



UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN

Grado en Derecho

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**DERECHO INSOPORTABLEMENTE INJUSTO:
APLICACIÓN DE LA FÓRMULA RADBRUCH PARA SU
SOLUCIÓN**

Presentado por Diego García Lázaro

Tutorizado por la Prof.^a Araceli Álvarez Álvarez

Segovia, 22 de Junio de 2017

RESUMEN

El presente trabajo expondrá de forma detallada el debate producido a mediados del Siglo XX entre defensores del iuspositivismo y defensores del iusnaturalismo en relación a un conjunto de sentencias emitidas durante ese periodo, en las que tuvo un vital protagonismo la doctrina de la denominada Doctrina Radbruch.

Y es precisamente esta Fórmula, en la cual encontraron su fundamento dichas sentencias, sobre la cual versa este trabajo. La Fórmula Radbruch sería el centro y punto de inflexión del conflicto jurisprudencial sobre la importancia de la relación entre Derecho y Moral; siendo objeto de diversas críticas, de las cuales también se comentarán las más trascendentales; y motivando la puesta en cuestión de la existencia de un Derecho supralegal que afecta y condiciona al Derecho positivo.

ABSTRACT

The present work will expose in detail the debate produced in the middle of the 20th century between defenders of iuspositivism and defenders of iusnaturalismo in relation to a set of sentences issued during that period, in which the doctrine of the Radbruch Doctrine had a vital role.

And it is precisely this Formula, on which found these foundations, on which this work is based. The Radbruch Formula would be the center and point of inflection of the jurisprudential conflict on the importance of the relation between Law and Moral; being object of diverse critics, of which also the most transcendental ones will be commented on; And motivating the questioning of the existence of a supralegal right that affects and conditions positive law.

PALABRAS CLAVE

Derecho, moral, Fórmula Radbruch, positivismo, iusnaturalismo, derecho supralegal, derecho insoportablemente injusto, Derechos Fundamentales.

KEY WORDS

Law, moral, Radbruch Formula, positivism, iusnaturalism, supralegal law, unbearably unjust right, Fundamental Rights.

ÍNDICE

<u>1. INTRODUCCIÓN</u>	Pág.5
<u>2. FÓRMULA RADBRUCH</u>	Pág.7
<u>2.1) CONTEXTO HISTÓRICO</u>	Pág.7
<u>2.2) GUSTAV RADBRUCH</u>	Pág.8
2.2.1) Presupuestos teóricos de la filosofía jurídica de Radbruch.....	Pág.9
2.2.2) La idea del Derecho y elementos.....	Pág.14
2.2.3) Conclusiones.....	Pág.22
<u>2.3) CONCEPTUALIZACIÓN</u>	Pág.23

<u>3. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA FÓRMULA RADBRUCH</u>	
<u>RADBRUCH</u>	Pág.26
<u>4. CRÍTICAS A LA FÓRMULA RADBRUCH: DEBATE IUSNATURALISTA/POSITIVISTA</u>	
<u>IUSNATURALISTA/POSITIVISTA</u>	Pág.35
<u>4.1.) HART</u>	Pág.35
<u>4.2) FULLER</u>	Pág.38
<u>4.3) KELSEN</u>	Pág.41
4.3.1) Positivismo kelseniano y el positivismo del nacionalsocialismo.....	Pág.43
4.3.2) Críticas a la fórmula Radbruch y a los juicios de Núremberg.....	Pág.44
<u>4.4) ALEXY</u>	Pág.46
4.4.1)Marco conceptual.....	Pág.48
4.4.2) Defensa de la Fórmula Radbruch: Argumento de la corrección y Argumento de la injusticia.....	Pág.51
<u>5. SOBRE EL GRADO DE POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS</u>	Pág.58
<u>6. CONCLUSIONES FINALES</u>	Pág.61
<u>7. BIBLIOGRAFÍA</u>	Pág.64

1. INTRODUCCIÓN

Durante el Siglo XX tuvieron lugar un conjunto de sentencias relativas al juzgamiento de violaciones de derechos humanos producidos en regímenes distintos una vez éstos fueron derrocados; serían concretamente tras la derrota del poder nacionalsocialista alemán en 1945, tras la caída de la República Democrática Alemana en 1989, y además los juicios sobre la constitucionalidad de las Leyes de “Obediencia Debida” y “Punto final”, promulgadas en 1987 y 1986 respectivamente.

Dichas sentencias reabrieron el debate acerca de la relación entre Moral y Derecho; y es debido a que en estas sentencias, quienes causaron tales violaciones resultaron condenados aun estando amparados por el derecho positivo vigente en el momento de la violación. El fundamento de esta jurisprudencia se encuentra representado en la llamada Fórmula de Radbruch.

Esta fórmula, planteada por Gustav Radbruch en 1946, promulga la existencia de un derecho “supralegal” que se encuentra en una posición por encima de las leyes positivas, lo cual no significa que éstas queden invalidadas, pero sí que, cuando entren en una contradicción con ese derecho “supralegal” que alcance el grado para considerarlas como insoportablemente injustas, perderían su condición como Derecho.

Esta fórmula fue objeto de muchas críticas por parte de los defensores del positivismo, resurgiendo así la discusión entre iusnaturalistas e iuspositivistas. Así por ejemplo, el profesor Hart defendía la separación entre derecho y moral, sosteniendo a favor del positivismo que siempre era preferible aplicar el derecho vigente. Otros como Fuller defienden la tesis de la conexión entre el “derecho que es” y el “derecho que debe ser”, pero se oponen a la idea de un derecho “supralegal” preexistente.

Hubo casos especiales como el del jurista Hans Kelsen, que fue un paso más allá criticando los juicios de Nüremberg, alegando que sólo podía salvarse la naturaleza jurídica de sus sentencias emitidas si los vencedores también se hubiesen sometido a ellas, no aplicándose ese derecho supralegal solamente para condenar las violaciones cometidas por los vencidos, salvaguardando así la idea de justicia internacional.

También había personas que defendían la doctrina de Radbruch, como es el caso del profesor Alexy, quien aboga por la aplicación de la Fórmula Radbruch defendiéndola mediante una serie de ideas a las que denominó argumento de la corrección y argumento de la injusticia.

Para finalizar, cabría preguntarse si en todas aquellas decisiones judiciales en las que se aplicó la Fórmula Radbruch realmente fue necesaria esa apelación a un derecho exógeno situado por encima del derecho positivo vigente para condenar a quienes fueron procesados; y esto es debido principalmente al distinto grado de positivización que hubo en cada momento de lo que hoy conocemos como Derechos Fundamentales. Y sobre todo, interesa saber si esa apelación sería realmente necesaria en la situación actual en la que nos encontramos.

2. FÓRMULA RADBRUCH

2.1 Contexto histórico

Como hemos señalado anteriormente, la aplicación de la Fórmula Radbruch aparece contextualizada en la aplicación de varias decisiones judiciales que tuvieron lugar a mediados del Siglo XX. Así, podemos señalar tres momentos históricos muy próximos en los que la Fórmula Radbruch tuvo especial protagonismo:

- En primer lugar, tras la derrota del poder nacionalsocialista alemán, en las decisiones judiciales de los tribunales alemanes de posguerra durante los procesos o juicios de Núremberg (1945-1946), emprendidos por iniciativa de las naciones aliadas al acabar la Segunda Guerra Mundial. Gustav Radbruch plantea su Fórmula en 1946, en la cual encuentran su fundamento dichas decisiones judiciales que consideraron inválidas las leyes vigentes durante el régimen nazi.
- En segundo lugar, en tiempos de la República Democrática Alemana (RDA), régimen establecido en 1949 en el territorio alemán bajo ocupación soviética tras la Segunda Guerra Mundial, y que se alargó hasta la unificación con la República Federal Alemana en 1990. Concretamente a partir de 1989, en pleno desmoronamiento de la República Democrática Alemana, y tras las caídas de su régimen junto al Muro de Berlín, y una vez unidas las dos Alemanias, se procede al enjuiciamiento de determinadas acciones cometidas por funcionarios del régimen soviético.
- Y en tercer lugar, ya fuera de Europa, en los juicios sobre la constitucionalidad de las leyes de “obediencia debida” y “punto final” aprobadas en Argentina con el restablecimiento de la democracia en 1987 y 1986 respectivamente, y que tenían por objeto la impunidad de determinadas violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen dictatorial que hubo en Argentina en el periodo de 1976-1983.

Hay que tener en cuenta que las situaciones anteriores, aunque se desarrollen en contextos muy similares, y se remitan a la misma doctrina para enjuiciar las actuaciones

correspondientes, presentan una clara diferencia entre ellas relativa a la distinta consideración que había de los derechos humanos en los tres momentos, y más concretamente hablando, al distinto grado de positivación de dichos derechos, lo cual plantea preguntas acerca de si había la misma necesidad y conveniencia de aplicación de la Fórmula Radbruch en esos tres momentos históricos, y también sobre si en la situación actual podría aplicarse. Dichas preguntas serán tratadas más tarde en los epígrafes correspondientes.

2.2 Gustav Radbruch

Gustav Radbruch nació en Lübeck el 21 de noviembre de 1878, y murió en Heidelberg el 23 de noviembre de 1949. Vivió la Primera y Segunda Guerra Mundial desde su país de nacimiento: Alemania.

Radbruch fue un filósofo de derecho alemán; inició sus estudios de derecho en la Universidad de München, y los prosiguió en la Universidad de Leipzig. Doctorado en Berlín, trabajó como profesor en las universidades de Heidelberg, Königsberg y Kiel, donde impartió clases de Derecho Penal, Procesal, y de Filosofía del Derecho. Contrario al positivismo analítico, Radbruch promovía una ciencia jurídica sociológica y funcional, conectada a los intereses y problemas sociales.

Fue concejal y ocupó varios cargos públicos en áreas de competencia social, además de ejercer como oficial en la Primera Guerra Mundial. Sería arrestado en 1920 a raíz de una revuelta en el ejército alemán. Después fue electo miembro del Reichstag y ocupó en dos ocasiones el cargo de Ministro de Justicia, para ser destituido por los nazis en 1933 del puesto que desempeñaba en la administración pública. Fue además perseguido y excluido de la universidad¹.

Ahora pasaremos a explorar y describir, a partir de la obra filosófico-jurídica de Radbruch, su concepción del Derecho, el análisis de los elementos que conforman dicha idea del Derecho, y un estudio de autores que influyeron en Radbruch para la construcción de dicha concepción.

¹ REYES MOSSOS, Marcela. *La Fórmula de Radbruch: Una cuestión de iusnaturalismo*, cit., p.9

2.2.1) *Presupuestos teóricos de la filosofía jurídica de Radbruch*

El propio Radbruch precisa 4 etapas que perfeccionan su concepción del Derecho: la época del Estado de Weimar, la amenaza de la barbarización, los tiempos de la dictadura y los años posteriores a la caída del régimen nazi. Resulta relevante considerar a lo largo de las etapas de su biografía intelectual dos constantes: su concepción del hombre a partir de su marco filosófico jurídico y el modo en que concibe a la filosofía jurídica en sí misma².

A) Así, en primer lugar, en cuanto a la concepción del hombre según Radbruch, ésta puede ser entendida desde dos perspectivas en relación con su noción de individuo: como sujeto de fines de la norma jurídica y como fuerza motivadora de la norma.

1) Por un lado, el individuo traducido en individualidad concreta no permitiría consagrar una ordenación del Estado y del Derecho que sirva a todos de modo semejante, puesto que el Yo concreto tiende a desembocar en el anarquismo. Tampoco sería posible alcanzar el orden sirviendo a la imagen del hombre perfecto, racional y moral³.

La noción de individuo representa la posibilidad de la igualdad de los individuos; la individualidad moral es un valor de rango supremo y el Derecho y el Estado son medios a su servicio.

Radbruch distingue además el individualismo social, con el que pretende un individuo socializado y concreto entendido como una diversidad de tipos sociales: patrono, obrero, empleado, etc. No obstante, considera que el individualismo al fin, está concebido para el servicio de la individualidad moral.⁴

2) Por otro lado, se considera la forma como el Derecho se representa al hombre sobre el cual se propone actuar. Esta forma cambiante con la historia llega a definir el estilo de una época jurídica. En ese sentido lo expresa Radbruch en su obra:

² RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. *La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*, cit. p.30

³ *Ibíd.*, p.31

⁴ *Ibíd.*, p. 31

“La concepción de un orden jurídico determinado del hombre es fácilmente perceptible si se dirige la atención sobre lo que éste ha conformado en lo que concierne al derecho subjetivo, y al deber jurídico”⁵

Así el orden jurídico otorgará derechos cuando precise contar con los impulsos humanos dirigidos en la misma dirección que la voluntad de dicho orden, e impondrá deberes cuando resulte necesario imponer motivaciones opuestas a los impulsos que van en sentido contrario a sus deseos.

En suma ambas concepciones, para Radbruch, llegan a una correspondencia traducida en el ser humano como sujeto y objeto de Derecho; entendiendo que Derecho es: Derecho de la comunidad, de la conciencia de la comunidad, y luego, también en ambas facetas: derecho individual, del legislador individual para los individuos concebidos como aislados, para finalmente volver a ser Derecho de la comunidad, esta vez organizada.

B) En segundo lugar interesa tratar cómo Radbruch concibe la Filosofía del Derecho y en ese sentido es preciso explorar el marco de pensamiento en que se desarrolla su obra, los rasgos que caracterizan su concepción iusfilosófica e intelectual y los autores que influyen en él:

- El neokantismo: a finales del S. XIX y comienzos del XX, tuvo lugar en Alemania un restablecimiento de la Filosofía del Derecho considerando que el positivismo filosófico no llegó a tener un arraigo importante en dicho país; en consecuencia se produjo un movimiento de regreso a los postulados kantianos, destacando como corrientes más significativas el neokantismo de Baden y el de Marburgo; el primero caracterizado por desarrollar una versión cultural o de los valores, y el segundo, una formalista.

El neokantismo de la Escuela de Baden define el neokantismo distinguiéndolo del kantismo: kantismo sería la influencia directa o indirecta de Kant sobre el pensamiento contemporáneo, y neokantismo sería un intento de superar el positivismo y materialismo mediante una consideración crítica de las ciencias y una fundamentación gnoseológica del saber.

⁵ RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho*, p. 18

El neokantismo de Baden se asentó en Heidelberg, que a la llegada de Radbruch en 1903, contaba con profesores de influencia universal como Max Weber, Georg Jellinek, Heinrich Rickert y Wilhelm Windelband; sin embargo, los autores que más influyeron en el pensamiento de Gustav Radbruch serían Rudolf Stammler y Emil Lask.⁶

- a) Rudolf Stammler (1856-1930) se convertiría en el símbolo de la encarnación de la Filosofía del Derecho en Alemania. Aun no formando parte de las escuelas de Baden y Marburgo, influyó notablemente en el pensamiento de Radbruch con su “doctrina del derecho justo”. Para Stammler la filosofía del Derecho tiene una doble misión: desenvolver el concepto del Derecho y ver como aparece en la vida humana, y enseñar en qué consiste la justicia.

El concepto de Derecho comprende las características que sirven para diferenciar los fenómenos jurídicos de aquellos que corresponden a cualquier otra especie o categoría que impliquen un concepto distinto. Para que ello sea posible es necesario recurrir a la idea del Derecho que se constituye en la meta final que marca la orientación de cualquier realización jurídica, aunque no pueda ser alcanzado plenamente.

Para Stammler un “Derecho justo” es un Derecho positivo, de contenido concreto, que se hace patente en el ciclo de la vida social a través d un proceso históricamente determinado. De esta forma, no hablamos de un Derecho perfecto, pues no cabe la perfección en la realidad de la vida humana; siendo por tanto posible la existencia de un Derecho injusto⁷.

- b) Emil Lask (1875-1915) suele ser considerado como el primer iusfilósofo del neokantismo de Baden. Su aporte a la obra de Radbruch se concretará con el tratamiento del dualismo metódico y la consideración del Derecho como ciencia cultural. Por ello, para él, el dualismo metódico se basa en que el

⁶ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. *La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*, cit. p. 32-34

⁷ *Ibíd.*, pp. 34-35

Derecho puede considerarse bien como un factor real de la cultura como un suceso de la vida social, o bien como un complejo de significaciones normativas, acerca de su “contenido dogmático”.

En la obra de este autor su dedicación a los valores del Derecho, así como el abordaje de la relación existente entre el derecho natural y la filosofía crítica del valor en la que aprecia las diferencias que surgen de la distinta forma que tienen ambas de concebir las relaciones entre valores y realidad, ya que para la filosofía crítica del valor, la realidad empírica es única, y dentro de ella se pueden establecer referencias a valores; el derecho natural busca fusionar valor y realidad. Todas estas serán cuestiones que se constituirán en materia de la reflexión y el posterior desarrollo iusfilosófico de Gustav Radbruch.⁸

Luego, a partir de estos antecedentes Radbruch construye su pensamiento asentando su obra en el dualismo metódico, que luego devengará en trialismo, y el relativismo.

- Dualismo y trialismo metódico: Radbruch asienta las bases de su pensamiento distinguiendo realidad y valor, generando a su vez dos tipos de actitudes básicas: la actitud ciega para el valor y la estimativa o valorativa, a las cuales agrega otras dos que cumplen una función mediadora: la referida a valores y la superadora de valores. Entre estas últimas interesa la que pone en relación los valores de carácter absoluto y lo existente, como parte del contenido de la cultura; traducida como actitud referencial a la justicia. De este modo, Radbruch, en su obra “Introducción a la Ciencia del Derecho” indica:

*“El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor. El concepto del Derecho sólo puede determinarse como conjunto de datos, cuyo sentido estriba en la realización de la idea del derecho. El derecho puede ser injusto, pero es derecho en tanto su sentido es ser justo”.*⁹

En consecuencia, el método que se adapta a tal consideración parte por reconocer que los juicios de valor no pueden fundamentarse inductivamente sobre las

⁸ *Ibíd.*, p.35

⁹ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Trad. Luis Racaséns. P. 19

posiciones del ser, sino deductivamente sobre preceptos de especie semejante. Por ello para Radbruch el dualismo metódico implica considerar valor y ser conjuntamente, como círculos independientes y cerrados.

No obstante, Radbruch sostendrá que su filosofía jurídica da un paso hacia el trialismo metódico, que parte de la relación a los valores, y que permite entender el Derecho como una realidad referida a éstos que supera la rígida oposición entre ser y deber ser, acogiendo las actitudes: estimativa, ciega al valor y referida a los valores, de modo que la filosofía del Derecho se convierte en una filosofía cultural del Derecho.¹⁰

- Relativismo de los valores: el problema que plantea el relativismo en la obra de Radbruch parte de la tesis de la existencia de una idea clara, reconocible y comprobable del Derecho justo, debido a que los valores, al ser preceptos del deber ser, no son susceptibles de conocimiento o fundamentación científica. Con el relativismo se busca determinar la justeza de cada juicio valorativo en relación con otro juicio de valor superior, bajo los límites de una concepción del propio valor y el mundo, sin preocuparse de fijar tal concepción.

El hecho de que el relativismo sea comprendido como parte de la razón teórica, no implica su pertenencia al ámbito práctico; significa la renuncia a la fundamentación científica de las actitudes supremas, pero no la renuncia a la toma de posesión de la misma.¹¹

El relativismo justifica el respeto de cada cual a la conciencia moral de los demás. Ante la imposibilidad de saber con objetividad qué sea lo justo, no queda más remedio que acudir al derecho positivo como medio de coordinación colectiva. Si la ley no es expresión de ninguna suprema verdad es porque todas las opiniones merecen igual dignidad y respeto y todos los ciudadanos, piensen como piensen han de ser tratados como iguales. En consecuencia el relativismo exige un Estado democrático. En democracia se podrían defender también regímenes dictatoriales, pero no puede la democracia admitir la renuncia a la soberanía popular, y ahí está

¹⁰ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. *La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*, cit. p. 36

¹¹ *Ibíd.*, p.37

el límite. “El relativismo es tolerancia general, pero no tolerancia frente a la intolerancia”.¹²

Atendiendo a estas consideraciones podemos asumir que la concepción iusfilosófica de Radbruch ha de ser entendida como una consideración valorativa del Derecho, traducida como doctrina o teoría del Derecho justo. Por tanto, para Radbruch la filosofía del Derecho trata sobre los valores y las metas del Derecho, sobre la idea del Derecho y sobre el Derecho ideal, encontrando su complemento en la política jurídica.

2.2.2) La idea del Derecho y elementos que la conforman

Radbruch considera al Derecho como una obra humana, ya que en ese sentido, ya que en ese sentido, sólo puede ser entendida a través de su idea. Asume además, coincidiendo con Stammler, que el Derecho tiene que ser elaborado con anterioridad, considerando que no puede ser obtenido inductivamente a partir de la observación de hechos jurídicos. Sin embargo Radbruch reprocha a Stammler la construcción del concepto del Derecho al margen de la idea cuando es construido como un principio de ordenación sin contenido material y a partir de ello pretende que goce de validez universal, sin que importe a la definición el que éste sea justo o no.

No se podría definir al Derecho prescindiendo de su idea, de manera que el concepto de Derecho es de carácter cultural y está predibujado en la idea del Derecho. Hay que señalar que el ideal jurídico se concreta en el marco del Derecho de una época y pueblo determinados; por esta razón la idea vale para una materia, es adecuada a ésta y actúa sobre ella, dando lugar a la determinabilidad material de la idea.

Si la idea del Derecho no puede ser otro que la justicia, hay que verificar cómo se conjuga dicha idea con su determinabilidad material, pudiendo hacerse referencia aquí a la teoría del Derecho justo desarrollada históricamente como Derecho natural; asumiendo Radbruch que la razón no es un arsenal de conocimientos teóricos preparados para aplicarse, sino la facultad de alcanzar tales conocimientos y normas que no son producto de la razón “pura”, sino de su aplicación a datos determinados; por tanto, su validez no es general, sino sólo en referencia a dichos datos.

¹² GARCÍA AMADO, José Antonio. *¿Se puede ser antikelsiano sin mentir sobre Kelsen?* P.13

De esta forma, la filosofía del Derecho descansa en la “naturaleza del hombre”, puesto que al ser la razón una característica humana, la idea del Derecho se basa en ésta, siendo de validez universal aunque básicamente formal; y en la “naturaleza de las cosas”, cuando se manifiesta para hacer posible la concreción en la realidad de determinadas ideas jurídicas. La naturaleza de las cosas se contraponen a la idea del Derecho exigiendo una estructuración sensata de la materia jurídica dada, pero la decisión final corresponde a la anterior idea del Derecho.¹³

En definitiva, la importancia de la idea del Derecho en el pensamiento jurídico de Radbruch adquiere su propia particularidad y conduce a nuevos temas de la Filosofía, cuando se pasa a establecer y describir sus elementos. Dichos elementos serían: justicia, finalidad y seguridad jurídica.

Radbruch define el Derecho como “*aquello cuyo contenido estriba en servir a la idea del Derecho*”, e informa de la necesidad de establecer cuál es el valor hacia el cual está dirigido, en suma hacia la idea del Derecho traducida en la justicia: “*Derecho es la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia*”.¹⁴

Para Radbruch sólo se puede completar la idea del Derecho atendiendo a sus fines; en consecuencia, a la justicia se añade como segundo elemento la finalidad.

En cuanto al tercer elemento, la seguridad jurídica, para concretarse requiere como condición la positividad; de tal forma que no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico a través de una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido.

Ahora profundizaremos en cada uno de los tres elementos de forma más extensa:

- **La justicia:** Radbruch llega a la conclusión de que la idea del Derecho no puede ser otra que la justicia, debiendo ser entendida como un valor absoluto; un valor que descansa en sí mismo y sin derivar de otro superior.

¹³ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. *La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*, cit. pp. 38-39

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*, p 41

Radbruch dirá que “*la médula de la justicia es la idea de la igualdad*”.¹⁵ A partir de ello se puede derivar dos formas tradicionales de entender la justicia: una forma conmutativa o igualitaria que representa a la justicia como la igualdad absoluta entre prestación y contraprestación; y otra forma distributiva, que expresa que la justicia considera la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas.

La relación entre ambas implica que siendo la primera una justicia entre equiparados, presupone un acto de la justicia distributiva que otorgue a los participantes el mismo status. Por ello, para que la justicia igualitaria pueda aplicarse, es necesario reconocer la misma capacidad jurídica a las personas interesadas en ella. En ese sentido, la justicia distributiva sería la forma primaria, y la igualitaria una forma derivada, de la justicia. Por tanto, en la distributiva se encuentra la idea del valor hacia el cual debe orientarse el concepto del Derecho.

Por otra parte, para Radbruch, la justicia alberga una tensión a partir de la igualdad que reviste la forma de lo general, y que sin embargo aspira a considerar los casos e individuos concretos. Así, Radbruch considera a la justicia del siguiente modo:

“Justicia y equidad no son distintos valores, sino distintos caminos para llegar al valor uno del derecho. La justicia ve el caso singular desde el punto de vista de la norma general, la equidad busca en el caso singular su propia ley, que al mismo tiempo y finalmente debe tolerar su conversión en la ley general, ya que, en fin de cuentas la equidad como la justicia es de naturaleza generalizadora. Así se manifiesta en la tensión entre justicia y equidad la distinción metodológica, ya antes indicada, entre un desarrollo deductivo del derecho justo de preceptos fundamentales universales, y un conocimiento inductivo del derecho justo según la naturaleza de la cosa”.¹⁶

El contenido de la equidad no puede llegar a realizarse a cabalidad por más que la generalidad admita distintos grados y se considere que la especialidad es una forma de lo general, y al mismo tiempo, algo que se acerca progresivamente a la individualización sin llegar a alcanzarla por completo. Una justicia individualizada implica una contradicción en tanto que la justicia requiere de normas generales.

¹⁵ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p.31

¹⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*, p. 41

Radbruch trata de articular ambos contenidos alegando que la tendencia equitativa de la justicia sólo se realiza de forma parcial en la especialización.

Para Radbruch la justicia en su adecuación al Derecho significa lo reglado, lo recto. Radbruch establece que la justicia es, según su naturaleza, solución de conflictos; estando llamada a armonizar las antinomias y a hacer partícipe al Derecho de tal característica que se asienta en la base de normas generales.¹⁷

- **La finalidad:** en cuanto a la finalidad o adecuación al fin, Radbruch hace alusión al fin en el Derecho, al cual no entiende como meta perseguida, sino como idea del fin; es decir, lo que éste debe ser. En otras palabras, la idea del fin proviene de la ética.

Radbruch divide la ética en dos partes: la teoría de los deberes y la teoría de los bienes; entendiendo estos últimos como los valores que forman el contenido de los deberes impuestos por la moral. En consecuencia, la finalidad del Derecho puede hacer referencia tanto a los bienes como a los deberes morales.

Dentro de los bienes morales a su vez, se distinguen tres grupos de objetos capaces de ser medidos con valores absolutos: las personalidades humanas individuales, las personalidades totales y las obras humanas; a los cuales les corresponden a su vez tres clases de valores respectivamente: valores individuales, valores colectivos y valores de las obras o de trabajo.

Los valores representados asumen ideales que para Gustav Radbruch se expresan bajo la forma de tópicos como la libertad, la Nación y la cultura respectivamente.

Así, este ideal individualista de la libertad es cogido en lenguaje político de los partidos liberales, democráticos y socialistas; considerando los primeros que el valor de la personalidad es infinito metafísicamente hablando, y capaz de imponerse a cualquier interés mayoritario; mientras que el segundo otorga a la personalidad un valor limitado en tanto que la mayoría debe prevalecer sobre la minoría, la mayoría

¹⁷ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. *La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*, pp. 40-43

vale más; y el tercero postula la libertad económica, efectiva, para el individuo, pero sin alejarse de la meta final individualista.¹⁸

El orden jerárquico de las tres clases de valores no puede determinarse de un modo inequívoco, pues como precisa García Maynez: *“la dificultad proviene de que sólo es posible ponerse al servicio de cualquiera de estos valores descuidando o sacrificando a los otros”*. En este sentido Radbruch señala en su obra *Introducción a la Filosofía del Derecho* lo siguiente:

“Los fines y valores supremos del Derecho no sólo varían con arreglo a los estados sociales de los distintos tiempos y los distintos pueblos, sino que son enjuiciados, además, subjetivamente, de diferente modo según las personas, con arreglo a su sentimiento del Derecho, a su manera de concebir el Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepción del mundo. La decisión tiene que tomarla el individuo, descendiendo hasta la entraña de su propia personalidad, como un asunto privativo de su conciencia”.¹⁹

De esta forma, el problema del fin en el Derecho desemboca en el relativismo y en la imposibilidad de definir el Derecho justo, surgiendo así la necesidad de establecer lo jurídico y aspirar a garantizar lo prescrito.

- **La seguridad jurídica:** ante la imposibilidad de definir el Derecho justo, surge una necesidad de cierta certeza que implica intentar estatuirlo a través de un poder que tenga la fuerza necesaria para imponerlo.

En consecuencia, se justifica la existencia del Derecho positivo como exigencia de la seguridad jurídica, pues ésta sólo podría ser cumplida mediante el carácter de positividad del Derecho.

La seguridad jurídica consiste pues en la seguridad del Derecho mismo, entendida a partir de cuatro condiciones:

1. Que el Derecho sea positivo.

¹⁸ *Ibíd.*, pp. 43-44

¹⁹ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 37-38

2. Que el Derecho estatuido se base en hechos y no se remita a juicios de valor del juez en torno al caso concreto mediante criterios generales como la buena fe o las buenas costumbres.
3. Que estos hechos se puedan establecer con el menor margen de error posible, y que además sean practicables a pesar de la dureza en su aplicación.
4. Que el Derecho no deba hallarse expuesto a cambios frecuentes, ni a merced de una legislación incidental que facilite la producción de leyes para cada situación singular.

Radbruch asume la importancia de la seguridad jurídica en cuanto a la relevancia que ésta tiene en la jurisprudencia inglesa que según él, tiene rango preferente sobre los demás elementos de la idea del Derecho.

Así, parafraseando a Bentham, reproduce en su obra las alabanzas que el jurista inglés eleva a su implementación en el Derecho moderno, ya que gracias a ella se puede prever el futuro y así, tomar disposiciones; constituyéndose en la base sobre la que descansan todos los planes, todo el trabajo y todo el ahorro; de manera que la vida no sea sencillamente una sucesión de instantes, sino una continuidad.

En conclusión, para Radbruch hay un problema constante y de valor absoluto cuando hablamos del orden jurídico: el ideal de justicia. En lo cotidiano, este ideal no se alcanza, a pesar de que el Derecho selecciona y realiza los medios con que lograr tal valor; por ello lo que se consigue de continuo es la seguridad, la certeza de la situación; esa seguridad sería un bien cultural que sólo el Derecho proporciona, y que aunque en ocasiones no sea especialmente justa, siempre ha sido ideada en vista de una apreciación de la justicia.²⁰

Por tanto, justicia, finalidad y seguridad jurídica son tres elementos que están en la misma situación para constituir la idea del Derecho que propone Radbruch, y son denominados por él como exigencias del Derecho, sin las cuales el Derecho no se podría conceptualizar ni concretar. No obstante, a pesar de que dichos elementos necesitan complementarse

²⁰ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. *La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*, pp. 45-46

entre sí, al mismo tiempo se contradicen mutuamente, dando lugar a una serie de antinomias:

- Antinomia de la justicia y la finalidad: la justicia implica igualdad, y a su vez, generalidad del precepto jurídico. Ahora bien, la igualdad no se da en la realidad sino que es una abstracción desde cierto punto de vista de una desigualdad dada, por lo que desde el punto de vista de la finalidad, toda desigualdad permanece de manera esencial; es decir, que la finalidad exige individualizar tan lejos como se pueda.

Por otro lado, Radbruch alega que en los años previos a la caída del régimen nacional socialista alemán, se proclamó que era Derecho cuanto convenía y beneficiaba al pueblo (se acentuaba de forma extrema la idea superindividualista del fin) con un punto de vista intransigente del bien común y del poder que conducía a la negación de los derechos individuales del hombre. En ese caso se presentaba una muestra de la exaltación de la finalidad por encima de la justicia; cuando es ésta última la llamada a establecer la relación de valor entre la individualidad y la colectividad.

Sin embargo la justicia no obtiene de su utilidad para el bien común su carácter básico, la justicia es claramente distinguible del bien común con el que se halla en una situación de conflicto que se circunscribe a situaciones de afectación individual.²¹

- Antinomia de la finalidad y la seguridad jurídica: la seguridad jurídica exige positividad, y una vez estatuida pretende validez sin considerar sobre su justicia y sobre sus fines. La seguridad jurídica no exige solamente la vigencia de los preceptos jurídicos que la fuerza establece y que se cumplen, sino que tiene también exigencias respecto a su contenido, como por ejemplo la practicabilidad que marca al Derecho con diversos rasgos que contradicen la finalidad individualizadora.

Entre 1937 y 1938, Radbruch advertía que para el creciente valor que se estaba dando a la seguridad jurídica, era característico que estaba siendo considerada por

²¹ *Ibíd.*, pp. 48-49

un pensamiento jurídico orientado al bien común; de manera que apartarse de la legalidad significaba lo antijurídico, la inseguridad jurídica. En ese sentido, esa fundamentación de la seguridad jurídica basada en la obediencia frente a la conducción del Estado se conectaba con la orientación del Derecho hacia el bien común.

Sin embargo, para Radbruch no es una simple adecuación al fin destinada al bien común, sino que más bien es un pensamiento sobre la legalidad y la justicia que interpreta las determinaciones de la ley, que valen por virtud de la seguridad jurídica desde el punto de vista de la justicia, de la igualdad, y en ese marco también juega un gran papel la adecuación al fin.²²

- Antinomia de la justicia y la seguridad jurídica: se trata del conflicto más importante de todos, y del cual Gustav Radbruch deriva su fórmula; por un lado la seguridad jurídica plantea que el derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto, y por otro, que la aplicación uniforme de un Derecho injusto, su aplicación igualitaria, corresponde precisamente a aquella igualdad que constituye el núcleo de la justicia.

Para Radbruch en caso de conflicto entre justicia y seguridad jurídica, entre una ley que falla en su contenido, pero es positiva, y un Derecho justo, pero sin fuerza de ley, estamos ante un conflicto entre la justicia aparente y la verdadera. Frente a ello Radbruch sostiene que el conflicto podría solucionarse dando preferencia al derecho positivo, aun cuando fuera injusto; o en cambio, que se la ley la que ceda cuando la contradicción con la justicia alcanzase el grado de insoportable. No obstante es imposible establecer una línea de separación entre los casos de leyes que no son Derecho y casos en los que las leyes continúan conservando su validez. Ésta será la tesis que planteará en su famosa Fórmula de Radbruch.

Finalmente Radbruch consideró plantear la búsqueda de la justicia pero al mismo tiempo afirmar la necesidad de mantener la seguridad jurídica, reconstruyendo un Estado de Derecho que satisfaga a ambas ideas en la medida de lo posible.²³

²² *Ibíd.*, pp. 49-50

²³ *Ibíd.*, pp. 50-51

De esta forma, reconocerá haber mostrado las contradicciones de la idea del Derecho sin poder resolverlas. Pero no lo consideró un defecto para la existencia de un sistema en la elaboración de su pensamiento filosófico jurídico; ya que, según expresa en su obra “Filosofía del Derecho”:

*“La filosofía no debe proporcionar decisiones, sino situar ante la decisión; no debe hacer la vida más fácil, sino, precisamente, problemática. Un sistema filosófico debe semejarse a una catedral gótica, en donde las masas se sostienen al pugar unas con otras. ¡Qué despreciable sería una filosofía que no tuviera al mundo como una creación final de la razón y que desembocara sin embargo, en un sistema de la razón ausente de contradicciones! ¡Y qué superflua sería una existencia para quien el mundo, en fin de cuentas, una contradicción y la vida una decisión!”*²⁴

En esto reside para algunos la clave que marca la diferencia entre Radbruch y otros filósofos de Derecho tradicionales en la historia y en la actualidad; hasta Radbruch quizá ningún otro filósofo destacado intentó combinar dialécticamente las tesis centrales de la teoría del derecho natural y el positivismo legal, ya que hacerlo implicaba confrontar sus contradicciones.²⁵

2.2.3) Conclusiones (resumen)

1. La concepción iusfilosófica de Gustav Radbruch adopta una postura humanista del Derecho que entiende al hombre desde dos perspectivas referidas a la noción de individuo: el individuo como sujeto de fines de la norma jurídica, y el individuo como fuerza motivadora de la norma.
2. Radbruch concibe la Filosofía del Derecho a partir de la influencia que recibe del neokantismo. Dos autores estarán presentes en su obra y motivarán la construcción de su pensamiento iusfilosófico: Rudolf Stammler con sus trabajos sobre la idea del Derecho y el Derecho justo, y Emil Lask con su dualismo metódico y el relativismo de los valores. De modo que Radbruch terminará proponiendo un dualismo metódico que al considerar la naturaleza de la cosa sirva para considerar al Derecho como un hecho cultural referido a su idea: la justicia. No obstante, adopta el

²⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*, p. 95

²⁵ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. *La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*, p. 52

relativismo refutando la tesis de la existencia de una idea clara y reconocible del Derecho justo, al considerar que los valores y la justicia no son susceptibles de conocimiento y valoración científica.

3. La definición del Derecho requiere ser considerada en función de la justicia, derivándose de ella. La idea vale para una materia, y a su vez, dicha materia, que pretende dominar, actúa sobre ella, dando lugar a la determinabilidad material de la idea.
4. Justicia, finalidad y seguridad jurídica son los tres elementos que conforman la idea del Derecho; para Radbruch son condiciones necesarias para la concreción y conceptualización del Derecho. La justicia relevante para la idea del Derecho es la objetiva, referida como patrón de la ordenación ideal de la sociedad, y siendo anterior y superior a la ley. La finalidad proviene de la ética. Y la seguridad jurídica se entiende a partir de la positividad; su consagración se da en base a hechos y no a remisiones de juicios de valor del juez.
5. Los tres elementos de la idea del Derecho requieren complementarse; no obstante todos ellos se contradicen entre sí, siendo el conflicto más destacado el que se da entre justicia y seguridad jurídica.
6. El último conflicto trasciende su posibilidad de tratamiento pese a que se trate de una cuestión de grado. Para Radbruch cuando se dé el caso de que la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia.²⁶

2.3 Conceptualización

Una vez vistas las ideas del precursor de la Fórmula Radbruch y el contexto en el que se aplicó, vamos a pasar ahora a definir la Fórmula, lo que promulga. El más citado párrafo de Gustav Radbruch que expresa el contenido de la fórmula, es el siguiente:

²⁶ *Ibíd.*, pp. 52-54

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “Derecho injusto” ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo “Derecho injusto”, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”.²⁷

Resumiendo el contenido, la idea principal que expresa la Fórmula Radbruch es que “El derecho insoportablemente injusto no es derecho”.

Podemos advertir que la fórmula consta de dos partes, lo cual nos permite dividir la fórmula en dos subfórmulas más, las cuales se solapan entre sí:

- Fórmula de la intolerancia: se indica que las leyes positivas pierden su validez jurídica cuando su contradicción con la justicia alcanza una “medida insoportable”.
- Fórmula de la negación: se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si su establecimiento supone negar conscientemente la idea de igualdad, la cual según Radbruch es el núcleo de la justicia.

La jurisprudencia ha venido aplicando la fórmula de la intolerancia, por lo que será la fórmula de la intolerancia la que seguirá permaneciendo en primer término.

Lo característico de la Fórmula Radbruch es que no exige que Derecho y moral coincidan totalmente; permite que el Derecho promulgado y eficaz sea también válido aun cuando sea injusto; no busca en absoluto una orientación del Derecho hacia la moralidad, sino que más bien lo que pretende es incorporar al Derecho un límite externo, y ese límite sería la extrema injusticia. Sólo cuando se sobrepasa ese límite de la extrema injusticia, las normas

²⁷ RADBRUCH, Gustav. “*Arbitrariedad legal y derecho supralegal*” trad. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 37

promulgadas conforme al ordenamiento, y socialmente eficaces, pierden su validez o carácter jurídico.²⁸

En conclusión podemos sintetizar en dos ideas principales el contenido de la Fórmula Radbruch:

- 1) Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o validez jurídica cuando sean extremadamente injustas.
- 2) La extrema injusticia no es Derecho.²⁹

²⁸ ALEXY, Robert. *Una Defensa de la Fórmula Radbruch*, pp. 75-76

²⁹ *Ibíd.*, p. 76

3. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA FÓRMULA RADBRUCH

A continuación, con el fin de explicar la Fórmula Radbruch desde un punto de vista más práctico, pasaremos a ver algunas de las sentencias más importantes en las que dicha fórmula inspiró a los tribunales correspondientes en sus decisiones judiciales. Estas resoluciones que veremos presentan un punto común: la necesidad de apelación a criterios de justicia exógenos respecto al derecho positivo vigente cuando dichas leyes otorgan una solución al caso juzgado que resulta ser extremadamente injusta.

- A. El primer ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), Sala Penal, de 19-12-1952. En dicha sentencia, el acusado, a quien se le imputa un delito de privación de libertad, participó como jefe de policía en la deportación forzosa de judíos.³⁰

Su defensa alegó que el acusado desconocía la antijuricidad de sus actos y la ilicitud de la medida. Aquí lo que interesa es saber si las normas que regulaban la deportación y a las que se acogía el acusado fueron derecho válido o no.

El Tribunal dictaminó que las normas de deportación carecían de cualquier efecto justificador; alegando que la libertad de un Estado para determinar en su ámbito qué es legal y qué es ilegal no es ilimitada, sino que más bien existe un cierto núcleo del derecho presente en la conciencia de todos los pueblos civilizados que no puede ser vulnerado por ninguna ley ni medida autoritaria. Añade que ese núcleo abarca ciertos principios de la conducta humana que se consideran intocables, habiéndose formado a lo largo del tiempo en las culturas de todos los pueblos, incluso cuando el ordenamiento jurídico de un determinado Estado no los protege de la arbitrariedad del poder estatal.

Finalmente la Sala negó que hubiese alguna idea de igualdad en aquellas normas de deportación, afirmando que atentaban contra las convicciones jurídicas de todos los pueblos referentes al valor y dignidad de las personas, y por ende, no constituían

³⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Araceli. “Los centinelas del muro. Apelación a la Fórmula Radbruch para juzgar graves violaciones de derechos humanos”. Abogados de Valladolid/Extraordinario de revisión/25. P. 1

derecho en modo alguno, de manera que cualquier conducta que se acogiese a tales disposiciones no dejaría de ser antijurídica.

La sentencia mencionada y las que siguieron la misma dirección en sus contenidos, fueron duramente criticadas por los defensores de la separación conceptual entre derecho y moral.

Hay que señalar que la Sala de lo Civil del mismo Tribunal Supremo Alemán falló en sentido contrario al de la sentencia descrita unos meses antes, en la Sentencia BGH, Sala de lo Civil, de 8-2-1952; referente a cuestiones de devolución de bienes expropiados a judíos por la pérdida de su nacionalidad, realizándose dicha expropiación al amparo del Decreto del Führer. En dicha resolución se dictaminó que sólo podía juzgarse sobre la base del derecho político que era válido en el momento de su producción.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán vino a rectificar esta concepción iuspositivista del Tribunal Supremo, aplicando la teoría de la justicia mínima o Derecho supralegal también al ámbito del derecho de la propiedad.³¹

- B.** Otro ejemplo sería el caso de un funcionario judicial que había denunciado a un hombre por escuchar emisoras extranjeras y escribir que Hitler era un asesino y tenía la culpa de la guerra. Como la persona denunciada fue condenada a muerte por tentativa de alta traición, el fiscal del caso contra el denunciante argumentaba que no había existido tentativa de alta traición en cuanto el derecho bajo el cual aquél hombre había sido condenado no era autentico derecho. Los jurados del caso condenaron al denunciante a cadena perpetua por cooperación al asesinato.
- C.** El siguiente caso es una resolución del Tribunal Constitucional Federal del año 1968, en la que se trata el 11º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941.

El objeto de la resolución versaba sobre si un abogado judío que había emigrado a Amsterdam poco antes de la II Guerra Mundial había perdido la nacionalidad

³¹ *Ibíd.*, pp. 1-2

alemana de acuerdo a ese precepto, y con ello todos sus bienes. De la sentencia que se dictase dependía el resultado de un asunto hereditario; en cuanto a la situación del abogado, las últimas noticias que se tenían de él era su deportación de Amsterdam en 1942, dando a entender que perdió la vida en un campo de concentración.

El Tribunal Constitucional Federal llegó a la conclusión de que el abogado nunca perdió la nacionalidad alemana, ya que el 11º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich, cuyo párrafo 2 señalaba que un judío perdía su nacionalidad alemana cuando tuviese su residencia habitual en el extranjero, o la trasladase al extranjero; era nulo desde su origen. Dicha nulidad se fundamentaba así:

“Por ello el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado la posibilidad de privar de la validez como Derecho a las disposiciones “jurídicas” nacionalsocialistas, porque contradicen de modo tan evidente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o reconocer sus consecuencias jurídicas pronunciaría no Derecho en lugar de Derecho.

*El 11º Decreto conculcaba estos principios fundamentales. En él la contradicción con la justicia ha alcanzado una medida tan insoportable que debe ser considerado nulo desde su origen”.*³²

Ciertamente no se menciona el nombre de Radbruch, pero se utiliza su formulación cuando habla de “medida insoportable” y de “contradicción... con la justicia”.³³

D. Similar a la anterior resolución, hubo otra decisión de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Federal sobre si una judía emigrada a Suiza en 1939 podía recuperar un depósito con valores que dejó en un banco alemán cuando aún residía en Alemania, una vez finalizó la guerra y trasladó de nuevo su residencia a la República Federal Alemana.

El mismo 11º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich dejaba claro que no podía recuperarlo, porque “el patrimonio de un judío que pierda la nacionalidad en virtud de este Decreto quedará confiscado por el Reich con la pérdida de su nacionalidad”.

³² BVerfGE 23, 98 (106)

³³ ALEXY, Robert. *Una Defensa de la Fórmula Radbruch*, pp. 77-78

Sobre la cuestión de si en verdad había perdido su nacionalidad, el Tribunal Supremo Federal Alemán lo negó, y en consecuencia afirma el derecho a la devolución de sus bienes, de forma que la emigrante podía reclamar la devolución de su propiedad sencillamente porque nunca la había perdido.³⁴

De nuevo, el Tribunal usa como núcleo de la fundamentación de su decisión en la nulidad del Decreto desde su origen debido a que su contenido injusto contradice las exigencias básicas de cualquier ordenamiento de un Estado de Derecho.

- E.** La aplicación práctica de la Fórmula Radbruch tuvo una nueva edición con el enjuiciamiento de ciertos crímenes cometidos por funcionarios del régimen soviético de la ex República Democrática Alemana, una vez caído dicho régimen junto al muro divisor de las dos Alemanias y una vez unificadas éstas.

El caso más sonado es el conocido como el caso de los **Centinelas del Muro**; en este caso se invoca la jurisprudencia acerca de las muertes de fugitivos en la frontera interna alemana. En noviembre de 1992 (dos años después de la reunificación) en su primera sentencia sobre los guardianes del muro, el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los soldados fronterizos.

En esta sentencia se trata el caso de un joven fugitivo que intentaba superar las instalaciones fronterizas de Berlín con una escalera de 4 metros. Dos soldados de las tropas fronterizas de la RDA divisaron al fugitivo desde aproximadamente 100 metros de distancia cuando se disponía a atravesar la franja fronteriza, y a cuyo término estaba propiamente el muro fronterizo. Cuando éste apoyaba su escalera en el muro y la escalaba rápidamente, a los dos soldados les resultó evidente que ya sólo podían frustrar su huida mediante fuego dirigido. Dispararon varias ráfagas al fugitivo apuntando a las piernas, pero siendo conscientes en todo momento que existía la posibilidad de provocar un impacto mortal; incluso bajo ese riesgo quisieron evitar la huida del fugitivo. Pocos segundos después de abrir fuego el fugitivo fue alcanzado cuando estaba a punto de coronar el muro; muriendo unas horas después.³⁵

³⁴ *Ibíd.*, p.78-79

³⁵ *Ibíd.*, p. 79

Según las disposiciones del Tratado sobre el restablecimiento de la unidad de Alemania, para ambos soldados resultaba válido el principio general de que su acción únicamente podía ser sancionada si fuese punible según el Derecho vigente del lugar y momento de los hechos. Por tanto la cuestión era si estaba justificada o injustificada de acuerdo al derecho de la RDA de la época. En concreto hay que prestar atención sobre todo al parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1 de la Ley de Frontera de la RDA del año 1982:

*“El uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo, que tenga apariencia de delito según las circunstancias”.*³⁶

Según la interpretación dominante y practicada en aquella época, un caso de traspaso de la frontera como el intentado en este caso sí que constituía delito, por lo que se cumplen todos los requisitos del parágrafo anterior; esto es, el hecho era ilícito según el Derecho positivo vigente en el momento de los hechos.

El hecho constituía un homicidio doloso cometido conjuntamente, con autoría, y ello no sólo de acuerdo con el derecho penal de la República Federal Alemana, sino también con el de la RDA. Pero como no existía una ley retroactiva que declarase a los soldados penalmente responsables, los dos acusados sólo podían ser condenados si desapareciese la causa de justificación del parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1. Es en este punto donde el Tribunal Supremo Federal tuvo en cuenta la Fórmula Radbruch para resolver la cuestión:

*“Una causa de justificación aceptada en el momento de los hechos sólo podrá dejar de ser considerada causa de la vulneración de un Derecho de mayor rango, cuando en ella se exprese una vulneración notoriamente grave de las ideas básicas de justicia y humanidad: la vulneración debe tener tal peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano. La contradicción de la ley positiva con la justicia ha de ser tan insostenible que la ley deba ceder ante la justicia como Derecho injusto”.*³⁷

Precisamente esta última frase es una clara reproducción de la fórmula de Radbruch. Todo dependía entonces de si las muertes en la frontera interna alemana

³⁶ *Ibíd.*, p. 80

³⁷ *Ibíd.*, p. 81

representaban extrema injusticia en el sentido de la Fórmula Radbruch. Y así lo afirmó el Tribunal con una frase con la que privó a los dos soldados fronterizos de la justificación en virtud del Derecho positivo de la desaparecida RDA:

“La causa de justificación señalada, prevista en el Derecho de la RDA en el párrafo 27 de la Ley de Frontera, por ello, no tuvo eficacia alguna desde su origen en la interpretación que estaba marcada por las circunstancias reales en la frontera”.³⁸

Llama la atención que la Constitución de la RDA de 6 de abril de 1968 reconociera el derecho a la vida y a la integridad corporal, así como otros reconocimientos oficiales de los derechos humanos por parte de la RDA, pues esto hace que resulte interpretar las disposiciones de la RDA sobre el uso de las armas de fuego a la luz de los principios del Estado de Derecho. Esta interpretación llevaría a pensar que los disparos de los guardias fronterizos tampoco estarían amparados al tiempo de producirse los hechos. El Tribunal Territorial de Berlín siguió este camino, vinculando su decisión al principio de proporcionalidad, prohibiendo sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses; en este caso, la seguridad de la frontera. El Tribunal Territorial de Berlín llegó a la conclusión de que no había ninguna causa de justificación a disposición de los soldados de la RDA en ningún momento.³⁹

Este caso de los Centinelas del Muro volvió a salir a la luz años más tarde con cuatro recursos de amparo interpuestos contra las sentencias del Tribunal Territorial de Berlín y del Tribunal Supremo Federal, promovidos por un guardia fronterizo, y por tres miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA a los que el Tribunal Supremo declaró responsables penalmente, en 1994, por los homicidios cometidos en la frontera, como autores mediatos de homicidio.

En cuanto a la fundamentación de estos recursos de amparo, el argumento central radica en la afirmación de que la aplicación de la Fórmula Radbruch a las causas de justificación contenidas en el derecho positivo vigente de la RDA vulnera la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental: “ser penado sólo si la punibilidad está determinada legalmente con anterioridad a la comisión del

³⁸ *Ibíd.*, p. 81

³⁹ ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, pp. 200-201

hecho”. El guardia fronterizo esgrime además que se lesiona el principio de culpabilidad; y los miembros del Consejo Nacional de Defensa alegan que, como antiguos ostentadores de altos cargos gubernamentales y miembros de un órgano constitucional de la RDA, disfrutaban de inmunidad, por lo que no podían ser penados por autoría mediata.⁴⁰

En respuesta a los recursos, el 24 de octubre de 1996, la Sala segunda del Tribunal Constitucional Federal declaró la jurisprudencia de los Tribunales anteriores acorde con la Constitución, en base a los siguientes criterios:

- En relación a la Fórmula Radbruch, el Tribunal Constitucional Federal consideraba que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en base a esta fórmula era compatible con la Ley Fundamental, incluso se había declarado partidario de la fórmula de Radbruch en una serie de decisiones; pero ahora, el Tribunal Constitucional, a la hora de tratar estos recursos de amparo, sólo menciona esta jurisprudencia después de haber desarrollado completamente el criterio jurídico-constitucional aplicable a estos casos.⁴¹
- Respecto a la alegación de inmunidad de los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA, el Tribunal desestima la alegación, aduciendo que la doctrina del acto de Estado que dicha alegación pretende hacer valer no es una regla general del derecho internacional, pues no está reconocida fuera del ámbito jurídico angloamericano; además de que una inmunidad no puede perdurar más allá de la existencia del Estado al que el afectado pertenece.⁴²
- En cuanto al principio de culpabilidad alegado por el guardia fronterizo (se trata de resolver si la antijuricidad del hecho resultaba evidente o no para los guardias fronterizos), el Tribunal Constitucional Federal repite la fórmula que siguió el Tribunal Supremo Federal desde la primera sentencia sobre los Centinelas del Muro:

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 210

⁴¹ *Ibíd.*, p. 218

⁴² *Ibíd.*, p. 226

*“El homicidio de un fugitivo desarmado mediante fuego sostenido en las circunstancias constatadas, fue un actuar de modo tan horrible y privado de cualquier justificación posible que la violación de la proporcionalidad y la elemental prohibición de matar fue, sin más, comprensible y con ello evidente, incluso para un hombre doctrinado”.*⁴³

De esta forma, el Tribunal Constitucional Federal desestimó finalmente los recursos de amparo presentados.

F. Como último ejemplo, tenemos una sentencia fuera de las fronteras europeas, en Argentina; donde ocurrió algo similar al tratar la validez constitucional de las leyes de **“Obediencia debida”** y **“Punto Final”**, aprobadas por el gobierno argentino una vez restablecida la democracia, y que tenían por objetivo impedir el juzgamiento de diversas y graves violaciones de los derechos humanos que se cometieron durante el régimen dictatorial del periodo 1976-1983.⁴⁴

La ley 23.492 (Punto Final) y la ley 23.521 (Obediencia Debida) establecían la impunidad (extinción de la acción penal y no punibilidad) de los delitos cometidos en el marco de la represión sistemática:

- La ley de Punto Final estaba dirigida a concluir con las investigaciones por los crímenes ocurridos durante el terrorismo de estado y a lograr la impunidad de quienes no fueron citados en el plazo que el texto legal estipulaba (60 días).
- La ley de Obediencia Debida imponía a los jueces que investigaban los hechos cometidos, una realidad según la cual los imputados habían actuado bajo coerción, bajo las órdenes de sus superiores, de las que no tuvieron posibilidad de oposición ni resistencia en cuanto a su oportunidad ni legitimidad. Esa realidad se estableció más allá de las pruebas producidas o las que pudieran producirse en el futuro.

⁴³ Ibid., p. 227

⁴⁴ BARDELLI DÍAZ, Julián. *El Derecho “supralegal” frente a graves violaciones de Derechos Humanos*, p. 89

Estas normas se oponían a principios jurídicos reconocidos universalmente; la contradicción de esas leyes con dicha normativa llevó a la Corte Suprema de Justicia argentina a declarar su inconstitucionalidad.

La decisión judicial en concreto, es la adoptada en el año 2005 por la Corte Suprema en el año 2005, en el caso “Simón”.

En este caso una persona se querelló por el secuestro de su hijo, su nuera y su nieta durante la dictadura militar, argumentando que un militar retirado y su esposa tenían en su poder a la menor. A raíz de ello, se decretó el procesamiento con prisión preventiva del militar retirado por crímenes contra la humanidad.⁴⁵

La cuestión fue puesta especialmente en relieve con el voto del juez Lorenzetti, con un iusnaturalismo de excepción:

*“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insostenible que la ley, en cuanto “derecho injusto” deba retroceder ante la justicia. Es por ello que las leyes de amnistía tienen un límite moral dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad”.*⁴⁶

Por tanto, finalmente la Corte Suprema de Justicia consideró que las leyes de “Obediencia debida” y “Punto final” eran inconstitucionales, negando cualquier efecto de las mismas y de cualquier acto fundado en ellas que se oponga al juzgamiento y eventual condena de los responsables u obstaculice las investigaciones llevadas a cabo por crímenes de lesa humanidad.

⁴⁵ *Ibíd.*, p.89

⁴⁶ *ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Araceli. “Los centinelas del muro. Apelación a la Fórmula Radbruch para juzgar graves violaciones de derechos humanos”. Abogados de Valladolid/Extraordinario de revisión/25. P. 2*

4. CRÍTICAS A LA FÓRMULA RADBRUCH: DEBATE IUSNATURALISTA/POSITIVISTA

La doctrina iusnaturalista de Gustav Radbruch manifestada en su Fórmula abrió un debate dentro de la filosofía del Derecho contemporánea sobre la existencia de un derecho supralegal que pueda invalidar el derecho positivo vigente. Dicho debate enfrentaba tanto a iusnaturalistas como a positivistas en un mar de críticas acerca de la mayor importancia o no, del Derecho sobre la Moral.

Pasaremos a ver, en los siguientes epígrafes, cuáles fueron las críticas y defensas más importantes de la Fórmula Radbruch; destacando los pensamientos de Hart, Fuller, Alexy y Kelsen; cada uno con un enfoque diferente en sus críticas.

4.1 H. L. A. Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart (1902-1994) era uno de los filósofos del derecho inglés más conocidos del siglo XX, y junto a Kelsen uno de los positivistas más influyentes. Estudió derecho en Oxford, donde tras la Segunda Guerra Mundial, fue designado Catedrático de Teoría del derecho en la Universidad de Oxford en 1952. En 1961 escribiría su obra más importante: “El concepto de Derecho”.

Como positivista, Hart se enfrentó a la pesada tarea de intentar defender al entonces desprestigiado positivismo jurídico, al que se culpaba de la pasividad mostrada por tantos ante las leyes inicuas impuestas por el régimen nacionalsocialista.⁴⁷

A mediados del Siglo XX, Hart intenta desarrollar una teoría descriptiva del Derecho, entendiendo Hart que teoría descriptiva equivalía a teoría positivista; sosteniendo que si lo que se quiere es describir adecuadamente el Derecho, hay que partir por reconocer que no existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Simplemente hay sistemas jurídicos injustos, tomando el de la Alemania nazi como ejemplo.

⁴⁷ISLER SOTO, Carlos. “¿Es el Derecho un sistema de mandatos? La crítica de Hart a la teoría imperativista del Derecho”. Ensayos. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Año 17 - N° 1, 2010

Esto muestra una gran discrepancia doctrinal entre Hart y Radbruch en el contexto de los juicios ocurridos tras la Segunda Guerra Mundial: mientras que Radbruch negaba la validez jurídica de las normas en las que se amparaban los enjuiciados sentenciados por su contenido injusto, Hart insistía en separar derecho y moral, sosteniendo que era preferible aplicar retroactivamente el derecho de posguerra antes que negar el carácter jurídico y la validez del ordenamiento nazi.

Hart a la hora de argumentar esta tesis, pensaba que había que optar siempre por el mal menor. En concreto, había que optar qué mal resultaba menos perjudicial: la impunidad de las conductas delatorias de los enjuiciados, o la aplicación retroactiva de la ley, del derecho de posguerra; siendo esto último, para Hart, el menos grave.⁴⁸

Esta separación conceptual entre derecho y moral que defendía Hart seguía la línea iuspositivista de sus antecesores Bentham y Austin. Sin embargo, en contra de estos autores, Hart rechazará una de las doctrinas de ambos: que el derecho sea un sistema de mandatos.

Sistema de mandatos significa que el derecho es un conjunto de mandatos emanados de un superior llamado soberano vinculado a los súbditos de este soberano. Hart sostendrá que las leyes-mandatos se asemejarían a cierto tipo de leyes, aquellas que impongan obligaciones, pero frente a este tipo de normas existen otras diferentes que no imponen obligaciones, sino que otorgan facultades públicas o privadas, y que no pueden ser reducidas a mandatos.⁴⁹

Volviendo a la tesis de la separación de Hart que sostiene que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad; o ente el Derecho que es, y el que debe ser, esta concepción de Hart encuentra en su base la idea de Kelsen de un Derecho “purificado”: ningún material extrajurídico debería mezclarse con el Derecho como es.

En cuanto a sistema jurídico se refiere, Hart indica que éste tiene que cumplir dos requisitos:

⁴⁸ BARDELLI DÍAZ, Julián. *El Derecho “supralegal” frente a graves violaciones de Derechos Humanos*, p. 86

⁴⁹ ISLER SOTO, Carlos. “¿Es el Derecho un sistema de mandatos? La crítica de Hart a la teoría imperativista del Derecho”. *Ensayos. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Año 17 - N° 1, 2010

*“Existen, por tanto, dos condiciones mínimas necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta que son válidas de acuerdo con los criterios últimos de validez del sistema deben ser generalmente obedecidas y, de otro lado, sus reglas de reconocimiento especifican los criterios de validez y sus reglas de cambio y adjudicación deben ser efectivamente aceptadas por sus operadores jurídicos como standards públicos y comunes de comportamiento oficial”.*⁵⁰

En la teoría de Hart la regla del reconocimiento juega un papel muy importante. Constituye el criterio último con respecto al cual ciertas normas son reconocidas como legalmente válidas por los jueces y otras autoridades. La regla de reconocimiento es parecida a la norma fundamental o “*Grundnorm*” de Kelsen, pero a diferencia de ésta, la regla de reconocimiento carece de fuerza normativa. Como dice Hart en su obra: “Sólo existe como una práctica compleja pero concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”.

Por otra parte, la regla de reconocimiento tiene una textura abierta, comprende todas las fuentes del derecho reconocidas como válidas en un sistema jurídico. El contenido material de la regla de reconocimiento varía de acuerdo con los cambios en la doctrina dominante de las fuentes del Derecho. La regla del reconocimiento sigue los cauces de la praxis aplicativa del Derecho.

Junto a la regla del reconocimiento, Hart sitúa otros dos tipos de reglas al mismo nivel: la regla del cambio (normas sobre elaboración de leyes, contratos, testamentos, etc.) y las reglas de adjudicación (normas de procedimiento).⁵¹

En resumidas cuentas, la función que Hart atribuye a la regla de reconocimiento es la de definir los límites del Derecho de acuerdo con los standards utilizados por los discursos legislativo, judicial y privado.

Otro de los elementos característicos de la doctrina de Hart es el contenido mínimo del Derecho natural. En orden a evitar la posibilidad de un régimen jurídico altamente injusto como el nazi, Hart introduce este concepto del contenido mínimo del Derecho natural,

⁵⁰ H. L. A. Hart. El concepto de Derecho, cit., p. 113

⁵¹ SILTALA, Raimo. *Derecho, Moral y Leyes inmorales*, p. 156

como la única restricción que Hart impone al legislador. Existen determinados requisitos que todo sistema jurídico ha de satisfacer si quiere contar con la obediencia de los ciudadanos, si falta alguno de esos requisitos no habría lugar a la obediencia voluntaria de otras reglas de cualquier contenido. Puesto que ningún sistema jurídico puede funcionar sin un mínimo de cooperación voluntaria de sus sujetos, tal sistema jurídico perdería su efectividad.⁵²

Sin embargo, la noción de Derecho natural de Hart carece de cualquier tipo de validez normativa; las reglas de este Derecho natural podrían ser interpretadas mejor como un conjunto de reglas técnicas, dadas al legislador. Así, las leyes naturales de Hart lo separan de la propia tradición del Derecho natural, con la cual se les da fuerza normativa.

Para Hart las leyes son una “necesidad natural” que guía un esfuerzo de producción normativa del que cabe esperar que sea suficiente porque “su verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características sobresalientes que hoy tienen”.

Comparándolo con los principios de legalidad de Fuller, Hart ve estos sólo como un conjunto de normas técnicas orientadas a la efectividad y buen funcionamiento de los proyectos de ley, desprovistos de cualquier contenido moral. Hart argumenta que el propósito de la acción humana no tiene nada que ver con su moralidad interna, compitiendo así con la doctrina de Fuller.

4.2 Lon L. Fuller

Lon Luvois Fuller (1902-1978) era un destacado filósofo jurídico estadounidense, autor de “La moral de la Ley” en 1964, donde habla sobre la relación entre derecho y moral. Fuller dio clases Derecho en la Universidad de Harvard durante muchos años, y es conocido en el Derecho norteamericano por sus contribuciones a la ley de contratos.

En el contexto del régimen de la Alemania nazi, el debate sobre el carácter jurídico del Derecho positivo vigente tenía como principales protagonistas a Hart, en el lado positivista;

⁵² *Ibíd.*, pp. 158-159

y a Gustav Radbruch, en el iusnaturalista. Mientras Hart sostenía que la iniquidad del Derecho nazi no permitía retirar el calificativo de jurídicas a sus normas, Radbruch alegaba que su injusticia había sobrepasado el límite de lo que podía considerarse como jurídico.⁵³

Ambos argumentos parecían ser los únicos caminos para tratar el conflicto positivista-iusnaturalista, dificultándose que se abriesen propuestas diferentes. No obstante, Fuller tratará de ocupar un lugar propio y diferenciado en el debate, lugar en el que en ocasiones estará de acuerdo con Hart, y en otras ocasiones lo estará con Radbruch.

Fuller abogaba por negar el carácter jurídico de las normas alemanas del régimen nazi, asemejándose así al pensamiento de Radbruch, pero no coinciden en los motivos: mientras que Radbruch fundamenta su negativa en el contenido de las normas, Fuller lo fundamenta alegando que en la creación y aplicación de tales normas no se habían respetado los principios de la moral interna del Derecho. Precisamente será esta “moral interna del Derecho” el epicentro de la postura de Fuller.

En cuanto a la propuesta defendida por Hart, Fuller no pretende minusvalorar el carácter jurídico del Derecho nazi, su iniquidad no es motivo para rechazar la validez de las acciones realizadas al amparo de sus disposiciones; pero es precisamente esa iniquidad la que justifica desde un punto de vista moral, la sanción jurídica de tales conductas, aun vulnerándose el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. De este modo, Hart y Fuller plantean dos caminos distintos para llegar a la misma meta: por un lado Hart opta por el camino del mal menor (la vulneración del principio de irretroactividad decae ante la necesidad de castigar a los sujetos); y Fuller opta por alegar que la razón es que el daño que se causa a la moral interna del Derecho mediante una ley retroactiva es menor que el que se causaría con otras soluciones posibles. Dicha solución será a la que se adhiere el propio Radbruch. En resumen, tanto Hart como Fuller optan al juzgar el terror nazi por una legislación penal retroactiva, pero difieren en la forma de argumentarlo.⁵⁴

Fuller tiene una convicción firme en la intencionalidad en el Derecho, por lo que la tarea de la elaboración de leyes no puede reducirse a una mera idea positivista, de tipo hartiano. El

⁵³ ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller*, pp. 320-321

⁵⁴ *Ibíd.*, p.321

Derecho es, según Fuller, una actividad humana de carácter final, y como tal, se orienta por unas reglas inherentes y moralmente obligatorias situadas más allá del legislador.⁵⁵

Fuller critica la teoría positivista de Hart por no tomar en cuenta la “moral interna del Derecho” o los principios de legalidad. De acuerdo con Fuller, la moralidad del Derecho consiste en los siguientes requisitos:

1. Las reglas deben ser generales.
2. Deben ser disponibles para afectar a las partes (promulgación).
3. Han de ser prospectivas, y no retroactivas.
4. Claridad y comprensión de las reglas.
5. Ausencia de contradicciones.
6. Las reglas no deben exigir lo imposible.
7. No deben cambiarse las reglas frecuentemente.
8. Congruencia entre el Derecho y la acción oficial.

Fuller argumenta en su obra “La Moral de la Ley” que la falta absoluta de alguno de los ocho requisitos dichos anteriormente no sólo va a dar como resultado un mal sistema jurídico, sino que además va a dar lugar a algo que no puede calificarse propiamente como sistema jurídico. Sin embargo Fuller también admite que con la sola excepción de la promulgación de las leyes, la moral interna del Derecho sólo tiene el status de una moral de aspiración, no de una moral del deber; y su principal exigencia debe ser encontrada en el “orgullo de su artífice”.

En contraposición de la “moral interna” del Derecho, la “moral externa” del Derecho comprendería, según Fuller, los valores en los que un sistema jurídico se apoya y protege.

⁵⁵ SILTALA, Raimo. *Derecho, Moral y Leyes inmorales*, p. 159

Por otra parte piensa Fuller que los principios de legalidad no son indiferentes a los contenidos materiales del Derecho. Según Fuller, los fines inhumanos del régimen nazi no podrían haberse perseguido siguiendo los principios de legalidad, según indica en su réplica al profesor Hart: “Habré de mantenerme en la afirmación de una convicción que puede parecer ingenua, a saber, de la coherencia y la maldad. Aceptada esta convicción, creo también que cuando los hombres se encuentran obligados a explicar y justificar sus decisiones, el efecto será en general, orientar aquellas decisiones hacia la bondad cualquiera que sean los modelos últimos de bondad”.⁵⁶

Con una sola excepción, Fuller analiza la moral interna del Derecho como reglas de la moral de aspiración; y como tal, está cercana a la idea de los principios jurídicos de Alexy.

Para finalizar, podemos resumir el ideario doctrinal de Fuller en su réplica a la crítica del profesor Hart, defendiendo una particular versión de la tesis de la conexión necesaria entre el derecho que es, y el derecho que debe ser; al mismo tiempo que se oponía a la idea de Radbruch de la existencia de un derecho supralegal, sosteniendo la presencia de una dimensión moral en el derecho mismo, representada por las condiciones formales que hacen posible la existencia de un orden jurídico tanto como la finalidad del mismo. Sin tales condiciones no cabe hablar propiamente de “derecho”; lo cual sucedía con el régimen nazi.⁵⁷

4.3 Hans Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973) estudió derecho en la Universidad de Viena en 1911. En 1919 se convertiría en profesor de derecho administrativo en la misma universidad vienesa, y en 1920 Kelsen será nombrado como miembro vitalicio del Tribunal Constitucional austríaco. El estallido de la segunda guerra mundial lo llevó a abandonar Europa, llegando a los Estados Unidos (1940) gracias a la fundación Rockefeller. Allí ejerció la docencia en la Universidad de Harvard.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 160

⁵⁷ BARDELLI DÍAZ, Julián. *El Derecho “supralegal” frente a graves violaciones de Derechos Humanos*, p. 87

Kelsen defendió una visión positivista (o iuspositivista) que llamó Teoría pura del Derecho: un análisis del Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de Derecho natural.

Según la teoría kelseniana, la validez de cada norma se sostendría por la existencia de otra norma de rango superior. Este proceso no puede ser infinito y, para ello, debe existir una norma hipotética fundamental (*Grundnorm*).⁵⁸

Cualquier norma jurídica no podría considerarse de forma aislada, sino como parte integrante de un marco normativo complejo y unitario. Respetando el orden jerárquico de las normas se formaría, así, un ordenamiento jurídico coherente. La validez de las normas vendría dada por el modo de producción de las mismas y no por su contenido. Este modelo dogmático significaba que el Derecho sólo se podía comprender y justificar desde el propio Derecho, evitándose las impurezas que proviniesen del mundo económico, moral, cultural o político.

El problema, es que Kelsen nunca pudo definir dicha norma fundamental. Podría referirse a la Constitución o a la Norma fundamental de un ordenamiento jurídico, pero al no poder encontrarle un fundamento último meramente formal de su validez aparece como una importante carencia en el intento de Kelsen de crear una teoría del Derecho completamente formal o pura.

En esta Teoría Pura del Derecho Kelsen niega también la distinción entre el Derecho privado y el Derecho público, calificándola de distinción ideológica al no querer ver la implicación del Estado en ambas esferas. En cualquier caso, el Derecho privado sería una reminiscencia del Derecho pasado que sería sustituido gradualmente por el que consideraba superior Derecho público.

En su Teoría Pura del Derecho, Kelsen se opuso, una vez más, al dualismo de Derecho y el Estado y defendió su intrínseca unidad (monismo). Kelsen no concebía más Derecho que el emanado del Estado. El derecho anterior al Estado era concebido por Kelsen como “*Derecho primitivo pre-estatal*”. El emanado del Estado era un “*orden normativo coercitivo*”

⁵⁸ Filosofía del Derecho: Hans Kelsen: “Teoría Pura del Derecho” 12/11/2007. [Aquileana](http://aquileana.com) < aquileana.wordpress.com>

centralizado” con validez espacial delimitada por el territorio nacional y validez temporal por el tiempo de su vigencia.

4.3.1) Positivism kelseniano y positivismo del nacionalsocialismo

Antes de comenzar con las críticas de Kelsen a la doctrina de Radbruch, hay que tratar el asunto de la conexión entre el positivismo jurídico de Kelsen y la jurisprudencia nazi, pues para muchos el positivismo de Kelsen tenía buena parte de responsabilidad por los desafueros jurídicos del nazismo y sus juristas; nada más lejos de la realidad, pues si en tiempos de Weimar las tesis kelsenianas ya eran minoritarias y atacadas por el nacionalismo, bajo el nazismo eran objeto de diversas injurias.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, a modo de justificar el reproche a aquellos jueces y funcionarios del Estado que una vez enjuiciados se excusaban alegando que cumplían su deber impuesto por la legislación del momento, culparon al positivismo jurídico y en particular a las tesis de Kelsen sobre la validez de las normas jurídicas.⁵⁹

Si antes los no positivistas se oponían al positivismo jurídico por considerarlo individualista, ahora la crítica estaba en la separación entre Derecho y moral que defendía; entre los más críticos en este sentido destacaba Radbruch, quien antes del contexto del nazismo que le hizo abrazar las ideas iusnaturalistas (y más correctamente, al relativismo), era un partidario del positivismo jurídico.

Se puede conjeturar que el positivismo que Radbruch ataca es el positivismo autoritario que realmente tuvo gran presencia en Alemania, el positivismo del Derecho del Estado, no del Estado del Derecho.

En resumen, se podría considerar a Kelsen y a su positivismo como un chivo expiatorio; no se puede decir que el positivismo nacionalsocialista siguiese la doctrina de Kelsen en absoluto, ya que la argumentación de autores del nazismo reproducía fielmente los esquemas del antipositivismo iusnaturalista. El nazismo había separado de su cátedra a

⁵⁹ GARCÍA AMADO, José Antonio. “¿Se puede ser antikelsiano sin mentir sobre Kelsen?” p.1

positivistas como Kelsen y como Radbruch cuando éste aun era positivista; mientras que daba su apoyo a aquellos que se proclamaban antipositivistas y antikelsenianos.⁶⁰

La afirmación de que el positivismo había sido dominante en tiempos de Weimar y Hitler sólo se sostendría si definimos al derecho positivo como doctrina que predica la necesaria obediencia al derecho positivo por ser positivo, lo cual nunca había sido postulado por las tesis de Kelsen.

4.3.2) Críticas a la fórmula Radbruch y a los Juicios de Núremberg

Como ya hemos mencionado, una vez finalizada la Guerra se planteó en Alemania el problema de cómo tratar jurídicamente a aquellos jueces y funcionarios que aplicaron las infames normas del nazismo. Los funcionarios se excusaban en la obediencia debida, mientras que los jueces alegaban que no podía considerarse antijurídica su labor al aplicar las normas jurídicas vigentes.

Para desautorizar tales argumentos entró en juego la Fórmula de Radbruch para negar la condición de Derecho a esas normas. Según Radbruch la promulgación formalmente correcta de una ley es condición necesaria para su validez, pero no es una condición suficiente, ya que también se requiere que el contenido de la ley no vulnere ciertos principios morales presentes en la conciencia de la humanidad en cada momento histórico, y que en el siglo XX se sintetizan en la idea de los derechos humanos. En los derechos humanos se expresa una idea de justicia que ningún derecho positivo puede vulnerar sin que pierda su condición de Derecho, su validez.

Kelsen, como positivista, trata de ofrecer un criterio que permita diferenciar el Derecho de otros sistemas normativos; distinguir las normas jurídicas de las morales. Por razón de la separación conceptual entre Derecho y moral, el positivismo da por sentadas dos cosas:

- Primero, que las pautas de validez las establece autónomamente cada sistema normativo, de modo que una norma jurídica no deja de ser jurídica por el hecho de que su contenido sea inmoral.

⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 6-7

- Segundo, que la constatación que en conciencia un sujeto realice de que una norma jurídica es tal, es norma jurídica válida, nada se sigue en cuanto criterio de resolución del posible conflicto moral que a ese sujeto se le plantee si entiende que el mandato contenido en esa norma jurídica es contrario o radicalmente contrario a la moral.⁶¹

Que una norma sea jurídicamente válida significa que hay una obligación jurídica de seguir esa norma, de la misma manera que las normas morales obligan moralmente. El positivismo de Kelsen no afirma que exista una obligación moral de obediencia a las normas jurídicas, de la misma manera que no hay para el sujeto una obligación jurídica de obediencia a las normas morales.

La otra crítica más importante de Kelsen sobre este asunto, al margen de las tesis de Radbruch, fueron sus críticas a los juicios de Núremberg, a los cuales mediante argumentos positivistas consideraba a sus condenas como atentatorias al principio de legalidad penal.

Kelsen considera que uno de los medios más eficaces para garantizar la paz internacional es la aprobación de reglas que establezcan la responsabilidad individual de quien, como agente del Estado, haya recurrido a la guerra en violación del derecho internacional, del principio del *bellum istium*. La Corte, por tanto, tendrá que autorizar no sólo la aplicación de sanciones colectivas a los ciudadanos de un estado según su responsabilidad objetiva, sino que también deberá hacerlo a los ciudadanos concretos responsables de los crímenes de guerra cometidos. Y los Estados estarán obligados a entregar a la Corte a sus nacionales inculcados. Estos podrán ser sometidos a sanciones aún violándose el principio de irretroactividad de la ley penal, con la única condición de que el acto, en el momento de su cumplimiento, fuese considerado injusto por la moral corriente, aunque no estuviese prohibido por la norma jurídica.⁶²

Partiendo de estas premisas Kelsen critica el propósito expresado por las potencias aliadas de constituir un Tribunal Internacional que debería haber estado compuesto sólo por jueces pertenecientes a las potencias vencedoras y que habría sido competente para juzgar a los criminales nazis, a los vencidos.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 8

⁶² *Ibíd.*, pp. 16-17

Kelsen afirma que el castigo de los criminales de guerra debería ser un acto de justicia y no la continuación de las hostilidades mediante instrumentos judiciales dirigidos a satisfacer una sed de venganza. Es incompatible con la idea de justicia que sólo los Estados vencidos sean obligados a someter a sus ciudadanos a la jurisdicción de una Corte Internacional para el castigo de los crímenes de guerra. También los Estados vencedores deberían haber transferido la jurisdicción sobre sus propios ciudadanos, que hubiesen violado las leyes de guerra, al Tribunal de Núremberg, que debería haber sido una sede judicial independiente e imparcial, y no una corte militar o un tribunal especial.

Para Kelsen, las potencias aliadas también habían violado el derecho internacional. Sólo si los vencedores se someten a la misma ley que pretenden imponer a los vencidos, se salva la naturaleza jurídica, la generalidad, de las normas punitivas y se salva la idea misma de justicia internacional.

4.4 Robert Alexy

Robert Alexy nació en Oldenburg (Alemania) el 9 de septiembre de 1945. Estudió derecho y filosofía en Gotinga. Recibió el doctorado en 1976 con su tesis sobre la Teoría de la Argumentación Jurídica. Se trata de uno de los teóricos del derecho más importantes del mundo en la actualidad, gracias a los trabajos que ha hecho en materia de argumentación jurídica, derechos fundamentales y filosofía del derecho.

Es catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, y Dr. honoris causa de la Universidad de Alicante.

Alexy es muy conocido por su original concepción de los principios de la argumentación jurídica y por su compleja y profunda teoría de los derechos fundamentales. En su libro sobre dichos derechos, Alexy hace una categorización de las normas jurídicas redactadas en forma de “principios”. Para Alexy los principios constitucionales son “mandatos de optimización” que ordenan que algo sea logrado en la mayor medida posible, dentro de las circunstancias fácticas y jurídicas existentes.

Aunque hay autores que han criticado o matizado esta concepción de los principios, lo cierto es que sigue siendo aceptada por muchos teóricos del derecho e incluso por distintos tribunales constitucionales que citan a Alexy en sus sentencias.

La definición del derecho de Alexy está muy influenciada tanto por el normativismo de Kelsen como por el iusnaturalismo de Radbruch; es por ello que su teoría jurídica del derecho se considera como no positiva. Alexy define el derecho como un sistema de normas que formula una “pretensión de corrección”, donde esa totalidad de normas comprende:

1. Las normas que pertenecen a una Constitución en general socialmente eficaz y que no son extremadamente injustas.
2. Las normas que han sido sancionadas de acuerdo con esa Constitución, que tienen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia social, y no son extremadamente injustas.
3. Las normas (principios y otros argumentos normativos) sobre los cuales debe apoyarse el procedimiento de aplicación del derecho para satisfacer la pretensión de corrección.

Esta “pretensión de corrección” que menciona Alexy hace referencia a los criterios de racionalidad que la Teoría de la Argumentación Jurídica dota a un sistema jurídico para que éste sea jurídico. Esto es importante en relación con el lugar que ocupan los principios en la teoría del Derecho de Alexy, ya que si los principios expresan valores jurídicamente relevantes, es a través de éstos como la Moral y el sistema jurídico se unen.

En este sentido, el discurso jurídico, a través la pretensión de corrección y de la argumentación jurídica, incorpora los principios de igualdad y la exigencia de generalización. De esta forma, dentro de una teoría procedimental del Derecho, se puede establecer una relación entre el Derecho y la Moral universalista; la cual según Alexy, ha encontrado expresión en los Derechos Fundamentales y en los principios de la democracia.

Para Alexy los sistemas jurídicos modernos contienen principios que expresan ideales jurídicos y morales que sólo pueden integrarse a través de un modelo de sistema jurídico

que contemple reglas, principios y procedimientos. Estos principios y las reglas no pueden determinar el resultado racional de la solución de cada caso, pues no dirigen ellos mismos su aplicación; hace falta un procedimiento bajo el control del discurso racional para completar un sistema jurídico racional. El discurso jurídico, como caso especial del discurso práctico general, comparte con éste tanto los principios básicos de una moral universalista como los elementos de una racionalidad discursiva en tanto ideal jurídico.

Como hemos señalado antes, Alexy está muy influenciado por la Fórmula de Radbruch; de hecho, en su texto “Una defensa de la Fórmula Radbruch”, analiza el sentido y fundamento de dicha fórmula con el objetivo de defender su importancia y aplicabilidad.

Alexy, leyendo a Radbruch, sostiene que la extrema injusticia derivada del contenido de una norma hace que ésta sea jurídicamente inválida. En este sentido, la extrema injusticia se evalúa a partir del derecho supralegal que, según Alexy, se especifica sobretudo como derechos humanos; de esta manera hay un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa injusticia extrema.⁶³

En los siguientes apartados veremos qué argumentos utiliza Alexy para defender la Fórmula de Radbruch.

4.4.1) *Marco conceptual*

La Fórmula de Radbruch establece una relación necesaria entre el Derecho y la moral (entre el Derecho que es y el Derecho que debería ser). El Derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz no tiene que ser justo ni correcto para ser Derecho, pero no puede traspasar el umbral de la extrema injusticia. Si esto pasase se perdería el carácter jurídico o validez jurídica.⁶⁴

Esto es un desafío para las tesis positivistas que defienden la separación entre Derecho y moral; y supone un reconocimiento de la tesis no positivista de la vinculación. Para tratar esta polémica sobre el positivismo jurídico hay que tratar cuatro distinciones:

⁶³ Zamir Andrés Fajardo Morales, “La Fórmula Radbruch y el control de convencionalidad”, Julio 3, 2014 < eljuegodelacorte.nexos.com >

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Una defensa de la Fórmula Radbruch*, p.81

- a) Norma y procedimiento: como sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, mediante las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas. Como sistema de normas, el sistema jurídico es un sistema de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, como quiera que estén constituidos.

Esta distinción se aproxima a la que hacía Fuller entre el Derecho como actividad (esfuerzo intencionado dirigido a la creación del Derecho), y el Derecho que surge de ese esfuerzo; es decir, el Derecho como resultado.

Señala Alexy que para una posición no positivista la interpretación del Derecho como un sistema de procedimientos o actividades resulta más favorable que la concentración exclusiva en las normas como resultados de dichos procesos.⁶⁵

- b) Observador y participante: la segunda distinción es la existente entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante (lo cual se asemeja con la distinción que hacía Hart ante un punto de vista externo y otro interno).

Adopta la perspectiva de participante quien en un sistema jurídico participa en una argumentación respecto de lo que está ordenado, prohibido, permitido y autorizado en ese sistema jurídico; en el centro de esta perspectiva del participante se hallaría el juez.

Adopta la perspectiva del observador quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino que pregunta cómo se decide realmente en un determinado sistema jurídico.

La perspectiva del observador sería según Alexy, más favorable para el positivista, mientras que la perspectiva del participante lo es para el no positivista.⁶⁶

⁶⁵ *Ibíd.*, p.82

⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 82-83

- c) Clasificación y cualificación: la tercera distinción se refiere a dos tipos de conexiones diferentes ente Derecho y moral: la conexión clasificante y la conexión y la conexión cualificante.

Se trata de una conexión clasificante cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son normas jurídicas o sistemas jurídicos. La Fórmula Radbruch establecería una conexión de este tipo.

Se trata de una conexión cualificante cuando se sostiene que las normas o sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas jurídicas o sistemas jurídicos, pero son normas jurídicas defectuosas o sistemas jurídicos defectuosos.

La conexión cualificante no implica una clasificante, pero es más fácil fundamentar esta última cuando existe la primera que cuando no existe. Por tanto la fundamentación de la Fórmula Radbruch comenzará según dice Alexy, con la fundamentación de una conexión cualificante.⁶⁷

- d) Argumentos analíticos y normativos: la cuarta y última distinción es la que existe ente argumentos analíticos y argumentos normativos a favor y en contra del positivismo jurídico.

Se presenta un argumento analítico cuando se afirma que la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho es conceptual o lingüísticamente necesaria, imposible o meramente posible.

Por el contrario, el argumento normativo, en el cual se apoyan la tesis de la separación o la tesis de la vinculación, expone que la inclusión o exclusión de elementos morales es necesaria para satisfacer determinadas normas.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 83

Solamente sería posible una decisión sobre la corrección de la fórmula de Radbruch sobre la base de argumentos normativos. Éstos llevarán a su vez a resultados distintos según se adopte la perspectiva del observador o la del participante.⁶⁸

4.4.2) *Defensa de la Fórmula Radbruch: Argumento de la corrección y Argumento de la injusticia*

1º) Argumento de la corrección

La auténtica polémica sobre la Fórmula Radbruch se refiere a la cuestión de si es aceptable desde el punto de vista de un participante en un sistema jurídico. Para explicar qué significado tiene ser participante en un sistema jurídico hay que tratar la cuestión de si el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección.

La tesis del argumento de la corrección constituye la base de la fundamentación de la fórmula de Radbruch.

Este argumento de la corrección señala que tanto las normas jurídicas y las decisiones jurídicas individuales como también los sistemas jurídicos como un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección (esta tesis encuentra cierto paralelismo con la ligeramente confusa frase de Radbruch: “Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea jurídica”).

La pretensión de corrección determina el carácter del Derecho. Excluye concebir el Derecho como mera ordenación de la fuerza. Se incorpora al Derecho una dimensión ideal, una aspiración como decía Fuller. Queda claro que el contenido del Derecho no resulta indiferente del Derecho.⁶⁹

Esta pretensión de corrección comprendería los ocho principios formales que, según Fuller, definen la moral interna del Derecho; pero con esta pretensión Alexy da un paso más allá, pues incluye también la justicia sustancial, la cual Fuller denominaba como moral externa del Derecho.

⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 83-84

⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 85-86

2º) Argumento de la injusticia

El argumento de la corrección no es suficiente para fundamentar la fórmula de Radbruch. El mero incumplimiento de la pretensión de corrección lleva a la deficiencia jurídica, pero todavía no niega el carácter jurídico o validez jurídica a una norma o acto jurídico. Para fundamentar la Fórmula Radbruch son necesarios más argumentos, y el argumento de la injusticia engloba siete argumentos distintos que en lo esencial son de tipo normativo.⁷⁰

- a) Argumento de la claridad: un concepto de Derecho positivista que renuncie a toda inclusión de elementos morales es más sencillo que un concepto de Derecho que los incluya, y la sencillez implica claridad. Sin embargo, no todo aumento de complejidad supone un aumento de falta de claridad.

Puede originarse falta de claridad porque haya casos, como el de los guardianes del muro, en los que no es fácil trazar la línea divisoria entre la injusticia extrema y la injusticia no extrema. Pero esto no es un problema del argumento de la claridad, sino del argumento de la seguridad jurídica. En el argumento de la claridad se trata, exclusivamente, de si se genera confusión por el hecho de que estén incluidos elementos morales en el concepto de Derecho.

En la controversia ente positivismo y no positivismo ambas posiciones se enfrentan en principio en igualdad de condiciones. La pretensión de corrección necesariamente formulada con el Derecho muestra que el positivismo no puede pretender para sí algo como una pretensión de corrección. Esto habla más a favor que en contra de la inclusión de determinados criterios de corrección en el concepto de Derecho. Por tanto, el argumento de la claridad no puede batir a los no positivistas.⁷¹

- b) Argumento de la efectividad: la aceptabilidad de la fórmula de Radbruch como tesis iusfilosófica depende de si es en general adecuada para contribuir a evitar en algo la injusticia más grave; es decir, de si es efectiva. Este es el aspecto de la protección dirigido al futuro, frente al retorno de un Estado injusto.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 86

⁷¹ *Ibíd.*, p. 87

Aun así, existen diferencias desde el punto de vista de la efectividad. Si en la praxis jurídica existe un consenso acerca de que el cumplimiento de determinadas exigencias mínimas de justicia es un presupuesto necesario para el carácter jurídico o la validez jurídica de disposiciones estatales, es posible, anclada en la praxis jurídica, una argumentación jurídica, y no sólo moral, para hacer frente a los actos de un régimen injusto.

No obstante con esta resistencia no se garantiza el éxito, pues un régimen injusto más o menos exitoso podría destruir rápidamente el consenso de la praxis jurídica. Pero siempre se puede pensar que esto no lo conseguiría un régimen injusto más débil, especialmente en su fase inicial. Es éste un efecto relativamente limitado, pero es un efecto. Puede ser denominado “efecto de praxis”.⁷²

- c) Argumento de la seguridad jurídica: un tercer argumento contra el concepto no positivista del Derecho aduce que éste pone en peligro la seguridad jurídica. Este argumento afecta a aquellas variantes del no positivismo que exigen una coincidencia total ente Derecho y moral, y que toda injusticia conduce a la pérdida de la cualidad jurídica, otorgándose a cada cual la facultad de no seguir las leyes, invocando su criterio de justicia; esto es, un pensamiento anarquista. Pero no es necesario seguir esto, ya que el pensamiento general no positivista no sostiene opiniones semejantes.

Para Radbruch la seguridad jurídica es un valor de alto rango, de hecho, la Fórmula Radbruch es el resultado de una ponderación ente los tres elementos que para Radbruch conforman la idea de Derecho (justicia, adecuación y seguridad jurídica), los cuales siguen un orden de preferencia en el que la seguridad jurídica ocupa el primer lugar (lo que concuerda con la antigua concepción positivista de radbruch). Sólo en el caso extremo de una injusticia insoportable se invertiría el orden de preferencia.

⁷² *Ibíd.*, pp. 88-89

Otorgar prioridad a la seguridad jurídica también en caso de extrema injusticia sería incompatible con la pretensión de corrección, que incluye tanto a la seguridad jurídica como a la justicia.⁷³

- d) Argumento del relativismo: si todas las decisiones de justicia se correspondiesen con el relativismo radical y el subjetivismo, poco dirían a favor de un concepto no positivista de Derecho. En ese supuesto la Fórmula Radbruch no sería otra cosa que la autorización al juez, en casos en los que sus convicciones subjetivas se viesen afectadas de modo especialmente intenso, para decidir en contra de la ley. Por ello el no positivismo presupone una ética no relativista al menos rudimentaria.

Fuller ha objetado a Radbruch que su recurso a cualquier “Derecho superior” era superfluo. Con ello Fuller se refiere al Derecho supralegal al que se refería Radbruch, y que se especifica como derechos humanos. En vez de aplicar tales medidas sustanciales, Fuller plantea dar entrada a su moral interna del Derecho: los principios de legalidad. Fuller lo relaciona con la nulidad de las leyes, y opera, como Radbruch, con un umbral que hay que traspasar. Por tanto, se puede hablar de una versión fulleriana de la fórmula de Radbruch.

Esta versión tiene la ventaja de que los principios de legalidad de Fuller le ofrecen a la objeción de relativismo una posibilidad de ataque bastante más reducida que las medidas sustanciales orientadas a la justicia de Radbruch. Además, coincide en que, por regla general, la extrema injusticia está vinculada con las vulneraciones extremas de los principios del Estado de Derecho. Sin embargo, el solapamiento de la justicia sustancial y el carácter formal del Estado de Derecho observado por Fuller no es lo suficientemente sólido para convertir en superflua la fórmula de Radbruch. Los criterios de Fuller pueden por tanto completar la Fórmula Radbruch, pero no sustituirla.⁷⁴

- e) Argumento de la democracia: el argumento de la democracia dice que el concepto de Derecho no positivista alberga el peligro de que los jueces, invocando a la justicia, se opongan a decisiones del legislador democráticamente legitimado. Como en este caso se trata de una injerencia del poder judicial en el ámbito del poder

⁷³ *Ibíd.*, pp. 89-90

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 90-92

legislativo, esta objeción podría ser formulada como la objeción de la división de poderes.

Cuando se trata del Derecho de dictaduras que no reconocen ni la democracia ni la división de poderes, esta objeción carece de sentido. La Fórmula Radbruch sólo abarca la extrema injusticia. Tiene eficacia únicamente en un núcleo esencial.

Quien aduzca un argumento de la democracia o de la división de poderes contra la Fórmula Radbruch debería, por esa razón, rechazar cualquier vinculación del legislador a los derechos fundamentales controlable judicialmente.⁷⁵

- f) Argumento de la innecesariedad: Radbruch, Fuller y Hart están de acuerdo en que es preferible una ley retroactiva a la aplicación de la fórmula de Radbruch por el juez. Se podría incluso decir que la Fórmula sería innecesaria, en todo caso tras el desmoronamiento de un régimen injusto, porque estaría en manos del nuevo legislador suprimir la injusticia mediante una ley retroactiva. Pero esto no sería una solución a la vista de un legislador inactivo o simplemente insuficientemente activo.

Por tanto hay casos en que la fórmula de Radbruch es necesaria para garantizar los derechos fundamentales, lo que exige la pretensión de corrección.⁷⁶

- g) Argumento de la honradez: el argumento de la honradez dice que en los casos penales la fórmula de Radbruch lleva a eludir el principio de *Nulla poena sine lege*. Este argumento de la honradez es el argumento más fuerte contra la Fórmula Radbruch, pero aun así, no la derrumba.

El camino más fácil para su salvación consistiría en una limitación de su ámbito de aplicación. Se podría decir que conduciría a que las leyes injustas que justifican la extrema injusticia nunca puedan ser Derecho o alcanzar validez jurídica, pero que esto no supondría que no estuviese protegida la confianza del autor en el Derecho positivo.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 93

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 93

Con tal finalidad, el principio *Nulla poena sine lege* tendría que referirse exclusivamente a todas las normas promulgadas y eficaces, y sólo a éstas, con independencia de su contenido injusto. Entonces, en virtud del principio *Nulla poena sine lege*, la significación práctica de la fórmula de Radbruch se limitaría a proteger al autor.

Sin embargo, es preferible tratarlo a la inversa: la restricción del principio *Nulla poena sine lege* mediante la fórmula de Radbruch. Esta restricción, naturalmente, no se extralimita por dos razones:

- La primera razón es que la fórmula de Radbruch tiene un carácter exclusivamente negativo (no da lugar a nuevos tipos penales, sino que sólo elimina las causas de justificación especiales de un régimen injusto).
- La segunda razón surge de la diferenciación entre el mandato de *lex scripta* y el de *ius praevium*. La fórmula de Radbruch, por definición, no puede contravenir el mandato de *ius praevium*, esto es, el mandato de que el hecho debía ser punible antes de ser cometido. Según ella, la causa de justificación del régimen injusto era nula desde su origen. Por tanto, con la aplicación de la fórmula de Radbruch no se modifica retroactivamente la situación jurídica, sino que sólo se constata cómo era la situación jurídica en el momento del hecho. Esto sería una modificación desde el punto de vista de la facticidad (que precisamente es el quid de la fórmula de Radbruch). Esta modificación significa que no se respeta el mandato de *lex scripta*, que protege la confianza en el Derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz existente en el momento.

El núcleo del reproche de Hart a la honradez es, por tanto, que Radbruch reduce el principio *Nulla poena sine lege* al mandato de *ius praevium* y así oculta que se vulnera el mandato de *lex scripta*. De este modo se encubriría que se trata de elegir entre el menor de dos males.

Radbruch tenía claro que su fórmula trata de la elección entre dos males. El que la jurisprudencia puede seguir esta línea lo muestra sobre todo la sentencia sobre los

“guardianes del muro” del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Se expresa claramente que se trata en último término de si hay que asumir antes una disminución de seguridad jurídica o una disminución de justicia material. Si esto no se diluye en construcciones adicionales innecesarias, no se le puede reprochar falta de honradez a la aplicación de la Fórmula Radbruch.⁷⁷

⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 93-95

5. SOBRE EL GRADO DE POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dejando de lado las críticas y argumentaciones de los distintos autores hacia la doctrina de Gustav Radbruch y su fórmula, vamos a pasar ahora a tratar otro punto referente a la justificación de la aplicación de dicha fórmula; sería la cuestión referida al distinto grado de positivización de los derechos humanos en cada época en la que se aplicó la Fórmula Radbruch.

Todas las decisiones judiciales dictadas siguiendo la Fórmula Radbruch presentan un común denominador: la necesidad de apelar a criterios de justicia exógenos respecto del derecho positivo vigente cuando la solución que brindan las leyes al caso concreto resulta extremadamente injusta. No obstante, se nos plantea la duda de si era realmente necesaria y conveniente esa apelación en cada uno de los procesos en los que se aplicó. El grado de positivización de los derechos humanos en los distintos momentos históricos en los que tuvieron lugar las sentencias referidas nos ayudará a responder a esa pregunta.⁷⁸

La situación en la que se encontraba el derecho positivo vigente; tanto nacional, como internacional, frente a las atrocidades cometidas por el régimen del Nacional Socialismo alemán era diferente a la presentada durante los crímenes llevados a cabo por las autoridades del Partido Socialista Unificado de la RDA, y más aún de la situación del derecho positivo durante la sanción de las leyes argentinas de impunidad de los crímenes de la última dictadura militar.

1. En la Alemania nazi no existía un derecho positivo de los derechos fundamentales. Al dictarse la denominada “Ley habilitante” en 1933, la Constitución de Weimar había quedado sin efecto, y con ella los derechos fundamentales establecidos en ella, pasando a constituir la “Ley habilitante” la base jurídico-positiva del régimen del Tercer Reich.

En el plano internacional la situación era similar. El primer instrumento sobre derechos fundamentales, la Declaración Universal de Derechos Humanos

⁷⁸ DÍAZ BARDELLI, Julián. *El Derecho “supralegal” frente a graves violaciones de Derechos Humanos*, p. 90

(DUDH), fue adoptada en 1948, y por entonces, al momento de su aplicación, su valor jurídico era comparable a una recomendación, sin fuerza obligatoria.⁷⁹

2. Esta situación de falta de positivización de los derechos humanos ya había cambiado en cierta medida, en la época de la República Democrática Alemana, cuando se cometieron los crímenes juzgados en el caso “Guardianes del Muro”.

Hacia el año 1970 la Corte Internacional de Justicia reconoció el carácter vinculante de la DUDH, y en 1974 la propia RDA ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) adoptado en 1966. Ambos instrumentos internacionales defienden el derecho a la vida, y el segundo de ellos además, prohíbe su privación arbitraria junto al derecho a salir de cualquier país, incluyendo el propio.

Paralelamente, la Constitución vigente de la RDA (de 1968), además de declarar como obligatorias dentro de la República las reglas generalmente reconocidas por el Derecho internacional orientadas a promover la paz y la cooperación pacífica entre pueblos, garantizaba la inviolabilidad de la persona y libertad de los ciudadanos de la RDA.

Recordando la sentencia del caso de los “Guardianes del Muro”, vemos que el Tribunal considera injustificables los crímenes cometidos por atentar, además de contra “elementales exigencias de justicia”, contra los derechos humanos protegidos por el “Derecho de Gentes”. El Tribunal afirma que los criterios de la Fórmula Radbruch son difícilmente operables debido a su indeterminación, y por ello, resultó necesario añadir otras pautas de evaluación más concretas: las pautas representadas por los pactos internacionales sobre derechos humanos, que ofrecía puntos de apoyo para ello, cuando un Estado lesionase lo que la comunidad jurídica universal considerase como derechos humanos.⁸⁰

De esta forma, puede verse en este caso la presencia de un derecho positivo de los derechos humanos, la cual era casi inexistente durante el régimen nazi y los primeros años de la posguerra.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 90

⁸⁰ *Ibíd.*, p.91

3. Este derecho positivo de los derechos humanos tuvo aún más presencia en el momento histórico en el que tuvo lugar la sanción de las leyes argentinas de “obediencia debida” y “punto final”. Estas leyes eran posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que establecía el derecho de toda persona a las garantías judiciales y a la protección judicial, así como la obligación estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en dicha Convención, además de adoptar disposiciones en su derecho interno para hacerlos efectivos.

Estas disposiciones hacían incompatibles las leyes de impunidad de graves violaciones de derechos humanos con la CADH, junto con el PIDCyP, que también fue ratificado con anterioridad a dichas leyes, y contenía disposiciones similares a la Convención.

No obstante, y aunque fue reconocida esa positividad en el fallo “Simón”, se continuó insistiendo con la apelación a criterios de justicia considerados superiores al derecho positivo que defendía la Fórmula Radbruch.⁸¹

La última cuestión que se nos plantearía sería, viendo el distinto grado de positivización de los derechos humanos en cada momento histórico, si las “elementales exigencias de justicia” o derecho “supralegal” coincidiesen con el derecho positivo de los derechos humanos, ¿no haría que la fundamentación de la Fórmula Radbruch se vuelva redundante?⁸² Sobre esta cuestión hablaré en las consideraciones finales de este trabajo.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 92

⁸² *Ibíd.*, p. 92

6. CONCLUSIONES FINALES

Finalizado este trabajo, son muchas las consideraciones que surgen sobre la fórmula que elaboró Gustav Radbruch, y más concretamente sobre las funciones que desempeñó, y acerca de su necesidad.

Si bien es cierto que en un primer momento, en la etapa de los juzgamientos tras la caída del régimen nazi, la ausencia de derecho positivo sobre derechos humanos motivaba la necesidad de acudir a la Fórmula Radbruch y a su apelación a criterios de justicia suprapositivos para juzgar esas graves violaciones de derechos humanos cometidos, la existencia de un derecho positivo vigente sobre derechos humanos en las épocas posteriores ya mencionadas en este trabajo, donde también se aplicó esa apelación a una justicia supralegal, nos hace cuestionarnos sobre la necesidad de la aplicación de la fórmula de Radbruch; cuestión que también podríamos extrapolar a la situación actual.

Hay juristas como Bardelli, que niegan la aplicación de la Fórmula Radbruch cuando tengamos a disposición un derecho positivo sobre derechos humanos, siendo preferible dejar de lado la apelación radbruchiana a un derecho supralegal, y aplicar únicamente ese derecho positivo. Como bien expresa Bardelli:

“Los criterios de la “fórmula de Radbruch” son difíciles de operar a causa de su indeterminación, y en cambio, los pactos internacionales de derechos humanos representan pautas de evaluación más concretas”⁸³

Entonces la cuestión sobre la necesidad y conveniencia de la aplicación de la Fórmula Radbruch para juzgar graves violaciones de derechos humanos cuando ya exista un derecho positivo vigente sobre la defensa de tales derechos debiera ser respondida negativamente, ya que la apelación a criterios de justicia supralegales no sería necesaria ni conveniente dada la notable vaguedad y peligrosidad de aquellos criterios, en el sentido de que existe una alta imprecisión y subjetividad a la hora de considerar términos como “intolerable” o “extremadamente injusto”.

Esta situación se repitió tanto en los juzgamientos de los crímenes del régimen de la RDA, como en la sanción de las leyes argentinas de “obediencia debida” y “punto final”, donde

⁸³ *Ibíd.*, p. 91

ya había derecho positivo sobre derechos humanos expresado en pactos y convenios internacionales. Esta positivización cobra todavía más fuerza en el momento actual, no sólo por el aumento de legislación internacional, sino por el desarrollo de normativa interna en materia de derechos fundamentales, y pongo como ejemplo nuestra Constitución Española.

Hay que señalar, que el derecho positivo en materia de derechos fundamentales expresados en pactos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por los Estados, y en las constituciones nacionales; ya es, en cierta medida, un derecho suprallegal al uso, aunque no de la misma manera que señala la fórmula de Radbruch; y lo es en el sentido de que las normas que regulan estos derechos ocupan un nivel jerárquicamente superior al resto de las leyes. Por tanto, constituyen por sí mismas el fundamento de validez de las demás normas, y prevalecen sobre ellas en el caso de que entrasen en conflicto.

Por último, a modo de reflexión final, romperé una lanza a favor de la doctrina de Radbruch. Considero que la Fórmula Radbruch cumplió su función: proteger los derechos de la gente ante graves violaciones provocadas por las autoridades cuando tales violaciones resultasen extremadamente injustas y no existiese un Derecho vigente para defender esos derechos.

El contexto en el que surge la Fórmula Radbruch es una situación donde los derechos fundamentales no aparecen regulados; no hay un derecho positivo vigente en materia de derechos humanos en el régimen del Tercer Reich que tuviese una jerarquía superior al resto de leyes, de modo que sí era necesaria esa apelación a un derecho suprallegal en casos de injusticia extrema o intolerable como fueron los acaecidos durante el nazismo.

Puede que la existencia de regulación en materia de derechos humanos en épocas posteriores haya tachado a la fórmula de Gustav Radbruch de ser innecesaria, pero pienso que precisamente la aplicación de la Fórmula Radbruch ha contribuido en parte a que exista un derecho positivo en materia de derechos humanos, que de alguna forma nos abrió los ojos sobre la importancia de que exista esa regulación: si en un contexto en el que no hay normas que defiendan a los derechos humanos acudimos a criterios de justicia suprapositivos basados en la moralidad para proteger nuestros derechos frente a graves violaciones amparadas por el derecho positivo vigente, quizás debiéramos trasladar ese

derecho supralegal al papel, para que además de supralegal, sea derecho positivo, y de esta forma se eviten futuras violaciones de derechos.

Para acabar, cito de nuevo a Julián Díaz Bardelli, y concretamente a parte de su reflexión final de su escrito “El Derecho “supralegal” frente a graves violaciones de derechos humanos” para añadir que el mundo cambia constantemente, y que

*“nada impide que volvamos a una situación donde renazca la discusión sobre si es mejor apelar a un derecho supralegal o, en cambio, aplicar la ley retroactivamente. Pero mientras ello no suceda, se deberá apelar a los derechos fundamentales, en tano derecho positivo, para realizar la crítica de las leyes inválidas aunque formalmente vigentes”.*⁸⁴

⁸⁴ Ibíd., pp. 99-100

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. “Una defensa de la Fórmula de Radbruch”. *Anuario da Facultad de Dereito da Universidad da Coruña*, N°5, Año 2001.
- ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los Centinelas del Muro de Berlín”. *Universidad de Kiel. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 23. Año 2003
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Araceli. “Los centinelas del muro. Apelación a la Fórmula Radbruch para juzgar graves violaciones de derechos humanos”. *Abogados de Valladolid/Extraordinario de revisión/ 25. 2º Semestre 2015*.
- DÍAZ BARDELLI, Julián. “El derecho supralegal frente a graves violaciones de los derechos humanos”. *Revista “lecciones y ensayos”* N°88, Año 2010.
- ESCUDERO ALDAY, Rafael. “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”. *Universidad Carlos III de Madrid. Anuario de Filosofía del Derecho*. N°. 19 Año 2002
- GARCÍA AMADO, José Antonio. “¿Se puede ser antikelseniano sin mentir sobre kelsen?”. <http://garciamado.blogspot.com.es/2009/11/se-puede-ser-antikelseniano-sin-mentir.html>
- ISLER SOTO, Carlos. “¿Es el Derecho un sistema de mandatos? La crítica de Hart a la teoría imperativista del Derecho”. *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* n° 1 Año 2010.
- L. A. HART, Herbert. “El concepto de derecho”, Genaro R. Carrió (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- RADBRUCH, Gustav. “Arbitrariedad Legal y derecho supralegal”, trad. M. I. Azareto de Vásquez, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

- REYES MOSSOS, *Marcela*. “La Fórmula de Radbruch: una cuestión de iusnaturalismo”. *Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas vol. VII, n.º 13, enero-junio*
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, *Edgardo*. “La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch”. *Universitas; Revista de filosofía, derecho y política. N.º 6 Año 2007*
- SILTALA, *Raimo*. “Derecho, Moral y leyes inmorales”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía. N.º 8, Año 1990*
- ZOLO, *Danilo*. “El globalismo judicial de Hans Kelsen”. *Una crítica del globalismo jurídico, Madrid, Dykinson, 2005, traducción d Roger Campione, pp 37-38.*

