

Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición*

De Prof. Dr. Dres. h.c. **Ulfrid Neumann**, Frankfurt a.M.

I. Cambio de sistema y “sociedad posconflicto”

El derecho penal funciona “normalmente” al interior de un sistema social¹, caracterizado por la homogeneidad de sus normas sociales. El delincuente infringe por lo general no sólo normas vigentes jurídicamente, sino concertadas socialmente. Esto no cambia la circunstancia, de que normas penales por un lado, y normas sociales concertadas por otro, también en este caso normal no tengan que coincidir completamente. Particularmente, la legitimidad de tipos penales ubicados fuera del ámbito esencial del respectivo sistema jurídico penal, puede ser controvertida.

Este tipo de controversias puede signalizar medidas legislativas para la despenalización en este ámbito – un ejemplo histórico en Alemania sería la reforma del derecho penal que regula los delitos sexuales en las últimas décadas del siglo 20, la cual consideró la extensa crítica hecha a un derecho penal de los delitos sexuales cuyo “bien jurídico” estaba orientado por la “moralidad”² Incluso en este caso, la cuestionada norma penal será percibida como parte de un orden jurídico y social legítimo y en este sentido reconocida como norma vinculante, en tanto ella no haya sido formalmente derogada. En efecto el infractor penal no se comprende a sí mismo como víctima de un orden jurídico que se le ha impuesto, sino como alguien a quien se le hizo justicia, y a lo mucho se ve como alguien que ha tenido la mala suerte de ser atrapado en sus actividades criminales. El derecho penal se apoya, normalmente, en una base social estable.

El derecho penal carece de esa base social estable, allí donde se trata de castigar personas que han actuado dentro de un sistema social (o en un subsistema) con un orden social desviado, y probablemente también un sistema jurídico desviado. Aquí se presentan problemas específicos de la legitimidad y también de la funcionalidad del castigo.

Tipológicamente hay que diferenciar aquí por una parte, la constelación de un cambio de sistema político³ y por otra, la terminación de un conflicto violento al interior del mismo sistema político. En este último caso no se trata de sustituir el sistema político, sino de terminar un enfrentamiento armado muy próximo a una guerra civil. La literatura emplea aquí el

concepto de “sociedades posconflicto”.⁴ Discutible es sin embargo, si se trata aquí de un concepto que se refiere exclusivamente a especificidades fácticas, o si de la situación fáctica particular se desprenden también consecuencias específicas con respecto al enfrentamiento jurídico con el pasado. Los mejores argumentos deberían considerar, que las diferencias en el ámbito de la facticidad social suelen tener normalmente también consecuencias para la posibilidad del enfrentamiento jurídico con el pasado.

Evidentemente se trata por una parte de asuntos de poder real. Si el cambio de sistema político es radical y absolutamente eficaz, entonces no existe necesidad por razones políticas y tácticas, de tener consideración con los representantes del sistema pasado. Ese fue la situación de la República Federal de Alemania después de la desaparición de la antigua República Democrática Alemana (RDA) y su anexión a la República Federal. La total impotencia de la antigua élite de la RDA hizo posible el uso del instrumento del derecho penal sin tener en cuenta posibles reacciones en contra.

Sin embargo el tratado de reunificación contemplaba un límite a la justicia penal a través del derecho penal material de la antigua RDA.⁵ Sólo podían llegar a ser castigadas aquellas vulneraciones de bienes jurídicos por representantes del sistema de la RDA, que al momento de la comisión de los hechos ya eran castigables conforme al derecho vigente de la RDA. Probablemente los representantes de la RDA tampoco habrían aprobado otra regulación. Pero la práctica parecía diferente. Los códigos penales y otras normas penales jurídicamente relevantes de la RDA fueron reinterpretados por la justicia de la República Federal. En este sentido fueron castigados en la República Federal antiguos ciudadanos de la RDA por conductas, por las que habían recibido condecoraciones y otras distinciones en tiempos de la RDA. Sobre esto y otros aspectos volveré más adelante. La protesta de los involucrados se redujo fundamentalmente al contexto político, y en parte a publicaciones autobiográficas.⁶ Para reacciones en contra efectivas faltaba el poder político.

Otra es la situación, cuando no se trata de un sometimiento incondicionado del viejo sistema, sino de una transición sobre la base de un acuerdo que debe ser pagado por ambas partes con concesiones. Con frecuencia ese es el caso de la sustitución de una dictadura militar por un gobierno civil con transición – o retorno – a unas condiciones democráticas. Aquí el precio de una renuncia al poder por

* Traducción del alemán al español: *Dr. Franceline Delgado Ariza* (LL.M.), Goethe-Universität Frankfurt am Main.

¹ El texto original emplea los calificativos “gesellschaftlich” y “sozial” de forma diferenciada. Debido a que en el español tal tratamiento diferenciado no existe, nos referiremos de manera indistinta a ambos, bajo el calificativo “social”.

² Fundamental en su tiempo *Jäger*, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, 1957; *Hanack*, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, 1968.

³ Desde una perspectiva teórico penal véase *Neumann*, *ZStW* 109 (1997), 1.

⁴ Véase por ejemplo *Arnold*, en: *Eser/Sieber/Arnold* (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, 2012, p. 34 (67); *Kastner*, *Transitional Justice in der Weltgesellschaft*, 2015, p. 1124.

⁵ “Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands” – Einigungsvertrag del 18. del Septiembre de 1990, Art. 315.

⁶ Véase por ejemplo *Krenz*, *Gefängnis-Notizen*, 2009, pp. 35 ss.; *el mismo*, *Widerworte*, 2. ed. 2006, pp. 488 ss.

parte de los militares puede consistir en una renuncia completa o parcial al castigo de los crímenes de la dictadura militar.

Esta situación de *restricción* del derecho penal por las estructuras de poder se constata también en “sociedades posconflicto”, en tanto el conflicto no fue terminado por la victoria militar total de una de las partes, sino a través de un acuerdo de paz que obliga a ambas partes a hacer compromisos. En estos casos el derecho penal, por razones de estabilidad del sistema, tiene que hacer concesiones, que pueden conducir a una renuncia total al castigo y con ello a una amnistía general de las dos partes implicadas. Frente a la pregunta, en qué medida el derecho penal debe ser empleado y puede ser empleado, después del final de una confrontación armada de décadas entre el Estado, los rebeldes y los paramilitares, se encuentra Colombia luego del acuerdo de paz entre las partes en conflicto.⁷

II. Conveniencia y Justicia

El problema sobre la adecuada reacción penal del Estado en la sociedad posconflicto (así como después de un cambio de sistema) conduce a la pregunta, hasta qué punto la decisión sobre el castigo o la ausencia de castigo para masivas violaciones de bienes jurídicos, puede seguirse dejando al cálculo político. La respuesta dependerá por supuesto, de si se interprete la institución de la pena deontológicamente o consecuencialmente.

Si se sigue un planteamiento consecuencialista, entonces el problema radica simplemente en la conveniencia. La pregunta sería entonces, si las mejores condiciones sociales se pueden lograr recurriendo o renunciando al instrumentalario penal.

La respuesta a esa pregunta depende de un sinnúmero de condiciones, que en la respectiva sociedad en transición pueden ser extremadamente distintas; y ella tiene que ser respondida caso por caso y con diferenciaciones considerables. Por supuesto, algunos factores importantes aquí son por una parte, la intensidad de la demanda de castigo por parte de las víctimas; y por otra, el peligro de una desestabilización del sistema debido a masivas reacciones en contra de aquellos responsables amenazados con una pena. Se incluyen también las posibles alternativas como el establecimiento de Comisiones de Verdad, probablemente junto con una renuncia condicional a la pena (en caso de cooperación con la comisión de la verdad) como en el caso de Sudáfrica.⁸

⁷ Sobre la génesis y estructura del conflicto en Colombia es de resaltar entre las publicaciones en idioma alemán *Deißler*, *Eigendynamische Bürgerkriege, Von der Persistenz und Endlichkeit innerstaatlicher Gewaltkonflikte*, 2015 (particularmente pp. 263 ss.).

⁸ Sobre el modelo de las comisiones de la verdad (también en relación con Sudáfrica) *González Cueva*, en: Reátegui Carrillo (ed.), *Transitional Justice, Handbook for Latin America*, 2011, p. 315. Exhaustivo sobre la función de las comisiones de la verdad en el contexto de una amnistía penal en Sudáfrica *du Bois-Pedain*, *Transitional Amnesty in South*

Distinto resulta si se sigue una interpretación deontológica de la pena. En este caso, si bien ante la decisión sobre el uso del derecho penal consideraciones sobre las consecuencias políticas no pueden dejarse a un lado, estas consideraciones tienen que enfrentarse a las exigencias de una justicia penal. Esto es así sobre todo frente a la renuncia a una pena, que conforme a las reglas generales de la teoría de la imputación penal estaría necesariamente justificada.

Por otro lado, la pregunta complementaria, si por razones de estabilización de la sociedad podría también imponerse una pena “injusta” se ha discutido muy poco. La razón podría estar en que el sólo planteamiento de la cuestión parece escandaloso. Según la opinión casi generalizada, las penas injustas tampoco son justificables, aún cuando con ellas podrían evitarse conflictos sociales masivos. El ejemplo más claro es la detención consciente de un inocente, para evitar el linchamiento frente a una multitud de sospechosos.⁹

La pregunta es entonces, si una justicia transicional no puede propender por un ajuste de las reglas de la imputación de la responsabilidad penal de tal forma, que se posibilite o se facilite el castigo de los representantes del sistema superado. Esto también debe llegar a tratarse en relación con la interpretación del principio *nulla poena sine lege*.

III. Justicia penal frente a la víctima – Satisfacción y Solidaridad

La pregunta, si el castigo del injusto cometido puede verse como exigencia de justicia, no puede hoy responderse más con referencia a premisas religiosas o metafísicas. Se trata de un problema de filosofía práctica, de filosofía moral, y no un asunto de la metafísica o la religión. Eso significa: La justicia de un castigo se tiene que dejar justificar como exigencia de una justicia interpersonal (y no: como una justicia trascendental). El prototipo sería una justicia inmanente al modelo de condena por indemnización por daños y perjuicios. La justicia de la pena sería comprensible en el sentido de una función compensatoria de la pena. Ella implica: se tiene que llegar a evidenciar, que al *perjuicio* que se le causa al infractor, le corresponda del lado del agraviado un *beneficio*, y que este beneficio legitime la imposición del perjuicio.¹⁰

Esta argumentación no puede aportarse, si se atiende exclusivamente a los daños materiales que han surgido con el

Africa, 2007. Sobre la pregunta, en qué medida la realización de procesos penales pueden servir a la búsqueda de la verdad y si dado el caso (esta función puede legitimarlos) véase *Schroeder*, en: Nußberger/v. Gall (eds.), *Bewusstes Erinnern und bewusstes Vergessen*, 2011, p. 339 (341 ss.). Sobre la pregunta por un “derecho fundamental a la verdad” véase los aportes en Brunner/Stahl (eds.), *Recht auf Wahrheit, Zur Genese eines neuen Menschenrechts*, 2016.

⁹ Sobre el problema de un “castigo” completamente conveniente para un inocente *Neumann*, en: Simester/du Bois-Pedain/Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, 2014, p. 67.

¹⁰ Al respecto *Neumann*, en: Liu/Neumann (eds.), *Gerechtigkeit – Theorie und Praxis*, 2011, p. 117.

delito. Pues contrario al asunto de la indemnización por daños y perjuicios, en relación con la pena no se trata de una justa distribución de cargas *existentes*. Más bien al infractor se le impone un agravio que en el caso de una sentencia condenatoria a nadie beneficia. Luego no se trata entonces de una *distribución* de perjuicios, sino de una causación arbitraria de un daño adicional, que debe llegar a “compensar” los daños causados por el infractor. El cómo podría un daño llegar a ser compensado con la causación de un daño *adicional*, no se evidencia más allá de premisas metafísicas. El mal de este mundo no puede neutralizarse con la causación de males adicionales.

1. Satisfacción

La perspectiva cambia, si no se parte de una compensación material, sino *inmaterial*, que el infractor le debe a la víctima (y quizás a la sociedad en general). Ese punto de vista ha sido introducido en la discusión desde hace tiempo bajo el término “satisfacción para la víctima”. En los últimos años y décadas éste ha ganado una importancia mayor.¹¹ De manera simple, este concepto formula, que con el castigo del infractor se le hace justicia y se le tienen que hacer justicia a la víctima.¹²

Sin lugar a dudas, esta idea tiene profundas raíces psicológicas. De todas formas, frente a crímenes graves que lesionan la integridad personal, las *víctimas* experimentan el castigo del infractor como un acto de justicia. Esto es particularmente aplicable en el contexto de graves crímenes estatales, es decir de violaciones considerables a los derechos humanos. Por supuesto se puede hablar aquí de una simple *exigencia de venganza*. Pero con ello se le daría a la necesidad de la víctima de minimizar el dolor que se le ha causado, una valoración negativa, que sería difícil de justificar debido a la evidente universalidad de esa necesidad.¹³ La comunidad de naciones reconoce esa necesidad como un interés legítimo. La creación de una Corte Penal Internacional (CPI), la institucionalización de otros tribunales internacionales sirven también al objetivo, de satisfacer a las víctimas y sus familiares y permitirles que sus voces sean escuchadas.¹⁴

¹¹ Sobre esto véase por ejemplo *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechenopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, 2002 (particularmente pp. 112-137); *Hörnle*, JZ 2006, 950 (955 ss.); *Roxin*, GA 2015, 185 (200); críticamente véase por ejemplo *Jahn/Bung*, StV 2012, 754 (760 ss.).

¹² Escéptico frente a esta función de la justicia transicional *Palermo*, ZStW 125 (2013), 379 (397 ss.).

¹³ Con esto no se está afirmando, que esa necesidad es intrínseca sin excepción a toda víctima individual. Sobre la posibilidad de elaborar el dolor inflingido a través del perdón véase por ejemplo: *Kor*, Die Macht des Vergebens, 2016; *Kodalle*, Verzeihen denken, 2013; *Flaßpöhler*, Verzeihen – Vom Umgang mit Schuld, 2016.

¹⁴ Detallado sobre este punto de vista y las consecuencias procedimentales que de él se desprenden *Trüg*, ZStW 125 (2013), p. 34.

2. Confirmación del rol de víctima

Pero no se trata solamente de satisfacción para la víctima, sino asimismo de confirmar que ella es efectivamente “víctima”, es decir: que ha sido víctima de un crimen.¹⁵ Esta confirmación es particularmente importante en relación con actos violentos resultantes de sistemas injustos constituídos por el Estado. Pues en relación con estos actos violentos conformes a un sistema, la distribución de los roles víctima y victimario, no es en modo alguno tan indiscutida, como (normalmente) en relación con crímenes, que al interior del sistema mismo son condenados como actos criminales. Y no siempre se da un cambio de perspectiva de manera paralela con un cambio del sistema político.

En este sentido, durante las primeras décadas después de la segunda guerra mundial fueron reconocidos como legítimos fallos de la jurisdicción militar del “Tercer Reich” – incluyendo condenas que habían impuesto la pena de muerte por “degradación de la integridad militar” (que sería una traducción aproximada de: “Wehrkraftzersetzung”).¹⁶ Apenas en 1998 se logró paso a paso la rehabilitación de las víctimas de la justicia militar de la dictadura nazi.¹⁷ Los fallos de los denominados “Tribunales de salud hereditaria” (que sería una traducción aproximada de: “Erbgesundheitsgerichte”), en el tiempo del nacionalsocialismo, en los cuales era ordenada la esterilización obligatoria del afectado, valían como fallos conformes a Derecho en la República Federal Alemana. Sólo a partir de 1988 el Parlamento alemán declaró, que en relación con estos fallos se había tratado específicamente de crímenes del nacionalsocialismo.¹⁸ Sin embargo una persecución penal de los jueces militares y de los jueces de los Tribunales de salud hereditaria no tuvo lugar. Ésta le hubiera dado un peso esencialmente mayor al mensaje, de que los condenados por dichas jurisdicciones habían sido víctimas de un crimen.

IV. Significado para la sociedad

La tarea del derecho penal de la justicia transicional de reafirmar su Derecho a la víctima de crímenes estatales, tiene así mismo una dimensión social. Luego también bajo este punto de vista, al derecho penal le corresponde una importante función en la superación de la criminalidad de sistema de un régimen dictatorial pasado. Pues el derecho penal es un significativo canal de comunicación social-

¹⁵ Sobre este punto véase *Hörnle*, Straftheorien, 2011, pp. 37 ss.

¹⁶ *Saathoff*, en: Perels/Wette (eds.), Mit reinem Gewissen. Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, 2011, p. 297 (303).

¹⁷ “Gesetz zur Aufhebung der nationalsozialistischen Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege“ (NS-AufhG), BGBl. I 1998, p. 2501, así como también las leyes modificatorias de ésta de 2002 y 2009 (BGBl. I 2002 p. 2714 y BGBl. I 2009 p. 3159). Sobre esto *Saathoff* (nota 16), p. 311.

¹⁸ *Tümmers*, Anerkennungskämpfe, Die Nachgeschichte der nationalsozialistischen Zwangssterilisationen in der Bundesrepublik, 2011, p. 304.

aspecto que ha ganado importancia en la discusión teórico penal actual.¹⁹ Los procesos penales transmiten a la sociedad mensajes sobre la valoración de determinadas conductas y hacen de esta forma un aporte fundamental para la fijación y la corrección de patrones de pensamiento sociales.²⁰

Precisamente de esto se trata la superación de un régimen dictatorial pasado, de la destrucción de patrones de pensamiento de ese sistema injusto, que están enquistados. Una tarea social central en el enfrentamiento crítico con los sistemas injustos es la destrucción de las ideologías, con las que fueron legitimados en su momento los crímenes de ese régimen.²¹ El derecho penal como el instrumento más represivo de desaprobación social, deja claro que esas ideologías no sirven para justificar los crímenes cometidos.

Para una elucidación de esta tarea, un ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al que en este contexto se ha recurrido numerosas veces en la literatura: En el año 2010 el Tribunal tuvo que decidir un recurso interpuesto por un ex-partisano que en el año 1944 atacó por sorpresa un poblado lituano y habiendo asesinado allí – en parte de forma extremadamente cruel – a un grupo de civiles.²² El motivo: Meses antes habitantes del pueblo habían delatado ante la ocupación alemana a otro grupo de partisanos; los miembros de este grupo de partisanos fueron entonces asesinados por soldados. Después de finalizado el sistema comunista, el infractor fue condenado a pena de prisión por un tribunal lituano.

El TEDH rechazó en ambas instancias el recurso interpuesto por el sentenciado contra el fallo. Los medios ruzos reaccionaron a esta decisión en parte con clara indignación. La consigna era: “El TEDH condena el delito de un antifacista”.²³ Aquí se evidencia el patrón de pensamiento, de cuya corrección (o subsistencia) se trata en este tipo de procesos penales: Si el presunto sistema de coordenadas está formado por la antítesis: “Fascismo-Antifascismo”, entonces todas las conductas que se dirijan contra el “fascismo”, serán tendencialmente justificadas, incluso cuando se trate del homicidio cruel de civiles.

No se tiene que insistir en que este sistema de coordenadas se deja reemplazar por muchos otros – como el de “comunismo” y “patriotismo” o el de “ortodoxia” y “herejía”. La tarea del derecho penal aquí consiste en destruir estos sistemas de coordenadas y los patrones de pensamiento

que se orientan por ellos. El derecho penal también tiene la función de demoler ideologías que fueron empleadas bajo el régimen anterior para legitimar crímenes conformes al sistema.

La tarea que desde la teoría de la “prevención general positiva” se le ha adjudicado al derecho penal, tiene aquí que completarse con otro elemento. Según la teoría de la prevención general positiva, al derecho penal le corresponde la tarea de estabilizar normas sociales reconocidas, cuando estas han sido puestas en duda por un delito.²⁴ Esta tarea se extiende aquí a la función de permitir el reconocimiento o la rehabilitación de normas que habían sido suprimidas o sobrepuestas por el sistema dictatorial.

El ejemplo evidencia al mismo tiempo los límites del derecho penal en la consecución de dicha tarea. Pues allí donde antiguas formas de pensamiento son en gran medida estables, el uso del derecho penal no aporta a los necesarios procesos de aprendizaje social, sino que provoca en los grupos afectados rechazo y probablemente indignación y oposición. Este efecto se puede apreciar principalmente en el ámbito del derecho penal supranacional.

En Europa éste se muestra particularmente drástico en relación con el tratamiento jurídico penal de la guerra civil en la antigua Yugoslavia. El factor referido al origen étnico determina aún las diferentes reacciones frente a un fallo del Tribunal competente. Aquí, el derecho penal tiende a profundizar la brecha entre los diversos grupos involucrados, en vez de cerrarla. Bajo el punto de vista del aporte del derecho penal a la reconciliación social, el derecho penal es un arma de doble filo.

V. Justicia frente a los infractores

Lo mismo vale bajo el aspecto de la justicia penal. Pues la justicia frente a las víctimas amenaza con llegar a ser injusticia frente a los victimarios. Por esto, es de oponerse a todos los intentos de negarle a los infractores calificados como “criminalidad fortalecida por el Estado”,²⁵ las garantías jurídicas reconocidas. Pues incluso frente a criminales implicados en un “injusto de sistema” consolidado, tienen que aplicarse fundamentalmente todos los principios que son constitutivos de un derecho penal ajustado al Estado constitucional de Derecho.

En primer lugar están aquí el principio de culpabilidad, de presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo. En procedimientos penales que se ocupan de delitos conformes al sistema, se trata sobre todo del principio jurídico “no hay

¹⁹ Sobre las teorías “expresivas” de la pena que reafirman su función comunicativa véase la presentación de Hörnle (nota 15), pp. 29 ss.

²⁰ Sobre esto y también sobre lo siguiente Neumann, en: Neumann/Prittitz/Abrão/Swensson/Torelli (eds.), *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangheitsbewältigung*, 2013, p. 39 (42 ss.).

²¹ Para una reflexión de esas ideologías en las convicciones morales y jurídicas del infractor véase por ejemplo Fritze, *Täter mit gutem Gewissen, Über menschliches Versagen im diktatorischen Sozialismus*, 1998.

²² TEDH, Decisión del 17.5.2010 – 36376/04 (Kononov v. Lettland). Sobre esto detallado Schroeder (nota 8), p. 339.

²³ Véase Schroeder (nota 8) p. 340.

²⁴ Hassemer, en: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 29. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. ed. 2008, pp. 111 ss. quien prefiere el concepto de “geltungserhaltenden“ Generalprävention. (véase Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 15). Resumen Hörnle (nota 15), pp. 25 ss.

²⁵ El concepto en Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996. Véase también Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, pp. 181 ss.

pena sin ley” (nulla poena sine lege). En lo que sigue, nos concentraremos en este problema.

El problema no se presenta cuando la conducta ya estaba amenazada con una pena al momento de la comisión de los hechos, es decir incluso conforme al derecho válido del “sistema de injusto”. Por el contrario, si el hecho al momento de su comisión y conforme a la legislación no estaba penado, entonces existe el peligro de una colisión con la prohibición jurídica elemental de crear, así como aplicar leyes penales retroactivamente.

En esta situación hay tres posibilidades. Por una parte, en acatamiento estricto de la prohibición de retroactividad se puede renunciar al castigo del infractor. En segundo lugar, en consideración a la monstruosidad de los hechos de los que se trata, se puede desconocer abiertamente por medio de medidas legislativas, la prohibición de retroactividad. Y en tercer lugar, se puede intentar definir el problema más allá por medio de una argumentación jurídico filosófica, en tanto a determinadas leyes del sistema jurídico pasado se les niegue un valor jurídico.

Esta última alternativa promete viabilizar un castigo “justo”, sin tener que aceptar una restricción a la prohibición de retroactividad. Este fue el camino que tomaron los Tribunales en Alemania, tanto después del Sistema Nazi, así como después de la reunificación de los dos Estados alemanes.²⁶ Incluso en la discusión internacional la pregunta sigue teniendo importancia. Así, la amplia investigación del Instituto Max-Planck de Freiburg en muchos de sus informes por país, sobre “Derecho penal en reacción al injusto de sistema”, constata un llamamiento al Derecho natural.²⁷ En relación con Brasil, esta pregunta es discutida detalladamente en un trabajo reciente sobre “Justicia Transicional”.²⁸

VI. La “Fórmula Radbruch” – un camino jurídico filosófico para la punibilidad?

1. Moralismo jurídico vs. positivismo jurídico

Desde un punto de vista filosófico-jurídico se trata aquí de una discusión entre el *positivismo jurídico* y el *moralismo jurídico*. Una colisión con la prohibición de retroactividad se presenta sólo cuando la conducta no estaba penalizada al momento de su comisión respecto de la situación jurídica existente. Frente a este punto hay consenso. Como es sabido, la pregunta, qué era o qué es Derecho válido en el “Sistema de injusto”, es respondida por los positivistas jurídicos de manera diferente a como responden los representantes del moralismo jurídico.

Mientras que los *positivistas jurídicos* equiparan la antigua situación jurídica con la antigua legislación, los *moralistas jurídicos* instalan un filtro en la legislación y

situación jurídica que impide que leyes gravemente injustas puedan y hayan podido llegar a ser jurídicamente vinculantes. La corrección jurídico moral entonces, no solo debe tener validez frente al sistema jurídico actual, sino también frente a sistemas jurídicos pasados.

La consecuencia: Por medio de una argumentación jurídico moral es posible romper con normas del “sistema de injusto” pasado, de las cuales resultó una justificación de las violaciones a los derechos humanos (por ejemplo, Torturas). La pregunta es si con esto se resuelve el problema de la prohibición de retroactividad, o si se le esquiva de una forma contraria al Estado de Derecho?

En la clásica discusión sobre esta pregunta, se encuentran los nombres de *Gustav Radbruch* y *H.L.A. Hart*.²⁹ El Tribunal Supremo Federal alemán³⁰ y el Tribunal Constitucional alemán³¹ se remiten explícitamente a *Radbruch* en relación con las decisiones sobre el “Injusto de Sistema” Nazi y del – no comparable en sus dimensiones – “Injusto de Sistema” de la RDA. El punto de partida de *Radbruch*: Incluso la ley injusta es básicamente vista como vinculante; el principio de la seguridad jurídica prohíbe negarle valor a cualquier ley “injusta”. Sin embargo, en caso de una *vulneración intolerable* contra principios de justicia, la ley, como “Derecho injusto”, debe perder su validez – la denominada “Fórmula de la intolerancia”. Lo mismo debe aplicarse, cuando con la ley ni siquiera se aspira a la justicia – la denominada “Fórmula de la negación”. En este segundo caso no se trata sólo de “Derecho injusto”, sino que más bien la ley carece totalmente de naturaleza jurídica.³²

Hart realiza una serie de objeciones a la posición de *Radbruch*,³³ que en este aparte no pueden ser discutidas detalladamente.³⁴ El argumento relevante se refiere expresamente al problema de la relación entre la Fórmula de *Radbruch* y la prohibición de retroactividad. El argumento dice: Si a una norma que contiene una causal de justificación penal y que ha sido promulgada en el ordenamiento jurídico anterior, se le niega ex post su efecto jurídico, entonces se esconde y se evade el problema de la aplicación retroactiva de las normas en las que se basa la punibilidad.³⁵

Hart no excluye de forma general la admisibilidad jurídica de un efecto retroactivo de normas penales, pero insiste en que los casos específicos sean por consiguiente

²⁹ Sobre esta discusión finalmente *Renzikowski*, en: Borowski/Paulson (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, 2015, p. 75.

³⁰ De forma ejemplar en la compilación oficial tomo 39, p. 1 decisión publicada (BGHSt 39, 1).

³¹ De forma ejemplar en la compilación oficial tomo 95, p. 96 decisión publicada (BVerfGE 95, 96).

³² *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946, en: Kaufmann (ed.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA)*, tomo 3, 1987, p. 87 (89).

³³ *Hart*, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, 1958, en: Hoerster (ed.), *Hart, Recht und Moral, Drei Aufsätze*, 1971, p. 14 (39 ss.).

³⁴ Más al respecto *Neumann* (nota 26), p. 203 (205 ss.).

³⁵ *Hart* (nota 33), pp. 43 ss.

²⁶ Más al respecto y sobre lo que sigue *Neumann*, en: *Neumann, Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 163.

²⁷ Véase *Arnold* (nota 4), p. 63.

²⁸ *Swensson*, *Vor dem Gesetz, Transitional Justice in Brasilien und die Problematik der strafrechtlichen Verantwortung für Straftaten der Militärdiktatur*, 2015, pp. 241 ss.

definidos. Un caso de penalización retroactiva “no debe parecerse a la penalización habitual de una conducta ilícita al momento de su comisión”.³⁶ Otras opiniones en la discusión advierten que debido a los problemas con la retroactividad que van ligados a la fórmula de Radbruch, se debe hacer un uso cauteloso de esta “afilada espada”.³⁷ Esto sugiere la pregunta, de si esta espada tiene un lugar legítimo en el derecho penal del Estado de Derecho. De forma directa y clara se puede preguntar: vulnera la fórmula de Radbruch la prohibición jurídica de retroactividad, en su aplicación frente a las causales de justificación penal?

Es posible contestar a esta pregunta negativamente por razones lógicas. Pues precisamente la idea fundamental del modelo de pensamiento iusnaturalista, reside en negarle ab initio la fuerza vinculante a la ley contraria al derecho natural. La argumentación iusnaturalista, según se concluye evidentemente, hace valer la situación jurídica, que ya existía en su momento en el orden jurídico. Con la aplicación de la fórmula de Radbruch por lo tanto, no se cambiaría retroactivamente la situación jurídica, sino que solamente se constataría, cómo había sido realmente esa situación jurídica en aquel entonces.³⁸ Bajo esta perspectiva, la fórmula de Radbruch se presenta no como una *ruptura*, sino como una *garantía* de la prohibición de retroactividad.

No hay que dudar que esta interpretación corresponde a las intenciones de Radbruch. Pues para Radbruch se trataba de constatar que, conforme a este modelo, “partes completas del derecho nacionalsocialista jamás hubieran alcanzado la dignidad de ser derecho válido”.³⁹ Siguiendo este enfoque, no se presenta entonces un problema de retroactividad desde la perspectiva teórico jurídica. Por lo tanto se puede reflexionar, si por razones de Estado de Derecho se debe renunciar a aplicar contra el infractor la situación jurídica “real” de entonces.

Aquí se presenta la posibilidad de acudir a la legislación⁴⁰ o a la praxis jurídica de entonces, en vez de recurrir a la situación jurídica de aquellos tiempos. El principio de confianza legítima se puede atender por medio de una concesión amplia de un error de prohibición invencible, o a través de una exculpación en ciertos casos de la “obediencia debida”. Los problemas prácticos de la aceptación ab initio de la invalidez de normas justificantes injustas se pueden superar con reglas complementarias.

³⁶ Hart, *Der Begriff des Rechts*, 1973, pp. 291 ss.

³⁷ Dreier, en: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (eds.), *Strafgerichtsbarkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1983, pp. 57 (69).

³⁸ Fundamental en este sentido Alexy, *Mauerschützen, Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, 1993, p. 33: “Con el uso de la Fórmula de Radbruch [...] no se cambia de forma retroactiva la situación jurídica, sino que solamente se constata, cómo era la situación jurídica al momento del hecho.”

³⁹ Radbruch (nota 32), p. 89.

⁴⁰ Detalladamente Saliger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, 1995, pp. 36 ss.

2. La problemática de un moralismo jurídico “retroactivo”

El problema central reside en la pretensión de la filosofía, de constatar, qué había sido derecho válido en un orden jurídico pasado. Pueden el criterio filosófico-jurídico, la alternativa del positivismo jurídico y el moralismo jurídico realmente decidir, cómo era el orden jurídico de un Estado pasado? Yo creo que no. Pues el objeto del que trata la controversia entre el positivismo jurídico y el moralismo jurídico no es la descripción exacta de una situación jurídica existente, sino de orientaciones. El debate no pertenece al campo de la filosofía teórica, sino de la filosofía práctica.

El moralismo jurídico reclama Tribunales y ciudadanos que se rehúsen a seguir normas del derecho positivo extremadamente injustas. La tesis, de que estas normas no serían derecho válido, no formula ninguna afirmación sobre la existencia de esas normas, sino demanda que en la praxis de los Tribunales, éstas sean tratadas como no vinculantes.

Lo mismo se aplica en sentido inverso a la postura del positivismo jurídico. Ninguna de las posiciones ofrece una descripción del orden jurídico existente, sino que formulan orientaciones, que se refieren a la observancia e inobservancia de las normas del derecho positivo. Eso significa, que posturas jurídico morales (iusnaturalistas) no resultan aplicables en la reconstrucción de un sistema jurídico pasado.

3. Moralismo jurídico oculto

Esto tiene validez no sólo para el moralismo jurídico evidente, que en el sentido de la fórmula de Radbruch corrige según el derecho natural la ley existente, mitigando el principio “nullum crimen sine lege” al precepto “nullum crimen sine jure”. También se aplica a los intentos de fundamentar según el derecho positivo – es decir, no conforme al derecho natural –, la punibilidad de un comportamiento conforme al sistema, no reconocida al momento de los hechos.

En la literatura se ha acuñado para dichos intentos el término “moralismo jurídico oculto”.⁴¹ Las manifestaciones de este moralismo jurídico oculto son variadas. En este sentido, el Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof, BGH) intentó demostrar a los Tribunales de la antigua RDA, que ellos habían interpretado de manera errónea las leyes de su propio Estado. De la Constitución de la RDA se dedujo en parte, que las disposiciones legales, que en casos específicos permitían los disparos mortales en la frontera, ya eran inválidas conforme al derecho positivo de la RDA.⁴²

⁴¹ Swensson, (nota 28), pp. 168 ss.

⁴² Ejemplar BGHSt 39, 1; 16, 22 (Con el argumento de que la garantía de las salidas libres, asegurada en el Art. 12 del “Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos” del 19.12.1996, conforme al Art. 51 de la Constitución de la RDA, pese a una falta de implementación en el derecho interno, había sido parte integrante del orden jurídico de la RDA – Una comprensión de la que, según se sabe, no hay ni

En la discusión en Brasil se hace alusión a los intentos de tratar de tal forma el término de prescripción de los delitos de homicidio de la dictadura militar, que en casos de una muerte no totalmente probada se parta del delito continuado del secuestro – con la consecuencia de que el término de prescripción no habría comenzado aún.⁴³ En parte, se argumenta abiertamente en Brasil, que la ley de amnistía expedida durante la dictadura no tendría validez jurídica, en razón a un déficit de legitimación democrática del legislador de entonces⁴⁴ – lo que en aras de la coherencia, tendría que haber tenido como resultado, que todos los actos legislativos de la dictadura se hubieran considerado inválidos.

En estos casos de un moralismo jurídico “oculto” de lo que se trata es de intentar evitar el empleo cuestionable del derecho natural para fundamentar la punibilidad y servirse solamente de los instrumentos de la dogmática del derecho positivo y de la metodología jurídica. Pero a estos intentos se les hace la objeción de que con ello se estaría abusando de dichos instrumentos. El empeño por adjudicarle al legislador de un sistema pasado por vía interpretativa, un contenido que no fue reconocido e incluso pudo haber sido negado de manera expresa por los Tribunales competentes de ese entonces, constituye un ejemplo de ello.

4. Interpretación retroactiva

Este esfuerzo desconoce la diferencia entre la función productiva de la dogmática jurídica por una parte, y la función descriptiva de la historia contemporánea del derecho, por otra. En términos de Radbruch: lo que se desconoce es la diferencia entre la jurisprudencia por una parte, y la teoría social del Derecho, por otra. Mientras la jurisprudencia como dogmática del Derecho válido, tiene la tarea de procesar para su empleo ese derecho válido por medio de la interpretación de las leyes, el objeto de la teoría social del Derecho es el Derecho como hecho, como fenómeno social.⁴⁵

Por consiguiente, la jurisprudencia tiene que ver con el deber, y la teoría social con el ser del Derecho. Del deber sólo se puede hablar en relación con un orden jurídico actual y vinculante. Tan pronto como una ley es derogada, deja de ser objeto de la dogmática jurídica y pasa a ser objeto de la ciencia social. Pues el objeto del trabajo dogmático sería preparar al Derecho para su empleo.

En la condensada formulación de Jellinek: “En el pasado no hay deber ser”.⁴⁶ El ocuparse de órdenes jurídicos pasados así como de órdenes jurídicos extranjeros, no pertenece al ámbito de la dogmática jurídica, sino al de la ciencia de los

hechos.⁴⁷ Los Tribunales de la República Federal en el enfrentamiento jurídico penal con el Injusto de la RDA hicieron exactamente lo que Radbruch y Jellinek exponían como inviable: aquellos pretendieron interpretar por sí mismos las leyes de la desaparecida RDA y probar a la práctica jurídica de la RDA, que ésta había interpretado y usado de manera errónea las leyes de su propio Estado.⁴⁸

En este punto hay que resaltar, que la crítica a la extralimitación de la dogmática jurídica frente a un orden jurídico pasado sólo tiene efectos donde realmente ha tenido lugar un cambio de orden jurídico. Si se trata de cambios legislativos al interior del mismo orden jurídico, entonces las cosas son esencialmente más complicadas. Si las mismas leyes del mismo orden jurídico han sido aplicadas bajo el dominio de un régimen autoritario de forma más estricta que en los tiempos liberales en los que dichas leyes fueron expedidas, entonces, luego de un retorno a esas condiciones liberales, se puede plantear la pregunta, de si esa interpretación “severa” fue acertada o en todo caso justificable.

Desde el punto de vista del Estado de Derecho a esto se une el problema de si una conducta no punible bajo la jurisprudencia anterior en razón a un cambio de jurisprudencia puede llegar a ser castigable. Por ejemplo: Durante el dominio autoritario ciertas restricciones a los derechos civiles eran consideradas legales; Luego de un regreso a las condiciones liberales y con una legislación incambiable, los Tribunales las califican como ilegales. Este problema parece haberse presentado también en la práctica de la justicia brasilera.⁴⁹ Para Colombia esto resulta relevante a lo sumo en relación con conductas de los militares o los paramilitares – sin embargo es un asunto que escapa a una valoración “desde afuera”.

VII. Alternativa: Limitación a la prohibición de retroactividad

El resultado de estas reflexiones es, que para justificar la punibilidad de actos conformes a un sistema en el marco de la justicia transicional no se puede recurrir ni a un moralismo jurídico evidente, ni a uno oculto. Así quedó planteado, sobre todo a partir de consideraciones teórico jurídicas. Pero también aquí se puede remitir a argumentos ético jurídicos. Sería difícilmente sostenible justificar la responsabilidad penal de personas que actuaron conforme a las leyes y la práctica jurídica de su tiempo, con el argumento de que la situación jurídica de entonces “en verdad” había sido

en la práctica jurídica, ni en la ciencia jurídica de la RDA ninguna prueba).

⁴³ Swensson (nota 28), pp. 186 ss.

⁴⁴ Swensson (nota 28), pp. 191 ss.

⁴⁵ Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, en: Kaufmann (ed.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), tomo 2, 1993, pp. 9 ss., 175 ss.

⁴⁶ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. ed. 1914, p. 52 (con alusión a Radbruch y Kantorowicz).

⁴⁷ Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, 1906, en: Kaufmann (ed.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), tomo 1, 1987, pp. 409, 420.

⁴⁸ Véase BGHSt 40, 241 (249 ss., sobre los métodos de interpretación que – desde la perspectiva del BGH – estaban disponibles conforme al Derecho de la RDA). Crítico frente a la pretensión de imponer la propia “interpretación” a un orden jurídico pasado, sin referencia a Radbruch y Jellinek, Neumann (nota 26), pp. 163 ss.

⁴⁹ Swensson (nota 28), pp. 171 ss.

completamente diferente a como ésta fue asumida por lo general en el propio sistema.

Esto conduciría a una ficción errada. La fundamentación de la punibilidad es, que al tener que valorar estas conductas “conformes al sistema” como injusticias graves, se justificaría aquí una excepción a la prohibición jurídico estatal de retroactividad.⁵⁰ Esta argumentación se corresponde con el estatus “prepositivista” de los Derechos Fundamentales, de cuya violación se trata por lo general en este tipo de conductas.⁵¹ Así como los Derechos Fundamentales no requieren para su validez jurídica un reconocimiento legal, el castigo de violaciones elementales a esos Derechos Humanos, tampoco requiere una norma válida al momento de los hechos. En el derecho penal internacional esto es hoy ampliamente reconocido. Aquí, bajo ciertas condiciones previas, es suficiente una punibilidad conforme a la costumbre internacional.⁵² El derecho penal nacional codificado tiene que definir legalmente la punibilidad, pero no está vinculado de manera estricta a la prohibición de retroactividad.⁵³

Queda sin resolverse la pregunta intrincada, dónde se deben establecer exactamente los límites entre una prohibición de retroactividad de leyes penales admisible y una inadmisibles. Aquí sirven de pauta, sólo los principios reconocidos por las naciones civilizadas en cada época. La Convención Europea de Derechos Humanos apela expresamente a estos principios, allí donde permite excepciones a la prohibición de retroactividad penal.⁵⁴ La relativización histórica que esto conlleva es inevitable. La tortura de los detenidos, conforme a esos principios, es hoy inequívocamente punible, independientemente de la legislación del respectivo Estado. Sin embargo, esto no siempre ha sido reconocido. El que en el futuro lo siga siendo, dependerá, de que hoy hagamos un empleo del

Derecho Penal consecuente contra la tortura y otras violaciones graves a los Derechos Fundamentales.

VIII. Error de Prohibición

Un problema dogmático penal que se presenta en el contexto de la justicia transicional, es el del error de prohibición. Además de las particularidades que resultan de las diferencias en las regulaciones legales, hay también elementos estructurales que son previos a las leyes estatales.

A esos problemas estructurales pertenece la diferenciación por una parte entre el delincuente por convicción y por otra el infractor que actúa bajo un error de prohibición. La distinción se da desde diferentes puntos de referencia. El punto de referencia del error de prohibición es una norma del Derecho positivo vigente.⁵⁵ Por el contrario, el delincuente por convicción se orienta por normas y objetivos de una moral, que desde su perspectiva, legitima la conducta ilegal. En tanto se trate de conductas inmersas en una lucha contra un orden existente, se considera el error de prohibición por tanto sólo como contingente, como desconocimiento accidental de normas de un orden jurídico existente.

Esto también es válido para el delincuente por motivos de conciencia, quien en relación con sus actos, no sólo se siente autorizado, sino también obligado. Incluso cuando esté convencido de la idea de que determinadas normas del Derecho positivo serán derogadas por un derecho divino superior, el conocimiento de dichas normas justifica la conciencia del injusto y en este sentido excluye un error de prohibición.⁵⁶

Mucho más complicado resulta la cuestión de valorar el error de prohibición de infractores que han cometido sus hechos como parte de la estructura organizativa del sistema de injusto estatal. Por lo general, un error sobre la licitud de una orden militar o una disposición similar, se valora de forma más suave que un error de prohibición “normal”. Así, el código alemán de Derecho Penal Internacional (en alemán: *Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB) niega el comportamiento culposo en caso de la comisión de crímenes de guerra, cuando el subordinado no conozca la licitud del mandato y ésta no es evidente.⁵⁷ Por el contrario, la regla general del error de prohibición es considerablemente más severa, porque la culpa sólo se excluye en caso de la “inevitabilidad” del error.⁵⁸

Sin embargo, para los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad no se aplica la regla del § 3 del VStGB. Esto responde en gran parte a las normas para el procedimiento ante la Corte Penal Internacional (CPI, ICC). Aquí el infractor no puede invocar un error de prohibición (“mistake of law”) con el efecto de eximir su

⁵⁰ De forma distinta *Naucke*, para quien el castigo de la “criminalidad de Estado”, la cual fue legalizada en tiempo del sistema injusto, sólo adopta un aparente efecto retroactivo, pues la prohibición de retroactividad está al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no al servicio de la impunidad de la “criminalidad fortalecida por el Estado”. “La infracción real [del principio de retroactividad, U.N.] está al servicio del aumento de poder; la infracción aparente está al servicio de la disminución de poder” (*Naucke*, en: Kardas/Sroka/Wróbel (Hrsg.), *Pánstwo prawa i prawo karne*, Festschrift für Andrzej Zoll, 2012, p. 477 (484). Véase también *Naucke* (nota 25).

⁵¹ Detalladamente sobre esto – con argumentos adicionales para una suspensión parcial de la prohibición de retroactividad en el caso del castigo de graves injustos de sistema – *Martins*, en: Neumann/Prittowitz/Abrao/Swensson/Torelli (nota 18), p. 207 (223 ss.).

⁵² *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 4. ed. 2014, § 5 nm. 6; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. ed. 2016, § 12 nm. 5.

⁵³ *Ambos* (nota 52), § 1 nm. 12.

⁵⁴ Art. 7 párrafo 2 CEDH.

⁵⁵ Más al respecto *Neumann*, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafrecht*, tomo 1, 5. ed. 2017, § 17 nm. 20 ss.

⁵⁶ Al respecto *Neumann* (nota 55), § 17 nm. 40 ss.

⁵⁷ § 3 VStGB.

⁵⁸ § 17 StGB.

responsabilidad.⁵⁹ Algo diferente se da, cuando como consecuencia del error, falta un elemento subjetivo necesario (“mental element”).⁶⁰ En caso de actuar en cumplimiento de una orden, de conformidad con la regla del § 3 VStGB, la responsabilidad penal es excluida, cuando el infractor no conocía la ilicitud de la orden y ésta no fuera manifiesta.⁶¹ Las órdenes para cometer genocidio o crímenes contra la humanidad se consideran en este sentido siempre manifiestamente ilícitas.⁶²

En el contexto de la justicia transicional al problema del error de prohibición le antecede la pregunta por la validez formal de normas jurídicas correctamente establecidas, pero gravemente injustas. Aquí se trata de la decisión entre un concepto de Derecho “positivista” y uno “moral jurídico” (iusnaturalista), en aplicación a los órdenes jurídicos pasados, que fue tematizado bajo el punto de vista del principio “nulla poena sine lege”.⁶³ La decisión sobre las condiciones previas de un error de prohibición exculpatario es accesoria, frente a esta pregunta precedente. Si se trata de la responsabilidad de los infractores conforme a los tipos penales del orden jurídico positivo, es conveniente exigir para la conciencia de ilicitud, el conocimiento de esas prohibiciones jurídico-positivas. En caso de que la responsabilidad penal se fundamente en normas iusnaturalistas tendrá que depender decisivamente, de si el infractor podía comprender las valoraciones a partir de las cuales, conforme al modelo iusnaturalista (jurídico moral), resulta la invalidez de las cuestionadas normas del derecho positivo.

Así, si se parte de la Fórmula de *Radbruch*, se tiene que preguntar si el infractor era consciente ó (en los casos del error de prohibición evitable) podía ser consciente de que las normas del Derecho positivo conforme a las cuales su comportamiento estaba justificado, contrariaban de forma grave (“intolerable”) la Justicia. Por el contrario, no se necesita establecer si el infractor, partiendo del sentido de la Fórmula de *Radbruch*, dedujo de la grave injusticia de las normas, su invalidez. La conciencia de ilicitud no es una función de la orientación jurídico filosófica del infractor. Así como el fanático religioso que reconoce como vinculantes sólo preceptos divinos conforme a su modelo iusnaturalista, no actúa bajo un error de prohibición,⁶⁴ tampoco lo hace el infractor que según su modelo jurídico positivista radical (reconocido como tal), considera como intolerablemente injustas, normas del derecho válido.

Cuando se argumenta la responsabilidad penal del infractor y la injusticia de su comportamiento objetivamente, con que la norma del Derecho positivo que justifica su comportamiento no tenía validez debido a una injusticia intolerable, entonces no se puede exigir para la conciencia del injusto más que la conciencia de esa injusticia intolerable. Remitirse aquí al conocimiento del Derecho positivo (ya sea

el de las leyes, o el de la práctica), conduciría a una construcción híbrida de un modelo de imputación iusnaturalista-positivista. En este sentido es coherente, cuando el BGH en la “jurisprudencia de los guardianes del muro” considera suficiente para la conciencia de ilicitud, la conciencia de la antijuricidad “material”.⁶⁵

IX. Moralismo jurídico ex post y ex ante

Conforme a la opinión aquí defendida, resulta problemático querer definir el contenido de órdenes jurídicos pasados recurriendo para ello a criterios jurídico morales.⁶⁶ De todas maneras habría que resaltar, que el rechazo al procedimiento de excluir de un orden jurídico anterior una norma positiva con base en una argumentación jurídico moral ex post, no se opone a que se asuma un punto de referencia jurídico moral en relación con el orden jurídico actual. El rechazo de un esquema de interpretación iusnaturalista (jurídico moral) en la reconstrucción de un orden jurídico pasado no implica, que también para la interpretación del Derecho vigente una posición iusnaturalista (jurídico moral) esté excluida. Aquí se trata de otra cuestión.

En relación con el orden jurídico vigente, las posturas del iusnaturalismo así como las del positivismo tienen un carácter prescriptivo: Estas se refieren a la cuestión, de si conforme a lo que está establecido en el Derecho, los juristas también deben aplicar normas gravemente injustas. Esta es una pregunta normativa, razonable e importante desde el punto de vista práctico, sobre la que pueden tenerse diversas posiciones sin argumentos metafísicos. Sin embargo, frente a órdenes jurídicos pasados no se tienen en cuenta una postura por naturaleza prescriptiva. Por esto, quien haga uso del esquema de interpretación iusnaturalista frente a órdenes jurídicos pasados está obligado a asumir la controversia entre positivismo y iusnaturalismo no como una pregunta normativa y práctica, sino como una pregunta cognitiva. Esto quiere decir: Él está forzado a aceptar la “validez jurídica” como una entidad ideal, en cuya comprensión acertada rivalizan iusnaturalismo y positivismo.

No obstante, se teme que con esta limitación del ámbito de aplicación del iusnaturalismo al orden jurídico actual, éste termine llegando siempre demasiado tarde cuando se trata de reconstruir las verdaderas relaciones de poder. Pensar que la justicia de un sistema dictatorial podría declarar nula la legalización de graves violaciones a los Derechos en esa dictadura, por ser estas contrarias al derecho natural, sería una ilusión. Sin embargo no puede funcionar, el declarar ex post después de un cambio de sistema, nula la legalización de esas violaciones a los Derechos con base en una argumentación iusnaturalista y con esto fundamentar la punibilidad de conductas que en su momento fueron legales.

No se trata aquí de construcciones teórico-jurídicas, sino de valoraciones ético-jurídicas y de decisiones jurídico-políticas. Cuando se quieren castigar graves violaciones a los

⁵⁹ Art. 32 párrafo 2 inc. 1 Estatuto-CPI.

⁶⁰ Art. 32 párrafo 2 inc. 2 Estatuto-CPI.

⁶¹ Art. 33 párrafo 1 Estatuto-CPI.

⁶² Art. 33 párrafo 2 Estatuto-CPI.

⁶³ Véase punto V.

⁶⁴ *Neumann* (nota 55), § 17 nm. 40.

⁶⁵ Decisiones del Tribunal Supremo Federal en asuntos penales (BGHSt) 39, 1, (15 ss.); 39, 168 (183 ss.); 40, 241 (244).

⁶⁶ Al respecto mirar arriba.

Derechos Humanos que fueron legalizados por una dictadura ya superada, y para ello hay buenas razones, entonces se tiene (y se puede!) hacer abiertamente caso omiso de la prohibición de una fundamentación retroactiva de la punibilidad. Esa prohibición no es un dogma, sino un principio que como cualquier otro principio jurídico, tiene que ser ponderado con otros principios jurídicos. En este caso con el principio de la justicia penal, que no está obligada frente a una idea metafísica de compensación de la culpa, sino frente a las necesidades legítimas de las víctimas de las más graves violaciones a los Derechos.