

“LEY Y JUSTICIA EN CONFLICTO. LA FÓRMULA DE RADBRUCH EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL”

Dr. Carsten Bäcker
Habilitado en Filosofía del Derecho
y Derecho Público
Universidad Christian Albrechts de Kiel

La cuestión de la prioridad de la ley o la justicia es una formulación de la polémica sobre el positivismo jurídico. Los tribunales han de dar respuesta a esta pregunta cuando reconocen la existencia de un conflicto entre el Derecho positivo y las exigencias de la justicia suprapositiva. El Tribunal Constitucional Federal se enfrentó en algunas de sus resoluciones a la polémica sobre el positivismo jurídico. Respondió en particular con la fórmula de Radbruch. La fórmula de Radbruch supone un intento de resolver la polémica del positivismo jurídico mediante el establecimiento de una relación de prioridad entre ley y justicia.

En esta investigación se analizarán en detalle, aunque con la brevedad que corresponde, aquellas resoluciones en las que el Tribunal Constitucional Federal recurrió a la fórmula de Radbruch de manera explícita o implícita, con la polémica del positivismo jurídico de fondo. Centraremos nuestra atención en una resolución concreta: la sentencia sobre los centinelas del muro del Tribunal Constitucional Federal en 1996. Hasta la actualidad, esta sentencia ha supuesto el último recurso del Tribunal Constitucional Federal a la fórmula de Radbruch.

A. LA FÓRMULA DE RADBRUCH

Antes de analizar las resoluciones convendría recordar brevemente la fórmula de Radbruch. La fórmula de Radbruch supone la forma más concisa de retomar la relación entre ley y justicia que haya producido nunca la literatura filosófico-

jurídica¹. Su formulación más conocida la ofreció Radbruch en 1946 con estas palabras²:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto en cuanto al contenido [...], a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley deba ceder como “Derecho incorrecto”.

Con la denominada fórmula de la intolerabilidad³, Radbruch atribuye al Derecho positivo asegurado “por la promulgación y la fuerza”, y definido por ello, una preeminencia sobre la justicia material. Esta relación de prioridad se invierte cuando el Derecho positivo contraviene la justicia de una manera intolerable, esto es, cuando es extremadamente injusto.

Radbruch parte de la base de que la intolerabilidad de la contradicción de las leyes positivas con la justicia, que en cierto sentido constituye el objeto de la fórmula de intolerabilidad, no se puede determinar de manera clara e inequívoca. Esto se demuestra por el hecho de que él añade otra formulación estereotipada a la fórmula de la intolerabilidad⁴:

Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; 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

¹ Véase *Kaufmann*, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre*, p. 119, quien declaró en 1991 “que hasta el momento no se había encontrado una fórmula mejor para el problema de la ‘injusticia legal’”.

² *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, p. 107; se omite aquí y en las citas siguientes la referencia a la adecuación a fin del Derecho, que no se aborda en el presente estudio.

³ Por primera vez, *Schumacher*, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, p. 24, nota a pie de p. 84, se atiende a la distinción obvia entre una fórmula de intolerabilidad y una fórmula de negación. Esta terminología ha terminado por imponerse; cfr. por ejemplo *Adachi*, *Die Radbruchsche Formel*, p. 80, nota a pie de p. 8, con otras argumentaciones.

⁴ *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, p. 107.

positivo, ahí la ley no solo es Derecho incorrecto, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica. Porque solo es posible definir el Derecho, incluso el Derecho positivo, como un orden que está destinada por definición a servir a la justicia.

Según esta segunda formulación, conocida como la fórmula de la negación⁵, la contradicción de las leyes positivas con la justicia debe ser en todo caso intolerable cuando con el establecimiento de las leyes no se pretende la justicia en lo más mínimo, y desde luego cuando con ello la igualdad, concebida como núcleo de la justicia, es negada conscientemente. Esta injusticia legal intencionada no solo sería Derecho incorrecto, sino que carecería de naturaleza jurídica; por tanto, no sería Derecho.

La fórmula de Radbruch es concisa. Establece una relación directa entre el Derecho y la validez del Derecho positivo con la justicia. Se otorga prioridad a la seguridad jurídica condicionada al mantenimiento de un grado mínimo de justicia material, al menos desde la perspectiva del legislador. No obstante, esta relación se da en dos niveles, que se hacen patentes al representar la fórmula de Radbruch a modo de un eje de la justicia⁶:

Derecho correcto	Derecho incorrecto	No-Derecho	
----->			Injusticia
Derecho legal válido	Derecho legal no válido		

El primer nivel de la fórmula de Radbruch se sitúa por encima del eje de la justicia. Se trata del nivel del concepto de Derecho. Conforme a él, las leyes pueden representar el Derecho correcto, el Derecho incorrecto o el no-Derecho, dependiendo de la coincidencia de su contenido con la justicia. Resulta de especial interés el caso del Derecho incorrecto. El Derecho incorrecto puede tanto “mantener su validez pese al contenido incorrecto”, según la fórmula de la negación, como “ceder ante la justicia en tanto que derecho incorrecto e intolerablemente injusto desde el punto de vista del contenido”, según la fórmula de la intolerabilidad, es decir, dejar de ser válido

⁵ Cfr. *Alexy*, *Mauerschützen*, p. 3 nota a pie de p. 3.

⁶ Cfr. *Bäcker*, *Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit*, pp. 34-36.

como consecuencia de su contenido incorrecto. Esta distinción entre Derecho incorrecto todavía válido y ya no válido está representada en el lado inferior del eje de la justicia.

Radbruch aborda en la fórmula de Radbruch tanto la cuestión del concepto de Derecho como la cuestión de la validez jurídica. Vale la pena señalar que la injusticia intencionada calificada como no-Derecho según la fórmula de la negación no es para Radbruch identificable con el Derecho incorrecto, que debe ceder ante la justicia a causa de su injusticia. Por ello, Radbruch diferencia en su fórmula no solo la cuestión del concepto de Derecho de la cuestión de la validez jurídica; pone además el Derecho y la justicia en una relación conceptual que no es equiparable con la relación de validez.

A los efectos de la presente investigación no es necesario analizar con más detalle esta particularidad⁷. La afirmación esencial de la fórmula de Radbruch en relación con la cuestión del positivismo es evidente: se puede negar el carácter jurídico y la validez jurídica de las normas jurídicas positivas en caso de injusticia material. La aplicación de la fórmula, es decir, el rechazo de leyes injustas en cuanto al contenido, compete a los tribunales.

B. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

En la jurisprudencia alemana se recurrió en repetidas ocasiones a la fórmula de Radbruch, tanto en la jurisdicción constitucional como sobre todo al margen de ella⁸. La fórmula satisfizo la necesidad imperiosa de la justicia alemana de justificar la urgencia absoluta de la declaración de nulidad de determinadas leyes y resoluciones judiciales nacionalsocialistas desde el punto de vista jurídico e iusfilosófico, en especial poco después de la superación del nacionalsocialismo.

⁷ En mi opinión, en la distinción entre concepto de Derecho y validez jurídica radica la clave para una categorización coherente de las distintas concepciones de las relaciones entre Derecho y justicia. No nos podemos extender más aquí; cfr. como complemento *Bäcker*, *Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit*, pp. 37 y ss.

⁸ Cfr. un resumen, por ejemplo, en *Schumacher*, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, pp. 69-102; *Vassalli*, *Radbruchsche Formel und Strafrecht*, pp. 51-115.

A diferencia del Tribunal Supremo Federal, el Tribunal Constitucional Federal se vio en muy pocas resoluciones ante la tesitura procesal de ocuparse de la superación de las injusticias nacionalsocialistas. Sin embargo, la fórmula de Radbruch tiene un lugar asegurado en las principales consideraciones teórico-jurídicas del Tribunal. Esto no se atribuye solamente a la superación del pasado nacionalsocialista, puesto que el recurso a la fórmula de Radbruch no se limita temporalmente a la primera década de jurisprudencia constitucional. Se recurrió a la fórmula de Radbruch sobre todo tras el desmoronamiento de la República Democrática Alemana, en el marco de los denominados casos de los centinelas del muro. Con esta referencia tardía a la fórmula de Radbruch, la jurisprudencia marcó un resurgimiento de esta fórmula en la Filosofía del Derecho alemana.

A causa de su especial significación para la recepción de la fórmula de Radbruch en el debate actual acerca del conflicto entre ley y justicia, a continuación se describirá de manera pormenorizada la sentencia de los centinelas del muro (II.). Para empezar, se revisarán aquellas resoluciones en las que el Tribunal Constitucional Federal había recurrido anteriormente a la fórmula de Radbruch o al menos a sus principales planteamientos (I.).

I. Injusticia nacionalsocialista

Al margen de la sentencia sobre los centinelas del muro, el Tribunal Constitucional Federal tuvo en cuenta la fórmula de Radbruch, ya sea de forma explícita o implícita, en cinco resoluciones contenidas en la recopilación oficial. En la mayoría se trató del tratamiento de actos jurídicos nacionalsocialistas que se consideraban una injusticia.

En el primer caso, resuelto en 1953⁹, se trataba de si el Derecho nacionalsocialista de la función pública, en cuanto injusticia legal, habría tenido validez alguna vez. De esta cuestión dependía la valoración de las relaciones de servicio de los funcionarios del Estado nacionalsocialista conforme al artículo 131 de la Ley Fundamental (LF) en la versión entonces vigente, esto es, la cuestión de si y en qué medida las relaciones de servicio formalizadas

⁹ Trib. Const. Fed. 3, 58 – G131.

durante el Nacionalsocialismo se podían regular al margen del Derecho general de la función pública. Para ello, el Tribunal Constitucional Federal alude a las consideraciones de la fórmula de Radbruch¹⁰:

Ciertamente el Derecho establecido por el Nacionalsocialismo puede representar aquí, al igual que en otros ámbitos, una “injusticia” en un sentido superior, filosófico. Con todo, sería un planteamiento muy poco realista ampliar estas ideas desde la perspectiva del Derecho positivo para considerar este Derecho (formal) como nulo *ex post* y dar lugar a la consiguiente transformación del estatus del funcionario como inexistente. Una interpretación semejante pasaría por alto que existe además una validez “sociológica” de las disposiciones jurídicas, que únicamente perdería su significado cuando tales disposiciones contradijeran de modo tan evidente los principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o reconocer sus consecuencias pronunciaría no-Derecho en lugar de Derecho. En este caso no se alcanza tal límite de validez extremo; la legislación nacionalsocialista en el ámbito del Derecho de la función pública fue promulgada conforme a los principios constitucionales que el propio “Tercer Reich” había establecido, fue aceptada por los miembros de la comunidad jurídica (incluso con la aprobación interna de las personas directamente implicadas) y se mantuvo durante años sin resistencia alguna. Los hechos con relevancia jurídica así creados y principalmente los destrozos jurídicos no se pueden dejar de lado simplemente como impedimentos fácticos a la validez del “Derecho real” para luego hacer como si nada hubiera sucedido. Por razones de seguridad jurídica, solo pueden ser reemplazados por nuevas medidas legislativas.

El Tribunal Constitucional Federal reconoce de este modo la posibilidad de que el juez ya no deba cumplir el Derecho positivo si existe una “contradicción evidente con los principios fundamentales de la justicia que dominan todo derecho formal”. Declara asimismo que este umbral no se alcanza en el

¹⁰ Trib. Const. Fed. 3, 58, 118 y ss.

Derecho de la función pública, y por lo tanto solo se trata de Derecho incorrecto que, pese a todo, sigue siendo válido¹¹.

En el segundo caso, resuelto solo un día después por la misma Sala¹², el Tribunal Constitucional Federal eligió un enfoque que se aproxima aún más a la fórmula de Radbruch. No obstante, aquí el Tribunal no debía decidir sobre las consecuencias legales de actos jurídicos nacionalsocialistas, sino sobre si la norma constitucional del artículo 117, párrafo 1 LF debía “declararse nula por vulneración de normas [...] de rango superior [...]”¹³. Según el artículo 117, párrafo 1 LF, las normas del Derecho civil que contravenían la igualdad de derechos, y por tanto contrarias a la Constitución, mantenían su validez durante un período transitorio. En un proceso de control normativo el órgano jurisdiccional interpretó como normas de rango superior las “normas más relevantes de la seguridad jurídica y la separación de poderes”¹⁴. En el segundo apartado de esta resolución, el Tribunal Constitucional Federal aplica los planteamientos de la fórmula de Radbruch también a las normas constitucionales¹⁵:

Así pues, una norma constitucional puede considerarse nula si ignora postulados básicos de justicia [...] de un modo absolutamente intolerable.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal sitúa los postulados de justicia en el Derecho constitucional, debido a la peculiaridad de la causa sobre la que debía pronunciarse. Tal y como demuestra la expresión omitida en la cita, se trataría de aquellos postulados de justicia “que pertenecen a las decisiones fundamentales mismas de esta Constitución”¹⁶. No obstante, precisamente esto no equivale a la auténtica concepción de la fórmula de Radbruch. Su criterio son los postulados de justicia más allá del Derecho positivo, que son también

¹¹ Resulta interesante para la Filosofía del Derecho la separación clara entre un concepto filosófico de injusticia y un concepto sociológico de validez. En este sentido, el Tribunal parece reconocer también una diferencia entre la relación de validez y la relación conceptual de derecho y justicia.

¹² Trib. Const. Fed. 3, 225 – Igualdad de derechos.

¹³ Trib. Const. Fed. 3, 225, 230.

¹⁴ Trib. Const. Fed. 3, 225, 231.

¹⁵ Trib. Const. Fed. 3, 225, apartado 2.

¹⁶ Trib. Const. Fed. 3, 225, apartado 2.

independientes del Derecho constitucional. A pesar de ello, el Tribunal se refiere expresamente a la fórmula de Radbruch en la fundamentación de su decisión¹⁷.

En la tercera resolución y en las dos que se analizan a continuación, el Tribunal se ocupó nuevamente de los actos jurídicos del Nacionalsocialismo. En la sentencia sobre la Gestapo de 1957¹⁸, el Tribunal Constitucional Federal profundiza y defiende su jurisprudencia sobre la Ley de transposición del artículo 131 LF (G 131) que acabamos de ver. La Sala Primera declara la pérdida de eficacia vinculante del Derecho nacionalsocialista en esta ocasión con estas palabras¹⁹:

Las declaraciones sobre la eficacia de las normas legales que confirieron al estatuto del funcionario su carácter excepcional durante el régimen nacionalsocialista presuponen lógicamente que las disposiciones legales, incluyendo las “florituras” nacionalsocialistas, podrían tener en efecto eficacia jurídica. El Tribunal Constitucional Federal así lo aprobó. No ha pasado por alto que durante el “Tercer Reich” el fundamento de la legislación gubernamental, la denominada Ley de habilitación, valorada desde su situación jurídica en aquel momento, suscita dudas muy importantes en cuanto a su eficacia constitucional. Tampoco ha pasado por alto que durante la dictadura nacionalsocialista se promulgaron leyes con un grado tan elevado de injusticia y perjuicio al bien común que se les debe negar cualquier validez como Derecho (cfr. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., p. 336)²⁰.

En la fundamentación de su decisión, el Tribunal Constitucional Federal legitima la prioridad básica de la seguridad jurídica sobre la justicia, que también reconoce la fórmula de Radbruch²¹:

¹⁷ Véase Trib. Const. Fed. 3, 225, 232 y s.

¹⁸ Trib. Const. Fed. 6, 132 – Gestapo.

¹⁹ Trib. Const. Fed. 6, 132, 198.

²⁰ La cita hace referencia a la cuarta edición de la Filosofía del Derecho de Radbruch (*Rechtsphilosophie*) publicada póstumamente, en cuyo anexo se incluyó el ensayo “Injusticia legal y Derecho suprallegal”.

²¹ Trib. Const. Fed. 6, 132, 198 y s.

Sin embargo, no todas las leyes que fueron promulgadas por el Gobierno nacionalsocialista se pueden tratar como ineficaces sin revisar primero su contenido y responder a la pregunta de si aún son consideradas por los afectados como Derecho válido. Aceptar esto supondría ignorar que incluso una legislación injusta y rechazable con arreglo a una interpretación revisada puede cobrar validez a través de su elemento inherente de orden; al menos aporta seguridad jurídica, y por ello, siempre que se mantenga dentro de ciertos límites, representa para los afectados el mal menor frente a un absoluto caos jurídico. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal aceptó que la legislación nacionalsocialista, si no ha establecido una injusticia manifiesta y por ende carece de todo efecto, no se debe considerar como un ordenamiento jurídico legítimo de origen, pero sí en virtud de su “obligatoriedad sociológica”, y no se puede arrinconar y anular después solo como un impedimento real a la validez del verdadero Derecho.

Aquí el Tribunal Constitucional Federal dota de un cariz especial a la fórmula de Radbruch. Una norma individual también podría tener validez “sociológicamente” aun cuando el propio ordenamiento jurídico sea ilegítimo. En consecuencia, no basta que una ley proceda de una legislación ilegítima; se ha de examinar cada norma individual desde la perspectiva de su contenido²².

La cuarta resolución, que no llegó hasta 1968²³, retoma las resoluciones ya presentadas²⁴. El Tribunal Constitucional Federal reconoce una vez más de manera expresa la fórmula de Radbruch en su declaración teórico-jurídica nuclear, a saber, la invalidez de leyes extremadamente injustas²⁵. El Tribunal se declara asimismo competente para negar a una ley su validez como consecuencia de su extrema injusticia. En concreto, el Tribunal consideró el undécimo Decreto sobre la Ley de Ciudadanía del Reich del 25 noviembre

²² Claramente, Trib. Const. Fed. 6, 389, 414 y ss. (Segunda Sala): “Por consiguiente, en las leyes y reglamentos que han sido promulgados sobre la base de la Ley de habilitación se debe verificar si podrían haber dejado de ser aplicables debido a su contenido”.

²³ Trib. Const. Fed. 23, 98 – Expatriación.

²⁴ Cfr. Trib. Const. Fed. 23, 98, 106.

²⁵ La fórmula también se incorporó en los apartados de la resolución, cfr. apartados 1-3, Trib. Const. Fed. 23, 98, 98 y s.; además, *Schumacher*, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, pp. 83 y s.

1941, que habría sido un medio para “aniquilar a los judíos perseguidos a ser posible también más allá de los límites del ámbito de influencia nacionalsocialista”²⁶. El Tribunal calificó esta regulación como tan intolerablemente injusta que debería considerarse nula desde el principio:

El undécimo Decreto vulneró estos principios fundamentales. En él, la contradicción con la justicia alcanza una medida tan intolerable que debe considerarse nulo desde el principio.

Con ello, el Tribunal Constitucional Federal declara como nula desde el principio una ley y los actos jurídicos promulgados con base en dicha ley. Atendiendo a la diferenciación señalada al principio entre la relación conceptual y la relación de validez, queda sin aclarar si el Tribunal Constitucional Federal niega exclusivamente la validez jurídica o también el carácter jurídico del undécimo Decreto. Tampoco se aclara lo que aquí solo se puede insinuar: si en esta resolución el Tribunal aplicó realmente la fórmula de Radbruch o si, por el contrario, citó la fórmula de Radbruch únicamente como argumento para interpretar el artículo 116 párrafo 2 LF que había sido invocado.

La quinta y última resolución en esta sección es una continuación de la cuarta. En 1980²⁷ el Tribunal Constitucional Federal tuvo que decidir sobre la cuestión de si la pérdida de la nacionalidad a causa de las leyes nacionalsocialistas, en especial el undécimo Decreto, que tras la primera resolución sobre la pérdida de la nacionalidad del Tribunal Constitucional Federal -nuestro cuarto caso- debe considerarse nula, carecía de relevancia jurídica. Así las cosas, se consideraría que los expatriados nunca habían perdido su nacionalidad.

El Tribunal Constitucional Federal aportó a esta cuestión una solución más bien complicada y no exenta de contradicciones. Como conclusión manifestó que una pérdida de nacionalidad que debida a leyes y actos jurídicos nulos de las autoridades nacionalsocialistas era, por tanto, igualmente nula, no debía ser considerada nula por las autoridades federales en tanto careciese de la correspondiente manifestación de voluntad del afectado²⁸:

²⁶ Trib. Const. Fed. 23, 98, 106.

²⁷ Trib. Const. Fed. 54, 53 – Expatriación II.

²⁸ Trib. Const. Fed. 54, 53, 70.

Si un ciudadano perseguido no hace uso de la posibilidad de reivindicar la nacionalidad alemana, no será considerado como alemán por la República Federal de Alemania. Esto significa que su nacionalidad alemana no se podrá hacer valer en las relaciones jurídicas en el territorio de la República Federal de Alemania.

II. La sentencia de los centinelas del muro

Tras estas primeras impresiones sobre la existencia de la fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, conviene examinar ahora con cierto detenimiento la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1996 sobre los centinelas del muro²⁹. La sentencia de la Sala Segunda tenía por objeto la punibilidad de ciudadanos de la RDA por el asesinato de fugitivos en la frontera interior alemana.

La sentencia de los centinelas del muro fue discutida ampliamente, no solo desde la perspectiva iusfilosófica, sino también desde la perspectiva jurídico-penal³⁰ y jurídico-estatal. La clave del debate radicaba en que el Tribunal Constitucional Federal limitaba expresamente la prohibición de retroactividad amparada constitucionalmente en el artículo 103 párrafo 2 LF a la literalidad del texto constitucional. Para fundamentar esta limitación el Tribunal recurrió a la fórmula de Radbruch, por lo que el debate sobre la resolución está relacionado en gran medida con ella.

El Tribunal Constitucional Federal debía enfrentarse en esencia a la cuestión de si una contravención del artículo 103, párrafo 2 LF debía entenderse de manera “que los Tribunales penales negaran [a los demandantes] el recurso a una causa de justificación que en el momento del hecho se derivaba de la normativa de la RDA acerca del régimen fronterizo, tal y como había sido interpretada y aplicada en la praxis del Estado”³¹. Los demandantes encontraban la causa de justificación en el artículo 27 párrafo 2 de la Ley de Fronteras de la RDA en relación con la praxis estatal entonces vigente en la

²⁹ Trib. Const. Fed. 95, 96 – Centinelas del muro.

³⁰ Sobre el debate jurídico-penal cfr. *Eser/Arnold*, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, pp. 52-103, sobre la sentencia de los centinelas del muro del Tribunal Constitucional Federal en especial pp. 84-89.

³¹ Trib. Const. Fed. 95, 96, 130.

RDA, según la cual se permitía a los soldados fronterizos el empleo de armas de fuego para impedir un delito inminente.

1. Restricción de la prohibición de retroactividad

En los apartados segundo y tercero se resumen los principales elementos de la resolución de este modo³²:

La prohibición estricta de retroactividad del artículo 103 párrafo 2 LF tiene su justificación conforme al Estado de Derecho en el fundamento especial de confianza que incorporan las leyes penales cuando son promulgadas por un legislador democrático que respeta los derechos fundamentales. No existe este fundamento especial de confianza cuando quien ostenta el poder estatal excluye la punibilidad para el ámbito de las violaciones criminales más graves mediante causas de justificación, e invita así, más allá de las normas escritas, a esta injusticia, favoreciéndola y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos por la comunidad jurídica internacional. La protección estricta de la confianza a través del artículo 103, párrafo 2 LF debe entonces pasar a un segundo plano.

En estos apartados queda ya claro que el Tribunal Constitucional Federal no solo establece en su sentencia una excepción a la regla del artículo 103, párrafo 2 LF. La sentencia va más al fundamento. Pone en tela de juicio la validez de la prohibición de retroactividad amparada en la Ley Fundamental cuando carece de un fundamento especial de confianza conforme al Estado de Derecho. Este fundamento de confianza quedaría constituido cuando el Derecho penal haya sido establecido por un legislador legitimado democráticamente y obligado por los derechos fundamentales. Por todo ello, este fundamento de confianza constitutivo de la protección de la confianza en la prohibición de retroactividad estaría ausente siempre que nos encontremos ante una supresión retroactiva de causas de justificación que menosprecian los derechos humanos.

En los fundamentos de su decisión, el Tribunal Constitucional Federal expone estas consideraciones en detalle. La prohibición de retroactividad del artículo

³² Trib. Const. Fed. 95, 96, 96.

103, párrafo 2 LF únicamente se aplicaría de forma estricta y absoluta, como está previsto en la Constitución, cuando “el delito haya sido cometido y juzgado dentro del ámbito de aplicación del Derecho penal material de la República Federal de Alemania, amparado en la Ley Fundamental”³³. En este caso normal, el Derecho penal,³⁴

materializado en condiciones de democracia, división de poderes y obligación de respetar los derechos fundamentales, y garantizando por ello las exigencias de un Derecho penal que satisfaga las exigencias de la justicia material, ofrece la vinculación conforme al Estado de Derecho con la protección de la confianza absoluta y estricta otorgada en virtud del artículo 103 párrafo 2 LF.

Así pues, un requisito para la validez de la prohibición constitucional de la retroactividad es un Derecho penal que cumpla los objetivos de la Ley Fundamental. Por eso, la solución establecida en el artículo 103 párrafo 2 LF para el Estado de la Ley Fundamental no se podría transferir *a priori* al Derecho de un Estado “que no respetaba ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales”³⁵. Si se aplicara a pesar de ello la prohibición de retroactividad del artículo 103 párrafo 2 LF al Derecho penal de un Estado como la RDA, que como Estado en su conjunto, y en consecuencia también en su Derecho penal, no satisface los requisitos de la Ley Fundamental, esto provocaría inevitablemente “un conflicto entre los mandatos irrenunciables respecto del Estado de Derecho de la Ley Fundamental y la prohibición de retroactividad absoluta del artículo 103 párrafo 2 LF”³⁶.

Por lo tanto, el fundamento especial de confianza justificado conforme al Estado de Derecho para la prohibición de retroactividad faltaría en efecto cuando³⁷:

³³ Trib. Const. Fed. 95, 96, 132.

³⁴ Trib. Const. Fed. 95, 96, 132.

³⁵ Trib. Const. Fed. 95, 96, 133.

³⁶ Trib. Const. Fed. 95, 96, 133.

³⁷ Trib. Const. Fed. 95, 96, 133.

aquel Estado tipifica supuestos de hecho penales para las violaciones criminales más graves, pero excluyendo la punibilidad mediante causas de justificación para ámbitos parciales, e invitando así, más allá de las normas escritas, a esta injusticia, favoreciéndola, y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad jurídica internacional.

2. La justicia como argumento

Llegado a este punto, el Tribunal Constitucional Federal pone sobre la mesa la fórmula de Radbruch. Al determinar una causa de justificación que conculca los derechos humanos se cometería una “injusticia estatal extrema”, que solamente podría tener validez (de hecho) “mientras exista de hecho el poder estatal responsable de ello”³⁸. La referencia a la extrema injusticia sugiere que, en última instancia, el Tribunal entiende el motivo de la limitación de la prohibición estricta de retroactividad como la no observancia del mandato de la justicia material por parte del gobierno de la RDA. El Tribunal lo formuló expresamente así³⁹:

En esta situación absolutamente especial, el mandato de la justicia material, que incluye también el respeto de los derechos humanos reconocidos por la comunidad jurídica internacional, prohíbe la aplicación de tal causa de justificación.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional Federal justifica la invalidez de la prohibición de retroactividad cuando no existe una situación constitucional normal con la justicia material.

En esta resolución, el Tribunal Constitucional Federal –por cierto, en el sentido de su jurisprudencia reiterada sobre este principio– desplaza el conflicto entre la justicia material y la protección de la confianza al principio de Estado de Derecho. Si la justicia material y la protección de la confianza entran en conflicto, solo se puede otorgar prioridad a una de ellas⁴⁰. En un caso normal, y

³⁸ Trib. Const. Fed. 95, 96, 133.

³⁹ Trib. Const. Fed. 95, 96, 133.

⁴⁰ En el paradigma de la teoría de los principios, en el marco de una reconstrucción de la comprensión dominante del principio de Estado de Derecho es natural atribuir a sus elementos

así lo hizo también el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia de los centinelas del muro, se otorgaría una prioridad *stricta* a la protección de la confianza en el ámbito del Derecho penal. Con todo, como hemos visto, este caso normal estaría caracterizado por la existencia de un legislador democráticamente legitimado vinculado a los derechos fundamentales y, por lo tanto, por una preservación amplia de los requisitos de la justicia material. En caso de extrema injusticia de un Derecho legal, esto es, una vulneración especialmente grave del mandato de la justicia material, este caso normal ya no se daría. En consecuencia, la protección estricta de la confianza exigida en el artículo 103 párrafo 2 LF se podría limitar.

Al margen de la controversia en torno a la corrección de esta resolución en cuanto a su resultado⁴¹, se puede hacer constar que el Tribunal Constitucional Federal limitó la prohibición constitucional de una sanción retroactiva a un conflicto con las exigencias de la justicia material. El conflicto entre la protección de la confianza y el mandato de justicia material se corresponde con el conflicto entre ley y justicia. La sentencia de los centinelas del muro plantea, pues, la pregunta por el positivismo.

C. ¿UNA RESPUESTA A LA CUESTIÓN DEL POSITIVISMO?

El Tribunal Constitucional Federal se declara aparentemente partidario de una medida suprapositiva en la sentencia de los centinelas del muro⁴². Remite de forma expresa a aquellas situaciones conflictivas similares en las que “la República Federal de Alemania debió intervenir para juzgar las injusticias nacionalsocialistas”⁴³. En este caso, como hemos constatado, el Tribunal Constitucional Federal se habría ocupado “del problema de la ‘injusticia legal’

carácter de principio, es decir, la condición de ser mandatos de optimización. En esta dirección Alexy, *Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, p. 24. Esta idea ya ha conducido al desarrollo de una teoría de los principios del Estado de Derecho, cfr. *Buchwald*, *Prinzipien des Rechtsstaats*, pp. 1 y s.

⁴¹ Para una crítica cfr. en especial *Classen*, Artikel 103 Abs. 2 GG – ein Grundrecht unter Vorbehalt?, pp. 217-225, que analiza con detalle los criterios del Tribunal Constitucional Federal para una relativización de la prohibición de retroactividad.

⁴² No así *Herdegen*, *Das Überpositive im positiven Recht*, p. 136, que en la sentencia de los centinelas del muro y su referencia a concepciones elementales de justicia reconoce a lo sumo una “referencia difusa” a las “asociaciones suprapositivas”.

⁴³ Trib. Const. Fed. 95, 96, 133.

únicamente al margen del Derecho penal”⁴⁴. Empero, el Tribunal Constitucional Federal “tuvo en consideración de manera expresa que en los casos de una contradicción intolerable entre Derecho positivo y justicia, el principio de la seguridad jurídica se podría valorar en menor medida que el de la justicia material”⁴⁵.

Tal como el Tribunal Constitucional Federal destaca a tenor de la fórmula de Radbruch, “la ineficacia del Derecho positivo debe limitarse a casos excepcionales extremos”⁴⁶. Por el contrario, una “legislación meramente injusta, rechazable con arreglo a una interpretación revisada” podría “cobrar validez jurídica a través del elemento de orden que también le es inherente, y conseguir así seguridad jurídica”⁴⁷.

Ante estas manifestaciones inequívocas se deduce la aplicación concreta de los criterios de validez para la prohibición de retroactividad desarrollados mediante la fórmula de Radbruch. En la sentencia de los centinelas del muro el Tribunal Constitucional Federal revisa la valoración del Tribunal Supremo Federal, contra cuyas resoluciones fue presentado el recurso de amparo de los demandantes. Como señala el Tribunal Constitucional Federal, para el Tribunal Supremo Federal “una causa de justificación debe pasarse por alto en la aplicación del Derecho cuando cubre el homicidio deliberado de personas que solo pretendían cruzar la frontera interna alemana sin ir armadas y sin poner en peligro bienes jurídicos reconocidos de manera general”⁴⁸. Esta causa de justificación, y en ella se demuestra el criterio material que establece el Tribunal Supremo Federal, sería ineficaz “a causa de una violación evidente e intolerable de mandatos elementales de justicia y de los derechos humanos apoyados por el Derecho internacional”⁴⁹. Por ello, “el Derecho positivo debería ceder ante la justicia”⁵⁰. El Tribunal Constitucional Federal respalda esta vinculación de los derechos humanos con la justicia generada por el Tribunal

⁴⁴ Trib. Const. Fed. 95, 96, 134.

⁴⁵ Trib. Const. Fed. 95, 96, 134; el propio Tribunal alude al Trib. Const. Fed. 3, 225, 232; 6, 132, 198 y s.; 6, 389, 414 y s.; 23, 98, 106; 54, 53, 67 y s.

⁴⁶ Trib. Const. Fed. 95, 96, 134.

⁴⁷ Trib. Const. Fed. 95, 96, 134.

⁴⁸ Trib. Const. Fed. 95, 96, 135.

⁴⁹ Trib. Const. Fed. 95, 96, 135.

⁵⁰ Trib. Const. Fed. 95, 96, 135.

Supremo Federal. A diferencia de los criterios indeterminados de la fórmula de Radbruch, los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ofrecerían a los Tribunales indicios concretos para determinar “cuándo el Estado conculca los derechos humanos a juicio de la comunidad jurídica mundial”⁵¹. Esta valoración del Tribunal Supremo Federal, y así lo estima el Tribunal Constitucional Federal de forma sucinta, sería conforme con la Ley Fundamental⁵².

En la sentencia de los centinelas del muro, el Tribunal Constitucional Federal adopta una posición peculiarmente contradictoria en cuanto al positivismo jurídico. Por un lado, el Tribunal subraya su aceptación permanente de la fórmula de Radbruch; asimismo, con base en criterios ajenos al Derecho constitucional, declara que la prohibición constitucional de retroactividad estricta del artículo 103, párrafo 2 LF es limitable; más aún, no aplicable. Por otro lado, el Tribunal Constitucional Federal concreta el criterio de la justicia material haciendo referencia a los derechos humanos⁵³. Con todo, el criterio de los derechos humanos no es necesariamente suprapositivo. Aunque como hemos comprobado aquí solo esté de acuerdo con el Tribunal Supremo Federal, el Tribunal Constitucional Federal habla en todo caso explícitamente de derechos humanos protegidos por el Derecho internacional. En tanto en cuanto se trate de Derecho positivo, el criterio alude más bien al Derecho supranacional, pero no es suprapositivo.

Esta referencia a los derechos humanos solo se podría interpretar como no-positivista si el Tribunal Constitucional Federal entendiera el apoyo del Derecho internacional de los derechos humanos a lo sumo como un refuerzo de la

⁵¹ Trib. Const. Fed. 95, 96, 135.

⁵² Trib. Const. Fed. 95, 96, 135.

⁵³ En este contexto, cabe destacar que el propio Radbruch utiliza las Declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano para dar una explicación más detallada del criterio de justicia, véase *Radbruch*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, Fünfte Minute: “Hay por lo tanto principios jurídicos que son más fuertes que cualquier normativa jurídica, de manera que una ley que los vulnere estará desprovista de validez. A estos principios se les denomina Derecho natural o Derecho racional. Ciertamente acechan sobre ellos ciertas dudas, pero el trabajo de siglos ha puesto de relieve un sólido acervo, y lo ha reunido en las llamadas Declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano con un acuerdo tan amplio que tan solo un deliberado escepticismo puede mantener dudas en relación con algunos de ellos”.

validez jurídica de los derechos humanos, pero no como su rasgo esencial⁵⁴. Sin embargo, como el Tribunal, en consonancia con el Tribunal Supremo Federal, recurre a los derechos humanos precisamente para conseguir medidas de verificación concretas y evitar los “criterios difíciles de aplicar de la fórmula de Radbruch debido a su carácter indeterminado”⁵⁵, se deduce que el Tribunal no considera los derechos humanos como derechos morales, sino como derechos humanos positivizados⁵⁶. Entonces, pese a recurrir a la fórmula de Radbruch, el Tribunal no concedió prioridad a la justicia frente a la ley, sino a los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional frente al Derecho nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- *Adachi, Hidehiko*, Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs, Baden-Baden: Nomos 2006
- *Alexy, Robert*, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg: 1993
- —, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, Hamburg: 1997
- *Bäcker, Carsten*, Recht, Sprache und Kultur. Ein Bericht, en: C. Bäcker/M. Klatt/S. Zucca-Soest (Hg.), Sprache—Recht—Gesellschaft, Tubinga 2012, págs. 257-269
- —, Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit. Von der Radbruchschen Formel zurück zum Primat der Rechtssicherheit, en: J. C. Schuhr (Hg.), Rechtssicherheit durch
- Rechtswissenschaft, Tubinga 2014, págs. 33-45
- *Buchwald, Delf*, Prinzipien des Rechtsstaats. Zur Kritik der gegenwärtigen Dogmatik des Staatsrechts anhand des allgemeinen

⁵⁴ Cfr. la valoración que hace Alexy de la resolución en *Alexy*, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, p. 13: “En todo caso es evidente que el Tribunal Supremo Federal hace fracasar la justificación, garantizada por el Derecho positivo de la RDA, a causa de los criterios suprapositivos, que se concretan con los derechos humanos”. – Se podría dar la razón a Alexy si el Tribunal Supremo Federal, al igual que el propio Alexy, hubiera utilizado aquí el concepto de derecho humano en su sentido filosófico-moral y no en el sentido del Derecho internacional.

⁵⁵ Trib. Const. Fed. 95, 96 (135).

⁵⁶ Más sobre esta diferenciación en *Bäcker*, Recht, Sprache und Kultur, págs. 264-269.

- Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Berlín: Shaker 1996
- *Classen, Claus Dieter*, Artikel 103 Abs. 2 LF – ein Grundrecht unter Vorbehalt?, en:
 - *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1998, págs. 215-225
 - *Eser, Albin; Arnold, Jörg (eds.)*, Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Vol. 2: Alemania, Friburgo i.B.: 2000
 - *Herdegen, Matthias*, Das Überpositive im positiven Recht. Von der Sehnsucht nach der heilen Wertewelt zum Kampf der Rechtskulturen, en: Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, hrsg. v. O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt/P. Axer, Heidelberg: Müller 2007
 - *Kaufmann, Arthur*, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist, en: Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen
 - Rechtsgeschichte, Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, hrsg. v. M. Stolleis u.a., Munich: Beck 1991, págs. 105-132
 - *Radbruch, Gustav*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, en: Rhein-Neckar-Zeitung v.
 - 12.09.1945, pág. 3; reimpression en: Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, hrsg. v. A.
 - Kaufmann, Vol. 3: Rechtsphilosophie III, revisión por W. Hassemer, Heidelberg: Müller 1990, págs. 78-79
 - —, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, en: SJZ 1 (1946), págs. 105-108; reimpression en: Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, hrsg. v. A. Kaufmann, Vol. 3: Rechtsphilosophie III, revisión por W. Hassemer, Heidelberg: Müller 1990, págs. 83-93
 - *Schumacher, Björn*, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Göttingen: Univ.-Diss. 1985
 - *Vassali, Giuliano*, Radbruchsche Formel und Strafrecht. Zur Bestrafung der „Staatsverbrechen“ im postnazistischen und postkommunistischen Deutschland, traducción de T. Vorbaum, Berlín: de Gruyter 2010, edición original en italiano 2001.