N O T A S

POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO JURÍDICO Y MORALISMO JURÍDICO EN EL DEBATE SOBRE «DELINCUENCIA ESTATAL» EN LA ANTERIOR RDA

1 La discusión actual acerca del tratamiento jurídico-penal que merecen las lesiones de bienes jurídicos cometidas por representantes del poder estatal de la antigua RDA («delincuencia estatal»[1]), guarda un claro paralelismo con el debate que tuvo lugar en vísperas de la Segunda Guerra Mundial. Viene a confirmarse la experiencia de que en momentos de ruptura política corresponden a la Filosofía del Derecho fuertes cometidos prácticos. En todo caso las experiencias posteriores a 1945 no permiten necesariamente confiar en la posibilidad de una reelaboración filosófico-jurídica de lo que deja tras de sí un régimen injusto. Después de 1945 la filosofía del Derecho fracasó en esta empresa. Fue precipitado culpar al positivismo, pues éste no era el modelo básico del pensamiento jurídico nacional-socialista. La transformación del Derecho operada de acuerdo con la ideología nacional-socialista no fue, en amplios ámbitos del ordenamiento jurídico, consecuencia de una legislación revolucionaria, sino el solo resultado de una complaciente reinterpretación del Derecho vigente. La ideología jurídica oficial del nacional-socialismo estaba más cerca ideológicamente del pensamiento iusnaturalista que de una concepción positivista -a pesar del fuerte contraste material con los sistemas de Derecho natural tradicionales-. Pero lo que ante todo debe quedar claro a la Filosofía del Derecho es que la elección de un sistema de coordenadas definido por los polos «Derecho natural» y «positivismo jurídico» condujo a una considerable reducción del problema. Pues la opción entre positivismo y Derecho natural encubría todas las alternativas diferenciadoras sobre las que habría habido que discutir, como las concepcio-

[1] Cfr. por ejemplo los trabajos que aparecen en: E. J. Lampe (ed.), *Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedfervereinigung,* 1993.

nes del Derecho autoritaria y liberal, individual y colectiva o universal y particular. La alternativa «Derecho natural o positivismo jurídico» respondió a la finalidad de resolver el problema de la obligatoriedad del Derecho nacional-socialista; pero conllevó en la práctica el dejar de lado una discusión material con la ideología jurídica nacional -socialista.

2. En el actual debate filosófico-jurídico es plausible concentrase en el problema de la validez del Derecho porque la cultura jurídica de la República Federal Alemana no precisa de una confrontación con la ideología jurídica marxista. Por el contrario, reviste un significado central preguntarse por los criterios de validez del Derecho en orden al tratamiento jurídico del pasado de la RDA. La presente situación pone en evidencia que la pregunta acerca del contenido de un concreto ordenamiento jurídico sólo puede ser contestada una vez establecido el concepto de Derecho. La cuestión «quid sit iuris» presupone la respuesta de la pregunta «quid sit ius». Si la cuestión relativa al contenido del ordenamiento jurídico de la antigua RDA posee significación práctica para las decisiones actuales de los Tribunales de la República Federal Alemana, es como consecuencia de disposiciones jurídico positivas. En el ámbito del Derecho penal, al que yo quiero circunscribirme, se establece que en los casos normales sólo puede castigarse cuando la acción era punible con arreglo al Derecho de la antigua RDA. En el caso de los disparos en el «muro»: sólo si los disparos eran antijurídicos según el Derecho entonces vigente en la RDA podrán castigarse hoy en la República Federal.

3. Tres criterios distintos permiten decidir en principio si una determinada norma forma parte de un sistema jurídico dado. Cabe atender a:

a) textos legales;
b) la praxis de los tribunales;
c) la cualidad moral de las normas en cuestión.

Según cuál sea el criterio que se considere determinante, cabe distinguir tres posiciones:

a) positivismo legal;
b) realismo jurídico;
c) moralismo jurídico.

La oposición conceptual al realismo jurídico la constituye el idealismo jurídico, según el cual el Derecho existe más allá de las concre-

tas acciones de los operadores jurídicos. Positivismo jurídico y moralismo jurídico son en esta medida modalidades del idealismo jurídico.

4. En el caso ideal los tres criterios mencionados identifican de forma coincidente el Derecho vigente: Las leyes que formal y materialmente están de acuerdo con la Constitución (aspecto de la positividad) están en consonancia con los baremos reconocidos de justicia (aspecto de la moralidad) y son aplicadas correctamente por las instancias estatales competentes (aspecto de la realidad). En los casos normales existen diferencias marginales que en el Estado constitucional moderno pueden ser limadas con los medios de que dispone el sistema jurídico. Una divergencia entre la ley y la praxis jurídica puede ser resuelta tanto a favor de la ley como a favor de la praxis. Si se trata de una desviación singular, se corrige la decisión: normalmente por la vía de su anulación por parte de la instancia superior, y en casos extremos, incluso con sanciones penales contra el que ha decidido. La idealidad de lo normativo se impone frente a la realidad negativa (facticidad de lo normativo). Por el contrario, en caso de una desviación colectiva respecto de la ley, la corrección puede operar en favor de la praxis: la inobservancia colectiva de la ley recibe bajo determinadas circunstancias reconocimiento normativo; las categorías que ofrece la teoría de las fuentes del Derecho son el «Derecho consuetudinario» y el «Derecho judicial».

En el Estado constitucional las divergencias entre la positividad y la moralidad del Derecho también pueden ser resueltas en el interior del sistema positivo. Puesto que los principios elementales del Derecho correcto están positivizados en la Constitución, la norma extremadamente injusta vulneraría al mismo tiempo al Derecho positivo de rango superior. Por ello, el problema del Derecho natural no se plantea normalmente en relación con el ordenamiento jurídico propio del Estado constitucional moderno.

5. En los Estados totalitarios en los que se instrumentaliza ampliamente el Derecho fracasan estos mecanismos internos de compensación. Esto vale para la relación entre positividad y realidad: allí donde toda la actuación estatal sigue el principio del partidismo, no se corrige la inobservancia del Derecho escrito que favorece a quienes dominan; por otra parte, puede resultarles demasiado inconveniente dejar oficialmente en suspenso las correspondientes reglas del Derecho escrito. Como sucede con la aplicación o inaplicación de la Ley de Fronteras[2], la ley y la praxis jurídica se hallan

[2] Ley de Fronteras del Estado de la República Democrática Alemana (Grenz-GDDR) de 25 de marzo de 1982.

entonces en flagrante contradicción. En lo que concierne a la relación entre positividad y moralidad, tampoco cabe su compensación desde la perspectiva de las preferencias valorativas reconocidas en el moderno Estado constitucional: tampoco la Ley de Fronteras, «más humana» que la práctica de los Tribunales[3], resulta compatible, a nuestro modo de ver, con principios jurídicos reconocidos[4]. Todo ello impone la necesidad de establecer un orden jerárquico entre los criterios de validez de la moralidad, de la positividad y de la práctica fáctica.

6. Hay que empezar por constatar que la cuestión «¿qué era en su momento Derecho válido en la RDA?» no apunta al conocimiento de una realidad previamente dada. Se trata de una cuestión de interpretación, no del «ser ideal». Para la concurrencia entre los criterios de validez, de la positividad, de la práctica fáctica y de la moralidad del Derecho, ello significa que no se trata de encontrar el camino correcto para el conocimiento del Derecho válido, los distintos criterios de validez constituyen más bien distintos conceptos de la validez del Derecho y del Derecho mismo. Formulado gráficamente: cada una de las tres teorías de la validez alcanza su objetivo porque empiezan por fijar este objetivo. Esto no significa, naturalmente, que la realidad empírica carezca de importancia para la pregunta acerca de lo que es Derecho válido; más adelante se pondrá de manifiesto que en la discusión sobre lo que en su momento era Derecho válido en la RDA juegan un papel esencial apreciaciones contrapuestas acerca de la realidad social de entonces. Pero los hechos que se consideran relevantes para decidir el problema de la validez están determinados por el concepto de validez del que se parte.

7. En todo caso, para no caer en el peligro de la especulación metafísica, debe exigirse que este concepto de validez se vincule de algún modo a la realidad social. Por este motivo se descarta una posición iusnaturalista para la reconstrucción de sistemas jurídicos pasados. Para que se entienda con un ejemplo que pertenece a un pasado remoto y que por ello tiene menos carga emocional: la afir-

---

[3] Así, según el art. 27 párr. 1 inciso 1 GrenzG-DDR, el uso de armas de fuego era «la última medida de empleo de la fuerza»; el art. 27, párr. 1 inciso 1 establecía la necesidad de evitar al máximo la muerte de personas al hacer uso de armas de fuego.

[4] Sobre la cuestión de si el principio de libertad de salida al extranjero, en virtud del art. 12 párr. 2 del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos de 19 de dic. de 1966 (IPbürgR) («Todos son libres de abandonar cualquier país, incluido el suyo») regía como norma de Derecho interno de la RDA, cfr. por una parte (a favor) H. L. Schreiber, en: *Grünwald, Die strafrechtliche Bewertung* in der DDR begangener Handlungen, en: *Strafverteidiger* (StrV) 1991, págs. 31 ss., 37.

mación de que en los ordenamientos jurídicos de las Ciudades-Estado de la Antigüedad las normas reguladoras de la esclavitud no eran Derecho válido por oponerse a una prohibición de la esclavitud de Derecho natural universal y atemporal no tiene sentido alguno como descripción de esos ordenamientos jurídicos. Con ello sólo hacemos aparentemente una afirmación sobre el contenido de esos sistemas jurídicos; en realidad lo que hacemos es una crítica motivada por criterios morales. Esto es, formulamos una valoración bajo la forma de una proposición descriptiva -el clásico supuesto de forma de hablar ideológica[5].

Lo que vale para el ejemplo de la esclavitud de la Antigüedad, vale en principio también para las reglas e instituciones del Derecho de la antigua RDA que resulten moralmente rechazables. Tampoco aquí tiene sentido pretender que la limitación de la libertad de salida al extranjero no era Derecho válido por oponerse a principios de Derecho natural. Debe rechazarse, por tanto, la argumentación iusnaturalista que halló eco en la sentencia del Tribunal Federal alemán para la punibilidad de los «guardias del muro»[6].

Como aclaración, hay que subrayar que naturalmente esta argumentación no excluye que en la reconstrucción de ordenamientos jurídicos pasados se tengan en cuenta elementos de Derecho natural inmanentes a estos ordenamientos jurídicos, y que ello no impide, tampoco, una posición iusnaturalista en relación a la interpretación de un ordenamiento jurídico válido aquí y ahora. Desearía explicar estos dos puntos a continuación. Las posiciones iusnaturalistas adoptadas dentro de un ordenamiento jurídico extranjero o pasado son hechos sociales que no pueden eludirse en la descripción de este orden jurídico. Así, la descripción del sistema jurídico alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial ha de incluir el hecho de que el Tribunal Federal en numerosas sentencias se ha mostrado partidario de un Derecho natural de impregnación cristiana[7]. Cuestión distinta es si estamos autorizados a extraer de tales posiciones iusnaturalistas inmanentes conclusiones que el propio orden jurídico no extrae. Para ejemplificarlo con la esclavitud: en el supuesto de que algunas de las Ciudades-Estado de la antigüedad se hubieran declarado favorables en su praxis jurídica a un principio jurídico suprapositivo de dignidad humana, ¿podríamos deducir de ello la consecuencia de que según las

---

[5] T. Geiger, *Das Werturteil* -eine ideologische Aussage, en: Albert/Topitsch (ed.), *Werturteilsstreit,* 1971, págs. 33 ss.

[6] BGH JZ 1993, 199, con comentario de W. Fiedler.

[7] Paradigmática: BGHSt, 6, 147 (declaración de la inmoralidad del suicidio, porque nadie puede lícitamente disponer por sí mismo de su propia vida y matarse [pág. 153]).

reglas inmanentes de estos Estados la esclavitud era antijurídica? Seguramente no. El paralelismo con el enjuiciamiento de la situación jurídica en la antigua RDA es aquí evidente: De la proclamación jurídica por parte de la RDA de los derechos fundamentales y del hombre[8] tampoco cabría concluir que, por ser la libertad general de salida al extranjero uno de los derechos humanos, el ordenamiento jurídico de la RDA la garantizase y que su constante negación fuera sólo imputable a la praxis jurídica. Volveré de nuevo sobre esta cuestión al discutir el criterio de validez positivista y realista.

b) El rechazo de un esquema interpretativo iusnaturalista para la reconstrucción de un ordenamiento jurídico del pasado no significa tampoco que, a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico vigente, haya que excluir un planteamiento iusnaturalista. Aquí se trata de otra cuestión. Respecto al Derecho vigente tanto las posiciones positivistas como iusnaturalistas tienen el carácter de propuestas normativas (norm-propositiv): se refieren al problema de si los operadores jurídicos están obligados por el Derecho a aplicar leyes extremadamente injustas. Se trata de una cuestión normativa llena de sentido y de importancia práctica que puede ser abordada desde distintas posiciones sin carga metafísica. Para órdenes jurídicos del pasado no parece adecuada una toma de posición de carácter normativo (norm-propositiv). Quien aplique el esquema interpretativo del Derecho natural a ordenamientos jurídicos del pasado está obligado a entender la controversia entre iusnaturalismo y positivismo no como una cuestión práctico-normativa, sino cognitiva. Esto es, ha de admitir una entidad ideal, la «validez jurídica», cuyo adecuado conocimiento se disputan iusnaturalistas y positivistas. Más allá de tal posición metafísica, la negación iusnaturalista de la validez de determinadas normas de ordenamientos jurídicos anteriores no significa más que la exigencia de que las decisiones actuales de nuestro Derecho no tomen en cuenta para nada dichas normas.

Se hace patente aquí el carácter contrafáctico de la argumentación iusnaturalista: se exige actuar como si las normas objetadas no hubiesen existido en el sistema jurídico de la RDA. En el fondo viene a negar aplicación a las normas jurídicas en su momento vigentes en la RDA[9] apelando al «ordre public» de la RFA. Respecto a la

---

[8] Cfr. por ejemplo art. 95 Código Penal de la RDA: «Quien vulnere derechos fundamentales y del hombre no podrá ampararse en una ley, orden o indicación; será jurídico-penalmente responsable».

[9] Expresamente en favor de recurrir al «ordre public» de la RFA para comprobar la justificación de homicidios en el muro, Küpper/Wilms, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1992, págs. 91, 93; en contra BGH JZ 1993, 199, 201.

prohibición de retroactividad del Derecho penal prevista en el art. 103 de la Ley Fundamental, ello significa lo siguiente: Quien niega la validez de ciertas causas de justificación del Derecho de la RDA con argumentos iusnaturalistas, está exigiendo que no se aplique la prohibición de retroactividad propia del Estado de Derecho a causa de la especial reprochabilidad de las acciones cuestionadas.

En resumen: el esquema interpretativo iusnaturalista no posibilita ninguna afirmación acerca de la situación jurídica en la antigua RDA. Más bien supone la exigencia de no tomar en cuenta hoy la situación jurídica de entonces ni, por tanto, la prohibición de retroactividad característica de un Estado de Derecho. Pero esto precisamente es lo que debería evitarse según las reglas del Tratado de unificación.

8. Por ello sólo queda la posibilidad de un castigo en todos aquellos supuestos en los que las acciones cuestionadas ya eran punibles según el Derecho, no corregido iusnaturalísticamente, de la antigua RDA. Ejemplo: el sujeto dispara al fugitivo un tiro dirigido a matar cuando podría haberle detenido sin emplear un arma de fuego (infracción del art. 27, 1 de la Ley de Fronteras)[10]. Desde una concepción positivista-legalista no cabe dudar de la punibilidad del que dispara según el Derecho de la antigua RDA: el tipo penal de homicidio se realiza y no concurre ninguna causa de justificación prevista en la ley de fronteras ni en ninguna otra norma legal.

9. Pero uno no puede quedarse satisfecho, sin más, con esa conclusión. Pues, naturalmente, el autor no hubiera sido acusado de homicidio en la RDA. La persecución penal de los que disparaban en el «muro» no se adecuaba a la práctica de los órganos de la Administración de Justicia. A la argumentación positivista-legalista cabría, por lo tanto, contraponer una argumentación realista: puesto que estas acciones no se perseguían ni de hecho ni según las reglas implícitamente vigentes del sistema de Justicia de la RDA, las mismas no eran punibles dentro de este sistema. Según una formulación de Jakobs sólo podría hablarse aquí de punibilidad «desde un planteamiento normativo en cierto modo exangüe»[11]. La pregunta es: ¿se debe perseverar en un tal normativismo a la vista de la situación jurídica que existía en la antigua RDA, según la máxima «tanto peor para la realidad si no se adecúa a la normatividad? o ¿debe capitular

---

[10] Cfr. nota 3.

[11] Jakobs, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?* Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, en: J. Isensee (ed.), *Wergangenheitsbewältigung durch Recht,* 1992, págs. 37 ss., 53.

la normatividad ante la realidad perversa? Según lo que se dijo antes acerca de los aspectos epistemológicos del problema de la validez está claro que aquí no se trata de identificar una realidad denominada «validez jurídica». Se trata más bien de si puede contar con mejores argumentos una definición positivista-legalista del concepto de Derecho o una realista. Para dilucidarlo situaré en primer plano la posición realista y trataré implícitamente al hacerlo la correspondiente posición contraria positivista.

Hay que decir cosas distintas sobre la plausibilidad del realismo según los distintos niveles de concretización del Derecho. No es apenas sostenible una posición que pretenda reducir el Derecho válido a una suma de decisiones de casos particulares. Las consecuencias de la definición que en este sentido propuso Holmes y según la cual habría que entender por Derecho las profecías acerca de lo que los Tribunales harán realmente[12], no son aceptables. Pues esta definición no sólo desconoce la perspectiva interna del Juez, incapaz de predecir sociológico-empíricamente su propia decisión[13]; tiene, además, la importante consecuencia de que el Juez nunca podría cometer ningún error jurídico al decidir, aunque lo hiciera con la peor intención. En este nivel de la concretización del Derecho, el de la decisión de los casos particulares, la posición realista resulta, pues, poco convincente.

Por el contrario la misma es muy atractiva en el plano más fundamental, cuando se trata de las condiciones de validez de las Constituciones. Jakobs[14] apela aquí con razón a la coloración sociológica de la norma fundamental en el «normativista» Kelsen. En el ámbito intermedio, el de la legislación ordinaria, que es el que importa al tratar de la problemática de la delincuencia de la RDA, es más difícil el enjuiciamiento del realismo jurídico. La cuestión aquí es: ¿cómo se diferencia una infracción colectiva y permanente de una regla por parte de los operadores jurídicos de una regla? La respuesta de los positivistas es: consultando a la ley. Los realistas contestan: no hay posibilidad de diferenciación. Pues la praxis colectiva de los operadores jurídicos es la que determina lo que son las reglas. Según este planteamiento, por tanto, la praxis unitaria de los operadores jurídicos no puede violar el Derecho. Si trasladamos esto a la problemática de la punibilidad de los tiradores del muro, resulta lo siguiente: los excesos cometidos por los soldados de la frontera no eran punibles según el Derecho de la RDA porque la praxis jurídica unánime no los persiguió.

---

[12] Holmes, *The Path of the Law, Harvard Law Review* 10 (1897), págs. 457 ss.

[13] Ellscheid, *Zur Forschungsidee der Rechtstheorie,* en: Arthur Kaufmann (ed.), *Rechtstheorie,* 197 1, pág. 13.

[14] Jakobs (nota 11) pág. 44.

A mi juicio, en este nivel intermedio de concretización del Derecho, los mejores argumentos están de lado de los positivistas-legalistas en contra del concepto realista de Derecho. En un ordenamiento jurídico completamente reglado por leyes el concepto realista de Derecho daría lugar a una amenaza permanente de la obligatoriedad del Derecho legal. No puede, pues, renunciarse a la separación categorial entre validez normativo-jurídica y validez fáctica. A ello se corresponde el hecho de que Kelsen y Hart sólo recurren a la facticidad social en relación a la norma fundamental del ordenamiento jurídico y no respecto a las normas derivadas.

Antes de poder extraer consecuencias de ello en orden al tratamiento jurídico penal de la delincuencia estatal de la RDA, habrá que considerar todavía dos objeciones. Habría que examinar, en primer lugar, si no sería posible una corrección de la ley desde la perspectiva del Derecho judicial. Debe negarse esta posibilidad para el grupo de casos de los hasta ahora tratados. Sólo puede aceptarse una integración judicial del Derecho en los supuestos en los que las reglas correspondientes han sido formuladas de forma explícita por los Tribunales y desarrolladas a partir de una confrontación argumentativa con el texto legal. Ninguna de estas dos cosas se dio, por lo que se ve, en este caso.

La segunda objeción es más grave y, en mi opinión, no puede ser en este momento ni definitivamente rebatida ni definitivamente aceptada. Ésta sería: En la RDA no hubo un sistema jurídico que debiera tomarse en serio y que fuera tomado en serio. Si esta objeción, expuesta sobre todo por Jakobs[15], fuese correcta, desaparecería la base de la argumentación positivista-legalista. Si todo el Derecho de la RDA no fuese más que teatro puesto en escena por razones de propaganda, carecería de sentido apelar hoy a sus textos legales. Aún no estamos en condiciones de juzgar de forma concluyente si, o en qué medida ello fue así. Sería necesario para ello no sólo un análisis preciso de los principios de la «legalidad socialista» y del partidismo del Derecho, sino también un detallado inventario de la praxis judicial que incluyera la autocomprensión de los implicados[16]. No obstante, las pruebas prima-facie parecen contradecir la tesis del puro teatro. Resulta poco plausible que todos los actos de legislación y de aplicación del Derecho por parte de la Administración y de los Tribunales, más allá de su significado pragmático-político, se entendieran sólo como actos de arte dramático.

---

[15] Jakobs (nota 11) págs. 51 ss.; cfr. también Pawlik, *Das Recht in Umrechtstaat,* 1993.

[16] Sobre esto ver, I. Markovits, *Die Abwicklung.* Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz, 1993.

Pero si la concepción del Derecho de la RDA se caracterizó por una ambivalencia entre legalismo y cinismo jurídico deberíamos tomarle la palabra de manera legalista y no dar a los responsables la posibilidad de que, con efectos exculpatorios, alegasen que todo aquello no iba tan en serio[17].

(Traducción de Francesca Puigpelat Martí)

[17] En este sentido, K. Uderssen, *Der Staat geht unter das Unrecht bleibt?* - Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, 1992.