EL DERECHO "SUPRALEGAL" FRENTE A GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

JULIÁN DÍAZ BARDELLI*

Resumen: El trabajo analiza el modo en que se renovó el debate iusfilosófico desde mediados del siglo XX con el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos, tales como las acontecidas durante el nazismo, el régimen de la ex República Democrática Alemana o la última dictadura militar argentina. Expone resumidamente la crítica de Hart a la "fórmula de Radbruch" elaborada en la posguerra, y el cuestionamiento de Fuller a Hart, así como el reflejo de este debate en las decisiones de los tribunales alemanes pos-nazis y pos-soviéticos y de la justicia argentina pos-dictatorial.

También se interviene en ese debate, postulando una mirada alternativa que su autor considera superadora, y que se corresponde con el contexto de positivización internacional de los derechos fundamentales y la ubicación de éstos en niveles normativos jerárquicamente supraordinados a las leyes.

Abstract: This article goes into the way in which the iusphilosophical debate has been renewed as of the last half of the 20th century, thanks to the action of the Justice regarding gross violations of human rights, such as those which took place during Nazism, the former German Democratic Republic or the last military dictatorship in Argentina.

Hart's criticism to "Radbruch's formula," devised in the postwar period, is briefly set out, as well as Fuller's questioning thereof and the reflection of such debate on the decisions entered by post-Nazi German courts, post-Soviet courts and post-dictatorial Argentine courts.

In addition, an intervention in the above mentioned debate is made, putting forward an alternative look, which is, according to the author, superseding and

* Abogado y docente de Teoría General del Derecho (UBA).

which is in line with the international tendency towards the positivization of fundamental rights and the placement thereof at a stage above laws.

Palabras clave: Derechos Humanos – Fórmula de Radbruch – Moral Interna del Derecho – Robert Alexy – Positivización de los Derechos Fundamentales – Derecho Supralegal.

Keywords: Human rights – Radbruch's Formula – internal morality of law – Robert Alexy – positivization of fundamental rights – rights superior to laws.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de buscar una respuesta jurídica para el juzgamiento de algunas situaciones de graves violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar en el siglo XX, reanimó, en la segunda mitad de esa centuria, el debate sobre la relación entre el derecho y la moral en el campo de la filosofía del derecho.

Esta engorrosa cuestión del posible vínculo entre las esferas jurídica y ética de la conducta humana había diferenciado de modo tajante, ya a finales del siglo XVIII, dos tipos de enfoques diametralmente opuestos: el iusnaturalista y el iuspositivista. En los inicios de esa disputa, se puede observar a autores como Bentham, en crítica a Blackstone, distinguiendo entre la posición del *expositor* y la del *ensor* o crítico, e incluso considerando perjudicial la crítica de la validez de leyes en términos de justicia¹.

La referida reanimación, sin embargo, se ha dado con algunos matices diferenciadores. Esta vez, la clásica tesis iuspositivista de la separación conceptual del derecho y la moral enfrentó una posición iusnaturalista –de conexión necesaria entre ambos- ostensiblemente moderada, incluida dentro de un arco opositor más amplio denominado “no positivismo”, y circunscripta a los casos de “injusticia extrema”.

En el presente trabajo me interesa destacar el modo en que dicho debate se ha reflejado en las decisiones judiciales de los tribunales que juzgaron las aludidas violaciones de derechos humanos, una vez derrocados los regímenes en los que aquellas tuvieron lugar. También pretendo intervenir en ese debate, ofreciendo una alternativa que considero superadora, referida al

¹ BENTHAM, Jeremy., *Fragmento sobre el Gobierno*, trad. J. Larios Ramos (del original *A Fragment on Government*, 1776), Aguilar, Madrid, 1973, Prefacio, p. 13, nota al pie 5.

estado evolutivo del proceso de positivización de los derechos humanos y a su ubicación jerárquica en los ordenamientos jurídicos actualmente vigentes.

II. LA APELACIÓN IUSNATURALISTA AL DERECHO "SUPRALEGAL"

El punto de partida de este recrudescimiento pertenece a Gustav Radbruch, y más especialmente, al giro o cambio de opinión de este autor sobre el concepto y la validez del derecho. Caído el régimen nazi, el iusfilósofo alemán atribuyó al iuspositivismo una parte de la responsabilidad por las atrocidades cometidas por dicho régimen, y, abandonando su postura anterior, pasó a defender la tesis de la existencia de un derecho "supralegal". Lo hizo en los siguientes términos: "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia. Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica"².

Ese derecho "supralegal" cobraba relevancia únicamente en casos de "injusticia extrema" o "intolerable", como el que el propio Radbruch atribuía al nazismo.

La así llamada "fórmula de Radbruch" inspiró las decisiones de los tribunales alemanes de posguerra, que consideraron inválidas –por intolerablemente contrarias al derecho natural– las leyes vigentes durante el régimen nazi.

² RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, trad. M. I. Azareto de Vásquez, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 37-38. Este trabajo fue publicado por primera vez en agosto de 1946, con el título original "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en la revista *Süddeutsche Juristen Zeitung*, N° 5. Posteriormente fue incluido en la 2ª edición de su *Rechtsphilosophie*. Cabe aclarar que no es pacífica la consideración del punto de vista adoptado por Radbruch como una ruptura con su propia postura anterior.

Una de esas decisiones concierne a un caso del año 1944, en que una mujer delató a su esposo ante las autoridades por haberse manifestado – en forma privada y frente a ella– con expresiones injuriosas hacia Hitler. Dado que tales expresiones eran consideradas delito por una ley nazi del año 1934, el esposo fue condenado a muerte. Más tarde, en 1949, la mujer fue juzgada “por privación ilegítima de la libertad”, pues al denunciar a su esposo había posibilitado su detención. En su defensa, la delatora alegó que la privación de la libertad de su marido era legítima según el derecho nazi. Pero el tribunal de apelaciones que finalmente la condenó señaló que esa ley era “contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos”³.

La sentencia mencionada del tribunal alemán, y la posición iusfilosófica radbruchiana que le dio soporte, fue duramente criticada por el profesor Hart, quien insistió en la separación conceptual del derecho y la moral, siguiendo la línea iuspositivista de sus antecesores Bentham y Austin. En tal sentido, Hart sostuvo que en casos excepcionales como el comentado y a los fines de posibilitar la condena era preferible aplicar retroactivamente el derecho de posguerra antes que negar el carácter jurídico y la validez del ordenamiento nazi. Después de todo –pensaba Hart– había que optar entre dos males: la impunidad de la conducta delatora de la mujer o la aplicación retroactiva de la ley; y el último de los mencionados era el menos grave. De esta manera se fortalecía la posibilidad de echar mano de la moral para

³ Sentencia del 27 de Julio de 1949, Oberlandesgericht, Bamberg, “Süddeutsche Juristen-Zeitung”, t. 5, p. 207 (Alemana, 1950). Tomo la cita de HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Íd, Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 45 ss. El artículo citado se corresponde con la conferencia pronunciada por Hart en abril de 1957 en la Harvard Law School (Oliver Wendell Holmes Lecture). En ese mismo artículo Hart advierte, luego de la observación efectuada por el Dr. H. O. Pappé de la Australian National University, que la versión del caso seguida por aquel es equívoca. Ello así por cuanto el tribunal, tras aceptar la posibilidad teórica de que las leyes pueden ser inválidas si contradicen el derecho natural, decidió que las leyes nazis en examen no podían ser consideradas como violatorias de aquel. En consecuencia, la causada fue declarada culpable de haber privado ilegítimamente de la libertad a su marido, no por la invalidez de tales leyes, sino porque no tenía el deber de denunciarlo y lo hizo por razones puramente personales, actuando “en forma contraria a la sana conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos decentes”. De allí que Hart propone considerar como hipotético el caso tal como ha sido presentado por él (p. 46, nota al pie). De la misma manera propongo interpretarlo en el presente trabajo.

cuestionar —e incluso desobedecer— las leyes abiertamente injustas, sin ocultar por ello su carácter jurídico⁴.

La crítica de Hart, a su vez, fue replicada por el profesor Fuller⁵. Fuller defendió una particular versión de la tesis de la conexión necesaria entre el derecho que *es* y el que *debe ser*: al tiempo que se oponía a la versión radbruchiana de la existencia de un derecho “supralegal”⁶, sostuvo la presencia de una dimensión moral en el derecho mismo (“moral interna del derecho”), representada por las condiciones —de tipo formal— que hacen posible la existencia de un orden jurídico tanto como la fidelidad al mismo⁷. Sin esas condiciones, es decir, sin esa moralidad interna, no cabe hablar propiamente de “derecho”. Esto sucedía precisamente con el régimen nazi, o al menos con sus leyes más escandalosas, y especialmente con aquellas en que pretendía justificarse la conducta de los delatores⁸.

⁴ HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, cit., pp. 47-49. Cfr. también, Id., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 256-261.

⁵ FULLER, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 630-672.

⁶ *Ibidem*, p. 656.

⁷ Para graficar esa “moralidad de orden” en su forma más cruda y elemental, Fuller propone pensar en un monarca absoluto, completamente egoísta y autointeresado en las relaciones con sus súbditos, y cuya palabra es la única ley conocida por éstos. Este monarca da órdenes a sus súbditos, prometiendo recompensas por el cumplimiento y amenazando con castigar la desobediencia. Sin embargo, él es un hombre disoluto y olvidadizo, que no hace el menor intento de comprobar quienes siguieron efectivamente sus directivas y quienes no. Como resultado de ello, habitualmente castiga la lealtad y recompensa la desobediencia. Fuller también propone suponer que el monarca mencionado se somete a un cambio de corazón y comienza a prestar atención a lo que dijo ayer cuando, a día de hoy, tiene la oportunidad de distribuir recompensas u ordenar el cortado de cabezas. Bajo la presión de esta nueva responsabilidad, sin embargo, el monarca distrae su atención y se vuelve irremediabilmente perezoso en la redacción de sus órdenes. Sus órdenes se tornan demasiado ambiguas y son pronunciadas en un tono tan imperceptible que nunca sus súbditos tienen una idea clara de lo que él quiere que hagan. Cfr. *Ibidem*, pp. 644-645. Las condiciones de posibilidad constitutivas de la moralidad interna del derecho son luego sistematizadas por Fuller en su libro *La moral del derecho*. Allí menciona las siguientes: 1) todo derecho ha de contener normas generales, 2) las normas han de ser publicadas, 3) los casos de retroactividad han de ser los menos posibles, 4) las normas deben ser comprensibles, 5) no han de ser contradictorias, 6) no tienen que pedir lo imposible, 7) no deben ser modificadas demasiado frecuentemente y 8) debe existir congruencia entre el contenido de las normas y su administración pública, de modo que los ciudadanos puedan atenerse a ellas. Cfr. FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Trillas, México, 1967, p. 49.

⁸ FULLER, Lon L., “Positivism...”, cit., pp. 659-660.

Ese debate tuvo una nueva edición con el juzgamiento de ciertos crímenes cometidos por funcionarios del régimen soviético de la ex República Democrática Alemana (RDA), una vez caído dicho régimen conjuntamente con el muro divisor de las dos repúblicas alemanas y luego de la unificación de estas. El caso paradigmático de esta etapa es el conocido como "Guardianes del Muro", decidido finalmente —en el nivel interno— por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el año 1994⁹. Aquí también se tuvo en cuenta la "fórmula de Radbruch", en este caso para condenar penalmente a miembros del entonces Consejo Nacional de Defensa y de las tropas fronterizas de la RDA, con motivo del homicidio de fugitivos en la frontera interior alemana. El Tribunal Constitucional Federal, entre otras cosas, convalidó el criterio sostenido en el mismo caso por el Tribunal Supremo Federal, al que resumió del siguiente modo: "una causa de justificación debe ser dejada de lado en el proceso de aplicación del Derecho cuando ella encubrió el homicidio intencional de personas que no querían nada más que atravesar desarmadas la frontera interior alemana, sin peligro para ningún bien jurídico generalmente reconocido. Ello así pues una causa de justificación de ese tipo, que confiere lisa y llanamente a la prohibición de cruzar la frontera un rango superior frente al derecho a la vida de las personas, no produciría ningún efecto al atentar de manera evidente e insoportable contra elementales exigencias de justicia y contra derechos humanos protegidos por el Derecho de Gentes. Ese atentado sería tan grave que ofendería las convicciones comunes a todos los pueblos acerca del valor y la dignidad del hombre. En un caso así el derecho positivo debería retroceder ante la Justicia"¹⁰.

Al comentar el fallo aludido, el profesor Alexy defendió expresamente la "fórmula de Radbruch" como un concepto "no positivista" de derecho, y las pocas críticas que le dirigió a aquella sentencia consisten principalmente en que el tribunal no habría sido lo suficientemente contundente y consecuente en la aplicación de esa fórmula¹¹. En otro trabajo, enteramente

⁹ "Mauerschützen", BVerfGE, 95, 96. Me guío aquí por la versión abreviada, traducida del alemán por Eduardo R. Soderó, y publicada en VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho*, La Ley, Buenos Aires, pp. 73-99.

¹⁰ VIGO, Rodolfo L., cit., pp. 94-95. La aceptación del criterio de la Tribunal Supremo por el Tribunal Constitucional se observa cuando el último afirma "Esta valoración se ajusta a la Ley Fundamental", p. 95.

¹¹ ALEXY, Robert, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", trad. A. Daniel Oliver-Lalana, *Doxa*, N° 23, 2000, pp. 218.

dedicado a la defensa de dicha fórmula, Alexy señaló que su idea de "pre-tención de corrección" en relación con el derecho incluye tanto la "moral interna" de Fuller como lo que este mismo autor llamó "moral externa", y que la "moral interna" fulleriana completa la fórmula de Radbruch pero no la sustituye¹².

Hasta aquí hemos tenido en cuenta la jurisprudencia del centro europeo. Pero los ejemplos judiciales de recrudescimiento del debate sobre la relación entre el derecho y la moral no se circunscribieron a las decisiones de los tribunales alemanes sobre crímenes de los regímenes nazi y soviético.

Ocurrió algo similar en nuestro país, al tratar –nuevamente– la validez constitucional de las leyes llamadas de "obediencia debida" y "punto final", aprobadas por el gobierno argentino una vez reestablecida la democracia y el orden constitucional, que tenían por efecto impedir el juzgamiento de sistemáticas y graves violaciones de los derechos humanos ocurridas durante el régimen dictatorial del período 1976-1983, tanto como la condena de numerosos miembros del régimen por tales hechos. La decisión judicial a la que aludo es la adoptada en el año 2005 por la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso "Simón"¹³. La cuestión fue puesta de relieve particularmente en el voto del juez Lorenzetti, quien, además de recordar la influencia de la "fórmula de Radbruch" en las decisiones de los tribunales alemanes de posguerra, sostuvo con respecto a la ley de "punto final" que "las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad"¹⁴. Lorenzetti defendió su afirmación explicando que "si se pretende forzar a "olvidar" y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas"¹⁵.

Adhiriendo a la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral y, en particular, a las posiciones de Radbruch y Alexy (además de la del profesor Finnis), el profesor Vigo ha destacado elogiosamente el criterio judicial precedentemente mencionado¹⁶.

¹² Id., "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en VIGO, R. L., cit., pp. 240-241 y 248.

¹³ "Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad", sentencia del 14/06/2005, SJA 27/9/2006, JA 2006 III 350.

¹⁴ Considerando 23, último párrafo.

¹⁵ Íd.

¹⁶ Cfr. VIGO, Rodolfo L., "Consideraciones iusfilosóficas sobre la sentencia en la causa 'Simón'", La Ley, 2005-D, 1245.

Las decisiones judiciales previamente revistadas muestran un común denominador: se trata de la necesidad de apelar a criterios de justicia exógenos respecto del derecho positivo cuando la solución que brindan las leyes al caso juzgado resulta extremadamente injusta. Sin embargo, a esta altura del relato cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿era realmente necesaria y conveniente esa apelación en todos los ejemplos reseñados? Y más aún, ¿es actualmente necesaria y conveniente? Para responder a esta pregunta me parece ineludible formular una aclaración previa sobre la cuestión, referida al grado de positivización de los derechos humanos en los distintos momentos históricos repasados. Esto es lo que haré a continuación.

III. DIFERENCIAS RELATIVAS AL GRADO DE POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

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

En la Alemania nazi no había un derecho positivo de los derechos fundamentales. Con el dictado de la llamada "Ley habilitante" en 1933, la Constitución de Weimar había quedado sin efecto, y con ella los derechos fundamentales allí establecidos, pasando aquella ley a constituir la base jurídico-positiva del régimen dictatorial del Tercer Reich. En el nivel internacional la orfandad señalada era similar o más grave: el primer instrumento sobre derechos fundamentales, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), fue adoptado en el año 1948, y por entonces su valor jurídico era cuanto mucho el de una recomendación, sin fuerza obligatoria¹⁷.

¹⁷ Resultaría aplicable, al respecto, el art. 18.2 de la Carta de las Naciones Unidas, cuando refiere a las "recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". Por otro lado, la DUDH no era, al momento de su adopción, expresión de una costumbre internacional ni de principios generales del derecho, considerados fuentes del derecho internacional según el art. 38.1 (b y c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Cfr. PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997 (3ra. reimpresión 2004), pp. 34 y 45.

Esa situación de falta de positivización ya había cambiado —en alguna medida— en la época en que se cometieron los crímenes juzgados en el caso “Guardianes del Muro”. Vale la pena mencionar que hacia el año 1970 la Corte Internacional de Justicia reconoció el carácter vinculante de la DUDH¹⁸ y que en el año 1974 la RDA ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) adoptado en 1966. Ambos instrumentos internacionales establecen el derecho a la vida, y el segundo de ellos, además de prohibir su privación arbitraria, prevé expresamente el derecho a salir de cualquier país incluyendo el propio¹⁹. Paralelamente, en el plano interno de la RDA, su Constitución por entonces vigente (de 1968), además de declarar obligatorias dentro de la RDA “las reglas generalmente reconocidas de derecho internacional orientadas a promover la paz y la cooperación pacífica entre los pueblos”, garantizaba la inviolabilidad de la persona y libertad de los ciudadanos de la RDA, exigiendo legalidad e inevitabilidad para la restricción de los derechos y conformidad de las leyes con la Constitución²⁰.

Recordemos que el argumento del Tribunal Supremo aceptado por el Tribunal Constitucional Federal consideraba injustificables los crímenes cometidos no sólo porque atentaban contra “elementales exigencias de justicia”, sino también por ir contra “derechos humanos protegidos por el Derecho de Gentes”. El tribunal explica esta mixtura afirmando que los criterios implicados en la “fórmula de Radbruch” son “difíciles de operar a causa de su indeterminación”, y por tal motivo resultó necesario añadirles “pautas de evaluación más concretas” representadas por los pactos internacionales sobre derechos humanos, los cuales “ofrecerían puntos de apoyo para ello, cuando un Estado lesiona derechos humanos según la convicción de la comunidad jurídica universal”²¹. Más aún, el propio Tribunal Constitucional Federal adicionó el argumento de la violación de “el derecho a la vida y el derecho a salir libremente [...] garantizados irrestrictamente por las disposiciones del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos”²².

¹⁸ En el caso relativo a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (segunda fase), fallo del 5 de febrero de 1970. Cfr. PINTO, Mónica, cit., p. 36.

¹⁹ DUDH, art. 3; PIDCyP, arts. 6 y 12.2.

²⁰ Arts. 8; 30, incs. 1 y 2, y 89 inc. 3.

²¹ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *La Injusticia...*, cit., pp. 94-95.

²² *Ibidem*, p. 95.

Puede verse así, entre los fundamentos principales de la sentencia y conjuntamente con la fórmula radbruchiana, la presencia de un derecho positivo de los derechos humanos que era prácticamente inexistente durante el régimen nazi y los primeros años de la posguerra.

Esa presencia cobró mayor fuerza aún en el momento histórico en que tuvo lugar la sanción de las leyes argentinas de "obediencia debida" y "punto final". Las leyes citadas eran posteriores a la ratificación argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que establece el derecho de toda persona a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8.1 y 25), así como la obligación estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacerlos efectivos (arts. 1.1 y 2). También eran posteriores a la ratificación del PIDCyP, que contiene disposiciones similares a las de la referida Convención (arts. 2 y 3). Tales disposiciones tornaban incompatibles las leyes de impunidad de graves violaciones de derechos humanos con los mencionados tratados²³.

No obstante, y aunque la existencia de esa positividad (así como la incompatibilidad referida) fue reconocida en el fallo "Simón", se siguió insistiendo (al menos en el voto del Juez Lorenzetti) con la apelación a criterios de justicia considerados superiores al derecho positivo.

Me parece que la conjunción argumental de la fórmula radbruchiana y el derecho positivo de los derechos humanos presenta graves problemas. En efecto, si las "elementales exigencias de justicia" o el derecho "supralegal" coinciden con el derecho positivo de los derechos humanos, la fundamentación se vuelve redundante. Y si fuesen dispares, peor aún, se correría el riesgo de caer en inconsistencia.

Intuyo que algo de esto advirtió Alexy al comentar la sentencia recaída en "Guardianes del Muro" y calificar aquella conjunción como una "singular mezcolanza"²⁴, y es claro que la misma calificación podría extenderse al

²³ La incompatibilidad con la CADH fue señalada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 28/92, "Consuelo Herrera v. Argentina" (expresamente referido a las citadas leyes argentinas) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos" (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú), serie C, n. 75, sentencia del 14/03/2007 (respecto de leyes de impunidad del Estado peruano). Por su parte, la incongruencia con el PIDCyP fue advertida por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en las observaciones finales adoptadas durante sus sesiones 53^a (del 5/4/1995) y 1893 (del 1/11/2000).

²⁴ ALEXY, Robert, "Derecho injusto...", cit., pp. 205-206. Si bien la calificación iba dirigida específicamente al criterio sostenido en la decisión del Tribunal Supremo Federal,

voto analizado en el caso "Simón". Sin embargo, Alexy resolvió el dilema aferrándose a la "fórmula de Radbruch" y señalando que la aplicación de esa fórmula hacía innecesaria y hasta contraproducente la apelación al derecho positivo internacional.

IV. INNECESARIEDAD E INCONVENIENCIA DE LA APELACIÓN IUSNATURALISTA AL DERECHO "SUPRALEGAL".

No puedo compartir la tesis alexiana de la opción por la "fórmula de Radbruch". Creo que si tenemos a disposición un derecho positivo que permite obtener la solución que queremos alcanzar, esto es, el juzgamiento y condena de conductas que consideramos aberrantes, es preferible entonces dejar de lado la apelación radbruchiana a un derecho "supralegal" (en el sentido de suprapositivo) y basarnos únicamente en ese derecho positivo. Uno de los argumentos principales en apoyo de esta tesis se encuentra en la misma decisión del caso "Guardianes del Muro". Allí se reconoce expresamente, tal como ya señalé, que los criterios de la "fórmula de Radbruch" son "difíciles de operar a causa de su indeterminación" y que, en cambio, los pactos internacionales de derechos humanos representan "pautas de evaluación más concretas".

En efecto, esa fórmula arrastra el consabido problema de la alta vaguedad del término "justicia" (o "injusticia"). Y no veo que dicho problema se resuelva, como pretendía Radbruch, agregando una graduación representada por los términos "insoportable", "intolerable" o "extrema". Nótese que esa calificación, que se aplicó por igual a los crímenes del Tercer Reich (constitutivos de un claro genocidio) y de la RDA, no permite siquiera distinguir adecuadamente la mayor gravedad (o "injusticia") de los primeros respecto de los segundos.

Claro que también existen posiciones que desechan por igual la "fórmula de Radbruch" y el derecho positivo de los derechos humanos, por considerar a este último tan impreciso como la primera. Esta parece ser, por ejemplo, la postura asumida por el profesor Guibourg, tal como se expresa precisamente al comentar la sentencia de "Guardianes del Muro"²⁵.

es bueno recordar que, como ya he dicho, tal criterio fue convalidado en la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

²⁵ GUIBOURG, Ricardo, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría General del Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 105.

Sin embargo, aunque es cierto que las normas de derechos humanos (internacionales o nacionales) están generalmente redactadas en un lenguaje relativamente vago, me parece que hay una notable diferencia en el grado de vaguedad que éstas portan en relación con los criterios de justicia de la fórmula radbruchiana. Particularmente en lo que respecta a los pactos internacionales de derechos humanos, el sistema en el que se insertan realiza además una permanente tarea de reducción de vaguedad, llevada a cabo especialmente a través de los comentarios u *observaciones generales* efectuados por los órganos de vigilancia de dichos pactos²⁶, estatuidos por decisión de los mismos Estados que son parte en esos pactos. Así, por ejemplo, si quisiéramos preguntarnos en qué consiste –o cuál es el alcance de– el derecho a la vida o de libertad de salir del país previstos respectivamente en los arts. 6 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contamos al menos con tres observaciones generales emanadas del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas para encontrar una respuesta²⁷. Y en última instancia, se trata de una indeterminación que es producto de la voluntad humana y no, como sucede con los criterios de justicia suprapositivos, de la apelación a entes o ideas pretendidamente superiores a esa voluntad.

Junto al problema semántico de la vaguedad de la expresión “injusticia extrema” se encuentra el problema metaético de la cognoscibilidad de los valores y de la justificabilidad de los juicios de valor por métodos racionales. La “fórmula de Radbruch” presupone una posición metaética cognitivista, según la cual los juicios de valor y los términos éticos contenidos en ellos poseen significado cognoscitivo, de tal manera que la verdad o falsedad de dichos juicios puede ser racionalmente demostrada. A tal punto es así que el propio Radbruch sostuvo que sólo un “escepticismo provocado” o “intencionado” podría poner en dudas el carácter de “injusticia extrema” de la legislación nacionalsocialista, y que tal carácter “era claro de entrada”²⁸. Alexy, que defiende dicha fórmula, también adopta

²⁶ En el sistema interamericano, cumplen una función similar las *opiniones consultivas* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁷ Me refiero a las Observaciones Generales N° 6, “Artículo 6 - Derecho a la vida”, 16° período de sesiones (1982), N° 14, “Artículo 6 - El derecho a la vida”, 23° período de sesiones (1984), y N° 27, “Artículo 12 - La libertad de circulación”, 67° período de sesiones (1999). Nótese además que dos de ellas (las referidas al derecho a la vida) son anteriores a la decisión del caso “Guardianes del muro” y a dos de los siete delitos allí juzgados.

²⁸ Cfr. RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal...*, cit., p.39.

una posición cognitivista, y afirma que las sentencias sobre la “injusticia extrema” son susceptibles de fundamentación racional y poseen carácter cognitivo²⁹. Por supuesto que ello no quiere decir que el cognitivismo ético de Alexy sea el mismo que el presupuesto en Radbruch. Aquel parte de una concepción discursiva de la ética, según la cual la racionalidad de un juicio moral no se obtiene con la ayuda de pruebas sino de argumentos, y prescinde por lo tanto de la “evidencia moral”.

En cualquier caso, el cognitivismo ético es una posición con la que no puedo coincidir. Tanto la evidencia moral como la verdad moral en términos discursivos traen importantes problemas que se ponen de manifiesto precisamente a la hora de juzgar en un caso como el de “Guardianes del Muro”. Alexy reconoce que existen muchas posiciones doctrinarias en contra de considerar los crímenes de la frontera alemana como “injusticia extrema”, lo que hace imposible justificarlo mediante el recurso a la mera “evidencia moral”; y sin embargo cree que es posible llegar a la misma conclusión mediante un “comprobación racional discursiva”³⁰. Pero vale la pena reiterar aquí el argumento, ya vertido más arriba, de que la aplicación de la expresión “injusticia extrema” tanto a la criminalidad estatal del Tercer Reich como a la de la RDA no permite siquiera distinguir la enorme diferencia de grado de gravedad existente entre la primera y la segunda, circunstancia que, a mi entender, echa por tierra la posibilidad de considerar que tal “comprobación discursiva” pueda ser “racional”³¹.

²⁹ Cfr. ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 246.

³⁰ Id., “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, trad. Eduardo. E. Soderó (del original “Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit”, 1993), en VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema...*, cit., p. 183-184; Id., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., pp. 246-247.

³¹ Alexy señala tres argumentos que, unidos, contribuirían a alcanzar la conclusión sobre la “injusticia extrema” de los crímenes cometidos en la frontera alemana. Ellos son: 1) se trata de la muerte de un ser humano en la frontera; 2) tal muerte se ocasionó porque el fugitivo quería abandonar el país en el que, por voluntad del poder político, debía permanecer toda su vida bajo circunstancias que no quería y que probablemente detestaba; y 3) 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. De esa argumentación, Alexy afirma que “algo habla” a favor de catalogar esa muerte (y la de otros jóvenes en la misma situación) como “injusticia extrema” (cfr. ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 247). Sin embargo, una cosa es decir “algo habla” y otra muy distinta decir “todo habla”. Sólo en este último caso se estaría dando cuenta –o no sin razón– de la suficiencia de los argumentos brindados. Alexy nada dice al respecto.

De todos modos, cualquiera sea la posición metaética que se adopte, sigue siendo válida la afirmación de Hart, en el sentido de que aún cuando se considere que los juicios morales son racionalmente defendibles, la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral permanece intacta. La única diferencia radicaría en que la iniquidad moral de las normas podría ser demostrada, pero nada prueba acerca del carácter jurídico de tales normas³².

Además de los problemas hasta ahora señalados, el derecho "supralegal" o natural podría resultar políticamente peligroso, a punto tal que podría caberle enteramente la imputación hecha al iuspositivismo. La tesis de que el positivismo jurídico sustentó ideológicamente el régimen nazi ha sido objeto de numerosas e importantes críticas, y muchas investigaciones demuestran que la ideología jurídica oficial del nacionalsocialismo, a pesar de las diferencias de contenido con los sistemas tradicionales del Derecho Natural, debido a la idea racista y organicista de naturaleza que manejaba, estuvo metódicamente más cerca del pensamiento iusnaturalista que de la interpretación positivista³³. Algo similar puede decirse del régimen soviético de la RDA, pretendidamente basado en los principios de la sociedad socialista según la particular versión stalinista, y de la dictadura militar argentina con su doctrina de la seguridad nacional³⁴.

De allí que la pregunta acerca de la necesidad y conveniencia actual de la apelación a criterios de justicia suprapositivos para juzgar graves violaciones a los derechos humanos deba responderse negativamente. Esa

³² HART, H. L. A., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", cit., p. 59. Alexy, citando a Radbruch, pone fugazmente en tela de juicio esta aserción (cfr. ALEXY, Robert, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", p. 245-246).

³³ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan A., "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991 (cfr. <http://www.geocities.com/jagamado/nazismo.html>, consultado 22/02/2009), con cita de SCHILD, W., "Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens", en *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlín, Duncker & Humbltd, 1983 pp. 439, 450; HASSEMER, Winfried, "Derecho natural en el derecho constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 7, 2003, p. 287, nota al pie 54, con cita de NEUMANN, Ulfried, "Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945", en SIMÓN, Dieter (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt del Meno, 1994, pp. 145 ss.

³⁴ Cfr. el voto del Juez Zaffaroni y hasta el del propio Juez Lorenzetti en el citado caso "Simón" (considerando 25, párrafos primero y segundo, considerando 18, segundo párrafo, respectivamente).

apelación no es necesaria, porque alcanza con la presencia del derecho positivo de los derechos humanos, ni conveniente, por la notable vaguedad y eventual peligrosidad de aquellos criterios. Incluso me arriesgo a decir que tampoco era necesaria (ni conveniente) en el juzgamiento de los crímenes del régimen de la RDA, tal como puede desprenderse de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el mismo caso "Guardianes del Muro", que llegó a la misma conclusión que los tribunales alemanes apelando solamente al derecho positivo de los derechos humanos y prescindiendo de cualquier referencia a aquellos criterios de justicia³⁵. En lo sustancial, la tesis que aquí sostengo también es defendida por Hassemer³⁶. Sin embargo, mi tesis toma cierta distancia de ella porque Hassemer ve la existencia de una continuidad argumental entre la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán (de la que el mismo Hassemer formó parte en tanto juez integrante de dicho tribunal) y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Yo, en cambio, observo más bien una ruptura³⁷.

³⁵ Casos *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania y K.-H. W. v. Alemania*; sentencias del 22/03/2001. Puede verse una versión resumida de las sentencias respectivas en VIGO, Rodolfo L., *La Injusticia...*, cit., pp. 101-166.

³⁶ Cfr. HASSEMER, Winfried, "Derecho natural en el derecho constitucional", cit., pp. 290 ss.

³⁷ En el artículo citado en la nota que antecede, Hassemer afirma: "el Tribunal Constitucional Federal ha determinado, de forma más clara y decidida, que no se necesita el recurso a principios jurídicos suprapositivos, sino que basta partir de las valoraciones que la propia República Democrática Alemana ha expresado en sus preceptos penales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, finalmente, ha seguido consecuentemente este camino a través del Derecho internacional, Derecho constitucional y Derecho penal positivos de la República Democrática Alemana" (p. 291). Ahora bien, más arriba expliqué que el Tribunal Constitucional Federal tuvo en cuenta la "fórmula de Radbruch" según fue aplicada por el Tribunal Supremo Federal, y la convalidó señalando que la valoración basada en dicha fórmula "se ajusta a la Ley Fundamental". Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional afirma que "no se necesita el recurso a principios jurídicos suprapositivos", pues "basta partir de las valoraciones que la propia República Democrática Alemana ha expresado en sus preceptos penales", tal afirmación no se refiere a la causa de justificación invocada por los imputados, sino solamente a la justificación de la punibilidad de las conductas una vez que se ha descartado (apelando a criterios de justicia suprapositivos) la posibilidad de concurrencia de una causa de justificación. Concretamente, el Tribunal dice: "d) A la sentencia condenatoria tampoco se le puede objetar que la aceptación de la inobservancia de una causa de justificación todavía no le habría podido dar una respuesta a la Corte Suprema Federal a la cuestión de si –y bajo cuales condiciones- la conducta entonces antijurídica sería punible [...] Para la justificación de la punibilidad no se necesita aquí el recurso a principios de justicia suprapositivos..." (cfr. VIGO, R.L., *ob. cit.*, pp. 95-96). En rigor de verdad, lo que sí se evidencia, tal como advierte Alexy, es que el convencimiento que el Tribunal

V. REFLEXIONES FINALES. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHO POSITIVO "SUPRALEGAL"

Cabe aún decir algo más de lo hasta aquí dicho en favor de la tesis de la innecesariedad e inconveniencia de la apelación actual a criterios de valoración suprapositivos. Además de ser derecho positivo, los derechos fundamentales contenidos en las constituciones nacionales (y generalmente también los contenidos en los pactos internacionales de derechos humanos que los Estados ratifican) son derecho "supralegal", aunque en un sentido muy distinto del otorgado por Radbruch a esta expresión: lo son en el sentido de que, en la estructura escalonada de la mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales actualmente vigentes y con constituciones rígidas, ocupan un nivel jerárquicamente superior a las leyes. Por lo tanto, constituyen ellos mismos el fundamento de validez de las leyes y prevalecen en caso de conflicto (*lex superior derogat inferiori*).

Ese fundamento, ausente en el régimen del Tercer Reich a causa de la inexistencia (o insuficiencia) de derechos humanos positivizados con jerarquía superior a las leyes, es hoy insoslayable.

Naturalmente, esta es una posición que puede ser calificada como iuspositivista, pero en todo caso se trata –siguiendo a Ferrajoli³⁸– de un iuspositivismo crítico de la legalidad, que asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente y distingue adecuadamente los conceptos de vigencia (o existencia) y validez; en clara contraposición al positivismo jurídico tradicional, caracterizado por su actitud acrítica y mansamente contemplativa de las leyes.

Bentham afirmaba que en un gobierno de leyes la actitud iuspositivista consiste en "obedecer puntualmente, censurar libremente"³⁹. Pero en los Estados de derecho actuales, con constituciones rígidas, la censura no sólo debe ser externa sino también interna. Es el juez (y también el jurista),

Constitucional mostraba en sus propios precedentes sobre la "fórmula de Radbruch" se ha debilitado (cfr. ALEXY, R., "Derecho injusto...", cit., p. 220).

³⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 2000 (1995), pp. 851 ss.; Íd., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Creppi, Trotta, Madrid, 2004 (1999), pp. 18 ss.

³⁹ BENTHAM, Jeremy, ob. cit., Prefacio, p. 11.

antes incluso que el legislador, quien debe llevarla adelante. Y la obediencia a la ley se encuentra condicionada precisamente por esa censura. Poco menos que dos siglos después, Hart sigue casi al pie de la letra lo afirmado por Bentham y oscurece la censura interna, a punto tal que confunde validez con existencia, y considera jurídicamente inexistente, en vez de inválida, una ley dictada en violación de límites de contenido impuestos por la Constitución⁴⁰.

Hay que decir también que como el derecho positivo de los derechos humanos representa un conjunto de valores, la censura o crítica interna de las leyes basada en aquellos implica la asunción de un compromiso interno con estos. Sin embargo, a diferencia de la "moral interna del derecho" aludida por Fuller, los valores a los que me refiero configuran límites sustanciales antes que formales. Del mismo modo, dicho compromiso no supone de manera alguna la defensa de una conexión necesaria entre derecho y moral. Esa conexión es sólo contingente, pues se encuentra vinculada al proceso histórico de positivización de los derechos fundamentales⁴¹.

Por otro lado, al evitar la confusión conceptual típicamente iusnaturalista entre derecho y moral, esta perspectiva permite al mismo tiempo criticar externamente —es decir, desde un enfoque ético-político— el derecho vigente, proponiendo desde afuera su modificación, tal como querían, entre otros, Bentham y Hart.

Como se trata de una conexión contingente, y por lo tanto, históricamente cambiante, nada impide que nuevas circunstancias históricas provoquen un regreso jurídico-positivo a los tiempos de Auschwitz, tornando nuevamente relevante la discusión sobre si es mejor apelar a un derecho

⁴⁰ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto...*, cit., p. 87: "...para determinar si una pretendida norma sancionada es derecho [...] tenemos que demostrar que fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con una regla existente y que, o bien esta regla no establece restricciones, o no hay ninguna que afecte la particular norma de que se trata". Como puede apreciarse, de esta afirmación se infiere que si una restricción afecta la norma en cuestión, la pretendida norma no sólo no es válida sino que tampoco es derecho. La confusión entre existencia (o vigencia) y validez también se da en Kelsen, sólo que a la inversa. Kelsen considera que una norma cuyo contenido es incompatible con la Constitución permanece válida hasta que sea derogada en la forma que el mismo orden jurídico determine (cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Maynez, UNAM, México, 1979, p. 137).

⁴¹ De todas maneras se trata de una conexión firmemente establecida y con expectativas de duración.

“supralegal” (en el sentido de suprapositivo) o, en cambio, aplicar la ley retroactivamente. Pero mientras ello no suceda, se deberá apelar a los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, para realizar la crítica de las leyes inválidas aunque formalmente vigentes.