

DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO, MORAL Y PUNIBILIDAD

Prof. Dr. Andreas HOYER*

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2016

Fecha de aprobación: 22 de febrero de 2017

Resumen

Conforme a la fórmula de Radbruch, en caso de haber un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, la seguridad jurídica merece, en general, la prioridad, salvo que la contradicción del derecho positivo con la justicia alcance una magnitud tan insoportable que la ley tenga que retroceder ante la justicia, como derecho incorrecto. Pero, especialmente para las leyes penales rige el principio “*nulla poena sine lege*”, según el cual la punibilidad de un hecho tiene que estar establecida legalmente antes de que el hecho sea cometido. Como consecuencia de este principio, al derecho penal positivo le corresponde una prioridad frente a la justicia, aun más estricta que la que rige para el resto del derecho positivo. Por ello, no solamente elementos del tipo penal extremadamente injustos, sino también causas de justificación extremadamente injustas siguen rigiendo, en principio, en respeto a la seguridad jurídica producida por ellos. En contra del punto de vista de Robert ALEXY, incluso una ley penal positiva extremadamente injusta sólo puede ser tratada como inválida, si por medio de ello no amenaza producirse una pérdida esencial en seguridad jurídica, porque la ley penal afectada, en virtud de que exista un acatamiento y aplicación deficitarias, de todos modos casi no sea observada socialmente y, por ello, no produzca ningún aporte fiable en seguridad para la orientación dentro de la comunidad estatal.

Palabras clave: Fórmula de Radbruch – Derecho – Moral – Punibilidad – Nulla poena sine lege – Causas de justificación – Derecho injusto – Seguridad jurídica

* Profesor Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Económico de la Universidad de Kiel (*Institut für Kriminalwissenschaften, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*). Título del manuscrito original: *Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*; traducción de Marcelo A. Sancinetti; revisión de Leandro A. Dias. El artículo en su lengua original aparecerá publicado en el Libro de Homenaje a Robert Alexy. Contacto: ahoyer@law.uni-kiel.de.

Title: On the Relationship between Law, Morals and Punishability

Abstract

According to Radbruch's formula, the conflict between justice and the legal certainty should be solved in favour of the positive law, except for cases where the discrepancy between the positive law and justice reaches a level so unbearable that the law has to make way for justice because it has to be considered erroneous law. However, the 'nulla poena sine lege' principle applies in particular to criminal laws. According to this principle, the punishability of an act should be legally established before the act in question. As a consequence, the positive criminal law solves the conflict between justice and legal certainty in favour of the positive law in a more strict manner. Thus, not only extremely unjust elements of the offense, but also extremely unjust defenses are still applicable because of the legal certainty that they produce. Against this opinion of Robert Alexy, even an extremely unjust positive criminal law can only be considered invalid if that result does not appear to generate an essential loss of legal certainty because the criminal law in question is nonetheless almost not enforced in a society, as a result of a deficient observance and application, and, thus, does not produce any reliable contribution to the legal certainty in the community.

Keywords: Radbruch's formula – Law – Morals – Punishability – Nulla poena sine lege – Defenses – Unjust law – Legal certainty

Sumario

I. El punto de vista de Alexy de la relación entre derecho penal positivo y moral; II. Diferenciación entre elementos del tipo y causas de justificación; III. Diferenciación entre presupuestos positivos y negativos de la punibilidad; IV. Las normas de un, en principio, Estado de Derecho y aquellas de un Estado de No-Derecho (injusto); V. Diferenciación según el grado de injusticia de una norma penal; VI. Diferenciación según el grado de eficacia social de una norma penal; VII. Resumen; VIII. Bibliografía.

I. El punto de vista de ALEXY de la relación entre derecho penal positivo y moral.

ALEXY se ha ocupado de la relación entre derecho, moral y punibilidad, en dos artículos, con motivo de la reelaboración jurídica de los homicidios cometidos por los llamados "Centinelas del Muro" de la frontera interna alemana, contra los así llamados "Fugitivos de la República", de la

República Democrática Alemana. Al respecto, ALEXY, en su contribución del año 1993¹ —la anterior de esas dos—, analiza la “Sentencia de los centinelas del muro”, del BGH [Tribunal Supremo Federal], del 3 de noviembre de 1992, y, además, en su contribución aparecida cuatro años más tarde, es decir, en 1997,² la sentencia del BGH dictada contra los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA, del 26 de julio de 1994, así como la decisión del BVerfG [Tribunal Constitucional Federal], del 24 de octubre de 1996.

Si bien, entretanto, la resolución jurídica de los llamados casos de los centinelas del muro ha concluido hace mucho tiempo, ello se dio sin que a la vez hayan sido tratadas debidamente las explicaciones generales de ALEXY “sobre la relación entre derecho, moral y punibilidad” (así reza el subtítulo de la contribución mencionada en *supra*, nota 1) de ambos artículos; al menos no desde el punto de vista de la teoría del derecho y posiblemente a largo plazo tampoco desde la perspectiva de la práctica jurídica. Por ello, tampoco la siguiente investigación tratará nuevamente la cuestión de cómo deberían haber sido juzgados de modo jurídicamente correcto los homicidios cometidos en la frontera interna alemana, sino solamente la cuestión de cómo se relaciona una “punibilidad” fundamentada o excluida por el “derecho” positivo con una “moral” cuyas normas se hallan en contradicción sustancial con aquellas del derecho positivo.

Al respecto, considerando el art. 103, II, GG (Ley Fundamental), la relación entre derecho penal positivo y moral no puede ser sopesada simplemente (al menos no a ciegas) según los mismos principios con los que podría parecer adecuado evaluar la relación entre el restante derecho positivo y la moral. Pues, según el texto del art. 103, II, GG, un hecho sólo puede ser penado si la punibilidad estaba determinada “legalmente”, es decir, mediante un derecho positivo escrito, antes de que fuera cometido. Aun cuando el art. 103, II, GG, en contra de su tenor literal, fuera entendido como mero principio en el sentido de ALEXY,³ es decir, como derecho “flexible”, abierto a ponderaciones, de ese principio se seguiría, de todos modos, que al derecho penal positivo, en razón de que se trata de normas que fundamentan y que excluyen la

¹ ALEXY, *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.

² ALEXY, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften/Vandenhoeck & Ruprecht, 1997. [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como “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” en *Doxa*, n.º 23, 2000, pp.197-230].

³ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 5.ª ed., Berlín, Suhrkamp Verlag KG, 2006, p. 75 ss. [Nota del editor: existe traducción castellana de la 1ª ed. publicada como *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993].

punibilidad, le correspondería una mayor importancia, con relación a la moral, que la que vale para el derecho positivo referido a las demás consecuencias jurídicas. Pues una norma constitucional que, según su tenor literal, rece tan inequívocamente y sin restricciones, no hay respecto de disposiciones sobre otras consecuencias jurídicas que no sean de la “punibilidad” de un hecho, de modo que aquí también habría más espacio para normas morales junto al derecho positivo o en lugar de él.

Incluso si el art. 103, II, GG, siguiendo a ALEXY, fuera interpretado como regla con una “cláusula de excepción” no escrita, clara y concluyentemente delineada,⁴ en la definición de esta cláusula de excepción debería ser tomado en cuenta que su alcance tiene que seguir siendo más estrecho que aquel de las restricciones a los derechos fundamentales que ya están dispuestas en el texto de la Constitución por reservas correspondientes. Pues ALEXY considera admisible también una excepción a la protección de la confianza concedida por el art. 103, II, GG, sólo “en circunstancias extremas”, cuando, si no, estaría lesionado en su ámbito central “el principio vinculado al Estado de Derecho de la justicia material”.⁵

En concreto, en confrontación con el Tribunal Constitucional Federal, ALEXY propone excluir del art. 103, II, GG, una protección estricta de la confianza, sólo bajo la condición de que “primero, no sean respetados ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales, y, segundo, bajo estas circunstancias sean creadas causas de justificación que amparen la injusticia extrema”⁶ [„extremes Unrecht“].* Sólo para la constelación de casos de excepción “de la especial causa de justificación de un Estado injusto [“Estado de No-Derecho”], que ampare la injusticia extrema”,⁷ sufre una restricción el ámbito de protección del art. 103, II, GG, restricción que permite tratar como inválida desde el inicio a esta causa de justificación, en correspondencia con la fórmula de RADBRUCH. “En todo caso sería vulnerado el art. 103, II, GG”, en cambio, conforme a ALEXY, si, invocándose el “principio de la justicia material”, fuera “creado

⁴ ALEXY, *supra* nota 2, p. 23.

⁵ ALEXY, *supra* nota 2, p. 25.

⁶ ALEXY, *supra* nota 2, p. 20.

* Nota del traductor: La llamada “fórmula de RADBRUCH”, que ALEXY abrevia como „*extremes Unrecht ist kein Recht*“ ha sido traducida como “extrema injusticia no es derecho” (cfr. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf?sequence=1> [enlace verificado el día 24 de mayo de 2017]). En alemán “salta a la vista” el juego de palabras que, en español, no llega a aflorar. „*Unrecht*“ podría ser traducido también como “ilícito”; pero aun así no operaría como antónimo de “derecho”. La fórmula más literal rezaría: “el extremo no-derecho no es derecho”. Justicia e injusticia, en sentido estricto, se dice en alemán „*Gerechtigkeit/Ungerechtigkeit*“. Pero en este texto el propio autor utiliza la expresión „*Unrecht*“ como correspondiente a “injusticia”.

⁷ ALEXY, *supra* nota 2, p. 23.

un nuevo tipo penal⁸ —y su inexistencia hasta el presente en el derecho penal positivo pareciera aun así extremadamente injusta también desde el punto de vista moral—.

Por contraposición, en lo que atañe a la (no) consideración de las causas de justificación extremadamente injustas, se debería diferenciar evidentemente según que se trate, en esa medida, de un derecho positivo dentro de un Estado injusto [Estado de No-Derecho] o de un Estado en el cual rijan la democracia y el principio de división de poderes, así como los derechos fundamentales. Pues, bajo estas condiciones, se debería poder confiar, en principio, en que también el derecho penal positivo satisfaría las exigencias de la justicia material,⁹ por lo cual el art. 103, II, GG, protegería una confianza fundamentada de ese modo, aun cuando, en casos excepcionales, se llegara alguna vez a un derecho positivo extremadamente injusto, dentro de un sistema estatal constituido, básicamente, como Estado de derecho.

Los requisitos cualificados, bajo los cuales un derecho penal positivo extremadamente injusto, en correspondencia con la fórmula de RADBRUCH, pueda ser tratado desde el inicio como inválido, deberían consistir, según ello, en que, primero, en ese caso “sólo” se trate de una causa de justificación y, segundo, que sea una tal de un Estado de No-Derecho. En tanto se trate de otras consecuencias jurídicas que la de la punibilidad de un hecho y, por ello, el art. 103, II, GG, con todo, no sea determinante, la fórmula de RADBRUCH, en cambio, no puede llegar a ser aplicable, aun independientemente de estos dos requisitos cualificados y el ilícito extremo de carácter legal pueda ser clasificado, en correspondencia con ella, como No-Derecho. En lo que sigue serán analizados los dos requisitos cualificados ya mencionados, para una evaluación de leyes penales según los parámetros de la fórmula de RADBRUCH en vista de su justificación sustancial.

II. Diferenciación entre elementos del tipo y causas de justificación

En forma explícita, ALEXY no ha querido adentrarse, en su contribución sobre la punibilidad de los “centinelas del muro”, “en el profundo y discutido problema dogmático-jurídico de la relación entre tipo y causa de justificación”,¹⁰ pero sí llegó a constatar, de todos modos, que la “diferencia entre tipo y causa de justificación no es de naturaleza meramente técnica”, sino que, mediante normas que fundamentan la punibilidad y que la excluyen se “expresaría con frecuencia

⁸ ALEXY, *supra* nota 2, p. 30.

⁹ ALEXY, *supra* nota 2, p. 24.

¹⁰ ALEXY, *supra* nota 1, p. 31.

dos principios opuestos”.¹¹ La tesis de que la distinción entre elementos negativos del tipo y causas de justificación “no es de naturaleza meramente técnica” tiene su representante más prominente, por lo demás, en el BVerfG: ciertamente no en su decisión del 24 de octubre de 1996, sino ya en su segunda sentencia sobre interrupción del embarazo,¹² del 28 de mayo de 1993.

En esa decisión, el BVerfG, como se sabe, objetó que el legislador, en el año 1992, mediante la Ley de Ayuda a las Embarazadas y a las Familias, hubiera clasificado como “no antijurídica”, es decir, como justificada, en el § 218a, I, StGB, anterior redacción, la interrupción de embarazo ejecutada después de un asesoramiento dado a la embarazada, a su petición, por un médico, dentro de las primeras doce semanas desde la concepción, en lugar de conformarse con que “las interrupciones de embarazos llevadas a cabo conforme al sistema del asesoramiento fueran exceptuadas de la conminación penal por medio de una exclusión del tipo”.¹³ “Debido a la contundencia que le corresponde a una causa de justificación jurídico-penal para todo el ordenamiento jurídico”,¹⁴ sería imposible “limitarla, en sus efectos, al derecho penal”.¹⁵ “Si, en cambio, las interrupciones de embarazos, bajo determinados presupuestos, son excluidas del tipo penal, entonces eso significa, tan sólo, que ellas no están conminadas con pena [...] En otros ámbitos del ordenamiento jurídico, entonces, podrán ser dictadas regulaciones autónomas que partan de la base, en ese campo, de la antijuridicidad de la interrupción del embarazo”.¹⁶

Siguiendo estas explicaciones del Tribunal Constitucional Federal, la diferencia entre un elemento negativo del tipo —al como entretanto lo fijó el legislador en el § 218a, I, StGB, de la nueva redacción— y una causa de justificación —como la que estaba prevista en el § 218a, I, StGB, de la anterior redacción— reside, por tanto, en el diferente alcance de las consecuencias jurídicas derivadas de ello en cada caso: mientras que un elemento negativo del tipo sólo se refiere a la punibilidad eventualmente excluida por él de un tipo determinado, una causa de justificación extiende su efecto legitimante de la conducta respectiva, en principio, hacia todo el ordenamiento jurídico.

Si sobre esta base, a partir de aquí es aplicada la fórmula de RADBRUCH, por un lado, a una causa de justificación (como la del § 218a, I, StGB, ant. red.), y, por otro lado, a una “mera”

¹¹ ALEXY, *supra* nota 1, p. 32.

¹² BVerfGE, t. 88, p. 203 ss.

¹³ BVerfGE, *supra* nota 12, p. 300.

¹⁴ BVerfGE, *supra* nota 12, p. 299.

¹⁵ BVerfGE, *supra* nota 12, p. 273.

¹⁶ BVerfGE, *supra* nota 12, p. 274.

exclusión del tipo penal (como la del § 218a, I, StGB, en su actual red.), entonces, la causa de justificación, debido a su abarcadora “contundencia”¹⁷, referida a todo el ordenamiento jurídico, ya en caso de una injusticia menos marcada por lo extremo tendría que ser víctima de la fórmula de RADBRUCH antes que una mera exclusión del tipo penal, que tiene por consecuencia sólo una renuncia a reacciones jurídico-penales (como las más intensas de las que se dispone en el ordenamiento jurídico en su totalidad), pero que no puede producir una equiparación jurídica general de la conducta respectiva con una acorde al derecho, y que, por ello, deja espacio para una reprobación jurídica de esa conducta “en otros ámbitos del ordenamiento jurídico”.¹⁸ Por tanto, asumiendo que una regulación como la del § 218a, I, StGB, ant. red., fuera considerada como una injusticia extrema, en el sentido de la fórmula de RADBRUCH, entonces una mera exclusión del tipo con contenido de regulación por lo demás idéntico, como se regula en el § 218a, I, StGB, nueva red., no necesariamente aún, por ello, tendría que ser valorada del mismo modo. Antes bien, desde el punto de vista de la lógica jurídica se podría defender absolutamente que un modelo del asesoramiento que opera con una exclusión de la tipicidad recién sería extremadamente injusto, si la atipicidad de la interrupción del embarazo ejecutada después de un asesoramiento se extendiera hasta el comienzo de los dolores del parto, mientras que, respecto de una causa de justificación, originaría el mismo veredicto ya un plazo de 12 semanas desde la concepción.

Pero, entretanto, contradiría la finalidad de la fórmula de RADBRUCH que una exclusión de la punibilidad producida en el plano del tipo a pesar de la extrema injusticia de los presupuestos a los que estuviera ligada, siempre deba mantenerse, porque, debido al art. 103, II, GG, de ningún modo puede ser creado un nuevo tipo penal,¹⁹ mientras que una exclusión de la punibilidad producida en el plano de la justificación, aunque ligada a requisitos que, frente a aquello, fueran menos extremadamente injustos (en el sentido de la fórmula de RADBRUCH, pero siempre aún suficientemente injustos), puede ser tratada desde el inicio como ineficaz y, conforme a ello, también ser penada la conducta adecuada al tipo penal. Precisamente causa una impresión contraria al valor, en el sentido de la fórmula de RADBRUCH, si, por un lado, es negada la exclusión de la punibilidad dispuesta en el plano de la justificación para una conducta extremadamente merecedora de pena, pero, por otro lado, es respetada la exclusión de la punibilidad dispuesta en el plano del tipo para una conducta aún extremadamente merecedora de pena.

¹⁷ BVerfGE, *supra* nota 12, p. 299.

¹⁸ BVerfGE, *supra* nota 12, p. 274.

¹⁹ Así, ALEXY, *supra* nota 2, p. 30.

III. Diferenciación entre presupuestos positivos y negativos de la punibilidad

Sin embargo, posiblemente sucedería esa injusticia a causa de que ya en el plano del tipo se distinga entre presupuestos positivos y negativos de la punibilidad y, p. ej., aquel “tipo restante” que consiste exclusivamente en elementos positivos del tipo —el cual subsiste tras la eliminación de un elemento negativo del tipo por medio de la fórmula de RADBRUCH— sea reconocido como eficaz y potencialmente fundante de la punibilidad. Si se considerase, dicho a modo de ejemplo, extremadamente injusto el elemento negativo del tipo derivado del § 218a, I, StGB, frente a la punibilidad por interrupción del embarazo, en razón de que todo aborto fuera equiparable a un asesinato, entonces de la realización de los elementos positivos expresados en el § 218, I, StGB, siempre podría inferirse la punibilidad de una interrupción de embarazo. Para arribar a tal resultado uno tendría que defender el punto de vista de que el tipo restante que queda, de elementos positivos del tipo, después de rechazar un elemento negativo del tipo, no sería para nada uno “nuevo”, en contra del art. 103, II, GG, sin determinación legal correspondiente del tipo penal creado, sino que todos los elementos de este tipo restante estarían expresados en definitiva por escrito en el texto legal respectivo al momento del hecho (junto a aquellos elementos del tipo de los que, por su extrema injusticia, fue reducido el tipo total a releer en la ley).

Pero la diferenciación entre elementos positivos y negativos del tipo es de “naturaleza demasiado técnica”,²⁰ como para poder adosarle consecuencias jurídicas diferentes, *sub specie* art. 103, II, GG: Negativo, en el sentido de que restringe la punibilidad, es en el fondo todo elemento del tipo, dado que, sin el elemento respectivo, quedarían abarcados en el tipo restante más decursos del acontecer que si se le añade otro elemento.²¹ Por lo demás, es una mera cuestión de formulación, la de si el legislador o bien abarca, primero, en el tipo, por medio del § 218, I, StGB, todas las interrupciones de embarazo y luego, en el § 218a, I, StGB, agrega un elemento restrictivo, según el cual eso no regiría para las interrupciones de embarazo efectuadas por un médico dentro de un plazo de doce semanas desde la concepción, después de un asesoramiento a petición de la embarazada, o bien describe de antemano de manera tan estrecha la materia abarcada típicamente mediante elementos positivos, que ya no hace falta su restricción por elementos negativos del tipo. Un tipo total configurado mediante la inversión de los elementos

²⁰ Así, BGHSt, t. 39, pp. 1, 28.

²¹ KAUFMANN, “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”, en JZ, 1955, pp. 37-38 ss.

negativos del tipo, expresados en el § 218a, I, StGB, en elementos positivos, podría rezar, p. ej., de la siguiente manera:

“Quien hace interrumpir un embarazo:

”1) después del transcurso de un plazo de doce semanas desde la concepción,

”2) contra la voluntad de la embarazada o sin una voluntad de ella configurada sobre la base de un asesoramiento,

”3) por medio de un amateur de la medicina, [...]”.

Expulsar al elemento negativo del tipo descripto en el § 218a, I, StGB, invocando una extrema injusticia sería equiparable al caso en que las tres alternativas del tipo surgidas de la reformulación en elementos positivos (n.º s. 1 a 3) fueran tratadas acumulativamente como inválidas desde el vamos; o bien fueran complementadas por una cuarta alternativa (equivalente en las consecuencias) que abarcase el caso en que el autor “4) hiciera interrumpir un embarazo de otra forma”. En cualquier caso, a partir de un n.º 4 así delineado se derivaría claramente que, en esa medida, se trataría de un nuevo tipo adicional, junto al creado por el legislador, lo cual —así, ALEXY²²— en todo caso vulneraría el art. 103, II, GG.

Pero, si existe una vulneración tal, en tanto sea desechada una restricción del tipo formulada de manera exclusivamente positiva, tendrá que valer lo mismo también para desechar un elemento negativo del tipo y con mayor razón una causa de justificación (lo último, debido a la más amplia contrariedad a la ley que conlleva la anulación de una causa de justificación).

IV. Las normas de un, en principio, Estado de Derecho y aquellas de un Estado de No-Derecho (injusto)

Por consiguiente, el art. 103, II, GG, vale en igual medida respecto de todos los presupuestos de la “punibilidad” de un hecho, sea que éstos estén formulados positiva o negativamente, que se refieran al plano del tipo, de la justificación o incluso de la culpabilidad. Pero el hecho de que el art. 103, II, GG, rija en esa medida por igual, no significa aún —para elementos de cualquiera de los tres planos— una validez absoluta. Antes bien, el art. 103, II, GG,

²² ALEXY, *supra* nota 2, p. 30.

se podría entender, con ALEXY, en gran medida, como una regla que vale sólo bajo determinadas condiciones;²³ ciertamente, no ya en caso de injusticia extrema de determinados presupuestos de la punibilidad que le privan parte de su validez, dado que, en caso contrario, al autor se lo privaría del principio adicional de confianza, que le concede el art. 103, II, GG, precisamente frente a una punibilidad no esperable desde el punto de vista del derecho positivo —a diferencia de lo que sucedería frente a otras consecuencias jurídicas—. Por tanto, la interpretación aconsejable del art. 103, II, GG, tiene que reconocerle al autor, por un lado, un “plus” de protección de la confianza, frente a la punibilidad no esperable con relación al principio de confianza frente a las demás consecuencias jurídicas. Pero, por otro lado, este principio de confianza no necesariamente tiene que ser ilimitado, sino que, dicho a modo de ejemplo, puede valer también bajo la condición de que el confiar valga para el derecho positivo de un Estado que garantice el principio democrático y la división de poderes, así como los derechos fundamentales.²⁴ En tanto se trate de normas particulares de derecho penal extremadamente injustas, dentro de un tal, en principio, Estado de Derecho, no se podría dispensar a sus normas de derecho penal de la confianza, a pesar de ello, en contra de la fórmula de RADBRUCH, en consideración al art. 103, II, GG; en cambio, en tanto la injusticia extrema caracterice las normas de derecho penal de un Estado de No-Derecho (injusto) o bien normas extrapenales, el ámbito de protección del art. 103, II, GG, ya no estaría afectado, y, por consiguiente, la fórmula de RADBRUCH podría ser aplicada decididamente al derecho positivo extremadamente injusto.

Por tanto, si bien el art. 103, II, GG, garantiza una protección de la confianza cualificada precisamente respecto del derecho positivo de punibilidad contradictoria, justamente sólo la garantizaría frente a la punibilidad dentro de un, en principio, Estado de Derecho. La existencia de un tal, en principio, Estado de Derecho configura, siguiendo al BVerfG, la necesaria “base de confianza especial” para que todo destinatario de la norma pueda asumir lícitamente, sin más análisis, que todas las normas de derecho penal positivo del Estado respectivo satisfacen, en medida suficiente, las exigencias de la justicia material.²⁵ En cambio, en un Estado que no estuviera regido por la democracia, la división de poderes y la vigencia de los derechos fundamentales, de antemano habría que contar con un derecho positivo extremadamente injusto, de modo que faltaría el necesario soporte aparente del derecho para que rija una confianza irrestricta en la validez de su derecho penal positivo y, por ello, un eventual conflicto entre

²³ ALEXY, *supra* nota 2, p. 24.

²⁴ Así, BVerfGE, t. 95, pp. 96-132.

²⁵ BVerfGE, *supra* nota 24, p. 133.

justicia material y derecho positivo podría ser resuelto haciendo caso omiso del art. 103, II, GG, por medio de la fórmula de RADBRUCH.

ALEXY caracteriza como “razonable [...] que, en el no-reconocimiento de especiales causas de justificación de un régimen injusto, que ampara la injusticia extrema, no se aprecie una vulneración del art. 103, II, GG”.²⁶ En efecto, toda confianza merece protección tan sólo en la medida en que se base en una apariencia objetiva (en un soporte de la confianza), que justifica la formación de una confianza bajo circunstancias de esa índole. Antes de que sea tratada la cuestión de si determinadas circunstancias dan derecho a confiar y sirven así como soporte de confianza, habría que aclarar qué clase de confianza está protegida, en definitiva, por el art. 103, II, GG, en aquellos casos en los que hay derecho a confiar.

En contra del criterio del BVerfG, no se trata, en mi opinión, de la confianza en que el derecho sancionado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz, formulado por el Estado respectivo, se corresponda con las exigencias de la justicia material o que al menos no las contradiga de manera extrema: incluso un autor cuyo sentimiento de justicia le indique a él inequívocamente que una determinada norma penal que integre el derecho positivo de su Estado sea extremadamente injusta, siguiendo al BVerfG, en el caso de una constitución del Estado que se adecue, en principio, a una justicia material, está protegido por el art. 103, II, GG, ante una aplicación de la fórmula de RADBRUCH, y, por ello, puede comportarse en correspondencia con esta norma, sin tener que temer por una pena. Contradiría diametralmente una diferenciación según la confianza respectivamente puesta en la justicia material (o bien, al menos, en una injusticia leve) del derecho positivo, si el art. 103, II, GG, protegiera, en un Estado de Derecho, incluso a aquel autor que ha comprendido acertadamente la injusticia extrema de una norma penal que se refiere a él, y que, en cambio, en un Estado de No-Derecho (injusto) no protegiera incluso a aquel autor al que le resulta completamente oculta la injusticia extrema de una norma penal de idéntico contenido.

Por tanto, el art. 103, II, GG, no diferencia según la confianza respectiva en que el derecho penal positivo también sea materialmente justo o, en todo caso, no sea extremadamente injusto. Pero si el art. 103, II, GG, así y todo, no presupone confianza en la justicia material (o en todo caso una injusticia leve) de las normas penales de derecho positivo, también sigue siendo irrelevante la cuestión de si existe –y, en su caso, en qué medida– una razón para que el autor

²⁶ ALEXY, *supra* nota 2, p. 20 ss.

tenga una confianza de esa índole. Allí donde no interesa, para la protección de una persona, su “buena fe” (su confianza de hecho), tampoco hará falta buscar un “sustento aparente de la confianza”, en la forma de una constitución del Estado en principio digna de confianza, como fundamento de esa buena fe, y diferenciar según eso.

V. Diferenciación según el grado de injusticia de una norma penal

En lugar de la confianza en que el derecho positivo también sea materialmente justo o al menos no sea extremadamente injusto, el art. 103, II, GG, más bien estabiliza la confianza en poder fiarse, en todo caso, de la validez del derecho positivo, con prescindencia de su eventual injusticia material, dado el caso incluso extrema. Por tanto, se trata de una confianza que se refiere a la autoridad del legislador de poder sancionar el derecho válido, en lugar de la confianza en la justicia material o en la moralidad del derecho sancionado por él. A partir del art. 103, II, GG, se deriva que, con relación al derecho positivo, a esta confianza en la autoridad del legislador le corresponde al menos una prioridad relativa aun más clara (si no quizá incluso una prioridad absoluta), frente a la moralidad del contenido de la ley, que con relación al restante derecho positivo.

Concederle a la “*auctoritas*”, con HOBBS, un rango prioritario absoluto frente a la “*veritas*” del derecho penal,²⁷ significaría interpretar al art. 103, II, GG, como regla, en el sentido de ALEXY.²⁸ Si, en cambio, el art. 103, II, GG, debiera ser concebido como mero principio, sólo se podrían realizar injerencias en este principio si se cumplen requisitos más calificados que los que, de todos modos, deben ser formulados en protección de la seguridad jurídica (art. 20, III, GG), para injerencias en la forma del derecho positivo, basadas en la justicia. Por tanto, el principio contrario de la justicia material, igualmente anclado en el principio del Estado de Derecho, tiene que prevalecer aun más claramente, respecto de la seguridad jurídica, que lo que es necesario en el ámbito extrapenal, para poder pasar por alto el ordenamiento y el rendimiento del derecho positivo en crear seguridad en la orientación. Así, p. ej., si, en el sentido del Tribunal Constitucional Federal, alcanza, para una eximición de la legislación de los funcionarios del Estado nacional-socialista dentro del gran número de derecho positivo válido, cuando ella pareciera extremadamente injusta en correspondencia con la fórmula de RADBRUCH,²⁹ entonces una

²⁷ HOBBS, *Leviathan*, Neuwied, Luchterhand, 1966, cap. n.º 26, p. 210 ss. [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como *Leviatán*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1980].

²⁸ ALEXY, *supra* nota 3, p. 76.

²⁹ En las consecuencias, se lo niega en BVerfGE, t. 6, pp. 132-198 ss.

injusticia extremadamente marcada de las exclusiones de la punibilidad en todo caso aún no serían suficientes para su eximición a la luz del principio constitucional establecido en el art. 103, II, GG.

Ahora bien, teóricamente siempre se podrá pensar y formular, con relación a cualquier norma ya extremadamente injusta una norma aun más extremadamente injusta, de modo que tampoco conduciría a un resultado declarar como de rango inferior al art. 103, II, GG, frente al principio de la justicia material, sólo en caso de normas penales injustas del mayor extremo posible. Pues no hay un final en las posibilidades de incremento de injusticia material, así como no hay un final de la secuencia de números, es decir, que la restricción del art. 103, II, GG, mediante una excepción de esa índole, va a dar necesariamente, de hecho, en el vacío.

VI. Diferenciación según el grado de eficacia social de una norma penal

Por ello, en mi opinión, para restringir constructivamente la garantía constitucional en favor del derecho penal positivo expresada en el art. 103, II, GG, en interés de la justicia material, queda sólo un camino: en lugar de requerir, del lado de la justicia material, tan “sólo” una injusticia extrema de la norma penal en el sentido de la fórmula de RADBRUCH, tendrá que estar en juego, de la otra parte, justamente un “*minus*” de seguridad jurídica, para poder clasificar su afectación por la exclusión de una restricción de la punibilidad extremadamente injusta como de menor peso en relación con la justicia material resguardada por medio de ello. Según ALEXY, incluso una norma individual sancionada formalmente conforme al ordenamiento sólo forma parte de la gran cantidad de derecho positivo vigente en un ordenamiento, en tanto y en cuanto exhiba, como éste, “un *minimum* de eficacia social o de chance de eficacia”.³⁰ Por tanto, respecto de la efectividad social de una norma de derecho positivo existen posibilidades de incrementación dentro de un continuo, que va desde aquel mínimo hasta un acatamiento de la norma casi absoluto o la imposición de una sanción en caso de su no acatamiento. Una norma socialmente eficaz sólo en grado mínimo contribuye tan sólo un poco a mantener el orden social que ella integra y a servir como modelo de orientación de decisiones de conducta propias y ajenas dentro de este ordenamiento, mientras que, en cambio, una norma reconocida en general lo hace en medida considerablemente mayor.

³⁰ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4.ª ed., Friburgo-Múnich, Karl Alber, 2005, p. 147. [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004].

Una norma que socialmente queda en gran medida sin acatamiento y que en el caso de su no acatamiento no origina regularmente ninguna sanción tampoco justifica una confianza particularmente firme en su fuerza de vigencia como derecho positivo y, en correspondencia con ello, genera poca seguridad jurídica. Por tanto, con relación a la medida menor de seguridad jurídica que es creada por una norma tal, su eventual injusticia extrema prepondera de modo especial; o bien, expresado a la inversa, se produciría sólo una pérdida mínima en seguridad jurídica con relación a injusticia extrema de la norma evitada por medio de que esta norma sea excluida del sistema jurídico positivo restante, mediante la fórmula de RADBRUCH. Es decir, cuanto mayor sea, por un lado, el grado de efectividad social que le corresponda a una norma penal, tanto más extremadamente tendrá que estar marcada, por otro lado, su injusticia material, para compensar la pérdida en orden social co-constituido por esa norma y la seguridad de la orientación personal, ligadas al quebrantamiento del art. 103, II, GG.³¹

De este modo, dos normas penales de igual contenido y que aparecen, en cada caso, como inequívocamente injustas en lo material pueden ser evaluadas, sin embargo, de modo diferente, si una norma integra los pilares de un ordenamiento social que a grandes rasgos funciona y para cuya existencia en general es considerada imprescindible, mientras que la otra, así y todo, más bien es valorada como sólo “escrita en papel” o bien como funcionalmente fácil de renunciar para el bien común estatal respectivo.

VII. Resumen

Hoy en día —más de un cuarto de siglo después de la caída de la ex R.D.A. — realmente ya no es de interés práctico la cuestión de a qué consecuencias conduciría una ponderación de principios realizada según criterios de esta índole, especialmente en los “casos de los centinelas del muro” analizados por ALEXY. Pero en todo caso parece de interés teórico, y en otros supuestos futuros quizá también de interés práctico, que la solución del “conflicto entre justicia y seguridad jurídica” que RADBRUCH intentó desarrollar con su fórmula devenida en famosa, en contra de esta fórmula, dependa no solamente de cuán insoportable resulte “la contraposición del derecho positivo a la justicia”,³² sino también, por otro lado, de cuán insoportable sería para la continuidad

³¹ Habla en favor de una tal diferenciación, además, el argumento de la efectividad dado por ALEXY (*supra* nota 30, pp. 87 ss.), un concepto de derecho no-positivo podría fortalecer la disposición a resistir por parte de la práctica jurídica, al menos frente a “un régimen injusto débil, especialmente en su fase inicial”: “Si un Estado de No-Derecho (injusto) acaba de ser establecido exitosamente, los conceptos jurídicos ya no podrían producir efectos”.

³² RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Gesamtausgabe*, t. 3, Heidelberg, C.F. Müller, 1990, pp. 83-89. [Nota del traductor: el trabajo de RADBRUCH citado aquí por el autor fue traducido al español, hace mucho

de un orden social que funciona en lo esencial, y para su seguridad jurídica, que la ley cuya validez se investiga en concreto tuviese “como derecho incorrecto, que retroceder frente a la justicia”.

VIII. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Mauerschützen – Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993.

—, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften/Vandenhoeck & Ruprecht, 1997. [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como “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, 2000, pp.197-230].

—, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4.ª ed., Friburgo-Múnich, Karl Alber, 2005 [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. SEÑA, Barcelona, Gedisa, 2004].

—, *Theorie der Grundrechte*, 5.ª ed., Berlín, Suhrkamp Verlag KG, 2006 [Nota del editor: existe traducción castellana de la 1.ª ed. publicada como *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993].

HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Neuwied, Luchterhand, 1966 [Nota del editor: existe traducción castellana publicada como *Leviatán*, trad. Manuel SÁNCHEZ SARTO, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1980].

KAUFMANN, Armin, “Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung”, en *JZ*, 1955, pp. 37-41.

RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Gesamtausgabe*, t. 3, Heidelberg, C. F. Müller, 1990 [Nota del traductor: el trabajo de Radbruch citado aquí por el autor fue traducido al español, hace mucho tiempo, por María Isabel AZARETO DE VÁSQUEZ, publicado como pequeño opúsculo: *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, 1962 (“Colección Nueva Teoría”)].

tiempo, por María Isabel AZARETO DE VÁSQUEZ, publicado como pequeño opúsculo: *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, 1962 (“Colección Nueva Teoría”)].