

# Artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, Common Law y los disparos del muro\*

Dr. Kai Ambos\*\*

## RESUMEN

*La europeización del Derecho (penal) da lugar a la hasta ahora muy poco discutida pregunta respecto de los estándares relevantes en materia de DDHH y de ese modo respecto de las fronteras del proceso de armonización jurídica a nivel europeo. Al principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege) le corresponde en tal sentido una significación preponderante, ya que, al menos según su concepción teórica, debiera actuar como límite estatal y especialmente jurídico-penal. Su conceptualización jurídica a nivel europeo mediante el Art. 7 CEDDHH\*\*\* descansa, sin embargo, en una conceptualización acorde al Common law (I., II.) y no alcanza el desarrollo del Art. 103 II GG. La confirmación por el TEDDHH de la jurisprudencia alemana respecto de los disparos del muro era, por ende, esperable, pero no convence en su fundamentación (III.).*

---

Traducción por Rodrigo Aldoney Ramírez, Becario de Investigación Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico, Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania Federal. El autor agradece a la Prof. Lorena Bachmaier (Universidad Complutense de Madrid) la revisión del texto.

\*\* Catedrático de Derecho penal, Universidad de Göttingen, Alemania.

\*\*\* N. del T.: En lo sucesivo se abreviará la Convención Europea de Derechos Humanos con la sigla CEDDHH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la sigla TEDDHH y la Carta Fundamental de Alemania Federal con la sigla alemana GG.

## PALABRAS CLAVE

*Common Law – Derechos humanos – Convención Europea de Derechos Humanos.*

## I. Common Law y "principle of legality"

El *common law*<sup>1</sup> es Derecho consuetudinario jurisprudencial, que se impuso desde mediados del siglo XIII frente al *county custom* local y, de ese modo, se convirtió en el Derecho vigente para todos los súbditos de la corona inglesa –"common to the free people of England"<sup>2</sup>–. *Common law* es entonces "judge made law" en base a costumbres y usos tradicionales. Los tribunales sientan o articulan *common law*, resultando difícil trazar una frontera entre creación jurídica constitutiva e interpretación declaratoria. Lo que no merece duda es que la *ratio decidendi* de las más altas decisiones jurisprudenciales despliega fuerza vinculante siguiendo la regla del *precedent*<sup>3</sup>, quedando, sin embargo, a menudo poca claridad respecto de cual es el Derecho vigente.

En nuestro contexto, con miras al Art. 7 CEDDHH, se tratará el Derecho británico<sup>4</sup>, ya que Gran Bretaña (Inglaterra/Gales, Escocia e Irlanda del Norte) no sólo constituye la cuna del *common law*, sino que forma parte de la CEDDHH; ésta forma parte del Derecho interno desde la *Human Rights Act* de 1998. Junto a ello, Gran Bretaña no cuenta hasta el día de hoy con

<sup>1</sup> Cfr. *BLACK'S Law Dictionary*, 7th edition, St. Pauls/Minn. 1999, p. 270; *OSBORN'S Concise Law Dictionary* (Rutherford & Bone eds.) 8ª ed. 1993, p. 77; *VON BERNSTORFF*, Einführung in das englische Recht 1996, p. 2; también *BOOT*, Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court, 2002, p. 112, n. 130.

<sup>2</sup> A diferenciarse del "Derecho común" en el sentido del Derecho romano (de validez general), cfr. *FULLER*, *Anatomy of the law*, 1968, p. 85.

<sup>3</sup> Asimismo a nivel supranacional en la relación entre *Appeals Chamber* (de segunda instancia) y los *Trial Chambers* (de primera instancia) del Tribunal Ad-Hoc de la ONU, cfr. *PROSECUTOR V. ALEKOVSKI*, Judgement 24 March 2000 (IT-95-14/1-A), prg. 113. En cambio más flexible Art. 21 párr. 2 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (BGBl. 2000 II 1393), cfr. *AMBOS*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 49 con ulteriores referencias.

<sup>4</sup> En ese ámbito el *common law* es una de las tres fuentes del Derecho tradicional, junto a la equity y a la legislación (*Blach's*, [n.1], p. 270; respecto de la equity *VON BERNSTORFF*, [n. 1], pp. 4, ss.)

una codificación completa del Derecho penal<sup>5</sup>, sino que el derecho penal codificado (*Statute Law*) se limita a sectores parciales de la Parte General<sup>6</sup> y preponderantemente de la Parte Especial.<sup>7</sup> A diferencia, el *Common Law* en las antiguas colonias, especialmente Estados Unidos de América, ha sido desplazado progresiva y prácticamente de manera completa por el *Statute Law*.<sup>8</sup>

Si en el *Common Law* al menos no se trata de un Derecho legislado o codificado (*Statute Law*), sino que a lo sumo de fijación jurisprudencial de reglas reconocidas consuetudinariamente -por ende de Derecho jurisprudencial *escriturado*<sup>9</sup>- parece "necessarily retrospective in character"<sup>10</sup> y entra a *limine* en conflicto al menos con la comprensión continental de la componente *lex scripta* del principio *Nullum Crimen*.

Al respecto sea hecha solamente la referencia, en lo que respecta el Derecho internacional, a los trabajos de la Comisión de Derecho internacional de la ONU respecto del *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*<sup>11</sup>, así como el informe del Secretario General de la ONU para el establecimiento del Tribunal de Yugoslavia, según los cuales las "rules" (penales), que son "beyond any doubt part of

<sup>5</sup> Cfr., sin embargo, la propuesta de la *Law-Commission* Nr. 177, *Criminal Law: Criminal Code for England and Wales* (2 Tomos) 1989; al respecto también *ASHWORTH*, *Principles of Criminal Law*, 3ª ed. 1998, p. 7.

<sup>6</sup> Por ejemplo la tentativa (*Criminal Attempts Act* 1981) o la participación (*Accessories and Abettors Act* 1861).

<sup>7</sup> Según *ASHWORTH*, *Principles* (n. 5), p. 6 se produjo la "major consolidation" en 1861; hoy estaría la Parte Especial en su mayoría codificada (salvo por ej. manslaughter, murder, assault), no obstante reglas generales de imputación, como la intention, recklessness y defences (duress, intoxication, insanity) descansan aún en el *Common Law*.

<sup>8</sup> Para los EEUU, cfr. *LA FAVE/SCOTT*, *Criminal Law*, 2ª ed., 1986, pp. 64 y ss.

<sup>9</sup> Si es que no se quiere entender, de todas maneras, el Case Law meramente como una comprobación de una expresión de *Common Law*, cfr. respecto de esta problemática *LA FAVE/SCOTT*, (n. 8), p. 64, n. 3.

<sup>10</sup> *A.T.H. SMITH*, "Judicial Law Making in the Criminal Law", *LQR* 100 (1984), 46 (75), el que por ello aboga por una codificación.

<sup>11</sup> Cfr. Fourth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, by *MR. DODOU THIAM*, "Special Rapporteur, Dok. A(CN.4/398 (11.3.1986)", en *Yearbook of the International Law Commission (YbILC)* 1986, Tomo II, Parte 1ª, 1988, pp. 53, 70 ss. (para. 163); cfr. respecto de la discusión al interior de la ILC: *YbILC* 1986 Tomo I, pp. 122, 140, 148, 150, 154, 156, 161, 164, 177; Tomo II 2, p. 50; 1988 II 2, p. 70.

customary law"<sup>12</sup>, no contrarían al principio del *Nullum Crimen*. En lo que respecta al Derecho europeo, es jurisprudencia permanente del TEDDHH, que el concepto Derecho ("law") en el Art. 7 CEDDHH también abarcaría normas no escritas<sup>13</sup>.

En el *Common Law* el principio del *Nullum Crimen* es, como regla, entendido (solamente) en un triple sentido como principio de irretroactividad, principio de certeza y prohibición de la analogía ("non-retroactivity, maximum certainty and restrictive construction")<sup>14</sup>. Desde una perspectiva europeo-continental se trata de una *Nullum Crimen sine lege minus lex scripta*, si bien otros autores definen el "principle of legality" de modo menos sistemático<sup>15</sup>.

De todos modos, el principio del *Nullum Crimen* se ubica en el "*Common Law*" – aquí entendido como antónimo al "*Civil Law*" continental-europeo – menos bajo el concepto latín que bajo el ya mencionado concepto del "principle of legality" o – más aún – del *Rule of Law*. En Inglaterra este principio recién recibió una fundamentación legislativa con la recepción interna del Art. 7 de la CEDDHH, mediante el ya mencionado Human Rights Act de 1998, mientras que por ej. el Art. 1 (9) cl. 3, (10) cl. 1 de la Constitución de los EEUU prohíbe explícitamente la creación retroactiva de tipos legales (la llamada legislación *ex post facto*)<sup>16</sup>. En el Derecho inglés no es posible desde ya tal regulación, porque allí no existe Constitución escrita.

Sin perjuicio de estas cuestiones conceptuales se presenta el problema de fondo de en qué medida la tradicional competencia de la jurisprudencia, especialmente de la *House of Lords*, en cuanto a poder establecer Derecho – en el sentido del llamado *Judicial Law Making* – es posible compatibilizarla

<sup>12</sup> Así la famosa formulación del informe del Secretario General de la ONU para el establecimiento del Tribunal de Yugoslavia (*Report of the Secretary General*, UN-Doc. S/25704, prg. 35).

<sup>13</sup> *S.W. v. UK*, series A 335-b, sentencia del 27 de octubre de 1995, prg. 35; *C.R. v. UK*, series A 335-c, sentencia del 27 de octubre de 1995, para. 33; *STRELETZ, KESSLER, KRENZ v. GERMANY*, n.p., sentencia del 22 de marzo de 2001 (en alemán en NJ 2001, 261 = EuGRZ 2001, 210), prg. 57.

<sup>14</sup> *ASHWORTH, Law Quarterly Review (LQR) 107 (1991)*, 419 (442); *él mismo, Principles*, (n. 5), p. 71.

<sup>15</sup> Aquí sólo nos referimos a la obra fundamental de *Raz*, quien ha definido la *Rule of Law* más bien en forma minimalística en el sentido de un sistema de Derecho que sería dominado por "rules which are fixed, knowable, and certain" (*The authority of law*, 1997, pp. 212 y ss.).

<sup>16</sup> Cfr. *Boot*, (n. 1), pp. 118 y s.

con una comprensión moderna del principio del *Nullum Crimen* en el sentido del Art. 7 de la CEDDHH. La pregunta se tornó relevante en el año 1961 con el caso *Shaw*<sup>17</sup>, quien fue acusado por haber publicado y divulgado un llamado "Ladies Directory" que contenía nombres, números telefónicos e imágenes de damas para la prestación de servicios sexuales, bajo el cargo, entre otros, de una "conspiracy to corrupt public morals"<sup>18</sup>. La discusión se suscitó respecto de la posibilidad de que tal tipificación penal siquiera existiese en el *Common Law* o si más bien su aplicación comportaba una fundamentación retroactiva del castigo. En cuanto al resultado los Lores siguieron la primera opinión mencionada, con lo cual se hacía patente en la argumentación, que querían perseverar en el rol tradicional de la justicia como custodio de las costumbres morales ("Custos morum of the people").

Así Lord Viscount Simonds negó ser un representante del *Judicial Law Making*, pero igualmente le atribuyó a los tribunales una "residual power to enforce the supreme and fundamental purpose of the law, to conserve...the moral welfare of the state" y les asignó un deber "to guard it against attacks which maybe the more insidious because they are novel and unprepared for"<sup>19</sup>. De este modo, les asignó a los tribunales un competencia residual o bien de recepción para evitar vacíos de punibilidad por razones de interés público preponderante. Así, por ejemplo, no sería aceptable que con la legalización de prácticas sexuales entre hombres adultos quedara despenalizada la incitación pública a tales prácticas. En este caso no sería posible hacer referencia a un *Common Law* impotente; más bien los jueces tendrían la tarea de llenar los vacíos de punibilidad existentes.<sup>20</sup> Los demás jueces se unieron a este voto, en parte bajo la invocación de criterios públicos y reconocidos.<sup>21</sup> Únicamente Lord Reid advirtió respecto de la utilización de argumentos de "public policy" y abogó por dejar al parlamento – en cuanto "proper place" – la decisión sobre esos juicios de valor.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Antes ya "*Rex v. Manley*", 1933 1 K.B. 529 (1932), cfr. *LA FAVE/SCOTT*, (n. 8), p. 65.

<sup>18</sup> *SHAW V. Director of Public Prosecutions (DPP)*, House of Lords, sentencia del 4 de mayo de 1961, *Appeal Cases (AC) 1962*, p. 220.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 267 y ss.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>21</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 282 ss., 291, 292 y ss.

<sup>22</sup> *Ibid.* pp. 272 y ss. (276).

<sup>23</sup> *Knüller v. DPP*, sentencia del House of Lords del 14 del junio de 1971, *AC 1973*, 435.

Diez años más tarde el *House of Lords*, en el similar caso *Knüller*, tuvo que decidir si una revista con anuncios de hombres para la prestación de contactos homosexuales debería ser considerada igualmente como "conspiracy to corrupt public morals" y como lesión de la "public decency"<sup>23</sup>. Los Lores se encontraron ahora ante el dilema de reconocer el efecto vinculante de la decisión en *Shaw* y en el fondo darle una legitimación ulterior o de anularla y arrogarse *nuevamente* una competencia para sentar Derecho, en vez de dejar posibles cambios legales al parlamento. Precisamente por esta razón Lord *Reid*, que en la decisión *Shaw* había sostenido una opinión minoritaria, se sintió vinculado a esta decisión<sup>24</sup>. Solamente Lord *Diplock* criticó la decisión *Shaw* como una "judicial usurpation of ... an exclusively legislative power"<sup>25</sup> y quería revocarla como un "Judicial Law Making" ilícito. Esta postura no fue seguida por la mayoría, pero, así y todo, ésta decidió por medio de un *obiter*, que la decisión *Shaw* no podía ser interpretada como una competencia judicial residual para la creación o ampliación de tipos penales<sup>26</sup> y que un "Judicial Law Making" en tal sentido no sería admisible hoy en día. Sin embargo, se intentó a su vez ampliar el ámbito de interpretación de los tribunales –en cuanto al "unravished remnants" del *Common Law*–<sup>27</sup> mediante una relativización del principio de certeza<sup>28</sup>. Certeza en el sentido de una previsión exacta de posibles consecuencias del actuar humano no sería posible en ningún sistema de Derecho. No existiría ningún procedimiento mediante el cual se pudiese predecir con absoluta precisión cuándo una persona es penalmente responsable: "those who Scate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where they may fall in"<sup>29</sup>. Esta doctrina del hielo delgado fundada por *lord morris* fue complementada luego por *lord simon of Glaisdale* con su doctrina de la

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 455 ss. (y por tal razón debiera rechazarse solamente el segundo punto de la acusación en relación a la Offence de la public decency).

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 469 ss. (479). Respecto de este fundamental objeción también *Smith*, (n. 10), pp. 67 y ss.

<sup>26</sup> *Knüller*, (n. 23), pp. 457 ss., 474, 490.

<sup>27</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 464 y ss.

<sup>28</sup> En cuanto al resultado igualmente *Smith v. Donnelly*, High Court of Justiciary (Escocia), sentencia del 31 de julio de 2001, 201 S.L.T. 1007 entre otros haciendo referencia a la CEDDHH *Steel v. UK*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, Reports 1998-VII.

<sup>29</sup> *Knüller*, (n. 23), 463. Al respecto también *Smith*, (n. 10), p. 71.

navegación riesgosa junto al viento: "those who choose...to sail as close as possible to the wind inevitably run some risk"<sup>30</sup>. El que, por ende, se mueve en una zona gris entre legalidad e ilegalidad y, de tal modo, se expone al riesgo de una punibilidad, sería responsable por ello y no podría invocar luego que las normas penales pertinentes lesionen el principio de certeza. Ello recuerda a la responsabilidad-*versari* del antiguo Derecho canónico: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*<sup>31</sup>. Por lo demás, en razón de la estructuralmente parecida relativización del principio de certeza en el Derecho alemán<sup>32</sup>, no existe motivo alguno para una arrogancia europeo-continental respecto de los argumentos de *common sense* de los *Law Lores* ingleses.

Quien, por cierto, había pensado que con *Knüller* el *House of Lords* habría renunciado a su competencia de *Judicial Law Making*<sup>33</sup>, quedaría a más tardar en 1991 mejor ilustrado. Si hasta entonces sólo se había tratado de la creación de nuevos tipos penales o la ampliación de unos ya existentes, ahora se presentaba la pregunta, de si también una *defence*, vale decir una causal de exoneración de responsabilidad penal (material o procesal) podía ser suprimida retroactivamente<sup>34</sup>. En *Regina*<sup>35</sup> un marido había violado a su mujer después de la separación física, pero antes de haberse iniciado el proceso formal de divorcio. Los Lores debían decidir si la regla de *Common Law* que se remontaba al año 1736<sup>36</sup>, según la cual

<sup>30</sup> *Knüller*, (n. 23), 488.

<sup>31</sup> Traducido libremente: "Al que comete un acto no autorizado, le es imputable todo - aún lo fortuito - que surge de ese acto" (cfr. *AMBOS*, Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation, GA 2002, 455 con ulteriores referencias).

<sup>32</sup> Cfr. por ej. BVerfGE (Tribunal Constitucional alemán, N. d. Tr.)14, 245 (251): "Las leyes serían sino demasiado rígidas y casuísticas y no podrían dar cuenta de la riqueza configurativa de la vida, la transformación de las circunstancias o las particularidades del caso concreto. Ese peligro estaría cerca si el legislador tuviese que explicar el tipo hasta el último detalle". Cfr. recientemente también *Gusy*, Verfassungsfragen des Strafprozessrechts, StV 2002, 153 (157), según el cual el Tribunal Constitucional alemán equipararía cada vez más certeza (*Bestimmtheit*) con determinabilidad (*Bestimmbarkeit*).

<sup>33</sup> Así aparentemente *SMITH*, (n. 10), 56: "judges will not now expressly claim a power to create new offences." Cfr., sin embargo, la siguiente nota.

<sup>34</sup> Se discutió hasta entonces a lo sumo la creación retroactiva de defences. Lo que en sí no es problemático, porque actúa en favor del autor, cfr. *SMITH* (n. 10), pp. 63 y ss.

<sup>35</sup> *R v. R*, sentencia del 23 de octubre de 1991, AC 1992, 599.

<sup>36</sup> *SIR MATTHEW HALE CJ, History of the Pleas of the Crown*: "but the husband can not be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife, for by their

una mujer con el matrimonio consentía sin posibilidad de retractación la relación sexual con el marido, aún tenía validez. Hasta *Regina* se seguía en la jurisprudencia la concepción según la cual el marido podía invocar una "marital immunity", hasta que el matrimonio fuese disuelto o se dictase un correspondiente decreto judicial. Esto no sólo se criticó vehementemente en la literatura, sino que también en un *working paper* de la *Law Commission* -bajo el significativo título "rape within marriage"- se propuso abolir esta inmunidad<sup>37</sup>. También el House of Lords se sumó en el resultado a este parecer bajo el argumento de que el matrimonio sería, según el entendimiento actual, una relación de pareja entre personas con iguales derechos y que el *Common Law* habría, en tal sentido, evolucionado<sup>38</sup>. La pregunta decisiva sería por ello, si al momento del hecho aún existía un consentimiento de la mujer hacia la relación sexual; esto constituiría meramente una cuestión de prueba<sup>39</sup>.

Otro problema consistía empero, en que el legislador del año 1976 había definido la violación como "unlawful sexual intercourse"<sup>40</sup>, lo que fue interpretado por algunos en el sentido de que la relación sexual forzada sólo podía ser punible como violación fuera del matrimonio. Los Loes consideraron, en cambio, el término "unlawful" como superfluo; el término, al menos, no podía evitar la necesaria eliminación de una "common law fiction"<sup>41</sup>. Esta argumentación orientada hacia el resultado, por cierto, no se compatibiliza en absoluto con la circunstancia de que el legislador del año 1994<sup>42</sup> eliminó de la definición de la violación la palabra "unlawful" para aclarar definitivamente que sólo importa el consentimiento de la víctima<sup>43</sup>.

---

matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract." (citado según *S.W. v. UK*, [n. 13], prg. 10).

<sup>37</sup> Cfr. *Law Commission*, Rape within marriage, working paper 116, prg. 5.2.

<sup>38</sup> *R v. R*, (n. 35), p. 616.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 617 y ss.

<sup>40</sup> "...with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it" (section 1 párr. 1 Sexual Offenses (Amendment) Act 1976).

<sup>41</sup> *R v. R*, (n. 35), pp. 621 ss. (623).

<sup>42</sup> *Criminal Justice and Public Order Act* 1994.

<sup>43</sup> Igualmente *GILES*, Judicial Law-Making in the Criminal Courts etc., *CrimLR* 1992, 407 (412).

En el Derecho alemán existía, como es sabido, el mismo problema respecto de la coacción sexual, por cuanto ésta sólo era punible - según el Derecho antiguo (§ 178 StGB\*\*\*\* versión antigua) hasta su modificación en el año 1997<sup>44</sup> - en caso de comisión "extramarital", por lo que un castigo de una coacción intramarital fallaba, acorde al § 178 antigua versión, por el principio *Nullum Crimen*.

Aun cuando no se quiera entender el "marital immunity" inglés como causal de atipicidad en caso de violación marital, de todos modos su eliminación retroactiva afecta la punibilidad de un comportamiento, que según el *Common Law* al menos al momento de la realización del hecho no podía ser castigado. Ya habría sido tarea del legislador del año 1976 -no recién del año 1994- establecer claramente mediante la eliminación de la palabra "unlawful", que a falta de consentimiento se realiza el tipo de la violación<sup>45</sup>. Tampoco una comprensión subjetivizada del principio *Nullum Crimen* en sentido de un *fair warning*<sup>46</sup> para el ciudadano ayuda mayormente, ya que los maridos británicos, hasta la decisión *Regina*, se podían confiar en una práctica jurisprudencial de más de 200 años, vale decir, en un *Common Law* asentado y tampoco tenían, por falta de iniciativas parlamentarias, motivo para suponer una modificación legal. Igualmente claro está, desde luego -en la lógica del *Common Law*-, que con la decisión *Regina* una posterior invocación de un consentimiento irrevocable en la relación sexual por medio del matrimonio quedaba excluido (y esto aún antes de la modificación legal del año 1994).

Bajo invocación de *Regina* se decidió acertadamente por la *Court of Appeal* en *Elbekkay*,<sup>47</sup> que un consentimiento obtenido en forma subrepticia sería ineficaz, independiente de si el autor se hacía pasar por esposo o sólo por amigo de la víctima. Desde luego también aquí el tribunal debió lidiar con una *statute rule* aparentemente opuesta, ya que el legislador del año 1994 sólo había regulado en la definición de la violación el caso del autor que se hace pasar por marido de la víctima y había dejado sin regulación

---

\*\*\*\* Código Penal alemán (N. d. Tr.).

<sup>44</sup> 6ª Ley de reforma penal, BGBl. 1997 I 164.

<sup>45</sup> A favor de una solución legislativa, en cuanto al resultado, también *GILES*, (n. 43), pp. 416 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. *ASHWORTH*, *Principles*, (n. 5), pp. 71, 74, 77; *LA FAVE/SCOTT*, (n. 8), pp. 71, 72.

<sup>47</sup> *Criminal Law Review* 1995, 163.

el presente caso en que la víctima solamente mantenía una relación no matrimonial y el autor se hacía pasar por su pareja no matrimonial. La *Court of Appeal*, invocando el caso *Regina*, se sintió llamada a cerrar este vacío mediante la equiparación entre marido y pareja no matrimonial. Cuán revolucionaria fue esta decisión se aprecia por ejemplo en el hecho que aún a mediados del siglo XIX la *High Court* escocesa, en *Fraser*<sup>48</sup>, estimaba también como circunstancia eximente de pena el consentimiento obtenido en forma subrepticia por el marido aparente.

Distinta era la situación en el caso de C. de 12 años de edad, quien fue acusado por un robo en grado de tentativa y pudo, sin embargo, invocar la llamada "presumption doli incapax", vale decir, la presunción de inimputabilidad<sup>49</sup>. La *Court of Appeal* había decidido como instancia previa, que la presunción ya no era parte del *Common Law* y por ello había condenado a C. A esto se opuso el *House of Lords* con el argumento que un *Judicial Law Making* estaba por principio prohibido y que la supresión retroactiva de una presunción de inimputabilidad caía en las atribuciones del parlamento. A diferencia de *Regina* no se trataría en este caso de la eliminación de una "common law fiction"<sup>50</sup>.

Resumiendo, de la jurisprudencia expuesta se puede extraer una tendencia clara en contra de la creación de nuevos -o la ampliación de existentes- tipos penales, sin embargo, parece que la irretroactividad (aún) no se ha impuesto como protección existencial para las *defences* reconocidas en el *Common Law*. Además, no siempre es posible trazar claramente -ya a nivel de tipicidad- el límite entre una legislación jurisprudencial ilícita -*Judicial Law Making*- y una interpretación lícita o bien aplicación del Derecho vigente a nuevos hechos<sup>51</sup> -como por lo demás tampoco lo es en el Derecho penal internacional en relación con el Derecho internacional consuetudinario-<sup>52</sup>. Cuando se desarrollan criterios para el *Judicial Law*

<sup>48</sup> 1847 Ark 280; citado según *JONES/CHRISTIE, Criminal Law*, 2ª ed. 1996, p. 24.

<sup>49</sup> *C (a minor) v. DPP*, sentencia del House of Lords 16 de marzo de 1995, AC 1996, 1.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 37y ss.

<sup>51</sup> Cfr. fundamental *A.T.H. SMITH*, "Judicial Law Making in the Criminal Law", LQR 100 (1984), 46; *ASHWORTH*, "Interpreting criminal statutes etc." LQR 107 (1991), 419; también *LA FAVE/SCOTT*, (n. 8), p. 72; *JONES/CHRISTIE*, (n. 48), pp. 23 ss., tomando en consideración la clásica crítica de *Lord Cockburn*.

<sup>52</sup> Cfr. ya n. 12 y el texto correspondiente. Desde luego no siempre es fácil de determinar cuáles normas en concreto son reconocidas por la costumbre

*Making*, como en *C*<sup>53</sup>, ello no significa otra cosa que en principio aún se reconoce una competencia para la creación de Derecho jurisprudencial<sup>54</sup>. Por lo demás, en el Derecho escocés, aún se habla de una "declaratory power" de la *High Court*, bajo lo que se comprende no sólo la explicación o bien interpretación de delitos existentes - como permite suponer el concepto "declaratory" - sino que también la creación de nuevos tipos penales<sup>55</sup>.

Pues bien ¿es esta práctica compatible con el Art. 7 de la CEDDHH?

## II. Art. 7 CEDDHH y Common Law

Mucho antes de los casos de los disparos del muro el TEDDHH tuvo que ocuparse del Art. 7 CEDDHH, específicamente en relación al principio de certeza legal y al principio de irretroactividad<sup>56</sup>. En el *Sunday Times v. UK*<sup>57</sup> se abordaba la pregunta si el "Derecho-contempt" inglés, mediante el cual se pretende proteger la administración de justicia de la obstrucción y ataques abusivos (también de la prensa)<sup>58</sup>, configura una limitación lícita a la libertad de expresión en los términos del Art. 10 CEDDHH ("prescribed by law"). El Tribunal aclaró, en primer lugar, que el concepto "law" debe

---

internacional, de modo que la delimitación entre creación de normas penales y la aplicación de Derecho internacional consuetudinario existente resulta difícil.

<sup>53</sup> *C vs. DPP*, (n.), p. 28 (*Lord Lowry*).

<sup>54</sup> Crítico también *ASHWORTH, Principles*, (n. 5), p. 73.

<sup>55</sup> *Jones/Christie* pp. 18 ss.; también *ASHWORTH, Principles*, (n. 5), p. 72.

<sup>56</sup> Resumiendo la jurisprudencia más reciente *CABRAL BARRETO*, "La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme sur l'article 7 de la Convention européenne de Droits de l'Homme", *FS Trechsel*, 2002, pp. 3-16. Respecto de la prohibición de una agravación penal posterior en razón del Art. 7 CEDDHH (*nulla poena sine lege*) cfr. *Ecer and Zeyrek v. Turkey*, sentencia del 27 de febrero de 2001, applicat. 29295/95 y 29363/95, prg. 31 ss., 36 y ss.

<sup>57</sup> *Sunday Times v. UK*, sentencia del 26 de abril de 1979, Series A 30 (1979); al respecto también *Smith*, (n. 10), p. 74.

<sup>58</sup> Según *Sunday Times*, (n. 57), prg. 18, el Derecho-contempt inglés sería -con referencia al informe del *Committee on Contempt of Court* ("Philimore report") - "...a means whereby the courts may act to prevent or punish conduct which tends to obstruct, prejudice or abuse the administration of justice either in relation to a particular case or generally' and as existing to protect not the dignity of the judges but 'the administration of justice' and 'the fundamental supremacy of the law'".

entenderse de igual modo a lo largo de toda la Convención<sup>59</sup> y que también incluye al Common Law, ya que de lo contrario un Estado del Common Law quedaría fuera del ámbito de protección del Art. 10 CEDDHH y su sistema legal en sí estaría cuestionado<sup>60</sup>.

Por lo demás, el Derecho nacional debiera ser suficientemente accesible y de tal modo determinado, que el ciudadano -en su caso, en razón del correspondiente consejo jurídico- esté en condiciones de preverlo y poder guiar su comportamiento acorde a él:

"...the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that it is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case...a norm cannot be regarded as 'law' unless it is formulated with a sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail"<sup>61</sup>.

Si es posible calificar esta jurisprudencia como permanente<sup>62</sup>, entonces el Tribunal, por otra parte, está dando pie a una relativización del principio de certeza y de la prohibición de analogía cuando comprueba, ya en *Sunday Times*, que una "certeza absoluta" sería inalcanzable y que el Derecho debiera ir acorde con las circunstancias cambiantes. Así, afirma, sería inevitable, que numerosas leyes fueran redactadas en mayor o menor

<sup>59</sup> Ibid. prg. 40; igualmente *S.W. v. UK*, (n. 13), para. 35; *C.R. v. UK*, (n. 13), prg. 33; *Streletz et. al. v. Germany*, (n. 13), para. 57; *K.-H.W. v. Germany*, (n. 13), prg. 62.

<sup>60</sup> *Sunday Times v. UK*, (n. 57), para. 40: "would deprive a common-law-state which is party to the Convention of the protection of Art. 10 and strike at the very roots of that State's legal system".

<sup>61</sup> Ibid., prg. 49.

<sup>62</sup> Cfr. *Kokkinakis v. Greece*, sentencia del 19 de abril de 1993, Series a 260 a, prg. 52; *S.W. v. UK*, (n. 13), para 35; *C.R. v. UK*, (n. 13), para. 33; *Steel v. UK*, (n. 28) prg. 54. En caso de la difusión de textos la previsibilidad del castigo dependería del texto en cuestión, su grado de difusión y del número y estatus de los destinatarios (*Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, sentencia del 28 de marzo de 1990, Ser. A 173, prg. 68; también *Cantoni v. France*, sentencia del 15 de noviembre de 1996, Reports 196-V, prg. 35). La previsibilidad estaría dada también en caso de necesidad de asesoría jurídica (ibid., prg. 35; *Miloslavsky v. UK*, sentencia del 13 de julio de 1995, Ser. A 316-B, prg. 37), especialmente en caso de grupos profesionales que deben cumplir con especiales ciudadanos (*Cantoni v. France*, prg. 35). - Cfr. también *Kommission in G. v. Germany*, Appl. No. 13079/87, 6 de marzo de 1989, 60 DR 256 (261 y ss.).

medida de forma vaga y que su interpretación sea un problema de la práctica<sup>63</sup>. De modo similar el Tribunal relativizó las exigencias de certeza en *Kokkinakis v. Greece*<sup>64</sup> -ahí nuevamente se trataba del término "law", esta vez en el Art. 9 CEDDHH- y en *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*<sup>65</sup> (sentencia del 8 de julio de 1999)- condena de los recurrentes de queja en razón de la ley antiterrorista turca por "dissemination of propaganda against the indivisibility of the State".

Al respecto es especialmente relevante en nuestro contexto, que el Tribunal recurra a la jurisprudencia consolidada para la comprobación de la suficiente certeza y previsibilidad en el sentido del Art. 7 CEDDHH<sup>66</sup>. Así confirmó la condena de un profesor de conducción por coacción sexual de su alumna de conducción, haciendo referencia a la jurisprudencia consolidada de la Corte de Casación francesa que estaba publicada y de ese modo accesible, a pesar de que el hecho se había considerado punible como "contrainte" recién por una legislación posterior<sup>67</sup>. En *Steel v. UK* el Tribunal

<sup>63</sup> *Sunday Times*, (n. 57), prg. 49: "Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice."

<sup>64</sup> *KOKKINAKIS V. GREECE*, (n. 62), prg. 40: "the wording of many statutes is not absolutely precise. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to greater or lesser extent, are vague..."

<sup>65</sup> *BASKAYA and OKCUOGLU v. TURKEY*, sentencia del 8 de julio de 1999, Reports 1999-IV, especialmente prg. 39. El Tribunal si bien consideró esta condena como previsible, ya que en el párrafo 2 de la correspondiente norma figuraban las publicaciones punibles, reconoció, sin embargo, una infracción al Art. 10 CEDDHH. Por lo demás una certeza absoluta sería difícil de alcanzar y un cierto grado de flexibilidad permitible; al respecto también *Boot*, (n. 1), pp. 150 ss.

<sup>66</sup> Cfr. además de las siguientes sentencias también *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*, prg. 39. Cfr. también en tal sentido la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* respecto de la pena pecuniaria: sentencia del 20 de marzo de 2002, Az. 2 BvR 794/95.

<sup>67</sup> *G. v. France*, sentencia del 27 de septiembre de 1995, Ser. A 325-B, prg. 25: "...the offences...fell within the scope of the former Art. 332 and 333 of the Criminal Code, which satisfied the requirements of foreseeability and accessibility...there was consistent case law from the Court of Cassation, which was published and therefore accessible....As regards the notion of violence, the new provisions in the new art. 332 and 333...merely confirm this case law" (destacado por el redactor); al respecto también *Boot*, (n. 1), pp. 149 y ss.

consideró la tipificación inglesa del "quebrantamiento de la paz" (breach of the peace) como suficientemente determinada, ya que la jurisprudencia de las últimas dos décadas lo habría definido suficientemente; ésta consistiría en la (probable) lesión de bienes jurídicos de personas y propiedad, que inducen a terceros a actos violentos<sup>68</sup>.

Desde luego no contribuye a la certeza y previsibilidad de este tipo, el que en Escocia sea entendido de modo más amplio, vale decir, sin el requerimiento de una lesión de bien jurídico ("harm principle")<sup>69</sup>.

Con una fundamentación similar, el Tribunal estimó como acordes con el Art. 7 CEDDHH la supresión de la inmunidad matrimonial en *Regina* y otras instancias inferiores<sup>70</sup>. En todo sistema penal existiría un "inevitable element of judicial interpretation". El desarrollo progresivo del Derecho penal mediante un *Judicial Law Making* sería en Inglaterra una parte necesaria de la tradición jurídica y una tal "judicial interpretation" (!) sería compatible con el Art. 7 CEDDHH cuando el resultado de la interpretación corresponda a la esencia del hecho punible y pudiese ser razonablemente previsto<sup>71</sup>. En concreto, la supresión de la regla de inmunidad no habría sido más que la consecuencia de una "perceptible line of case law development" y un "reasonable foreseeable development", que correspondería a la esencia del tipo de la violación<sup>72</sup>. La punibilidad de la violación sería, por lo demás, también compatible con el objeto y finalidad del Art. 7 CEDDHH, cual es la evitación de la persecución penal arbitraria. El abandono de la inmunidad sería incluso exigida por una comprensión "civilizada" del matrimonio y los fines fundamentales de la Convención de DDHH, cuales son la protección de la dignidad y libertad del hombre<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> *Steel v. UK*, (n. 28), prg. 55: "...breach of the peace is committed only when an individual causes harm, or appears likely to cause harm, to persons or property or acts in a manner the natural consequences of which would be to provoke others to violence....Accordingly, the Court considers that the relevant legal rules provided sufficient guidance and were formulated with the degree of precision required by the Convention". Crítico al respecto *ASHWORTH*, (n. 5), p. 77.

<sup>69</sup> Cfr. *SMITH v. DONNELLY*, (n. 28), prg. 10 ss. (16).

<sup>70</sup> *S.W. v. UK*, (n. 13), para. 34 ss.; *C.R. v. UK*, (n. 13) prg. 32 ss.

<sup>71</sup> *Ibid.*, prg. 36 y 34: "consistent with the essence of the offence and could reasonable be foreseen".

<sup>72</sup> *Ibid.*, prg. 43 y 41.

<sup>73</sup> *Ibid.*, prg. 44 y 42.

Si bien, por un lado, con ello el Tribunal sobrepasa una comprensión meramente subjetiva y de un Derecho penal de la culpabilidad del principio *Nullum Crimen*<sup>74</sup> al objetivizar la previsibilidad y recurrir a una interpretación teleológica y orientada al fin de protección del Art. 7 de la CEDDHH y de la Convención en su conjunto. Por otro lado, sin embargo, con ello entran en juego, en reemplazo del análisis del caso concreto, consideraciones generales de *policy* y valoraciones político-criminales, que son conocidas en el Derecho inglés como "argumento de social defence" o "purposive approach".<sup>75</sup> Ellos tornan la decisión aparentemente inmune a críticas, pero fracasan, cuando la sentencia no puede decidir entre correcto o falso de forma tan unívoca como en *Regina*.

### III. Art. 7 CEDDHH, Art. 103 II Grundgesetz y los disparos del muro

Por una parte, el Art. 7 CEDDHH se entiende en forma menos estricta que el Art. 103 II Grundgesetz (GG), en lo que respecta a la prohibición de analogía (*lex stricta*)<sup>76</sup> y especialmente a la admisibilidad de un castigo con base en Derecho internacional consuetudinario (*lex scripta*)<sup>77</sup>, siendo posible apoyar este castigo ya en el Art. 7 párrafo 1° - punibilidad según "Derecho internacional" - y no recién en la llamada cláusula de Nürenberg del párrafo 2°; la Cláusula de Nürenberg más bien representa una verdadera excepción a la irretroactividad, ya que permite un efecto retroactivo en caso de crímenes internacionales.<sup>78</sup> Por otra parte, sin embargo, el Art. 7 CEDDHH excede el Art 103 II GG, ya que la CEDDHH subsume el principio de culpabilidad en el Art. 7 CEDDHH, el cual en Alemania deriva, como es sabido, del Art. 1 I, 2 I, 20 III GG<sup>79</sup>. Por cierto, la posterior comprensión del

<sup>74</sup> Cfr. MS. 51.

<sup>75</sup> Cfr. *SMITH*, (n. 10), 52; *ASHWORTH, Principles*, (n. 5), pp. 78 y ss., 82 y ss.

<sup>76</sup> Cfr. BVerfG 71, 108 (115): se excluye "toda 'aplicación' de Derecho que exceda el contenido de la norma sancionatoria legal...El sentido literal posible...marca el límite máximo de la interpretación judicial lícita...".

<sup>77</sup> Cfr. también *ARNOLD/KARSTEN/KREICKER*, Menschenrechtsschutz durch Art. 7 Abs. 1 EMRK, NJ 2001, 561 (562); *EBERT*, Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip, FS Müller-Dietz, 2001, pp. 171-185, 181 ss. (182); *KREICKER*, Art. 7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, 2002, pp. 9 ss.

<sup>78</sup> Cfr. *KREICKER*, (n. 77), pp. 96 y ss.

<sup>79</sup> Cfr. *ARNOLD/KARSTEN/KREICKER*, (n. 77), p. 467; *KREICKER*, (n. 77), pp. 49 y ss.

Art. 7 CEDDHH sólo tendría efecto *inmediato* sobre el Art. 103 GG, si el Art. 7 CEDDHH no sólo tuviese rango legal (Art. 59 GG)<sup>80</sup>, sino prioridad sobre el Art. 103 II GG. De este modo, queda entregado a la jurisprudencia, si y en que medida el Art. 7 CEDDHH influye la interpretación del Art. 103 II GG. El Tribunal en todo caso aprueba la concepción del Common Law del principio de legalidad, convirtiendo el mínimo denominador común en el standard válido en toda Europa.

Si uno repasa una vez más la jurisprudencia del TEDDHH expuesta, especialmente en atención al respeto a las decisiones valorativas nacionales de índole político-criminal, ya sea del poder legislativo o judicial<sup>81</sup>, no sorprende que el Tribunal haya negado una infracción del Art. 7 CEDDHH en el proceso por los disparos del muro. Se podrá celebrar esto en cuanto al resultado, sin embargo, la *fundamentación* de la sentencia se ve expuesta a considerables reparos<sup>82</sup>:

- El Tribunal elude el difícil problema de la derogación retroactiva del § 27 ley fronteriza de la RDA, mediante el recurso de no reconocer los casos en cuestión como crímenes conforme al § 213 párrafo 3 Código Penal de la RDA y, de tal modo, ni siquiera considerar como aplicable al caso el § 27 ley fronteriza<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> La jerarquía intraestatal de un tratado internacional se rige según por la jerarquía de la ley aprobatoria (*SCHWEITZER, Staatsrecht III*, 7ª ed. 2000, n. marg. 447, 709). BGB 1952 II 686 habla en tal sentido de "fuerza legal". Cfr. también *BVerwG DÖV* 1998, 924, 925: "A la CEDDHH le corresponde solamente la jerarquía de una ley federal simple. ... Una interpretación contraria a la Convención representa, por ello, una aplicación incorrecta de Derecho federal simple".

<sup>81</sup> *Ibid.*, *S.W. v. UK*, (n. 13), prg. 42; *C.R. v. UK*, (n. 13), prg. 40.

<sup>82</sup> Crítico también *ARNOLD/KARSTEN/KREICKER*, (n. 77), p. 561; *RAU*, "Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR etc.", *NJW* 2001, 3008; *KREICKER*, (n. 77), p. 5 con ulteriores referencias en n. 21 y *passim*; *LENSING/MERTENS*, "Der EGMR und die "Mauerschützen", in: Institut für Juristische Zeitgeschichte (ed.) *Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte*, Tomo 3, Baden-Baden 2002, p. 352 (364 ss.); de acuerdo por ej. *STARCK*, *JZ* 2002, 1102; *HASSEMER*, "Naturrecht im Verfassungsrecht", *FS Trechsel*, 2002, pp. 135-150 (149); *NAUCKE*, "Bürgerliche Kriminalität, Staatskriminalität und Rückwirkungsverbot", *FS Trechsel*, 2002, pp. 505-516 (509, 511); en cuanto al resultado, de acuerdo *WERLE*, "Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität", *NJW* 2001, 3001 (3003 y ss.).

<sup>83</sup> *Streletz et. al. v. Germany*, (n. 13), prg. 56 ss. (63); crítico al respecto *ARNOLD/KARSTEN/KREICKER*, (n. 77), 563; explícitamente de acuerdo, sin embargo, *NAUCKE* (n. 82), p. 509.

- El Tribunal acepta que en un Estado de Derecho - que sustituye a un Estado no basado en tales fundamentos- el derecho del Estado extinguido sea interpretado según sus propios principios<sup>84</sup>. Al respecto no queda claro en qué concepción del principio *Nullum Crimen* se basa el Tribunal. Si se quiere interpretar el Derecho vigente al momento de la comisión del hecho con ayuda de principios de Derecho posteriores, por lo demás, válido en otro sistema -no constitutivo de un Estado de Derecho!- surge la pregunta, respecto de qué queda del Derecho del momento de la comisión, en cuanto Derecho del lugar del hecho contextualizado dentro de un sistema. Efectivamente el Tribunal parte de una *concepción del Estado de Derecho occidentalmente preconcebido* y ni siquiera considera un Derecho socialista como Derecho en sentido del Art. 7 de la CEDDHH. Eso queda especialmente claro, cuando en lugar diverso sostiene que la práctica estatal de la RDA no puede ser considerada como Derecho en este sentido<sup>85</sup>. Se podrá coincidir con ello en el resultado, sin embargo, una tal interpretación "occidental" de las normas del lugar del hecho debiera ser difícilmente compatible con el principio de *Nullum Crimen*, el que pretende validez -valorativamente neutral- universal y que por ello demanda una *aplicación sistemáticamente immanente a Derecho ajeno*<sup>86</sup>; ya que, de lo contrario, resulta lesionado por un efecto retroactivo encubierto<sup>87</sup>.
- Si se toma en serio el criterio de la previsibilidad o del *fair warning*, que el Tribunal ya desarrolló en su anterior jurisprudencia<sup>88</sup>, entonces el problema no puede girar en torno a si los acusados pudieron prever la contrariedad a los DDHH o la punibilidad de su conducta, sino que

<sup>84</sup> *Streletz et. al. v. Germany*, (n. 13), prg. 81. Igualmente *Glässner v. Germany*, *Beschwerde Queja* 46362/99; decisión del 28 de junio del 2001, n.p., merits.

<sup>85</sup> *Streletz et. al. v. Germany*, (n. 13), prg. 87.

<sup>86</sup> Crítico también *ARNOLD/KARSTEN/KREICKER*, (n. 77), 563, 565; *Rau*, (n. 82), 3010; *KREICKER*, (n. 77), p. 23.

<sup>87</sup> Cfr. Ya *Alexy*, *Der Beschluss des BverfG zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze*, 1997, p. 8, él mismo, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, 1993, p. 30; de acuerdo respecto de EGMR *Rau*, (n. 82), 3010.

<sup>88</sup> Y al que también sigue el BverfG, bajo consideración de la jurisprudencia reiterada como fuente de Derecho (al respecto ya supra n. 66 y el correspondiente texto): *BverfGE* 26, 42; 47, 109 (120): 71, 108 (115); cfr. también *BGHSt* 28, 312 (313).

más bien, sólo si éstos podían *ex ante* contar con que *ex post* sería calificada como punible<sup>89</sup>. Si se considera la negación de esta pregunta como insostenible se debiera con sinceridad restringir a *limine* el principio *Nullum Crimen* y someterlo como mero *principio* y no como *regla*<sup>90</sup> a una ponderación de intereses entre seguridad jurídica y justicia. Éste es el punto de partida más convincente, por ser más honesto, de *Derecho penal internacional e iusnatural* y que desemboca en un *nullum crimen sine iure*<sup>91</sup>. Si, de todos modos, no se quiere ir tan lejos como el Tribunal Militar norteamericano en el fallo de juristas y dejar de aplicar la irretroactividad al Derecho internacional consuetudinario o el *Common Law*<sup>92</sup>, entonces importa finalmente, si una punición parece ineludible por razones de justicia. En el Derecho interno este punto de partida, desde luego, implicaría una -ya anteriormente demandada<sup>93</sup>- modificación del Art. 103 II GG,<sup>94</sup> que en el actual estado del Derecho internacional puede limitarse a los crímenes centrales reconocidos por

<sup>89</sup> ARNOLD/KARSTEN/KREICKER, (n. 77), 566.

<sup>90</sup> ALEXI, (n. 87) (acuerdo), pp. 23 y ss. Desde una perspectiva anglo-americana fundamental Dworkin, *The model of rules*, *Chicago Law Review* 35 (1967), 22-29.

<sup>91</sup> Fundamental KELSEN, *ICLQ* 1 (1947), 153, 165; igualmente BOOT, (n. 1), p. 218. Desde la perspectiva del Derecho internacional también ARNOLD/KARSTEN/KREICKER, (n. 77), 565y ss., al querer establecer una contrariedad (iusnatural) a los DDHH y el Derecho internacional de los disparos mortales. Para una fundamentación explícitamente iusnatural NAUCKE, (n. 82), p. 82, pp. 513 y ss.; WERLE, (n. 82), pp. 3003 ss., quien califica los homicidios en la frontera incluso como crímenes contra la humanidad (pp. 3005 s.); igualmente el voto particular del juez LOUCAIDES (Chipre), *EuGRZ* 2001, 219 (221 y ss.) = *NJ* 2001, 270 y ss.; en la tendencia también RAU, (n. 82), 3013; *Lensing/Mertens*, (n. 82), p. 367; crítico últimamente EBERT, (n. 77), p. 178 con ulteriores referencias.

<sup>92</sup> *U.S. v. Altstoetter et al.*, *Trial of War Criminals III*, 975 : "...sheer absurdity to suggest that the ex post facto rule...could be applied to a treaty, a custom, or a common law decision of an international tribunal...to apply the...principle to judicial decisions of common international law would...strangle that law at birth". Cfr. también KELSEN *ICLQ* 1 (1947), 153, 165: La irretroactividad "does not apply to customary law and to law created by precedent, for such law is necessarily retroactive in respect to the first case to which it is applied".

<sup>93</sup> Cfr. por ello ya *Ambos*, NÜRENBERG revisited, *Strafverteidiger* 1997, 39 (42).

<sup>94</sup> A favor últimamente también EBERT, (n. 77), pp. 184 y ss.

el estatuto de Roma<sup>95</sup> y traspuestos a nivel intraestatal por el Código de Derecho penal internacional alemán<sup>96</sup> (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra) -como "minimum standard"- y que de ese modo superaría la -desde una perspectiva de un Estado de Derecho- problemática incertidumbre de la "cláusula de NÜRNBERG" (Art. 7 II CEDDHH, Art. 15 II IPbpR).

- Si bien el Tribunal redacta dos sentencias -respecto de los órganos titulares de la función por un lado y del soldado fronterizo *K.-H.W.* por el otro-, no extrae de ello las consecuencias que impone el principio de culpabilidad y niega la previsibilidad de la punibilidad en el caso del soldado fronterizo con base en un error de prohibición inevitable<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> *Supra* nota 3, Art. 5-8.

<sup>96</sup> BGBl. 2002 I 2254. Respecto del proyecto del grupo de expertos cfr. BMJ (ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs*, 2000; WERLE, "Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts", *JZ* 2001, 885; ZIMMERMANN, "Auf dem Weg zu einem deutschen VStGB", *ZRP* 2002, 97; *Satger*, *Das neue VStGB*, *NStZ* 2002, 125.

<sup>97</sup> Así correctamente los votos especiales de los jueces *Cabral Barreto* (Portugal), *NJ* 2001, 272 = *EuGRZ* 2001, 219 (222 y ss.) y *Pellonää/Zupancic* (Finlandia y Eslovenia), *NJ* 2001, p. 68 y ss.; *KREICKER*, (n. 77), pp. 56 y ss.; *LENSING/MERTENS*, (n. 82), p. 368 y ss.