pág. 129.

85. Citado en Kruse 1978, pág. 121.

86. Frei 1997, págs. 18, 52.

87. Fischer/Lorenz 2007, pág. 95; Frei 1997, págs. 71, 79.

88. Así, por ejemplo, en 1950 alrededor del 80% de los jueces de la Corte Suprema eran ex miembros del NSDAP (Fischer/Lorenz 2007, pág. 145). En la zona británica luego de 1945 habrían sido ex miembros del NSDAP el 30% de los presidentes de Tribunal y más del 80% de los presidentes de Tribunales de los diferentes Länder (Fischer/Lorenz 2007, págs. 98 y ss.). Véase también Frei 1997, pág. 81, para la teoría penal cfr. Perels 1998, pág. 519.

89. Fischer/Lorenz 2007, págs. 98 y ss.

90. Frei 1997, pág. 20.

91. Véase un corto bosquejo histórico sobre la fundación, desarrollo y caída de la RDA en Eser/Arnold 2000 II, págs. 3-15, así como Leupolt, 2003, págs. 5-14.

92. GBl. I 1949, pág. 5. En la Constitución del 6.4.1968 (GBl. I, 199) en la versión del 7.10.1974 (GBl. I, 429) ya estaba estipulado en su Art. 1 Párr. 1 que la RDA era un «Estado socialista de los trabajadores y campesinos» «bajo la conducción de la clase trabajadora y su partido marxista-leninista».

93. A la organización del MfS, marcadamente ramificada, pertenecían hacia el final casi 90.000 miembros de alto cargo que eran responsables por maltratos a detenidos penales, denunciaciões, secuestro y detención de opositores políticos, extorsión de ciudadanos de la RDA que pretendían emigrar, escuchas de conversaciones telefónicas, control de envíos postales, sustracción de dine-

ticia fue cada vez más integrada en el aparato estatal a fin de lograr su control y su conformidad política, lo que ya en los primeros años de la RDA llevó a numerosas condenas por delitos políticos⁹⁴. A consecuencia de un creciente número de fugas en 1961 la RDA se aisló herméticamente de la RFA con la construcción del muro de Berlín, así como mediante una frontera severamente asegurada, incluso con minas y dispositivos de disparo automático («Selbstschussanlagen») a causa de los cuales numerosas personas perdieron la vida⁹⁵. Bajo el efecto causado por los procesos de derrumbe político de los Estados del bloque oriental y por la presión de los reclamos de la población, en 1989 Honecker presentó su renuncia y la RDA abrió sus fronteras. En marzo de 1990 tuvieron lugar las primeras elecciones libres y el 3 de octubre de 1990 se disolvió la RDA como sujeto del derecho internacional público luego de su adhesión a la RFA (Reunificación) decidida por la Cámara del Pueblo de la RDA, formulada como sucesión en el derecho internacional público y de acuerdo al Art. 23 (versión anterior)⁹⁶ de la Constitución⁹⁷.

2.2. Mecanismos de elaboración del pasado

La elaboración de la criminalidad propia del sistema de la ex-RDA se logró *fundamentalmente con medios jurídi-*

co-penales. Los procesos fueron llevados adelante primeiramente por las autoridades de la persecución penal y por los Tribunales ordinarios de la RDA ya en el año 1989 bajo la presión de la ola de emigración y de la protesta pública; luego de la unificación (3 de octubre de 1990) fueron continuados por las autoridades de la RFA⁹⁸. En el marco de la aplicación de los códigos penales de la RDA, y luego de la RFA, fueron también consideradas figuras jurídicas y principios del derecho internacional público. En el ámbito *extra-penal* fueron sancionadas numerosas leyes de rehabilitación, de reparación y de resarcimiento. Además se ocuparon dos comisiones, así como una oficina de la elaboración del sistema de la RDA; esta oficina aún continúa funcionando.

2.3. Análisis de los mecanismos

2.3.1. Elaboración penal

Los procesos penales que fueron tramitados por las *Oficinas de Persecución Penal de la RDA* en el último año de su existencia se limitaron en primera línea a los ámbitos de *abuso de autoridad* y de *fraude electoral*, en especial por el fraude en las elecciones comunales de 1989⁹⁹. Las numerosas presentaciones y denuncias por parte de la población, así como los informes mediales críticos fueron el

ro y otros objetos de valor de cartas provenientes de Alemania occidental, ocultamiento de miembros de la Facción del Ejército Rojo (RAF) de Alemania occidental y violación del secreto profesional, entre otros (*Marxen/Werle* 1999, págs. 228 y ss.).

94. *Eser/Arnold* 2000, II, pág. 7 con nota 39. Se calcula que en total fueron condenadas y detenidas por motivos políticos alrededor de 200.000 personas (*Schroeder* 1996, pág. 81).

95. La pregunta sobre cuántas son realmente las personas que murieron al intentar pasar el muro no tiene una respuesta unánime. Los datos abarcan desde 248 muertos (*Marxen/Werle* 1999, pág. 224) o 264 (*Marxen/Werle* 1999, pág. 8 con base en las autoridades de investigación) pasan por más de 800 (*Kreicker/Ludwig* 2000 I, pág. 90; 2000 II, pág. 50 con nota 12 y otras referencias que dan cuenta de entre 264 hasta 1.000 muertos, cfr. también *Eser/Arnold* 2000, II, p. 18) y llegan a alcanzar los 1.303 (de acuerdo a la Directora del Museo del Muro en Berlín, quien también contabiliza los muertos habidos en las otras líneas fronterizas de la RDA así como aquellas personas fallecidas al intentar cruzar la frontera por otros motivos, FR v. 13.8.2008, pág. 9).

96. El art. 23 (versión anterior) de la Constitución decía: «Esta Constitución rige primeramente en las regiones de los estados Baden, Bavaria, Bremen, Gran-Berlín, Hamburgo, Hessen, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Schleswig-Holstein, Wurtemberg-Baden und Wurtemberg-Hohenzollern. En otras partes de Alemania debe ser puesta en vigencia luego de sus respectivas incorporaciones». El art. 23 (versión anterior) de la Constitución estaba, por tanto, confeccionado especialmente para el caso de la reunificación y fue debidamente derogado luego que la unificación estuvo concluida.

97. *Kreicker*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pág. 37.

98. Los delitos por elaborar, es decir, las expresiones de la criminalidad propia del sistema de RDA, pueden ser clasificados de la siguiente manera: hechos violentos en la frontera alemana-alemana, prevaricato, abuso de autoridad y corrupción, delitos en el ámbito del Ministerio para la Seguridad del Estado («Ministerium für Staatssicherheit», MfS), denunciaciões, espionaje, fraude electoral, doping, infracción de la prohibición de comercio interzonal y delitos económicos, así como hospedaje de miembros de la RAF. Para una rápida visión de la cronología del proceso de transición y de los mecanismos e instrumentos legales más importantes en idioma español cfr. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Memoria Histórica. El Proceso de Justicia Transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica, Boletín de Documentación N. 27, septiembre-diciembre 2006, http://www.cepc.es/catalogo_documentos_electronicos.asp?IdClasificacion=13&IdCCatalogados=319

99. Detallado *Marxen/Werle* 1999, págs. 148-156; *Marxen/Werle/Schäfter* 2007, pág. 11. Solamente se encuentra documentado un proceso por un procedimiento violento de la policía y del MfS contra manifestantes pacíficos en octubre de 1989 (cfr. *Marxen/Werle* 1999, pág. 148). No es posible contar con datos exactos acerca del volumen de las actividades investigativas de la justicia de la RDA en general. Sin embargo, ya una documentación interna de la Fiscalía General de la RDA da cuenta de 180 procesos de investigación contra 124 acusados, así como de por lo menos 42 detenciones hasta el 10.5.1990 (cfr. *Müller* 2001, págs. 185 y ss.; *Marxen/Werle/Schäfter* 2007, págs. 11 y ss.).

motivo de la rápida y considerable (a la vista del poco tiempo disponible en relación al gran volumen de trabajo) actividad de las Oficinas de Persecución Penal¹⁰⁰.

Con la *reunificación* se traspasó a la RFA la elaboración jurídico-penal de la criminalidad propia del sistema de la RDA. Numerosos procesos ya iniciados fueron continuados así en la RFA o utilizados para investigaciones propias¹⁰¹. El abordaje jurídico-penal de esta criminalidad no encuentra mención explícita en el *Contrato de Unificación* que regula las cuestiones legales emergentes en el contexto de la reunificación. Sin embargo, su Art. 8 estipula que el derecho penal de la RDA es reemplazado por el de la RFA, y por tanto la *pretensión penal* y las competencias de persecución penal de la RDA *pasan a la RFA*, su sucesora legal. Las autoridades alemanas federales están, por tanto, obligadas a la persecución de todos los delitos cometidos en la RDA, de acuerdo al § 152 II StPO (Strafprozessordnung, Código Procesal Penal; Principio de legalidad), *siempre y cuando éstos sigan siendo punibles* luego de su adhesión a la RFA¹⁰². Si éste es el caso depende de lo siguiente: el reemplazo del derecho penal de la RDA por el de la RFA, estipulado por el Art. 8 del Contrato de Unificación¹⁰³, llevó a que la aplicación (única) del derecho vigente al momento de la comisión del hecho, o sea el derecho de la RDA, fuera excluida. Al mismo tiempo, sin embargo, la única aplicación del derecho penal de la RFA hubiera conllevado la violación del principio de irretroactividad (Art. 103 II Constitución, § 1 StGB), ya que al momento de la comisión del hecho estaba precisamente vigente (únicamente)¹⁰⁴ el derecho de la RDA. La *tensión entre el principio «lex posterior derogat legi priori» y el principio de irretroactividad*¹⁰⁵ de la ley penal la resuelve el Art. 315 EGStGB («Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch», Ley Introductora al Código

Penal), incorporado en el marco del Contrato de Unificación, en concordancia con el § 2 StGB por medio de dos principios: por un lado se aplica el principio *lex mitior*, normado en el § 2 Párr. 3 StGB (al que remite el Art. 315 I EGStGB). Según este principio, en caso de reforma legal debe ser aplicada en cada decisión judicial la norma menos severa. Por otra parte debe darse un caso de *continuidad del injusto (Unrechtskontinuität)*¹⁰⁶. Esto significa que la conducta en cuestión no sólo debe estar contemplada típicamente en ambos códigos penales, sino que los tipos penales relevantes deben perseguir además la protección del mismo bien jurídico. A consecuencia de esto, en los casos en los cuales una conducta es contemplada tanto en el código penal de la RDA como en el de la RFA, la conducta es penada según la *ley que en cada caso resulte menos severa*. Por el contrario, en caso que una conducta no esté contemplada en uno de los correspondientes códigos penales, ya sea porque no existe ese tipo penal o porque un tipo penal es aplicable de acuerdo a su letra pero penaliza otro injusto, tal conducta queda impune¹⁰⁷.

Junto a las cuestiones mencionadas, relativas al derecho penal aplicable, surgen otros problemas respecto a la prescripción de la persecución penal y de la ejecución de la pena: ésta encuentra su regulación primeramente en el Art. 315a EGStGB, según el cual la prescripción se da por interrumpida al 3.10.1990 (como día de entrada en vigencia de la adhesión de la RDA a la RFA) en tanto no haya prescripto ya en tiempos de la RDA, y comienza por tanto a correr nuevamente según los §§ 78 ss. con la limitación del § 78c Párr. III del StGB-RFA¹⁰⁸. La jurisprudencia federal alemana construyó, sin embargo (a fin de evitar la probable prescripción de algunos delitos de la RDA), un *cese fáctico de la prescripción* del 11.10.1949 hasta el 2.10.1990 para los casos en que —como era generalmen-

100. Marxen/Werle, 1999, pág. 149; Marxen/Werle/Schäfter 2007, pág. 13.

101. Marxen/Werle 1999, págs. 232 y ss.; Marxen/Werle/Schäfter 2007, pág. 54. En total han sido llevados adelante luego de 1989 y hasta el cierre del último proceso en 2005 (sin los casos de espionaje) aproximadamente 74.894 procesos de investigación contra estimativamente 100.000 personas por proceder injustos de la RDA. En 1286 de estos casos hubo sentencia definitiva de tribunal recaída en procesos principales (Marxen/Werle/Schäfter 2007, págs. 24 s., 54, 38 s. con cuadro 19).

102. Kreicker/Ludwig 2000 I, pág. 90; Marxen/Werle 1999, págs. 3 y ss.

103. Del 31.8.1990 (BGBl. 1990 II, pág. 889), adaptado últimamente por Art. 12 G v. 30.10.2008 I 2130 en relación con Art. 6 Nr. 5 G v. 21.12.2008 I 2940.

104. Esto es por supuesto distinto si el derecho penal de la RFA ya encontraba aplicación mediante las regulaciones del derecho de aplicación de la pena, incluso antes de la adhesión de la RDA. En ese caso sería aplicable, de acuerdo al § 315 IV EGStGB, el derecho penal de la RFA, cfr. Kreicker/Ludwig 2000 I, pág. 91; véase también Homann 1998, pág. 754; Marxen/Werle 1999, págs. 3-5; sobre el derecho penal interlocal en este contexto véase Ambos, 2008, § 1 nota 43 ss.

105. En detalle Elsner 2000, págs. 31 ss., 45 ss.

106. En detalle Elsner 2000, págs. 163 ss.

107. Detallado sobre este párrafo Kreicker, en: Eser/Arnold 2000 II, págs. 37-47.

108. El cese de la prescripción a los efectos del § 78b StGB impide el inicio o la continuación del plazo de prescripción; en caso de desaparición de la causa de suspensión el plazo de prescripción comienza a correr nuevamente, es decir, que la parte de plazo que había corrido antes de la suspensión de la prescripción sigue siendo considerado. Esto es distinto cuando el plazo es interrumpido de acuerdo al § 78c StGB. En este caso, la parte de plazo que ya había transcurrido es dejada sin efecto por el acontecimiento que interrumpe el plazo, y el plazo comienza a contar de cero luego de la interrupción. Esto, sin embargo, sólo dentro de los límites de los plazos absolutos de prescripción: la prescripción tiene lugar independientemente de las interrupciones, de acuerdo al § 78 Párr. 3 StGB, cuando se ha cumplido el doble del plazo de prescripción legal y por lo menos un plazo de tres años.

te el caso— la persecución penal hubiera omitida a causa de la explícita o supuesta voluntad de la conducción estatal y del partido, ya sea por motivos políticos o por otras causas violatorias de los principios de un orden liberal de Estado de derecho. De esta manera comenzaron a correr los plazos de prescripción recién el 3.10.1990¹⁰⁹. Esta postura fue confirmada legalmente con la primera ley de prescripción del 26.3.1990¹¹⁰, y vuelta a confirmar con la cuarta ley de prescripción del 23.11.2007¹¹¹. Tanto la segunda ley como la tercera de prescripción prolongaron los términos de los plazos¹¹².

Por lo demás, la jurisprudencia federal alemana consideró como particularmente relevantes, y por tanto dignos de persecución penal, los hechos que o bien hubieran *atentado en forma grave y manifiesta contra los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional*, o bien aquellos en los que ya se hubiera puesto en marcha la persecución penal por la misma RDA (casos de la así llamada *continuidad de la persecución*)¹¹³. La exigencia de una grave violación de los derechos humanos despliega un efecto tanto legitimante como limitante y es explícitamente aplicado a tres *grupos de delitos*: en los casos de hechos violentos en la frontera alemana-alemana, en los casos de prevaricato, y en los casos de denuncia (política). Esta línea es seguida también, aunque sin mención expresa, por la penalización del abuso corporal de prisioneros penales y del doping, y se muestra también en la impunidad de intervenciones menos intensivas por parte de la MFS y en la exigencia adicional de la continuidad de la persecución (especialmente para los procesos por abuso de autoridad y corrupción)¹¹⁴. Para los casos de la continuidad de la persecución en los cuales generalmen-

te no había violación grave y manifiesta de los derechos humanos, la necesidad punitiva no se desprendía, por tanto, de la gravedad del acto, sino del hecho de que el proceso ya había sido iniciado por las Oficinas de Persecución de la RDA como expresión de la voluntad de una gran parte de su población¹¹⁵.

De los complejos delictivos mencionados son a su vez de destacar los *hechos violentos en la frontera alemana-alemana*. Aquí son de particular interés ante todo dos cuestiones. En primer lugar se presenta la pregunta por una *violación al principio de irretroactividad*, ya que los delitos en la frontera alemana-alemana fueron considerados como justificados por el § 27 de la ley de frontera, especialmente el asesinato, no obstante estar típicamente contemplados en el derecho de la RDA¹¹⁶. Por lo tanto la jurisprudencia de los Tribunales superiores negó una violación del principio de irretroactividad¹¹⁷. La *Corte Suprema* («Bundesgerichtshof», BGH) aplica la ya mencionada fórmula de Radbruch¹¹⁸ por «infracción grave y manifiesta de los principios fundamentales de justicia y humanidad [derivados de un derecho suprapositivo e internacional¹¹⁹]»¹²⁰. Dado que la mencionada causa de justificación del § 27 de la Ley de Frontera de la RDA fue considerada, por tanto, inaplicable incluso ya en el momento de comisión del hecho, se negó la violación del principio de irretroactividad¹²¹. La Corte Suprema sólo confirma en el caso, *a posteriori*, la invalidez de la causa de justificación, que desde su punto de vista ya había sido inválida al momento del hecho. No se trata, por tanto, de una invalidación retroactiva. Según el *Tribunal Constitucional Alemán* («Bundesverfassungsgericht», BVerfG) el principio de irretro-

109. Cfr. BGH 40, 48, 113, 118; 41, 247, 248, 317, 320. Lo que es por lo menos problemático ya que, como fue expuesto *supra*, la RDA había comenzado con la elaboración penal ya antes de la reunificación.

110. BGBl. 1993 I, pág. 392.

111. BGBl. I, pág. 2614.

112. Verjährungsgesetze del 27.9.1993 (BGBl. 1993 I, pág. 1657) y 22.12.1997 (BGBl. 1997 I, pág. 3223), sobre esto *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pág. 555.

113. *Marxen/Werle/Schäfer* 2007, págs. 58 y ss.

114. Cfr. *Marxen/Werle* 1999, págs. 239-241.

115. Cfr. *Marxen/Werle/Schäfer* 2007, págs. 57-59; *Wingenfeld* 2006, págs. 123 y ss.

116. De acuerdo al § 27 Párr. 2 Oración 1 GrenzG-DDR era «die Anwendung der Schußwaffe gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt» [§ 27 (2) Ley de Frontera de la República Democrática Alemana: «El empleo de las armas de fuego será lícito para evitar la inminente ejecución o la continuación de un hecho punible que de acuerdo con las circunstancias pueda considerarse como un delito grave. También es lícita para detener a las personas altamente sospechosas de haber cometido un delito grave»; traducción según *Ambos* 1999, pág. 36]. Esto fue aceptado regularmente en caso de un «cruce de frontera ilegal» en el sentido del § 213 Párr. 3 DDR-StGB. — La situación legal es distinta en casos de hechos ilícitos contra ciudadanos de la República Federal o en territorio de la República Federal, ya que en estos casos, según las reglas de competencia jurídica (§§ 3 ss. StGB) rige el derecho penal de la RFA.

117. Para una discusión en lengua española cfr. *Ambos*, 1999 con traducción de las normas atinentes en pp. 35 y ss.

118. *Supra* nota 44.

119. La Corte Suprema se refiere en este sentido al Art. 6, Párr. 1, Art. 12 Párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (PIDCP) y a los Arts. 3 y 13 Nr. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (BGHSt 39, 1; cfr. también *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pág. 560).

120. Sobre esto en detalle *Leupolt* 2003, págs. 72-89; 113-162.

121. Cfr. BGH, Sentencia del 3.11.1992 (5 StR 370/92), NJW 1993, págs. 147-48.

actividad (Art. 103 II Constitución) presenta un efecto protector solo limitado, por lo que en definitiva no se lo estaría infringiendo. El principio de irretroactividad como manifestación del principio de Estado de Derecho persigue la protección de la justicia material y con ello la protección de la confianza del ciudadano en que solo será penado por un hecho que al momento de su comisión está amenazado con una pena. En un Estado que se rige según sistema y formas injustas contrarias al Estado de Derecho, en el cual tanto la división de poderes como las libertades democráticas y fundamentales están reducidas al extremo y en el que por desprecio a los derechos humanos generalmente reconocidos se ven beneficiados los más graves injustos criminales por la creación de causas de justificación, esta protección sólo puede existir de modo muy limitado¹²². De esto se desprende que también el principio de irretroactividad, como mandato de justicia material, puede ser aplicado sólo en un ámbito muy limitado¹²³. La *Corte Europea de Derechos Humanos* (CEDH) confirmó esta decisión y expresó que debía negarse una infracción al principio de irretroactividad de la ley regulado en el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que incluso en el derecho de la RDA vigente al momento de los hechos no hubiera podido prosperar la justificación de los actos de asesinato¹²⁴. A diferencia de la Corte Suprema, la CEDH vio que se infringían también los principios de proporcionalidad y de protección de la vida humana, contemplados en el Art. 30 I, II, 19 II de la Constitución de la RDA¹²⁵. La jurisprudencia también ha rechazado *otras causas (propias del derecho internacional) de exclusión de la pena*¹²⁶, como por ejemplo la que emerge del principio de inmunidad estatal¹²⁷.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha recurrido a la teoría de la *autoría mediata por dominio de*

la organización para condenar a quienes estaban detrás de lo sucedido y eran política y militarmente responsables de las órdenes. Esto ha sido analizado detalladamente en otra oportunidad¹²⁸, por lo que debe bastar aquí una cita pertinente de la Corte Suprema:

«... hay grupos de casos en que, pese a que el ejecutor actúa con responsabilidad plena, el aporte del hombre de atrás conduce casi automáticamente a la realización del tipo buscada por ese hombre de atrás. Ello puede darse cuando el hombre de atrás se sirve de determinadas condiciones previas a través de estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena cursos regulares. Semejantes condiciones previas asociadas a cursos regulares entran en consideración particularmente en estructuras de organización estatales, empresariales o de tipo comercial y en jerarquías de mando. Si en un caso tal el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, si se sirve en particular también de la predisposición incondicionada del que actúa de modo inmediato para cumplir el tipo y si quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar, entonces es autor en forma de autoría mediata»¹²⁹.

El hecho de que numerosas personas fueron condenadas y detenidas por motivos políticos en la RDA¹³⁰ llevó a que luego de 1989 se hayan llevado adelante más de 12.000 procesos por prevaricato contra jueces y fiscales de la RDA¹³¹. Aquí se vieron paralelismos con la persecución de los ex-jueces del nacionalsocialismo ya que, no obstante estar dada la continuidad del injusto necesaria¹³², la jurisprudencia exigió una manifiesta infracción del derecho para declarar prevaricato y esa infracción debía ser además de altísima intensidad en el sentido de un «acto de arbitrariedad», lo que a su vez solo era confirmado cuando la ilegalidad de la infracción era manifiesta y por su causa hubieran sido gravemente violados los derechos hu-

122. BVerfG, NJW 1997, 929 ss., 930.

123. Cfr. BVerfG (Tribunal Constitucional), Decisión del 24.10.1996 — 2 BvR 1851/94, NJW 1997, 929 ss.; Decisión del 21.07.1997, EuGRZ 1997, 413 ss.; Decisión del 07.04.1998, NJW 1998, 2585 s.

124. NJW 2001, 3035 ss. Crit. *Ambos*, 2002 con ulteriores referencias.

125. También la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que hay además una infracción de las regulaciones del Derecho Internacional. La responsabilidad internacional de la RDA mediante el § 95 DDR-StGB daría también fundamento a la responsabilidad penal del individuo (Gbl. DDR I, págs. 1 y ss.: «Auf Gesetz, Befehl oder Anordnung kann sich nicht berufen, wer in Mischung der Grund- und Menschenrechte, der völkerrechtlichen Pflichten oder der staatlichen Souveränität der DDR handelt; er ist strafrechtlich verantwortlich», «Quien actúe con inobservancia de los derechos humanos y fundamentales; a los deberes que impone el derecho internacional o a la soberanía estatal de la DDR, no puede invocar la ley, orden o instrucción y será considerado penalmente responsable»).

126. *Kreicker/Ludwig* 2000 I, pág. 91; *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, págs. 559 ss.

127. Cfr. *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, págs. 559 y ss.

128. Cfr. *Ambos*, 1998; *Ambos*, 2005/2006, págs. 216 ss.; *Ambos/Grammer*, 2003.

129. BGH NJW 1994, 2703, sentencia del 26.7.1994 - 5 StR 98/94, punto 1 b), bb), 2), traducción al español en *Ambos* (coord.), 2008 con más referencias y un comentario. Referencias jurisprudenciales para todos los ámbitos delictivos que siguen en *Eser/Arnold* 2000 II, págs. 596-640.

130. Véase *supra* nota 95.

131. BT-Drucks. 12/8402, pág. 4.

132. El prevaricato es punible tanto de acuerdo al § 244 DDR-StGB, como al § 336 (versión anterior) y al § 339 (nueva versión) BRD-StGB, y ambos protegen el mismo bien jurídico.

manos¹³³. La elaboración jurídico-penal también llevó a condenas en otros delitos de la criminalidad propia del sistema de la RDA, como por ejemplo en los procesos por abuso de autoridad y corrupción¹³⁴, fraude electoral¹³⁵, denunciaci3nes¹³⁶, doping¹³⁷ y las infracciones contra la prohibici3n del comercio interzonal¹³⁸, así como por otros delitos económicos¹³⁹. En el ámbito de los delitos cometidos por la MfS fueron especialmente los abusos en las detenciones¹⁴⁰ y el secuestro desde la RFA a la RDA de opositores al régimen¹⁴¹ los que concluyeron en condenas. Quedaron en cambio impunes las infracciones contra el secreto de las telecomunicaciones¹⁴², la sustracci3n de objetos de envíos postales¹⁴³, la extorsi3n pecuniaria de

aquellos que querían salir del país¹⁴⁴, la gran mayoría de los casos de espionaje¹⁴⁵, así como el ocultamiento de exmiembros de la RAF¹⁴⁶. Con el término del día 3 de octubre de 2000 se dio la prescripci3n absoluta (salvo en el caso de asesinato) de los hechos cometidos en el marco de la RDA y su Estado de injusticia contrario a los principios de un Estado de Derecho; desde 2005 la persecuci3n penal está dada por *concluida*¹⁴⁷.

2.3.2. Elaboraci3n extra-penal

Así como había sido el caso en el marco de la elaboraci3n jurídico-penal, fue también aquí el propio último go-

133. BGH NJW 1994, págs. 531 y ss.; cfr. también BGH NJW 1995, pág. 65, 3.325; véase también *Kreicker/Ludwig* 2000 I, págs. 92 y ss., *Homann* 1998, pág. 757. Véase sobre esta temática BGH, Sentencia del 13.12.1993, NJW 1994, pág. 529 (sobre el desarrollo de la posici3n central respecto del prevaricato mediante la aplicaci3n del derecho de la RDA) así como BGH, Sentencia del 15.9.1995, NJW 1995, págs. 3.324 y ss. (con indicaciones detalladas respecto a las pautas de valoraci3n para el prevaricato, así como autocrítico respecto de su propia jurisprudencia en el marco del tratamiento de los hechos ilícitos del nacionalsocialismo).

134. En la mayoría de los casos, tanto según el derecho de la RDA como por el de la RFA, se castiga como infidelidad, donde en general la norma menos severa es el § 266 Abs. 1 StGB (cfr. *Marxen/Werle* 1999, pág. 230 más otras referencias).

135. Punible de acuerdo al § 211 DDR-StGB, § 107a BRD-StGB (sobre ello *Marxen/Werle* 1999, pág. 226 con más referencias).

136. Punible ya antes de la reunificaci3n de acuerdo al Art. 315a Abs. 4 EGSStGB en funci3n del § 241a StGB, que de acuerdo al § 5 Nr. 6 StGB también abarca a ciudadanos de la RDA (BGH 40, 125, 132, NJW 1994, 3174, 3176); por lo demás eventualmente por privaci3n de la libertad en autoría mediata de acuerdo a §§ 239 StGB, 131 DDR-StGB (cfr. *Marxen/Werle* 1999, pág. 227 con más referencias).

137. Punible generalmente como lesi3n a los efectos del § 223 BRD-StGB, § 115 DDR-StGB (cfr. *Kreicker/Ludwig* 2000 I, pág. 94, *Marxen/Werle* 1999, pág. 104 con más referencias).

138. Las infracciones a la prohibici3n de comercio interzonal eran punibles ya antes de la reunificaci3n, de acuerdo a la Ley de gobierno militar (Militärregierungsgesetz, MRG) Nr. 53 que como ley temporal de acuerdo al § 2 Párr. 4 StGB continuaba aplicable incluso luego del ingreso a la RFA (sobre esto *Kreicker/Ludwig* 2000 I, pág. 95; *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pág. 553).

139. El enriquecimiento de dirigentes de la RDA es punible en el caso concreto por infidelidad de acuerdo a §§ 161a, 163 DDR-StGB, § 266 StGB, así como por abuso de confianza de acuerdo al § 165 DDR-StGB. La evasi3n impositiva por parte de empresas de la RDA activas en la RFA era punible ya antes de la unificaci3n de acuerdo al § 370 AO. Todos estos delitos tienen en general una importancia menor (cfr. *Kreicker/Ludwig* 2000 I, pág. 95; *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pág. 553).

140. Por lesiones a los efectos del §§ 115 ss. DDR-StGB, 223 ss. BRD-StGB (sobre esto *Kreicker/Ludwig* 2000 II, págs. 548 y s., *Marxen/Werle* 1999, pág. 97 con otras referencias).

141. Punible de acuerdo al § 234a BRD-StGB también ya antes de la reunificaci3n, y además como privaci3n ilegítima de la libertad de acuerdo al § 239 BRD-StGB o § 131 DDR-StGB.

142. No está contemplado ni por el § 202 DDR-StGB ni por el § 132, 2do. supuesto BRD-StGB (sobre esto *Marxen/Werle* 1999, págs. 77, 83 más otras referencias).

143. No era peculado a los efectos del § 246 BRD-StGB, ya que al momento del hecho la apropiaci3n ilícita en beneficio de un tercero no era punible; no era tampoco violaci3n de la obligaci3n de custodia a los efectos del § 133 BRD-StGB (sobre esto *Marxen/Werle* 1999, págs. 87 ss. más otras referencias).

144. Eventualmente punible como coacci3n a los efectos de §§ 240 BRD-StGB, 129 DDR-StGB o como extorsi3n a los efectos de §§ 253 BRD-StGB, 127 s. DDR-StGB (sobre esto *Marxen/Werle* 1999, pág. 91 con otras referencias).

145. Si bien fue básicamente aceptada la punibilidad de acuerdo al § 94 en funci3n del § 5 Nr. 4 StGB y con §§ 3 ss. StGB, y aun cuando en algunos casos se impuso pena de prisi3n en suspenso (cfr. *Marxen/Werle*, 2007, pág. 51); una condena de los espías de la RDA fue vista mayoritariamente como injustificada, ya que con la caída de la RDA tampoco los espías de la RFA estaban amenazados penalmente. El Tribunal Constitucional entendió que, por tanto, una condena implicaría una violaci3n al principio de proporcionalidad que se desprende del principio del Estado de Derecho previsto en el Art. 20 de la Constituci3n (Decisi3n del 15.05.1995, JZ 1995, 885 ss.).

146. La punibilidad por frustraci3n de pena de acuerdo al § 258 StGB en definitiva es rechazada, *Marxen/Werle* 1999, págs. 92 y ss. más otras referencias.

147. *Marxen/Werle/Schäfter* 2007, pág. 7. Muy completo sobre la elaboraci3n jurídico-penal: *Marxen/Werle*, Strafrecht und DDR-Unrecht. Dokumentation. Berlin: de Gruyter 2000 ss. Tomo 1: Wahlfälschung (2000); Tomo 2/Partes 1 y 2: Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze (2002); Tomo 3: Amtsmissbrauch und Korruption (2002); Tomo 4: Spionage (2004); Tomo 5: Rechtsbeugung (2007); Tomo 6: MfS-Straftaten (2006).

bierno de la RDA el que adoptó medidas para la *rehabilitación y reparación* respecto de los actos injusto contrarios a un sistema de Derecho cometidos en el ámbito de la justicia. La correspondiente Ley de Rehabilitación («Rehabilitierungsgesetz», RehaG¹⁴⁸) preveía la posibilidad de la casación de sentencias¹⁴⁹, así como medidas de rehabilitación referentes tanto a decisiones injustas contrarias a Derecho sufridos mediante medidas penales judiciales como mediante medidas legales laborales y administrativas¹⁵⁰. Si bien a causa de la unificación esta ley no alcanzó a entrar en vigencia, fue sin embargo primeramente incluida por partes en el Contrato de Unificación y luego reemplazada por otras normas¹⁵¹, tal como era establecido por los Arts. 17 a 19 del mismo contrato. Así, la Ley de rehabilitación e indemnización a las víctimas de persecución de delitos declarados contrarios a los principios de un Estado de Derecho en los territorios de adhesión («Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet», StrRehaG) del 29 de octubre de 1992¹⁵² preveía la posibilidad de hacer declarar ilegales y de dejar sin efecto medidas y decisiones tanto judiciales como extra-judiciales, así como, dado el caso, la posibilidad de poder exigir el pago de indemnizaciones con respecto a aquellas decisiones y medidas¹⁵³. Con la Ley de derogaciones administrativas contrarias al Derecho en los territorios de adhesión y de las reclamaciones derivadas de ellas («Verwaltungsrechtliches Rehabilitierungsgesetz») del 23 de junio de 1994¹⁵⁴ y con la Ley de compensación por discriminación profesional para las víctimas de persecución

políticas en los territorios de adhesión («Gesetz über den Ausgleich beruflicher Benachteiligungen für Opfer politischer Verfolgung im Beitrittsgebiet») del 23 de junio de 1994¹⁵⁵ fue finalmente abierta la posibilidad de rehabilitaciones respecto de decisiones del derecho administrativo y profesional contrarias a Derecho. Debe mencionarse además la Ley de resarcimiento y compensación («Entschädigungs—und Ausgleichsleistungsgesetz») del 27 de septiembre de 1994¹⁵⁶.

No hubo disolución de instituciones de la RDA o «*limpieza*» («Säuberungen») de la administración de la RDA comparable en sus dimensiones a la desnazificación. Las relaciones jurídicas en el servicio público, en realidad, básicamente continuaron. Sin embargo, pudieron ser concluidas anticipadamente en los casos de motivos excepcionales de despido, como ser por infracciones contra principios de humanidad o del Estado de Derecho y por actividad para el MfS¹⁵⁷. Las *amnistías* fueron exigidas y discutidas reiteradamente¹⁵⁸, sin embargo nunca se alcanzó la mayoría parlamentaria para ello¹⁵⁹. Por supuesto tampoco pudieron imponerse los pedidos de algunos sectores del movimiento de derechos civiles de la RDA, que requerían «mesas redondas», es decir, «Tribunales» especiales para la elaboración del pasado de la RDA¹⁶⁰.

Junto a las medidas penales y extra-penales presentadas se dedicaron, y aún se dedican, otras instituciones a la elaboración histórica y pedagógica y a las consecuencias de la dictadura SED. La *Oficina-Gauck*¹⁶¹ tiene la tarea de archivar las actas del MfS respetando los principios jurídicos de la protección de datos; tiene asimismo

148. Del 6.9.1990, GBl. DDR I, 1459.

149. Cuando éstas se referían a una grave infracción legal o contenían una sentencia penal manifiestamente incorrecta, § 311 Párr. 2 DDR-StGB (cfr. *Kreicker/Ludwig* 2000 I, págs. 95 y ss.).

150. § 1 RehaG, exhaustivo *Leupolt* 2003, págs. 46 y ss. Al mismo tiempo fueron reguladas la devolución y reintegración de la propiedad mediante la Ley para la regulación de cuestiones dinerarias no resueltas («Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen», VermG) del 28.09.1990, (BGBl. 1990 II, pág. 1159; mediante el derecho de la RDA puesto en vigencia por el Contrato de Unificación, Anexo II al Contrato de Unificación, Cap. III, Subtema B, Párr. I, 5).

151. Cfr. *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pág. 558.

152. BGBl. 1992 I, pág. 1814, modificado por última vez el 31.12.2007 (BGBl. I, pág. 2904).

153. Exhaustivo *Leupolt* 2003, págs. 46-51.

154. VerwRehaG (BGBl. I, pág. 131, nuevamente redactada el 1.7.1997, BGBl. I, pág. 1620, modificada por última vez el 21.8.2007, BGBl. I, pág. 2118).

155. BerRehaG (BGBl. I, págs. 1311 y ss., nuevamente redactada el 1.7.1997, BGBl. I, pág. 1625, modificada por última vez el 21.8.2007, BGBl. I, pág. 2118).

156. EALG (BGBl. 1994 I, pág. 2624). Sobre esto *Leupolt* 2003, págs. 55-66.

157. Cfr. Anexo I al Contrato de Unificación (Einigungsvertrag), Cap. XIX, Subtema A, Párr. III, especialmente 1 (5).

158. Por primera vez ya en el marco de la discusión sobre el Contrato de Unificación (limitado a espías de la RDA), luego en 1995 como propuesta de una amnistía general, y en 1998 al reclamar el PDS (partido sucesor del SED), la paralización de nuevas medidas de persecución penal y la amnistía de los funcionarios ya condenados, cfr. *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, págs. 557 y ss.

159. Sobre la discusión *Freudiger* 2002, pág. 2, nota 9 y ss.

160. *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pág. 559; *Rossig/Rost*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, págs. 527-532.

161. Erigida mediante la Ley de expedientes del servicio de seguridad del Estado de la antigua RDA del 20.12.1991 (Gesetz zum Umgang mit den Unterlagen der Staatssicherheit (StUG) (BGBl. I, pág. 2272), modificado por la 5. ley de modificación (5. StUÄndG) del 2 de septiembre de 2002 (BGBl. I, pág. 3446)) y llamado según su primer director Joachim Gauck; desde octubre de 2000 la Oficina se encuentra bajo la dirección de Marianne Birthler.

la función de ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de ver la información reunida sobre su persona. Una dedicación amplia e intensa del tema tuvo lugar en el marco de las dos Comisiones-Enquete del Bundestag: la comisión para la «Elaboración de la historia y las consecuencias de la dictadura SED en Alemania» («Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland»)¹⁶² y la comisión para la «Superación de las consecuencias de la dictadura SED en el proceso de la unificación alemana» («Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit»)¹⁶³. Por recomendación de las dos comisiones se fundó en 1998 la «Fundación Federal para la elaboración de la Dictadura SED», a fin de proporcionar un tratamiento duradero del tema¹⁶⁴.

2.4. Impacto de los mecanismos utilizados

Una particularidad del cómo se llevó adelante la elaboración de la criminalidad propia del sistema político contrario a Derecho de la ex-RDA consiste primeramente en que no hubo, o hubo en todo caso un *proceso de democratización* muy corto en la RDA, y esto por el hecho mismo de su caída y su adhesión a la República Federal¹⁶⁵. En lo que respecta a la *percepción* pública fueron los procesos penales, ante todo los llamados *casos de los disparos del muro*, los que asumieron una posición predominante¹⁶⁶. Entre los reclamos de «Tribunales» especiales por un lado y las amnistías generales por el otro la jurisprudencia ha dado con un *punto medio*¹⁶⁷ al exigir

que se evidenciaran lesiones graves y manifiestas a los derechos humanos así como con el principio de continuidad de la persecución. Independientemente de las exigencias de máxima propias de los procesos de transición y de los problemas de aceptación de una «nueva» justicia, los procesos judiciales han podido esclarecer hechos históricos y anclarlos en la memoria histórica social¹⁶⁸. La concentración de los procesos que se propuso la jurisprudencia al orientarlos principalmente a cuestiones de derechos humanos así como la función de señalización e intimidación ligada a tal concentración, y, por otra parte, el fortalecimiento del proceso democrático de formación de voluntad a través de la continuación de los procesos iniciados en la RDA aparecen, en conjunto, como apropiados, y han confirmado el *rol del derecho penal* —no obstante sus conocidas deficiencias— *como elemento importante de la política del pasado*¹⁶⁹. El rechazo de una amnistía parcial para los espías¹⁷⁰ aparece también entendible si se advierte que tal medida acarrearía el riesgo de ser confundida con una amnistía para colaboradores del MfS, con lo que de esta manera hubiera podido verse amenazada la aceptación de los esfuerzos llevados a cabo para superar el pasado¹⁷¹. Por último, también la *positiva reacción de la población* ante las medidas extra-penales¹⁷² ofrecidas muestra que la sola elaboración jurídico-penal del sistema injusto y contrario a Derecho de la RDA (que se extendía por su parte a amplios ámbitos de la vida social¹⁷³ no contemplados por el derecho penal) sólo hubiera podido alcanzar un efecto limitado y por tanto insatisfactorio¹⁷⁴.

162. Creada por resolución del Bundestag del 12.3. y 20.5.1992 (BT-Drucks. 12/2230 y 12/2597; Informe del 31.5.1994, BT-Drucks. 12/7820; véase *Deutscher Bundestag* 1995).

163. Creada por resolución del Bundestag del 25.6.1995 (BT-Drucks. 13/1535 y 13/1762; Informe provisional del 8.10.1997, BT-Drucks. 13/8700; Informe final del 10.6.1998, BT-Drucks. 13/11000; véase *Deutscher Bundestag* 2000).

164. Con la Gesetz über die Errichtung einer Stiftung zur Aufarbeitung der SED-Diktatur del 5.6.1998, BGBl. I, pág. 1226, www.stiftung-aufarbeitung.de.

165. Cfr. *Kreicker/Ludwig* 2000 I, pág. 89.

166. *Marxen/Werle* 1999, pág. 254.

167. Cfr. *Marxen/Werle/Schäfer* 2007, págs. 58 y ss.

168. Cfr. *Marxen/Werle/Schäfer* 2007, pág. 59.

169. Así también *Marxen/Werle/Schäfer* 2007, págs. 57-59. Cfr. también *Wingenfeld* 2006, pág. 123 y ss.

170. *Supra* nota 159.

171. Cfr. *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold*, 2000 II, pág. 558.

172. Así, como consecuencia de esta ley, hasta el 31.12.1997 fueron solicitados 164.000 procesos de rehabilitación y de casación, de los cuales habían sido concluidos 154.000 para el año 2000. El gobierno federal contaba en el 2000 con el pago de casi 2.000 millones DM sólo en concepto de pago de resarcimientos a víctimas de privaciones de la libertad contrarias al Estado de Derecho (cfr. *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pág. 559). Hasta junio de 1998 ya habían sido presentadas 2,3 millones de solicitudes referentes a bienes raíces según la VermG (véase nota 151), 145.000 solicitudes según la StrRehaG y 68.000 por la VerwRehaG (véase nota 155), y para fines de 1996 habían sido pagados según la StrRehaG (véase nota 153) 680 millones, según EALG (véase nota 157) (hasta fin de 1997) 59 millones DM (*Leupolt* 2003, pág. 43). Lo mismo rige para el trabajo de la Oficina-Gauk: hasta el 1.5.2007 habían ingresado 2,4 millones de solicitudes de 1,6 millones de ciudadanos para ver las actas que sobre ellos había llevado el MfS así como 3,2 millones de solicitudes del servicio público (8. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der DDR, pág. 38, Anexo 11, pág. 109, www.bstu.bund.de/nn_712442/DE/Behoerde/Taetigkeitsbericht/taetigkeitsbericht__node.html__nnn=true).

173. Como las inhabilitaciones de formación y laborales, expropiaciones, trabas y molestias a familiares, prohibiciones de viaje, etc.

174. Cfr. *Kreicker/Ludwig*, en: *Eser/Albin*, 2000 II, pág. 558.

3. Evaluación final

La estructura en igual medida totalitaria del Estado nacionalsocialista y del Estado SED, así como la transición de una dictadura a una democracia que pasaron ambos Estados, justifican una comparación de estos dos procesos de transición. Sin embargo, *no* deben ser mal entendidos como *equiparación* de estos Estados contrarios a Derecho, el nacionalsocialista y el SED. Si no se considera la criminalidad propia del sistema de no-Derecho de la RDA con sus cientos de muertos en la frontera alemana-alemana, el *Estado de injusticia y contrario a Derecho del nacionalsocialismo* con holocausto, guerra ofensiva y sus demás crímenes contra la humanidad sigue siendo *único*¹⁷⁵. También debe ser tenido en cuenta que el nacionalsocialismo fue superado en definitiva desde afuera, mientras que la RDA en cambio fue fundamentalmente superada desde adentro¹⁷⁶. Además, las víctimas de la RDA, a diferencia de las del nacionalsocialismo, eran casi exclusivamente de ciudadanía alemana y si bien fueron perseguidas por su convicción política, no lo fueron en cambio por su raza, religión o por otros motivos discriminatorios; en el caso de la RDA el proceso de superación fue asimismo, primordialmente, un asunto interno alemán¹⁷⁷. Una dominación nacionalsocialista de 12 años, por último, no pudo provocar las mismas profundas transformaciones sociales que los 40 años de dominación del SED.

Si se intenta una *valoración general*, puede decirse que la joven República Federal, con ayuda de los aliados (occidentales) y en comparación con otros países, ha «*logrado lo imposible*»¹⁷⁸ en su confrontación con el nacionalsocialismo (a pesar de la dificultad de sus primeros años¹⁷⁹). Esto es así, ya que esta confrontación alcanzó una *considerable profundidad*¹⁸⁰ que se aplica al tiempo transcurrido entre aquella época y nuestros días, y esto a pesar, o tal vez precisamente a causa de las numerosas deficiencias, obstáculos y demás problemas con los que tuvo que luchar esta confrontación, así como por los debates y discusiones políticos, jurídicos, históricos y de otro carácter que emergían

de aquellas dificultades. Esto vale también, y especialmente, a pesar de que desde el punto de vista penal muchos hechos quedaron impunes a causa de una dedicación sistemática iniciada tardíamente, de la retraída actividad investigativa, de la vacilante jurisprudencia así como por las numerosas amnistías, etc.¹⁸¹. En definitiva, el objetivo de la desnazificación iniciada luego de la guerra fue logrado, esto es, el levantamiento de un ente estatal democrático y acorde con los principios del Estado de Derecho¹⁸².

La elaboración que se hizo de la *injusticia y contradicciones al Derecho propias de la RDA* se benefició no sólo de las experiencias acumuladas en la elaboración del nacionalsocialismo, sino que se enfrentó de por sí a menos dificultades porque pudo darse en el marco del sistema socioestatal de la República Federal: económicamente intacto, políticamente estable y jurídicamente apto para funcionar. No obstante, el desafío de superar el conflicto este-oeste que se extendía a toda Alemania casi no existía por tanto el peligro de división social o de enfrentamientos violentos como suelen darse generalmente en procesos de transición «normales». Los reclamos de amnistía pudieron ser, por tanto, rechazados sin que se pusiera en peligro por esto la paz social¹⁸³, así como se pudo llevar adelante el trabajo penal sin que hubiera presión política en lo esencial. También en este sentido fue encontrado un «*punto medio* entre las ansias de venganza de las víctimas y la necesidad de represión de los autores de delitos y sus simpatizantes»¹⁸⁴. Este punto medio fue encontrado especialmente a través de la lograda concentración de la atención, por un lado, en las violaciones graves de los derechos humanos, y por otro, en los casos de continuidad de la persecución¹⁸⁵. Junto a la elaboración jurídico-penal, que también ha aportado al fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y fundamentales¹⁸⁶, fueron esenciales los medios extra-penales en forma de leyes de rehabilitación, de reparación y de resarcimiento, así como las instituciones creadas para el esclarecimiento y reconocimiento de las injusticias e ilegalidades cometidas. Por tanto, y no obstante la crítica —justificada¹⁸⁷ e

175. Cfr. también Leupolt 2003, pág. 203.

176. Cfr. Leupolt 2003, págs. 204 y ss.

177. Leupolt 2003, págs. 205 y ss.

178. Brumlik, Vorwort, en: Fischer/Lorenz, pág. 10.

179. Frei 1997, págs. 8 y ss.; Fischer/Lorenz 2007, pág. 61; Oppitz 1976, pág. 39 con otras referencias; Kramer 1998, pág. 413.

180. Cfr. también Freudiger 2002, pág. 2 con otras referencias.

181. Cfr. Freudiger 2002, pág. 19; Rückert 1984, pág. 129, Perels 1998, pág. 385.

182. Así también Wesel 1997, pág. 514.

183. Distinto se manifiestan los precursores de una amnistía (cfr. Rossig/Rost, en: Eser/Arnold 2000 II, pág. 525).

184. Rossig/Rost, en: Eser/Arnold 2000 II, pág. 535.

185. Cfr. Marxen/Werle/Schäffer 2007, pág. 60.

186. Cfr. Marxen/Werle 1999, págs. 242 y ss.

187. Por ejemplo, en lo relativo a la precisión de las regulaciones legales sancionadas, a la larga duración de muchos procesos, a la falta de centralización de la persecución penal, así como a la errada asunción del legislador de que la ficiente voluntad de persecución por parte de la RDA.

injustificada¹⁸⁸— a la elaboración jurídico-penal, ésta debe ser valorada *en general* como *positiva*¹⁸⁹.

Bibliografía

Ambos, Kai, Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot, Strafverteidiger (StV) 1997, págs. 39-43.

Ambos, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 1998, también publicado en: Revista de Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho). 2da Época, t. 3 (enero 1999), 133-165; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (Argentina) 9 (1999), 367-401; Themis. Revista de Derecho (Perú), Segunda Época, No. 37 (1998), págs. 175-194; Ciencias Penales (Costa Rica) 17 (marzo 2000), 29-47; Iter Criminis No. 10 (Tercera Época) marzo-abril 2007, págs. 137-164.

Ambos, Kai, Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro, Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 1999.

Ambos, Kai, Common law y los disparos del muro. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España) 55 (2002), 319-338 = Nueva Doctrina Penal (Argentina) 2003 A, 3-19 = Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho (Instituto Tecnológico Autónomo de México), No. 20, abril 2004, 41-58 = Revista de Estudos Criminais (Univ. Católica do Rio Grande do Sul/Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais), No. 15 (2004), 11-22 = Nuevo Foro Penal (Medellín, Colombia) 67 (tercera época, enero-junio 2005), págs. 105-123.

Ambos, Kai, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2da. ed. Berlín 2004.

Ambos, Kai, La parte general del derecho penal internacional, Montevideo (Konrad-Adenauer-Stiftung, Temis y Duncker & Humblot) 2005, reimpression Bogotá (Temis) 2006, 594 pp.

Ambos, Kai, Internationales Strafrecht, München (Beck) 2006, 2da ed. 2008.

Ambos, Kai (coord.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Bogotá (GTZ/Fiscalía General de la Nación/Temis) 2008.

Ambos, Kai, The legal framework of transitional justice, en: Ambos/Large/Wierda (eds.), Building a future on peace and justice. Studies on transitional justice, peace and development, Heidelberg (Springer) 2009, 19-103; en castellano: El marco jurídico de la justicia de transición, Bogotá (Temis) 2008.

Ambos/Grammer, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Revista Penal (España) 12 (julio 2003), 27; también publicado en: Cuadernos de

Doctrina y Jurisprudencia Penal (Argentina) 16 (2003), 163-196; Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales (Instituto Nacional de Ciencias Penales), No. 8, México 2003, 11-41; Derecho penal y criminología (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia) vol. XXVI no. 77 (enero/abril 2005), 103-130; www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm

Benz, Wolfgang, Dimension des Völkermords. Die jüdischen Opfer des Nationalsozialismus, München 1996.

Benzler, Susanne, Justiz und Anstaltsmord nach 1945, en: Redaktion Kritische Justiz (Coord.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, págs. 383-411.

Broszat, Martin, Der Staat Hitlers, 15. Aufl., München 2000.

Brumlik, Micha, Vorwort, in: T. Fischer/M. Lorenz, Lexikon der „Vergangenheitsbewältigung“ in Deutschland. Debatten und Diskursgeschichte des Nationalsozialismus nach 1945, Bielefeld 2007.

Burchardt, Hans-Jürgen, Nachdenken über Demokratie. Plädoyer für eine neue Agenda in der Lateinamerika-Forschung, en: Lateinamerika Analysen 20, 2/2008, págs. 77-94.

Chamberlin, Brewster, S., Todesmühlen — Ein früher Versuch zur Massen-„Umerziehung“ im besetzten Deutschland 1945-1946, en: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 29 (1981), págs. 420-436.

Dienststelle des Generalinspektors in der Britischen Zone für die Spruchgerichte (Hrsg.), Die Spruchgerichte zur Aburteilung von Mitgliedern der in Nürnberg verurteilten Organisationen, Merkblatt und Gesetzessammlung, ohne Datum, pag. 1.

Elsner, Thomas, Das intertemporale Strafrecht und die deutsche Wiedervereinigung, Aachen 2000.

Eser, Albin/Arnold, Jörg, Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Tomos 1 y 2, Freiburg im Breisgau 2000.

Fischer, Torben/Matthias N. Lorenz (Coord.): Lexikon der „Vergangenheitsbewältigung“ in Deutschland. Debatten und Diskursgeschichte des Nationalsozialismus nach 1945, Bielefeld 2007.

Frankenberg, Günter, Die NS-Justiz vor den Gerichten der Bundesrepublik. Eine Große Anfrage im Bundestag, en: Redaktion Kritische Justiz (Coord.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, págs. 487-518.

Frei, Norbert, Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, München 1997.

Frei, Norbert, Der Führerstaat: 1933-45, 7ma. ed., 2001.

188. En especial los reproches contra la «Justicia del vencedor» y contra la persecución realizada sólo contra los ejecutores «menores» (cfr. *Marxen/Werle* 1999, págs. 252-254; *Marxen/Werle/Schäfer* 2007, pag. 60).

189. Así también *Rossig/Rost*, en: *Eser/Arnold* 2000 II, pag. 536.

Frei, Norbert/Martin *Broszat*, Das 3. Reich im Überblick. Chronik, Ereignisse, Zusammenhänge, München 2007.

Freudiger, Kerstin: Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Tomo 33, Tübingen 2002.

Friedrich, Jörg, Die kalte Amnestie: NS-Täter in der Bundesrepublik, Frankfurt a.M. 1985

Deutscher Bundestag (Coord.), Die Enquete-Kommission, Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland» im Deutschen Bundestag, 9 Tomos en 18 Partes, Frankfurt a.M. 1995.

Deutscher Bundestag (Coord.), Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit«: Materialien der Enquete Kommission, 8 Tomos en 14 Partes, Frankfurt a.M. 2000.

Götz, Albrecht, Bilanz der Verfolgung von NS-Straftaten, Bundesanzeiger Nr. 137a vom 30. Juli 1986, Köln 1986.

Goschler, Constantin, Wiedergutmachung für NS-Verfolgte: Einführung und Überblick, en: *Zeitenblicke* 3 (2004), Nr. 2: www.zeitenblicke.de/2004/02/goschler/goschler.pdf

Goschler, Constantin, Schuld und Schulden. Die Politik der Wiedergutmachung für NS-Verfolgte seit 1945, Göttingen 2005.

Heynckes, Heinz-Willi, Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen. Analyse und Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Berlin 2005.

Homann, Ulrike, Die Rechtsbeugungsprozesse gegen ehemalige DDR-Richter und Staatsanwälte vor dem Bundesgerichtshof, en: *Redaktion Kritische Justiz* (Coord.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, págs. 753-766.

IMG, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg, 14 Nov. 1945 — 1.Okt. 1946, Bd. XXII, Nürnberg 1948.

Just-Dahlmann, Barbara / *Helmut Just*, Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945, Frankfurt a.M. 1988.

Kramer, Helmut, Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS- Euthanasie» — Selbstentlastung der Justiz für die Teilnahme am Anstaltsmord, en: *Redaktion Kritische Justiz* (Coord.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, págs. 413-439.

Kreicker, Helmut/Martin *Ludwig*, Deutschland, en: A. Eser/J. Arnold (Coord.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse (Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes)*, Tomo 1, págs. 89-96, Freiburg im Breisgau 2000.

Kruse, Falko, NS-Prozesse und Restauration. Zur justitiellen Verfolgung von NS-Gewaltverbrechern in der Bundesrepublik, en: *Kritische Justiz* 11 (1978), págs. 109-134

Leupolt, Söhnke, Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts, Köln 2003.

Marxen, Klaus/Gerhard *Werle*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz, Berlin, New York 1999.

Marxen/Werle, *Strafjustiz und DDR-Unrecht. Dokumentation*. Berlin: de Gruyter 2000 ff. Tomo 1: Wahlfälschung (2000); Tomo 2 / Partes 1 y 2: Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze (2002); Tomo 3: Amtsmisbrauch und Korruption (2002); Tomo 4: Spionage (2004); Tomo 5: Rechtsbeugung (2007); Tomo 6: MfS-Straftaten (2006).

Marxen, Klaus/Gerhard *Werle*/Petra *Schäfter*, Die Strafverfolgung von DDR-Unrecht. Fakten und Zahlen, Berlin 2007.

Meyer-Abich, Friedrich (Coord.), Die Masken fallen. Aus den Geheimpapieren des Dritten Reiches, Hamburg 1949.

Meyer-Abich/Mittelbach/Schierholt, Die deutschen Spruchgerichte in der britischen Zone, Sonderdruck aus der *Sammlung Gesetz und Recht» für den Dienstgebrauch*, Hamburg 1947.

Müller, Jan, Symbol 89 — Die DDR-Wahlfälschungen und ihre strafrechtliche Aufarbeitung, Berlin 2001.

Oppitz, Ulrich-Dieter, Strafverfahren und Strafvollstreckung bei NS-Gewaltverbrechen, Ulm 1976.

Ostendorf, Heribert, Der Nürnberger Juristenprozess und seine Auswirkungen auf eine internationale Strafgerichtsbarkeit, en: H. Ostendorf/U. Danker (Coord.), Die NS-Justiz und ihre Nachwirkungen, págs. 125-135, Baden-Baden 2003.

Perels, Joachim, Späte Entlegitimierung der NS-Justiz, en: *Redaktion Kritische Justiz* (Coord.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, págs. 519-526.

Raab-Straube, Lothar, Die justitielle Aufarbeitung der NSG-Verbrechen. Praktische Erfahrungen, en: H. Ostendorf/U. Danker (Coord.), Die NS-Justiz und ihre Nachwirkungen, págs. 155-165, Baden-Baden 2003.

Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1 (1946) Nr. 5, págs. 105-108.

Rossig, Kai/Antje *Rost*, Alternativen zur strafrechtlichen Ahndung des DDR-Systemunrechts, en: A. Eser/J. Arnold (Coord.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse (Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes)*, Tomo 2, págs. 519-536, Freiburg im Breisgau 2000.

Rückert, Adalbert, Probleme der Verfolgung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen aus der Sicht der Ludwigsburger Zentralen Stelle, en: P. Schneider/H.J. Meyer (coords.), *Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse*, Mainz 1968.

Rückert, NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, 2nda. ed. Heidelberg 1984.

Rüter, Christiaan F., Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1999. 39 Tomos, Amsterdam 1968.

•••

Schroeder, Friedrich Christian, Geschichtsbewältigung durch Strafrecht?, en: Deutsche Richterzeitschrift (DRiZ) 1996, págs. 81-96.

Schumann, Die Göttinger Rechts— und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955, in: E. Schumann (coord.), Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im «Dritten Reich» und in der Nachkriegszeit, 2008, págs. 65-121.

Wehr, Ingrid, Von der *low-intensity democracy* zur Staatsbürgerschaftsdemokratie? Einige kritische Anmerkungen zur lateinamerikanischen Staatsbürgerschaftsdebatte, en: Lateinamerika Analysen 20, 2/2008, págs. 95-124.

Wember, Heiner, Umerziehung im Lager. Internierung und Bestrafung von Nationalsozialisten in der britischen Besatzungszone Deutschlands, Düsseldorfer Schriften zur Neueren Landesgeschichte und zur Geschichte Nordrhein-Westfalens, Tomo 30, Essen 1991.

Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts, München 1997.

Wieland, Günther, Die deutsch-deutschen Rechtsbeziehungen zur Ahndung von NS-Verbrechen zwischen Mauerbau und Wiedervereinigung, en: H. Grabitz/K. Bästlein/J. Tüchel, Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschung u den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Festschrift für Wolfgang Scheffler, Reihe Deutsche Vergangenheit, Tomo 112, págs. 386-407, Berlín 1994.

Wingefeld, Heiko, Die öffentliche Debatte über die Strafverfahren wegen DDR-Unrechts. Vergangenheitsaufarbeitung in der bundesdeutschen Öffentlichkeit der 90er Jahre, Berliner Juristische Universitätschriften, coord. por M. Kloepfer, K. Marxen, R. Schröder, Tomo 27, Berlín 2006.

Zimmermann, Volker, NS-Täter vor Gericht. Düsseldorf und die Strafprozesse wegen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen, Juristische Zeitgeschichte NRW, Tomo 10, coord. por Justizministerium des Landes NRW, Düsseldorf 2001.