

Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los «viejos nazis»*

LUÍS GRECO

Catedrático de Derecho Penal, Humboldt-Universität zu Berlin

RESUMEN**

La presente contribución aborda la cuestión de la identidad personal, que cobra gran importancia ante la incoación de procesos penales por actos cometidos hace varias décadas, como es el caso de los (ya ancianos) criminales nazis. Así, y partiendo de la base de que no pueden imponerse penas por la culpa de un tercero, ¿puede, en estos casos, afirmarse que sigue tratándose de la misma persona? Es decir, ¿se mantiene la identidad entre la persona que perpetró los hechos y la persona que hoy es declarada responsable? En definitiva, ¿son estas condenas legítimas?

Palabras clave: identidad, culpabilidad, tiempo, individualización, prescripción, teoría de la pena.

* Traducción del artículo «Identität, Authentizität und Schuld –Reflexionen anlässlich der jüngsten Prozesse gegen «alte Nazis»», en Bublitz, J. C.; Bung, J.; Grünewald, A. *et al* (eds.), *Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 443-458, realizada por MARINA MÍNGUEZ ROSIQUE, Profesora Ayudante Doctora en la Universidad Autónoma de Madrid.

** El resumen y las palabras clave han sido elaboradas por la traductora a petición del Anuario para adaptar la publicación al formato de la revista.

ABSTRACT

The present paper addresses the question of personal identity, which is of great importance especially in view of the criminal prosecution of acts committed several decades ago, as in the case of the (now elderly) Nazi criminals. Assuming that no punishment can be imposed for another person's fault, can it be said, in these cases, that we are still dealing with the same person? In other words, is there still an identity between the person who committed the acts and the person who is now found responsible? Are these convictions ultimately legitimate?

Key words: identity, culpability, time, individualization, statute of limitations, theory of punishment.

SUMARIO: I. Introducción.–II. El nivel jurídicopositivo. 1. ¿Prescripción? 2. ¿Individualización de la pena? 3. ¿Oportunidad?–III. El nivel de la teoría de la pena.–IV. El nivel ontológicometafísico.–V. Un argumento jurídico. 1. La condena como afirmación de identidad. 2. De la identidad a la autenticidad. 3. Límites de este derecho. 4. Los «viejos nazis». 5. Tres objeciones. 6. Excurso: los jóvenes asesinos ante la imprescriptibilidad (entre otros asuntos). 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Conocí a Reinhard Merkel cuando era asistente en Múnich, en el «Rechtsphilosophischen Donnerstag-Seminar» organizado por mi maestro Bernd Schünemann. Merkel dio una conferencia sobre la culpa –supongo que se trataba de una primera versión de un pequeño gran libro publicado posteriormente(1)– y me causó una gran impresión, lo que me animó a leer más publicaciones suyas. Una contribución a un Libro Homenaje no es una *laudatio*, razón por la cual pongo fin abruptamente al himno de alabanza que acabo de iniciar en la penúltima frase. Sin embargo, me gustaría decir que, desde entonces, Merkel me ha impresionado y, de alguna manera, me ha inspirado no solo como un pensador profundo y muy leído (aunque, al mismo tiempo, perspicaz y claro), sino, sobre todo, como un intelectual valiente que no pocas veces desafía el espíritu de la época(2). Espero

(1) MERKEL, R., *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2014.

(2) Haciendo una selección arbitraria de mis favoritos, pienso, en particular, en sus reflexiones sobre las causas de justificación (sobre el estado de necesidad,

que esta contribución, no solo dedicada a él, sino escrita para él, demuestre que estas no son palabras vacías.

El problema que me gustaría abordar es «merkeliano» y, por tanto, tanto jurídicopenal como filosófico: la cuestión de la identidad personal, que él denomina, acertadamente, el «problema fundamental oculto de la dogmática del Derecho penal»(3). En concreto: partiendo de la base de que no se pueden imponer penas por la culpa de otra persona, ¿cómo podemos estar seguros de que la persona a la que castigamos es también (más exactamente, todavía) la que ha incurrido en culpa? La razón que me lleva a abordar estas cuestiones son los procesos penales más recientes (y quizá los últimos) contra criminales nazis. Tomemos el ejemplo de Oskar Gröning(4): a sus 93 años, fue acusado en 2014 por actos que cometió cuando tenía 21 años, en 1942. El fallo condenatorio del LG Lüneburg, en el año 2015, recayó sobre un hombre que ya tenía 94 años y se refería, por tanto, a hechos ocurridos hacía más de setenta años. Gröning murió en 2018, a los 96 años, antes de comenzar a cumplir su condena(5). Una suerte similar corrió Demjanjuk: tras décadas de repetidos intentos «semiexitosos»

especialmente, MERKEL, R., «Zaungäste», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (eds.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt/Bern, 1995, pp. 171-196; MERKEL, R., «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JZ*, vol. 62, 2007, pp. 373-385; así como MERKEL, R., *Früheuthanasie*, Nomos, Baden-Baden, 2001, especialmente pp. 528 ss.; y sobre legítima defensa: MERKEL, R., «Folter und Notwehr», en Pawlik, M. y Zaczyk, R. (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 375-403); en su crítica a la figura del homicidio colateral según el Derecho internacional (MERKEL, R., «Die «kollaterale» Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ*, vol. 67, 2012, 1137-1145); en su postura sobre la tortura de rescate (MERKEL, R., «Folter und Notwehr», *op. cit.*), en la que no le seguiría; y en sus reflexiones sobre la circuncisión (MERKEL, R., «Die Haut eines Anderen», *Süddeutsche Zeitung*, 30 de agosto de 2012), que he seguido en gran medida (ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5.ª ed., Beck, München, 2020, § 13, nm. 96k).

(3) MERKEL, R., «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik», *JZ*, vol. 54, 1999, pp. 502-511.

(4) Sobre esto, BVerfG NJW 2018, 289; BGHSt 61, 252.

(5) Cfr. Spiegel-Online, 12 de marzo de 2018, «Früherer SS-Mann Oskar Gröning ist tot». Disponible en: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/ehemaliger-ss-mann-groening-der-buchhalter-von-auschwitzist-tot-a-1197736.html>. Por último, cabe referirse al caso de Boere, quien presuntamente cometió delitos en 1944, cuyo recurso de amparo frente al auto de apertura del juicio oral en 2009, alegando una violación del artículo 2 II 1 GG, no fue admitido a trámite (BVerfG 2 BvR 1724/09, BeckRS 2009, 39528). Sobre este particular, BECK, S., «Alter schützt vor Strafe nicht?», *HRRS*, marzo 2010, pp. 164 ss. También es muy reciente el proceso contra Bruno D., de 93 años, y entonces de 19, ante el LG Hamburgo.

para que respondiera por sus actos, en 2011 el LG II de Múnich le condenó, a sus 93 años, por hechos cometidos en 1943(6). Demjanjuk murió poco después de interponer su recurso de casación(7).

Está en consonancia con el espíritu de los tiempos celebrar estas condenas como victorias tardías del Estado de Derecho y los derechos humanos(8). Sin embargo, esto no debe prejuzgar en modo alguno nuestro tratamiento de la cuestión. Llegados a este punto, debemos dejar de lado las dificultades de la justificación del castigo(9) (que ciertamente están presentes, especialmente en relación con la dogmática de la participación) en favor de la cuestión más fundamental, aunque rara vez planteada, de si, en el caso de actos cometidos en un momento tan lejano del pasado, se mantiene la identidad entre la persona que los cometió y la persona que posteriormente es declarada responsable: si se trata de la misma persona(10). La relevancia de este punto de vista se insinúa repetidamente, sobre todo en otros contextos(11), pero sin que –con la excepción de Silva Sánchez, Kawaguchi

(6) LG München II, Urt. v. 12. 5. 2011 - 1 Ks 115 Js 12496/08, BeckRS 2011, 139286. Con carácter informativo, BENZ, A., *Der Henkersknecht. Der Prozess gegen John (Iwan) Demjanjuk in München*, Metropol, Berlin, 2011; WEFING, H., *Der Fall Demjanjuk. Der letzte große NS-Prozess*, Beck, München, 2011. Véase también BVerfG NVwZ 2009, 1156; BVerfG, 2 BvR 2331/09, BeckRS 2009, 42026; 2 BvR 2332/09, BeckRS 2009, 39843.

(7) Véase Spiegel-Online, 17 de marzo de 2012, «John Demjanjuk ist tot». Disponible en: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/ns-kriegsverbrecher-john-demjanjuk-ist-tot-a-821950.html>.

(8) Por ejemplo, SAFFERLING, C., «Anmerkung», *JZ*, vol. 72, 2017, p. 258: «Un procedimiento emblemático [...] [C]ualquier otra decisión habría supuesto un escándalo político...».

(9) *Vid.* LEITE, A., «Beihilfe kraft Organisationszugehörigkeit? Überlegungen zum Problem der Mordbeihilfe in Konzentrationslagern», en Stam, F., Werkmeister, A. (eds.), *Der allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 53-76.

(10) Al menos BECK, S., *op. cit.*, p. 160, se acerca a esta cuestión, aunque sin plantearla: «Por otra parte, no está injustificado discutir hasta qué punto la justicia exige que un hombre que entretanto ha alcanzado una edad muy avanzada sea llevado ante un tribunal penal sobre la base de las pruebas existentes». En el asunto Boere (*supra*, núm. 5), el BVerfG no vio ninguna razón para plantearlo.

(11) Sobre la prescripción: VORMBAUM, T., «Mord sollte wieder verjähren» en Schulz, J. y Vormbaum, T. (eds.), *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. 498 ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., De Gruyter, Berlin, 1991, § 10, nm. 22; HÖRNLE, T., «Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit», en Fahl, C.; Müller, E.; Satzger, H., y Swoboda, S. (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, p. 122; y, antes de ellos, Lourié en un trabajo publicado en 1914, recordado por ASHOLT, M., *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 127, quien enumera otras opiniones similares (pp. 127 ss.); en la literatura extranjera, RAGUÉS i VALLES, R., «El transcurso del tiempo como

y una primera monografía de Erhardt(12)– sea objeto de una investigación propia.

La presente contribución tendrá un carácter atípico, no dogmático. Su recorrido es el de una cadencia: primero se asciende, desde las consideraciones jurídicopositivas (prescripción, individualización de la pena –epígrafe II–) a los argumentos jurídicopenales prepositivos (en especial, teoría de la pena, –epígrafe III–), luego a la ontología y a la metafísica (donde se plantea la cuestión de la identidad personal, –epígrafe IV–), para volver a descender a lo jurídico (epígrafe V). A ello le sigue un excursus sobre el cercano problema de la imprescriptibilidad (epígrafe VI).

Anticipo aquí el resultado, que no se encontrará hasta el último nivel jurídico: la condena por hechos tan lejanos no afecta necesariamente a una persona distinta de la que cometió los hechos; sin embargo, por regla general, es ilegítima, porque *la afirmación implícita de que se preserva la identidad, de que se trata de la misma persona*, la enclava en su pasado más lejano y le niega así no solo *la posibilidad de distanciarse de este pasado, de reinventarse o de cambiar con posterioridad a la sentencia condenatoria*, sino que, además, mediante el anuncio legal de la imprescriptibilidad de estos actos, *niega ya cualquier esperanza de ello ex ante*. De este modo, el Estado se arroga un derecho (que dudosamente le corresponde) a escribir la

equivalente funcional de la pena», en García Cavero, P. y Chinguel Rivera, A. I. (eds.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019, núm. 15, p. 69; sobre el transcurso del tiempo en general, TOMIAK, L., «Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil als Strafmilderungsgrund beim sexuellen Missbrauch von Kindern», *HRRS*, enero 2018, p. 23; como justificación de la responsabilidad objetiva, HONORÉ, T., *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 14 ss. (29); como límite del Derecho penal, WERKMEISTER, A., *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 95 ss. Tal vez la discusión sobre la culpabilidad por el carácter tenga una relación cercana con el problema de la identidad (bien visible en la contribución de ANDROULAKIS, N. «'Zurechnung', Schuldbemessung und personale Identität», *ZStW*, vol. 82, 1970, pp. 515 ss., y en la de DAN-COHEN, M., «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, vol. 105, 1992, pp. 959-1003).

(12) KAWAGUCHI, H., «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht –Eine Einführung–», en Arnold, J.; Burkhardt, B.; Gropp, W. *et al* (eds.), *Menschen-gerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2005, pp. 139-148; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Identität und strafrechtliche Verantwortlichkeit», en PAEFFGEN, H-U.; BÖSE, M.; KINDHÄUSER, U. *et al*, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, pp. 989-106; ERHARDT, J., *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, Lulu Press, Biel, 2014.

biografía de un ciudadano y desprecia lo que podríamos llamar la propia autoría (*Selbsturheberschaft*) o autenticidad del ciudadano(13).

II. EL NIVEL JURÍDICOPOSITIVO

Es posible que la ley vigente ya contenga los medios para abordar el problema que acabamos de describir.

1. ¿Prescripción?

La institución jurídica cuyo objetivo principal es tomar en consideración los intervalos de tiempo entre la realización del delito y la imposición de la consecuencia jurídica es la prescripción(14). Sin embargo, es casi completamente impermeable al problema que nos ocupa. El asesinato, por ejemplo, es imprescriptible (§ 78 II StGB). Además, a pesar de la voluntad declarada de aplicarlo de forma restrictiva(15), los asesinatos no son la excepción(16). En el caso de las muertes causadas por autores nazis, estas, por regla general, serán calificadas como asesinatos: debido al racismo que caracteriza a estos actos, el asesinato está motivado fundamentalmente por razones que se encuentran socio-éticamente en el nivel más bajo, que son especialmente censurables, francamente despreciables(17), es decir, «viles» en el sentido del § 211 II StGB. Piénsese también en la intención de

(13) Espero que esta palabra tan rica en connotaciones no dé lugar a malentendidos. Así pues, aquí «autenticidad» solo significa la cualidad de ser el autor de la propia vida, sea cual sea el significado de estas palabras. Si la vida fuera una realización del tipo penal, la autenticidad equivaldría a la autoría en el sentido del § 25 StGB. En particular, este uso del lenguaje no implica que deba existir una correspondencia con el sistema de valores de un sujeto (así el uso del lenguaje por SCHROTH, U., «Spenderautonomie und Schadensvermeidung», *MedR*, vol. 30, 2012, pp. 571 ss., en relación con el § 228 StGB).

(14) En este sentido, ASHOLT, M., *op. cit.*

(15) BVerfGE 45, 187 (221 ss.).

(16) No solo por esta razón son cada vez más las voces favorables a la consideración del asesinato como tipo básico; así, MÜSSIG, B., *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Köln, 2005, pp. 4, 251; GRÜNEWALD, A., *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 368 ss., y 378 ss.; PERALTA, J. M., «Motive im Tatstrafrecht», en HEINRICH, M.; JÄGER, C.; ACHENBACH, H. *et al*, *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 II*, p. 263.

(17) Sobre esta definición, BGHSt 3, 133; 3, 180 (182); sobre el racismo como móvil bajo, BGHSt 18, 37 (39); sobre la xenofobia como móvil bajo, BGHSt 47, 128 (130).

destruir que se contempla en el genocidio (§ 6 VStGB), que tampoco prescribe (§ 5 VStGB).

Además, parece que la prescripción tampoco afecta al núcleo de la cuestión; esto es, el ya descrito problema de si no se está tratando injustamente, como individuo, a la persona a castigar. y es que la prescripción da un carácter objetivo: establece si la consecuencia jurídica debe seguir imponiéndose, principalmente bajo la óptica de la paz jurídica(18), de la seguridad jurídica(19) o de la disciplina de las autoridades encargadas de la persecución del delito(20). Estos tres aspectos han sido mencionados por el BGHSt 51, 72 (78 marginal 22): «*La institución jurídica de la prescripción tiene por objeto servir a la paz jurídica y, por tanto, a la seguridad jurídica, y contrarrestar cualquier inactividad de las autoridades en cualquier fase del procedimiento*». En no pocas ocasiones, es el aspecto criminalístico de la pérdida de pruebas el que se encuentra en primer plano(21). En otras palabras, la prescripción implica que tenemos cosas más importantes que hacer que castigar (paz jurídica); que la pena no debe perjudicar a quien castiga, es decir, a nosotros (seguridad jurídica); que debemos establecer incentivos para que nuestros órganos de persecución no se vuelvan negligentes (disciplina); y que penar es desmesuradamente difícil (pérdida de pruebas). En pocas palabras: la pena tardía no nos aporta nada, carece de sentido desde el punto de vista consecuencialista. Sin embargo, la cuestión inicial es otra, a saber, si no se está tratando injustamente a la persona afectada porque ya no se la considera responsable de sus propios actos, sino de los ajenos.

2. ¿Individualización de la pena?

El intervalo temporal transcurrido entre los hechos y la consecuencia jurídica también puede tenerse en cuenta en el momento de la imposición de la pena. Sería concebible imponer penas más leves por delitos que ocurrieron hace mucho tiempo(22). Una justificación podría ser similar a la de la prescripción, es decir, consecuencialista:

(18) BGHSt 11, 393 (396); BGHSt 12, 335 pp. (337 ss.). Sobre la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción, ASHOLT, M., *op. cit.*, pp. 105 ss.

(19) BGHSt (GrS) 62, 184 (195 nm. 34).

(20) BGHSt 11, 393 (396); BGHSt 12, 335 (pp. 337 ss.); BGHSt (GrS) 62, 184 (195 nm. 34).

(21) *Cfr.* las notas sobre los motivos de los códigos penales prusianos del siglo XIX en VORMBAUM, T., *op. cit.*, pp. 482 ss.; también ASHOLT, M., *op. cit.*, pp. 92 ss.

(22) Así, BGHSt (GrS) 62, 184 (193 ss., nm. 30); BGH NStZ 2010, 445 (448 nm. 20).

necesidades crecientes de seguridad y paz jurídica, que no deberían verse afectadas por una pena tardía. Se podrían citar argumentos basados en la teoría (el fin) de la pena, como la «necesidad decreciente de expiación»(23), que probablemente sea más bien un indicio de la disminución de las necesidades preventivo-generales. Otra alternativa sería considerar el intervalo de tiempo como una razón para entrar en un mayor escrutinio de los «efectos de la pena para el delincuente»(24). Esto se justifica de forma preventivo-especial-consecuencialista y, al mismo tiempo, retributivo-deontológicamente, cuando la jurisprudencia establece que la pena debe atenuarse «si se ha demostrado por el transcurso del tiempo que el acto fue un desliz puntual del infractor, este se ha comportado entretanto de forma intachable durante años y la persona perjudicada ha superado las consecuencias del delito»(25). También sería concebible aceptar una edad elevada(26) o una baja esperanza de vida(27) como un elemento a tener en cuenta en la individualización de la pena.

No puedo examinar en detalle los fundamentos de estas tesis; solo señalaré que todas ellas presuponen una respuesta afirmativa a la pregunta de si la persona castigada sigue siendo tratada legítimamente, pues, en caso contrario, no sería posible declarar su culpabilidad. y esto es, precisamente, lo que no cuestionan las tesis presentadas, a las que solo les interesa el *quantum* de la pena.

3. ¿Oportunidad?

Es poco probable que el Derecho sustantivo ofrezca más que las dos instituciones jurídicas presentadas, razón por la que se podría recurrir al Derecho procesal, donde encontramos los §§ 153 ss. StPO. Sin embargo, por varias razones, esto resulta decepcionante. En primer lugar, estos preceptos rara vez entran en juego en el caso de infracciones que, por su gravedad, no prescriben (entre otros, delitos o infracciones para cuya persecución exista un interés público). Si bien esto es diferente en el caso particular de los §§ 153c, 153f StPO, referentes a delitos cometidos en el extranjero, lo cierto es que estos preceptos abordan un problema diferente, basado en el espacio, y solo se

(23) BGHSt (GrS) 62, 184 (194 nm. 30).

(24) *Ibid.*

(25) *Ibid.*

(26) Por ejemplo, BGH NStZ 1991, 527; NStZ 2018, 331. Véase también STRENG, F., «Strafzumessung bei Tätern mit hohem Lebensalter», JR, 2007.

(27) Por todas, BGH NStZ 1991, 527; NStZ 2018, 331. Véase también STRENG, F., *op. cit.*, pp. 273 ss., en el sentido de la solución en la ejecución.

interesan secundariamente por las cuestiones relativas a la temporalidad. Asimismo, el carácter discrecional de las disposiciones muestra que no se toman en serio el problema; los órganos acusadores son, en gran medida, libres para decidir si persiguen o no, lo que también presupone una respuesta afirmativa a la pregunta inicial de si el individuo a castigar está siendo tratado legítimamente.

III. EL NIVEL DE LA TEORÍA DE LA PENA

1. El problema, por tanto, va más allá del Derecho positivo. Tal vez sea posible abordarlo en el plano de la Filosofía del Derecho penal, es decir, considerando el significado de la pena en las constelaciones mencionadas. La idea ya aparece en algunas de las decisiones del BGH sobre la individualización de la pena citadas en el epígrafe III.2: la pena podría perder su sentido en esta situación.

2. Examinemos primero la cuestión desde la *perspectiva de las teorías preventivas de la pena*.

a) Se plantea una serie de cuestiones críticas: ¿qué efecto disuasorio tiene la amenaza de un castigo que la persona inclinada a cometer el delito sabe no se impondrá hasta dentro de 70 años? ¿Tiene el castigo un efecto integrador y de afirmación de la norma si casi todos los testigos contemporáneos del quebrantamiento de la norma, cuyas expectativas normativas se vieron defraudadas, han muerto desde entonces? Un delincuente que ha vivido más de cincuenta años sin delinquir, ¿necesita de alguna manera ser resocializado? ¿Necesitamos protegerlos de él? Las teorías preventivas de la pena, que justifican el castigo aduciendo la finalidad que se persigue con él, parecen cuestionar la finalidad o la idoneidad de castigar actos cometidos hace mucho tiempo.

b) Sin embargo, elevar esta apariencia a la categoría de realidad sería prematuro por dos razones. En primer lugar, las preguntas formuladas anteriormente son solo preguntas y no respuestas. Las respuestas son, al menos en parte, de naturaleza empírica, y no pueden obtenerse desde un escritorio. Desde detrás de un escritorio también pueden formularse hipótesis igualmente plausibles, pero destinadas a hacer que el castigo parezca sensato o conveniente⁽²⁸⁾. Así, desde la perspectiva de la teoría de la disuasión, se podrían destacar las venta-

(28) Véase también HÖRNLE, T., «Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit», *op. cit.*, pp. 119 ss.

jas que supuestamente se derivan del hecho de que la persona que se plantea cometer el delito sabe que nunca podrá escapar(29) –una variante temporal de la máxima «no safe haven» del Derecho penal internacional(30), concebida más bien espacialmente–.

Un amigo de la confirmación de la norma o de la prevención integradora podría argumentar que es precisamente la negativa a dar por concluidos determinados asuntos por mucho que pase el tiempo lo que subraya la importancia de la norma violada en la conciencia de la población. De acuerdo con estas perspectivas, la distancia temporal es, por lo tanto, ambivalente: puede, aunque no necesariamente, oponerse a la conveniencia de castigar actos acontecidos hace mucho tiempo, porque puede servir como una señal bienvenida de lo mucho que nos importan ciertas normas. Desde este punto de vista, el espectáculo mediático de un anciano moribundo de noventa años tumbado en su lecho de enfermo en la sala del tribunal no debe lamentarse, sino acogerse con satisfacción precisamente por su absurdo. No «castigamos aunque», sino que «castigamos precisamente», porque parece absurdo, pues *in credo quia absurdum* se reconoce al creyente.

Por otro lado, un enfoque preventivo-especial puede seguir considerando oportuno comprobar si la necesidad de resocialización o la peligrosidad han dejado realmente de existir, si el viejo delincuente ha superado las tendencias delictivas de su juventud o si somos nosotros los que no hemos mirado atentamente.

En última instancia, qué lado tiene razón solo puede decidirse empíricamente –si el punto de partida preventivo es sincero y no una mera racionalización de la retribución escondida en el armario(31)–.

c) Más importante, sin embargo, parece ser otro punto de vista que ya ha salido a la luz en las consideraciones sobre la prescripción. Las teorías preventivas son teorías sobre por qué nos beneficia el castigo. La pregunta formulada al principio tiene una perspectiva diferente: se trata de saber si la persona afectada está siendo tratada

(29) RAGUÉS i VALLES, R., *op. cit.*, p. 69, quien recuerda que Feuerbach se opuso a la prescripción por razones de teoría de la pena. También ASHOLT, M., *op. cit.*, p. 20.

(30) Con la que a menudo se justifica el principio de justicia universal, *Vid.* ESER, A., «Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen», en Donatsch, A.; Forster, M., y Schwarzenegger, C. (eds), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zürich, 2002, p. 234.

(31) Una alusión al denominado «closet retributivism» de Michael Moore (MOORE, M. S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 83 ss.).

injustamente. Ambas cuestiones no deben confundirse entre sí, por ejemplo, según el *motto* de Liszt de que «el castigo correcto, es decir, justo, es el castigo necesario»(32). Quien hace esto reduce los derechos de un ser humano con un valor intrínseco a préstamos provisionales de un príncipe bondadoso, e incluye al delincuente bajo los objetos del derecho de propiedad. El castigo debe justificarse tanto de forma consecuencialista, orientada a la finalidad, como de forma deontológica, orientada al respeto, porque debe justificarse tanto para la sociedad como para el individuo(33).

3. ¿Qué ocurre con las teorías que castigan no por razones de conveniencia, sino por razones de justicia o respeto, es decir, las *teorías de la retribución*?

Estas teorías tienen una ventaja, pero, al mismo tiempo, una limitación con respecto al problema que aquí se aborda. La ventaja es que plantean la cuestión central en el lugar adecuado: ¿sigue siendo justo castigar al individuo en la situación que nos ocupa? ¿No se le degrada de algún modo hasta convertirlo en un objeto que demuestra nuestras preocupaciones preventivas? Al mismo tiempo, sin embargo, esto deja claro un límite: estas teorías *no ofrecen una respuesta* a esta genuina pregunta, porque la respuesta que ofrecen las teorías de la retribución es, esencialmente, la existencia (o ausencia) de culpa individual, pero no se pronuncian sobre lo que es la culpabilidad, sino que presuponen que dicha cuestión está aclarada.

Al menos hemos llegado al problema de la identidad personal de Merkel. En efecto, la culpabilidad como magnitud personalísima e intransferible solo (todavía) existe si la persona que ha cometido el delito sigue siendo la misma persona a la que queremos castigar. Sin embargo, que esto sea así ya no es una cuestión de teoría de la pena, sino ontológicometafísica, a la que debemos dirigirnos a continuación.

IV. EL NIVEL ONTOLÓGICOMETAFÍSICO

1. Merkel introduce el problema con el ejemplo clásico del barco de Teseo(34). Teseo repara su barco desmontando sucesivamente cada

(32) VON LISZT, F., «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en VON LISZT, F., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I*, De Gruyter, Berlin, 1905 (reimpresión 2010), p. 161.

(33) ROXIN, C. y GRECO, L., *op. cit.*, § 3, nm. 1b, 51a.

(34) MERKEL, R., «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik», *op. cit.*, p. 503.

tablón y sustituyéndolo por uno nuevo. Los tablonces desmontados son recogidos por un observador que reconstruye el viejo barco tablón a tablón. Al final, hay dos barcos, uno al lado del otro: ¿cuál es el barco viejo? ¿Quizá sean los dos? ¿O ninguno de los dos?

Los filósofos discuten apasionadamente sobre este problema, que tiene muchas facetas(35). En este punto, solo nos interesa la identidad de un individuo en el tiempo, lo que a veces se denomina el problema de la persistencia(36), de la continuidad o de la identidad diacrónica(37) (en contraste con el problema de la llamada identidad sincrónica, que aborda la cuestión de si hay dos barcos, o si las dos almas que habitan en el pecho de Fausto dan lugar a dos personas, o si solo hay un Fausto). Sería un error ahondar en esta controversia, que se ha llevado a cabo con un gran coste, por dos razones.

2.a) Por un lado, es poco probable que las *preocupaciones teóricoespeculativas* que sustentan la discusión filosófica encuentren una contrapartida en nuestro motivo para plantear el problema, que es eminentemente práctico.

b) Esto resulta ya evidente en el método característico de la discusión filosófica, que está repleta de una impresionante abundancia de experimentos mentales creativos e incluso, en no pocas ocasiones, extravagantes: amnesias, trasplantes cerebrales, lobotomías, duplicaciones cerebrales, clonación de adultos, teletransporte, *backups*(38)... A nosotros nos preocupa, simplemente, el envejecimiento, es decir, la relación de un comportamiento anterior con una persona a la que le separan unas siete décadas de la realización de ese comportamiento. Si los elaborados experimentos mentales pueden arrojar luz sobre este fenómeno, que es tan natural y trivial como la vida y la muerte, lo dejo abierto.

(35) Ofrece una recopilación de ensayos fundamentales Quante, M. (ed.), *Personale Identität*, UTB, Stuttgart, 1999, y Martin, R.; Barresi, J. (eds.), *Personal Identity*, Blackwell, Malden (MA), 2003, con útiles estudios introductorios. Para una primera aproximación instructiva, NOONAN, H., *Personal Identity*, 2.^a ed., Routledge, London/New York, 2003; SHOEMAKER, D., *Personal Identity and Ethics. A Brief Introduction*, Broadview Press, Ontario, 2009; así como los citados en la siguiente nota.

(36) QUANTE, M., *Personal Identity as a Principle of Biomedical Ethics*, Springer, Cham, 2017, pp. 4, 6.

(37) Por ejemplo, HUDSON, H., «The morphin block and diachronic personal identity», en Gasser, G. y Stefan, M. (eds.), *Personal Identity: Complex or Simple?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 236-248.

(38) También existe una metódica discusión sobre la realización de experimentos mentales. Vid. p. ej., COLEMAN, S., «Thought experiments and personal identity», *Philosophical Studies*, vol. 98/1, 2000, pp. 53 ss.; GENDLER, T. S., *Intuition, Imagination, and Philosophical Methodology*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 21 ss.

c) También resulta sorprendente que las teorías filosóficas sobre el problema de la identidad diacrónica tengan muy poco que decir sobre la cuestión trivial que aquí nos interesa. Explicaré esto únicamente sobre la base de dos grupos de teorías que podrían considerarse más tradicionales. De un lado, la comprensible tesis, que a menudo se remonta a Locke, de que la continuidad existe en la medida en que el yo se entiende a sí mismo como una unidad a través de una cadena de *estados mentales*, especialmente recuerdos(39), parece negar la identidad en el caso de los enfermos de Alzheimer, por ejemplo. Según este punto de vista, Gröning y compañía son, consistentemente y sin ningún problema, la misma persona. Sin embargo, incluso el punto de vista opuesto, que entiende la identidad temporal o la persistencia como un *fenómeno físico*, llegaría sin problemas a la afirmación de esta identidad por el hecho de que los antiguos perpetradores siguen teniendo (o incluso son) el mismo cuerpo o el mismo cerebro.

La segunda razón es aún más profunda y entraría en juego, incluso, si hubiera una correspondencia perfecta entre nuestro interés y el de los filósofos. Consiste en el simple hecho de la abundancia de planteamientos filosóficos existentes, su controversia dentro de la propia disciplina y, por lo tanto, lo dudoso de un traslado acrítico al Derecho (no me siento llamado a hacer un traslado crítico). El Derecho no puede hacer depender la cuestión de si castigar a un individuo supone tratarlo injustamente de la resolución de una discusión filosófica irremediabilmente controvertida que probablemente no pueda resolverse nunca de manera definitiva. El Derecho no puede trasladar esta cuestión a la Filosofía, sino que está obligado a responderla bajo su propia responsabilidad.

V. UN ARGUMENTO JURÍDICO

Los desvíos hacia las alturas de la Filosofía nos llevan, pues, de nuevo al ámbito del Derecho, aunque no del Derecho positivo. Es probable que el núcleo del problema se sitúe menos en el plano metafísico-ontológico que en el jurídico. En cualquier caso, la cuestión metafísico-ontológica sigue siendo relevante, aunque solo sea de forma indirecta.

(39) Con mayor detalle, por todos, SCHECHTMAN, M., *Staying Alive. Personal Identity, Practical Concerns, and the Unity of a Life*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 10 ss.

1. La condena como afirmación de identidad

El punto de partida es una simple declaración. Independientemente de la interminable discusión de los filósofos sobre la identidad personal, el Derecho hace afirmaciones de identidad cuando declara a alguien culpable de cometer un delito. *Toda sentencia condenatoria* encarna una *afirmación de identidad* más que implícita, pues afirma que aquel que cometió el delito y aquel a quien se dirige el tribunal son idénticos entre sí. Esto se desprende de la interacción de dos supuestos que no se discuten significativamente: el reconocido carácter altamente personal de la culpabilidad y el hecho de que consideremos la culpabilidad como una condición previa necesaria para declarar la culpabilidad. Si solo decimos «culpable» cuando hay culpabilidad, un individuo I puede ser declarado culpable de cometer un acto A solo si la persona que cometió A es también I. De lo contrario, tendríamos o bien un castigo de otro o bien un castigo sin culpa.

2. De la identidad a la autenticidad

a) Sin embargo, si se examina más detenidamente, esta afirmación de identidad tiene múltiples implicaciones. Esto no se debe tanto a que encarna una afirmación en una discusión filosófica, sino más bien a su simple valor como declaración. Concretamente, y desde la perspectiva del viejo yo: al afirmar que la persona de 90 años sigue siendo la que cometió delitos cuando tenía 25, niega, en retrospectiva, que el viejo yo pueda haber logrado distanciarse de su pasado, reinventarse(40), superar el delito. Desde la perspectiva del yo joven, esto también significa que no importa lo que haga o deje de hacer, ni lo mucho que intente empezar de nuevo, pues permanecerá clavado a sus errores para siempre. Saulo sigue siendo Saulo para siempre y nunca puede llegar a ser Pablo.

En mi opinión, aquí es donde radica el núcleo del problema. Este castigo eleva el acto a un acontecimiento central en la biografía de una persona que nunca puede superarse, y le niega casi todas las oportunidades de reescribirla, de convertirse –en lenguaje religioso– o –para

(40) Con carácter general, sobre la capacidad de cambiar la propia vida en el contexto del debate sobre la dignidad humana: WERKMEISTER, A., *op. cit.*, p. 94: «La autonomía del individuo vulnerable y *falible* consiste en poder cambiar radicalmente su vida en cualquier momento, para darle una interpretación completamente diferente en el *futuro*».

usar el existencialismo— de reinventarse. El *camino hacia un nuevo comienzo* está bloqueado por el Derecho.

b) La pregunta es *por qué* es tan importante. El argumento a favor de la oportunidad de un nuevo comienzo es relativamente sencillo. El punto de partida radica en la idea del libre desarrollo y la autonomía, constitutiva del orden liberal; es decir, en el conjunto de ideas que ha encontrado su expresión jurídica positiva en los artículos 1.1 y 2.1 GG. Básicamente, lo importante no es el nuevo comienzo, sino solo un aspecto del mismo. Se trata, más bien, de reconocer al individuo como autor de su propia vida o biografía: algo así como el *derecho a la propia autoría o a la autenticidad*. Esta consideración ofrece la clave de todo lo demás.

El Estado, que castiga indefinidamente, impone a Pablo, el apóstol posterior, la autodescripción como Saulo, el perseguidor de los cristianos, por mucho que Pablo se esfuerce seria y sinceramente por superar su pasado. Un Estado así se eleva a sí mismo y a su castigo a una posición de monopolio, como si solo él pudiera hacer posible un nuevo comienzo para alguien a través de los medios que él determina, como si solo él —y nunca el individuo— estuviera autorizado a determinar qué persona y qué vida están en juego. Aceptar el derecho del individuo a escribir su propia biografía implica tanto el derecho a que la propia biografía no sea prescrita por otro como el derecho a hacer las correcciones oportunas con el debido esfuerzo. Esto sería difícil de conciliar con una comprensión según la cual todo error (incluso grave) es una parte indeleble de la biografía de una persona.

c) Básicamente, estas consideraciones no tratan de abrir nuevos caminos, sino más bien, como casi siempre ocurre en Derecho, de desarrollar, más o menos cautelosamente, aquello que ya existe. Las ideas desarrolladas en la jurisprudencia del BVerfG sobre la cadena perpetua —que es incompatible con la dignidad humana «si el Estado pretendiera despojar por la fuerza al hombre de su libertad, sin que exista, al menos, la posibilidad de que vuelva a participar de la libertad» (BVerfGE 45, 187 [229])— pueden verse como las primeras manifestaciones del derecho aquí postulado de que el Estado no puede identificar inexorablemente al hombre con sus errores, por remotos que sean.

3. Límites de este derecho

a) Este derecho a ser el autor de la propia vida no puede, por supuesto, significar que uno pueda en cualquier momento, y por voluntad propia, desprenderse del bagaje que lleva consigo y que aumenta con cada paso en la vida. y es que la auténtica libertad es también *liber-*

tad para el auténtico compromiso y para la auténtica responsabilidad; la responsabilidad, incluso libremente asumida, no puede, por definición, ser libremente rescindida, pues, de lo contrario, equivaldría a irresponsabilidad. Por lo tanto, la autenticidad no da derecho ni al incumplimiento del contrato ni al propio beneficio; las obligaciones privadas o culpables no menoscaban la autenticidad, sino que la hacen realidad. Con cada decisión importante –comenzar unos estudios o un trabajo, casarse, tener hijos, abandonar el hogar familiar, mudarse a otra ciudad, terminar un libro, pero también celebrar un contrato o cometer un delito–, una persona añade un párrafo a su biografía. Cada una de estas decisiones genera a su vez derechos y deberes.

Esto también allana el camino para una primera aproximación a los *límites* de este derecho a la libre propia autoría. No quiero abrir estos límites externamente (según el modelo dogmático de los derechos fundamentales) por la vía de la concordancia práctica con intereses contrapuestos, sino internamente a través de una cuidadosa reflexión sobre las condiciones de posibilidad de tal libertad. Es probable que estas se fundamenten tanto en el caso como en el sujeto.

b) Los *límites materiales* resultan evidentes en el ejemplo del contrato de esclavitud, el ejemplo de una decisión de autodisposición no vinculante ya reconocido por Mill. Este contrato no es vinculante no solo por ser contrario al bien común (como, por ejemplo, que no queremos ser una sociedad esclavista), sino también porque incluso la persona que toma esta decisión fríamente y libre de toda coacción nunca puede comprender plenamente su alcance, pues se entrega a la arbitrariedad de otro, que puede así erigirse en autor real de la vida de su nuevo objeto de posesión(41). El contrato de esclavitud es cualitativamente diferente del suicidio, ya que no solo implica la dimensión negativa de la destrucción de algo, sino, al mismo tiempo, una dimensión positiva, en el sentido de que establece una relación de dominación ajena e inminente inautenticidad.

c) Los *límites basados en el sujeto* responden al hecho de que los derechos individuales, como el derecho a la propia autoría, se materializan en la capacidad de disponer o renunciar, pero esta decisión debe cumplir determinados requisitos, cuya severidad dependerá del alcance de la concreta elección. También por esta razón el Derecho reconoce una serie de condiciones diferentes para las decisiones con consecuencias de gran alcance, desde la celebración de contratos a la comisión de delitos, como los límites de edad o los vicios del consentimiento.

(41) Véase, de nuevo, WERKMEISTER, A., *op. cit.*, p. 114 (violación de la dignidad cuando uno ya no puede considerarse coautor de su propia vida).

4. Los «viejos nazis»

Lo que aún falta es una toma de posición clara sobre el caso de nuestros viejos condenados, a los que el Derecho declara idénticos a los jóvenes que una vez fueron. ¿Es esta afirmación de identidad una violación del postulado derecho a la autenticidad? ¿O solo muestra las consecuencias de una decisión auténtica tomada por el individuo de cometer el delito?

En mi opinión, una respuesta categórica debería quedar descartada. Sin embargo, los argumentos más sólidos podrían decantarse por declarar ilegítima la pena con carácter general. Esto se debe a que es probable que la mayoría de los casos se encuentren bastante cerca tanto de los límites materiales como de los basados en el sujeto, lo que suscita dudas difíciles de superar sobre el respeto del derecho de estas personas a escribir su propia biografía.

a) Desde un punto de vista material, la decisión del joven de veinticinco años de cometer delitos graves conlleva graves consecuencias –a saber, una condena y una pena de prisión de larga duración– que uno debe contar con que le sean impuestas hasta el último de sus días en la Tierra, y ello aunque tenga muchas décadas por delante. Si bien hay que admitir que esta es una decisión de menor calado que la de venderse como esclavo, lo cierto es que el inconmensurable alcance de esta decisión, al menos en su dimensión temporal, la aproxima en la medida de lo posible a este ejemplo paradigmático de inautenticidad.

b) Sin embargo, es posible que este límite solo se supere porque a estas consideraciones materiales se añadan consideraciones *relacionadas con el sujeto*.

aa) Una primera circunstancia, más moral-filosófica, se revela a través de las actitudes morales de *empatía e introspección*. Las atrocidades cometidas por los autores nazis que siguen vivos son históricamente únicas por su brutalidad. Sin embargo, fueron cometidas por personas que se diferencian de nosotros básicamente por coincidencia: nacieron en el lugar equivocado en el momento equivocado. Nosotros, que tenemos la suerte de no conocer otra cosa que el Estado de Derecho, empuñamos la espada de la justicia contra personas a las que se les negó esa suerte, que respiraron aire ideológicamente envenenado desde una edad temprana, y para quienes la mentira, el odio y el miedo eran el pan de cada día. Espontáneamente, nuestra capacidad innata de *empatía* nos pone en la difícil situación de esas personas y hace que su conformidad, aunque no sea en modo alguna legítima, al menos no parezca del todo incomprensible. y nuestra capacidad igual-

mente innata de *introspección* nos permite preguntarnos, sin cuestionarnos, si los apóstoles de los derechos humanos podemos estar tan seguros de que habríamos actuado de otra manera si hubiéramos sufrido una desgracia comparable.

Es cierto que no existe el derecho a elegir el lugar y el momento del nacimiento. La vida auténtica se desarrolla siempre dentro de un marco determinado, cuyos límites, obviamente, se encuentran más allá de la disposición del individuo. Sin embargo, el marco puede ser más amplio o más estrecho. Solo pretendo que nosotros, que solo conocemos marcos amplios, ejerzamos una medida empática y al mismo tiempo auto-crítica al hacer afirmaciones sobre la biografía de personas que tuvieron que desenvolverse dentro de marcos muy estrechos.

bb) Otra *preocupación, más moral-biológica*, es la edad de estas personas cuando sucumbieron a la tentación. Con carácter general, aquellos cuyos actos podemos juzgar todavía hoy en 2019 no habían cumplido ni siquiera 25 años en el momento de cometer el delito. No es casualidad que este período de edad constituya el punto álgido de las carreras delictivas(42). No es necesario abordar los numerosos y sofisticados planteamientos que ofrece la criminología para explicar esta simple verdad de que la criminalidad es cosa de jóvenes(43); más bien, me contentaré con la verdad igualmente simple de que el cerebro alcanza su (provisional(44)) pleno desarrollo a partir de los 25 años(45). Por lo tanto, la conocida impulsividad de la juventud no se basa únicamente en la falta de experiencia, sino también en factores biológicos. Quizá ni siquiera este biologismo hubiera sido necesario para despertar el malestar por el castigo de los viejos nazis; hubiera

(42) Cfr. EISENBERG, U. y KÖLBEL, R., *Kriminologie*, 7.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, § 48, nm. 11 ss.; GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 6.^a ed., Beck, München, 2008, § 24, nm. 8 ss.; KAISER, G., *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1996, § 43, nm. 5 ss. (nm. 9: «constataciones de validez casi universal»), reconociendo que dichas constataciones, por lo general, no se obtenían en contextos de delitos vinculados a regímenes injustos.

(43) Para una explicación basada en la teoría de la socialización y el control, KAISER, G., *op. cit.*, § 43, nm. 9. De manera similar, pero también señalando los contextos sociales, EISENBERG, U. y KÖLBEL, R., *op. cit.*, § 48, nm. 23 (véase también § 55, nm. 23 ss., con referencias a la reciente criminología del curso de la vida).

(44) En relación con la llamada plasticidad del cerebro, es decir, su capacidad para cambiar de diversas maneras, uno de los descubrimientos fundamentales de la investigación cerebral moderna, véase DOIDGE, N., *The Brain That Changes Itself: Stories of Personal Triumph from the Frontiers of Brain Science*, Penguin, London, 2007; DOIDGE, N., *The Brain's Way of Healing: Stories of Remarkable Recoveries and Discoveries*, Penguin, London, 2016.

(45) SAPOLSKY, R. M., *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, Penguin, New York, 2017, pp. 155 ss.

bastado con señalar la impulsividad de la juventud, que casi todos los que han alcanzado los 30 o 40 años, como muy tarde, pueden recordar bien en retrospectiva.

c) De la combinación de estas circunstancias, que se basan tanto en la materia como en el sujeto, parece *injusto*, en principio, declarar culpables de estos hechos a personas después de 70 años, aunque hayan cometido atrocidades extremas(46). Demjanjuk y Gröning no solo pasan a la historia como viejos nazis –lo que seguiría siendo soportable, porque la historia se interesa sobre todo por nuestro entorno vital común, y, solo en segundo lugar, por los asuntos privados–, sino que están obligados a oír del Estado, en nombre de todos nosotros, que los hechos de un joven nazi son sus propios hechos; en otras palabras: que son viejos nazis y que, por ello, deben soportar ser privados de sus últimos días de libertad. Les estamos imponiendo una biografía, erigiéndonos en autores de sus vidas, y creemos que esto es bueno porque estamos utilizando las palabras igualdad, derechos humanos y Estado de Derecho; palabras que estas personas conocían como mucho como palabrotas cuando tomaron la decisión por la que hoy, setenta años después, les condenamos.

5. Tres objeciones

Antes de concluir estas reflexiones, me gustaría asegurar este razonamiento frente a tres previsibles objeciones.

a) La primera objeción no se permite ningún rodeo: ¿no es irrazonable conceder al autor del delito un derecho a una vida auténtica cuando él ni siquiera concedió a sus víctimas un derecho a la vida? Esta objeción apenas puede tomarse en serio. Según su lógica taliónica, tendría que estar permitido torturar al torturador y violar al violador.

b) Concretamente, desde la perspectiva de un pensamiento formado en la dogmática de los derechos fundamentales, es lógico preguntarse si es suficiente establecer un derecho subjetivo sin entrar a ponderar posibles intereses contrapuestos. ¿Qué pasa con el Estado de Derecho, que debe mandar un mensaje? ¿Qué pasa con las víctimas, a las que cada vez más se les reconoce incluso el derecho al castigo de

(46) En el contexto de esta primera aproximación no es necesario aclarar finalmente cómo pueden operacionalizarse estas consideraciones en términos de la dogmática jurídicopenal. Dado que se basan en la culpabilidad, probablemente existan argumentos a favor de suprimir de la pena. La proximidad de la prescripción sugiere un impedimento procesal.

los delincuentes?(47) En este sentido, en la brevedad requerida: una comprensión no instrumentalizadora del Derecho y de los derechos subjetivos procede con cautela a la hora de establecer estos derechos desde el principio; no reconoce un derecho a mover el brazo por donde empieza la nariz del otro(48), y esto ni siquiera como un derecho *prima facie* que deba conciliarse primero por la vía de la concordancia práctica con el derecho también *prima facie* del otro a una nariz intacta. Esto significa que el Estado de Derecho que mande el mensaje aquí criticado sacrifica para ello los derechos individuales y, en este sentido, se comportará de forma ilegítima. Además, incluso en el caso de que se reconociera el supuesto derecho de la víctima a que se castigue al autor del delito –algo contra lo que creo que existen razones convincentes(49)–, difícilmente puede postularse un derecho de la víctima a determinar la biografía del autor del delito.

c) Sin embargo, la forma de restringir el derecho subjetivo no debe venir de fuera –lo que sería una instrumentalización–, sino del propio sujeto. Aquí cabría preguntarse si no hay hechos que configuren la propia biografía de tal manera que uno no puede distanciarse nunca más de ellos. ¿Habrían podido convertirse Stalin o Hitler? No quisiera sostener eso. El argumento aquí desarrollado solo establece que, ante estas decisiones tan trascendentales y determinantes para la biografía, deben darse ciertas condiciones previas que, como hemos visto, suelen faltar en el caso de nuestros antiguos nazis que aún viven. La situación es diferente con Stalin, Hitler y otros líderes, dado que no entran en juego las consideraciones relacionadas con el sujeto desarrolladas anteriormente (3.c, 4.b).

6. Excurso: los jóvenes asesinos ante la imprescriptibilidad (entre otros asuntos)

¿Lo que se ha desarrollado pretende ser concluyente? ¿Qué ocurre con el viejo nazi que se identifica con sus pecados de juventud durante toda su vida, y que los repite y confirma en cada oportunidad? Desde

(47) REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, Beck, München, 1999, pp. 26 ss.; HASSEMER, W. y REEMTSMA, J. P., *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002, pp. 130 ss.; HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *JZ*, vol. 61, 2006, pp. 955 ss.; HÖRNLE, T., *Straftheorien*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 38 ss. Más referencias pueden encontrarse en ROXIN, C. y GRECO, L., *op. cit.*, § 3, nm. 36 h.

(48) Cfr. MERKEL, R., «Die Haut eines Anderen», *op. cit.*

(49) ROXIN, C. y GRECO, L., *op. cit.*, § 3, nm. 36k ss.

una perspectiva *ex post*, es decir, desde la perspectiva de la persona de noventa años, no parece que se haya cometido ninguna injusticia con ella si el Estado se limita a apropiarse de la imagen que este individuo ha pintado de sí mismo. Desde una perspectiva *ex ante*, es decir, para el joven de veinte años, existe, sin embargo, el problema de que se le priva de toda posibilidad de volver a empezar (en aras de la simplicidad, supongamos que la prescripción no se introdujo *a posteriori*). La autenticidad no es solo un resultado, sino también una *esperanza*.

Esto sienta las bases para una crítica fundamental de la figura de la imprescriptibilidad (por no hablar de la cadena perpetua, que ya es cuestionable por otros motivos⁽⁵⁰⁾), pero que solo puede protegerse frente a posibles objeciones en otra ocasión. La imprescriptibilidad solo es comprensible bajo la suposición de que el Estado tiene derecho a identificar a las personas que cometen un determinado error (aunque sea grave) con ese error para siempre.

7. Conclusión

En contra de la costumbre, no repetiré los resultados individuales del ensayo; a quienes tengan prisa se les recomienda leer la introducción. Concluyo mi ensayo con la esperanza de que a Merkel, modelo personal de autenticidad científica, también le gusten estas líneas.

8. Bibliografía

- ANDROULAKIS, N. «“Zurechnung”, Schuldbemessung und personale Identität», *ZStW*, vol. 82, 1970, pp. 492-522.
- ASHOLT, M., *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- BECK, S., «Alter schützt vor Strafe nicht?», *HRRS*, marzo 2010, pp. 156-166.
- BENZ, A., *Der Henkersknecht. Der Prozess gegen John (Iwan) Demjanjuk in München*, Metropol, Berlin, 2011.
- COLEMAN, S., «Thought experiments and personal identity», *Philosophical Studies*, vol. 98/1, 2000, pp. 51-66.
- DAN-COHEN, M., «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, vol. 105, 1992, pp. 959-1003.
- DOIDGE, N., *The Brain That Changes Itself: Stories of Personal Triumph from the Frontiers of Brain Science*, Penguin, London, 2007.
- *The Brain's Way of Healing: Stories of Remarkable Recoveries and Discoveries*, Penguin, London, 2016.

(50) GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 187 ss.

- EISENBERG, U. y KÖLBEL, R., *Kriminologie*, 7.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- ERHARDT, J., *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, Lulu Press, Biel, 2014.
- ESER, A., «Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen», en Donatsch, A.; Forster, M., y Schwarzenegger, C. (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zürich, 2002, pp. 219-236.
- GENDLER, T. S., *Intuition, Imagination, and Philosophical Methodology*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 6.^a ed., Beck, München, 2008.
- GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- GRÜNEWALD, A., *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- HASSEMER, W. y REEMTSMA, J. P., *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002.
- HONORÉ, T., *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 1999.
- HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Strafrecht und im materiellen Strafrecht», *JZ*, vol. 61, 2006, pp. 950-958.
- «Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit», en Fahl, C.; Müller, E.; Satzger, H., y Swoboda, S. (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 115-126.
- *Strafrecht*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- HUDSON, H., «The morphin block and diachronic personal identity», en Gasser, G. y Stefan, M. (eds.), *Personal Identity: Complex or Simple?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 236-248.
- JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., De Gruyter, Berlin, 1991.
- KAISER, G., *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1996.
- KAWAGUCHI, H., «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht –Eine Einführung–», en Arnold, J.; Burkhardt, B.; Gropp, W. et al (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2005, pp. 139-148.
- LEITE, A., «Beihilfe kraft Organisationszugehörigkeit? Überlegungen zum Problem der Mordbeihilfe in Konzentrationslagern», en Stam, F. y Werkmeister, A. (eds.), *Der allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 53-76.
- MARTIN, R. y BARRESI, J. (eds.), *Personal Identity*, Blackwell, Malden (MA), 2003.
- MERKEL, R., «Zaungäste», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (eds.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt/Bern, 1995, pp. 171-196.

- MERKEL, R., «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik», *JZ*, vol. 54, 1999, pp. 502-511.
- *Früheuthanasie*, Nomos, Baden-Baden, 2001.
- «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JZ*, vol. 62, 2007, pp. 373-385.
- «Folter und Notwehr», en Pawlik, M. y Zaczyk, R. (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 375-403.
- «Die «kollaterale» Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ*, vol. 67, 2012, 1137-1145.
- «Die Haut eines Anderen», *Süddeutsche Zeitung*, 30/08/2012.
- *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2014.
- MOORE, M. S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- MÜSSIG, B., *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Köln, 2005.
- NOONAN, H., *Personal Identity*, 2.^a ed., Routledge, London/New York, 2003.
- PERALTA, J. M., «Motive im Tatstrafrecht», en HEINRICH, M.; JÄGER, C., ACHENBACH, H. et al, *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 II*, pp. 257-272.
- QUANTE, M. (ed.), *Personale Identität*, UTB, Stuttgart, 1999.
- QUANTE, M., *Personal Identity as a Principle of Biomedical Ethics*, Springer, Cham, 2017.
- RAGUÉS i VALLES, R., «El transcurso del tiempo como equivalente funcional de la pena», en García Caverro, P. y Chinguel Rivera, A. I. (eds.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019, núm. 15, p. 61-86.
- REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, Beck, München, 1999.
- ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5.^a ed., Beck, München, 2020.
- SAFFERLING, C., «Anmerkung», *JZ*, vol. 72, 2017, pp. 258-262.
- SAPOLSKY, R. M., *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, Penguin, New York, 2017.
- SCHECHTMAN, M., *Staying Alive. Personal Identity, Practical Concerns, and the Unity of a Life*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- SCHROTH, U., «Spenderautonomie und Schadensvermeidung», *MedR*, vol. 30, 2012, pp. 570-576.
- SHOEMAKER, D., *Personal Identity and Ethics. A Brief Introduction*, Broadview Press, Ontario, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Identität und strafrechtliche Verantwortlichkeit», en PAEFFGEN, H-U.; BÖSE, M.; KINDHÄUSER, U. et al, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, pp. 989-106.

- STRENG, F., «Strafzumessung bei Tätern mit hohem Lebensalter», *JR*, 2007, pp. 271-275.
- TOMIAK, L., «Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil als Strafmilderungsgrund beim sexuellen Missbrauch von Kindern», *HRRS*, enero 2018, pp. 18-25.
- VON LISZT, F., «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I*, De Gruyter, Berlin, 1905 (reimpresión 2010), pp. 126-179.
- VORMBAUM, T., «Mord sollte wieder verjähren» en Schulz, J. y Vormbaum, T. (eds.), *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. 481-502.
- WEFING, H., *Der Fall Demjanjuk. Der letzte große NS-Prozess*, Beck, München, 2011.
- WERKMEISTER, A., *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015.