

UNA DEFENSA DE LA FÓRMULA DE RADBRUCH*

Robert Alexy

En este siglo nuestro que llega a su fin, la jurisprudencia alemana se ha planteado dos veces el problema de la superación de un pasado no conforme a un Estado de Derecho: en 1945, después de la derrota del poder nacionalsocialista, y en 1989, tras el desmoronamiento de la República Democrática Alemana. En ambos supuestos hubo que responder a la cuestión de si lo que era lícito según el Derecho positivo del sistema jurídico desaparecido tenía que seguir considerándose lícito en caso de conculcar los principios fundamentales de la justicia y del Estado de Derecho. Según una formulación usual, aunque imprecisa, ¿puede ser hoy injusto lo que en aquella época era Derecho? Después de 1945 los Tribunales alemanes respondieron afirmativamente a esta pregunta¹, y el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) ha continuado esta tradición después de 1989, en especial en su jurisprudencia acerca de los denominados guardianes del muro.² El propio Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) ha contribuido a su avance en el caso de la injusticia nacionalsocialista³, y lo ha aprobado en el caso de la injusticia de la R. D. A.⁴ La fórmula de Radbruch constituye el núcleo iusfilosófico de esta jurisprudencia. A continuación se presentará, en primer lugar, esta fórmula. Seguidamente se ilustrará su significación práctica mediante dos ejemplos. Con posterioridad, habrá que preguntarse si esta fórmula resiste la crítica iusfilosófica.

I. LA FÓRMULA

Gustav Radbruch planteó su famosa fórmula en 1946, bajo la impresión directa de doce años de Nacionalsocialismo. Reza así:

“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 insostenible 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

* Robert Alexy, *Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel*. Traducción del original alemán de José Antonio Seoane.

1 Cfr. por ejemplo OGHSt 2, 231 (232 ss.); 2, 269 (272 ss.); BGHSt 2, 173 (177); 2, 234 (237 ss.); 3, 357 (362 ss.).

2 BGHSt 39, 1; 39, 168; 39, 199; 39, 353; 40, 48; 40, 113; 40, 218; 40, 241; 41, 10; 41, 101; 41, 149; 42, 65; 42, 356.

3 BVerfGE 3, 58 (119); 3, 225 (232 ss.); 6, 132 (198); 6, 389 (414 ss.); 23, 98 (106); 54, 53 (67 ss.).

4 BVerfGE 95, 96 (130 ss.).

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."⁵

Es fácil apreciar que esta fórmula consta de dos partes. En la primera parte se dice que las leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una "medida insostenible". Esto puede ser designado como la "fórmula de la intolerancia". En la segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento "es negada conscientemente" la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia. Esto se puede denominar la "fórmula de la negación".⁶ La fórmula de la intolerancia tiene un carácter objetivo. Aplica la medida de la injusticia.⁷ Por el contrario, en la fórmula de la negación se trata de algo subjetivo: los propósitos o las intenciones del legislador. Pueden imaginarse casos en que ambas fórmulas conduzcan a resultados distintos. Así, uno puede imaginarse tanto a un legislador que pretende lograr la igualdad como núcleo de la justicia pero que, sin embargo, lleva a cabo algo insosteniblemente injusto, como a otro obstinado en realizar lo injusto, pero que al hacerlo no llega al umbral de lo insosteniblemente injusto. En general, cuando se trata de una injusticia insostenible deberían coincidir resultado e intención. Por tanto, se puede hablar de un "solapamiento" (*overlapping*) de ambas fórmulas.⁸ La jurisprudencia ha aplicado ante todo la fórmula de la intolerancia. A favor de esto está el que, ante la duda, resulta difícil probar algo como un "dolo de violar la justicia" por parte del legislador.⁹ Aquí, la fórmula de la intolerancia seguirá permaneciendo en primer término.

Lo característico de la fórmula de Radbruch es que no exige una coincidencia completa entre el Derecho y la moral. Permite que el Derecho promulgado y eficaz - Radbruch habla del Derecho "asegurado por el estatuto y el poder"- sea también válido cuando es injusto, y en absoluto exige una orientación de la totalidad del Derecho hacia la moral. Más bien, incorpora al Derecho un límite extremo. En general es Derecho lo promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz; sólo cuando se traspaasa el umbral de la extrema injusticia, las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica. Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch:

Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas.

Más breve incluso:

La extrema injusticia no es Derecho.¹⁰

5 G. Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, volumen 3, 89. El famoso artículo de Radbruch fue publicado por primera vez en 1946, en el primer volumen del *Süddeutschen Juristen-Zeitung*, 105-108.

6 Cfr. B. Schumacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel* (tesis doctoral, Göttingen, 1985), 24 ss.; A. Kaufmann, "Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht", *Neue Juristische Wochenschrift* 48 (1995), 81 a 82.

7 Si se observa con más atención, pueden diferenciarse a su vez dos aspectos en el marco de la fórmula de la intolerancia. El primero afecta a la ponderación, el segundo al umbral.

8 S. L. Paulson, "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views", *OJLS* 15, 489 a 491.

9 R. Dreier, "Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes", en F. Haft, W. Hassemer, U. Neumann, W. Schild, U. Schroth (Hrsg.), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, 57 a 58.

10 Radbruch se acerca a esta formulación cuando dice que se puede negar la validez a las leyes "tremendamente" injustas; cfr. G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, en G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hg.), volumen 3, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, 121 a 154. *Vorschule der Rechtsphilosophie* son unos apuntes de clase publicados por primera vez en 1948, revisados y autorizados por Radbruch.

Quien sustente esta tesis ha dejado de ser iuspositivista. Si un positivista quiere establecer qué es el Derecho, sólo pregunta por la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, siendo estos dos elementos del concepto positivista de Derecho, como muestran las numerosas variedades del positivismo jurídico, susceptibles de muy distintas interpretaciones y valoraciones. Pero esto no seguirá siendo tratado aquí. En este lugar sólo resulta de interés que, para el positivista, desde la perspectiva del carácter jurídico o de la validez jurídica, el contenido de la norma no es importante. El gran iuspositivista Hans Kelsen ha expresado esto en la frecuentemente citada formulación: “Por tanto, cualquier contenido puede ser Derecho”.¹¹ Ésta es la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral; en suma: la tesis positivista de la separación. También el no positivista, si está en su juicio, aplica la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social. La fórmula de Radbruch expresa esto con claridad. Sin embargo, para el no positivista seguidor de esta fórmula existe un límite: el de la extrema injusticia. De este modo se incorpora al concepto de Derecho la corrección material como criterio limitativo. El concepto de Derecho no es inflado pero sí limitado moralmente. Esto es sólo una vinculación parcial entre Derecho y moral, pero es una vinculación. Quien abogue por la fórmula de Radbruch defiende, por ello, la tesis no positivista de la vinculación.¹²

La controversia acerca de la fórmula de Radbruch es, en cuanto debate sobre el concepto de Derecho, un debate filosófico. Dice mucho del carácter de la Filosofía del Derecho que este debate sobre su concepto fundamental, el concepto de Derecho, tenga al mismo tiempo consecuencias prácticas directas. Antes de preguntarse si los mejores argumentos se pronuncian en favor o en contra del no positivismo, bajo la forma de la fórmula de Radbruch, éstos deberán ser analizados. Puede hacerse al hilo de dos ejemplos.

II. SIGNIFICADO PRÁCTICO

El primer ejemplo es una resolución del Tribunal Constitucional Federal del año 1968, en la que se trata el 11.º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941.¹³ El párrafo 2 de este Decreto dice así:

“Un judío pierde la nacionalidad alemana

- a) Con la entrada en vigor de este Decreto, cuando tenga su residencia habitual en el extranjero a la entrada en vigor de este Decreto,
- b) Cuando en fecha posterior tenga su residencia habitual en el extranjero, con el traslado de su residencia habitual al extranjero.”

El objeto de la resolución del Tribunal Constitucional Federal era si un abogado judío que había emigrado a Amsterdam poco antes de la II Guerra Mundial había perdido la nacionalidad alemana de acuerdo con este precepto. De ello dependía el resultado de un asunto hereditario. El abogado había sido deportado de Amsterdam en 1942. Sobre su paradero ulterior no había noticias. Había que suponer que había perdido la vida en un campo de concentración.

11 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien, Deuticke, 1960, 201.

12 R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl., Freiburg und München, Alber, 1994, 15 ss., 52 ss.

13 RGBl. I p. 722.

El Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que el abogado nunca había perdido su nacionalidad alemana, porque el 11.º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich era nulo desde su origen. El núcleo de su fundamentación dice 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 (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).

El 11.º 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 (cfr. BGH, RzW 1962, 563; BGHZ 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)).”¹⁴

Este es un clásico argumento no positivista. Se niega la validez o -la decisión no es aquí unívoca- el carácter jurídico a una norma promulgada conforme al ordenamiento y socialmente eficaz durante su período de validez, porque contraviene el Derecho suprapositivo. Ciertamente no se menciona el nombre de Radbruch, pero éste se encuentra en decisiones anteriores del Tribunal Constitucional Federal, en las que el Tribunal se apoya expresamente en su resolución.¹⁵ Pero, sobre todo, se utiliza la formulación de Radbruch de la “medida insoportable” de la “contradicción... con la justicia”. La resolución sobre la nacionalidad es, por ello, un caso paradigmático de la aplicación de la fórmula de Radbruch.

Con frecuencia los expatriados no querían recuperar su antigua nacionalidad. Normalmente esto es distinto en cuanto a la propiedad. De ésta trata una decisión de la Sala Mayor de lo Civil del Tribunal Supremo Federal (*Großer Senat des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen*), que debería situarse al nivel de la resolución sobre la nacionalidad. Una vez más, el resultado del procedimiento dependía de la validez del 11.º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich, esta vez del § 3, apartado 1, párrafo 1. Éste dice:

“El patrimonio del judío que pierda la nacionalidad en virtud de este Decreto quedará confiscado por el Reich con la pérdida de la nacionalidad.”

Una judía emigrada a Suiza en 1939 dejó en un banco alemán un depósito con valores. Ese depósito permaneció registrado sin cambios a nombre de la emigrante en los libros del banco durante todo el tiempo de la dominación nacionalsocialista, así como con posterioridad. Tras el fin de la guerra ella trasladó nuevamente su residencia a la República Federal Alemana. Luego reclamó la devolución de los valores que se encontraban en depósito. La cuestión era si había perdido su propiedad a causa de la inmediata expropiación resultante del § 3, apartado 1, párrafo 1 del 11.º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich. El Tribunal Supremo Federal niega esto, y en consecuencia afirma el derecho a la devolución. El núcleo de su particularmente compleja fundamentación lo constituye la tesis de

“que el § 3 del 11.º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich debe considerarse nulo desde su origen debido a que su contenido injusto contradice las exigencias básicas de cualquier ordenamiento de un Estado de Derecho.”¹⁶

14 BVerfGE 23, 98 (106).

15 En la resolución BVerfGE 3, 225 (232), que se transcribe inmediatamente antes del fragmento de texto aquí presentado, se cita completa y literalmente la fórmula de la intolerancia de Radbruch.

16 BGHZ 16, 350 (354).

Con arreglo a esta solución no positivista, la emigrante puede reclamar la devolución de su propiedad sencillamente porque nunca la ha perdido. En cambio, desde el punto de vista del positivismo sería necesaria una regulación legal específica para un derecho de restitución. Que se pueda reclamar la devolución de la propiedad dependería entonces de la discrecionalidad del legislador. Por tanto, la decisión a favor o en contra del positivismo jurídico puede tener una considerable significación práctica para la víctima de un régimen injusto.

Como segundo ejemplo del significado práctico de la fórmula de Radbruch se invoca la jurisprudencia acerca de las muertes de fugitivos en la frontera interna alemana. En noviembre de 1992, o sea, dos años largos después de la reunificación, en su primera sentencia sobre los guardianes del muro, el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los soldados rasos fronterizos.¹⁷ Dos años después, en 1994, decidió que también los funcionarios superiores y de más alto rango de la R. D. A., como por ejemplo el último Ministro de Defensa de la R. D. A., el General del Ejército Keßler, eran penalmente responsables de las muertes en la frontera. Los consideró culpables de homicidio en autoría mediata.¹⁸ De nuevo dos años más tarde, en octubre de 1996, el Tribunal Constitucional Federal declaró conforme a la Constitución esa jurisprudencia.¹⁹ Aquí se examinará únicamente el precedente del año 1992, esto es, la primera sentencia sobre los guardianes del muro del Tribunal Supremo Federal.

En esta sentencia se trata el caso de un fugitivo de 20 años que alrededor de las tres y cuarto de la madrugada del 1 de diciembre de 1984 intentaba superar las instalaciones fronterizas de Berlín con una escalera de cuatro metros. Dos soldados de las tropas fronterizas de la R. D. A., uno igualmente de 20 años, el otro de 23, divisaron al fugitivo desde aproximadamente 100 metros de distancia cuando se disponía a atravesar los 29 metros de ancho de la franja fronteriza, en medio de la cual había una alambrada con alarma de 2,50 metros, y a cuyo término estaba propiamente el muro fronterizo, de 3,50 metros de altura. Ni los gritos ni los disparos de advertencia disuadieron al fugitivo. Cuando éste apoyaba su escalera en el muro fronterizo y la escalaba rápidamente, a los dos soldados les resultó evidente que ya sólo podían, si podían, frustrar la huida mediante fuego dirigido. Dispararon varias ráfagas sobre el fugitivo. Apuntaban a las piernas. Pero sabían que, sobre todo a causa de las ráfagas, existía la posibilidad de un impacto mortal. Incluso a ese precio querían evitar la huida. Pocos segundos después de abrir fuego el fugitivo fue alcanzado, cuando su mano estaba a punto de coronar el muro. Murió unas horas después.

El Tribunal Territorial (*Landgericht*) de Berlín condenó a ambos soldados en 1992 por homicidio en común; esto es, al menor a una pena juvenil de un año y seis meses, y al mayor a una pena de prisión de un año y nueve meses.²⁰ La ejecución de ambas condenas se suspendió condicionalmente. El Tribunal Supremo Federal desestimó en su primera sentencia sobre los guardianes del muro los recursos de casación contra esta sentencia por falta de fundamento en el resultado, es decir, confirmó las condenas.

Según las regulaciones del Tratado sobre el restablecimiento de la unidad de Alemania, para ambos soldados resulta válido el principio general de que su acción sólo puede ser sancionada si era punible según el Derecho vigente en el lugar y en el momento de los hechos. Por tanto, la cuestión decisiva es si estaba permitida o justificada según

17 BGHSt 39, 1.

18 BGHSt 40, 218.

19 BVerfGE 95, 96.

20 LG Berlin, NStZ 1992, 492 (493). Hasta la fecha la condena más alta la ha recibido el ya mencionado General del Ejército Keßler. Fue condenado a siete años y seis meses; cfr. BVerfGE 95, 96 (97).

el Derecho de la R. D. A. de aquella época. Como causa de justificación se podría tener en cuenta el parágrafo 27 de la Ley de Frontera de la R. D. A. del año 1982.²¹ En el caso que nos ocupa hay que prestar atención sobre todo al parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1:

“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.”

El traspaso de la frontera por el fugitivo era inminente, y los soldados dispararon para evitarlo. Según la interpretación dominante y practicada en aquella época del Derecho penal de la R. D. A., un caso de traspaso de frontera como el aquí intentado constituía delito.²² De este modo, se ponían de manifiesto todos los requisitos del parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1. También se cumplían los restantes requisitos del parágrafo 27. Según él, el arma de fuego sólo puede ser utilizada si no son suficientes medidas más leves (§ 27, apartado 1, párrafo 2). Aquí, el fugitivo ya sólo podía ser detenido con el arma de fuego. Se habían lanzado un grito de aviso y un disparo de advertencia (§ 27, apartado 3). Finalmente, había que considerar el parágrafo 27, apartado 5:

“Al hacer uso de armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas.”

También se cumple esta norma, porque no dice que la vida no pueda ser afectada en ningún caso. Sólo dice que se protegerá “en lo posible”. La huida no podría haber sido evitada en ningún caso sin los disparos al fugitivo, ni podría haberlo sido con la misma seguridad en el caso de un único disparo, a la vista de que el hecho era cuestión de segundos. Si impedir la huida se considera como causa de justificación en el sentido del parágrafo 27, apartado 2, tampoco se vulnera el parágrafo 27, apartado 5.

Se ha intentado conseguir una condena de los soldados fronterizos interpretando en la actualidad el parágrafo 27 de la Ley de Frontera de la desaparecida R. D. A. a la luz de los principios del Estado de Derecho. La sentencia del Tribunal Territorial de Berlín, por la que fueron condenados ambos soldados en primera instancia, es un ejemplo de esto. Según ella los soldados tendrían que haberse orientado por la máxima de proporcionalidad. Con arreglo a ésta los soldados no habrían debido disparar ráfagas. Por lo demás, el fin de evitar un hecho delictivo que no pusiese en peligro la vida de otros nunca podría justificar la muerte de un ser humano, ya que la vida es el bien jurídico más importante.²³ Es muy loable que el Tribunal Supremo Federal, al menos en la parte primera de la sentencia, que es la que aquí nos interesa, no siguiese esta construcción. Quien en la actualidad interpreta el Derecho de la R. D. A. de entonces a la luz de los principios de un Estado democrático constitucional aplica una retroactividad encubierta, que es peor que una pública. La cuestión de si la condena actual de ambos soldados vulnera el principio *Nullum crimen sine lege* o *Nulla poena sine lege* se habría evitado. Además, el Tribunal Territorial de Berlín confunde lo que es el Derecho positivo. No sólo forma parte del Derecho positivo vigente en cada momento la literalidad de las leyes, sino también la correspondiente praxis interpretativa. Si se aplica esta medida, el hecho de ambos soldados estaba justificado por el parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1 de la Ley de Frontera de la R. D. A., como acertadamente expone en todos sus detalles el Tribunal Supremo Federal.²⁴ Esto es, el hecho era lícito según el Derecho positivo vigente en el momento de los hechos. Como no existe una ley retroactiva que los declare en la actualidad penalmente responsables, los dos soldados sólo pueden ser

21 DDR-GBI. I p. 197.

22 Cfr. R. Alexy, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993, 11 ss.

23 LG Berlin, NStZ 1992, 492 (494).

24 BGHSt 39, 1 (10 ss.).

condenados si desaparece la causa de justificación del párrafo 27, apartado 2, párrafo 1. Es exactamente en este punto donde el Tribunal Supremo Federal trae a colación la fórmula de Radbruch:

“Una causa de justificación aceptada en el momento de los hechos sólo podrá dejar de ser considerada a 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 (BGHSt 2, 234, 239). La contradicción de la ley positiva con la justicia ha de ser tan insoportable que la ley deba ceder ante la justicia como Derecho injusto (Radbruch, SJZ 1946, 105, 107).”²⁵

La última frase es una reproducción casi literal de la fórmula de la intolerancia de Radbruch. El Tribunal, a continuación, manifiesta que el ámbito de aplicación de la fórmula de Radbruch no se limita a la injusticia nacionalsocialista:

“Tras el fin de la tiranía nacionalsocialista se intentaron identificar las infracciones jurídicas más graves con estas formulaciones (cfr. también BVerfGE 3, 225, 232; 6, 132 s., 198 s.). La transposición de estos puntos de vista al caso que estamos tratando no es fácil, porque la muerte de seres humanos en la frontera interna alemana no puede equipararse al genocidio nacionalsocialista. Con todo, resulta válida la visión de entonces de que en el enjuiciamiento de hechos realizados por orden estatal debe atenderse a si el Estado ha traspasado el límite extremo que se le impone en cualquier país por la opinión general.”²⁶

Así, todo depende de la cuestión de si las muertes en la frontera interna alemana representan extrema injusticia en el sentido de la fórmula de Radbruch. Esto es muy controvertido.²⁷ El Tribunal Supremo Federal lo afirma con una detallada fundamentación, en la que se invocan como “puntos de apoyo”, como dice él, las garantías de los derechos a la vida (artículo 6) y a la libertad de circulación (artículo 12) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. No se reproducirá esto aquí, pues sólo se trata de presentar las consecuencias prácticas de la fórmula de Radbruch. Éstas se muestran con toda claridad en la frase con la que el Tribunal Supremo Federal priva a los dos soldados fronterizos de la justificación en virtud del Derecho positivo de la desaparecida R. D. A.:

“La causa de justificación señalada, prevista en el Derecho de la R. D. A. 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.”²⁸

III. LA PRETENSIÓN Y LOS LÍMITES DEL DERECHO

La fórmula de Radbruch excluye determinados contenidos, a saber, la injusticia extrema, como posibles contenidos del Derecho. De ese modo establece una relación necesaria entre el Derecho y la moral, o 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

25 BGHSt 39, 1 (15 s.).

26 BGHSt 39, 1 (16).

27 Cfr. R. Alexy, *Mauerschützen*, 23 s.

28 BGHSt 39, 1 (22).

extrema injusticia. Si esto sucede se pierde el carácter jurídico o la validez jurídica. Esto es un desafío para la tesis positivista de la completa separación entre Derecho y moral y un reconocimiento de la tesis no positivista de la vinculación.

1. Un marco conceptual

La polémica sobre el positivismo jurídico parece ser una polémica sin fin, lo que es un rasgo característico de las discusiones filosóficas. En este tipo de disputas al mismo tiempo interminables, perspicaces y persistentes, se puede suponer que todos los participantes, en uno u otro sentido o bajo alguna condición, tienen razón. Esto obliga a echar un vistazo a estos puntos de vista o condiciones. Es lo que se hará aquí con ayuda de cuatro distinciones.²⁹

a) Norma y procedimiento

La primera distinción es la existente entre el sistema jurídico como sistema de normas y el sistema jurídico como sistema de procedimientos. 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, comoquiera que estén constituidos. Esta distinción se aproxima a la de Fuller entre el Derecho como “actividad”³⁰, en el sentido de un “esfuerzo intencionado dirigido a la creación del Derecho, y el Derecho que de hecho surge de ese esfuerzo”³¹, esto es, el Derecho como “producto”³² o “resultados”³³. Es obvio que para una posición no positivista la interpretación del Derecho como un sistema de procedimientos o actividades es más favorable que la concentración exclusiva en las normas como resultados de dichos procesos.

b) Observador y participante

La segunda distinción es la existente entre la perspectiva del observador y la del participante. Esta dicotomía enlaza con la distinción de Hart entre un “punto de vista externo” y otro “interno”.³⁴ La distinción de Hart, por supuesto, necesita interpretarse.³⁵ Aquí, con ayuda de los conceptos de argumentación y de corrección, se le dará la siguiente interpretación: adopta la *perspectiva del 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 la perspectiva del participante se halla el juez. Si otros participantes, como por ejemplo juristas, abogados o ciu-

29 Por razones de simplificación, se prescindirá aquí de la distinción utilizada en trabajos anteriores entre conceptos de Derecho que incluyen el concepto de validez y aquellos que no lo hacen; cfr. R. Alexy, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris* 2, 167 a 170. La lista aquí presentada también podría completarse mediante otras distinciones además de las aquí mencionadas. Así, para determinados fines es muy útil adoptar la distinción entre normas individuales y sistemas jurídicos como un todo; cfr. R. Alexy, *Begriff und Geltung*, 57 ss., 108 ss.

30 L. L. Fuller, *The Morality of Law*, 2nd ed., New Haven and London, Yale University Press, 1969, 106, 119.

31 Ibid., 193.

32 Ibid., 106.

33 Ibid., 119.

34 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, 89.

35 Cfr. N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 275 ss.

dadanos interesados en el sistema jurídico, presentan argumentos a favor o en contra de determinados contenidos del sistema jurídico, en ese caso se refieren, en último término, a cómo tendría que decidir un juez si quisiera decidir correctamente. Adopta la *perspectiva del observador* quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino cómo se decide realmente en un determinado sistema jurídico. Una vez más es fácil apreciar que la perspectiva del observador es más favorable para el positivista y la perspectiva del participante lo es para el no positivista.

c) Clasificación y cualificación

La tercera distinción se refiere a dos tipos diferentes de conexiones entre Derecho y moral. El primer tipo será denominado “clasificante” y el segundo “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 de Radbruch establece una conexión de este tipo, excluyendo las normas jurídicas que implican una injusticia extrema de la clase de las normas jurídicas (o de las normas jurídicas válidas). Se trata de una mera conexión *cualificante* cuando se sostiene que las normas o sistemas de normas que no satisfacen determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas jurídicas o sistemas jurídicos, pero son normas jurídicas jurídicamente defectuosas o sistemas jurídicos jurídicamente defectuosos. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no simplemente moral.

El concepto de conexión cualificante está estrechamente vinculado con la pretensión de corrección, ya que si el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección, entonces existe necesariamente una conexión cualificante entre Derecho y moral.³⁶ La “moral interna” o “interior del Derecho” de Fuller se asemeja como “moral de aspiración”³⁷ a la tesis de la pretensión de corrección en un punto esencial: el cumplimiento incompleto de los ocho “principios de la legalidad” que definen, según Fuller, la “moral interna del Derecho” no conduce por regla general a la pérdida del carácter jurídico o de la validez jurídica.³⁸ No tiene, por tanto, un significado clasificante. Más bien, la consecuencia sólo es una cualificación del Derecho o del sistema jurídico como “deficiente”.³⁹ De ahí que la teoría de Fuller sea un clásico ejemplo de teoría que en lo esencial se aplica conexiones cualificantes.

La conexión cualificante no implica una clasificante.⁴⁰ No obstante es más fácil fundamentar esta última cuando existe la primera que cuando no existe. Por ello la fundamentación de la fórmula de Radbruch comenzará con la fundamentación de una conexión cualificante.

d) Argumentos analíticos y normativos

La cuarta distinción es la existente entre argumentos analíticos y argumentos normativos a favor y en contra del positivismo jurídico. Se presenta un argumento *analíti-*

36 Cfr. R. Alexy, “Law and Correctness”, en M. Freeman (ed.), *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 205-221.

37 L. L. Fuller, *The Morality of Law*, 43.

38 Ibid., 39, 41 ss.

39 Ibid., 39. En cambio, en una conexión clasificante, como dice Fuller, se trata de que “un completo fracaso” en el cumplimiento de sus ocho principios de la legalidad “no da simplemente como resultado un sistema jurídico deficiente; desemboca en algo que, en propiedad, no ha de llamarse de ningún modo sistema jurídico”.

40 Cfr. N. MacCormick, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en R. P. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 112 ss., 130.

co cuando se esgrime que la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho es conceptual o lingüísticamente necesaria, imposible o meramente posible. Por el contrario, la tesis de la separación o la tesis de la vinculación se apoyan en un argumento normativo cuando se expone que la inclusión o la exclusión de elementos morales es necesaria para satisfacer determinadas normas, como la interdicción de la retroactividad, o realizar determinados valores, como los derechos humanos.⁴¹

Como ya se ha indicado, la fórmula de Radbruch trata de una relación clasificante. El que no se pueda decidir sobre esto sólo con base en argumentos analíticos lo muestra el simple hecho de que ni el enunciado:

- 1) La norma *N* se ha promulgado conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz, y por ello es Derecho, aunque sea extremadamente injusta,

ni el enunciado:

- 2) La norma *N* se ha promulgado conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz, pero no es Derecho porque es extremadamente injusta,

encierran una contradicción.⁴² A la vista de la vaguedad y ambigüedad de la expresión “Derecho”, sólo es posible finalmente una decisión sobre la corrección de la fórmula de Radbruch sobre la base de argumentos normativos. Éstos llevan a resultados totalmente distintos según se adopte la perspectiva del observador o la del participante.

2. El observador

Para contestar a la pregunta de si la fórmula de Radbruch es aceptable desde el punto de vista de un observador, se examinará otra vez el 11.º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941, que privaba a los judíos emigrados de su nacionalidad y de su propiedad. ¿Cómo describiría un observador contemporáneo del sistema jurídico del nacionalsocialismo, por ejemplo un jurista extranjero que escriba un informe anual sobre el sistema jurídico del nacionalsocialismo para una revista jurídica especializada de su país, el caso anteriormente expuesto de la emigrante de finales de 1941, cuyos valores declara propiedad del Reich alemán el parágrafo 3, apartado 1, párrafo 1 de aquel Decreto? Cualquiera en su país entendería la frase:

- 1) Según el Derecho alemán, A ha perdido su propiedad sobre los valores, sin que hubiese que añadir ningún tipo de aclaraciones. No sería el caso de la frase:
- 2) Según el Derecho alemán, A no ha perdido su propiedad sobre los valores.

41 Se podría decir que quien fundamenta la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral con argumentos morales, esto es, normativos, dejaría de ser positivista. Según esta concepción, toda utilización de argumentos morales en el marco de una teoría del Derecho convertiría esa teoría en una teoría no positivista. Contra una definición tan estricta del positivismo jurídico no habla sólo el que no quedaría prácticamente ningún iuspositivista. Bastante más peso tiene que se allanaría la diferencia decisiva, a saber, la que existe entre los autores que niegan el carácter jurídico o la validez jurídica a una norma a causa de la vulneración de un criterio moral, y los autores para los que el carácter jurídico o la validez jurídica nunca dependen de cualesquiera criterios morales. Entonces, defensores y detractores de la fórmula de Radbruch podrían ser igualmente caracterizados como no positivistas si únicamente adujesen para su postura cualquier argumento no positivista normativo, y en este sentido moral, como por ejemplo el de la seguridad jurídica. Semejante construcción conceptual sería confusa.

42 Hart apunta que “el positivista podría señalar que, según el uso preponderante en inglés”, las frases como 1) no contienen contradicciones; cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 209. El argumento debe extenderse a frases como 2). La conclusión de Hart se vuelve entonces irrefutable: “Obviamente no podemos aprehender en forma adecuada esta controversia si vemos en ella una cuestión relativa a la propiedad del uso lingüístico.”

Si no se añade ninguna información a esta frase, o informa mal o confunde. La razón para ello es que hay un uso de la expresión “Derecho” que sólo sirve para la designación, axiológicamente neutral, de las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces, y sus consecuencias. Desde la perspectiva del observador sólo este uso es adecuado. Sirve para la claridad y veracidad del discurso. Un abogado que a finales de 1941 no hubiese tenido en cuenta el 11.º Decreto en la consulta a un judío habría vulnerado gravemente sus deberes. La apelación a la fórmula de Radbruch no le disculparía lo más mínimo. Claro que habría podido finalizar su consulta con la observación:

- 3) Según las disposiciones actualmente vigentes en Alemania usted ha perdido su propiedad, pero eso es una injusticia extrema y, por tanto, no es Derecho. Después del desmoronamiento del nacionalsocialismo nos ocuparemos de que se declare nula la pérdida de la propiedad.

Pero con ello se abandona la posición de simple observador y se adopta, anticipándose, la de un participante en un discurso sobre cómo deberá catalogarse jurídicamente la expropiación tras el desmoronamiento de la dictadura. La expresión “Derecho”, con este cambio de perspectiva, adquiere otro significado.

3. El argumento de la corrección

La auténtica polémica sobre la fórmula de Radbruch se refiere a la cuestión de si es aceptable desde el punto de vista de un participante en un sistema jurídico. Aquí hay que distinguir participantes en procedimientos jurídicos en un Estado injusto y participantes en procedimientos que analizan la injusticia cometida en aquél tras su desmoronamiento. Para explicar qué significa ser un participante en un sistema jurídico resulta fundamental la cuestión de si el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección. La tesis de que el Derecho formula necesariamente tal pretensión se puede denominar el “argumento de la corrección”. El argumento de la corrección constituye la base de la fundamentación de la fórmula de Radbruch.

El argumento de la corrección aduce que tanto las normas jurídicas y las decisiones jurídicas individuales como también los sistemas jurídicos como un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección.⁴³ Esto se puede demostrar con ejemplos en los que se niega explícitamente la pretensión de corrección. Aquí sólo se expondrá uno.⁴⁴ En él se trata del primer artículo de una nueva Constitución para el Estado X, en el que una minoría oprime a una mayoría. La minoría quiere seguir disfrutando de las ventajas de la opresión de la mayoría, pero a la vez quiere ser honrada. Por ello su asamblea constituyente opta por el siguiente enunciado como primer artículo de la Constitución:

X es una república soberana, federal e injusta.

Este artículo constitucional tiene algún defecto. La cuestión es en qué consiste el defecto. Se podría pensar, en primer lugar, en un defecto convencional. Sin duda, el artículo infringe las convenciones acerca de la redacción de los textos constitucionales, pero esto no explica por sí solo la imperfección. Un catálogo de derechos fundamentales de un centenar de páginas, por ejemplo, también sería de lo más insólito o poco convencional pero, a pesar de su carácter insólito, no tendría el notorio carácter absurdo de la cláusula de la injusticia. Otro tanto puede decirse del supuesto de un defecto moral. Desde el punto de

43 Esta tesis encuentra cierto paralelismo en la ligeramente confusa frase de Radbruch: “Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea jurídica”; cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, en G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hg.), volumen 2, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, 255.

44 Para más ejemplos cfr. N. MacCormick, “Law, Morality and Positivism”, en N. MacCormick and O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Boston, Lancaster and Tokyo, Reidel, 1986, 141; R. Alexy, *Begriff und Geltung*, 68 s.

vista moral no supondría diferencia alguna si en un segundo artículo se privase expresamente a la mayoría de los derechos a cuya denegación se dirige la cláusula de la injusticia, pero desde el punto de vista del defecto sí la hay. La cláusula de la injusticia no es sólo inmoral, sino en cierto modo también disparatada. Se podría pensar, incluso, en ver sólo un defecto político en la cláusula de la injusticia.⁴⁵ De hecho existe uno, pero tampoco esto explica por completo la incorrección.⁴⁶ Muchas cosas podrían ser políticamente inconvenientes en una Constitución y técnicamente defectuosas en este sentido sin parecer tan extrañas como nuestro primer artículo. Ni la deficiencia convencional ni la moral ni la técnica pueden explicar lo absurdo de la cláusula de la injusticia. Ésta, como sucede a menudo en el caso del absurdo, resulta de una contradicción. Surge una contradicción porque con el acto de instaurar la Constitución está necesariamente vinculada una pretensión de corrección que, en este caso, es ante todo una pretensión de justicia. Esta pretensión, que está implícita en el acto de instaurar la Constitución, contradice su contenido explícito, la cláusula de la injusticia. Tales contradicciones entre el contenido de un acto y los presupuestos necesarios para su ejecución pueden denominarse “contradicciones performativas”.⁴⁷

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” en el sentido de Fuller. Con esto no se ha dicho nada definitivo respecto de la fórmula de Radbruch. Pero queda claro que el contenido del Derecho no resulta indiferente para el Derecho.

La pretensión de corrección comprende los ocho principios formales que, según Fuller, definen la moral interior o interna del Derecho, pero llega más allá, pues también incluye la justicia sustancial⁴⁸, esto es, lo que Fuller denomina la moral externa del Derecho.⁴⁹ Esta vinculación entre aspectos formales o procedimentales con aquellos de tipo material o sustancial permite tener en cuenta tanto el carácter institucional como el carácter ideal del Derecho.⁵⁰

4. El argumento de la injusticia

Tomado en sí mismo, el argumento de la corrección no basta 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 la validez jurídica a una norma o a un acto jurídico. Por ello, para fundamentar la fórmula de Radbruch como límite del Derecho son necesarios más argumentos. El haz de todos estos argumentos puede ser denominado el “argumento de la injusticia”. Engloba siete argumentos⁵¹, a su vez articulados en parte en sí mismos, que en lo esencial son de tipo normativo.

45 E. Bulygin, “Alexy und das Richtigkeitsargument”, en A. Aarnio, S.L. Paulson, O. Weinberger, G. H. v. Wright und D. Wyduckel (Hrsg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für W. Krawietz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 23 s.

46 R. Alexy, “Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments”, en E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. v. Wright and R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 243 s.

47 Sobre esto, más en detalle, R. Alexy, “Law and Correctness”, 209-214.

48 *Ibid.*, 214-221. Esto puede fundamentarse en que la justicia no es sino la corrección en relación con el reparto y la compensación, y que en el Derecho se trata igualmente del reparto y la compensación.

49 L. L. Fuller, *The Morality of Law*, 44, 96, 132, 224.

50 Cfr. sobre esto N. MacCormick, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, 114 ss.

51 Esta cantidad no es fija. Los siete argumentos podrían desdoblarse por separado en más, lo que aumentaría su cantidad. Al revés, descendería si se uniesen argumentos aislados. Además, también se podría simplemente prescindir de argumentos, o añadir más. Un ejemplo de esto último sería un “argumento lingüístico” que aduzca que para determinados fines es imprescindible un concepto de Derecho libre de moral; cfr. R. Alexy, *Begriff und Geltung*, 72 ss. Pero este punto ya ha sido expuesto en el análisis de la adecuación de la teoría de Radbruch desde el punto de vista de un observador.

a) El argumento de la claridad

El primer argumento que se tratará aquí es el argumento de la claridad. Ha encontrado en Hart una formulación clásica:

“Pues si adoptamos la postura de Radbruch, y con él y los tribunales alemanes protestamos contra la ley injusta mediante la afirmación de que ciertas reglas no pueden ser Derecho a causa de su iniquidad moral, confundimos una de las formas más poderosas, por ser la más sencilla, de crítica moral. Si, con los utilitaristas, hablamos llanamente, decimos que las leyes pueden ser Derecho pero demasiado malas para ser obedecidas...; cuando disponemos de los amplios recursos del lenguaje corriente no debemos presentar la crítica moral de las instituciones como proposiciones de una filosofía discutible.”⁵²

Esta objeción tiene cierta justificación, pero no es decisiva. Un concepto de Derecho positivista que renuncie a toda inclusión de elementos morales es *ceteris paribus* más sencillo que un concepto de Derecho que incluya elementos morales, y la sencillez implica claridad *prima facie*. Sin embargo no todo aumento de complejidad significa un correlativo aumento de falta de claridad. Apenas hay que temer que los juristas o los ciudadanos se dejen confundir porque la fórmula “la extrema injusticia no es Derecho” se incorpore al concepto de Derecho. También podría generarse confusión si los tribunales o los filósofos del Derecho les dijese que cualquier injusticia, incluso la más extrema, puede ser Derecho. Pero también 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. Sin embargo, esto no es un problema del argumento de la claridad, sino del argumento de la seguridad jurídica. En el argumento de claridad se trata, exclusivamente, de si se genera confusión por el hecho de que estén incluidos elementos morales en el concepto de Derecho.

Hay que convenir con Hart en que la claridad (*clarity*) es una “virtud soberana en la teoría del Derecho”.⁵³ Pero no se puede asentir a su adscripción del positivismo a los “amplios recursos del lenguaje corriente” y del no positivismo a las “proposiciones de una filosofía discutible”.⁵⁴ El no positivismo puede también formularse en lenguaje claro, y el positivismo también puede ser considerado como una filosofía discutible (*disputable*). En la controversia entre 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 así como una presunción de corrección. Esto habla más a favor que en contra de la inclusión de determinados criterios de corrección en el concepto de Derecho. Por ello, el argumento de la claridad no es capaz de batir a los no positivistas.

b) El argumento de la efectividad

Radbruch ha sostenido la opinión de que el positivismo jurídico había “dejado indefensos tanto a los juristas como al pueblo frente a leyes de lo más arbitrario, cruel, criminal”.⁵⁵ Había “enervado cualquier capacidad de resistencia contra el abuso de la

52 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 77 s.

53 *Ibid.*, 49.

54 *Ibid.*, 78.

55 G. Radbruch, “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, en G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hg.), volumen 3, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, 78.

legislación nacionalsocialista”.⁵⁶ Su nueva⁵⁷ fórmula debía “proteger” a los juristas “frente al retorno de semejante Estado injusto”.⁵⁸ En estas citas se trata tanto del pasado como del futuro. En relación al pasado se pueden encontrar en Radbruch dos tesis: una tesis de la causa (*causal thesis*) y una tesis de la descarga (*exoneration thesis*).⁵⁹ La tesis de la causa dice que el positivismo facilitó el acceso al poder de los nacionalsocialistas en el año 1933. La tesis de la descarga aduce que las sentencias injustas dictadas por un juez en el Tercer Reich con base en leyes injustas no se le pueden “atribuir como culpabilidad personal... precisamente por su educación jurídica positivista”.⁶⁰ Contra ambas teorías se pueden alegar objeciones de peso.⁶¹ Pero eso no será tratado aquí. La aceptabilidad de la fórmula de Radbruch como tesis iusfilosófica no depende de las evaluaciones histórico-jurídicas -correctas o falsas- de Radbruch, sino de si es en general adecuada para contribuir a evitar en algo la injusticia más grave, o sea, si es efectiva. Éste es el aspecto de la protección dirigido al futuro, “frente al retorno de semejante Estado injusto”.⁶²

Hart le ha reprochado a Radbruch “extraordinaria ingenuidad”.⁶³ Sería difícilmente admisible que un concepto no positivista de Derecho “haya de conducir a robustecer la resistencia frente al mal”.⁶⁴ Esta objeción de ineficacia está en gran medida justificada. Para un juez de un Estado injusto no supone una diferencia esencial invocar a Hart y negarse a aplicar una ley extremadamente injusta por razones *morales*, o hacer esto con Radbruch invocando razones *jurídicas*. En ambos casos ha de contar con víctimas personales, y la disposición de hacerse cargo de ellas depende de factores distintos de la definición del concepto de Derecho.

Aun así, existen diferencias desde el punto de vista de la efectividad. Una primera diferencia se hace patente cuando no se aplica al juez individual que mide la injusticia legal según su conciencia, sino a la praxis jurídica.⁶⁵ 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, está disponible, anclada en la praxis jurídica, una argumentación jurídica, y no sólo moral, para hacer frente a los actos de un régimen injusto. Sin embargo, uno no debe hacerse ilusiones sobre las perspectivas de éxito de semejante resistencia. Un régimen injusto más o menos exitoso está en situación de destruir rápidamente el consenso de la praxis jurídica mediante la intimidación individual, transformaciones en lo personal y la recompensa por la disposición de partida. Pero siempre se

56 G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht”, 90.

57 Sobre la relación de la Filosofía del Derecho de Radbruch después de 1945 con la posición positivista -en el resultado- previa a 1933, cfr. S. L. Paulson, “Radbruch on Unjust Laws”, 489 ss.

58 G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht”, 90.

59 S. L. Paulson, “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the ‘Positivist’ Thesis”, *Law and Philosophy* 13, 313 a 314.

60 G. Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts”, en G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hg.), volumen 3, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, 108.

61 Cfr. sobre esto S. L. Paulson, “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the ‘Positivist’ Thesis”, 313 a 314 ss. y R. Dreier, “Die Radbruchsche Formel: Erkenntnis oder Bekenntnis?”, *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter*, H. Mayer (Hg.), Wien, Manz, 1991, 120 ss.

62 G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht”, 90.

63 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separations of Law and Morals”, 74.

64 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 210.

65 Cfr. W. Ott, “Die Radbruch’sche Formel. Pro und Contra”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 335 a 347.

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 la praxis”.⁶⁶

Una vez establecido definitivamente con éxito un Estado injusto, los conceptos de Derecho ya no pueden conseguir gran cosa. Sólo tras el desmoronamiento de tal Estado conducen a diferencias esenciales, como muestra la jurisprudencia alemana después de 1945 y de 1989. Sin embargo, hay un efecto silencioso, no trivial, del concepto no positivista de Derecho, que también puede repercutir en la injusticia legal de un Estado injusto exitosamente establecido. Se puede denominar “efecto de riesgo”. Para un juez o un funcionario de un Estado injusto su propia situación se presenta de forma distinta según tenga ocasión de interpretarla a la luz de un concepto de Derecho positivista o no positivista. Tomemos a un juez que está ante la cuestión de si debería dictar una sentencia penal terrorista que está amparada por la injusticia legal. No es ni un santo ni un héroe. El destino del acusado le importa poco, cuanto más el suyo. Después de todas las experiencias históricas no puede excluir que se desmorone el Estado injusto, y se plantea qué podría suceder entonces con él. Si tiene que admitir que es mayoritaria o generalmente aceptado un concepto de Derecho no positivista, según el cual la norma en la que puede basar su sentencia de terror no es Derecho, corre un riesgo relativamente alto de no poder justificarse más tarde y de que se le demande. El riesgo disminuye si puede estar seguro de que su comportamiento será enjuiciado posteriormente sobre la base de un concepto de Derecho positivista; el riesgo no desaparece totalmente, porque puede promulgarse una ley retroactiva en virtud de la cual se le podrían exigir responsabilidades, pero no es igual de grande. Debido a los problemas de las leyes penales retroactivas en el Estado de Derecho, es en gran medida posible que no se promulgue una ley semejante, y si se promulga, siempre puede intentar defenderse con base en haber actuado según el Derecho entonces vigente. Esto explica que una aceptación mayoritaria o generalizada de un concepto de Derecho no positivista aumente el riesgo de aquellas personas que realizan hechos antijurídicos amparados por la ley en un Estado injusto, o que participan en ellos. Puede llevar a que también en personas que de entrada no vean razón alguna para no participar en la injusticia, o que apreciarían tal participación, surja o se fortalezca un estímulo para sustraerse a la participación en la injusticia, o al menos para moderarla. De este modo, la aceptación mayoritaria o generalizada de un concepto no positivista de Derecho puede tener ya efectos positivos en un Estado injusto.⁶⁷ En general, por tanto, puede decirse que desde el punto de vista de la contención de la injusticia legal, el concepto de Derecho no positivista es preferible al positivista, al menos en algunos aspectos.

c) *El argumento de la seguridad jurídica*

Un tercer argumento contra el concepto no positivista de Derecho aduce que éste pone en peligro la seguridad jurídica. Este argumento, de hecho, afecta a aquellas

66 Se ha objetado que la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho alberga el peligro de una “legitimación no crítica” del Derecho; cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 71. Este peligro es pequeño en la fórmula de Radbruch, ya que sólo le impone un límite extremo al Derecho; cfr. R. Alexy, *Begriff und Geltung*, 82 ss. El verdadero origen de este peligro es la pretensión de corrección necesariamente formulada con el Derecho. Sin embargo, esta pretensión, si se toma en serio, es al mismo tiempo el medio más eficaz de enfrentarse a este peligro.

67 Sin embargo, estos efectos positivos podrían estar acompañados de efectos negativos. La perspectiva de la elite de un régimen injusto de tener que responder ante un tribunal puede fortalecer su resistencia ante la inminente pérdida de su poder. Sin duda aquí dependen muchas cosas de las circunstancias existentes. En general, sin embargo, podría valer que dictadores y tiranos sólo deponen su poder cuando no les queda otro remedio, y que sus ayudantes y esbirros se dejan impresionar tanto más por el efecto de riesgo de la fórmula de Radbruch cuanto más próxima está la hora del ocaso.

variantes del no positivismo que exigen una coincidencia completa entre el Derecho y la moral, esto es, dicen que toda injusticia conduce a la pérdida de la cualidad jurídica. Si además otorgan a cada cual la facultad de no seguir las leyes, invocando su criterio de justicia, el argumento de la seguridad jurídica se fortalece convirtiéndose en el argumento del anarquismo. Pero no es necesario seguir esto, pues ningún no positivista que se tome en serio sostiene opiniones semejantes.⁶⁸ Para Radbruch la seguridad jurídica es un valor de alto rango. Su discurso sobre “graves”⁶⁹ y “tremendos peligros para la seguridad jurídica”⁷⁰ muestra que sabe lo que está en juego. La fórmula de Radbruch no es el resultado de una intuición iusnaturalista o de una reacción emocional ante el nacionalsocialismo, sino el resultado de una minuciosa ponderación entre los tres elementos de los que consta, para Radbruch, la idea de Derecho, que él vincula –a semejanza aquí de la pretensión de corrección– al concepto de Derecho.⁷¹ Estos tres elementos son la justicia, la adecuación y la seguridad jurídica.⁷² En 1932 la ponderación condujo, no para el ciudadano pero sí para el juez, a una “prioridad incondicionada” de la seguridad jurídica frente a la justicia y la adecuación.⁷³ Para llegar a su famosa fórmula después de 1945, Radbruch sólo tuvo que dar otra vuelta de tuerca a este sistema. Surge así el “orden de preferencia” en el que la adecuación se sitúa en “último lugar” y la seguridad jurídica precede en principio a la justicia, lo que concuerda con la antigua concepción positivista de Radbruch. Sólo en el caso extremo de una injusticia insostenible se invierte la relación.⁷⁴ Si existe algo semejante a la injusticia extrema, entonces no sólo es aceptable esa determinación de la relación entre la seguridad jurídica y la justicia, sino que se impone. 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.

d) *El argumento del relativismo*

Con esto todo nos lleva a la pregunta de si existe algo semejante a la injusticia extrema. Hart ha observado que sólo de que los principios morales sean “racionalmente defendibles” o “descubribles” no se deriva aún nada para el concepto de Derecho.⁷⁵ Que esto sea acertado es algo que ha de ponerse aquí en tela de juicio.⁷⁶ De todos modos, lo contrario es correcto. Si todas las decisiones de justicia no fuesen otra cosa que la mera expresión de emociones, decisiones, preferencias, intereses o ideologías, esto es, si correspondiesen a la tesis del relativismo radical y del subjetivismo, poco dirían en favor de un concepto no positivista de Derecho. En ese supuesto la fórmula de Radbruch no sería otra cosa que la autorización al juez, en casos en los que sus convic-

68 Esta podría ser la razón por la que Hart habla de un “riesgo de anarquía”, que los autores más antiguos como Bentham y Austin “bien podrían haber sobreestimado”; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 211.

69 G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht”, 90.

70 G. Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts”, 108.

71 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 255; del mismo, “Gesetzliches Unrecht”, 89.

72 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 302.

73 Ibid. 315 s.

74 G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht”, 88 s.

75 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 84.

76 Radbruch es de otra opinión; cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 312: “Sin duda: si el fin del Derecho y los medios necesarios para su alcance fuesen científicamente cognoscibles de forma nítida, sería obligada la conclusión de que, ante este Derecho natural una vez reconocido por la ciencia, debería desaparecer la validez del Derecho positivo desviado, como el error desenmascarado ante la verdad descubierta; para la validez de Derecho demostradamente injusto no es posible idear una justificación.”

ciones subjetivas se viesen afectadas de modo especialmente intenso, para decidir en contra de la ley.⁷⁷ Por ello el no positivismo presupone una ética no relativista al menos rudimentaria.

No es posible analizar aquí el problema de la posibilidad de fundamentación de los juicios morales o de la objetividad del conocimiento moral. Al relativismo radical sólo se le puede oponer en este lugar una tesis y su ilustración mediante dos ejemplos. La tesis dice que las sentencias sobre la injusticia extrema representan auténticas sentencias que son susceptibles de una fundamentación racional y, por tanto, tienen un carácter cognitivo y objetivo.⁷⁸ Los dos ejemplos son las resoluciones anteriormente presentadas respecto de la injusticia nacionalsocialista y de las muertes en la frontera interna alemana.

El Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre la pérdida de la nacionalidad, fundamenta la aplicabilidad de la fórmula de Radbruch en que

“el intento de eliminar, según criterios ‘racistas’, física y materialmente determinadas partes de la propia población, incluidas las mujeres y los niños”

contradice “insoportablemente” la justicia⁷⁹, o sea, representa extrema injusticia. Este ejemplo es decisivo. Por supuesto puede plantearse la pregunta subsiguiente de por qué la eliminación de partes de la propia población por razones racistas es injusticia extrema. Pero esta pregunta se aproximaría a lo que Radbruch denomina “escepticismo intencionado”.⁸⁰ Por ello aquí se aceptará que hay un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa injusticia extrema.⁸¹

Si se acepta esto, entonces se habrá rebatido en principio la objeción de relativismo. Naturalmente con ello aún no se ha dicho nada sobre la medida o el alcance de la refutación. Los casos de los guardianes del muro lo muestran claramente. Al contrario que en el exterminio de los judíos en el Tercer Reich, en las muertes en la frontera interna alemana se discute con seriedad si representan injusticia extrema.⁸² El mero hecho de esta discusión muestra que, en estos casos, la pregunta de si se está ante injusticia extrema no puede decidirse basándose en pruebas, sino sólo con la ayuda de argumentos. Aquí no se trata sólo de la muerte de un ser humano en una frontera. A ello hay que añadir que esa muerte se ocasionó porque el fugitivo quería abandonar un país en el que, por voluntad del poder político, debía permanecer toda su vida bajo circunstancias que no quería y que probablemente detestaba. Incluso esto puede no ser suficiente para la injusticia extrema. Sin embargo, si en tercer lugar se añade que en el sistema político del que quería huir el fugitivo no existía la posibilidad de modificar las circunstancias mediante una discusión pública libre y una oposición política, algo habla en favor de catalogar la muerte de los seres humanos, casi siempre jóvenes, en el muro de Berlín y en la línea fronteriza que dividió Alemania hasta 1989 como extrema injusticia.

77 Cfr. sobre esto N. Hoerster, “Zur Verteidigung des Rechtspositivismus”, *Neue Juristische Wochenschrift* 39, 2480 a 2482.

78 Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, 261 ss.

79 BVerfGE 23, 98 (106).

80 G. Radbruch, “Fünf Minuten”, 79.

81 Para un intento de fundamentación de ese supuesto cfr. R. Alexy, “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, 127.

82 Cfr. sobre esto R. Alexy, *Mauerschützen*, 23 s.

Fuller ha objetado a Radbruch que su recurso a cualquier “Derecho superior” era superfluo.⁸³ Con ello Fuller se refiere a lo que Radbruch denomina el “Derecho suprallegal”, y que especifica, sobre todo, como derechos humanos.⁸⁴ En lugar de aplicar tales medidas sustanciales, Fuller propone dar entrada a su moral interior o interna del Derecho, esto es, a sus principios de la legalidad:

“Para mí no hay nada sorprendente en decir que una dictadura que se reviste con el ropel de las formas legales puede alejarse hasta tal punto de la moral del orden, de la misma moralidad interna del Derecho, que deja de ser un sistema jurídico.”⁸⁵

Fuller relaciona esto de forma expresa también con “la nulidad de... las leyes”⁸⁶, esto es, con leyes individuales, y opera, como Radbruch, con un umbral que hay que pasar: “alejarse hasta tal punto”. Por tanto, se puede hablar de una versión fulleriana de la fórmula de Radbruch. Esta versión tiene la ventaja de que los principios de la legalidad de Fuller, como por ejemplo el mandato de publicidad, el mandato de interdicción de la retroactividad y el mandato de sometimiento a la ley,⁸⁷ le ofrecen a la objeción de relativismo una posibilidad de ataque bastante más reducida que las medidas sustanciales directamente orientadas a la justicia de Radbruch. Además, coincide también 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. El 11.º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941, del que se trata en los dos casos reseñados anteriormente sobre la injusticia nacionalsocialista, se promulgó⁸⁸ y se publicó conforme al ordenamiento⁸⁹ en virtud de una habilitación contenida en el parágrafo 3 de la Ley de ciudadanía del Reich de 15 de septiembre de 1935.⁹⁰ La Ley de ciudadanía del Reich, que reserva expresamente la nacionalidad del Reich a nacionales “de sangre alemana o afín”, es decir, ya completamente en la línea del 11.º Decreto, fue aprobada unánimemente por el Reichstag. El 11.º Decreto es claro y terminante, y fue seguido por los organismos oficiales del Tercer Reich. Es verdad que contiene ciertos elementos de retroactividad, porque con su entrada en vigor privaba también de la nacionalidad y del patrimonio a los judíos que habían emigrado antes de su entrada en vigor, pero ésta es una forma de retroactividad relativamente débil. Se agota en sí misma, ya que, desde un momento determinado, se asocian a unas determinadas consecuencias jurídicas unos hechos ininterrumpidos y que se remontan hasta el pasado. Esto no es suficiente como tal para la nulidad.

Por consiguiente, no es en último término la forma de la regulación sino su sustancia, su extrema injusticia, la que conduce a la nulidad. Los criterios de Fuller, por tanto, pueden completar la fórmula de Radbruch, pero no sustituirla. Esto vale también para el parágrafo 27, apartado 2 de la Ley de Frontera de la R. D. A., de la que se trata en los casos de los guardianes del muro.

83 L. L. Fuller, “Positivism and the Fidelity to Law”, 630 a 659.

84 G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht”, 90; del mismo, “Fünf Minuten”, 79.

85 L. L. Fuller, “Positivism and the Fidelity to Law”, 630 a 660.

86 Ibid.

87 Cfr. L. L. Fuller, *The Morality of Law*, 39.

88 Se puede cuestionar si la declaración de caducidad del patrimonio del parágrafo 3 apartado 1 del 11.º Decreto aún es algo que pertenezca al ámbito de la nacionalidad del Estado y del Reich, y está por ello amparada por la autorización para la promulgación del Decreto. Se pueden alegar argumentos tanto a favor como en contra de cuál podría haber sido el motivo de que el Tribunal Constitucional dejase abierta esta cuestión (BGHZ 16, 350 (353)). Por el contrario el parágrafo 2 del 11.º Decreto está claramente comprendido por la autorización.

89 RGBL. I p. 722.

90 RGBL. I p. 1146.

e) El argumento de la democracia

El argumento de la democracia está estrechamente emparentado con el argumento de la seguridad jurídica y el del relativismo. Dice que el concepto de Derecho no positivista alberga el peligro de que los jueces, invocando la justicia, se opongan a decisiones del legislador democráticamente legitimado.⁹¹ Como en este caso se trata de una injerencia del poder judicial en el ámbito del legislativo, esta objeción puede ser formulada también como la objeción de la división de poderes. Cuando se trata, como en los casos aquí examinados, del Derecho de dictaduras que no conocen ni la democracia ni la división de poderes, esta objeción carece de sentido. Pero también puede ser inválida por completo. La fórmula de Radbruch sólo abarca la extrema injusticia. Tiene eficacia únicamente en un núcleo esencial. El control por parte de la jurisdicción constitucional de las violaciones de derechos fundamentales en los Estados democráticos constitucionales va mucho más allá en cuanto a su contenido. Quién aduzca un argumento de la democracia o de la división de poderes contra la fórmula de Radbruch debería, por esa razón, rechazar cualquier vinculación del legislador a los derechos fundamentales controlable judicialmente.

f) El argumento de la innecesidad

Radbruch,⁹² Fuller⁹³ y Hart⁹⁴ están de acuerdo en que es preferible una ley retroactiva a la aplicación de la fórmula de Radbruch por el juez. Se podría incluso dar un paso más allá, y decir que la fórmula de Radbruch 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 la posibilidad de que el nuevo legislador -por las razones que sean- fuese completamente inactivo o simplemente insuficientemente activo. El caso anteriormente expuesto del depósito de valores de la emigrante judía muestra esto con total claridad. Si se dejase decidir al legislador si ella puede exigir la restitución de su propiedad, y aquél permaneciese inactivo, se le exigiría a ella soportar una vulneración de sus derechos basada en una injusticia extrema. Por tanto hay casos en que la fórmula de Radbruch es necesaria para garantizar los derechos fundamentales, lo que exige la pretensión de corrección. En el caso resuelto se había promulgado una ley de restitución. Ésta preveía un plazo para el ejercicio del derecho de restitución que había prescrito para la emigrante retornada a Alemania. El Tribunal Supremo Federal barrió esto con la fórmula de Radbruch, y evitó así que se le negase la restitución a la emigrante en virtud de la ley de restitución.⁹⁵ Este ejemplo muestra que el respeto a los derechos de los ciudadanos exige la fórmula de Radbruch.

g) El argumento de la honradez

El argumento de la honradez dice que en los casos penales la fórmula de Radbruch lleva a eludir el principio *Nulla poena sine lege*. Hart ilustra este argumento con el caso, resuelto en el año 1949 por el Tribunal Superior Territorial (*Oberlandesgericht*) de Bamberg, de una mujer que quería librarse de su marido y que con tal finalidad lo denunció en 1944 a las autoridades por manifestaciones despectivas sobre Hitler. El mari-

91 Cfr. I. Maus, "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", *Rechtstheorie* 20, 191 a 193: "Se puede abusar fácilmente del argumento moral como sucedáneo de la democracia".

92 G. Radbruch, "Die Erneuerung des Rechts", 108.

93 L. L. Fuller, "Positivism and the Fidelity to Law", 630 a 631.

94 H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 76.

95 BGHZ 16, 350 (355 ss.).

do fue condenado a muerte, pero después no fue ejecutado sino enviado al frente. El Tribunal Superior Territorial catalogó el comportamiento de la mujer, que no había sido antijurídico según el Derecho del Tercer Reich, como antijurídico, porque había “quebrantado el sentimiento de equidad y de justicia de todos los que piensan decentemente”⁹⁶, y la condenó por detención ilegal. Hart, por el contrario, objeta:

“Había, por supuesto, otras dos posibilidades. Una era dejar que la mujer se fuera sin castigo; uno puede comprender y aprobar la perspectiva de que ésta hubiese sido una mala solución. La otra era encarar el hecho de que si la mujer tenía que ser castigada debería serlo merced a la adopción de una ley manifiestamente retroactiva, y con plena conciencia de lo que se sacrificaba asegurando su castigo de ese modo. Por detestables que puedan ser la legislación penal y el castigo retroactivos, haber perseguido esto abiertamente hubiese tenido al menos el mérito de la honradez.”⁹⁷

El argumento de la honradez es el argumento más fuerte contra la fórmula de Radbruch. 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. 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 el camino inverso, que consiste en 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. Por supuesto, esto es una modificación desde el punto de vista de la facticidad, y precisamente éste 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”. Se causaría la impresión de que

“todos los valores que en el fondo apreciamos encajan en un solo sistema, para que ninguno tenga que ser sacrificado o comprometido para acomodar a otro.”⁹⁸

96 OLG Bamberg, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1950, 207.

97 H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 76.

98 *Ibid.*, 77.

De hecho, se puede abusar de este modo de la fórmula de Radbruch.⁹⁹ Sin embargo, la posibilidad del abuso no significa, como siempre, su necesidad. En el propio Radbruch no se encuentra nada de una armonía simulada. Es al contrario. Se habla de antinomias,¹⁰⁰ conflictos¹⁰¹ y “tremendos peligros”.¹⁰² Radbruch tenía claro que su fórmula trata de la elección entre dos males, y no hizo lo más mínimo para disimularlo. El que la jurisprudencia puede seguir esta línea lo muestra sobre todo la sentencia sobre los guardianes del muro del Tribunal Constitucional Federal. A pesar de algunas molestias¹⁰³, 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.¹⁰⁴ Si esto no se diluye en innecesarias construcciones adicionales, no se le puede reprochar falta de honradez a la aplicación de la fórmula de Radbruch.

Con esto concluye la consideración de los siete argumentos. Ha mostrado que en la discusión sobre la fórmula de Radbruch entran en juego numerosos puntos de vista. La mayoría de las objeciones han podido ser rebatidas. Si ante este telón de fondo se pondera la confianza de un autor activo en un Estado injusto en una causa de justificación duradera por la injusticia legal en la que se apoyan sus hechos frente a los derechos de las víctimas y, precisamente por el efecto de riesgo, también frente a las víctimas futuras, hay muchos argumentos a favor de no concederle ya más protección a la confianza del autor si se traspasó el umbral hacia la extrema injusticia. Por consiguiente, la fórmula de Radbruch también puede ser aceptada en el ámbito del Derecho penal.¹⁰⁵

99 Cfr. sobre esto R. Alexy, *Mauerschützen*, 30; del mismo, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Vanderhoeck & Ruprecht, 1997, 19 ss.

100 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 302.

101 G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht”, 89.

102 Ibid., 90. Cfr. sobre esto L. L. Fuller, “Positivism and the Fidelity to Law”, 630 a 655 s.

103 Cfr. R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, 19 ss.

104 BVerfGE 95, 96 (130, 133).

105 La fórmula de Radbruch conduce a la antijuridicidad del hecho. La cuestión de la culpabilidad individual, sin la que no cabe una condena, no se responde aún con esto. El Tribunal Supremo Federal, en su primera sentencia sobre los guardianes del muro, caracteriza acertadamente el problema como “muy difícil”, pero simplemente del carácter extremo de la injusticia concluye su obviedad para los soldados fronterizos; cfr. BGHSt 39, I (34). Esta conclusión es problemática; cfr. R. Alexy, *Mauerschützen*, 36 ss. El Tribunal Constitucional Federal se decanta claramente contra esta conclusión. Destaca que la obviedad de la injusticia no se puede fundamentar únicamente en la existencia objetiva de la extrema injusticia; BVerfGE 95, 96 (142). Pero luego el Tribunal se queda a medio camino, puesto que admite la conclusión del Tribunal Supremo Federal de la extrema injusticia objetiva por su evidencia subjetiva; cfr. R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts*, 35 ss. Algunos datos hacen pensar que a muchos soldados fronterizos jóvenes les faltaba, por su educación y su entorno, la posibilidad, la capacidad de figurarse, de reconocer de forma tan clara la injusticia extrema de su actuación, de modo que haya que afirmar su culpabilidad. En ese caso, a pesar de la antijuridicidad de su actuación originada por la fórmula de Radbruch, no sólo no tendrían que haber sido castigados levemente, sino que tendrían que haber sido absueltos; cfr. R. Alexy, *Mauerschützen*, 24 s., 36 ss. Otra cosa son sus superiores. Entretanto, el Tribunal Supremo Federal ha resuelto en este sentido el caso de la muerte a tiros de un desertor armado en la frontera de Berlín; cfr. BGHSt 42, 356 (362).