

DERECHO NATURAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Por WINFRIED HASSEMER *

SUMARIO

1. DEDICATORIA.—2. ESTACIONES: A) Situación jurídica: a) *Estado de Derecho*. b) *Justificación*. c) *Retroactividad*. B) Derecho natural: a) *Fundamentación jurídica y retórica*. b) *La fórmula radbruchiana*.—3. DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO PENAL.

1. DEDICATORIA

El nombre de Stefan Trechsel se vincula, en todo caso entre los criminalistas y políticos del Derecho europeos, con la protección de los derechos humanos. Naturalmente, ello se basa, antes que nada, en que fue miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos desde 1975, durante largos años como Vicepresidente y Presidente de Cámara, al final —de 1995 a 1999— como Presidente. Pero ello se basa también en sus publicaciones científicas. Trechsel es un autor al que se comprende fácilmente para seguir trazando las líneas de la dogmática del Derecho penal en sectores que circundan a distancia el estrecho campo de la construcción conceptual y la interpretación legal del Derecho penal. Ahí es inevitable algunas veces el recurso constructivo y argumentativo a los derechos del

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán (Sala 2.*). Catedrático de Teoría y Sociología del Derecho, Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad «Johann Wolfgang Goethe» de Frankfurt. Doctor *honoris causa* por las Universidades de Tesalónica (Grecia) y Federal de Río de Janeiro (Brasil).

El artículo aquí publicado es una traducción del trabajo «*Naturrecht im Verfassungsrecht*», en ANDREAS DONATSCH, MARC FORSTER y CHRISTIAN SCHWARZENEGGER (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zúrich, 2002.

hombre. Así lo prueban sus dos grandes obras sobre el Derecho penal suizo: el Comentario breve** al Código Penal suizo¹ y el Manual sobre la Parte general², que le ha «legado» Peter Noll³. Y, naturalmente, también se muestra en las numerosas intervenciones con las que Trechsel se inmiscuye en las discusiones de dogmática del Derecho penal y de Política criminal⁴.

Parece acaso apropiado honrar al amigo y colega Trechsel echando un vistazo a un campo de la Ciencia del Derecho en el que muchas veces concurre lo que normalmente está separado (una desconcentración que puede ser de ayuda para una perspectiva general sistemática y, por ejemplo, también para la formación de juristas, pero no siempre también para los problemas que se plantean): Derecho penal, Derecho constitucional y Filosofía del Derecho, Ciencia y praxis, Derecho nacional y europeo entran en una relación, y a ello se suma todavía un reflejo de la historia y la política.

Se trata de un aspecto específico del complejo jurisprudencial sobre los «centinelas del muro» y sobre la «criminalidad impulsada por el Estado»⁵ (*staatsverstärkte Kriminalität**). Hay sobre este complejo un debate científico extraordinariamente controvertido y que ha crecido entre tanto⁶.

** *Nota del traductor*: En Alemania o Suiza es bastante habitual que toda Ley de importancia tenga, al menos, un Comentario breve y un Comentario más extenso o largo a la misma. Hablar de «comentario breve» supone, por tanto, hablar de un género jurídico-literario propio.

¹ STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar*, 2.ª ed., Zürich, 1997; cfr. allí, por ejemplo, el comentario al artículo 75 bis, imprescriptibilidad de crímenes.

² STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5.ª ed., Zürich, 1998; cfr., allí, por ejemplo, §12 C sobre el principio de legalidad.

³ STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen*, Prólogo a la 2.ª ed., Zürich, 1986.

⁴ Por ejemplo, STEFAN TRECHSEL, «Haustyrannen'mord' —ein Akt der Notwehr?», *KritV*, Sonderheft, 2000, pp. 183 ss., donde se desarrolla (pp. 186) la solución a partir, entre otros, del argumento de que la dignidad humana de la víctima haya sido lesionada. «Dicho gráficamente: él ha pisoteado sin parar con calzado con tachuelas de clavo la dignidad humana de sus dos mujeres y de sus hijos».

⁵ La denominación procede de WOLFGANG NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt del Meno, 1996.

* La expresión acuñada por Naucke ha sido traducida a otros idiomas como «criminalidad estatal», pero con ello no se expresa el sentido exacto de la misma en alemán, que parece hacer referencia, aproximativamente, a la creación por parte del propio Estado de una estructura estable y pública de carácter criminal. A lo largo de este trabajo se ha empleado tanto la traducción de «criminalidad impulsada por el Estado» como la de «criminalidad de Estado» (Nota del Traductor).

⁶ KLAUS LÜDERSEN, *Der Staat geht unter —das Unrecht bleibt?, Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, 1.ª ed., Frankfurt del Meno, 1992; HERWIG ROGGMANN, *Systemunrecht und Strafrecht: am Beispiel der Mauerschützen in der ehemaligen DDR*, Berlín, 1993; UWE WESEL, *Der Honecker-Prozess, Ein Staat vor Gericht*, Frankfurt del Meno, 1994,

Aparte de la Sentencia de la Cámara penal⁷, hay decisiones del Tribunal Federal en el ámbito penal⁸, del Tribunal Constitucional Federal⁹ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰. Estas decisiones son mi material¹¹. Pero quiero tratar simplemente un extremo¹². Este extremo se refiere a la fundamentación de la parte central de todas estas decisiones: ¿hay una justificación para restringir la prohibición estricta de aplicación retroactiva de prohibiciones jurídico-penales?, ¿hay injusticia en forma de ley, una «injusticia legal»? ¿no presupone ya el hablar de «injusticia en forma de ley» forzosamente la aceptación de que hay un Derecho natural? y si no, ¿por qué no debería entonces abrirse la posibilidad de considerar una ley una injusticia?

2. ESTACIONES

A) Situación jurídica

Ya ha pasado hace tiempo la hora del Derecho natural. Así parece, en todo caso, a primera vista y así también lo han visto algunos¹³. En espe-

pp. 33 ss.; ROBERT ALEXY, *Der Beschluss des Bundesverfassungsgericht zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Gotinga, 1997; KNUT AMELUNG, *Die strafrechtliche Bewältigung des DDR —Unrechts durch die deutsche Justiz: ein Zwischenbericht*, Dresden, 1996, pp. 11 ss.; HENNING ROSENAU, *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag: die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schusswaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze*, 2.ª ed., Baden-Baden, 1998; JÖRG ARNOLD (ed.), *Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit: am Beispiel der DDR*, Baden-Baden, 2000.

⁷ Ampliamente referido en BGHSt 40, 218 (219 ss.: hechos probados; 228 ss.: exposición jurídica).

⁸ Sentencia de 26 de julio de 1994 g.K. u.a. und g.W., del mismo día, BGHSt 40, 218; 40, 241. A ella la han precedido las decisiones BGHSt 39, 1 y 39, 168; estas decisiones están argumentativamente en una misma línea y las posteriores se refieren a las anteriores.

⁹ Sentencia de la Sala 2.ª de 24 de octubre de 1996, BVerfGE 95, 96.

¹⁰ Sentencia de 22 de marzo de 2001 —quejas núms. 34044/96, 35532/97 y 44801/98— «Streletz, Kessler y Krenz c/ Alemania», *EuGRZ*, 28 (2001), p. 210.

¹¹ En la Sentencia de la Sala 2.ª del TCFA participé yo y esta decisión se logró por unanimidad: BVerfGE 95, 96, 143.

¹² Ampliamente, he opinado en: «Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung, Grundlagen der 'Mauerschützen'-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts», en: CLAUD-WILHELM CANARIS (ed.), *Festgabe aus der Wissenschaft, 50 Jahre Bundesgerichtshof*, tomo IV, Múnich, 2000, pp. 439 ss.

¹³ Una perspectiva favorable a esta posición en: HERBERT TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48.ª ed., Múnich, 1997, §3 N 49 ss., N. 52 ss; una perspectiva actual sobre el espectro de opiniones sustentadas entre tanto desde por la concepción positivista pura hasta por una posición fundamentada iusnaturalmente, pasando por la llamada interpretación positivista moderada, puede encontrarse en ALBIN ESER, en: ADOLF SCHÖNKE/HORST SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26.ª ed., Múnich, 2001, anotaciones §§ 3-7, N. 100 ss. (siempre con las correspondientes referencias).

cial, se puede estructurar la situación jurídica de forma que, después de tomar el camino de la dogmática del Derecho penal, se plantee la cuestión de si la ley penal positiva —o incluso un mandato de la Constitución— ha de retroceder, en determinadas constelaciones de sus mandatos, ante Derecho de superior rango; o se plantee la cuestión de si, por tanto, hay una fuente del Derecho que pueda desplazar al Derecho escrito, que lo pueda desoir o, en todo caso, que lo pueda superar en determinadas situaciones.

Esta situación jurídica¹⁴ se ve simple y clara si se tienen ante los ojos dos principios de un Derecho penal del Estado de Derecho, a los que se llega precisamente en constelaciones de criminalidad políticamente motivada después de un cambio de sistema.

a) *Estado de Derecho*

También en la persecución y condena jurídico-penal de la conducta de representantes importantes de un sistema que ha lesionado sistemáticamente el Estado de Derecho y los derechos del hombre —así dice el primer principio— se excluye una rebaja del estándar de Estado de Derecho¹⁵. El argumento que justifica la rebaja de que a los inculpados les sucede entonces sólo lo que ellos habían hecho antes a otros falla, por lo menos, en dos principios básicos de nuestro proceso penal y nuestra teoría de la pena: en el proceso penal y en la determinación del fin de la pena no se trata del «pagar con la misma moneda» de injusticia y culpa en el sentido de un Talión trivializado y mal entendido¹⁶, sino más bien de la afirmación, defensa y garantía de los derechos humanos del afectado y de la formalidad conforme a la justicia del proceso penal en el caso concreto. Si el Estado punitivo rebaja a aquellos que son hechos responsables por las lesiones de los derechos del hombre la protección de sus propios derechos del hombre en el proceso penal, permitiría que continúen paradójicamente en su propio sistema justamente las lesiones jurídicas que ahora persigue penalmente y corrompería dicho sistema. Sería un triunfo a corto plazo de una moral de café y una puesta en peligro a largo plazo de la prestación más primordial que un Derecho penal de un Estado de Derecho tiene que lograr: de la

¹⁴ Es presentada panorámicamente en sus rasgos esenciales en: BGHSt 39, 1, 8 ss. y brevemente referida en BVerfGE 95, 96, 111 ss.

¹⁵ Sobre ello, mi trabajo sobre la criminalidad de Estado (nota 12), pp. 452 ss., 457.

¹⁶ El talión no fue, como una investigación precisa confirma, un instrumento de brutalización ni tampoco de reforzamiento de la reacción a los delitos, sino, al contrario, el intento de controlar normativamente una reacción desbordante: sólo el ojo del autor (y no, por ejemplo, la vida) respondía por la lesión del ojo de la víctima. Ver UDO EBERT, «Talion und Vergeltung im Strafrecht», en: HEIKE JUNG/HEINZ MÜLLER-DIETZ/ULFRIED NEUMANN (eds.), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, pp. 249 ss. (257 ss).

formalización del control social¹⁷. Por tanto, no puede introducirse en nuestra constelación, con independencia de las circunstancias y con referencia al pasado contrario a los derechos del hombre de los inculpados, un Derecho de rango superior, como quiera que se funde y de donde quiera que proceda.

Si se acepta este principio, entonces el segundo le sigue los talones y realiza inmediatamente la misión del primero. Consiste en el mandato de protección de la persona de tratar a los inculpados conforme a la *lex mitior*, por tanto, conforme a la ley que, entre varias cargas que se plantean en el caso concreto, represente la más suave¹⁸. Es, según una comparación de dogmática jurídico penal de la situación jurídica de la República Democrática Alemana y la República Federal Alemana¹⁹ que aquí no debe ser asumida, la prohibición típica de homicidio del Código penal federal alemán. Pero en esta diferenciación ya yace el problema; los tipos del Derecho penal nuclear son parecidos unos a otros y apenas reflejan las profundas diferencias normativas que son fuertes en otros ámbitos entre sistemas política, económica e ideológicamente diferentes. El problema de la *lex mitior* no estriba en el tipo, sino en el nivel de la justificación jurídica.

b) *Justificación*

Aquí se trataba concretamente del artículo 27.2 de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana. Este precepto justificaba, dicho provisional y bruscamente, la utilización de armas de fuego para evitar un delito²⁰ y el cruce no autorizado de fronteras para evitar el cual habían disparado los acusados era normalmente, conforme al Código penal de la República Democrática Alemana (artículo 213.3), un delito²¹. Así que la situación jurídica era clara: los inculpados podían alegar que su conducta no era ningún ilícito según el Derecho penal de la República Democrática Alemana. Una justificación a partir del artículo 27 de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana conducía, sin embargo, a dos problemas específicos de aplicación.

¹⁷ Sobre el concepto de la formalización, mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed., Múnich, 1990, §30 II.

¹⁸ Artículo 2.3 del Código Penal; sobre el sentido de esta cláusula de lo más favorable: WINFRIED HASSEMER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, §2 N 16 ss.; sobre los criterios, *ibidem*, N 24 ss.

¹⁹ Esta comparación se realiza en: BGHSt 40, 218 (228 ss., 231).

²⁰ «El empleo de armas de fuego está justificado para evitar la ejecución totalmente inminente o la continuación de un hecho criminal que se presenta según las circunstancias como un delito. Está también justificado para la captura de personas que están bajo la fundada sospecha de [haber cometido] un delito».

²¹ BGHSt 39, 1, 10 ss.

El primer problema jurídico vino planteado ya por la norma justificadora misma, que en su apartado 5.º fijaba un límite proclive a los derechos humanos al uso de armas de fuego²² y por ello limitaba la fuerza justificante de la evitación del delito y la hacía depender de presupuestos complementarios. Estos presupuestos exigían, desde luego, a causa de sus vagas formulaciones²³, una interpretación que prestase especial atención a las circunstancias del caso concreto; en consecuencia, fue difícil adoptar o incluso predecir una decisión a nivel de la justificación.

El segundo problema jurídico vino del sentido opuesto. Procedía de una fuente que precisamente frustraba el precepto proclive a los derechos humanos del artículo 27.5 de la Ley de Fronteras; esta fuente fue la situación imperativa en las fronteras de la República Democrática Alemana. No coincidía con la situación jurídica, sino que la cubría con un tejido de agravaciones obligatorias, autorizaciones de intervenciones y restricciones de las garantías²⁴. Se impone en el caso particular a la situación jurídica. Desplazó el equilibrio del artículo 27 de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana entre la evitación de una «violación de la frontera», por una parte, y las garantías de los afectados, por otra parte, a costa de las garantías y ordenaba, por ejemplo, exterminar al violador de fronteras, colocar minas de metralla o evitar «quebrantamientos de fronteras» en todo caso y con empleo de cualquier medio, también si se debiese llegar a la muerte del fugado. Hay que proteger las medidas de salvamento ante terceros, lo que podía tener y tuvo en casos particulares como consecuencia notables demoras temporales en la asistencia médica. Se aleccionaba a los soldados de que un quebrantamiento de fronteras exitoso tendría consecuencias para ellos²⁵, de que la inviolabilidad de los fronteras tenía primacía frente a la vida humana.

Esto no era otra cosa que la retractación de las garantías en el empleo de las armas de fuego en la frontera como habían sido comprometidas en el artículo 27.2 y, sobre todo, 27.5 de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana. Lo que parecía, según estos preceptos legales, todavía como un equilibrio del Estado de Derecho entre la protección de la frontera y los derechos de los afectados, que no se diferenciaba de las situaciones jurídicas de otros países europeos²⁶, fue desequilibrado a través

²² «En el empleo de armas de fuego hay que preservar la vida de la persona en la medida de lo posible. Si es lesionada con observancia de las necesarias medidas de seguridad, [hay que] prestar primeros auxilios».

²³ «[...] en la medida de lo posible [...]», «[...] con observancia de las necesarias medidas de seguridad»

²⁴ Detalles en BGHSt 40, 218, 222 ss.; BVerfGE 95, 96, 103 ss.

²⁵ BGHSt 39, 1, 12 ss.

²⁶ Pero es también importante, en este contexto, BGHSt 39, 21 ss.: el Tribunal Federal «encuentra extraño, que, en la literatura, se haya considerado, en la interpretación del §16

de los mandatos; ahora ya no valía el principio de proporcionalidad, se ordenaba una garantía de las fronteras a cualquier precio, que llevaba en sí la muerte del fugado²⁷. Puesto que los responsables actuaban según la situación imperativa en que se hallaban y no según la situación jurídica, puesto que algunos de los inculpados —pero no los «centinelas de los muros»— tenían que responder incluso personalmente de esta situación imperativa, se planteaba la cuestión jurídica: ¿Qué significación tiene para la condena jurídico-penal de los «centinelas del muro» y sus superiores hasta el Consejo de Defensa de la República Democrática Alemana que la situación imperativa en la frontera no haya satisfecho el estándar del Estado de Derecho?

c) *Retroactividad*

Esta cuestión tiene muchas subcuestiones, entre otras la de las diferencias en la condena jurídico-penal de aquellos que debían ejecutar los mandatos y aquellos que los habían promulgado²⁸. Aquella subcuestión que parece exigir una argumentación de Derecho natural —y es la que nos interesa— se dirige a la vinculación jurídico-penal de la situación imperativa. No cabe discutir que la situación imperativa era entonces vinculante para los que actuaban en aquel momento; lo que caracteriza al problema jurídico que ahora se plantea es si tal situación imperativa puede ser vinculante para la condena jurídico-penal actual de los entonces actuantes. Si se sigue la opinión²⁹ de que la prohibición de aplicación retroactiva del Derecho penal *in malam partem*³⁰ no se limita a los tipos penales³¹, sino que se extiende también a las causas de justificación³² y de que los principios de protección de la confianza y la libertad de engaño no determinan sólo la decisión sobre si la prohibición de matar ya entonces regía, sino

UzwGBw (*Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen*), como cubierto por el precepto una tentativa condicionada de homicidio» y se verifica que «la interpretación actual de los preceptos sobre armas de fuego del Derecho vigente a la luz del principio de proporcionalidad no es satisfactoria de cualquier modo».

²⁷ BVerfGE 95, 96, 136.

²⁸ Cfr., por ejemplo, BVerfGE 95, 96, 139 ss., 140 ss.

²⁹ Cfr., con más referencias y razones, mi artículo sobre criminalidad de Estado (nota 12), pp. 460 ss.

³⁰ Sobre el sentido (protección de la confianza y libertad de engaño) y detalles, con ejemplos, HASSEMER (nota 18), §1 N 6, 42 ss.

³¹ Así, por ejemplo, para la prohibición de homicidio en el Código Penal (§212.1 Código Penal).

³² Así, por ejemplo, para la justificación de un homicidio para evitar una «vulneración de fronteras» (§27.2 de la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana).

también sobre si una muerte de fugados estaba justificada conforme a la praxis estatal de aquella época³³, entonces debe ahora responderse qué vinculación tenía esta praxis.

La respuesta se sigue del radio de acción de la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales. Esta prohibición es parte del principio de legalidad, que el artículo 103.2 de la Ley Fundamental y el artículo 1 del Código penal garantizan literalmente, y es una especificación de la prohibición general de retroactividad, que se garantiza como rasgo del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza para los ciudadanos³⁴. Rige de modo absoluto en el Derecho penal y «cumple su función de garantía iusfundamental y propia del Estado de Derecho por medio de una formulación estricta»³⁵. Está elaborada dogmáticamente hasta en los detalles en la doctrina y la praxis³⁶. El Tribunal Constitucional Federal ve la justificación propia del Estado de Derecho del mandato de retroactividad «en el fundamento especial de confianza que las leyes penales portan si son promulgadas por un legislador democrático vinculado a los derechos fundamentales» y un par de líneas más abajo se llega al resultado de que en el caso de los «centinelas del muro» el mandato de justicia material prohíbe la aplicación de una tal causa de justificación³⁷. ¿Cuál es la conexión argumentativa entre parámetro y resultado?

B) Derecho natural

¿Fue ésta la hora del Derecho natural? O si no, ¿cómo se puede colmar la laguna entre la prohibición de retroactividad como parámetro válido absoluto de la aplicación del Derecho penal y el resultado de que este parámetro no se cumpla en la criminalidad de Estado? Tanto la estructura de la fundamentación jurídica como también la retórica de los tribunales aclaran que tenemos que trabajar aquí con la relación del Derecho natural y el Derecho positivo.

a) *Fundamentación jurídica y retórica*

Por lo que a la estructura de la fundamentación jurídica respecta, con «Derecho natural» se expresa, a pesar de todas las profundas diferencias

³³ El Tribunal Federal habla juiciosamente con relación a la superposición de situaciones jurídicas del «precepto justificante del §27.2 de la Ley de Fronteras tal y como era aplicada en la praxis estatal» o de la «causa de justificación como la empleaba la praxis estatal de entonces, determinada por la situación imperativa»: BGHSt 39, 1, 14 y 15.

³⁴ BVerfGE 30, 367, 385 ss.

³⁵ BVerfGE 95, 96, 131.

³⁶ Panorama y ejemplos en ESER (nota 13), §2 N 1 ss.

³⁷ BVerfGE 95, 96, 133.

que se imponen en una consideración más concreta, un Derecho que se halla en un nivel de validez más fuerte que la ley positiva, procedente de un legislador humano que ella adopta. Este Derecho prevalece en el conflicto normativo con todas las demás fuentes del Derecho, emite siempre el mandato más fuerte³⁸. Se basa en razones de validez que están sustraídas de la disposición del legislador humano, con relación a las cuales no tiene nada que decidir, sino sólo algo que seguir: las leyes de la naturaleza externa e interna, la voluntad de Dios, la razón eterna de los hombres. Si se consigue pensar en la existencia de estas razones de validez, si se consigue copiar de ellas mandatos, y se consigue transponer estos mandatos sin contaminaciones semánticas en una disposición normativa, entonces no hay nada que hacer normativamente frente a dicha disposición: tiene primacía respecto de toda regulación jurídica responsabilidad del hombre. Para nuestros fines es afortunadamente indiferente si este Derecho, como se le atribuye clásicamente al Derecho natural³⁹, debe cumplir el estricto presupuesto de que sea válido siempre y eternamente⁴⁰; para la aceptación de la fuerza de validez de Derecho natural basta en particular un «Derecho natural con contenido variable»⁴¹, por lo tanto, una fuente del Derecho que sólo dentro de determinadas culturas, es decir, en contextos temporales y locales, puede valer como fuente del Derecho siempre más fuerte⁴². Porque la situación jurídica de la «criminalidad impulsada por el Estado» no exige en todo caso más que este Derecho supralegal adecuado para la época, si es que en realidad lo exige⁴³.

³⁸ El Derecho natural y su historia son expuestos concisa y sucintamente por KURT SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Múnich, 2001, §8 N 1 ss.; los diferentes tipos (fuentes y derivaciones) del Derecho natural son presentados por WOLFGANG NAUCKE, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 4.ª ed., Neuwied, 2000, N 138 ss.

³⁹ HANS WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed, Gotinga, 1962; ERNST BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt del Meno, 1961; WERNER MAIHOFER (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Bad Homburg vor der Höhe, 1962; FRANZ BÖCKLE/ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (ed.), *Naturrecht in der Kritik*, Mainz, 1973.

⁴⁰ A esta afirmación tienden las teorías del Derecho natural cuyas fuentes son textos (extralegales), como por ejemplo revelaciones religiosas escritas u otros preceptos: la fuerza de validez supratemporal y supralocal (y supracultural) de estos textos se transmite, en procesos deductivos de deducción asegurada que son considerados como inmunes frente a la sobreformación semántica, a los textos jurídicos concretizados. Sobre la «carga explosiva de la teología cristiana» en el desarrollo de las teorías del Derecho natural, SEELMANN (nota 38), §8 N 6 ss.

⁴¹ Este es la fórmula famosa, porque es tanto mitigadora como también moderna, de RUDOLF STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, 5.ª ed., Berlín, 1924, p. 174. Cfr., sobre ello, GÜNTER ELLScheid, «Das Naturrechtsproblem», en: ARTHUR KAUFMANN y WINFRIED HASSEMER (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6.ª ed., Heidelberg, 1994, pp. 179 ss. (243 ss.), así como ARTHUR KAUFMANN, «Problemgeschichte der Rechtsphilosophie», en: *ibidem*, pp. 30 ss. (90).

⁴² También tal Derecho puede valer como «Derecho natural»; véase, por ejemplo, REINHOLD ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., Múnich, 1994, §12 I.

⁴³ Sobre ello, más abajo, apartado 3.

La elección de palabras de los Tribunales da facilidades para ello. En especial, el Tribunal Federal ha recurrido en las situaciones de criminalidad impulsada por el Estado, en ligazón a su jurisprudencia de después del final de la tiranía nacionalsocialista⁴⁴, a fórmulas estrictas que resuenan a la solemnidad de la fundamentación jurídica de Derecho natural. Así, ha considerado como posible una vulneración de «Derecho superior» «si (en una causa de justificación para el tiempo del hecho) se expresa una vulneración evidentemente grosera contra la idea básica de la justicia y la personalidad; la vulneración debe pesar tanto que lesione convicciones jurídicas comunes a todos los pueblos referidas al valor y dignidad de la persona»⁴⁵. Sobre todo, la invocación de la «fórmula radbruchiana» en lugares centrales de la fundamentación de la decisión tanto del Tribunal Federal⁴⁶ como del Tribunal Constitucional Federal⁴⁷ sugiere la exégesis de que la vinculación argumentativa entre parámetro y resultado⁴⁸ es de cualidad iusnaturalista.

b) *La fórmula radbruchiana*

La fórmula radbruchiana se ha transformado, así, en una clave de bóveda de los tipos de argumentación supralegal⁴⁹. Donde siempre se ha disputado el conflicto entre justicia y seguridad jurídica, esta fórmula dirige la mirada a la relación de la Ley y el Derecho supralegal y extiende el pensamiento legal-positivista, del cual también procede Radbruch⁵⁰, hacia un ámbito dentro del cual puede discutirse científicamente sobre la injusticia de las leyes. La fórmula procede de un breve artículo del año 1946 con el característico título «Injusticia legal y Derecho supralegal» (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*⁵¹) y ha ocupado a los juristas alema-

⁴⁴ El Tribunal Federal había hablado de «unos pocos principios indispensables para la convivencia humana» «que pertenecen a aquella base o ámbito nuclear inviolables como existe en la conciencia jurídica de todos los pueblos civilizados» y ha concedido a estos principios una «vinculatoriedad independientemente de cualquier reconocimiento estatal» —una estructura iusnaturalista de la fundamentación jurídica teñida en la propia lana.

⁴⁵ BGHSt 39, 1, 15 ss.

⁴⁶ Por ejemplo, BGHSt 39, 1, 16; 40, 241, 244.

⁴⁷ BVerfGE 95, 96, 134, con referencia a la tradición de esta jurisprudencia.

⁴⁸ Más arriba, 2.B.c) *in fine*.

⁴⁹ Ampliamente sobre ello FRANK SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg, 1995.

⁵⁰ Sobre ello y sobre la cuestión de si Radbruch ha cambiado su filosofía jurídica bajo la impresión de sus experiencias con el nacionalsocialismo, mi introducción en: GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, tomo 3, Heidelberg, 1990, pp. 6 ss., 11 ss.

⁵¹ *Süddeutsche Juristenzeitung* 1, 1946, pp. 105-108. Lo cito a partir de RADERUCH (nota 50), pp. 83-93 (e *ibidem*, «Editionsbericht», pp. 282-291).

nes después del fin del nacionalsocialismo como apenas lo ha logrado otro texto. Su tesis central, que se condensa en la fórmula radbruchiana, ha aflojado las cadenas del positivismo legal, para el que no hay ninguna fuente del Derecho fuera de la ley positiva, y ha hecho posible un lenguaje en el que en todo caso cabe preguntarse si no hay parámetros conforme a los cuales pueda hablarse —con bendición científica— de leyes injustas.

El texto empieza en el pensamiento jurídico positivista, para el que el principio «la ley es la ley» no conocía ningún límite (83), y a renglón seguido comenta los casos y decisiones judiciales actuales (las delaciones ante las autoridades nacionalsocialistas⁵², la ejecución masiva de la pena de muerte, la desertión del ejército de Hitler) que, desde el punto de vista de la injusticia legal y del Derecho suprallegal, han dado oportunidad para la «lucha contra el positivismo»; concede entonces⁵³ que el positivismo «con su convicción de que “la ley es la ley”, en realidad ha desarmado al gremio alemán de los juristas frente a las leyes de contenido arbitrario y criminal» (88)⁵⁴ y, conforme a lo anterior, desarrolla la famosa fórmula que no sólo muestra la posibilidad de injusticia legal, lo que en su mayoría se ha perdido con su recepción, sino que también diferencia entre Derecho injusto y no-Derecho (89):

«El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría haberse solucionado considerando que el Derecho positivo, asegurado

⁵² El empleado de justicia Puttfarken había denunciado el comerciante Göttig debido a una incripción dejada por éste en unos servicios: «Hitler es un asesino en masa y culpable de la guerra». Göttig fue ejecutado debido a ello, así como a causa de oír emisiones extranjeras; Puttfarken fue condenado, después de la época de Hitler, a presidio perpetuo por auxilio al homicidio (pp. 83, 86).

⁵³ Esta concesión se encuentra todavía en otros dos pasajes del texto; tiene, por tanto, peso.

⁵⁴ Esta tesis ha sido luego sometida, con razón desde mi punto de vista, a una importante crítica: AMNFRED WALTER, «Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?», en: *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*, KJ 88/3, pp. 263 ss.; CLEA LAAGE, «Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945», en: *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*, KJ 89/4, pp. 409 ss.; WOLF ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, Neuwied, 1972, pp. 146 ss. En realidad, hubo fuerzas motrices de la justicia del nacionalsocialismo más poderosas que el positivismo y en muchas leyes la obediencia judicial a secas, en lugar del fervor ideológico, hubiese evitado más que introduciendo daños. Cfr., sobre ello, también ULFRIED NEUMANN, «Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945», en: DIETER SIMON (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt del Meno, 1994, pp. 145 ss., quien resume que la ideología jurídica oficial del nacionalsocialismo, a pesar del intenso contraste de contenido con respecto a los sistemas tradicionales del Derecho natural, estuvo metódicamente más cerca del pensamiento iusnaturalista que de la interpretación positivista. Con ello se llega a que la tesis después de 1945 no sólo sirvió para la excusa, no en raras ocasiones injustificada, sino que algunas veces se tomó en cuenta a juristas adictos del nacionalsocialismo frente a juristas democráticos de la República de Weimar, como, entre otros, Radbruch. Véase, al respecto, INGO MÜLLER, *Früchtbare Juristen*, Múnich, 1987, pp. 221 ss.

por medio de las reglamentaciones y el poder, tiene también la primacía si es materialmente injusto e inadecuado, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley como 'Derecho injusto' tenga que ceder ante la justicia [...] donde ni siquiera se ha aspirado a la justicia, donde conscientemente se ha negado la igualdad, que integra el núcleo de la justicia, en la determinación del Derecho positivo, allí la ley no es simplemente algo como 'Derecho injusto', más bien carece totalmente de la naturaleza del Derecho»⁵⁵.

Estas son palabras fuertes y lo son todavía más por el trasfondo de las experiencias estremecedoras con la injusticia nacionalsocialista, bajo las cuales estuvieron entonces tanto el autor como el lector. Sin embargo, no está de más pensar que aquí uno ha desenmascarado autocriticamente su pensamiento positivista y se ha separado resueltamente del mismo y en su lugar ha entonado el Cantar de los Cantares del Derecho natural, como le ha pasado a alguno más en aquella época⁵⁶.

Si se lee el artículo en contexto, más bien se tiene la impresión de que Radbruch pone la mira en el puro contrario: en la garantía de una euforia, histórico-temporalmente sencilla y comprensible pero también *naif* y peligrosa, del Derecho suprapositivo que ejecuta lo justo caso a caso y con ello pierde su medida⁵⁷. A ello se ajusta que Radbruch no se canse de alegar el valor de la seguridad jurídica frente a la justicia⁵⁸, de que no ofrezca un

⁵⁵ El texto continúa: «Porque el Derecho, también el Derecho positivo, no se puede definir de otro modo que como un orden y una regulación que está determinado conforme a su espíritu a servir a la justicia. Medidas con arreglo a este parámetro, partes enteras del Derecho nacionalsocialista no han alcanzado jamás la dignidad de Derecho válido».

⁵⁶ Compárense simplemente las manifestaciones del propio Radbruch, por ejemplo, con el modo de hablar del Fiscal General de Sajonia, Schroeder, quien alega incircunstanciadamente los derechos humanos frente a las leyes criminales (pp. 86 ss.), o con la condena a la pena de muerte de los ayudantes de verdugo Kleine y Rose (p. 87). Sobre el «renaissance» del Derecho natural después de la Segunda Guerra Mundial: ROSENBAUM (nota 54), pp. 106 ss.; KRISTIAN KÜHL, «Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg», en: GERHARD KÖBLER, MEINRAD HEINZE y JAN SCHAPP (eds.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft: ars tradendo innovandoque aequitatem sectandi: Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag am 5.2.1990*, Giessen, 1990, pp. 331 ss.; WELZEL (nota 39), pp. 219 ss. (allí también una crítica del positivismo de Radbruch); NORBERT HORN, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1996, N 375 ss.

⁵⁷ La retórica del Derecho natural, de la que Radbruch se ocupa en su artículo, es citada, por ejemplo, en la p. 87: «Ningún juez puede invocar una ley que no sólo es injusta, sino que es criminal, ni servirse de la jurisprudencia sobre ello. Nos apoyamos en los derechos humanos, que están por encima de todas las normas escritas, en el derecho inalienable e inmemorial que niega validez a los mandatos criminales de los tiranos inhumanos».

⁵⁸ Va (pp. 88 ss.) incluso más allá (demasiado, creo) para incorporar a la seguridad jurídica a la justicia: «Es igualmente una exigencia de la justicia que el Derecho sea seguro, que no sea interpretado ni aplicado hoy y aquí de una manera, y mañana y allí de otra forma. Donde

Derecho positivo suprallegal que conozca siempre una respuesta para todas las cuestiones jurídicas, sino uno negativo que meramente dice «¡No!» y no acepta el sello de lo jurídico en casos excepcionales estrictamente limitados; y finalmente se ajusta a ello también su defensa decisiva de las tradiciones «jurídico-formales» (93) frente las convicciones coloradamente cambiantes, una defensa que desemboca en la maravillosa frase: «la democracia es, ciertamente, un bien barato; pero el Estado de Derecho es como el pan de cada día, como agua para beber y aire para respirar, y lo mejor en la democracia es precisamente que sólo ella es adecuada para asegurar el Estado de Derecho».

Sin embargo, no puede haber ninguna duda: aquí se argumenta anti-positivísticamente, aquí se construye iusnaturalmente, y se puede estar seguro de que la fórmula radbruchiana no ha hecho su carrera debido al amor a la seguridad jurídica, sino debido a la apertura a lo suprallegal. Aquí encuentra la ley positiva su modelo. Este modelo corrige, pues, de modo extraordinariamente prudente, pero está siempre presente, si bien no interviene. Pero para un pensamiento positivista un modelo prudentemente correcto también es el destructor simplemente, porque jamás será de nuevo como antes de que con la ley también era puesto el valor jurídico; desde ahora, es siempre posible la objeción —y está unguida científicamente— de que esta o aquella ley «ni siquiera aspira a la justicia», como se expresa Radbruch, y por tanto de que debe vérsela como Derecho injusto o incluso como no-Derecho. Esta puerta, que lleva más allá de la ley positiva en un discurso sobre la justicia, no se puede cerrar ya más a cal y canto.

La construcción iusnaturalista que Radbruch aquí ofrece es simple, casi arcaica, y también en ello veo yo una razón para su firme atractivo. Están en juego solamente las tres piedras de construcción con las que trabaja cotidianamente cualquier jurista: caso, ley y Derecho. Estas piedras de construcción se han entremezclado de un modo embrollado en las constelaciones que intranquilizan a los juristas después del final del nacionalsocialismo. Agudamente, el caso se ajusta tan exactamente a la ley, que la ley ya no se ajusta al Derecho. La conmoción que experimentan en los casos de reacciones jurídico-penalmente terroristas a pequeñeces aquellos que leen y oyen sobre ello no son sólo de naturaleza normativa (debido a las condenas totalmente desproporcionadas), sino que también son de naturaleza analítica. En particular, no se puede negar que las condenas se pueden basar sin forzar las cosas en leyes positivas que formalmente se han aprobado de conformidad con el ordenamiento, que se ajustan a la ley, que pueden valer como interpretación de la misma; no son solamente fugitivos

surge una contradicción entre la seguridad jurídica y la justicia, entre una ley discutible en cuanto a su contenido, pero positiva, y entre un Derecho justo pero no promulgado en forma de ley, en realidad existe un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y real».

de la praxis jurídica, sino antes que nada ejecución de mandatos legales. Por tanto, no sólo ha pasado desapercibido en los resultados de la jurisprudencia penal; el camino que ha conducido a estos resultados también ha rematado a la ley, ésta ha perdido confianza y dignidad. Y desde entonces es difícil ser un positivista legal.

Radbruch —naturalmente, no fue el único, por ello estuvo su solución constructiva tan próxima a las necesidades de la época⁵⁹— lo ha roto en el concepto. Ha abierto la puerta a una construcción iusnaturalista, pero al mismo tiempo también se ha preocupado de que la misma no se pueda adaptar, abierta de par en par, a cualquier valoración que encaje como resultado; ha elogiado el valor de la seguridad jurídica y, pese a toda la conmoción, la dignidad de la ley; casi no las ha puesto profundamente en entredicho. Al respecto, los contenidos del parámetro que, al final, tiene que decidir sobre la ley positiva quedan difuminados, irreales: aspirar a la justicia, contradicción insoportable de la ley positiva con la justicia, negación consciente de la igualdad como núcleo de la justicia; con ello no se puede realmente construir una dogmática jurídica suprapositiva característica. Por tanto, es claro: no son los contenidos de una crítica al Derecho positivo lo que hace útil la fórmula radbruchiana; su valor práctico subyace más bien en la respuesta ajustada el tiempo a la pregunta de la relación de la justicia y la seguridad jurídica en la condena de la criminalidad impulsada por el Estado.

3. DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO PENAL

Si ello es cierto, debería ser una razón suficiente para continuar presentando y solucionando nuestros problemas jurídicos de la criminalidad de Estado con la fórmula de Radbruch. Y, sin embargo, no es así. Yo defendiendo la tesis de que el recurso fundamentado a esta fórmula ya no es hoy conveniente; de que los tribunales penales, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Derechos Humanos ya lo han realizado, si bien en su mayoría más bien de paso⁶⁰; y de que la razón de este desarrollo no se fundamenta en la fórmula radbruchiana ni tampoco en la relación del Derecho positivo y el Derecho natural, sino en los desarrollos que se han producido en nuestro círculo cultural desde el artículo de Radbruch de 1946 en el Derecho internacional, en el Derecho constitucional y en el Derecho penal.

Los tribunales han especificado que una aplicación incircunstanciada de la fórmula radbruchiana queda vedada ya porque las muertes en las fronteras

⁵⁹ Diversos filósofos del Derecho y prácticos del Derecho dedicados a filosofar con posterioridad a 1945 se expresaron de modo parecido a Radbruch. Referencias en NEUMANN (nota 54), pp. 145 ss., en especial, p. 146, nota 7.

⁶⁰ Como se mostrará luego, una excepción a ello es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

intraalemanas no se pueden equiparar con el asesinato masivo nacional-socialista⁶¹. Ello es, en todo caso, ostensiblemente convincente, pero pierde su fuerza de convicción en la masa en que se abstrae la filosofía del Derecho de Radbruch y en la que la concreta situación histórica de la que procede se queda atrás argumentativa y constructivamente; y así lo ha hecho. No sólo la fórmula, sino también los argumentos que llevan a ella y le dan contenido se refieren a las experiencias nacionalsocialistas sólo como ejemplo, no como razón. Si bien no se puede dudar de que las experiencias históricas que han sugerido, forzado a este paso desde el corazón del positivismo legal, existieron, también es igualmente indudable que esta filosofía jurídica ha dejado detrás estas experiencias, que se ha generalizado y pretende aplicación también en constelaciones que sólo tienen en común con la de entonces el *tertium comparationis*. Una ley, dice el mensaje hoy como entonces, que no aspira siquiera a la justicia, no merece ninguna observancia.

En el mismo contexto se refiere, por lo demás, el Tribunal Federal⁶², restringiendo cautamente la utilidad de la fórmula radbruchiana, a «parámetros más concretos de examen», que «hoy tienen que llegar» y ofrecen «puntos de apoyo para ello cuando el Estado lesiona, según la convicción de la comunidad jurídica mundial⁶³, derechos humanos»; en este contexto, se refiere la Sala al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que comenta intensamente a renglón seguido⁶⁴. Antes, la Sala de lo Penal se había apoyado no sólo en «mandatos elementales de la justicia», sino también en «derechos humanos protegidos iusinternacionalmente»⁶⁵, y el Tribunal Constitucional Federal ha determinado, de forma más clara y decidida, que no se necesita el recurso a principios jurídicos suprapositivos, sino que basta partir de las valoraciones que la propia República Democrática Alemana ha expresado en sus preceptos penales⁶⁶. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, finalmente, ha seguido consecuentemente⁶⁷ este camino a través del Derecho internacional, Derecho constitucional y Derecho penal positivos de la República Democrática Alemana y ha encontrado los fundamentos de su sentencia no en el Derecho suprapositivo, sino en las leyes de la República Democrática Alemana, así como en las convenciones internacionales que también habían sido ratificadas por la República Democrática Alemana⁶⁸.

⁶¹ Por ejemplo, BGHSt 39, 1, 16.

⁶² BGHSt 39, 1, 16.

⁶³ Una euforia bienintencionada, si se mira alrededor. El diagnóstico es evidentemente correcto no para todo el mundo, pero sí para nuestra cultura jurídica, que no se limita a Europa occidental.

⁶⁴ BGHSt 39, 1, 16 ss.

⁶⁵ Citado en BGHSt 39, 1, 15 ss.

⁶⁶ BVerfGE 95, 96, 129 ss., 134 ss.

⁶⁷ Sentencia de 22.3.2001 (nota 10).

⁶⁸ Sobre ello y lo que sigue, *ibidem*, N 59 ss., 72 ss., 90 ss.

Esta vía es correcta. Lleva a normas que tienen dos marcadas ventajas para la fundamentación jurídica y de la sentencia. Se trata de normas que la propia República Democrática Alemana quería que valiesen para sí; estaría de más un discurso sobre una colonización por Derecho extranjero, como también lo estaría la cuestión sobre las posibilidades de aplicación de Derecho suprapositivo. Y además, estas normas ofrecen parámetros materiales bien concretos; la primacía del derecho a la vida, el derecho a la libertad de movimientos y el mandato de proceder equilibradamente en la intervención en los derechos humanos, subyacen, por ejemplo, en el Código penal⁶⁹, en la Constitución⁷⁰ o en la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana⁷¹. Si se aceptan las Convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos en que era parte la República Democrática Alemana, se muestra algo así como una tabla de un moderno «Derecho natural positivizado»: un paraguas normativo amplio, en algunos puntos incluso abundante, sobre los derechos humanos que han sido lesionados por los tiros, las minas y el dejar desangrarse a las víctimas en las fronteras de la República Democrática Alemana.

Así pues, ¿no hay Derecho natural? No, no hay Derecho natural en la concepción usual, material y jurídico-jerárquica de una fuente del Derecho que era necesaria para enderezar o encauzar una ley positiva contrahecha, como ocurría en 1946, cuando no estaba disponible ningún parámetro claro, escrito, para medir conforme al mismo las leyes positivas como leyes injustas. Esta época ha pasado teórico-jurídicamente. La mayoría de los Estados, como también la República Democrática Alemana, han empleado las décadas para formar, por medio de sus leyes nacionales o de convenios internacionales, una densa red de Derecho positivo que hace sencilla la búsqueda de parámetros que pueden delimitar la injusticia legal o descartarla normativamente. Estos parámetros son, desde la perspectiva de 1946, Derecho natural fluido; abren *expressis verbis* vías para privar de validez a las leyes vigentes y, en todo caso, hacen superflua la alegación del Derecho no escrito en las constelaciones que esperan para el enjuiciamiento con la criminalidad impulsada por el Estado. Además, al contrario que la fórmula radbruchiana, son suficientemente concretos para que se pueda formar en torno a ellos, con el correr del tiempo, Derecho judicial especificador y conforme al Derecho. Y, lo que no es lo de menos, deducen

⁶⁹ §95: «Quien actúa [...] con inobservancia de los derechos fundamentales y del hombre no puede apoyarse en leyes, mandatos u órdenes; es jurídico-penalmente responsable».

⁷⁰ Por ejemplo, el artículo 19.2: «La observancia y protección de la dignidad y libertad de la personalidad son mandato para todos los órganos estatales, todas las fuerzas sociales y cada ciudadano individual». Artículo 30.1 y 2: «La personalidad y libertad de cada ciudadano de la República Democrática Alemana son inviolables»; «los derechos de tales ciudadanos sólo (pueden) ser limitados en cuanto ello sea legalmente admisible e indispensable».

⁷¹ Cfr., arriba, 2.B.b).

consecuencias prácticas también de la legislación simbólica⁷², cuyos preceptos-pancarta, desde la Ley de Fronteras hasta la Constitución pasando por el Código Penal, se consideraban más como declaración solemne, pero sin consecuencias, que como fundamento de un fallo judicial.

Pero sí hay Derecho natural en el sentido en que Radbruch lo había proyectado⁷³, esto es, como vía desde un corazón del Derecho positivo, como posibilidad científicamente fundamentada de aplicar el Derecho frente a la ley vigente. Tampoco la codificación más densa de los derechos humanos podrá hacer superfluo este mensaje de cualquier Derecho natural: que el Derecho positivo siempre debe quedar expuesto a una crítica desde la justicia. Así visto, han actuado cautamente los tribunales cuando no se han apoyado en el Derecho natural en el Derecho constitucional, pero sí han traído incidentalmente consigo el recordatorio de la fundamentación jurídica iusnaturalista.

(Traducción del alemán al castellano de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO *).

⁷² Sobre ello, más en detalle, mi artículo: «Das Symbolische am symbolischen Strafrecht», en BERND SCHÜNEMANN, HANS ACHENBACH, WILFRIED BOTTKÉ, BERNHARD HAFFKE y HANS-JOACHIM RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70.Geburtstag am 15.Mai 2001*, Berlín, 2001, pp. 1001 ss.

⁷³ Arriba 2.B.b.

* Doctor Europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

