

XIV# / Vol / Tj, 3892

Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner
(editores)

JUSTICIA DE TRANSICIÓN

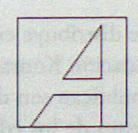
Informes de América Latina, Alemania, Italia y España

INFORMES NACIONALES

Georg-August-Universität-Göttingen



Instituto de Ciencias Criminales — Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional



Konrad Adenauer Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica -Oficina Regional Montevideo-

© 2009 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius.montevideo@kas.de

www.kas.de

Editor Responsable

Gisela Elsner

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Paginado, impreso y encuadernado en Mastergraf srl

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal 347.985 - Comisión del Papel

Edición amparada al Dec. 218/96

ISBN 978-9974-8099-6-3

Esta publicación se distribuye exclusivamente sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	9
GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	11
PRESENTACIÓN.....	15
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	17
EL MARCO JURÍDICO DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN	
<i>Kai Ambos</i>	23

INFORMES NACIONALES

ARGENTINA	
<i>Pablo F. Parenti y Lisandro Pellegrini</i>	133
BOLIVIA	
<i>Elizabeth Santalla Vargas</i>	153
BRASIL	
<i>IBCCRIM - Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Alexandre Coelho Zilli e Fabiola Girão Monteconrado Ghidalevich</i>	171
CHILE	
<i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	201
COLOMBIA	
<i>Alejandro Aponte Cardona</i>	235

ALEMANIA

La superación juridicopenal de las injusticias y actos antijurídicos
nacionalsocialistas y realsocialistas

Kai Ambos y Nils Meyer-Abich

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).²

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

¹ El concepto de la transición es utilizado aquí en sentido amplio. Para su acepción en el ámbito de la ciencia política en el marco de la investigación de procesos de transición véase Burchardt, 2008, p. 79 ss. con más referencias; Wehr, 2008, p. 97 ss. con más referencias.

² Por supuesto que el espacio aquí disponible alcanza solo para la presentación de una síntesis. La publicación de un trabajo amplio sobre esta temática se encuentra planeada para el próximo año 2009.

1933.³ 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",⁴ fue ampliamente dejada de lado la división de poderes mediante la *Ley de Otorgamiento de Poderes (Ermächtigungsgesetz)*,⁵ de modo que incluso las leyes para una reforma constitucional podían ser sancionadas por el propio gobierno.⁶ 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 luego, a partir de 1936, aislarlos y excluirlos cada vez más, también social y económicamente. Este desarrollo se vio continuado con la guetización 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 poblacionales en los campos de exterminio. El asesinato sistemático de enfermos mentales, que también formaba parte de la *higiene racial* en el marco de la llamada *acción de eutanasia*, fue interrumpido en 1941 a causa de las protestas públicas.⁷

Si bien en un principio Hitler se esforzó por cubrir las acciones ilegales con un "mantito legalista",⁸ 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 legal.⁹ En un primer momento los

³ Véase en profundidad para lo que se presenta a continuación: Frei, 2001; Frei y Broszat, 2007, Broszat, 2000.

⁴ "Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat" del 28.2.1933, en *Reichsgesetzblatt (RGBl.)* 1933 I, p. 83.

⁵ "Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich del 24. März 1933", en *RGBl.* 1933 I, p. 141.

⁶ Wesel, 1997, p. 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. Cf. en este punto la enumeración de estas leyes en Götz, 1986, p. 145; Wesel, 1997, p. 479; véanse también las *Kontrollratsgesetze* n.º 1, del 20.9.1945, y n.º 11, del 30.1.1946.

⁷ Kramer, 1998, pp. 414-421; Fischer y Lorenz, 2007, p. 206.

⁸ Cf. Götz, 1986, pp. 48, 58, 74, 145.

⁹ Cf. para la Gestapo el § 7 de la prusiana "Gesetz über die Gestapo" del 10.2.1936.

nacionalsocialistas también persiguieron el objetivo de la *sincronización del sistema judicial (Gleichschaltung)* por vías formalmente legales mediante numerosas leyes, por las cuales por ejemplo se consiguió alejar por completo de sus funciones estatales a jueces judíos o políticamente indeseables.¹⁰ 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 Pueblo,¹¹ principalmente desde 1940, se encargó de la eliminación de adversarios políticos.¹²

Luego de la anexión de Austria al Reich y de la ocupación de Checoslovaquia en 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. Estos fueron responsables del asesinato sistemático de 900.000 personas, principalmente civiles judíos.¹³ En total murieron víctimas del *holocausto* alrededor de 6 millones de personas judías.¹⁴

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

¹⁰ "Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums", del 7.4.1933, en *RGBl.* I, p. 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, p. 484).

¹¹ "Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens" del 24.4.1934, en *RGBl.* I, p. 341.

¹² 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 5181 las condenas a esta pena (Götz, 1986, p. 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, p. 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, p. 501), posiblemente incluso hasta 50.000 veces (así Wesel: *Geschichte des Rechts*, p. 472, 480).

¹³ Zimmermann, 2001, p. 37 con nota 79 y más referencias. Ya el 22.8.1939 se dirigió Hitler a los dirigentes superiores y a los generales al mando: "De este modo, por el momento solo 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. Solo de esa forma obtenemos el espacio vital que nosotros necesitamos" (impreso en Meyer-Abich, 1949, p. 26).

¹⁴ Sobre el punto Benz, 1996.

principalmente los *aliados*¹⁵ quienes mediante diferentes medidas penales, cuasipenales y extrapenales se encargaron del pasado nacionalsocialista y de la construcción en Alemania de un orden democrático regido por los principios del Estado de derecho. Al mismo tiempo tuvieron lugar ya en 1945 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 alemanes.¹⁶

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 países¹⁷ y a partir de 1947 se sancionaron leyes de reintegro en las correspondientes zonas ocupadas. Más medidas de reparación e indemnización comenzaron en 1952 con un acuerdo con el Estado israelí y con organizaciones judías por el que se pautaba el pago de 3.500 millones de marcos alemanes.¹⁸ En los años cincuenta se sancionaron además 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 expropiaciones.¹⁹ 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 general.²⁰ Hasta

¹⁵ Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética.

¹⁶ 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 grupos de intervención, crimen de exterminio masivo en campos de concentración, crímenes violentos del nacionalsocialismo en campos de concentración y denuncias (según la sistematización en la gran recopilación de sentencias de los tribunales alemanes occidentales de Rüter, 1968 ss.). Freudiger, 2002, p. 5, distingue entre cuatro categorías: exterminio de los judíos, eutanasia, guerra de exterminio y crímenes judiciales. Cf. también Oppitz, 1976, p. 27.

¹⁷ Fischer y Lorenz, 2007, p. 58.

¹⁸ Bundesgesetzblatt (BGBl.), 1953 II, p. 35 ss., 85. Un resumen sobre la reparación hasta 1986 en BT-Drucks, 10/6287, p. 8 ss. 1 DM equivale aprox. 0,5.

¹⁹ Como por ejemplo la Ley federal de Resarcimiento (*Bundesentschädigungsgesetz* [BEG]) del 24.6.1956 (BGBl. I, p. 559, entrada retroactivamente en vigencia a partir del 1.10.1953); la Ley federal de Reintegros (*Bundesrückerstattungsgesetz* [BrüG]) del 19.7.1957 (BGBl., 1957 I, p. 734 ss.; en detalle, Goschler, 2004 y 2005).

²⁰ Ley del 25.8.1998 (BGBl. I, p. 2501, modificada 23.7.2002, BGBl. I, p. 2714). La ley para la invalidación de sentencias injustas del nacionalsocialismo del 25.5.1990 (BGBl. 1990 I, p. 966) no rigió en todos los *Länder* (§ 2 Abs. 1) y preveía la invalidación solo a pedido (§ 1 Abs. 1).

principios de 1998 había habido *pagos reparatorios* por un valor total de aproximadamente 102.000 millones de marcos.²¹

1.2.1. La desnazificación

Entre 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 los aliados y su *Consejo de Control*. Mediante las *medidas de desnazificación*²² que se adoptaron 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 se derogaron en primer término las leyes nacionalsocialistas más importantes²³ y se suprimieron organizaciones e instituciones nacionalsocialistas.²⁴ También se desvinculó de cargos públicos a personas incriminadas y algunas de ellas fueron encarceladas. Por otra parte, se redujeron las competencias de las autoridades y los tribunales alemanes en la tramitación de asuntos nacionalsocialistas.²⁵ Al mismo tiempo, numerosas personas recorrían los campos de internación²⁶ y, mediante encuestas, la población fue dividida en diferentes categorías de recriminación y sometida a dictámenes tribunales cuasipenales (especialmente en la zona estadounidense).²⁷ También se llevaron adelante medidas educativas.²⁸

²¹ Leupolt, 2003, p. 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.

²² Decididas en las Conferencias de Jalta (4-11.2.1945) y Potsdam (17.7.-2.8.1945); véase asimismo *Kontrollratsverordnung* n.º 24 del 12.1.1946; *Kontrollratsdirektive* n.º 38 del 12.10.1946, *Amtsblatt des Alliierten Kontrollrats*, p. 62. Importante para la aplicación: *US Direktive JCS 1067*, cf. Wember, 1991, p. 16; sobre los antecedentes Ambos, 2006, § 6 Rn. 7.

²³ Mediante *Militärregierungsgesetz* n.º 1 y *Kontrollratsgesetz* n.º 1 (KRG 1) del 20.9.1945.

²⁴ Por ejemplo, el Tribunal del Pueblo y los tribunales especiales, sobre esto, Freudiger, 2002, p. 12, con más referencias.

²⁵ Véase por ejemplo KRG n.º 4, del 30.10.1945, *Amtsblatt des Kontrollrats* del 30. November 1945, p. 20 ss. También Fischer y Lorenz, 2007, p. 18; Zimmermann, 2001, p. 28.

²⁶ Al respecto Wember, 1991, p. 31 s.

²⁷ 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, incriminado, incriminado leve, simpatizante, desincriminado) (cf. Götz, 1986, p. 116; Wesel, 1997, p. 514; Zimmermann, 2001, p. 28).

²⁸ Por ejemplo, mediante la proyección de material filmico sobre los crímenes del nacionalsocialismo (cf. Chamberlin, 1981, p. 420).

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 criminales²⁹ terminó el 1 de octubre de 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 NSDAP³⁰ 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 1945,³¹ que junto con reglas jurídicas procesales y organizacionales de los tribunales preveía en su artículo 6 los tipos penales del crimen contra la paz, los crímenes de guerra y el crimen contra la humanidad. Estos tres tipos penales, además del delito de pertenencia a organizaciones nacionalsocialistas declaradas criminales por el IMG, también se encuentran en la *Ley del Consejo Controlador n.º 10 (Kontrollgesetz n.º 10, KRG 10)*.³² Esta ley conforma la base jurídica para los siguientes procesos (artículo II, párrafo 1, *a-d*, KRG 10)³³ llevados a cabo ante los tribunales militares de los aliados en sus respectivas zonas. De destacar son los 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 Reich.³⁴ Asimismo, hubo muchos otros procesos frente a los tribunales militares de los aliados.³⁵

²⁹ 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]).

³⁰ IMG, *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg*, 14. Nov. 1945 - 1. Okt. 1946, tomo XXII, Núremberg, 1948; sobre esto también Ambos, 2006, § 6 Rn. 7; Götz, 1986, p. 16. La sentencia del proceso fijaba solo el carácter criminal de las organizaciones en cuestión. La determinación de la culpabilidad individual de cada uno de los miembros la dejó en cambio para procesos posteriores (Dienststelle des Generalinspektors in der Britischen Zone für die Spruchgerichte, s/d, p. 1; véase también Zimmermann, 2001, p. 23 s.).

³¹ 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, p. 10.

³² Amtsblatt des Kontrollrats vom 20. Dezember 1945, p. 50.

³³ Cf. también Rückerl, 1968, p. 63.

³⁴ Cf. Ostendorf, 2003, p. 126; sobre cada uno de los procesos Götz, 1986, pp. 22-26. En total fueron acusadas 186 personas, de las cuales fueron absueltas 35 y condenadas a largas penas de prisión 96, a cadena perpetua 23 y a muerte 25 (Fischer y Lorenz, 2007, p. 23).

³⁵ Ante tribunales militares estadounidenses hubo en total 1517 condenas en procesos contra 1941 personas, de las cuales 324 fueron condenas a muerte, 247 a cadena perpetua, 946 a penas de prisión temporales, 367 absoluciones y 57 suspensiones (Götz, 1986, p. 26). En la zona británica hubo 1085 condenas, 240 a muerte (v. Raab-Straube, 2003, p. 157; Zimmermann, 2001, p. 22, con más referencias en nota 14, Rückerl, 1984, pp. 96-99); en la zona francesa las condenas fueron 2107, de las cuales 104 fueron a muerte (v. Raab-

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 en el 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 existían cuando los hechos se cometieron. 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".³⁶ Esta argumentación, trasladable a todos los tipos penales del estatuto del IMG, también fue seguida sin más por los tribunales de Procesos Subsiguientes a los Juicios de Núremberg.³⁷ Junto con la cuestión de la lesión del principio de irretroactividad de la ley se discutieron, por supuesto críticamente, *otras cuestiones* también de derecho internacional público. Por razones de espacio es necesario remitir a publicaciones anteriores sobre este punto.³⁸

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 juridicopenal de los delitos nacionalsocialistas.³⁹ 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

Straube, 2003, p. 157; Zimmermann, 2001, p. 22 con más referencias en nota 14, Rückerl, 1984, pp. 96-99); en la zona soviética hubo hasta enero de 1947 17.886 acusados, de los cuales fueron condenados 8.055, 436 de ellos a muerte (Zimmermann, 2001, p. 22, con más referencias en nota 14; Wieland, 1994, p. 389).

³⁶ IMG 1948, p. 247.

³⁷ Cf. Ambos, 1997, p. 40 con nota 11, 14.

³⁸ 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, cf. Leupolt, 2003, pp. 196-198; Ambos, 2004, p. 84 ss. En general sobre la crítica Oppitz, 1976, p. 20; Perels, 1998, p. 384; Friedrich, 1985, p. 252; Freudiger, 2002, p. 22; Ostendorf, 2003, pp. 129-133.

³⁹ 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 4419 personas por crímenes nacionalsocialistas (Bundesministerium der Justiz: *Statistik über die Verfolgung nationalsozialistischer Straftaten in der Bundesrepublik Deutschland*, citado en Freudiger, 2002, p. 16, con nota 29; hasta 1950 fueron condenadas 5228 personas; también Rückerl, 1984, p. 121).

intentos de reconstrucción del régimen nazi o de reinicio de la actividad de las organizaciones nazis" (artículo III.b KRG n.º 4 del 30 de noviembre de 1945).⁴⁰ Con la KRG n.º 10 ya mencionada se completó esta norma: excepto los asuntos penales, que según el Estatuto-IMG estaban encargados a los tribunales aliados, los tribunales alemanes 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" (artículo III n.º 1 d KRG 10).⁴¹ Así vino a aplicarse, junto con el derecho penal alemán,⁴² también el KRG 10, del cual se hizo sin embargo un uso muy mesurado.⁴³ En estos casos (por ejemplo, en el caso de las denuncias, que a causa de sus consecuencias generalmente gravísimas fueron vistas como delito contra la humanidad y por tanto subsumidas bajo el artículo II KRG 10) se apelaba a la *fórmula de Radbruch*⁴⁴ como fundamento, a fin de evitar la violación del principio de irretroactividad de la ley y justificar la aplicación del KRG 10.⁴⁵ 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 solo en casos excepcionales por participación.⁴⁶

⁴⁰ Texto íntegro (alemán) en www.verfassungen.de/de/de45-49/verf45-11.htm.

⁴¹ Tanto el gobierno militar británico, de acuerdo con la ordenanza n.º 47 del 30.8.1947 (Amtsblatt der britischen Militärregierung, 1946, p. 306), como el gobierno militar francés, a través de la ordenanza n.º 173 del 23.9.1948 (Amtsblatt des Französischen Oberkommandos in Deutschland 1948, p. 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 (Rücker, 1984, p. 108).

⁴² En la versión que en cada caso resultaba menos severa (cf. Kontrollratsgesetz n.º 11 del 30.1.1946 y § 2 Abs. 2 StGB en la versión del 4.8.1953).

⁴³ Oppitz, 1976, p. 21; Freudiger, 2002, p. 14 s., con más referencias. Discutible fue también aquí la cuestión de una eventual violación del principio de irretroactividad (cf. sobre el punto Götz, 1986, p. 37; en detalle OLG Düsseldorf del 18.12.1947, impreso en Rüter, 1968, tomo I, p. 596 s.).

⁴⁴ "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, p. 107). En este último caso, por tanto, el derecho positivo no podía tener efecto en el momento del hecho y en consecuencia 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 en el momento del hecho —hubiera o no hubiera estado normado positivamente.

⁴⁵ Götz, 1986, p. 37.

⁴⁶ 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.

1.2.4. Los Tribunales de sentencia

Una posición especial dentro de la jurisdicción alemana adoptaron los tribunales de sentencia (*Spruchgerichte*), ubicados organizacionalmente bajo el control británico y que preveían dos instancias.⁴⁷ Estos *tribunales penales* (normales), conformados exclusivamente por alemanes, asumieron en la zona británica⁴⁸ la persecución penal de la "pertenencia a sabiendas a una organización declarada criminal en la sentencia de Núremberg"⁴⁹ y fueron desde 1949 poco a poco otra vez disueltos.⁵⁰ 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 constituyó la Corte Federal, consideraba que la aplicación del KRG 10 por los tribunales de sentencia era acorde con el principio de irretroactividad de la ley.⁵¹

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 en los primeros el interés por un aliado estable y, en consecuencia, por una reconstrucción efectiva de la administración, de la justicia y de la economía en la República Federal de Alemania.⁵² Al mismo tiempo, tras la devolución de la competencia ilimitada de la persecución penal a los tribunales alemanes⁵³ —en los cuales las condenas por hechos violentos

⁴⁷ Las bases jurídicas eran: artículo 9 del Estatuto de Londres (véase nota 31), la sentencia del IMG (véase nota 30) y KRG 10 (véase nota 32). La ordenanza n.º 69 del gobierno militar, del 31.12.1946, relativa 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, n.º 16, pp. 405 ss.; impreso también en Meyer-Abich, Mittelbach y Schierholt, pp. 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, pp. 57 ss.; Meyer-Abich, Mittelbach y Schierholt, pp. 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 (cf. 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).

⁴⁸ Distinto fue en las zonas estadounidense y francesa, en las cuales estas tareas eran cumplidas por las Cámaras de Desnazificación.

⁴⁹ Inspector general Meyer-Abich, citado en Frei, 1997, p. 33 s., 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, pp. 276-357.

⁵⁰ Los Tribunales de Sentencia concluyeron en total 24.154 procesos: mediante juicio en 12.748 casos; 8352 personas fueron absueltas (Zimmermann, 2001, p. 26 s.).

⁵¹ OGHSt, tomo 2, p. 375.

⁵² Cf. Zimmermann, 2001, p. 38 s.

⁵³ 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 com-

nacionalsocialistas eran fuertemente regresivas⁵⁴ y en los que a partir de ese momento se aplicaba exclusivamente el derecho penal alemán—, se instalaba en forma mayoritaria en la refundada República Federal un sentimiento de reinicio unido a una *mentalidad de punto final*.⁵⁵ Así tuvieron lugar muchas amnistías, por una parte todavía a través de los mismos aliados⁵⁶ y por otra a través del legislador federal alemán, mediante las llamadas *leyes de impunidad* (*Straffreiheitsgesetze*). La primera, de 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 prisión.⁵⁷ Una segunda ley, de 1954, declaró impunes determinados hechos cometidos en la etapa final de la guerra que previeran penas de hasta tres años.⁵⁸

Por otra parte, la *prescripción de la persecución penal* ya había llevado en 1950 a que solo pudieran seguir siendo perseguidos los delitos de asesinato, homicidio y lesiones graves.⁵⁹ En este contexto, numerosos ex miembros 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, regresaron a sus cargos en los años cincuenta, o fueron de diversas maneras integradas en la construcción administrativa o judicial de la RFA.⁶⁰ Esta *resocialización o reintegración* fue asegurada normativamente por la ley reguladora del artículo 131 de la Constitución, la cual concedía un derecho a

petencia por crímenes del nacionalsocialismo también contra miembros de los estados aliados (cf. ordenanza n.º 234 del gobierno militar británico, del 31 de agosto de 1951, *Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission*, p. 1137; ordenanza n.º 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, *BGBI.* I 1956, pp. 437 ss.; sobre ello Ambos, 2006, § 6 Rn. 10, con nota 52 y más referencias; Zimmermann, 2001, p. 36).

⁵⁴ Finalmente las condenas quedaron paralizadas casi en su totalidad en los años 1952-1954 (Freudiger, 2002, p. 33, con nota 152; Fischer y Lorenz, 2007, p. 61; Zimmermann, 2001, p. 38, con nota 82 y otras referencias). Esto vale también para la cifra de las instrucciones de sumario (Frei, 1997, p. 20; Götz, 1986, p. 35 s.).

⁵⁵ Frei, 1997, pp. 54-69.

⁵⁶ En forma de indultos (cf. *Besatzungsstatut*, *Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission* 1949, p. 13; véase también Rückerl, 1984, p. 132, Ostendorf, 2003, p. 128 s.).

⁵⁷ Ley de concesión de Impunidad (*Gesetz über Gewährung von Straffreiheit*) del 31.12.1949 (*BGBI.* 1949 I, p. 37; in extenso sobre esto Frei, 1997, pp. 29-53).

⁵⁸ Ley sobre el dictado penas y multas y sobre la onulación 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 (*BGBI.* 1954 I, p. 203; in extenso Frei, 1997, pp. 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).

⁵⁹ El 8.5.1950, de acuerdo con el plazo de 5 años del § 67 II (versión anterior) StGB.

⁶⁰ Sobre la reintegración de catedráticos de derecho y economía (con particular énfasis en el caso de la Georg-August-Universität Göttingen), véase Schumann, 2008, pp. 108 ss.

reemplazo y restablecía las pretensiones de abastecimiento de integrantes del servicio público que por servicio militar, expulsión o desnazificación habían perdido sus cargos.⁶¹

La jurisprudencia de esta época se caracterizó por una parte por el crecimiento 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)autoría*.⁶² Al mismo tiempo fueron cada vez más aceptadas las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad.⁶³ Asimismo, la jurisprudencia formuló *strictísimas exigencias* para llegar a condenar a ex jueces nacionalsocialistas por las condenas a muerte dictadas por ellos. La responsabilidad penal fue así solo aceptada 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, este hubiera sido cometido con dolo directo (*dolus directus*). Un *dolus eventualis* no era suficiente.⁶⁴

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 esclarecidos.⁶⁵ Como consecuencia, en 1958⁶⁶ se fundó 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 población.⁶⁷ La Oficina Central, que realizaba investigaciones preliminares

⁶¹ Ley de regulación de las relaciones jurídicas de las personas consideradas en el artículo 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, pp. 69-99).

⁶² Cf. BGHSt 2, 234; BGH DrZ 1966, 59; BGHSt 18, p. 87 ss.; LG Frankfurt 20.12.1968, Ks 2/66, del BGH (2 StR 105/70), confirmado el 27.10.1972, p. 115 (sobre esto Heynckes: *Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen*, 2005, p. 228, con nota 610 y otras referencias). Consecuencia de ello fue no solo 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, p. 406 ss.; Freudiger, 2002, p. 35 ss.; Oppitz, pp. 23, 33-36).

⁶³ En detalle Benzler, 1998, pp. 394-406.

⁶⁴ Cf. Ostendorf, 2003, p. 133 s., Homann, 1998, p. 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 en el momento de dictarla.

⁶⁵ Así llamado *Ulmer Einsatzgruppenprozess*, del 28.4.-29.8.1958 (sobre esto Rückerl, 1968, p. 65; Zimmermann, 2001, p. 40 s. Götz, 1986, p. 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. (cf. Rückerl, 1984, pp. 140 ss.).

⁶⁶ Erigida por la Conferencia de Ministros de Justicia del 18.9.1958.

⁶⁷ Cf. Rückerl, 1984, p. 145. Si bien la actividad de la Oficina Central condujo claramente a la obtención de los objetivos arriba formulados (véase Freudiger, 2002, pp. 27 ss., 32), se vio también aquí la problemática

por su cuenta pero que para la presentación de denuncia entregaba el caso a la Fiscalía,⁶⁸ existe hasta hoy, aunque en el presente se dedica sobre todo al acercamiento científico a los crímenes violentos del nacionalsocialismo.⁶⁹

Por los motivos mencionados tuvo lugar con posterioridad a la creación de esta oficina un claro *aumento de los procesos*, que posibilitó un *esclarecimiento* sistemático de los delitos violentos del nacionalsocialismo.⁷⁰ Además, en el mismo ámbito judicial se levantó resistencia, junto con las protestas públicas, contra la llamada *judicatura participativa* (*Gehilfenjudikatur*).⁷¹ En los en total cuatro *debates sobre la prescripción* (*Verjährungsdebatten*) entre 1960 y 1979 se extendieron 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*.⁷² Se negó la violación del principio de irretroactividad de la ley por cuanto este se referiría al tipo penal, no así a su prescripción.⁷³ Desde los años ochenta la elaboración penal ha *perdido importancia* nuevamente. Allí se han tramitado muy pocos procesos. En total, entre el 8 de mayo de 1945 y el 1 de enero del 2004 fueron condenadas con sentencia firme por tribunales alemanes occidentales 6.498 personas por delitos nacionalsocialistas y se abrieron instrucciones de sumarios contra 106.496 acusados.⁷⁴

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 jurídicopenales, extrajurídicopenales y sociales de otras formas:⁷⁵

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 (cf. Zimmermann, 2001, pp. 41 ss. con otras referencias).

⁶⁸ Ruckerl, 1968, p. 66.

⁶⁹ Fischer y Lorenz, 2007, p. 69. De momento (31.12.2007), sin embargo, hay todavía 24 procesos pendientes en estado de investigación preliminar, cf. www.zentrale-stelle.de.

⁷⁰ Como por ejemplo el Proceso de Auschwitz, llevado adelante en Fráncfort entre 1963 y 1965, el Proceso sobre Eutanasia, también llevado adelante en Fráncfort en 1966-1967, así como numerosos procesos contra los cuerpos de vigilancia de los campos de concentración y de exterminio.

⁷¹ La jurisprudencia de la Corte Suprema fue en este punto criticada mediante la llamada *Königsteiner Entschliebung*, una resolución de la Jornada de Juristas Alemanes del 1.-3.4.1966 (cf. Just-Dahlmann y Just, 1988, p. 263).

⁷² En detalle Freudiger, 2002, p. 28 s.

⁷³ BGH 50, 138, 139.

⁷⁴ Estadística de persecuciones penales contra delitos del nacionalsocialismo (NS-Strafverfolgungstistik), 2003-2004, impresa en Heynckes: *Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen*, 2005, p. 230 s.

⁷⁵ Cf. también Frei, <http://www.forumjustizgeschichte.de/Bericht-zur-Fac.36.0.html>, cuya terminología es adoptada aquí para la denominación de estas fases; cf. también Freudiger, 2002, p. 33.

- 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 jurídicopenal 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*,⁷⁶ cuyos destinatarios no fueron las víctimas del nacionalsocialismo sino los ofensores. Estos 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 extendió aproximadamente entre 1960 y 1980, en la que por primera vez tuvo lugar un procesamiento sistemático y 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*.

1.3. 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 incriminados políticos, de la disolución y el cierre de instituciones y organizaciones, de la prohibición de símbolos nacionalsocialistas, etcétera. Dado que estas medidas tenían un efecto de muy corto plazo y además muchos involucrados lograron evadirlas, deben ser vistas (aunque hayan sido un importante paso hacia la democratización)⁷⁷ como el *intento frustrado de una limpieza política masiva*. La elaboración jurídicopenal (nuevamente de acuerdo con 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 aceptación,⁷⁸ los procesos

⁷⁶ Sobre este concepto véase Frei, 1997, pp. 13-17.

⁷⁷ Fischer y Lorenz, 2007, p. 19.

⁷⁸ Zimmermann, 2001, p. 20 s., con nota 10; Götz, 1986, p. 21.

subsiguientes a los procesos de Núremberg fueron apenas percibidos por el público.⁷⁹ Así también, los procesos ante los tribunales alemanes volvieron a despertar la atención del público alemán recién en los años setenta.⁸⁰ El *efecto preventivo*, que ya en aquella época era esperado junto con el 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 el desarrollo de un verdadero derecho penal internacional.⁸¹ Llamativo es también en este contexto que en Alemania (a diferencia, por ejemplo, de Francia o de Italia) no haya habido actos de *ajuste de cuentas* por la población, por medio de linchamientos u otras prácticas.⁸² La explicación de esto reside claramente en que en aquel momento todavía había una *amplia aceptación del nacionalsocialismo* por parte de la población,⁸³ a causa de la cual también tuvo aceptación solo la condena en Núremberg de unos pocos criminales de guerra principales, pero no la condena del *hombre común* en los procesos posteriores.⁸⁴

La *mentalidad del punto final* de la *segunda fase* provocó diversas interacciones. Así, por ejemplo, a causa de los indultos decididos por los aliados, los fiscales y jueces alemanes se sintieron animados a ni siquiera investigar o a paralizar procesos pendientes.⁸⁵ 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".⁸⁶ También las *leyes de impunidad y los indultos* tuvieron su impacto: Solo hasta el 31 de mayo de 1951 fueron indultadas 792.176 personas; si bien no se conoce la proporción de criminales nacionalsocialistas, su número alcanza estimativamente las cinco cifras.⁸⁷

⁷⁹ Fischer y Lorenz, 2007, p. 23; Götz, p. 26. Según diversas encuestas estuvieron de acuerdo con las medidas de desnazificación primeramente el 50% (1945) y el 57% (1946) de la población. En 1949, en cambio, solo un 17% (Fischer y Lorenz, 2007, p. 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 y Lorenz, 2007, p. 22; véase también Wesel, 1997, p. 515; Leupolt, 2003, p. 197).

⁸⁰ Así hubo en los años setenta una mayor aprobación de la persecución penal. Sin embargo, en 1986 volvió a haber dos tercios de la población a favor del punto final (cifras en Zimmermann, 2001, p. 48 s.).

⁸¹ 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, p. 126; cf. también Meyer-Abich, 1949, p. 12.

⁸² Zimmermann, 2001, p. 17 con nota 1.

⁸³ Sobre esto Leupolt, 2003, p. 205 con nota 1211 y otras referencias.

⁸⁴ Cf. Zimmermann, 2001, p. 21 s.

⁸⁵ Ostendorf, 2003, p. 129.

⁸⁶ Citado en Kruse, 1978, p. 121.

⁸⁷ Frei, 1997, pp. 18, 52.

La reincorporación en los años cincuenta de personas incriminadas, entre las cuales se vieron también beneficiados ex miembros de la Gestapo y de la SS armada,⁸⁸ llevó además a que instituciones estatales en muchos casos fueron ocupadas mayoritariamente con ex miembros del NSDAP.⁸⁹ El resultado de esta *continuidad personal* fue muchas veces no solo la falta de predisposición a la persecución por los juristas,⁹⁰ sino también un *clima de impertinencia*, en medio del cual ex nacionalsocialistas pudieron hacerse oír nuevamente.⁹¹

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 alcanzara su punto culminante en 1948-1949 con el bloqueo de Berlín.⁹² 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 Weimar,⁹³ la RDA devino en un *Estado totalitario* bajo el dominio del Partido Socialista Unificado (*Sozialistische Einheitspartei [SED]*) y

⁸⁸ Fischer y Lorenz, 2007, p. 95; Frei, 1997, pp. 71, 79.

⁸⁹ Así, por ejemplo, en 1950 alrededor del 80% de los jueces de la Corte Suprema eran ex miembros del NSDAP (Fischer y Lorenz, 2007, p. 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 y Lorenz, 2007, p. 98 s.). Véase también Frei, 1997, p. 81, para la teoría penal cf. Perels, 1998, p. 519.

⁹⁰ Fischer y Lorenz, 2007, p. 98 s.

⁹¹ Frei, 1997, p. 20.

⁹² Véase un corto bosquejo histórico sobre la fundación, el desarrollo y la caída de la RDA en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 3-15, así como Leupolt, 2003, pp. 5-14.

⁹³ GBl. I 1949, p. 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 artículo 1, párrafo 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".

de la vigilancia y represión del Ministerio para la Seguridad de Estado (*Ministerium für Staatssicherheit [MfS]*).⁹⁴

No existían ni una división de poderes funcional ni elecciones libres. En realidad la justicia 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 políticos.⁹⁵ 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 las cuales numerosas personas perdieron la vida.⁹⁶ 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 con el artículo 23 (versión anterior)⁹⁷ de la Constitución.⁹⁸

⁹⁴ 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 dinero 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 y Werle, 1999, p. 228 s.).

⁹⁵ Eser y Arnold, 2000, II, p. 7 con nota 39.

⁹⁶ 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 y Werle, 1999, p. 224) o 264 (Marxen y Werle, 1999, p. 8, con base en las autoridades de investigación), pasan por más de 800 (Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 90; 2000, II, p. 50, con nota 12 y otras referencias que dan cuenta de entre 264 hasta 1000 muertos; cf. también Eser y Arnold, 2000, II; p. 18) y llegan a alcanzar los 1303 (de acuerdo con 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 por otros motivos al intentar cruzar la frontera, FR v. 13.8.2008, p. 9).

⁹⁷ El artículo 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 y Wurtemberg-Hohenzollern. En otras partes de Alemania debe ser puesta en vigencia luego de sus respectivas incorporaciones". El artículo 23 (versión anterior) de la Constitución estaba por tanto confeccionado especialmente para el caso de la reunificación y fue debidamente derogado una vez que la unificación estuvo concluida.

⁹⁸ Kreicker, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 37.

2.2. Mecanismos de elaboración del pasado

La elaboración de la criminalidad propia del sistema de la antigua RDA se logró *fundamentalmente por medios juridicopenales*. Los procesos fueron llevados adelante primeramente por las autoridades de la persecución penal y por los tribunales ordinarios de la RDA ya en 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 RFA.⁹⁹ 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 *extrapenal* se sancionaron numerosas leyes de rehabilitación, de reparación y de resarcimiento. Además se crearon dos comisiones, así como una oficina de elaboración del sistema de la RDA que aún continúa funcionando.

2.3. Análisis de los mecanismos

2.3.1. Elaboración penal

Los procesos penales 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 1989.¹⁰⁰ Las numerosas presentaciones y denuncias de la población, así como los informes mediales críticos, fueron el motivo de la rápida y considerable (a la vista del

⁹⁹ 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, cf. 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.º 27, septiembre-diciembre 2006, http://www.cepc.es/catalogo_documentos_electronicos.asp?IdClasificacion=13&IdCCatalogados=319.

¹⁰⁰ Detallado Marxen y Werle, 1999, pp. 148-156; Marxen, Werle y Schäfer, 2007, p. 11. Solamente se encuentra documentado un proceso por un procedimiento violento de la policía y del MfS contra manifestantes pacíficos en octubre de 1989 (cf. Marxen y Werle, 1999, p. 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 (cf. Müller, 2001, p. 185 s.; Marxen, Werle y Schäfer, 2007, pp. 11 ss.).

poco tiempo disponible para el gran volumen de trabajo) actividad de las Oficinas de Persecución Penal.¹⁰¹

Con la *reunificación* se traspasó a la RFA la elaboración jurídicopenal de la criminalidad propia del sistema de la RDA. Numerosos procesos ya iniciados fueron continuados así en la RFA o utilizados para investigaciones propias.¹⁰² El abordaje jurídicopenal 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 artículo 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 con el § 152 II StPO (*Strafprozessordnung*, Código Procesal Penal) (Principio de legalidad), *siempre y cuando estos sigan siendo punibles* luego de su adhesión a la RFA.¹⁰³ Si este es el caso depende de lo siguiente: El reemplazo del derecho penal de la RDA por el de la RFA, estipulado por el artículo 8 del Contrato de Unificación, llevó a excluir la aplicación (única) del derecho vigente en el momento de la comisión del hecho, o sea, el derecho de la RDA. Al mismo tiempo, sin embargo, la única aplicación del derecho penal de la RFA habría conllevado la violación del principio de irretroactividad (artículo 103 II Constitución, § 1 StGB (*Strafgesetzbuch*, Código Penal)), ya que en el 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 artículo 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, párrafo 3, StGB (al que remite el artículo 315 I EGStGB). Según este principio, en caso de reforma legal

¹⁰¹ Marxen y Werle, 1999, p. 149; Marxen, Werle y Schäfer, 2007, p. 13.

¹⁰² Marxen y Werle, 1999, p. 232 s.; Marxen, Werle y Schäfer, 2007, p. 54. En total se han llevado adelante luego de 1989 y hasta el cierre del último proceso en el 2005 (sin los casos de espionaje) aproximadamente 74.894 procesos de investigación contra estimativamente 100.000 personas por proceder in justos de la RDA. En 1286 de estos casos hubo sentencia definitiva de tribunal recaída en procesos principales (Marxen, Werle y Schäfer, 2007, pp. 24 s., 54, 38 s., con cuadro 19).

¹⁰³ Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 90; Marxen y Werle, 1999, p. 3 s.

¹⁰⁴ Esto es distinto, por supuesto, 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 con el § 315 IV EGStGB, el derecho penal de la RFA, cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 91; véase también Homann, 1998, p. 754; Marxen y Werle, 1999, pp. 3-5; sobre el derecho penal interlocal en este contexto véase Ambos, 2008, § 1 nota 43 ss.

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

debe ser aplicada en cada decisión judicial la norma menos severa. Por otro lado, debe darse un caso de *continuidad del injusto*.¹⁰⁶ Esto significa que la conducta en cuestión no solo 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 de 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 con su letra pero penaliza otro injusto, tal conducta queda impune.¹⁰⁷

Junto con 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. Esta encuentra su regulación primeramente en el artículo 315.a EGStGB, según el cual la prescripción se da por interrumpida al 3 de octubre de 1990 (como día de entrada en vigencia de la adhesión de la RDA a la RFA), en tanto no haya prescrito ya en tiempos de la RDA, y comienza por tanto a correr nuevamente según los § 78 ss. con la limitación del § 78.c, párrafo III, del StGB-RFA.¹⁰⁸ 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 de octubre de 1949 hasta el 2 de octubre de 1990 para los casos en que —como ocurría en general— la persecución penal hubiera sido omitida a causa de la explícita o supuesta voluntad de la conducción estatal y del partido, ya fuera 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 de octubre de 1990.¹⁰⁹ Esta postura fue confirmada legalmente con la primera ley de prescripción, del 26 de marzo de 1990,¹¹⁰ y vuelta a confirmar con

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 163 ss.

¹⁰⁷ Detallado sobre este párrafo Kreicker, en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 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, la parte de plazo que había corrido antes de la suspensión de la prescripción sigue siendo considerada. Esto es distinto cuando el plazo es interrumpido de acuerdo con el § 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, solo dentro de los límites de los plazos absolutos de prescripción: La prescripción tiene lugar independientemente de las interrupciones, de acuerdo con el § 78, párrafo 3, StGB, cuando se ha cumplido el doble del plazo de prescripción legal y por lo menos un plazo de tres años.

¹⁰⁹ Cf. 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, p. 392.

la cuarta ley de prescripción, del 23 de noviembre del 2007.¹¹¹ Las segunda y tercera leyes de prescripción prolongaron los términos de los plazos.¹¹²

Por lo demás, la jurisprudencia federal alemana consideró 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 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 generalmente 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 población.¹¹⁵

De los complejos delictivos mencionados son a su vez de destacar los *hechos violentos en la frontera alemana-alemana*. Aquí resultan 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 RDA.¹¹⁶ Por lo tanto, la

¹¹¹ BGBl. I, p. 2614.

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

¹¹³ Marxen, Werle y Schäfer, 2007, p. 58 s.

¹¹⁴ Cf. Marxen y Werle, 1999, pp. 239-241.

¹¹⁵ Cf. Marxen, Werle y Schäfer, 2007, pp. 57-59; Wingenfeld, 2006, p. 123 s.

¹¹⁶ Según el § 27, párrafo 2, oración 1, del 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, p. 36). Esto fue aceptado regularmente en caso de un "cruce de frontera ilegal", en el sentido del § 213, párrafo 3, DDR-StGB. La situación legal es distinta en casos de hechos ilícitos contra ciudadanos de

jurisprudencia de los tribunales superiores negó una violación del principio de irretroactividad.¹¹⁷ 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 internacional]¹¹⁹".¹²⁰ Dado que la mentada 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 irretroactividad.¹²¹

La Corte Suprema solo confirma en el caso, *a posteriori*, la invalidez de la causa de justificación, que desde su punto de vista ya había sido inválida en el momento del hecho. No se trata por tanto de una invalidación retroactiva. Según el *Tribunal Constitucional Alemán* (*Bundesverfassungsgericht [BVerfG]*) el principio de irretroactividad (artículo 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 en el 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 solo puede existir de modo muy limitado.¹²² De esto se desprende que también el principio de irretroactividad, como mandato de justicia material puede ser aplicado solo en un ámbito muy limitado.¹²³ 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 artículo 7 de la Declaración Europea 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 cf. Ambos, 1999, con traducción de las normas atinentes en p. 35 ss.

¹¹⁸ Supra nota 44.

¹¹⁹ La Corte Suprema se refiere en este sentido al artículo 6, párrafo 1, artículo 12, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y al artículo 3, artículo 13, n.º 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (BGHSI 39, 1; cf. también Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 560).

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

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

¹²² BVerfG, NJW 1997, 929 ss., 930.

¹²³ Cf. BVerfG (Tribunal Constitucional), decisión del 24.10.1996 - 2 BvR 1851/94, NJW 1997, 929 ss.; decisión del 21.7.1997, EuGRZ 1997, 413 ss.; decisión del 7.4.1998, NJW 1998, 2585 s.

Derechos Humanos, ya que incluso en el derecho de la RDA vigente en el momento de los hechos no habría podido prosperar la justificación de los actos de asesinato.¹²⁴ 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 artículo 30 I, II y 19 II de la Constitución de la RDA.¹²⁵ 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 estatal.¹²⁷

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 oportunidad,¹²⁸ 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

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, p. 1 ss.: "Auf Gesetz, Befehl oder Anordnung kann sich nicht berufen, wer in Missachtung 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 y Ludwig, 2000, I, p. 91; Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 559 ss.

¹²⁷ Cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 559 ss.

¹²⁸ Cf. Ambos, 1998; Ambos, 2005-2006, pp. 216 ss.; Ambos y 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 mas referencias y un comentario. Referencias jurisprudenciales para todos los ámbitos delictivos que siguen en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 596-640.

En la RDA, *en resumen*, fueron condenadas y detenidas por motivos políticos alrededor de 200.000 personas.¹³⁰ Esto llevó a que luego de 1989 se hayan llevado adelante más de 12.000 procesos por prevaricato contra jueces y fiscales de la RDA.¹³¹ Aquí se vieron paralelismos con la persecución de los ex jueces del nacionalsocialismo, ya que, pese a estar dada la continuidad del injusto necesaria,¹³² 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 humanos.¹³³

La elaboración juridicopenal también llevó a condenas en otros ámbitos de la criminalidad propia del sistema de la RDA, como por ejemplo en los procesos por abuso de autoridad y corrupción,¹³⁴ fraude electoral,¹³⁵ denuncias,¹³⁶ doping¹³⁷ y las infracciones contra la prohibición del comercio interzonal,¹³⁸ así como por otros delitos económicos.¹³⁹ En el ámbito de los delitos cometidos por la MfS fueron especialmente

¹³⁰ Schroeder, 1996, p. 81.

¹³¹ BT-Drucks 12/8402, p. 4.

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

¹³³ BGH NJW 1994, p. 531 s.; cf. también BGH NJW 1995, p. 65, 3325; véase también Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 92 s, Homann, 1998, p. 757. Véase sobre esta temática BGH, Sentencia del 13.12.1993, NJW 1994, p. 529 (sobre el desarrollo de la posición central respecto del prevaricato mediante la aplicación del derecho de la RDA), así como BGH, sentencia del 15.9.1995, NJW 1995, p. 3324 ss. (con indicaciones detalladas respecto a las pautas de valoración para el prevaricato, así como autocrítico respecto de su 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 (cf. Marxen y Werle, 1999, p. 230 más otras referencias).

¹³⁵ Punible de acuerdo con el § 211 DDR-StGB, § 107a BRD-StGB (sobre ello Marxen y Werle, 1999, p. 226 con más referencias).

¹³⁶ Punible ya antes de la reunificación de acuerdo con el artículo 315.a.4 EGSiGB en función del § 241a StGB, que de acuerdo con el § 5 n.º 6 StGB también abarca a ciudadanos de la RDA (BGH 40, 125, 132, NJW 1994, 3174, 3176); por lo demás eventualmente por privación de la libertad en autoría mediata de acuerdo con el § 239 StGB, 131 DDR-StGB (cf. Marxen y Werle, 1999, p. 227 con más referencias).

¹³⁷ Punible generalmente como lesión a los efectos del § 223 BRD-StGB, § 115 DDR-StGB (cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 94, Marxen y Werle, 1999, p. 104 con más referencias).

¹³⁸ Las infracciones a la prohibición de comercio interzonal eran punibles ya antes de la reunificación, de acuerdo con la Ley de Gobierno Militar (Militärregierungsgesetz [MRG]) n.º 53, que como ley temporal de acuerdo con el § 2, párrafo 4, StGB, continuaba aplicable incluso luego del ingreso a la RFA (sobre esto Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 95; Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 553).

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

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 telecomunicaciones,¹⁴² la sustracción de objetos de envíos postales,¹⁴³ la extorsión pecuniaria de aquellos que querían salir del país¹⁴⁴ y la gran mayoría de los casos de espionaje,¹⁴⁵ así como el ocultamiento de ex miembros de la RAF.¹⁴⁶ Con el término del día 3 de octubre de 2000 se dio la prescripción 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 el 2005 la persecución penal está dada por *concluida*.¹⁴⁷

2.3.2. Elaboración extrapenal

Así como había sido el caso en el marco de la elaboración jurídicopenal, fue también aquí el propio último gobierno de la RDA el que adoptó medidas para la *rehabilitación y reparación* respecto de los actos injustos contrarios a un sistema de derecho cometidos en el ámbito de la justicia. La correspondiente Ley de Rehabilitación

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

¹⁴¹ Punible de acuerdo con el § 234a BRD-StGB también ya antes de la reunificación, y además como privación ilegítima de la libertad de acuerdo con el § 239 BRD-StGB o § 131 DDR-StGB.

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

¹⁴³ No era peculado a los efectos del § 246 BRD-StGB, ya que en el momento del hecho la apropiación ilícita en beneficio de un tercero no era punible; no era tampoco violación de la obligación de custodia a los efectos del § 133 BRD-StGB (sobre esto Marxen y Werle, 1999, p. 87 ss., más otras referencias).

¹⁴⁴ Eventualmente punible como coacción a los efectos de § 240 BRD-StGB, 129 DDR-StGB o como extorsión a los efectos de § 253 BRD-StGB, 127 s. DDR-StGB (sobre esto Marxen y Werle, 1999, p. 91 con otras referencias).

¹⁴⁵ Si bien fue básicamente aceptada la punibilidad de acuerdo con el § 94 en función del § 5 n.º 4 StGB y con § 3 ss. StGB, y aun cuando en algunos casos se impuso pena de prisión en suspenso (cf. Marxen y Werle, 2007, p. 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 violación al principio de proporcionalidad que se desprende del principio del Estado de derecho previsto en el artículo 20 de la Constitución (decisión del 15.05.1995, JZ 1995, 885 ss.).

¹⁴⁶ La punibilidad por frustración de pena de acuerdo con el § 258 StGB en definitiva es rechazada, Marxen y Werle, 1999, p. 92 s., más otras referencias.

¹⁴⁷ Marxen, Werle y Schäffer, 2007, p. 7. Muy completo sobre la elaboración jurídico-penal: Marxen y Werle: *Strafjustiz 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).

(*Rehabilitierungsgesetz [RehaG]*)¹⁴⁸ preveía la posibilidad de la casación de sentencias,¹⁴⁹ así como medidas de rehabilitación referentes tanto a decisiones injustas contrarias a derecho sufridas mediante medidas penales judiciales como mediante medidas legales laborales y administrativas.¹⁵⁰ 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 normas,¹⁵¹ tal como se establecía en los artículos 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 1992,¹⁵² preveía la posibilidad de hacer declarar ilegales y de dejar sin efecto medidas y decisiones tanto judiciales como extrajudiciales, así como, dado el caso, la posibilidad de exigir el pago de indemnizaciones con respecto a aquellas decisiones y medidas.¹⁵³ 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 1994,¹⁵⁴ y con la Ley de Compensación por Discriminación Profesional para las Víctimas de Persecución Política en los territorios de adhesión (*Gesetz über den Ausgleich beruflicher Benachteiligungen für Opfer politischer Verfolgung im Beitrittsgebiet*), del 23 de junio de 1994,¹⁵⁵ se abrió 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 Ausgleichleistungsgesetz*), del 27 de septiembre de 1994.¹⁵⁶

¹⁴⁸ Del 6.9.1990, GBl. DDR I, 1459.

¹⁴⁹ Cuando estas se referían a una grave infracción legal o contenían una sentencia penal manifiestamente incorrecta, § 311, párrafo 2 DDR-StGB (cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 95 s.).

¹⁵⁰ § 1 RehaG, exhaustivo Leupolt, 2003, p. 46 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 28.9.1990 (BGBl. 1990 II, p. 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, párrafo I, 5).

¹⁵¹ Cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 558.

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

¹⁵³ Exhaustivo Leupolt, 2003, p. 46-51.

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

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

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

No hubo disolución de instituciones de la RDA o *limpiezas (Säuberungen)* de la administración de la RDA comparables en sus dimensiones a la desnazificación. Las relaciones jurídicas en el servicio público, en realidad, básicamente continuaron. Sin embargo, pudieron concluir anticipadamente ante motivos excepcionales de despido, como las infracciones contra principios de humanidad o del Estado de derecho y la actividad para el MfS.¹⁵⁷ Las *amnistías* fueron exigidas y discutidas reiteradamente,¹⁵⁸ pero nunca se alcanzó la mayoría parlamentaria para ello.¹⁵⁹ 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 RDA.¹⁶⁰

Junto con las medidas penales y extrapenales 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 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

¹⁵⁷ Cf. Anexo I al Contrato de Unificación (Einigungsvertrag), capítulo XIX, subtema A, párrafo 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, cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 557 s.

¹⁵⁹ Sobre la discusión Freudiger, 2002, p. 2, nota 9 s.

¹⁶⁰ Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 559; Rossig y Rost, en Eser y Arnold, 2000, II, pp. 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 p. 2272], modificado por la 5.ª ley de modificación [5. StUÄndG] del 2 de septiembre de 2002 [BGBl. I, p. 3446]) y llamado según su primer director, Joachim Gauck; desde octubre del 2000 la Oficina se encuentra bajo la dirección de Marianne Birthler.

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).

comisiones se creó en 1998 la Fundación Federal para la Elaboración de la Dictadura SED, a fin de proporcionar un tratamiento duradero del tema.¹⁶⁴

2.4. Impacto de los mecanismos utilizados

Una particularidad del modo como 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 un *proceso de democratización* en la RDA, o en todo caso fue muy corto, y esto por el hecho mismo de su caída y su adhesión a la República Federal.¹⁶⁵ En lo que respecta a la *percepción* pública, fueron los procesos penales, ante todo los llamados *casos de protección del muro*, los que asumieron una posición predominante.¹⁶⁶ 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 social.¹⁶⁸

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 espías 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 habría podido

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

¹⁶⁵ Cf. Kreicker y Ludwig, 2000, I, p. 89.

¹⁶⁶ Marxen y Werle, 1999, p. 254.

¹⁶⁷ Cf. Marxen, Werle y Schäffer, 2007, p. 58 s.

¹⁶⁸ Cf. ibidem, p. 59.

¹⁶⁹ Así también ibidem, pp. 57-59. Cf. también Wingefeld, 2006, p. 123 s.

verse amenazada la aceptación de los esfuerzos llevados a cabo para superar el pasado.¹⁷⁰ Por último, también la *positiva reacción de la población* ante las medidas extrapenales¹⁷¹ ofrecidas muestra que la sola elaboración juricopenal del sistema injusto y contrario a derecho de la RDA (que se extendía por su parte a amplios ámbitos de la vida social¹⁷² no contemplados por el derecho penal) solo hubiera podido alcanzar un efecto limitado y por tanto insatisfactorio.¹⁷³

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*.¹⁷⁴ También debe tenerse en cuenta que el nacionalsocialismo fue superado en definitiva desde fuera, mientras que la RDA en cambio fue fundamentalmente superada desde dentro.¹⁷⁵ Además, las víctimas

¹⁷⁰ Cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 558.

¹⁷¹ Así, como consecuencia de esta ley, fueron solicitados hasta el 31.12.1997 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 2000 millones DM solo en concepto de pago de resarcimientos a víctimas de privaciones de la libertad contrarias al Estado de derecho (cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 559). Hasta junio de 1998 ya habían sido presentadas 2,3 millones de solicitudes referentes a bienes raíces según la VermG (véase nota 150), 145.000 solicitudes según la StrRehaG y 68.000 por la VerwRehaG (véase notas 152 y 154), y para fines de 1996 habían sido pagados según la StrRehaG (véase nota 152) 680 millones, según EALG (véase nota 156) (hasta fin de 1997) 59 millones DM (Leupolt, 2003, p. 43). Lo mismo rige para el trabajo de la Oficina-Gauck: 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, p. 38, Anexo 11, p. 109, http://www.bstu.bund.de/nn_712442/DE/Behoerde/Taetigkeitsbericht/taetigkeitsbericht_node.html_nnn=true).

¹⁷² Como las inhabilitaciones de formación y laborales, expropiaciones, trabas y molestias a familiares, prohibiciones de viaje, etcétera.

¹⁷³ Cf. Kreicker y Ludwig, en Eser y Albin, 2000, II, p. 558.

¹⁷⁴ Cf. también Leupolt, 2003, p. 203.

¹⁷⁵ Cf. ibidem, pp. 204 ss.

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 alemán.¹⁷⁶ 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*¹⁷⁷ en su confrontación con el nacionalsocialismo (a pesar de la dificultad de sus primeros años).¹⁷⁸ Esto es así por cuanto esta confrontación alcanzó una *considerable profundidad*¹⁷⁹ que se aplica al tiempo transcurrido entre aquella época y nuestros días, y ello pese a —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. Lo dicho vale también, y especialmente, a pesar de que desde el punto de vista penal muchos hechos quedaron impunes debido a una dedicación sistemática iniciada tardíamente, de la retraída actividad investigativa, de la vacilante jurisprudencia, así como de las numerosas amnistías, etcétera.¹⁸⁰ En definitiva, el objetivo de la desnazificación iniciada luego de la guerra fue logrado, esto es, la construcción de un ente estatal democrático y acorde con los principios del Estado de derecho.¹⁸¹

La elaboración que se hizo de *la injusticia y las contradicciones al derecho propias de la RDA* se benefició no solo 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". En consecuencia, los reclamos de amnistía pudieron

¹⁷⁶ Ibidem, pp. 205 ss.

¹⁷⁷ Brumlik: "Vorwort", en Fischer y Lorenz, p. 10.

¹⁷⁸ Frei, 1997, p. 8 ss.; Fischer y Lorenz, 2007, p. 61; Oppitz, 1976, p. 39, con otras referencias; Kramer, 1998, p. 413.

¹⁷⁹ Cf. también Freudiger, 2002, p. 2, con otras referencias.

¹⁸⁰ Cf. Freudiger, 2002, p. 19; Rückert, 1984, p. 129; Perels, 1998, p. 385.

¹⁸¹ Así también Wesel, 1997, p. 514.

ser rechazados sin que se pusiera en peligro por ello la paz social,¹⁸² así como se pudo llevar adelante el trabajo penal sin que hubiera presión política en lo esencial. También en este sentido se encontró un "punto medio entre las ansias de venganza de las víctimas y la necesidad de represión de los autores de delitos y sus simpatizantes".¹⁸³ Este punto medio fue hallado especialmente por medio de concentrar la atención, por un lado, en las violaciones graves de los derechos humanos y, por otro, en los casos de continuidad de la persecución.¹⁸⁴ Junto con la elaboración juricopenal, que también ha aportado al fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y fundamentales,¹⁸⁵ fueron esenciales los medios extrapenales en forma de leyes de rehabilitación, de reparación y de resarcimiento, así como las instituciones creadas para esclarecer y reconocer las injusticias e ilegalidades cometidas. Por tanto, y pese a la crítica —justificada¹⁸⁶ e injustificada—¹⁸⁷ a la elaboración juricopenal, esta debe ser valorada *en general* como *positiva*.¹⁸⁸

¹⁸² Distinto se manifiestan los precursores de una amnistía (cf. Rossig y Rost, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 525).

¹⁸³ Rossig y Rost, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 535.

¹⁸⁴ Cf. Marxen, Werle y Schäfer, 2007, p. 60.

¹⁸⁵ Cf. Marxen y Werle, 1999, p. 242 s.

¹⁸⁶ Por ejemplo, respecto 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 prescripción, en contra de lo que en realidad sucedió, se suspendió hasta el 2.10.1990 a causa de una insuficiente voluntad de persecución por la RDA, etcétera (cf. Marxen y Werle, 1999, pp. 274-252; Marxen, Werle y Schäfer, 2007, p. 60 s.; cf. también Leupolt, 2003, pp. 108-113).

¹⁸⁷ En especial los reproches contra la justicia del vencedor y contra la persecución realizada solo contra los ejecutores "menores" (cf. Marxen y Werle, 1999, pp. 252-254; Marxen, Werle y Schäfer, 2007, p. 60).

¹⁸⁸ Así también Rossig y Rost, en Eser y Arnold, 2000, II, p. 536.

- AMBOS, Kai: *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2.ª ed., Berlin, 2004.
- "Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot", en *Strafverteidiger (StV)* 1997, pp. 39-43.
- "Common law y los disparos del muro", en *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), 20, abril de 2004, 41-58 = *Revista de Estudos Criminais* (Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais), 15 (2004), 11-22 = *Nuevo Foro Penal* (Medellín), 67 (enero-junio 2005), 105-123.
- *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), t. 3 (enero de 1999), 133-165; *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Argentina), 9 (1999), 367-401; *Themis. Revista de Derecho* (Perú), 37 (1998), 175-194; *Ciencias Penales* (Costa Rica), 17 (marzo 2000), 29-47; *Iter Criminis* 10, marzo-abril de 2007, 137-164.
- *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá: GTZ, Fiscalía General de la Nación y Temis, 2008.
- *Internationales Strafrecht*, Múnich: Beck, 2006 (2.ª ed., 2008).
- *La parte general del derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Temis y Duncker & Humblot, 2005, reimpresión Bogotá: Temis, 2006.
- AMBOS y GRAMMER: "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann", en *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, México), 8 (2003), 11-41; *Derecho Penal y Criminología* (Revista del Instituto de Ciencias

- Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia), XXVI, 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, pp. 383-411.
- BROSZAT, Martin: *Der Staat Hitlers*, 15.ª ed., München, 2000.
- BRUMLIK, Micha: "Vorwort", en T. FISCHER y 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, pp. 77-94.
- CHAMBERLIN, Brewster S.: "Todesmühlen - Ein früher Versuch zur Massen - 'Umerziehung' im besetzten Deutschland 1945-1946", en *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte* 29 (1981), pp. 420-436.
- DEUTSCHER BUNDESTAG (coord.): *Die Enquete-Kommission "Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland" im Deutschen Bundestag*, 9 tomos en 18 partes, Fráncfort, 1995.
- "Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit": *Materialien der Enquete Kommission*, 8 tomos en 14 partes, Fráncfort, 2000.
- DIENSTSTELLE DES GENERALINSPEKTEURS IN DER BRITISCHEN ZONE FÜR DIE SPRUCHGERICHTE (ed.): *Die Spruchgerichte zur Aburteilung von Mitgliedern der in Nürnberg verurteilten Organisationen, Merkblatt und Gesetzessammlung*, s/d, p. 1.
- ELSNER, Thomas: *Das intertemporale Strafrecht und die deutsche Wiedervereinigung*, Aachen, 2000.
- ESER, Albin, y Jörg ARNOLD: *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, t. 1 y 2, Freiburg im Breisgau, 2000.
- FISCHER, Torben, y 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, pp. 487-518.

- FREI, Norbert: *Der Führerstaat: 1933-45*, 7.ª ed., 2001.
- *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München, 1997.
- FREI, Norbert, y 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*, t. 33, Tübinga, 2002.
- FRIEDRICH, Jörg: *Die kalte Amnestie: NS-Täter in der Bundesrepublik*, Fráncfort, 1985.
- GÖTZ, Albrecht: "Bilanz der Verfolgung von NS-Straftaten", *Bundesanzeiger* n.º 137.a del 30.7.1986, Colonia, 1986.
- GOSCHLER, Constantin: *Schuld und Schulden. Die Politik der Wiedergutmachung für NS-Verfolgte seit 1945*, Gotinga, 2005.
- "Wiedergutmachung für NS-Verfolgte: Einführung und Überblick", en *Zeitenblicke* 3 (2004), n.º 2, www.zeitenblicke.de/2004/02/goschler/goschler.pdf.
- HEYNCKES, Heinz-Willi: *Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen. Analyse und Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Berlín, 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, pp. 753-766.
- IMG: *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg. 14. Nov. 1945 - 1. Okt. 1946*, t. XXII, Núremberg, 1948.
- JUST-DAHLMANN, Barbara, y Helmut JUST: *Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945*, Fráncfort, 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, pp. 413-439.
- KREICKER, Helmut, y Martin LUDWIG: "Deutschland", en A. ESER y J. ARNOLD (coords.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse (Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes)*, t. 1, pp. 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), pp. 109-134.
- LEUPOLT, Söhnke: *Die rechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts*, Colonia, 2003.
- MARXEN, Klaus, y Gerhard WERLE: *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlín y Nueva York, 1999.
- MARXEN y WERLE: *Strafjustiz und DDR-Unrecht. Dokumentation*. Berlín: 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).
- MARXEN, Klaus, Gerhard WERLE y Petra SCHÄFTER: *Die Strafverfolgung von DDR-Unrecht*. Berlín: Fakten und Zahlen, 2007.
- MEYER-ABICH, Friedrich (coord.): *Die Masken fallen. Aus den Geheimpapieren des Dritten Reiches*, Hamburgo, 1949.
- MEYER-ABICH, MITTELBACH y SCHIERHOLT: *Die deutschen Spruchgerichte in der britischen Zone, Sonderdruck aus der Sammlung "Gesetz und Recht" für den Dienstgebrauch*, Hamburgo, 1947.
- MÜLLER, Jan: *Symbol 89 - Die DDR-Wahlfälschungen und ihre strafrechtliche Aufarbeitung*, Berlín, 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 y U. DANKER (coords.): *Die NS-Justiz und ihre Nachwirkungen*, Baden-Baden, 2003, pp. 125-135.
- PERELS, Joachim: "Späte Entlegitimierung der NS-Justiz", en REDAKTION KRITISCHE JUSTIZ (coord.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*, Baden-Baden, 1998, pp. 519-526.
- V. RAAB-STRAUBE, Lothar: "Die justitielle Aufarbeitung der NSG-Verbrechen. Praktische Erfahrungen", en H. OSTENDORF y U. DANKER (coord.): *Die NS-Justiz und ihre Nachwirkungen*, Baden-Baden, 2003, pp. 155-165.
- RADBRUCH, Gustav: "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)* 1 (1946), n.º 5, pp. 105-108.

- ROSSIG, Kai, y ANTJE Rost: "Alternativen zur strafrechtlichen Ahndung des DDR-Systemunrechts", en A. ESER y J. ARNOLD (coords.): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse (Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes)*, tomo 2, pp. 519-536, Freiburg im Breisgau, 2000.
- RÜCKERL, Adalbert: "Probleme der Verfolgung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen aus der Sicht der Ludwigsburger Zentralen Stelle", en P. SCHNEIDER y H. J. MEYER (coords.): *Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse*, Maguncia, 1968.
- RÜCKERL: *NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, 2.ª ed., Heidelberg, 1984.
- RÜTER, Christiaan E.: *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, pp. 81-96.
- SCHUMANN, E.: "Die Göttinger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1933-1955", en E. SCHUMANN (coord.): *Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im "Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit*, 2008, pp. 65-121.
- WEHR, Ingrid: "Von der low-intensity democracy zur Staatsbürgerschaftsdemokratie? Einige kritische Anmerkungen zur lateinamerikanischen Staatsbürgerschaftsdebatten", en *Lateinamerika Analysen* 20, 2/2008, pp. 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*, Múnich, 1997.
- WIELAND, Günther: "Die deutsch-deutschen Rechtsbeziehungen zur Ahndung von NS-Verbrechen zwischen Mauerbau und Wiedervereinigung", en H. GRABITZ, K. BÄSTLEIN y J. TUCHEL: *Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschung u den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Festschrift für Wolfgang Scheffler, Reihe Deutsche Vergangenheit*, tomo 112, Berlín, 1994, pp. 386-407.
- WINGENFELD, Heiko: *Die öffentliche Debatte über die Strafverfahren wegen DDR-Unrechts. Vergangenheitsaufarbeitung in der bundesdeutschen Öffentlichkeit der 90er Jahre*,

Berliner Juristische Universitätschriften, coord. por M. KLOEFFER, K. MARXEN, R. SCHRÖDER: tomo 27, Berlín, 2006.

ZIMMERMANN, Volker: "NS-Täter vor Gericht. Düsseldorf und die Strafprozesse wegen nationalsozialistischer Gewaltverbrechen", en *Juristische Zeitgeschichte NRW*, tomo 10, coord. por Justizministerium des Landes NRW, Düsseldorf, 2001.

SUMARIO

El modelo español de justicia de transición ha sido un modelo de impunidad u olvido absoluto de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista, con rehabilitación parcial de las víctimas. Un modelo fruto de la necesidad y la coyuntura política y social en el que se desarrolló. El resultado de una transición "pacífica" no rupturista, plagada de incoherencias e imperfecciones, pero que es uno de los hechos históricos que más orgullo merecen a los españoles, por haber conseguido evitar una nueva guerra civil. La reconciliación sin justicia penal fue posible por un cúmulo de circunstancias, entre ellas la lejanía en el tiempo de los crímenes más atroces, y sin duda por el sacrificio de la justicia en favor de la paz que muchas víctimas generosamente aceptaron. Junto con la amnistía de todos los crímenes cometidos durante la guerra y la dictadura se han promulgado a partir de la democracia diversas leyes tendentes a compensar a las víctimas, igualar regímenes, reconocer pensiones y derechos, etcétera. Este tipo de medidas culminan con la aprobación de la ley conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica, que añade nuevas pensiones, flexibiliza algunos

* La exigencias del Proyecto han hecho que en esta publicación tengan que resumirse los datos, análisis y conclusiones. Una versión ampliada de este informe podrá verse publicada por la editorial Atelier en el 2009 bajo el título *Justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*.

** Quiero agradecer a Paloma Aguilar Fernández y a Javier Chinchón Álvarez el intercambio de opiniones y de información que tan útil me ha resultado para la elaboración de este informe. También debo agradecer su colaboración al transmitirme determinada información a José Manuel Gómez Benítez, Manuel Ollé Sesé, Margalida Capellá i Roig y Alfonso Galán.