



Redefinición de agendas y actores en el actual (des)orden internacional

Eric Tremolada Álvarez
Editor

COLECCIÓN *IUS COGENS*
DERECHO INTERNACIONAL E INTEGRACIÓN

NÚMERO II

ERIC
TREMOLADA ÁLVAREZ
(EDITOR)

REDEFINICIÓN DE AGENDAS
Y ACTORES EN EL ACTUAL
(DES)ORDEN INTERNACIONAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Redefinición de agendas y actores en el actual (des)orden internacional / Eric Tremolada Álvarez, editor ; Juan Miguel Amaya [y otros]. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2023.
774 páginas : gráficos (Colección IUS Cogens. Derecho internacional e integración ; 11)

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9786287676428 (impreso)

1. Derecho internacional 2. Derecho internacional marítimo 3. Plataforma continental – Colombia 4. Guerra ruso-ucraniana 5. Responsabilidad del Estado (Derecho internacional) 6. Cooperación internacional 7. Relaciones internacionales y cultura 8. Derechos de los indígenas -- México 9. Colombia -- Límites – Nicaragua 10. Europa -- Integración política 11. Chile -- Derecho constitucional I. Tremolada Álvarez, Eric, editor II. Amaya, Juan Miguel III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

341 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MRJ

octubre de 2023

ISBN 978-628-7676-42-8

© 2023, ERIC TREMOLADA ÁLVAREZ (EDITOR)
© 2023, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (+ 57) 601 341 9900
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2023

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Luis Fernando García Núñez
Composición: María Libia Rubiano
Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S.A.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JUAN MIGUEL AMAYA	NATALIA MELGAR
PAULINA ASTROZA	RAFFAELE NOCERA
IGNACIO BARTESAGHI	GRAZIANO PALAMARA
ALEJANDRA MONSERRAT ESQUIVEL	EDUARDO PASTRANA
ALAN FAIRLIE	DANIEL PEÑA
ROBERTA FERRARA	JORGE ALBERTO QUEVEDO
ELIZABETH FLORES	WILFREDO ROBAYO
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO	MARIÁNGELA RUEDA
RICARDO GARZÓN	LUIS FERNANDO SÁNCHEZ
RITA GIACALONE	SUSANA SANZ CABALLERO
MARTHA ISABEL GÓMEZ	ANGÉLICA SARAIVA SZUCKO
PABLO GUADARRAMA	ELISA TINO
SILVANA INSIGNARES	ERIC TREMOLADA
JOSÉ RODOLFO LIZÁRRAGA	JEANNETTE VALVERDE
RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU	BERNARDO VELA
PAOLO WULZER	

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
RICARDO GARZÓN CÁRDENAS

Legalidad penal, sus enemigos y el derecho internacional

Criminal legality, its enemies, and international law

RESUMEN

Al incorporar el principio de legalidad penal en las constituciones, puede parecer que la violación de este principio es solo un problema en Estados autoritarios. Sin embargo, sostenemos que esta idea no es correcta. De hecho, bajo el discurso constitucional predominante, especialmente en América Latina, es posible mantener formalmente la vigencia del principio de legalidad mientras se legitiman sus violaciones. En este sentido, exploramos las raíces del problema en la *fórmula Radbruch* y en la teoría *iusmoralista* del derecho del profesor Robert Alexy, quien ha desarrollado una teoría que permite relativizar el contenido de las normas sin que parezca que se están ignorando. La solución a esta disfuncionalidad se encuentra en una dogmática de derecho penal mínimo y garantista, así como en el cumplimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, los cuales sancionan a los Estados que violen garantías fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Legalidad penal, Fórmula Radbruch, Robert Alexy, *iusmoralismo*, Luigi Ferrajoli, derecho internacional.

ABSTRACT

By incorporating the principle of legality in Criminal Law into constitutions, it may be thought that the violation of this principle is only a matter for authoritarian states. However, we argue that this thesis is incorrect. In fact, under much of the prevailing constitutional discourse, particularly in Latin America, it is possible to maintain the formal validity of the principle of legality while legitimizing its violations. Here, we explore the roots of the problem in Radbruch's formula and in the *iusmoralist* theory of law by Professor Robert Alexy, who has developed a theory that allows for the relativization of the content of norms without appearing to ignore them. The solution to this dysfunctionality can be found in a minimalist and guarantee-oriented theory of criminal law, as well as in compliance with international systems for the protection of human rights, which sanction states that violate them.

KEY WORDS

Principle of Legality in Criminal Law, Radbruch's formula, Robert Alexy, *Iusmoralism*, Luigi Ferrajoli, International Law.

I. PLANTEAMIENTO Y TESIS

La vulneración de los derechos fundamentales, en general, y en particular la de los derechos ligados al principio de legalidad penal se suele asociar al ejercicio arbitrario del poder, a la implantación de gobiernos tiránicos o fuertemente autoritarios que tratan de desembarazarse de las trabas jurídicas a su conveniencia y a su libérrima acción. Pero no siempre es así.

En este trabajo argumentaremos que en la actualidad los ataques al principio de legalidad penal también ocurren en Estados democráticos, donde la doctrina constitucional se enorgullece de respetar los derechos. Ya no se trata solo de gobiernos que atentan contra los fundamentos liberales y humanistas de esos derechos, sino que se utilizan argumentos morales y de justicia para justificar la violación del principio de legalidad penal. Con frecuencia, son los constitucionalistas quienes brindan apoyo al poder y debilitan las garantías de los ciudadanos, presentando esos atentados como requeridos por la razón y justificables con las más profundas y sofisticadas razones morales. Al final, demostraremos que la salvación del derecho penal democrático depende no solo de las constituciones, sino también de construcciones teóricas y dogmáticas que consideren al derecho penal como una herramienta al servicio de la libertad, así como de los instrumentos internacionales que sancionan a los Estados que violan sistemáticamente la exigencia de legalidad en las conductas y las penas. En este sentido, nos enfocaremos en el sistema interamericano.

Nos vamos a encontrar con una dialéctica engañosa y una secuencia histórica que conviene mirar con mucha atención para no sucumbir al posible engaño. Primero se hace hincapié en las obvias y radicales vulneraciones de todos los derechos básicos en dictaduras oprobiosas, como fueron la nacionalsocialista y la de la extinta República Democrática Alemana, por quedarnos en Alemania y porque será ese el país que tomaremos como banco de prueba para nuestra tesis. Seguidamente, si acaso, se resalta el modo en que en la práctica de tales regímenes se despreciaba el principio de legalidad y toda garantía de los derechos. A continuación, se ponen de manifiesto las

técnicas utilizadas, ya en democracia y bajo un régimen constitucional pleno, para reponer en sus derechos a aquellos ciudadanos antes discriminados y maltratados, para lo cual se buscan argumentos que justifiquen la invalidación de aquellas normas jurídicas moralmente aberrantes o la aplicación retroactiva de las que ahora se dicten para compensar a tales víctimas. Y en ese marco es donde se produce el gran salto problemático y que aquí queremos discutir, pues lo que ahora se hace es vulnerar el principio de legalidad penal, constitucionalmente protegido, para castigar, aquí y ahora, a quienes en esos regímenes de antes cometieron gravísimas injusticias bajo el amparo de la legalidad de su tiempo.

Es evidente que todos nos sentimos satisfechos y aplaudimos francamente cuando se reprocha con contundencia cada pasada violación de los derechos fundamentales de las personas, y cuando se emplean medios constitucionalmente posibles para sancionar a los victimarios y honrar y compensar a las víctimas. Pero el problema radica en si esos legítimos y bien comprensibles afanes justicieros compensan la vulneración de derechos constitucionales de aquí y ahora, la introducción de excepciones en la garantía de los derechos que nuestras constituciones han de proteger sin excepción.

¿Cuánto de malos han de ser los malos para que consideremos que para ellos no rigen los derechos de todos y las garantías generales constitucionalmente impuestas? ¿Acaso con buenas palabras y mucha terminología moral estamos planteando un derecho constitucional del enemigo? ¿O será una variante del derecho penal del enemigo la que da pie a que los que en cierto tiempo y lugar, y de modo moralmente muy deplorable, delinquieron no merezcan ni reciban las garantías ordinarias cuando son penalmente procesados? ¿Tal vez una variante *soft*, algo así como derecho penal del rival?

Los desajustes doctrinales son inevitables. Cuando los viejos regímenes dictatoriales y asesinos conservan capacidad de negociación y cierto control sobre la transición hacia el Estado constitucional de derecho y con derechos, se echa mano de la llamada justicia transicional como fórmula retórica para justificar excepciones de signo contrario, la no aplicación plena del derecho penal a quienes patentemente actuaron por fuera de toda legalidad, la de antes y la de ahora, cuando mataban, torturaban, violaban o saqueaban. Pero cuando se trata de regímenes o Estados autoritarios y criminales que caen sin más o son derrotados, no se aplica la ley como rectamente corresponda, sino que se emplean argumentos bien rebuscados para eliminar toda garantía

constitucional actual que estorbe, a fin de que no haya impunidad ninguna y de que ningún acto moralmente muy condenable deje de ser penalmente perseguible.

El caso alemán es también a estos efectos bien curioso, igual que curiosa resulta la peripecia histórica de la llamada “fórmula Radbruch”. Hasta donde sabemos y hemos podido averiguar, antes de los famosos procesos de los “tiradores del muro”, jamás se había utilizado la fórmula Radbruch para declarar jurídicamente inválida una norma legal que justifica penalmente una acción y la declara impune, de modo que, tras tener por nula tal cláusula, quepa condenar al acusado. Respecto del nazismo, lo que a partir de la Ley Fundamental de Bonn se había hecho era declarar nulas condenas recaídas bajo tal régimen, aduciendo que las normas penales que formalmente las justificaban no eran verdadero derecho, dado su enorme grado de iniquidad. *Con eso ninguna garantía constitucional se vulneraba* en la República Federal, puesto que a lo que el principio de legalidad penal del parágrafo 103.²¹ obsta es a aplicar retroactivamente la ley penal perjudicial o a tener, con criterios jurídicos de ahora, como no existente la ley penal antaño favorable, pero a efectos de condenar hoy aquí a quien antes se hallaba cubierto bajo esa ley.

Hubo casos, en los años cincuenta y sesenta, en que en el banquillo de los acusados se sentaron jueces o funcionarios del Estado nazi que apelaron a que sus acciones no podían ser tildadas de delictivas a la luz del derecho en su momento vigente, por mucho que resulten moralmente repugnantes. Seguramente lo que movía a Radbruch, cuando forjó su famosa tesis de que el derecho aberrante del todo no es derecho, era el propósito de sustraer tal excusa penalmente absolutoria a dichos acusados, pero aquí nos topamos una vez más con las bromas y paradojas de la historia. El mismo Radbruch había planteado al mismo tiempo su famosa tesis de que la culpa de la hecatombe jurídica en el nazismo era del *iuspositivismo*, que habría convencido a los operadores jurídicos de aquel tiempo de que “la ley es la ley” y de que, por tanto, ninguna excusa vale para justificar

1 Art. 103.2: “Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto” (*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*).

su incumplimiento, y menos por los jueces y funcionarios públicos (Radbruch, 1971, p. 3)².

No solo carece de cualquier rigor y fundamento esa imputación al positivismo jurídico, sino que fue esa tesis la que permitió la absolución en vía penal de aquellos acusados e hizo irrelevante la eventual aplicación de la fórmula Radbruch como estrategia para anular su apelación al derecho positivo como eximente, ya que la insistencia en que los jueces y demás se encontraban obcecados por la influencia del positivismo y eran, en consecuencia, incapaces de captar que el grado de injusticia de aquel derecho los dispensaba de toda obligación jurídica o moral de aplicarlo, daba el argumento decisivo para afirmar que faltaba el elemento subjetivo del tipo penal correspondiente, pues no eran conscientes de la antijuridicidad real y la maldad cierta de su acción (Paulson, 1994, pp. 327 ss., 338 ss.; Ortiz de Urbina, 2007, pp. 77 ss., 89)³. Fue por el lado de la culpabilidad como se encontró la vía para la absolución, a diferencia de lo que sucedió, como veremos, en el caso de los policías de fronteras de la República Democrática Alemana, a los que de nada les sirvió invocar el adoctrinamiento radical a que habían estado sometidos.

Al parecer, por culpa de Kelsen y del por lo demás falso adoctrinamiento positivista que pesaba sobre los jueces nazis, estos no pudieron tomar conciencia clara de la maldad de las normas que aplicaban y de la radical injusticia que con muchas sentencias cometían, mientras que los soldados de la Alemania comunista sí tenían que haber sabido que era antijurídico su actuar, aunque la legalidad formalmente los amparara, pues se supone que

2 Estas son las palabras de Radbruch: “El nacionalsocialismo se aseguró la sujeción de los soldados, por un lado, y de los juristas, por otro, sobre la base de los principios ‘Las órdenes son órdenes’, que se aplicaba a los primeros, y ‘ante todo se han de cumplir las leyes’, que se refería a los segundos. Sin embargo, el lema de ‘las órdenes son órdenes’ no rigió nunca sin limitaciones (...). En cambio, al principio de que ‘ante todo se han de cumplir las leyes’ no se le puso ninguna limitación. Sino que era la expresión del positivismo jurídico, que, durante siglos, se impuso casi sin ninguna contradicción, entre los juristas alemanes”. Esta obra es de 1946, aquí se utiliza la traducción castellana de J. M. Rodríguez Paniagua.

3 En esta obra se rebaten muy competentemente las tesis de Radbruch, tanto la afirmación empírica de que entre los jueces alemanes dominaba el positivismo como la tesis conceptual de que el positivismo les impedía oponerse a los designios del nazismo. Así mismo, se subraya: “Lo más grotesco es que Radbruch, víctima personal de la persecución nacional-socialista, acabó facilitando la transición al nuevo estado de cosas de numerosos juristas que, por las circunstancias que fuera, manifestaron su apoyo al régimen nazi” (p. 89).

ninguna norma de derecho vale como tal si ordena al policía de fronteras disparar al que intenta escapar a otro país.

Un matiz más queremos añadir en esta presentación del tema. Hace un momento señalábamos cuatro pasos de una estrategia doctrinal: indicación de las tremendas injusticias en regímenes como el de la Alemania nazi o la Alemania comunista, explicación de cómo despreciaban el principio de legalidad penal y todos los derechos asociados, presentación de técnicas jurídicas usadas para reponer o compensar a las víctimas y, al fin, justificación de la vulneración del principio de legalidad penal en nuestros sistemas constitucionales si es con el fin de eliminar la impunidad de aquellos victimarios. Pero últimamente estamos comprobando que hay un sutil paso que a esa estrategia se agrega.

Ahora no se piensa tanto en que el principio de legalidad penal estorbe para hacer justicia a los crímenes del pasado o a los criminales en otros sistemas, sino para castigar como se merece a ciertos sujetos cuyas acciones han tenido lugar bajo nuestro sistema constitucional y bajo la vigencia formal de todos los derechos fundamentales y de todas las garantías que ofrece la Constitución y el sistema constitucional por entero. Los malos muy malos se buscan aquí, y no por lo que fueron sus conductas de antaño, sino por cómo se comportan en el presente. De la mano de una retórica populista y de una doctrina caída en brazos de un moralismo de escaso nivel académico, se apunta a ciertos conciudadanos cuyos crímenes se tienen por muy peligrosos y severamente reprochables y se traman argucias legales y judiciales para privarlos de sus derechos, en patente contravía con lo que la Constitución respectiva dice, pero siempre de la mano de una ponderación que todo lo justifica, y más cuando de lo que se trata es de procurar la victoria del bien contra el mal, de la ciudad de Dios contra el imperio de los paganos.

Seguramente el gran error táctico de Günther Jakobs al proponer su derecho penal del enemigo como distinto al derecho penal genuino y con garantías, que es el derecho penal del ciudadano, fue el de no adornar sus planteamientos penales y su celo antigarantista con un discurso moralizante y una insinuante ética objetivista y presuntamente universalista. A Jakobs se le ve cínico y desalmado porque no presenta su derecho penal discriminatorio como exigido por la justicia, sino con las frías razones funcionales de una prevención general positiva pasada por la lejana lógica de Hegel y adobada, por tanto, de un estatismo de pintas nada humanistas (García Amado, 2000

y 2006). Porque si al jakobsiano derecho penal del enemigo lo vestimos de los coloridos ropajes del nuevo *iusmoralismo*, tenemos el mismo resultado, el de que las garantías son para los buenos y que impunes solo pueden ser los nuestros, y que cuando negamos hasta los primeros derechos constitucionales a determinadas personas y tratamos de punir a cualquier precio, no damos rienda suelta a la fría venganza, sino que rendimos homenaje a la más excelsa justicia.

Una vez dijimos que como primeros enemigos se menciona siempre a terroristas, narcotraficantes y delincuentes sociales, pero que la lista queda abierta y que a ese saco se termina por echar a quienquiera que nos desagrada, nos estorbe o sea inconveniente para nuestros intereses colectivos o individuales, si es que tienen intereses individuales los fiscales, jueces, procuradores... Por ejemplo, para ciertos populismos de nuestros días un enemigo a batir es el empresario, pero no el empresario que a todas luces y ley en mano probadamente delinque, sino el empresario por serlo y por hacerse rico y por triunfar en sus negocios. Y entonces es cuando las paradojas florecen una vez más y vemos a los dizque enemigos del capitalismo protegiendo la pureza de la competencia en el mercado a base de pergeñar tipos penales abiertos que convierten el derecho penal económico en una rama de la metafísica y en el campo de juego ideal para chantajes y retaliaciones. Un derecho penal económico del enemigo (Berruezo y Coppola, 2021).

Algo de todo esto lo tratamos de explicar a continuación de la mano de lo sucedido en Alemania y del peligro de ciertas teorías jurídicas bienintencionadas en el fondo y no muy rigurosas en su forma. Ni qué decir tiene que no acudamos a quienes tales teorías hacen de quererse cómplices de las nuevas tiranías ni agentes de la insidiosa campaña para destruir, retóricas aparte, el derecho y los derechos. Pero alguna responsabilidad en el fondo tendrá si no han sabido darse cuenta de que sus tesis poco claras podían caer en manos malintencionadas o que dan mal ejemplo al poner el derecho al servicio de su personal moral, pues lo mismo harán otros que no la tienen ni tan cultivada ni tan elevada.

II. IUSMORALISMO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. A PROPÓSITO DE ROBERT ALEXY

A. LA “FÓRMULA DE RADBRUCH”

El gran autor alemán Robert Alexy, *iusfilósofo* y constitucionalista, y gran inspirador del *iusmoralismo* actual de corte no *iusnaturalista*, publicó dos artículos sobre los casos de los tiradores del muro (Alexy, 2000 y 2003). La tesis central de Alexy es que se debe asumir la llamada “fórmula Radbruch” y que con ella en la mano se hace evidente que las normas de la República Democrática Alemana, que ordenaban a los policías de fronteras disparar a matar, como último recurso, cuando algún ciudadano de aquel Estado intentaba huir a la República Federal, no configuran una causa de justificación penal válida y, por tanto, no eximen de la responsabilidad por homicidio cuando así mataron a los que intentaban escapar de la Alemania comunista.

Es la extrema injusticia de tales normas formalmente habilitadoras la que las priva de validez jurídica, y sin tal causa de justificación no queda más que el delito de homicidio, en cualquiera de sus variantes y con la forma de participación que corresponda, delito de homicidio que ya estaba tipificado en la República Democrática Alemana y que toca aplicar, aunque sea con la pena más benigna que es propia del derecho penal de la República Federal y de acuerdo con el Tratado de Unificación.

Sabida es la importancia de la “fórmula Radbruch” como uno de los pilares de la teoría *iusmoralista* del derecho de Alexy. Recordemos cómo expresó Gustav Radbruch su idea:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse dando prioridad al derecho positivo, en cuanto asegurado por la promulgación y el poder, aun cuando su contenido sea injusto e inapropiado, o bien, cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una proporción insoportable, haciendo que la ley, en cuanto “derecho injusto”, ceda ante la justicia. Es imposible trazar una línea precisa entre los casos de una ley que por su injusticia no sea Derecho y una que, a pesar de su contenido de injusticia, sea sin embargo una ley válida. Pero una frontera entre ambas puede establecerse con toda precisión: donde ni siquiera se pretende en modo alguno la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente vulnerada al promulgar el derecho positivo, la ley no es meramente derecho injusto, sino que pierde completamente su naturaleza de Derecho. Pues el Derecho, también el derecho positivo, no puede sino definirse como un orden y una prescripción que, por su sentido inmanente,

está determinado a servir a la justicia. Medido con este patrón, partes completas del derecho nacionalsocialista no habrían alcanzado nunca la dignidad de derecho válido (Radbruch, 1990, p. 89)⁴.

La idea de un derecho supralegal y la imputación al positivismo de responsabilidad por las atrocidades jurídicas del nazismo se juntan en este otro fragmento de Radbruch:

La ciencia jurídica ha de retornar al milenario saber de la Antigüedad, de la Edad Media cristiana y de la época de la Ilustración y tomar conciencia de que hay un Derecho más alto que la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho de la razón, en resumen, un derecho supralegal bajo cuya medida la injusticia se queda nada más que en injusticia aunque tenga la forma de la ley, y ante el cual una sentencia judicial basada en tal ley injusta no es verdadera decisión jurídica, verdadera jurisprudencia, sino más bien no Derecho [*Unrecht*], aun cuando al juez, por su educación jurídica positivista, no se le pueda atribuir como culpa personal” (Radbruch, 1972, p. 2)⁵.

Al fin, veamos cómo, en Radbruch, la invocación de la nulidad del derecho que los jueces aplicaban va unida a una cierta comprensión moral de aquellos jueces, dada su supuesta (y bien errónea) alienación positivista:

La punibilidad de los jueces por asesinato presupone a su vez que hayan quebrantado el Derecho (arts. 336 y 344 del Código Penal). Porque, en efecto, el juicio de un juez independiente solo puede ser objeto de un castigo cuando no haya cumplido con el principio fundamental a que tiene que acomodarse esa independencia: la

4 El original de este trabajo es de 1946. La traducción es nuestra. Es tarea complicada la de traducir párrafos como este, decisivos en la obra de un autor y en los que el matiz puede ser absolutamente determinante. Esa traducción ya fue presentada en otro texto, donde también hay varias ideas y materiales que se exponen en este epígrafe sobre la fórmula de Radbruch (García Amado, 2011).

5 Traducción nuestra. Este escrito de Radbruch fue originalmente publicado en 1947. La posición de Radbruch en lo concerniente a la responsabilidad de los jueces es un tanto equívoca, pues, por una parte, subraya que no eran derecho muchas de aquellas normas aberrantes que aplicaban, pero, por otra, abre una vía de exculpación que será constantemente usada en la jurisprudencia posterior, al señalar que, por sus convicciones positivistas, podrían carecer de la conciencia de la antijuridicidad o que, incluso, el miedo podría haberles llevado a actuar en estado de necesidad. Flaco favor hizo así Radbruch a la justicia, ya que sabemos cuánto de falso hay en la supuesta ideología positivista, salvo que hablemos del positivismo estatista y metafísico, antikelseniano; además, la investigación posterior ha demostrado rotundamente que no se daban los requisitos del estado de necesidad, pues no eran sancionados con ninguna gravedad los pocos que dimitían o que hacían un uso alternativo del Derecho (Müller, 1989, pp. 197 ss.).

sumisión a la ley, es decir, al Derecho. Si, de acuerdo con los principios que hemos desarrollado, se puede afirmar que la ley que se aplicó no constituye Derecho, como, por ejemplo, en el caso de una pena de muerte encomendada a la libre apreciación, sino que más bien hacía escarnio de cualquier intención de acomodarse a la justicia, estamos ante un caso de objetiva violación del Derecho. Pero ¿podrían incurrir en el dolo de violación del Derecho al aplicar las leyes positivas unos jueces que estaban tan imbuidos por el positivismo jurídico dominante, que no conocían más Derecho que el establecido en las Leyes? Aun admitiéndolo, les quedaría todavía como último recurso, aun cuando bien lamentable, invocar el peligro de muerte en que se hubieran metido, dada la concepción del Derecho nacionalsocialista, es decir, la ausencia de Derecho a pesar de las leyes: el recurso al estado de necesidad del artículo 54 del Código de Derecho Penal; del que decimos que sería bien lamentable, porque el *ethos* del juez debe estar orientado por la justicia a toda costa, aun la de la propia vida” (Radbruch, 1971, pp. 18-19).

Ese Radbruch, que de algún modo había sido positivista cuando casi nadie lo era y quien vio que la doctrina nacionalsocialista rechazaba tal positivismo del modo más virulento, acaba coincidiendo con sus tesis de inculpación genérica y acrítica del positivismo. El nazismo había separado de su cátedra al positivista Radbruch y al positivista Kelsen, este forzado al exilio, mientras que en el nazismo engordaban quienes siempre se habían proclamado antipositivistas y antikelsenianos. Simplemente, la afirmación de que el positivismo había sido dominante en Weimar y en tiempos de Hitler históricamente no se sostiene, lo mantenga Radbruch o el lucero del alba. Salvo que definamos el positivismo como doctrina que predica la necesaria obediencia al derecho positivo por ser positivo, lo cual jamás ha sido postulado por Kelsen, por ejemplo. Hay incluso autores que han interpretado que la crítica de Radbruch es en realidad autocrítica de aquel fragmento de su *Rechtsphilosophie* en el que mantenía, antes del nazismo, que el juez debe aplicar la ley, aunque el contenido de esta se contrario a los dictados de su conciencia sobre la justicia (Walther, 1989)⁶.

6 “Para el juez es obligación profesional hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar su sentimiento jurídico ante el imperativo legal, preguntarse solo qué es jurídico y, en ningún caso, si ello es justo (...) Despreciamos al sacerdote que predica contra sus propias convicciones, pero alabamos al juez que no deja que su fidelidad a la ley se vea eclipsada por su sentimiento jurídico de signo contrario” (Radbruch, 1973, p. 178). En cualquier caso y en medio del debate sobre el mejor modo de entender la filosofía jurídica de Radbruch antes y después del nazismo, es importante señalar, como hace Ian Ward (1992, pp. 197-199 y 203), que ni facilitó Radbruch el nazismo con su doctrina primera ni fue luego la suya una conversión al *iusnaturalismo* en sentido estricto.

También se puede conjeturar que el positivismo que Radbruch ataca, con su insistencia en que el positivismo pone el derecho a los pies del puro poder del Estado y pretende en el fondo la obediencia al Estado como ente absoluto, es aquel positivismo autoritario que realmente tuvo gran presencia en Alemania, el positivismo del derecho del Estado, no el del Estado de derecho (Rottleuthner, 1987, p. 381)⁷, (Simon, 1985, pp. 52-53)⁸.

En cualquier caso, autores como Larenz, Weinkauff y Radbruch han contribuido a consolidar la confusión entre validez jurídica y obligación moral. El positivismo kelseniano intentó diferenciar el derecho de otros sistemas normativos, pero es importante distinguir dos aspectos: las normas jurídicas pueden ser válidas aunque su contenido sea inmoral, al igual que una norma moral sigue siendo válida aunque su contenido sea antijurídico. Además, la conciencia de un individuo sobre la validez de una norma jurídica no implica un criterio para resolver conflictos morales si considera que el mandato de dicha norma es contrario a su propia moralidad objetiva o guía de actuación consciente.

Que una norma sea jurídicamente válida significa solo que, conforme a derecho, hay una obligación jurídica de seguir esa norma. Pero esto es una mera tautología, no más, y se reduce a entender que las normas jurídicas obligan jurídicamente. De la misma manera, las normas morales obligan moralmente. Nunca un positivismo como el de Kelsen da el paso de afirmar que exista una obligación moral de obediencia a las normas jurídicas, de la misma manera que no hay para el sujeto una obligación jurídica general de obediencia a las normas morales. Si hubo bajo el nazismo, por ejemplo,

7 Rottleuthner, después de hacer ver que en el Radbruch posterior a 1945 se solapan tres conceptos divergentes de positivismo jurídico, mantiene que la opinión de que el positivismo había dominado en la Alemania de Weimar solo puede ser entendida por referencia a que “la gran mayoría de los juristas eran representantes del positivismo en su variante autoritaria, no precisamente en el sentido de que cada uno ha de obrar en conformidad con el legislador. Debido a su postura autoritaria y conservadora, proveniente del Imperio, se comportaban frente al legislador parlamentario y republicano de manera reticente o con rechazo, pues ese legislador no se correspondía con el modelo del Estado monárquico autoritario”.

8 “Se puede considerar como un hecho –que incluso era indiscutible para los contemporáneos– que la jurisprudencia de la república de Weimar mostraba en conjunto una actitud bastante reservada hacia el nuevo Estado, que comprendía en su espectro desde la antipatía a regañadientes, hasta la hostilidad abierta. El a menudo citado sabotaje de la ley de protección de la república (*Republikerschutzgesetz*) mediante las miserables sentencias sobre la ausencia de carácter injurioso de expresiones como ‘puerca república’, ‘república judía’, etc., o los frecuentes agravios a la bandera, siguen siendo aún el mejor testimonio de ello”.

personas que entendieron que estaban moralmente compelidas a obedecer las normas jurídicas de dicho régimen, fue por la alta estima moral en que tenían al mismo o porque en su particular conciencia tales preceptos jurídicos eran acreedores de obediencia por su elevado contenido de justicia, pero jamás se podrá sostener, sin grave desfiguración de la realidad, que Kelsen había mantenido que cualquier sujeto está moralmente obligado a rendir pleitesía a las normas de ese o de cualquier derecho por el simple hecho de que sean normas jurídicas. Era el otro positivismo, el estatista, el del derecho del Estado, el que, sobre la base de la cualificación metafísica y moral del Estado, pensaba que los ciudadanos, meras células de la comunidad estatal y nacional, debían subordinarse plenamente a los designios de esa suprema instancia político-jurídica, el Estado. Es ese positivismo metafísico y autoritario, solo ese, el que culmina en la exaltación comunitaria y en la sumisión del ciudadano al poder que vemos en los textos de los autores del nazismo.

Merece la pena que nos demoremos en la traducción y cita de unos párrafos de Ingo Müller, bien significativos:

Para el ‘ordenamiento jurídico’ del imperio nazi la estricta vinculación de la judicatura a la letra de la ley habría operado como freno y limitación del poder estatal. Por ello al juez se le declaraba expresamente ligado a la ‘lealtad al Führer’ en lugar de fiel a la ley. El acogerse a la letra de la ley, por contra, se consideraba como ‘típico del pensamiento jurídico y moral liberal-judaico’ y nada menos que la Sala Penal del Tribunal del Reich, bajo la presidencia de Bunke, había advertido así a la judicatura alemana: ‘La tarea que el Tercer Reich pone a la jurisprudencia de los tribunales solo puede ser acometida si en la interpretación de las leyes la jurisprudencia no se ata a su tenor literal, sino que penetra en su esencia y trata de colaborar para que sean realizados los fines del legislador’. Aunque en la época del nazismo y sobre todo después cualquier jurista sabía perfectamente que la doctrina jurídica nacionalsocialista era exactamente lo más opuesto al positivismo jurídico, la afirmación de que los jueces alemanes no habían hecho más que seguir la ley y de que así habían sido adiestrados por los profesores demócratas de la República de Weimar funcionó como exculpación universal de los juristas (...) No está claro quién fue el inventor de esa leyenda de la fidelidad de los juristas nazis a la ley, leyenda que se lanza contra los profesores demócratas de la época de Weimar, como Gustav Radbruch, Gerhard Anschütz y Hans Kelsen –científicos que en 1933 habían perdido sus cátedras-. El profesor Jahrreiss ya la utilizó en su defensa de acusados en el juicio de los juristas en Nuremberg (...). Esa explicación de la decadencia del Derecho bajo el nacionalsocialismo se extendió rápidamente. El antiguo presidente de *Landgericht* Hubert Schorn hizo responsable a la “educación positivista” de los juristas. Hermann Weinkauff (...) enumeró la arbitrariedad

judicial y el crimen judicial como “efectos devastadores del positivismo jurídico”. Hans Welzel, uno de los penalistas ideólogos de la dictadura de Hitler, apeló a la tan citada frase de Radbruch (“alabamos a los sacerdotes...”) para proclamar con patetismo lo siguiente: “¡Ese escrito es de 1932! No podemos olvidar que los juristas alemanes, formados en tales doctrinas, se encontraron con el Tercer Reich. El Tercer Reich se tomó realmente en serio la doctrina positivista”. El propio Welzel debería haber recordado lo que él mismo escribió en 1935, cuando proclamaba que “el pensamiento concreto de orden debe ser contemplado como una unidad... en la que la comunidad popular, con las necesidades de la concreta situación histórica, encuentra su asiento, en lo que al campo jurídico se refiere, en la voluntad expresada por el *Führer*, es decir, en la ley” (Müller, 1989, pp. 222-224).

Continúa Müller:

¿Mentira deliberada u ocultamiento? La fábula del positivismo, que tiene todas las características de una caricatura, la adoptaron con gusto y especialmente aquellos juristas que habrían debido responder por los crímenes acontecidos en la época nazi, y los tribunales aceptaron dicha disculpa con la mejor disposición (Id., p. 224).

En los tiempos en que Radbruch mantiene su nueva posición, la capacidad explicativa y fundamentadora de la teoría jurídica estaba más que rebasada. Al fin y al cabo, Radbruch y los profesores que, a diferencia de él, habían militado en el nazismo tampoco deberían haber olvidado que las frecuentes invocaciones del *iusnaturalismo* en tiempos de Weimar e, incluso, después de 1933 tampoco habían aportado gran cosa para frenar el entusiasmo doctrinal y judicial ante los dictados de Hitler. Había que comenzar una nueva etapa política y académica y mientras los académicos que buscaban excusa para su anterior apego al nazismo se proclamaban positivistas con efectos retroactivos y *iusnaturalistas* pro futuro, otros pretendían encontrar fundamento jurídico para reacciones como las que se reflejan en los Juicios de Núremberg, y aquí sí que, ciertamente, con argumentos positivistas las condenas habría que verlas como atentatorias al principio de legalidad penal, pues ni en el derecho alemán ni en el derecho internacional de la época se podía encontrar base suficiente para las mismas. Con esquemas *iuspositivistas* probablemente habría que haber aceptado unas absoluciones moral y políticamente intolerables, y echar mano del *iusnaturalismo* para justificar los castigos resulta más funcional, pero a costa de volver a hacer las tesis *iusnaturalistas* perfectamente aptas para cualesquiera usos que se les quiera dar.

Resultan del máximo interés las consideraciones críticas de Kelsen sobre los juicios de Núremberg (Kelsen, 1947, pp. 153 ss.) (Kelsen, 1944, pp. 110 ss.). Estas posturas, descritas de gran manera por autores como Danilo Zolo (2005, pp. 37-38) y Luigi Ciaurro (1990), se podrían resumir más o menos como sigue. Después de la devastación de la segunda guerra mundial, Kelsen vislumbra un camino hacia la paz que comienza con el establecimiento de una Corte de justicia internacional con jurisdicción obligatoria. La clave radica en que los Estados adherentes renuncien a la guerra y las represalias, y se comprometan a someter sus disputas a esta Corte y acatar sus sentencias. Kelsen propone un enfoque gradual, sugiriendo que las potencias vencedoras, incluida la Unión Soviética, sean las primeras en firmar el tratado, seguidas por las potencias del Eje una vez desarmadas y sometidas a controles políticos y militares. En su visión, las grandes potencias se convertirían en garantes del derecho internacional al aceptar y respaldar las decisiones de la Corte con su fuerza militar.

En este contexto, Kelsen destaca la importancia de establecer responsabilidad individual para aquellos que violen el derecho internacional recurriendo a la guerra. La Corte tendría autoridad para imponer sanciones colectivas y juzgar a los culpables de crímenes de guerra, incluso contemplando la pena de muerte en ciertos casos. Sin embargo, el autor critica la idea de un tribunal internacional conformado únicamente por jueces de las potencias vencedoras, abogando por un tribunal imparcial e independiente. En línea con su búsqueda de justicia, Kelsen defiende que los Estados vencedores también deben someterse a las mismas leyes que imponen a los Estados derrotados. Para él, el castigo a los criminales de guerra debe ser un acto de justicia, no de venganza. Por tanto, propone que los Estados vencedores transfieran la jurisdicción sobre sus propios ciudadanos al Tribunal de Núremberg, preservando así la naturaleza jurídica y la esencia misma de la justicia internacional. En conclusión, un derecho internacional fuerte y justo solo se puede basar en el acuerdo de lo que se debe castigar y cómo, con independencia del lugar de vencedores y vencidos.

B. RADBRUCH EN EL MURO DE BERLÍN

Alexy resume la fórmula de Radbruch así: “El derecho extremadamente injusto no es derecho” (Alexy, 2000, p. 205; Alexy, 2003, p. 470). Recuerda que esa idea ya había sido utilizada por el Tribunal Constitucional Alemán

en 1968, en la *Staatsangehörigkeitbeschluss* (BVerGE 23, 98)⁹. Se trataba del caso de un abogado judío que había huido a Holanda y que había sido privado de su nacionalidad alemana por aplicación de la *Undécima Ordenanza sobre la Ciudadanía del Reich* (*Elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz*), de 1941¹⁰. Son sus herederos los que reclaman la nulidad de tal resolución por causa de la nulidad de la norma aplicada, y el Tribunal Constitucional razonó así:

El Derecho y la justicia no están a disposición del legislador... Precisamente el nazismo ha enseñado a Alemania que también el legislador puede cometer injusticia... Por eso el Tribunal Constitucional ha sentado que es posible negar la validez a aquellos preceptos del ‘Derecho’ nacionalsocialista que contradicen de modo tan evidente los principios fundamentales de la justicia, por lo que aquellos jueces que los apliquen o atiendan a sus consecuencias jurídicas no deciden conforme a Derecho, sino contra Derecho... El 11^o *Verordnung* atenta contra esos principios fundamentales. En esa norma la contradicción con la justicia es tan insoportable, que debe considerarse de mano como nula¹¹.

Pero Alexy observa con razón que aquí no se suscita ningún problema relacionado con el principio de legalidad penal. Y podríamos añadir nosotros que de lo que se trataba era de extender derechos a las víctimas del nazismo sin poner en riesgo derechos o garantías de nadie a cambio.

En el primero de sus trabajos sobre el tema, Alexy comenta la sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal) del 3 de noviembre de 1992, en la que se condena a dos guardianes de fronteras que dispararon y mataron a un joven que intentaba saltar el muro, en un momento en que eran conscientes de que solo disparando a dar podían evitar que se consumara su huida. Eran conscientes de que sus disparos podían tener efectos mortales, como de hecho sucedió.

9 Es bueno aclarar que, pese al nombre que le da Alexy, esta sentencia reposa en los buscadores del Tribunal Constitucional Alemán bajo el nombre de “*Ausbürgerung I*”.

10 El artículo 1 decía que “no puede tener la nacionalidad alemana un judío que tiene su residencia habitual en el extranjero y aclaraba que se entenderá que hay residencia habitual en el extranjero cuando el judío está en el extranjero bajo circunstancias que permiten reconocer que no permanece allí de modo provisional”. Y el artículo 2 establecía que un judío pierde la nacionalidad alemana cuando a la entrada de esta norma tiene su residencia habitual en el extranjero o cuando posteriormente vive habitualmente en el extranjero. Lo esencial es también que, según el artículo 3, el patrimonio del judío así privado de nacionalidad alemana pasa al Estado y debe ser empleado para los gastos provocados por la “solución de la cuestión judía”.

11 La traducción es nuestra.

Descarta Alexy que conforme al derecho de la República Democrática Alemana fuera punible la acción de esos guardias de fronteras, pues estaban vigentes normas que operaban como causas de exoneración de responsabilidad penal, concretamente el artículo 27, apartado 2, de la Ley de Fronteras, que decía así:

El uso de armas de fuego está justificado para impedir una conducta que, a la luz de las circunstancias, se tenga por delictiva y que suponga la ejecución inminente del acto ilícito o ya sea la consumación del mismo.

El mismo autor resalta que, por su tenor, esa norma es bien similar a las que rigen en otros Estados, incluida la República Federal Alemana. Lo que se está asumiendo en su razonamiento es que no es esa cláusula en sí la que encierra injusticia extrema, sino su aplicación en los casos en que el “delito” consiste en el intento de escapar del país y cuando para impedirlo se dispara asumiendo el riesgo cierto de matar. El propio Tribunal habría razonado así y establecido que va contra el principio de proporcionalidad el que se pueda disparar a matar contra quien con su conducta, aunque formalmente ilícita, no pone en peligro la vida de nadie (Alexy, 2003, p. 474).

Ahora bien, el Tribunal consideró que dentro del propio sistema jurídico de la República Democrática Alemana era posible sostener una interpretación que diera cuenta de la ilicitud de la conducta de los policías de fronteras. Es decir, que no resultaba inviable esa interpretación y que por eso cabe condenarlos de acuerdo con el propio derecho del país, sin que de ese modo haya conflicto ahora con la prohibición de retroactividad penal del artículo 103.2 de la Constitución.

A Alexy no le parece convincente esa salida y explica que el sistema jurídico positivo no está configurado solo por los puros textos de las normas, sino también por la praxis interpretativa establecida, y que ni de lejos los jueces y funcionarios de aquel Estado interpretaban sus normas del modo que el *Bundesgerichtshof* tiene por posible (Alexy, 2003, pp. 475-476), y se recuerda que eran amenazados y castigados aquellos guardias de fronteras que no conseguían impedir, de la manera que sea, incluida la muerte, alguna fuga en el muro, mientras que se premiaba con condecoraciones y dinero a los que abatían a los que querían fugarse.

Así las cosas, según Alexy habría que considerar legalmente justificada la acción homicida de los guardias, a no ser que se aplique la fórmula Radbruch para declarar la invalidad de la norma justificadora, de la norma que

permitía u obligaba a los guardias disparar a los que querían escapar al otro Estado. Entonces sí, desaparecida esa causa de justificación, eran reos de homicidio según el derecho de la propia Alemania del Este y podían ser juzgados ahora, en la República Federal, tras la reunificación, imponiendo la pena del Estado que fuera más leve, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de Unificación.

Todo depende de la cuestión sobre si la causa de justificación que el derecho positivo garantizaba entonces puede ser descartada mediante derecho suprapositivo. Eso es así si el homicidio de los que huyen constituía injusticia extrema y si de la mano de Radbruch aceptamos que la injusticia extrema no es en modo alguno Derecho (Ibid., p. 481).

Lo primero que hay que aceptar, según nuestro autor, es que lo que sea injusticia extrema no es cuestión de opiniones o relativo a personas o países, sino algo objetivamente determinable. Aquí el objetivismo moral es requerido y de esa postura metaética participaría el mismo Radbruch, según la interpretación de Alexy.

Un detalle muy interesante. Alexy, siguiendo una afirmación contenida en la sentencia del *Bundesgerichtshof* que comenta, reconoce que la injusticia externa no se da solamente en cierta legislación del nazismo (Ibid., p. 482). Así que habría que ver grados en que la injusticia es “extrema” para determinar si tal sucede también en los casos de los tiradores del muro.

Permítasenos un breve excursus. Aquí vemos que se juntan dos interesantes problemas para la aplicación de la fórmula de Radbruch en su versión alexiana. Uno es el de si puede usarse para invalidar normas que exoneran de responsabilidad penal por graves crímenes. Otro, el de cuánta debe ser la gravedad o injusticia de esos crímenes como para que no pueda tenerse por válida la norma que los hace impunes. Ahora pensemos, en el caso colombiano, en las normas dictadas en procesos de los llamados de justicia transicional y que a cambio de paz o de que ciertos grupos depongan las armas. Tal vez no debemos perder de vista que, con estos planteamientos de Alexy, ciertos crímenes gravísimos y moralmente reprochables en grado sumo, como masacres, atentados terroristas contra la población civil y similares, no podrían quedar jurídicamente justificados con ninguna ley que los haga impunes o que les aplique una pena desproporcionadamente baja. En otras palabras, la utilización de estos razonamientos alexianos en torno a la fórmula de Radbruch, y a su relación con el principio de irretroactividad de

la norma penal desfavorable, puede perfectamente permitir que un tribunal colombiano sentencie dentro de unos años que era nula toda la legislación “transicional” que exonere de responsabilidad penal por ciertos crímenes, o la aminore desproporcionadamente con el “objetivo” merecimiento, correspondiente con su “objetiva” injusticia.

El problema epistémico lo resuelve Alexy con aparente sencillez: “una injusticia es tanto más evidente, cuanto más extrema” (*Ibid.*, p. 483). Hay algo de tautología aquí, y bastante de una epistemología *naïv*. Injusticia extrema es la que cualquiera ve que es extrema, y si cualquiera la ve, es evidente lo extremo de la injusticia.

Y eso lo remacha Alexy indicando que el que no vea esas injusticias extremas es porque padece “ceguera moral” o está en el “error moral” (Ídem). Y añade que sobre la evidencia de injusticias “no pueden decidir ni intuiciones ni vivencias, sino solamente argumentos”. En este sentido lo evidente es lo que resiste el “examen discursivo” (Ídem). Una vez más aparece aquí, en la teoría de Alexy, el papel taumatúrgico de la argumentación moral, la apelación a una evidencia que se afirma sin argumentar (por ejemplo, si entrar en debate sobre quienes pudieran defender los planteamientos morales y políticos de aquella RDA), porque lo evidente es aquello que no hace falta ni argumentar porque en cualquier argumentación se demostraría como evidente. Mano de santo.

Los tribunales alemanes que han echado mano de la “fórmula Radbruch” han tendido siempre a alejarla del *iusnaturalismo*, entendiendo que la base del derecho supralegal está en las convicciones morales comunes a la humanidad en cada momento histórico, y modernamente en la moral positiva de los derechos humanos. Pero para un *iusmoralista* más férreamente objetivista, como es Alexy, ese elemento relativístico es altamente insatisfactorio y por eso destaca que lo que alienta los planteamientos de Radbruch es la afirmación de un derecho suprapositivo que se puede poner en relación con el derecho natural o el derecho de la razón.

Precisamente el sentido de la fórmula de Radbruch está en que regula la colisión entre el derecho positivo y el derecho suprapositivo (derecho natural o derecho de la razón). Su aplicabilidad presupone la existencia de un derecho suprapositivo. Si no hay un derecho suprapositivo, se torna esa fórmula inaplicable y carente de sentido (*Ibid.*, p. 484, nota 59).

Concluye que la injusticia es aquí estructural y, por tanto, evidente, porque los ciudadanos no tenían libertad para configurar su vida como deseaban,

porque no podía expresarse y argumentar sobre esa situación en que se hallaban, porque no podían escapar y porque estaba permitido matar al que tratara de huir (*Ibid.*, p. 486). Ciertamente, la injusticia es grave a los ojos de cualquier persona sensible y mínimamente ecuánime. Pero no perdamos de vista que esto convierte en no-derecho una gran parte de las normas de las dictaduras pasadas o presentes y da pie a entender que su castigo retroactivo es completamente compatible con el principio constitucional de legalidad penal y su secuela de prohibición de la retroactividad penal desfavorable.

El problema, ciertamente, está en la prohibición de retroactividad penal del artículo 103.2 de la Constitución alemana, y lo que hasta aquí ha razonado Alexy es para hacer posible la conclusión de que la Constitución no es, en ese punto, violada si se castiga a aquellos policías de fronteras. El razonamiento de Alexy es aparentemente sencillo a este respecto (*Ibid.*, pp. 488-489) y podemos esquematizarlo así:

(i) La norma legal que justificaba los disparos en el muro es radicalmente injusta en su contexto, pues permite matar al que nada más trata de escapar a otro país.

(ii) Si esa norma es nula de raíz, por causa de su evidente injusticia, nunca existió propiamente o con validez jurídica la causa de exclusión de la responsabilidad penal por delito contra la vida.

(iii) Si tal norma justificatoria nunca existió jurídicamente, al condenar a esos guardias de frontera no se está ni inaplicando la norma ni derogando con efectos retroactivos sus efectos.

(iv) Por tanto, no hay ahí atentado contra el artículo 103.2 de la Constitución, contra el principio de legalidad penal. No se crea una norma nueva que se aplique retroactivamente en perjuicio del reo ni se deroga con efectos retroactivos la causa legal de justificación que antes existía. Simplemente, se aplica la normativa anterior sin esa norma que propiamente nunca formó parte del sistema jurídico de la República Democrática Alemana.

En palabras de Alexy,

con la aplicación de la fórmula de Radbruch no se modifica retroactivamente la situación jurídica que existía, sino que solamente se pone de manifiesto que cuál era en aquel momento la situación jurídica real. Por supuesto, esto significa una modificación desde el punto de vista de la facticidad. Pero ahí está precisamente la gracia de la fórmula de Radbruch, en que no identifica el Derecho con la facticidad de las leyes formalmente correctas y socialmente eficaces, sino que pone esa facticidad bajo el límite de la injusticia extrema y permite negar la naturaleza

jurídica y la validez. Si se aceptan tales premisas, resulta que no se ha modificado retroactivamente el Derecho. No ha tenido lugar una vulneración del mandato de *ius praevium* (*idem*).

Más:

Si se tiene en cuenta finalmente que el Estado democrático de Derecho no es solo un Estado formal de Derecho, sino también un Estado material de Derecho, esta interpretación restrictiva del tenor literal del artículo 103.2 de la Ley Fundamental tampoco choca con la dimensión objetiva de ese precepto. En casos de injusticia extrema los jueces no crean Derecho nuevo, sino que sencillamente reconocen lo que ya antes era válidamente Derecho, y por eso ni se vulnera la separación de poderes ni el principio democrático y la reserva de ley, y tampoco cabe invocar lesión de la seguridad jurídica, dada la elemental evidencia de lo extremo de la injusticia (*Ibid.*, p. 490).

Pregúntese el lector si algo cambiaría en este planteamiento si en vez de invocar lo evidente de la extrema injusticia, echara mano Alexy del derecho natural, siempre evidente, por cierto, ya que es natural del todo. Viejos esquemas bajo nuevos ropajes, pero siempre con el mismo problema: ¿para quién, cuándo y cómo ha de ser evidente lo evidente que priva a la ley de su juridicidad? ¿En cuántos países podríamos ahora mismo aplicar esos esquemas para punir sin conflicto con el principio de legalidad penal conductas antaño legales y que ahora nos parecen “evidentemente” injustas?

Un último detalle. Se admite que aquellos policías estaban sometidos a un adoctrinamiento extremo y que ni por asomo cabía plantear dudas ni argumentar reservas. Estamos al tanto de que de los jueces nazis se dijo, y hasta vino Radbruch a admitir, que estaban obnubilados por el positivismo kelseniano y privados de verdadera capacidad mental para sustraerse a su alienación teórica y práctica. Sin embargo, ahora, la alienación no aleja la culpabilidad de estos policías de fronteras, pues es tan extrema y evidente la injusticia de su acción y de la norma que jurídicamente la gobierna, que no hay como exonerarlos de su responsabilidad penal por falta de culpa. Su ceguera moral sería culpable y su error moral no sería excusable (*Ibid.*, p. 491). Esa fue también la tesis del *Bundesgerichtshof* en el caso. Así pues, pareciera que de los jóvenes soldados de la Alemania comunista es esperable una mayor y mejor conciencia moral que de los veteranos jueces de la Alemania nacionalsocialista. Son las cosas del derecho.

C. LO ABSOLUTO RELATIVO Y LO INCONDICIONAL
CONDICIONADO. O DE CÓMO SALTARSE EL PRINCIPIO
DE LEGALIDAD PENAL SIN QUE SE NOTE

En su segundo artículo sobre el tema, Alexy se ocupa principalmente de la resolución del Tribunal Constitucional del 24 de octubre de 1996. El contexto de decisiones sobre el tema de los tiradores del muro lo resume así el propio Alexy al inicio de ese segundo trabajo:

Desde la reunificación de Alemania se viene discutiendo animadamente si los guardias fronterizos de la RDA, así como sus superiores, e incluso los dirigentes políticos responsables, pueden ser perseguidos criminalmente por el homicidio de fugitivos en la frontera interior alemana. En su primera sentencia sobre los centinelas del muro, de noviembre de 1992, transcurridos ya más de dos años desde la reunificación, el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los guardias fronterizos y, desde entonces, se ha mantenido esa jurisprudencia. Dos años más tarde, en 1994, el Tribunal resolvió que también altos funcionarios de la República Democrática Alemana (RDA) debían responder penalmente por los homicidios en la frontera: los encontró culpables como autores mediatos de homicidio. De nuevo dos años después, el 24 de octubre de 1996, la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal declaró esta jurisprudencia acorde a la Constitución (Alexy, 2000, p. 197).

Que el problema está en el principio de legalidad penal y su prohibición de retroactividad sigue estando claro:

... el problema se nos presenta ya con nitidez: el guardia fronterizo solo puede ser penado, en primer lugar, si hay algo que elimine o neutralice la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA entonces vigente y, en segundo lugar, si esta eliminación no conculca el principio de irretroactividad (*Ibid.*, p. 204).

Todo dependerá entonces de que la neutralización, por medio de derechos humanos suprapositivos, de la justificación otorgada al tiempo de los hechos por el derecho positivo de la RDA, vulnere o no la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental y, con ello, un derecho humano fundamental (*Ibid.*, p. 206).

Es muy curioso y significativo el razonamiento que Robert Alexy despliega a continuación. Considera errónea la idea del Tribunal Supremo Federal cuando este dice que la normativa concernida de la RDA podía interpretarse de

modo que permita considerar que ya entonces predominaban en ese Estado los derechos humanos, la superioridad del derecho a la vida y el principio de proporcionalidad rectamente entendido. De tal pretensión dice Alexy que “supone vadear el art. 103 de la Ley Fundamental a través de una maniobra retroactiva, lo cual constituye una retroactividad encubierta” (*Ibid.*, p. 207). En cambio, considera completamente constitucional y compatible con la prohibición de retroactividad penal desfavorable el aplicar la fórmula Radbruch e interpretar el art. 103.2 de la Constitución en el sentido de que este contiene “una cláusula limitativa no escrita” (*Ibid.*, p. 208) que excluye que se aplique, cuando se trata de declarar hoy viciada de origen una causa de justificación de antes.

Derechos humanos como válida razón para vulnerar derechos humanos, aunque sea introduciendo en la formulación de los preteridos una cláusula no escrita que justifique la excepción a la regla de su respeto:

...construir la justificación a partir del derecho entonces vigente de la RDA, eliminar luego esa justificación mediante la Fórmula Radbruch concretada desde el punto de vista de los derechos humanos, y constatar que esto último no contradice la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental” (*Idem*).

Habla Alexy de tomar en serio el artículo 103.2 y su tenor literal, pero de la mano de que se le puedan introducir cláusulas tácitas de excepción. Un curioso modo de tomarse en serio los derechos:

Con todo, si uno toma en serio el tenor literal del art. 103.2 de la Ley Fundamental en lo tocante a la determinación *legal* de la punibilidad, la punición solo resulta posible a través de la inserción de una cláusula de excepción no escrita. Pero si se permite en cualesquiera casos una limitación del art. 103.2 a causa del derecho extremadamente injusto de una causa de justificación, se debería entonces extender la limitación a todos los casos de justificaciones extremadamente injustas que se mantuvieran en el marco del tenor literal de una ley o de cualquier otra norma que sirviera de justificación al tiempo de los hechos (*Idem*, nota 43).

Alexy considera que el artículo 103.2 de la Constitución es “el prototipo de una regla de validez estricta”, por lo que

aquí, a diferencia de lo que normal y necesariamente sucede con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna. La mera subsunción basta para establecer definitivamente el resultado (*Ibid.*, p. 211)¹².

Para Alexy las normas son reglas o principios y un principio tanto puede derrotar, vía ponderación, a otro principio como a una regla..., salvo que esa regla sea de validez estricta, en cuyo caso es inderrotable y no se somete a ponderación. Nada en la estructura de la norma correspondiente (por ejemplo, la del art. 103.2 de la Constitución alemana) nos permite identificarla como una regla de validez estricta. Es regla de validez estricta porque se le otorga una importancia tal, que no se admite que pueda ser derrotada o excepcionada en ningún caso.

Pero los caminos del Señor son inescrutables y hay otra manera de evitar la aplicación de una norma, excepcionándola para algún caso: entender que en ella late una cláusula no escrita que justifique la excepción. Ya lo hemos visto aquí, esa es la función de la fórmula Radbruch. Vendría a ser como decir que la prohibición constitucional de retroactividad penal desfavorable gana siempre, porque es una regla de validez estricta, mandato inderrotable, imponderable, a no ser cuando con la fórmula de Radbruch sale derrotada la norma positiva antes vigente y favorable al reo, por causa de su injusticia extrema. Así que esa norma anterior nada justificaba jurídicamente, porque siempre fue nula, y la del art. 103.2 se mantiene incólume, porque no se decide retroactivamente en contra de aquella norma positiva anterior, pues en verdad nunca existió. Una solución tan milagrosa como misteriosa.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que Alexy comenta, dijo que la prohibición de retroactividad contenida en el art. 103.2 es estricta y absoluta, pero que pese a todo no se vulnera esa prohibición cuando se trata de un régimen que no respeta ni los derechos humanos ni la democracia ni la división de poderes y cuando ese régimen introduce causas de justificación para conductas extremadamente injustas. A Alexy le parece que es contradictorio que el Tribunal llame absoluta a aquella prohibición y que luego le ponga límites de ese modo (Alexy, 2000, p. 213)¹³, pero el mismo Alexy afirma que

12 La idea de regla de validez estricta había sido introducida en la Teoría de los derechos fundamentales de 1986. Para la versión castellana: Alexy, 2007, p. 68, nota 24.

13 “Esto suena contradictorio. ¿Cómo puede algo ser absoluto pero limitado; (...) estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?”.

es una regla de validez estricta y que, por tanto, gana siempre, pero que en este caso no se aplica, aun cuando retroactivamente se está dejando sin efecto una causa de justificación. Reinterpreta así Alexy la sentencia del Tribunal Constitucional y rescata lo que le parece su correcto sentido de fondo:

Permite que el art. 103.2 LF rija como regla general y añade a esa regla una cláusula de excepción claramente definida: la de la causa de justificación especial de un Estado injusto que ampara Derecho extremadamente injusto. Esto no supone una validez absoluta o estricta incondicional, valedera en cualquier circunstancia, sino una validez estricta o absoluta de tipo condicionado. Cuando no se cumple la relativamente clara cláusula de excepción, el resultado se determina a través del tenor literal del art. 103.2 LF. Ya no tiene lugar ponderación alguna. El art. 103.2 LF se mantiene como regla general y no se convierte en principio. Nada cambia por el hecho de que la inserción de una cláusula de excepción sea el resultado de una ponderación (...) El art. 103.2 LF es elástico, pero sin dejar de ser una norma dura (*Ibid.*, p. 216).

Quien lo entienda, que lo compre. A la supuesta incoherencia del Tribunal Constitucional contraponen Alexy la existencia de normas de validez estricta e inderrotables, pero cuya inderrotabilidad no es incondicional, sino condicionada y que no pueden ser derrotadas por ponderación, sino excepcionadas a base de insertar en ellas cláusulas implícitas. Una norma de validez estricta condicionada viene a ser como un amor provisional para toda la vida o como una salud de hierro llena de achaques o como una promesa firme que a lo mejor no se cumple porque surge algo que implícitamente la desactiva. Son cosas de la actual teoría del derecho.

Nos explica Alexy enseguida que, tal como el Tribunal Constitucional habría venido apuntando, también los derechos ilimitables pueden ser limitados mediante ponderación y según el principio de proporcionalidad (*Ibid.*, p. 217) y que eso mismo es lo que pasa aquí con el derecho absoluto o estricto a la irretroactividad penal desfavorable, el cual puede y debe ser limitado por “el principio de justicia material, anejo al principio del Estado de Derecho” (*Idem*). El art. 103.2 tiene el “carácter de regla y con ello una validez, aunque condicionada, absoluta o estricta”, lo cual “impide que surja ninguna objeción” contra su excepción o derrota frente al principio de justicia material (*Idem*).

Diríase que hasta lo más absoluto cede frente a lo más absoluto todavía, en esta peculiar y prolija teoría del derecho y de los derechos.

A quien nunca estuvo en casa no se le saca de casa, porque si no estaba allí o hay cómo expulsarlo. Lo mismo vendría a pasar con las normas que justificaban penalmente el homicidio de los que huían por el muro en la RDA, que aunque se ha reconocido por Alexy, y por el Tribunal Constitucional, que era derecho positivo plenamente aplicado entonces e interpretado de una manera que no se corresponde con la nuestra, en verdad nunca estuvieron allí como derecho, dada su gran injusticia y, por eso, aunque entonces funcionaran como causa de justificación penal, realmente nunca fueron causa de justificación penal. Eso consigue la fórmula Radbruch, transmutar hoy en no derecho lo que antes lo fue, pero explicando que no lo fue nunca (*Ibid.*, p. 223)¹⁴.

Realmente, la inmensa mayoría de las normas jurídicas de cualquier tiempo y cualquier lugar, esas que estudia la historia del derecho, no habrían sido derecho nunca, por lo que habría que cambiarle el nombre a la disciplina o circunscribir su objeto a las normas de aquí y ahora, las únicas que no nos parecerán extremadamente injustas. Si la justicia material ha de vencer siempre que una norma gravemente la viola (*Ibid.*, p. 219), el art. 103.2 de la Constitución alemana no es incompatible con el castigo penal en Alemania de cualquiera que, en el pasado, haya cometido muy graves y evidentes injusticias al amparo del derecho en su momento vigente. Como antes dijimos, esto es una tremenda carga de profundidad contra, por ejemplo, las normas de justicia transicional que se han aplicado en países como Colombia.

III. LA ÚLTIMA DEFENSA DE LOS CIUDADANOS ANTE EL PODER PUNITIVO: DOGMÁTICA PENAL GARANTISTA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

A. LA LEGALIDAD PENAL EN EL MARCO DE UNA TEORÍA GARANTISTA

La gran paradoja que podemos ver en estos tiempos es la disolución de las garantías en nombre de principios constitucionales (muchos de ellos implícitos) cuya aceptación está descontada, a condición de que no toque explicitar, de

¹⁴ “Si por ser derecho extremadamente injusto y normalmente, por tanto, serlo de forma evidente, una causa de justificación es nula *ab initio*, entonces substancialmente no existe retroactividad alguna. Frente al art. 103.2 LF ya solo ha menester fundamentar el que no se proteja la confianza en una causa de justificación amparada por una ley nula”.

manera genérica, su verdadero contenido. La disolución de la legislación penal general por una lógica del caso concreto es un fantasma que aparece de cuando en cuando. Para ello siempre ha habido teorías: desde los *iusnaturalismos* clásicos, concepciones penales no democráticas y neoconstitucionalismos poco dados a la limitación del poder político. No obstante, también es importante decirlo, hay una legión de teóricos del derecho que desde el derecho penal, constitucional e internacional han promovido una racionalización del sistema penal y una limitación clara del poder punitivo del Estado con garantías jurisdiccionales del derecho. Como esta tradición es extensa, nos referiremos a su mayor exponente, quien ha condensado todo ese pensamiento en una sola obra, sistemática como pocas: *Derecho y razón*, de Luigi Ferrajoli.

Dicho de manera muy resumida, la legalidad penal descansa en tres pilares, teóricamente dependientes entre sí: reserva de ley, legalidad de los delitos y de las penas y la prohibición de la retroactividad de la ley penal desfavorable. La tesis que hemos presentado a lo largo de este trabajo muestra que perfectamente podemos constatar una legalidad penal aparente por la efectiva reserva de ley, sin que se cumplan los otros supuestos de la legalidad: que se den tipos penales imprecisos, que se hagan interpretaciones analógicas en perjuicio del reo o que se aplique una normativa no vigente al momento de los hechos. Como ya nos hemos referido al problema de la ley en el tiempo, ahora detengámonos en el fenómeno más sutil de la ausencia de legalidad en los delitos y las penas, también conocido como principio de *legalidad estricta* o de *taxatividad penal*.

En este concreto punto, Ferrajoli apunta que el lenguaje de la ley es la clave en la determinación de la conducta típica. El lenguaje, tal como sucede en nuestra cotidianidad, es un mecanismo de comunicación en el que se usan abstracciones, figuras mentales genéricas, podríamos decir, que sirven al juzgador para determinar si el caso bajo estudio coincide con dichas ideas abstractas. Esa adecuación o subsunción debe ser perfecta, no puede dejar dudas de ningún tipo. Ferrajoli se ha referido a este principio, en el presupuesto de un modelo garantista, como *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* (Ferrajoli, 1995, pp. 121 ss.). Como comprendemos que la obra axiomatizada de Ferrajoli puede contener un vocabulario lógico no muy familiar en todas las áreas del derecho, nos permitiremos citar brevemente el requisito y explicar cuáles son los alcances prácticos de su afirmación:

1. “*Que los términos usados por la ley para designar las figuras del delito sean dotados de una extensión determinada, por donde sea posible su uso como*

predicado “verdadero de los” hechos empíricos por ella denotados”. En lógica, la extensión de un término es la cantidad de objetos del mundo a los cuales se puede aplicar dicho término. Una extensión determinada quiere decir que los términos de la norma deben permitir al intérprete imaginarse fácilmente la serie de objetos a los que se refiere. De esta manera, debería ser posible que respecto a una acción concreta podamos afirmar como verdadero que la calificación que corresponde a esta es la expresada (denotada, en términos técnicos) por la norma. Dicho de otra manera, se pretende que las normas no sean vagas, que no tengamos dudas del objeto del mundo al que se refiere la norma. A manera de ejemplo, si fuésemos a definir una agravación punitiva de un hurto, cuando sea que se cometa en la oficina de una entidad financiera, es mejor decir “entidad financiera” que “banco”, como se entendería en el lenguaje común: en términos técnicos podríamos dudar sobre la aplicación de la agravación en el hurto cometido contra un anciano que da de comer a las palomas, mientras descansa las piernas en un banco del parque.

2. *“Que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino las más claras y precisas posible”*. La intensión es el conjunto de propiedades de un término, a más propiedades, más intenso. Un ejemplo usual para comprender la intensidad es comparar los conceptos de nacional y ciudadano. Ciudadano es un término más intenso que nacional, pues lo supone y agrega otros, como ser mayor de edad y no tener pena alguna de interdicción de sus derechos políticos. Entonces, aquí Ferrajoli sugiere que en la técnica legislativa evitemos a toda costa las vaguedades intencionales, supuestos en los cuales no podemos determinar todas las propiedades connotadas en el término. En adición, nos sugiere que evitemos términos valorativos, esto por la elemental razón de que su adecuación supone juicios de valor que pueden ser extraños a la interpretación literal de la norma.

3. *“Que sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución”*. Más sencillo que lo anterior, lo que se exige es que la formulación de las normas no genere contradicciones con otras. Se entiende que este es el requisito más difícil de mantener en el tiempo, por el devenir propio de las orientaciones ideológicas de los legisladores en las democracias y por la superposición incoherente de agendas de política criminal. Con todo, se espera que haya mecanismos de solución de esas controversias, pues si una misma conducta semánticamente coincidiera con calificaciones jurídicas distintas, debe haber mecanismos para solucionar estas contradicciones y nunca resolverlas en perjuicio del procesado.

Estas condiciones del lenguaje de la ley, al menos como ideal normativo, imponen a los juzgadores una coincidencia exacta entre los tipos penales y las conductas probadas en un proceso para poder justificar la imposición de una sanción. De manera canónica lo afirmó Beccaria, desde 1764: “Donde las leyes son claras y precisas, el oficio del juez no consiste en más que en asegurar un hecho”¹⁵. Como se puede ver, desde Beccaria hay doctrina muy sólida que se opone a una lógica del caso concreto en materia penal sin normas penales claras, precisas, previas y emitidas por el legislador democrático, no hay, realmente garantías para el respeto de los derechos fundamentales a la libertad personal.

Pero, como es apenas obvio, la principal razón para pedirle al legislador que tenga tantas cautelas en la formulación de los tipos penales es para establecer la correspondiente obligación en los jueces de adoptar unas compatibles exigencias en el lenguaje jurisdiccional (*Ibid.*, pp. 124 ss.)¹⁶. Se trata, en específico, de la descripción clara y precisa de los hechos y las correspondientes pruebas que coinciden con la descripción legal del tipo penal. Esto es particularmente importante en la acusación por la comisión de un ilícito penal, pues la formulación vaga e imprecisa de lo que realizó el acusado le dificulta su efectiva defensa. Ni qué decir de la exigencia de claridad en la condena, pues no debe haber dudas de qué hizo el procesado (y cómo ha sido probado ese hecho) para poder justificar un castigo conforme a una norma penal.

Desde un punto de partida distinto, no ya de las garantías de las personas sino de la limitación del poder punitivo a partir de la idea de bien jurídico, algunos autores canónicos del derecho penal contemporáneo, como Claus Roxin, han establecido como presupuestos conceptuales de sus construcciones conceptuales la idea de legalidad. De manera muy resumida, Roxin afirma que hay cuatro consecuencias que se derivan del principio de legalidad: 1) Prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2) La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3) La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), y 4) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) (Roxin, 1997, pp. 140-141).

Diversos puntos de partida, pero una convergencia: la afirmación de teorías que permiten anteponer buenos argumentos a los modelos principialistas

15 Para esta cita, se usa (Beccaria, 1993, p. 83).

16 Ferrajoli le llama “regla semántica de formación del lenguaje jurisdiccional”.

o *iusmoralistas* del derecho penal. Pero a veces doctrinas precisas, útiles y funcionales al Estado de derecho no bastan para que se acepte la vigencia del principio de legalidad. Se necesita de algo más: el derecho internacional.

B. EL DERECHO INTERNACIONAL, AL RESCATE

La legalidad penal es, desde luego, un constructo conceptual. Podríamos enarbolar múltiples teorías, pasarlas por finísimos cedazos, y no conseguir que legisladores democráticamente elegidos y jueces independientes apliquen estos principios limitadores del derecho penal. La dogmática jurídica nos sugiere que confiemos en el legislador, de allí el énfasis en el principio de legalidad penal, pero nos sugiere criterios normativos para que podamos criticar a los legisladores cuando quiera que sus regulaciones no se ajustan con formas de concebir a la legislación penal en un modelo racional. Aquí es donde aparece el derecho internacional, al rescate. Un derecho internacional que reconoce derechos y garantías bien fundamentadas es un límite objetivo a cualquier pretensión moralista que busque la relajación de estos principios en los ordenamientos jurídicos internos de Estados que han suscrito instrumentos internacionales.

Si nos ubicamos en un Estado americano, es lo que sucede con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que, desde su convención, refiere como primerísimo principio el de la legalidad penal (art. 9), que como correlato implica el derecho que tienen todas las personas a que jamás sean condenadas por un acto que no esté previamente tipificado como delito. Este principio se relaciona, como no podría ser de otra manera, con el derecho a la libertad personal, en el sentido de que nadie puede ser privado de la libertad si no es con una razón jurídica válida (art. 7) y el derecho al juicio justo, que supone la aplicación de normas penales claramente definidas por el legislador (art. 8).

Si ese muro fronterizo fuera latinoamericano (y en la hipótesis improbable, pero pensable de que un país con este tipo de políticas fronterizas hubiese suscrito la Convención) y los centinelas tuvieran la orden de disparar a matar, por sofisticada que sea la fórmula de Radbruch o la del peso alexiano, no se puede, Convención en mano, convertir en reo de homicidio a un centinela obligado por su normativa interna. Esta es una cuestión conceptualmente diferente, desde luego, de la responsabilidad internacional que le quepa a ese Estado por tener normativa contraria con la Convención.

Son abundantes las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que ha expresado el requisito convencional de atender el principio de legalidad penal y ha condenado a varios Estados por su trasgresión. De manera paradigmática, se ha reseñado que la legalidad penal estricta es una condición del sistema democrático: una adecuada descripción de la conducta prohibida y una cuidadosa verificación de esta por parte del juez:

En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita (*Caso Fermín Ramírez contra Guatemala*, párrafo 90).

Ha sido, incluso, más específica la Corte en cuanto a lo que entiende como el especial cuidado en la formulación de los tipos penales: las descripciones típicas deben utilizar términos estrictos y unívocos al punto “que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales” (*Caso Castillo Petruzzi contra Perú*, párrafo 121 y *Caso Cantoral Benavides contra Perú*, párrafos 155-158).

Entre la vaguedad y los juicios de valor pueden existir descripciones típicas supremamente imprecisas que autorizan, en el derecho interno, a los jueces a considerar satisfechos los requisitos de tipicidad de dichas conductas con descripciones fácticas y soportes probatorios mínimos, como lo ha mostrado la Corte en diversos casos contra el Estado peruano en lo relativo a delitos como “traición a la patria” y “colaboración con el terrorismo” (*Caso Lori Berenson Mejía contra Perú*, párrafos 125 a 128). Lo mismo ha sucedido con delitos que podríamos etiquetar de *ofensa a instituciones*, en los que el componente *ofensivo* es subjetivo a un nivel que conculca la legalidad estricta. Esto fue lo sucedido en el *Caso Usón Ramírez contra Venezuela*, donde la Corte encontró que un tipo penal era ambiguo en cuanto a la conducta, el sujeto pasivo, el sujeto activo y el bien jurídico: la única claridad de la norma recaía sobre la pena a imponer¹⁷.

Por último, debemos mencionar que la Corte también ha hablado de cómo el principio de legalidad penal cubre aquellas actuaciones administrativas, en las

17 El artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar decía: “Incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o algunas de sus unidades”, en párrafo 50.

que no participa un juez, que tienen naturaleza sancionatoria, algo muy común en países como Colombia, en el que hay entidades administrativas con el poder de afectar gravemente los derechos de las personas con sanciones severísimas, como pérdida de algunos derechos políticos, imposibilidad de negociar, concurrir en licitaciones públicas, multas confiscatorias, etc. Vale la cita *in extenso*:

Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar (*Caso Baena Ricardo contra Panamá*, párrafo 106).

De manera deliberada, hemos dejado para el final las relaciones entre el principio de legalidad penal y las sanciones administrativas. Y aquí también la razón por la cual en esta defensa de este principio hemos saltado de la dogmática penal al derecho internacional y no hemos hecho una referencia mayor a la consagración constitucional de este principio. Resulta que son muchas las culturas jurídicas que han encontrado compatible la consagración constitucional del principio de legalidad penal con formas sutiles de su violación, como sucede en la amplísima discrecionalidad que tienen algunos organismos administrativos para poner sanciones gravísimas (*Caso Petro Urrego contra Colombia*). De manera curiosa, esa violación a la legalidad se puede encontrar compatible con algunas constituciones, pero de ninguna manera con el derecho internacional.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN Y BALANCE

La moral la carga el diablo y de buenas intenciones está empedrado el infierno. El empeño moral del Tribunal Constitucional y de Robert Alexy ante las injusticias graves en la antigua Alemania comunista nos parece noble y nos merece respeto. Pero lo que nos inquieta es lo sesgadas que puedan estar esas estrategias teóricas y prácticas y las lecturas desviadas que en otros lugares puedan hacerse.

Llama la atención, en primer lugar, que la primera vez que una causa de justificación aparece desactivada por su fuerte injusticia y a fin de que, bajo la Constitución de 1949, ciertos victimarios puedan ser penalmente condenados sin ese amparo legal, y sin que los exculpe tampoco la falta de conciencia de la antijuridicidad de sus actos, sea cuando se procesa a policías y cargos de la República Democrática Alemana. Vimos que con los jefes nazis y con los funcionarios criminales del nazismo esa estrategia no había triunfado, más allá del caso estricto de los Juicios de Núremberg. Puede que esa “selectividad” de los casos acabe por brindar mejores explicaciones, y más realistas, que la propia teoría y su engañosa apelación a evidencias morales y a derecho suprapositivo. Como ya hemos repetido, las injusticias que continuamente se cometen al amparo de la legalidad son a veces gravísimas y, además, de todos los crímenes de la Alemania comunista y de todas las normas inicuas concernidas, seguramente no son los de los tiradores del muro los casos más atroces, con serlo mucho. Por qué de entre tanto crimen y tanta ley muy injusta se seleccionaron unos casos y se obviaron otros y por qué fue tan limitada, ya puestos, la aplicación de la fórmula de Radbruch tendrá que dar cuenta algún día la sociología jurídica y política.

En verdad, lo que más allá de enigmas históricos nos preocupa es el tipo de poder que habilitan estas teorías bienintencionadas. Primeramente, porque, como ya se ha indicado aquí, relativizan muy fuertemente el valor jurídico de acuerdos y normas nacidas de procesos de transición y de la llamada justicia transicional. Un tribunal constitucional políticamente muy motivado y que esté familiarizado con la fórmula Radbruch y las explicaciones de Alexy sobre absolutos relativos y rigideces flexibles puede llevarse por delante una gran cantidad de normas y sin necesidad siquiera de declarar su inconstitucionalidad al día de hoy, bastando que diga que no eran jurídicas porque evidentemente no lo eran, de tan injustas.

Pero sobre todo nos preocupa un proceso en curso que podríamos llamar de *trivialización* de las excusas para la *violación del principio de legalidad penal*. También podría expresarse diciendo que se hace verdad la figura de la pendiente resbaladiza. Primero se justifica que en los casos de injusticia extrema se puedan excepcionar las más altas garantías y los primeros derechos del reo; y poco a poco se va atenuando la evidencia de lo que se tenga por injusticia extrema, hasta desembocar en una variante posmoderna del derecho penal de autor.

Determinados oficios o estatutos adquieren el carácter de sospechosos. Por ejemplo, se difunde la idea de que todo el que se ha enriquecido con

empresas y negocios ha de ser persona moralmente corrupta y dada a las malas mañas. Luego se dice que hay que proteger el mercado y sus principios frente a las sucias maniobras de esos personajes siniestros, pero que ante lo muy variado de sus artimañas y lo sutil de sus manejos, no hay más remedio que quitar precisión a los tipos penales y relativizar la noción de norma penal en blanco. Y también se flexibiliza al máximo el límite de las medidas cautelares y de las estrategias preventivas, con el argumento siempre de que se trata de evitar la impunidad de los malvados presuntos y de prevenir el eventual beneficio económico de sus allegados y sus empresas. Y alrededor de esas políticas de tinte preventivo surgen nuevas empresas y nuevas vías de beneficio para otros.

La presunción de inocencia cede ante la maldad moral presunta. Es una secuela más del negar la separación conceptual de derecho y moral y de moralizar la esencia de lo jurídico. Si el derecho no puede ser inmoral, ninguna inmoralidad severa debe quedar sin castigo jurídico. Se persigue a los victimarios por encima de la ley y en nombre de la justicia, pero cuando las víctimas reclaman sus bienes robados o compensación por los daños sufridos, son remitidas a la ley vigente o son ahogadas en un mar de formalismos jurídicos. Es la ley del embudo una vez más.

El derecho fundamental a la legalidad penal tiene que ser absoluto. Pero no absoluto condicionado ni zarandaja retórica similar, al estilo de principialistas y ponderadores de toda laya. Tiene que ser absoluto por razones morales y porque no es de recibo que determinadas personas sean puestas en la tesitura de o ser castigadas en su momento por violar la ley de entonces o ser castigadas ahora porque violentaron antes la de ahora. Al médico que hoy obra de manera jurídicamente lícita porque practica un aborto que actualmente es legal no lo podemos someter al riesgo de que mañana un tribunal estime que la injusticia de todo aborto voluntario es extrema y que nunca estuvo su acción jurídicamente justificada. Y conste que no estamos equiparando, para nada, la injusticia de un aborto voluntario dentro del plazo legal y el asesinato de personas que intentan nada más que salir de un país. Pero hasta los más objetivistas de la moral deben darse cuenta de que otros objetivistas piensan distinto y de que lo mismo consideran unos nulas las normas de los otros que tienen los otros por nulas las normas de los unos.

El principio de legalidad penal protege frente a la venganza de los que vengan mañana, también nos protege de jueces legisladores ligeros de técnica, de jueces poco rigurosos y de académicos que propagaban la justicia del caso

concreto como la nueva novedad del novísimo constitucionalismo. Lo único que nos previene son los derechos fundamentales, pero a condición de que los entendamos incondicionados y los apliquemos incondicionalmente, como lo recuerdan los instrumentos internacionales. Ninguna utilidad individual o colectiva puede justificar la derrota de un derecho tan claro y patente como el de legalidad penal. Porque al derrotar ese, se declaran derrotados todos. El precio de nuestros derechos es que también veamos disfrutarlos a los malos. Pero esa es la mayor seguridad de que ni los malos ni los buenos nos los arrebatarán.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed. [trad. Carlos Bernal Pulido], Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beccaria, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires: Heliastra.
- Berruezo, R. y Coppola, N. (2021). *Derecho penal del enemigo y su aplicación en el derecho penal económico*, Montevideo: Editorial B de f.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1944). *Peace through Law*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Müller, I. (1989). *Furchtbare Juristen, Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München: Knaur.
- Ortiz De Urbina, Í. (2007). *La excusa del positivismo. La presunta superación del 'positivismo' y el 'formalismo' por la dogmática penal contemporánea*, Madrid: Civitas.
- Radbruch, G. (1973). *Rechtsphilosophie*, 8^a ed., Stuttgart: K.F. Koehler.
- Radbruch, G. (1990). *Gestzliches Recht und übergesetzliches Recht*, en G. Radbruch, *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*, Heidelberg: C.F. Müller.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid: Civitas.
- Simon, D. (1985). *La independencia del juez* [trad. de C. Ximénez-Carrillo], Barcelona: Ariel.

Ward, I. (1992). *Law, Philosophy and National Socialism. Heidegger, Schmitt and Radbruch in Context*, Bern, etc.: Peter Lang.

Zolo, D. (2005). El globalismo judicial de Hans Kelsen, en D. Zolo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico* [trad. de Roger Campione], Madrid: Dykinson.

OBRAS COLECTIVAS

Alexy, R. (2003). Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, en Alexy *et al.*, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden: Nomos, pp. 469-492. (Hay traducción a cargo de Eduardo Roberto Soderó, “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad, en: R. Luis Vigo (ed.) (2004), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy* (pp. 167-195) Buenos Aires).

Ciaurro, L. (1990). Un diritto internazionale per la pace, en H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, Torino, Giappichelli.

García Amado, J. A. (2011). ¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?, en M. Montoya Brand, N. Montoya Restrepo (eds.), *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*, Medellín (Colombia): EAFIT, pp. 19-93.

Radbruch, G. (1971). Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes, en G. Radbruch *et al.* *Derecho injusto y derecho nulo* [Trad. J. M. Rodríguez Paniagua], Madrid: Aguilar, pp. 1-22.

Radbruch, G. (1972). Die Erneuerung des Rechts, en Werner Maihofer (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 2.ª ed., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Walther, M. (1989). Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im ‘Dritten Reich’ wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, en R. Dreier, W. Sellert (eds.), *Recht und Justiz im “Dritten Reich”*, Frankfurt M.: Suhrkamp.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

Alexy, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín [trad. Daniel Oliver-Lalana] en *Doxa*, n.º 23, pp. 197-229.

García Amado, J. A. (2000). ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal, en *Doxa*, n.º 23, pp. 233-264.

García Amado, J. A. (2006). El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs, en *Nuevo Foro Penal*, No. 69, pp. 100-136.

Kelsen, H. (1947). Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?, en *The International Law Quarterly*, vol. 1, n.º 2.

Paulson, S. L. (1994). Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the 'Positivist' Theses, en *Law and Philosophy*, vol. 13, n.º 3, pp. 313-359.

Rottleuthner, H. (1987). Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. "Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung, en *Demokratie und Recht*, n.º 15.

DOCUMENTOS DE INTERNET

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso Castillo Petruzzi contra Perú, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Caso Cantoral Benavides contra Perú, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Baena Ricardo contra Panamá, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Lori Berenson Mejía contra Perú, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso Fermín Ramírez contra Guatemala, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Usón Ramírez contra Venezuela, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Caso Petro Urrego contra Colombia, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_406_esp.pdf



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2023

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre holmen book cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI SALERNO



Universidad de Concepción



INSTITUTO INTERNACIONAL
DE ALTOS ESTUDIOS SOCIALES



Red Internacional de Centros Universitarios y de
Investigación Expertos en Procesos de Integración

Redefinición de agendas y actores en el actual (des)orden internacional, es el título del número 11 de la Colección IUS COGENS: Derecho Internacional e Integración. Cuenta con 23 contribuciones arbitradas que, según su temática, componen los cuatro apartados de este volumen.

El primero, dedicado a los debates inacabados del derecho y la política internacional; el segundo, referido al relacionamiento internacional estratégico; el tercero se pregunta si se está reestructurando la integración regional y, el último, alude a los laberintos latinoamericanos.

Por su respaldo decidido en la convocatoria y realización del seminario de este año, merecen mención especial la Universidad de Salerno y el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Concepción, y por su apoyo permanente y compromiso con nuestras acciones académicas, no podemos olvidar a la Comisión Europea, la Delegación de la Unión Europea en Colombia, la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, el Instituto Internacional de Altos Estudios Sociales, IIAES, con sede en Lima, y la Red Internacional de Centros Universitarios y de Investigación de Expertos en Proceso de Integración, IntegrANet.

Así, damos la bienvenida a un fruto más de la perseverancia de la Cátedra Jean Monnet de la Universidad Externado de Colombia y de la creciente demanda de estudiantes y académicos –propios y ajenos– de estudios referidos a los principios fundamentales y a las normas generales del derecho internacional y de la integración que, solo en el marco de esta Colección, completa 187 capítulos de investigación.



ISBN: 978-628-7676-42-8



9 786287 676428