

LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA *LEX INIUSTA* Y LA FÓRMULA DE RADBRUCH. UN ENSAYO DE COMPARACIÓN¹

José Antonio Seoane

La fórmula de Radbruch ha devuelto a la actualidad la cuestión de la validez y la obediencia al Derecho en el caso de leyes injustas, y al propio tiempo ha servido para ofrecer nuevos argumentos para la perenne disputa acerca de las relaciones entre Derecho y moral. La tradición iusnaturalista se ocupó de la cuestión, y en ella hallamos diversas respuestas. La doctrina clásica de la ley injusta, en particular en el pensamiento aquiniano, se planteó el problema de la obediencia al Derecho y de la fuerza obligatoria de las leyes: ¿ha de obedecerse la ley injusta? En caso afirmativo, ¿siempre o sólo en determinadas circunstancias? ¿todos los ciudadanos o sólo algunos? ¿cuál es la naturaleza de ese deber? En todos estos interrogantes gravita la cuestión de la naturaleza de las relaciones entre el Derecho y la moral.

En cierta medida este haz de problemas reaparece en el pensamiento jurídico contemporáneo a raíz de la fórmula de Radbruch, donde el jurista alemán, ante la iniquidad de las leyes del nacionalsocialismo, además de revisar su propio pensamiento, respondía a la cuestión de la validez de dichas normas y de la existencia o no de una obligación de seguirlas, mediante el fortalecimiento de los contenidos de justicia en la configuración de lo jurídico en casos de extrema injusticia: *lex iniustissima non est lex*. Con posterioridad, además de la utilización de dicha fórmula por los tribunales alemanes en la segunda mitad del siglo pasado, la actualización de la fórmula de Radbruch en el ámbito iusfilosófico ha corrido a cargo de Robert Alexy, quien la ha incorporado como elemento nuclear de su noción no positivista de Derecho y como argumento en defensa de la conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral.

En lo que sigue analizaremos estas tres aproximaciones a la cuestión. Plantearemos 1) la cuestión de la *lex iniusta* en la tradición iusnaturalista clásica, acompañada de 1.1) la interpretación analítica de John Finnis. Seguiremos con 2) su recuperación contemporánea, como *lex iniustissima*, por parte de Gustav Radbruch, y con 2.1) una interpretación del significado de la fórmula en el pensamiento del iusfilósofo alemán. A continuación expondremos 3) la actualidad de la fórmula de Radbruch en la defensa realizada recientemente por Robert Alexy y 3.1) su significado en el concepto no positivista de Derecho. Por último, ensayaremos 4) una comparación entre la doctrina clásica y las formulaciones contemporáneas, para apreciar las semejanzas y diferencias, si existe o no continuidad entre ellas y cuál es la doctrina con mayor potencial metodológico e interpretativo de la cuestión.

¹ Agradezco a Pedro Rivas sus comentarios a una versión previa de esta investigación y, especialmente, a Pedro Serna sus sugerencias y orientación, que han preservado en buena medida de errores y oscurecimientos este trabajo.

La pertinencia de la comparación guarda relación con las distorsiones a las que se ha visto sometida la doctrina clásica de la ley injusta a través de ciertas interpretaciones contemporáneas², atribuyéndole un carácter central en la tradición iusnaturalista cuando no pasa de ser un corolario. Esta interpretación distorsionada ya fue advertida hace algo más de dos décadas por Finnis³. Recientemente, Serna ha sugerido que el modo más correcto de comprender esta doctrina es por referencia al pensamiento de índole analógica que subyace a la tradición iusnaturalista clásica⁴. Nuestra argumentación se apoya y pretende desarrollar esta perspectiva de reflexión sobre el Derecho contemporáneo, abierta en el más amplio contexto de debate con las revisiones o versiones más recientes del positivismo, que adopta como tesis de referencia la concepción analógica del pensamiento y la realidad propia de la tradición clásica.

1. La cuestión de la *lex iniusta* en la tradición iusnaturalista

Dos son las formulaciones canónicas del problema de la ley injusta en el pensamiento iusnaturalista clásico. La primera de ellas se debe a San Agustín, quien en su diálogo *De libero arbitrio* afirma:

“Pues a mí me parece que no es ley la que es injusta”⁵.

La tesis agustiniana no es novedosa en la tradición clásica. Con carácter previo autores como Platón⁶ o Cicerón⁷ ya se habían manifestado en un sentido semejante. Con

2 Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 156-157 y 205 ss.; C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 27-29.

3 “[U]na teoría de la ley natural no necesita tener como principal preocupación, ni teórica ni pedagógica, la afirmación de que ‘las leyes injustas no son leyes’. En realidad, no sé de ninguna teoría de la ley natural en la que esa afirmación, o cualquier cosa parecida, sea algo más que un teorema subordinado”. (JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980. Se emplea la traducción de Cristóbal Orrego Sánchez, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 379).

4 “En efecto, desde la perspectiva de Finnis la norma injusta aparece como un caso periférico del derecho, según se expondrá más adelante. Pero esto no es completamente una novedad aportada por Finnis. En el tema de la ley injusta, Tomás de Aquino dice que ‘más bien’ es *corruptio legis*, pero no la considera inexistente jurídicamente, siendo su posición al respecto mucho más matizada de lo que el pensamiento positivista suele pensar, precisamente porque se funda en un uso analógico del pensamiento que permite concebir las realidades de forma no disyuntiva, y no experimenta la necesidad de designarlas mediante conceptos rígidos que sólo cabe emplear en la forma ‘todo o nada’. [...] La interpretación del pasaje de la *corruptio legis* como la negación total de la relevancia jurídica de la norma injusta contradice una interpretación sistemática e incluso literal del pensamiento del Aquinate y, sobre todo, es una consecuencia formulada desde un pensamiento disyuntivo, nada más lejano a la concepción analógica del pensamiento y de la realidad que se da en la tradición iusnaturalista desde Aristóteles hasta nuestros días”. (PEDRO SERNA, “Sobre el ‘Inclusive Legal Positivism’. Una respuesta al Prof. Vittorio Villa”, *Persona y Derecho* 43 (2000/2), pp. 99-146, pp. 135-136).

5 AGUSTÍN DE HIPONA, *De libero arbitrio* I, v 11: “*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*”. (Se emplea la versión castellana de Evaristo Seijas, revisada y corregida por Santos Santamarta del Río, “El libre albedrío”, en *Obras de San Agustín* III. *Obras filosóficas*, Madrid, BAC, quinta edición, 1982, pp. 191-432). Algo semejante se afirma para el contexto político en *De civitate Dei* IV, 4, equiparando los gobiernos injustos con bandas de ladrones: “Si de los gobiernos quitamos la justicia, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala?”. (Se emplea la traducción de Santos Santamarta del Río y Miguel Fuertes Lanero, *La Ciudad de Dios* (I.º), Madrid, BAC, cuarta edición, 1988).

6 PLATÓN, *Las Leyes* IV, 715b: “no son rectas leyes las que no se establecen en razón de la comunidad total de la ciudad. Donde las leyes se hacen en gracia sólo de unos cuantos, decimos que no hay ciudadanos, sino sediciosos, y que su pretendida justicia no es sino un nombre vano”. (Se emplea la edición bilingüe, traducción, notas y estudio preliminar de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.ª edición, 1999).

todo, la rotunda fórmula de San Agustín, ha gozado de mayor notoriedad, y es la que se suele identificar con la tradición iusnaturalista.

La segunda formulación ha de esperar la relectura de Tomás de Aquino, que brinda una solución más precisa y matizada:

“la ley positiva humana [...], si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley [*non est lex sed legis corruptio*]”⁸.

La ley injusta no es ley en sentido propio, en sentido central o pleno (*simpliciter*) sino que es ley de otra manera, imperfecta, en sentido análogo o derivado (*secundum quid*). Esta posición la confirma Santo Tomás en otros lugares de su obra, identificando la ley injusta con la ley del tirano:

“La ley tiránica, por lo mismo que no se conforma a la razón, no es propiamente ley, sino *más bien* una perversión de la ley”⁹.

La injusticia de la ley tiene repercusiones en el deber de obediencia al Derecho, que es una cuestión de grado. Para Santo Tomás sólo la ley justa –y adecuadamente promulgada–, esto es, la ley *simpliciter*, tiene fuerza obligatoria *per se*; las leyes injustas, opuestas al bien humano, “tienen más de violencia que de ley”¹⁰, y

“no obligan en el foro de la conciencia, a no ser que se trate de evitar el escándalo o el desorden, pues para esto el ciudadano está obligado a ceder de su derecho”¹¹.

No son ley en sentido estricto o pleno, pero tampoco carecen por completo de relevancia jurídica. En cuanto a la ley tiránica –promulgada por autoridad no legítima aunque orientada al bien común y razonable–, pese a su imperfección en cuanto ley, incide en la pervivencia de un cierto deber colateral o secundario de obediencia en atención al fin o efecto de dicha ley, ya que

“todavía se propone hacer buenos a los ciudadanos en la medida en que conserva algo de la naturaleza de la ley. De esta naturaleza no le queda sino el ser un

7 CICERÓN, *De legibus* II, 5, 11: “aquéllos que hayan prescrito disposiciones perniciosas e injustas a los pueblos, habiendo obrado en contra de lo que han prometido o declarado solemnemente, hicieron cualquier cosa, pero no leyes”. (Se emplea la traducción de José Guillén, “Sobre las leyes”, en MARCO TULIO CICERÓN, *Sobre la República. Sobre las leyes*, Madrid, Tecnos, 1986).

8 TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q. 95 a. 2 c. (Se emplea la traducción de Jesús María Rodríguez Arias, *Suma de Teología II. Parte I-II*, Madrid, BAC, segunda edición, 1989). En un sentido semejante *Summa Theologiae* II-II q. 60, a. 5 ad. 2: “Que así como las leyes inicuas por sí mismas contrarían el derecho natural, o siempre o en el mayor número de casos”. (Se emplea la traducción de Emilio García Estébanez, *Suma de Teología III. Parte II-II (a)*, Madrid, BAC, 1990). Para Tomás de Aquino la ley positiva humana tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. La derivación de las normas positivas puede tener lugar por dos vías: conclusión o determinación. Dada la gran variedad de cosas humanas, la aplicación de los principios generales de la ley natural a las leyes humanas positivas no es uniforme. De ella nace la diversidad de leyes positivas. (*Summa Theologiae* I-II, q. 95 a. 2 c y ad. 3).

9 TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q. 92, a. 1 ad. 4: “*lex tyrannica, cum not sit simpliciter lex, sed magis est quaedam perversitas legis*”. Énfasis añadido. La ley es “una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad” (*Summa Theologiae* I-II q. 90, a. 4 c; también, sobre el carácter racional de la ley, q. 90 a. 1).

10 *Ibid.*, q. 96, a. 4 c.

11 *Ibidem*. “Las leyes pueden ser injustas de dos maneras. En primer lugar, porque se oponen al bien humano, al quebrantar cualquiera de las tres condiciones señaladas: bien sea la del fin, como cuando el gobernante impone a los súbditos leyes onerosas, que no miran a la utilidad común, sino más bien al propio interés y prestigio; ya sea la del autor, como cuando el gobernante promulga una ley que sobrepasa los poderes que tiene encomendados; ya sea la de la forma, como cuando las cargas se imponen a los ciudadanos de manera desigual, aunque sea mirando al bien común. [...] En segundo lugar, las leyes pueden ser injustas porque se oponen al bien divino [...]. Y tales leyes nunca es lícito cumplirlas [...]”. (*Ibidem*).

dictamen de la razón del gobernante respecto de sus súbditos y el ser dictada con el propósito de que los súbditos la obedezcan bien. Y esto es ya hacerlos buenos, no en sentido absoluto, pero sí con respecto al régimen”¹².

1.1. Una lectura contemporánea de la tradición: la interpretación analítica de John Finnis

Las consideraciones de Tomás de Aquino acerca de las leyes injustas y su obligatoriedad pueden sintetizarse diciendo que una ley injusta no es ley en sentido focal o absoluto (*simpliciter*), pero sí lo es en el sentido secundario o analógico (*secundum quid*) del término, en relación con el régimen tiránico o irrazonable. La tradición central del pensamiento iusnaturalista, representada por la formulación aquiniana, no niega sino que “otorga explícitamente (al hablar de ‘leyes injustas’) validez jurídica a las reglas inicuas, ya con el fundamento de y en el sentido de que estas reglas son aceptadas en los tribunales como orientaciones para la decisión judicial, ya con el fundamento de y en el sentido de que, a juicio del hablante, ellas satisfacen los criterios de validez establecidos por las reglas jurídicas constitucionales o de otro tipo, ya con estos dos fundamentos y en estos dos sentidos”¹³. Según Finnis, en el pensamiento de Tomás de Aquino la ley injusta sigue siendo ley aunque imperfecta; no pierde la validez jurídica.

Finnis señala que, al calificar la ley injusta o tiránica como “corrupción de ley”, Tomás de Aquino está privilegiando y adoptando un modo de acercamiento al problema de la justicia, de la validez y de la relevancia jurídica: el punto de vista moral, el punto de vista del *studiosus* o del *spoudaios*, del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica¹⁴.

El enunciado “*lex iniusta non est lex*” es susceptible de tres sentidos distintos, y de tres puntos de vista diferentes: 1) el punto de vista expositivo intrasistemático, 2) el punto de vista histórico-sociológico y 3) el punto de vista de la razonabilidad práctica (*simpliciter*). Dicho enunciado implica que cierto contenido normativo posee el estatus de ley en una comunidad, tanto en el sentido intrasistemático como en el sentido histórico-sociológico; que es una ley injusta, desde el punto de vista de la razonabilidad práctica; y que no se justifica ni se exige, de acuerdo con el punto de vista de la razonabilidad práctica, la obediencia a esa concreta ley¹⁵.

La tradición clásica (Platón, Agustín o Tomás de Aquino) ha transitado de uno a otro punto de vista, si bien se ha ocupado primariamente del último. Con todo, empleó un instrumento técnico para señalar la diversidad de puntos de vista y, en consecuencia, la diversidad de sentidos o intenciones en oraciones idénticas. El instrumento consistía en distinguir el significado focal o propio (*simpliciter*) y los significados secundarios (*secundum quid*)¹⁶. No obstante, precisa Finnis, dicho instrumento registra las variedades de significado dentro de un mismo punto de vista, pero no lo hace, o no con la misma explicitud, respecto de significados cuyas diferencias provienen de puntos de

12 *Ibid.* q. 92 a. 1 ad. 4. Tomás de Aquino sostiene lo mismo acerca de las sentencias judiciales, que tienen “cierto carácter de ley particular dictada respecto a un hecho particular”. (*Summa Theologiae* II-II q. 67 a. 1 c). Es posible resistirse a las sentencias judiciales injustas, semejantes a la violencia inferida por ladrones, salvo para evitar el escándalo o una grave perturbación. (*Ibid.* q. 69 a. 4 c).

13 JOHN FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 392.

14 JOHN FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 43-51, en particular pp. 47 ss.; *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 37-55.

15 Cfr. JOHN FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 392.

16 *Ibid.*, pp. 392-393.

vista o fines diferentes, pues “no logra (i) hacer explícito cuál es la diferencia de puntos de vista, y (ii) clarificar la relación de interdependencia o de dependencia en un solo sentido o, como puede suceder, de independencia entre los diversos puntos de vista y entre sus respectivos usos lingüísticos”¹⁷.

En cuanto a la doctrina de Tomás de Aquino de la obediencia a las leyes injustas, Finnis articula una distinción analítica de cuatro sentidos de la pregunta “¿de qué manera afecta la injusticia a la obligación de obedecer a la ley?”. Los dos últimos son los que ahora interesan¹⁸. Según Finnis no existe una *obligación jurídica en sentido moral* de obediencia a la ley injusta (una obligación moral que presuntivamente se sigue de la obligación jurídica en sentido jurídico o intrasistemático); esto es, uno está facultado para dejar de lado las leyes que son ‘injustas’, en tanto carecen de autoridad moral¹⁹. En cambio, sí puede existir una *obligación moral* que no deriva del carácter jurídico del establecimiento de la obligación sino de alguna fuente *colateral*: que el hecho de la desobediencia genere probables malas consecuencias para el bien común. En estos casos la obligación de cumplir la ley no debe considerarse como una obligación jurídica en sentido moral, pues no se basa en el bien de observar la ley, sino únicamente en la conveniencia de no tornar ineficaces las partes justas del sistema jurídico (que es el hecho o fuente “colateral”). La exigencia de cumplimiento de la ley injusta se extiende sólo al grado de cumplimiento que sea necesario para evitar que el Derecho, el sistema jurídico como un todo sea despreciado. Este grado de cumplimiento variará según el tiempo, el lugar, y las circunstancias, si bien en algunos casos límite (jueces o funcionarios) el grado de cumplimiento exigido puede equivaler al cumplimiento total o virtualmente total, *como si* la ley en cuestión hubiera sido una ley justa²⁰. El ciudadano, o el funcionario, tienen una “obligación disminuida, colateral, y, en un sentido importante de la expresión, extra-jurídica, de obedecerla”²¹, en aras del respeto del sistema jurídico como un todo²².

Sostiene Finnis, en relación con la autoridad y la obligación, que el gobernante no tiene derecho a ser obedecido, “pero tiene la autoridad de dar orientaciones y de crear leyes que son moralmente obligatorias y que él tiene la responsabilidad de hacer cumplir. Él posee esta autoridad en beneficio del bien común (cuyas necesidades pueden también, sin embargo, hacer autoritativas las opiniones –como en la costumbre- o las disposiciones de hombres que no tienen ninguna autoridad). Por lo tanto, si él usa su autoridad para adoptar disposiciones contrarias al bien común, o contrarias a cualquiera de los principios de la razonabilidad práctica, esas disposiciones carecen por completo de la autoridad que de otro modo tendrían *en virtud de ser suyas*. Dicho con más precisión, [...] sencillamente no logran, por sí mismas, crear ninguna obligación moral en absoluto”²³.

17 *Ibid.*, p. 393.

18 Cfr. *ibid.*, pp. 382-389. El primero de los cuatro sentidos, poco probable, se refiere a la posibilidad empírica de ser sometido a sanción en caso de inobservancia de la ley. El segundo alude a una obligación jurídica en sentido intrasistemático, u obligación jurídica en sentido jurídico. (*Ibid.*, pp. 382-385).

19 Cfr. *ibid.*, pp. 385-388.

20 Cfr. *ibid.*, p. 388.

21 *Ibid.*, p. 389.

22 Cfr. *ibid.*, p. 392.

23 *Ibid.*, p. 387.

2. La versión contemporánea de la doctrina de la *lex iniusta*: la fórmula de Radbruch

La atención contemporánea a la doctrina de la ley injusta se ha debido en gran medida a la fórmula de Radbruch. Ésta apareció en 1946, como respuesta y reacción del iusfilósofo alemán Gustav Radbruch frente a los excesos del régimen nacionalsocialista, en un célebre artículo titulado *Injusticia legal y Derecho supralegal*²⁴. La fórmula de Radbruch es el intento de resolver las tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia a las que da lugar un Derecho positivo legalmente promulgado pero de contenido injusto; o con mayor precisión, de contenido insoportablemente injusto, injustísimo.

El trabajo de Radbruch comienza con la identificación del régimen nacionalsocialista con dos principios: “órdenes son órdenes” y “la ley es la ley”, de los cuales “[e]l principio ‘la ley es la ley’ no conocía, por el contrario, limitación alguna. Era la expresión del pensamiento jurídico positivista, que dominó casi sin oposición a los juristas alemanes durante muchas décadas. Por ello tanto la injusticia legal como el Derecho supralegal eran una contradicción en sí mismos”²⁵. A su juicio, dicho principio de actuación dejó inermes a los juristas alemanes “frente a las leyes de contenido arbitrario y criminal”²⁶.

Radbruch acepta que “cada ley positiva lleva ya consigo *un* valor, sin considerar su contenido: siempre es mejor que ninguna ley, porque al menos proporciona seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único valor ni tampoco el valor decisivo que ha de realizar el Derecho. Junto a la seguridad jurídica se sitúan otros dos valores: la adecuación a fin [*Zweckmäßigkeit*] y la justicia”²⁷. En el orden jerárquico de valores la adecuación a fin aparece en último lugar y la seguridad jurídica ocupa “una notable posición intermedia entre la adecuación y la justicia”²⁸. La seguridad jurídica forma parte de la justicia, de ahí que “donde surge una pugna entre la seguridad jurídica y la justicia, entre una ley discutible en su contenido pero positiva, y un Derecho justo pero no vertido en forma de ley, existe en realidad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre la justicia aparente y la real”²⁹.

24 GUSTAV RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” (1946), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, Band 3. *Rechtsphilosophie III*, Arthur Kaufmann (Hg.), Winfried Hassemer (bearbeitet von), Heidelberg, Müller, 1990, pp. 83-93. No es sencilla la traducción de la expresión “gesetzliches Unrecht”. Son varias las versiones existentes, desde “arbitrariedad legal” (cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, traducción de María Isabel Azareto de Vásquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962; y GUSTAV RADBRUCH, “Arbitrariedad legal y Derecho supralegal”, en GUSTAV RADBRUCH, *El hombre en el Derecho*, traducción de Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 127-141) hasta la más acertada “leyes que no son Derecho” (cfr. GUSTAV RADBRUCH, “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”, en GUSTAV RADBRUCH, EBERHARD SCHMIDT, HANS WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, introducción, traducción y selección de textos de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 1-22). Dos son, a nuestro juicio, las opciones más adecuadas: “injusticia legal” y “no Derecho legal”. La segunda, más literal, traslada directamente la expresión alemana; la primera, respetuosa con el contenido semántico, se aproxima más al uso de “Unrecht”. En esta investigación optaremos prioritariamente por la traducción “injusticia legal”, más plástica y, asimismo, más ajustada a la utilización que Robert Alexy hace de la fórmula de Radbruch y a nuestra interpretación del pensamiento de los dos iusfilósofos alemanes.

25 *Ibid.*, p. 83.

26 *Ibid.*, p. 88.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 *Ibid.*, pp. 88-89.

Después de estos antecedentes se enuncia la fórmula de Radbruch:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”³⁰.

Tras apuntar diversos ejemplos de injusticia legal del régimen nacionalsocialista, el tramo final del artículo proclama la validez de la fórmula no sólo para el enjuiciamiento del pasado sino también para el futuro. Consciente de que su fórmula de la injusticia legal puede acarrear ciertos peligros para la seguridad jurídica, Radbruch señala que, a diferencia de los doce años del Nacionalsocialismo, ha de buscarse “la realización de las exigencias de la justicia con el menor menoscabo posible de la seguridad jurídica”³¹.

Finalmente, Radbruch proyecta su fórmula más allá del Derecho, situándola en el contexto jurídico-político:

“Tenemos que buscar la justicia, y al mismo tiempo atender a la seguridad jurídica, ya que ella misma es una parte de la justicia, y reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga en lo posible ambas ideas. La democracia es sin duda un bien valioso, pero el Estado de Derecho es como el pan de cada día, el agua que bebemos y el aire que respiramos, y lo mejor de la democracia es justamente eso, que sólo ella es apropiada para asegurar el Estado de Derecho”³².

2.1. Una interpretación del itinerario intelectual de Radbruch: continuidad frente a ruptura

La fórmula de Radbruch es el epítome de su iusfilosofía de posguerra. Los doce años de Nacionalsocialismo estimularon la revisión de su concepto de Derecho, crítico no sólo con el régimen político sino también con el modelo del positivismo legalista³³.

30 *Ibid.*, p. 89.

31 *Ibid.*, p. 90.

32 *Ibid.*, p. 93.

33 No es objeto de esta investigación ocuparse del papel de la filosofía jurídica alemana de la época nacionalsocialista, y de si la arbitrariedad legal fue producto de una actitud iuspositivista o iusnaturalista; tampoco de si Radbruch está en lo cierto cuando reprocha al positivismo (legalista) los desafueros del Nacionalsocialismo. (Cfr. al respecto GÜNTHER ELLScheid, “Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung”, en ARTHUR KAUFMANN, WINFRIED HASSEMER (Hg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5. Auflage, Heidelberg, Müller, 1989, pp. 143-211. Traducción de Francesca Puigpelat Martí, “El problema del Derecho natural. Una orientación sistemática”, en ARTHUR KAUFMANN, WINFRIED HASSEMER, GREGORIO ROBLES (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, pp. 143-197, pp. 148-149; JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 8 (1991), pp. 341-364; “Cómo se escribe la historia de la filosofía del derecho del nazismo. Paralelismos y diferencias con la historiografía de la filosofía española bajo el franquismo”, en *Problemática actual de la historia de la filosofía del derecho española. XIV Jornadas de Filosofía jurídica y social*, Francisco Puy, M.ª Carolina Rovira, Milagros Otero (ed.), Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 1994, pp. 19-44, en particular pp. 19-39; ERNESTO GARZÓN VALDÉS, “Introducción”, en ERNESTO GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía*,

Revisión que, a juicio de la doctrina más cualificada, implica cierta continuidad, y no ruptura y construcción *ex novo*. Así lo ha entendido, entre otros, su discípulo Arthur Kaufmann: “la doctrina de Radbruch de la nulidad del ‘injusto legal’ y del ‘derecho suprallegal’, que aparece en su lugar, doctrina que despertó gran expectación en 1946, es tan sólo la consecuencia de un concepto de derecho que ya tenía en su primera etapa, sólo que ahora el acento se desplaza más hacia la justicia material que hacia la seguridad jurídica”³⁴. A juicio de Kaufmann, Radbruch no fue ni positivista ni iusnaturalista; o más bien fue tanto positivista como iusnaturalista, integrando en diversa medida elementos de ambas tradiciones en un intento de trascender el dualismo positivismo-iusnaturalismo³⁵. La peripecia vital de Radbruch explicaría la transición hacia una mayor relevancia de los contenidos axiológicos materiales, singularmente la justicia, en su teoría y su concepto de Derecho.

Inmediatamente antes de la llegada al poder de Hitler publica Radbruch *Rechtsphilosophie* (1932), tercera edición revisada de *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914). Reflexionando sobre las tensiones existentes entre los tres elementos de la idea de Derecho: justicia, adecuación y seguridad, señala que “la validez de un Derecho positivo injusto o incorrecto” no puede afirmarse tajantemente; la cuestión de la validez puede enjuiciarse no sólo desde el punto de vista de la seguridad, sino que también puede hacerse desde el de la justicia y el de la adecuación³⁶.

Radbruch confirma la consideración de la justicia en el párrafo siguiente de la obra, dedicado a la validez del Derecho. En pos de “una teoría de la validez normativa, jurídica o filosófica”³⁷ descarta las teorías descriptivas o histórico-sociológicas, en sus dos manifestaciones: como teoría del poder o como teoría del reconocimiento o aceptación³⁸. Y ante la pregunta de si tal teoría filosófica de la validez no conduciría necesariamente a la equiparación del Derecho justo con el Derecho válido, y del válido con el justo, a la equiparación de la validez positiva con la validez absoluta, a un retorno a la errónea doctrina del Derecho natural, que negaba la validez al Derecho injusto sólo por serlo, y reconocía la validez al Derecho justo sólo por serlo, responde afirmativamente³⁹.

Barcelona, Alfa, 1985, pp. 6 ss., en particular pp. 6-14; ARTHUR KAUFMANN, “Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus”, en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln, Carl Heymanns, 1984, pp. 173-195, y las referencias presentes en ellas).

34 ARTHUR KAUFMANN, “Problemgeschichte der Rechtsphilosophie”, en ARTHUR KAUFMANN, WINFRIED HASSEMER (Hg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, cit., pp. 25-142. Traducción de María Virginia Martínez Bretones y Gregorio Robles Morchón, “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho”, en ARTHUR KAUFMANN, WINFRIED HASSEMER, GREGORIO ROBLES (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., pp. 47-141, p. 105. Kaufmann parafrasea las propias palabras de Radbruch, quien, en el epílogo a la tercera edición de su *Kulturlehre des Sozialismus* (1949; 1.ª edición, 1922), afirmaba no ser necesario “cambiar la sustancia de los pensamientos originarios, sino más bien sólo cambiar el acento, sólo situar bajo la luz lo que aún estaba en la sombra”. (Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, Piper, 1987, p. 28).

35 ARTHUR KAUFMANN, “Panorámica histórica...”, pp. 99-106; *Gustav Radbruch...*, cit., *passim*; “Gustav Radbruch-Leben und Werk”, en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, Band 1. *Rechtsphilosophie I*, Arthur Kaufmann (Hg.), Heidelberg, Müller, 1987, pp. 7 ss.; *Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, München, Beck, 1997. Traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 94-98. Una reflexión sobre estas cuestiones, que examina e incorpora otras referencias de autores como KARL ENGISCH, ERIK WOLF o ALESSANDRO BARATTA, en VIRGINIA MARTÍNEZ BRETONES, *La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch*, Madrid, Fragua, 1994, por todas pp. 229 y 275-281.

36 Cfr. GUSTAV RADBRUCH, “Rechtsphilosophie” (3. Auflage, 1932), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, Band 2. *Rechtsphilosophie II*, Arthur Kaufmann (Hg.), Heidelberg, Müller, 1993, pp. 206-450, p. 306.

37 *Ibid.*, p. 310.

38 Cfr. *ibid.*, pp. 310-312.

39 Cfr. *ibid.*, p. 312.

Apunta más adelante que la justicia es el segundo gran objeto del Derecho; el primero es la seguridad jurídica, la paz, el orden⁴⁰, y que ello no implica el retorno a la teoría sociológica de la validez. Pero de inmediato precisa que ésta no puede ser la última palabra de la Filosofía del Derecho sobre el problema de la validez:

“Tan sólo se ha mostrado que la seguridad jurídica es asimismo un valor y que la seguridad jurídica garantizada mediante el Derecho positivo puede también justificar la validez del Derecho injusto o inadecuado a un fin. Pero no se ha mostrado la prioridad incondicionada de la exigencia de seguridad jurídica satisfecha a través del Derecho positivo frente a las tal vez incumplidas exigencias de la justicia y la finalidad. Los tres aspectos de la idea de Derecho son igualmente valiosos, y en los casos de colisión entre ellos no existe otra decisión que la de la conciencia individual”⁴¹.

Con todo, la apelación al foro de la conciencia individual como criterio enjuiciador de la validez de las leyes no tiene carácter universal. El juez, en atención a su posición institucional –Radbruch habla de “deber profesional” y de “servicio del orden jurídico positivo”–, no ha de conocer otra teoría sobre la validez que la jurídica⁴². Para el juez es un deber profesional “sacrificar su sentimiento jurídico ante los mandatos jurídicos autoritativos; preguntarse únicamente qué es lo jurídico, y nunca si es también justo”⁴³.

Lo afirmado puede entenderse mejor a la luz de la distinción radbruchiana entre concepto de Derecho e idea de Derecho. El Derecho es una obra humana, y como tal sólo puede ser comprendido a través de su idea; es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor. El concepto del Derecho sólo puede determinarse como dato cuyo sentido es la realización de la idea de Derecho⁴⁴.

La idea de Derecho, compuesta por tres valores en permanente tensión entre sí: justicia, seguridad y adecuación a fin, da sentido y es constitutiva del concepto del Derecho.

“El concepto del derecho es un concepto cultural, esto es, un concepto de una realidad referida a valores, una realidad que tiene el sentido de servir a un valor. *El Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de Derecho.* El concepto de Derecho está, pues, orientado a la idea de Derecho”⁴⁵.

Esta posición se mantendrá, y enfatizará, en la posguerra: “El Derecho es un fenómeno cultural, el concepto de Derecho es un concepto cultural. Ahora bien, los conceptos culturales no son conceptos axiológicos ni conceptos ontológicos puros. Más bien son conceptos ‘referidos al valor’”⁴⁶. Asimismo, Radbruch precisará el significado, el alcance y las relaciones del concepto y de la idea de Derecho: “El concepto de Derecho se orienta por la idea de Derecho, la idea de Derecho precede lógicamente al concepto de Derecho”⁴⁷. En concreto: “El concepto de Derecho es a la idea de Derecho lo que el ser [*Sein*] al deber ser [*Sollen*]”⁴⁸.

40 Cfr. *ibid.*, p. 314.

41 *Ibid.*, p. 315.

42 Cfr. *ibid.*, pp. 315-316.

43 *Ibid.*, p. 315.

44 Cfr. *ibid.*, p. 227.

45 *Ibid.*, p. 255.

46 GUSTAV RADBRUCH, “Vorschule der Rechtsphilosophie” (1948), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* 3, cit., pp. 121-227, p. 150.

47 *Ibid.*, p. 151.

48 *Ibid.*, p. 150.

El pensamiento radbruchiano inmediatamente anterior al Nacionalsocialismo refleja la existencia de tres valores en la idea del Derecho en situación de paridad. La ordenación de estos valores tiene lugar mediante la fórmula de Radbruch. Ésta se acuña en 1946, pero otras obras de posguerra, previas y posteriores, reflejan la reorientación del pensamiento jurídico de Gustav Radbruch en esta época (1945-1949).

Su prontuario *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945) comienza con un *status quaestionis* del período recién terminado, que resume en el principio “la ley es la ley” y en la identificación de la ley y el Derecho con el poder⁴⁹. Es al término del “cuarto minuto” cuando enuncia el núcleo de su fórmula: “*puede haber leyes con tal dosis de injusticia y daño a la comunidad que se les ha de negar la validez y aun el carácter jurídico*”⁵⁰. Y concluye precisando, en el quinto minuto: “Existen principios jurídicos que son más fuertes que cualquier disposición jurídica, de modo que una ley que los contradiga carece de validez. Se denomina Derecho natural o Derecho racional a estos principios”⁵¹.

Al año siguiente, en un discurso pronunciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg, *Erneuerung des Rechts* (1946), comienza así su alocución: “Volvemos la vista atrás a doce años plenos de injusticia y arbitrariedad [...]. De la ilegalidad y la arbitrariedad debemos retornar al imperio de la ley, del Estado de no Derecho al *Estado de Derecho*”⁵². Y más adelante señala: “Debemos acordarnos de nuevo de los derechos humanos, que son superiores a toda ley, del *Derecho natural*, que no concede validez a las leyes contrarias a la justicia”⁵³.

Un año antes de su muerte aparece *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), donde reproduce su doctrina sobre la extrema injusticia: “El conflicto decisivo es el que media entre la justicia y la seguridad jurídica. [...] Siendo, por tanto, la seguridad jurídica una forma de la justicia, la contradicción de la justicia con la seguridad jurídica es un conflicto de la justicia consigo misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de manera unívoca. Se trata de una cuestión de grado: donde la injusticia del Derecho positivo alcance un grado tal que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no tenga ya ninguna importancia frente a tal injusticia: en ese caso el Derecho positivo injusto ha de (retro)ceder ante la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que confiere el Derecho positivo justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del Derecho positivo injusto: *legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec iusta esse posset* (Bacon)”⁵⁴.

En esta obra, además de recordar la ordenación jerárquica de las tres ideas de valor o elementos de la idea de Derecho, se manifiesta de forma expresa la revalorización de la justicia en el pensamiento de Radbruch. La justicia ha logrado autonomía; es un valor *per se*, un valor absoluto: es el valor del Derecho o de lo jurídico, frente a la condición de valor (ético) subordinado a lo bueno en la etapa previa a la guerra. El contraste entre ambas etapas es patente. Señala en 1948: “La pauta axiológica del Derecho positivo, meta del legislador, es la justicia. La justicia es un valor absoluto al igual que lo verdadero, lo bueno, lo bello; por tanto, se basa en sí mismo y no deriva de un valor superior”⁵⁵. En cam-

49 Cfr. GUSTAV RADBRUCH, “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* 3, cit., p. 78.

50 *Ibid.*, p. 79.

51 *Ibidem*.

52 GUSTAV RADBRUCH, “Erneuerung des Rechts” (1946), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* 3, cit., p. 80. También “Die Erneuerung des Rechts” (1947), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* 3, cit., pp. 101-114, en particular pp. 107-109.

53 GUSTAV RADBRUCH, “Erneuerung des Rechts”, cit., p. 80.

54 GUSTAV RADBRUCH, “Vorschule...”, cit., pp. 149-150.

55 *Ibid.*, p. 142; cfr. asimismo pp. 149-150 y 226-227.

bio, en 1932 afirmaba: “Podemos, no obstante, conformarnos con la referencia a la tradicional tríada de valores supremos, el ético, el lógico y el estético, los ideales de lo bueno, lo verdadero y lo bello, pues en seguida resulta evidente que el Derecho sólo puede estar destinado a servir de forma inmediata a uno de estos valores, a saber, al valor ético de lo bueno”⁵⁶.

La reordenación axiológica de la etapa de posguerra se proyecta también sobre la noción de validez. Señala Radbruch que la pregunta por la validez del Derecho, esto es, por su obligatoriedad o fuerza obligatoria, pertenece al ámbito del deber ser; resulta, por tanto, comprensible que la validez no pueda basarse en leyes positivas o enunciados jurídicos positivos (teorías jurídicas de la validez) ni en hechos como el poder o el reconocimiento (teorías sociológicas de la validez)⁵⁷, “sino únicamente en un deber ser superior o supremo, en un valor suprapositivo”⁵⁸. Aunque no satisfaga las exigencias de la justicia o de la adecuación a fin, la ley positiva siempre realiza un valor: la seguridad jurídica⁵⁹. Ahora bien, la seguridad jurídica es sólo un valor entre otros. La seguridad jurídica garantizada mediante el Derecho positivo pierde este valor en el caso de una ley injusta cuya injusticia alcance tal nivel que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo pierda toda su importancia. Por ello, así como en la mayoría de los casos la validez del Derecho positivo puede justificarse mediante la seguridad jurídica, en ciertos casos excepcionales de leyes enormemente injustas subsiste la posibilidad de denegar la validez de tales leyes a causa de su injusticia⁶⁰.

Estas manifestaciones confirman lo advertido en el análisis global de *Injusticia legal y Derecho supralegal*: la fórmula de Radbruch, además de sus repercusiones en el plano jurídico, exige una modificación del plano político. El concepto de Derecho cobra sentido a partir de la idea de Derecho, en el seno de un marco más amplio. La teoría del Derecho de Radbruch se proyecta, entonces, en una teoría del Estado o teoría política: es el Estado de Derecho el marco idóneo para reconstruir un Derecho informado por valores de justicia materiales.

En cuanto a los contenidos materiales, Radbruch se remite a “principios jurídicos que son más fuertes que cualquier disposición jurídica”, a un Derecho supralegal superior de la injusticia y pauta para enjuiciar las leyes positivas: un Derecho divino, un Derecho de la naturaleza o un Derecho de la razón, o los derechos humanos⁶¹. Con mayor rotundidad, en el final de su *Vorschule der Rechtsphilosophie*: el “Derecho natural”⁶².

3. La actualidad de la fórmula de Radbruch: la interpretación de Robert Alexy

El desmoronamiento del régimen comunista de la R. D. A. ha dado lugar a una revitalización de la fórmula de Radbruch. Parte de los esfuerzos investigadores de Robert Alexy se ha orientado a la actualización o puesta al día de dicha fórmula, sosteniendo la vigencia y utilidad de dicha fórmula para el enjuiciamiento de los casos de los denominados “guardianes del muro” (*Mauerschützen*) y, en general, de los casos en los

56 GUSTAV RADBRUCH, “Rechtsphilosophie”, cit., p. 279.

57 Cfr. GUSTAV RADBRUCH, “Vorschule...”, cit., pp. 152-153.

58 *Ibid.*, p. 152.

59 Cfr. *ibid.*, p. 153.

60 Cfr. *ibid.*, p. 154.

61 Cfr. *ibid.*, p. 226; “Fünf Minuten...”, cit., pp. 78-79; “Erneuerung des Rechts”, cit., p. 80.

62 GUSTAV RADBRUCH, “Vorschule...”, cit., p. 227.

que está involucrada la extinta R. D. A., al hilo de las resoluciones judiciales al respecto⁶³. Además, en la medida en que puede existir injusticia extrema al margen del Nacionalsocialismo, estima que el empleo de la fórmula de Radbruch se extiende a cualquier ámbito donde se pueda apreciar la existencia de extrema injusticia (efectividad y virtualidad *ad futurum*)⁶⁴, del mismo modo que proponía Radbruch en su artículo de 1946.

Más allá de esta aplicación concreta, la trascendencia de la fórmula de Radbruch en el pensamiento del profesor de Kiel se advierte en su condición de razón a favor de la conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral, de argumento de crítica y superación del positivismo y de elemento esencial para la construcción de su concepto no positivista de Derecho. En este empeño Alexy no se ha limitado a resucitar la fórmula de Radbruch, sino que, tal vez sin pretenderlo de modo directo, ha acabado reformulando a Radbruch; esto es, ha elaborado su propia fórmula a partir de la propuesta radbruchiana.

A juicio de Alexy la fórmula de Radbruch se articula en dos partes o subfórmulas⁶⁵: 1) la *fórmula de la intolerancia*, que atiende a la medida “insoportable” de injusticia o contradicción entre ley positiva y justicia; y 2) la *fórmula de la negación*, donde la negación del carácter jurídico de las leyes deriva de la negación consciente de la igualdad, núcleo de la justicia. A su vez, en la fórmula de la intolerancia pueden diferenciarse dos aspectos: (1.1) uno relativo a la ponderación y (1.2.) otro referido al umbral⁶⁶.

La fórmula de la intolerancia es la que han empleado predominantemente los tribunales alemanes y la que ha sido generalmente identificada como fórmula de Radbruch⁶⁷; así lo hace también el propio Alexy. La segunda, la fórmula de la negación, que presenta la dificultad de la prueba al requerir un particular *animus nocendi* o intención de violar la justicia, ha sido menos utilizada. Con todo, “cuando se trata de una injusticia insoportable deberían coincidir resultado e intención”⁶⁸; esto es, deberían coincidir ambas partes de la fórmula.

Alexy ha propuesto una versión resumida y actualizada de la fórmula de Radbruch, ajustándola a su terminología:

“Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”⁶⁹.

63 Cfr. ROBERT ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, Vandenhoeck und Ruprecht, 1993, *passim*; *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Vandenhoeck und Ruprecht, 1997. Traducción de A. Daniel Oliver-Lalana, “Derecho injusto, reactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa* 23 (2000), pp. 197-230.

64 ROBERT ALEXY, *Mauerschützen...*, cit., 23. La dimensión aplicativa de la fórmula de Radbruch englobada en el concepto de Derecho de Alexy ha sido enfatizada por éste en “Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel”. Traducción de José Antonio Seoane, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 5 (2001), pp. 75-95, pp. 77-81.

65 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 76.

66 *Ibid.*, p. 76, n. 7.

67 Cfr. las referencias jurisprudenciales en *ibid.*, p. 75.

68 *Ibid.*, p. 76.

69 *Ibidem*.

Y aun una versión más breve y rotunda, que es la que acuña de forma definitiva:
“La extrema injusticia no es Derecho”⁷⁰.

3.1. El significado de la fórmula de Radbruch en el concepto de Derecho de Alexy: el argumento de la injusticia

Para Alexy todo concepto de Derecho deriva de la interpretación y ponderación de tres elementos: 1) legalidad conforme al ordenamiento; 2) eficacia social; y 3) corrección material⁷¹. Según el significado y la importancia otorgados a cada uno de estos elementos pueden distinguirse dos grandes familias de conceptos de Derecho: positivista, que únicamente toma en consideración los dos primeros elementos, y no positivista, que necesita de los tres elementos para construir su concepto de Derecho. Dentro de ellas existen a su vez diversos conceptos, en función del peso de cada elemento en la configuración del Derecho. Si cada elemento del Derecho constituyese el vértice de un imaginario triángulo, el no positivismo equivaldría a la superficie de ese triángulo, a todo el espacio comprendido entre 1), 2) y 3).

Lo legal (1) y lo eficaz (2) constituyen el aspecto real o institucional del Derecho; lo correcto (3), la dimensión ideal o discursiva. La formación de un adecuado concepto de Derecho requiere combinar ambos aspectos, y tal combinación “sólo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico. Tal teoría es la teoría del discurso del Estado democrático constitucional”⁷².

El concepto de Derecho de Alexy es un ejemplo de concepto no positivista de Derecho⁷³. Comparte los dos primeros elementos con los conceptos positivistas, siendo la inclusión del tercero como criterio limitativo en el concepto de Derecho la que fija el umbral del no positivismo. El criterio de corrección material es, en buena medida, el resultado de incorporar al concepto de Derecho una versión actualizada de la fórmula de Radbruch, en forma del llamado argumento de la injusticia: quien traspase el límite de la extrema injusticia rebasa la frontera de la validez y el carácter o naturaleza jurídicos⁷⁴. Por tanto, al excluir determinados contenidos del Derecho -los extremadamente injustos- a través de la fórmula de Radbruch se fija un límite extraordinario de corrección material significativo para la definición del Derecho⁷⁵, se descarta la tesis posi-

70 *Ibidem*.

71 Cfr. ROBERT ALEXY, “A Definition of Law”, en WERNER KRAWIETZ, NEIL MACCORMICK, GEORG HENRIK VON WRIGHT (ed.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Festschrift for Robert S. Summers, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 101-107. Cfr., con anterioridad, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Alber, 1992. Traducción de Jorge M. Seña, “El concepto y la validez del derecho”, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 11-130, *passim*. Cfr. también “Meine Philosophie des Rechts: die Institutionalisierung der Vernunft”. Traducción del original alemán de José Antonio Seoane, “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho* 43 (2000/2), pp. 217-249, pp. 217-218.

72 ROBERT ALEXY, “La institucionalización de la razón”, cit., p. 218.

73 Cfr. ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., *passim*; “A Definition of Law”, cit., pp. 101-102; “La institucionalización de la razón”, cit., pp. 217-218. Alexy ha propuesto una definición *in extenso* de su concepto de Derecho en “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 123, como corolario de la obra: “El derecho es una sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”.

74 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 77.

75 Cfr. ROBERT ALEXY, “La institucionalización de la razón”, cit., p. 237.

vista de la separación entre Derecho y moral y se “establece una relación necesaria entre el Derecho y la moral”⁷⁶.

El argumento de la injusticia, cuyo núcleo lo constituye la mencionada fórmula, configura, junto al argumento de la corrección y el argumento de los principios, el concepto de Derecho de Alexy y sustenta la tesis de la conexión necesaria o conceptual entre el Derecho y la moral. A través de la fórmula –del argumento de la injusticia– se incorpora una exigencia de corrección material a la noción de Derecho. Se trata de una exigencia mínima, menor que la de la mayoría de las declaraciones de derechos, pues no toda violación de un derecho humano es extremadamente injusta⁷⁷, en cuanto que reconoce carácter jurídico a normas injustas –pero no extremadamente injustas– legalmente promulgadas y socialmente eficaces.

La fórmula de Radbruch no exige una coincidencia completa entre Derecho y moral; permite la validez de cierto Derecho injusto, negándose la únicamente al Derecho injustísimo, extremadamente injusto⁷⁸. Es un modelo de conexión *clasificante* entre el Derecho y la moral: las normas o sistemas normativos que no satisfagan un determinado criterio moral (en este caso, la extrema injusticia) no son normas o sistemas jurídicos, no son normas o sistemas jurídicos válidos. Existe otro tipo de conexión entre Derecho y moral, la conexión *cuilificante*: las normas o sistemas de normas que no satisfacen determinado criterio moral pueden ser normas o sistemas jurídicos, pero jurídicamente defectuosos. A la conexión cualificante está estrechamente vinculada la pretensión de corrección, que formula todo Derecho⁷⁹. La tesis de que el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección se denomina el argumento de la corrección, y “constituye la base de la fundamentación de la fórmula de Radbruch”⁸⁰.

Una ulterior distinción conceptual resulta de interés. Adopta la *perspectiva del participante* quien en un sistema jurídico participa en una argumentación respecto de lo que está ordenado, prohibido, permitido y autorizado en ese sistema jurídico; adopta la *perspectiva del observador* quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino cómo se decide realmente en él⁸¹. En esta distinción, parecida a la hartiana entre punto de vista interno y punto de vista externo, aunque no coincidente, la perspectiva del participante, más favorable para el no positivista, es la que ofrece mejores argumentos a favor de la fórmula de Radbruch⁸².

Alexy ha procurado determinar en qué consiste la exigencia de corrección material que ha de estar presente en el concepto de Derecho y perfilar así el umbral de la extrema injusticia. Tales exigencias mínimas de corrección material son los derechos humanos básicos. A su juicio todo sistema jurídico contiene características universales y necesarias, y características particulares y contingentes. De una parte, cada sistema jurídico existe contextualizado, en un determinado espacio y tiempo, lo que genera cierta relatividad, contingencia y particularidad o individualidad en cada uno de ellos, pre-

76 ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 81.

77 Cfr. ROBERT ALEXY, “A Definition of Law”, cit., p. 105.

78 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., pp. 77 y 83; “La institucionalización de la razón”, cit., p. 236.

79 Cfr. ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 32, 83; “Una defensa...”, cit., p. 83. Antes en “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris* 2/2 (1989), pp. 167-183. Traducción de Pablo Larrañaga, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 37-58, refiriéndose a la conexión clasificante como conexión conceptual *definitoria* (p. 43).

80 ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 85.

81 Cfr. *ibid.*, pp. 82-83; “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 31-32.

82 Cfr. ROBERT ALEXY, “La institucionalización de la razón”, pp. 236-237.

sente en características singulares y propias de determinados sistemas y ausentes en otros. De otra, cada sistema jurídico posee y debe poseer una serie de características para ser considerado como tal, en cualquier tiempo y lugar; esto es, todo sistema jurídico presenta un conjunto de *universalis iuris*, elementos necesarios para ser considerado un sistema jurídico o Derecho⁸³. Estos “universales jurídicos” pueden ser 1) formales y 2) materiales.

Los conceptos de obligación, prohibición y permiso son los universales jurídicos de carácter formal (1) fundamentales. Junto a ellos aparecen poderes o competencias privados y públicos, que contribuyen al carácter autorreferencial -o la tendencia a él-del Derecho⁸⁴. Dos son los universales jurídicos de carácter material (2): a) la pretensión de corrección -que toda norma y todo sistema jurídicos formulan- y b) los derechos humanos. La pretensión de corrección (2.a) no es, en rigor, un universal de carácter material. Inicialmente formal, al no incorporar criterios sustantivos de corrección, desempeña sin embargo la función de “puente” entre la dimensión formal y la material de los universales jurídicos: no transforma lo contingente en algo necesario, pero cambia la naturaleza de lo jurídicamente contingente -entendido como “contingencia reflexiva”, que incluye justificar o dar razones de las normas y decisiones jurídicas-. Sí son de naturaleza material o sustantiva los derechos humanos (2.b); más en concreto, un núcleo de los derechos humanos fundamentales, válidos para todo tiempo y lugar⁸⁵.

En suma, se considera extremadamente injusta, contraria a la fórmula de Radbruch, y por tanto no jurídica, toda norma, aun legalmente promulgada y socialmente eficaz, que resulte incompatible con el núcleo de los derechos humanos fundamentales⁸⁶, que son aquéllos cuya garantía o no garantía “no puede dejarse en manos de una simple mayoría”⁸⁷. El núcleo de los derechos fundamentales “se fundamenta con el derecho de libertad y el de igualdad”⁸⁸. Estos derechos, que representan la exigencia fundamental en relación con el contenido del sistema jurídico en un Estado democrático constitucional, están en estrecha relación con la exigencia estructural: la democracia (deliberativa)⁸⁹. Entroncan, por tanto, con la pretensión de Alexy de elaborar su concepto de Derecho en el marco de una teoría del discurso del Estado democrático constitucional, de enmarcarlo en el plano político.

La defensa de la fórmula de Radbruch. Alexy expone el argumento de la injusticia al hilo de la polémica en torno a la fórmula de Radbruch, o “argumento de la injusticia referido a las normas aisladas en su versión débil”⁹⁰, polémica que alcanza a su propio concepto no positivista de Derecho. Las objeciones aducidas pueden reconducirse a

83 Cfr. ROBERT ALEXY, “Law, Discourse, and Time”, *ARSP Beiheft* 64 (1995), pp. 101-102.

84 Cfr. *ibid.*, p. 102.

85 Cfr. *ibid.*, pp. 103-104.

86 Cfr. *ibid.*, p. 104. Ejemplos de ello son la esclavitud, o dar muerte injustificada y sin motivo (pp. 105-107). Cfr. asimismo “Una defensa...”, cit., p. 91.

87 ROBERT ALEXY, “La institucionalización de la razón”, cit., p. 238, n. 40.

88 *Ibid.*, p. 239. Alexy ha insistido con anterioridad en los tres principios iusfundamentales rectores: la dignidad, la libertad y la igualdad. (Cfr. ROBERT ALEXY, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Rechtstheorie*, 18 (1987), pp. 405-419. Traducción de Jorge M. Seña, “Sistema jurídico y razón práctica”, en *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., pp. 159-177, p. 173).

89 Cfr. ROBERT ALEXY, “La institucionalización de la razón”, cit., pp. 241-242. Del mismo modo, Alexy se ha referido con antelación a tres principios constitucionales rectores de fines y estructura: el Estado de Derecho, la democracia y el Estado social. (ROBERT ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, cit., p. 173).

90 ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 67.

ocho argumentos⁹¹, tras cuyo análisis Alexy constata “que las razones que hablan en favor de este argumento son más fuertes que las objeciones”⁹², especialmente si se adopta la perspectiva del participante. (Se enunciará en primer lugar el argumento u objeción, para reproducir a continuación la respuesta de Alexy en defensa de la fórmula de Radbruch y, por consiguiente, de su argumento de la injusticia).

1. El argumento lingüístico, según el cual “la inclusión de elementos morales exigida por el argumento de la injusticia conduce a una estipulación lingüística no funcional”⁹³.

El argumento lingüístico es correcto desde la perspectiva del observador. Sin embargo, no lo es desde la del participante, lo que puede mostrarse con la dicotomía entre norma y procedimiento: para el participante la norma no es sólo el resultado de un procedimiento -como sucede en el caso del observador-, sino también el punto de partida de un procedimiento de aplicación de esa norma en el que él participa, y cuyo resultado presenta con pretensión de corrección. En caso de que la sentencia se aparte de la norma, resultaría contradictorio designarla como Derecho, puesto que la sentencia también lo es. Lo correcto sería, entonces, negarle carácter jurídico⁹⁴.

2. El argumento de la claridad. “Un concepto de Derecho positivista que renuncie a toda inclusión de elementos morales es *ceteris paribus* más sencillo que un concepto de Derecho que incluya elementos morales, y la sencillez implica claridad *prima facie*”⁹⁵.

El argumento de la claridad puede refutarse teniendo en cuenta que la claridad, en el sentido de sencillez, no es la única finalidad perseguida al elaborar un concepto. Así, la sencillez no debe lograrse a costa de la adecuación. Además, un concepto complejo puede también ser claro; no todo aumento de complejidad significa un correlativo aumento de falta de claridad. Finalmente, ha de señalarse que la claridad no es patrimonio exclusivo del positivismo, pues el no positivismo puede también ser formulado en lenguaje claro, y el positivismo ser considerado una filosofía discutible⁹⁶.

3. El argumento de la efectividad, en el que hay que distinguir dos tesis. Según la primera un concepto de derecho no positivista no puede tener ningún efecto en contra de la injusticia legal, y la fórmula de Radbruch constituye un ejemplo de ingenuidad y de sobrevaloración de los efectos que los teóricos o filósofos del derecho pueden tener sobre los comportamientos de los ciudadanos y de los juristas. De acuerdo con la segunda un concepto de Derecho no positivista encierra el peligro de legitimar acriticamente la injusticia legal. Esta tesis, prolongación de la primera, afirma que un concepto de Derecho no positivista no sólo no promueve la lucha contra la injusticia legal sino que la dificulta. El positivista, partidario de una separación estricta entre el deber jurídico y el deber moral, favorecería una actitud crítica ante el Derecho; en cambio, el no positivista, al incluir elementos morales en el concepto de Derecho, correría el peligro de iden-

91 Cfr. *ibid.*, pp. 46-67. Cfr. asimismo “Una defensa...”, cit., pp. 87-95, donde Alexy reduce los argumentos a siete –omitiendo el primero, el lingüístico-, si bien aclara: “Esta cantidad no es fija. Los siete argumentos podrían desdoblarse por separado en más, lo que aumentaría su cantidad. Al revés, descendería si se uniesen argumentos aislados. Además, también se podría simplemente prescindir de argumentos, o añadir más”. (*Ibid.*, p. 86, n. 51).

92 ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 67.

93 *Ibid.*, p. 46.

94 Cfr. *ibid.*, pp. 47-48.

95 *Ibid.*, p. 49. En el mismo sentido, “Una defensa...”, cit., p. 87.

96 Cfr. ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 49; “Una defensa...”, cit., p. 87.

tificar acriticamente las exigencias jurídicas con las morales y acabar legitimando la injusticia legal⁹⁷.

Frente a la segunda de las tesis del argumento de la efectividad, según la cual un concepto de Derecho no positivista encierra el peligro de legitimar acriticamente la injusticia legal, Alexy arguye que la tesis de la vinculación débil que él sostiene acepta que, en general, las normas injustas, y por tanto inmorales, también son Derecho, excepto que traspasen el umbral de la injusticia grave, en cuyo caso comienzan a perder carácter jurídico. Por tanto, su versión de la tesis de la vinculación no impide, en general, una actitud crítica frente al Derecho positivo. En los casos en que se ha traspasado el umbral de injusticia no existe el peligro de la recepción acritica si las exigencias morales de que se trata son susceptibles de fundamentación racional, lo que ocurre respecto de las exigencias mínimas⁹⁸.

Respecto de la primera tesis, que dice que el concepto de Derecho no positivista no puede tener ningún efecto en contra de la injusticia legal, Alexy entiende que “desde el punto de vista del desplazamiento de la injusticia legal, los efectos prácticos del concepto de Derecho no positivista no son peores y en algunos casos hasta son mejores que los del concepto positivista”⁹⁹.

En su crítica al positivismo Radbruch alude tanto al pasado como al futuro. Respecto del pasado dos son las tesis que sostiene¹⁰⁰: la tesis de la causa, que dice que el positivismo facilitó el acceso al poder de los nacionalsocialistas en 1933, y la tesis de la descarga, según la cual a los jueces del Tercer Reich autores de sentencias injustas dictadas con base en leyes injustas no se les puede atribuir culpabilidad personal por causa de su educación positivista. Pueden alegarse serias objeciones a ambas tesis. Con todo, la validez y aceptabilidad iusfilosófica de la fórmula de Radbruch no depende de las evaluaciones histórico-jurídicas de Radbruch. Alexy se interesa más por la proyección de la fórmula hacia el futuro, de su aptitud para proteger a los juristas “frente al retorno de semejante Estado injusto”¹⁰¹, donde ha de centrarse el debate sobre la efectividad de la fórmula. A ella se le ha objetado la ineficacia de un concepto no positivista, o más bien la inexistencia de diferencias entre un concepto positivista y uno no positivista; esto es, entre la invocación de razones morales -siguiendo a Hart- o de razones jurídicas -según Radbruch- para la no aplicación de una ley injusta¹⁰².

Alexy entiende que sí existen diferencias -por limitadas o tenues que sean- desde el punto de vista de la efectividad, a favor del concepto no positivista de Derecho, enunciadas en dos tipos de efectos: el *efecto de la praxis*, de acuerdo con el cual no es la conciencia del juez sino la praxis jurídica existente el parámetro seguido por el juez para evaluar la injusticia legal, y el *efecto de riesgo*, que pretende que la aceptación mayoritaria o general de un concepto no positivista de Derecho aumenta el riesgo de desamparo de las personas que intervengan en la realización de hechos antijurídicos en un Estado injusto, al no poder justificarlos con posterioridad al desmoronamiento de tal Estado injusto¹⁰³.

97 Cfr. ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 51-52.

98 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 89.

99 ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 56-57.

100 Cfr. STANLEY L. PAULSON, “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the ‘Positivist’ Thesis”, *Law and Philosophy* 13/3 (1994), pp. 313-359, p. 314.

101 GUSTAV RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht...”, cit., p. 90.

102 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 88.

103 Cfr. *ibid.*, pp. 88-89.

4. El argumento de la seguridad jurídica, de acuerdo con el cual un concepto no positivista de Derecho pondría en peligro la seguridad jurídica. Tal argumento afectaría únicamente a quienes defienden la tesis fuerte de la vinculación, “aquellas variantes del no positivismo que exigen una coincidencia completa entre el Derecho y la moral, esto es, dicen que toda injusticia conduce a la pérdida de la cualidad jurídica. Si además otorgan a cada cual la facultad de no seguir las leyes invocando su criterio de justicia, el argumento de la seguridad jurídica se fortalece convirtiéndose en el argumento del anarquismo”¹⁰⁴.

Al argumento de la seguridad jurídica Alexy responde que ésta es un valor importante pero no el único; no puede considerarse un principio absoluto. “El valor de la seguridad debe ser sopesado con el de la justicia material”¹⁰⁵. El propio Radbruch consideraba la seguridad jurídica como un valor de alto rango, pero no el único presente en el concepto o idea de Derecho, compuesto de tres elementos: justicia, adecuación y seguridad jurídica¹⁰⁶. En su fórmula (con posterioridad a 1945) determina la prevalencia de la seguridad jurídica frente a la justicia -conforme a su antigua concepción positivista-, salvo en el caso de extrema injusticia, en el que se invierte la relación de prevalencia, estimando inaceptable la prioridad de la seguridad jurídica en tal caso, e incompatible con la pretensión de corrección¹⁰⁷.

5. El argumento del relativismo, que agudiza el argumento anterior, el de la seguridad, afirma “que no sólo es difícil distinguir entre la injusticia extrema y la no extrema, sino que ningún juicio de justicia, es decir, tampoco aquellos sobre la injusticia extrema, es susceptible de una fundamentación racional o de conocimiento objetivo. Esta es la tesis del relativismo radical”¹⁰⁸.

Sin embargo, las decisiones de justicia no son la mera expresión de emociones, preferencias, intereses o ideologías. El argumento del relativismo es refutado afirmando la posibilidad de fundamentación racional de ciertos juicios morales -en concreto los referidos a la injusticia extrema-, y por tanto, su carácter cognitivo y objetivo¹⁰⁹. El no positivismo presupone, “una ética no relativista al menos rudimentaria”¹¹⁰. Además, si bien no se trata de una refutación en sentido estricto, aunque se aproxime en lo que concierne a la praxis jurídica, puede aducirse también el amplio consenso existente en la actualidad sobre el conjunto básico o núcleo esencial de derechos fundamentales¹¹¹, cuya vulneración representa injusticia extrema¹¹².

104 ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., pp. 89-90; cfr. también “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 57.

105 ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 58.

106 Cfr. *supra* apartado 2.1

107 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 90.

108 ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 58.

109 Cfr. *ibid.*, pp. 60-61; “Una defensa...”, cit., pp. 90-91.

110 ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 91. Alexy no analiza aquí el problema metaético de la fundamentación de los juicios morales, y se remite a su *Teoría de la argumentación jurídica (Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978; 2. Auflage mit Nachwort: Antwort auf einige Kritiker, 1991; 3. Auflage, 1996. Traducción española de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 49 ss.).

111 Cfr. ROBERT ALEXY, “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995. Traducción de Luis Villar Borda, “Teoría del discurso y derechos humanos”, en *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 63-95.

112 Cfr. ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 59-61.

Fuller reprocha a Radbruch y su fórmula el recurso al “Derecho supralegal”, concretado en forma de derechos humanos, pues implica una medida sustancial o material. En lugar de ello propone recurrir a su moral interna del Derecho, a sus principios de la legalidad. Con todo, indica Alexy, si bien los principios de la legalidad de Fuller, de carácter formal, resultan menos vulnerables ante la objeción de relativismo que la fórmula de Radbruch, que incluye medidas sustanciales directamente orientadas a la justicia, tales criterios no convierten en superflua a dicha fórmula¹¹³.

6. El argumento de la democracia objeta que “el concepto de Derecho no positivista alberga el peligro de que los jueces, invocando la justicia, se opongan a decisiones del legislador democráticamente legitimado. Como en este caso se trata de una injerencia del poder judicial en el ámbito del legislativo, esta objeción puede ser formulada también como la objeción de la división de poderes”¹¹⁴.

La fórmula de Radbruch, y en consecuencia el concepto no positivista de Derecho de Alexy, sólo abarca la extrema injusticia. Tiene eficacia únicamente en un núcleo esencial, mientras que la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales va mucho más allá del mencionado núcleo. Así, quien aduzca un argumento de la democracia o de la división de poderes en contra de la fórmula de Radbruch, del argumento de la injusticia o de la tesis débil de la vinculación debería rechazar cualquier vinculación del legislador a los derechos fundamentales judicialmente controlable¹¹⁵.

7. El argumento de la innecesariedad. Según Alexy la fórmula de Radbruch tiene importancia práctica sobre todo después del desmoronamiento de un régimen injusto. Frente a ello el argumento de la innecesariedad sostiene que “puede tomarse en cuenta la injusticia legal también de otra manera a través de la negación de la calidad jurídica. Así, por ejemplo, [...] a través de una ley retroactiva”¹¹⁶.

La evaluación correcta de este argumento exige distinguir entre casos de naturaleza jurídico-penal y los que no lo son. En esta sede corresponde tratar casos que se encuentran fuera del ámbito del Derecho penal (en los de naturaleza jurídico-penal el problema no es el de la innecesariedad de un concepto de derecho no positivista sino la posible infracción del principio *nulla poena sine lege*, de modo que son examinados en el marco del argumento siguiente, el de la honradez)¹¹⁷. Limitado el argumento de la innecesariedad a los casos indicados –ajenos al ámbito penal–, se apuntan dos razones que desvirtúan el argumento de la innecesariedad y hacen preferible y necesario un concepto de Derecho no positivista: “el respeto a los derechos del ciudadano y la pretensión de corrección”¹¹⁸. Además, incluso tras el desmoronamiento de un régimen injusto, y siendo preferible una ley retroactiva que suprima la injusticia a la fórmula de Radbruch, ésta continúa siendo necesaria, pues persiste el riesgo de inactividad o insuficiente actividad del nuevo legislador¹¹⁹.

8. El argumento de la honradez, qué es a juicio de Alexy el argumento más fuerte en contra de la fórmula de Radbruch y del concepto de Derecho no positivista¹²⁰,

113 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 92.

114 *Ibid.*, p. 93; cfr. asimismo “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 61.

115 Cfr. ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 61; “Una defensa...”, cit., p. 93.

116 ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 93. Cfr. asimismo, como argumento de la inutilidad, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 62.

117 Cfr. ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 62.

118 *Ibid.*, p. 64.

119 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 93.

120 Cfr. *ibid.*, p. 94. Cfr. asimismo, como argumento de la honestidad, “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 66.

dice que en los casos penales la mencionada fórmula y el mencionado concepto de Derecho no positivista llevarían a eludir el principio *nulla poena sine lege*¹²¹.

Alexy responde al argumento de la honradez señalando que si la injusticia de las normas -que pierden su carácter jurídico- “es tan extrema y, por tanto, tan evidente que cualquiera puede reconocerla, entonces no puede hablarse retroactividad encubierta. Pues la injusticia era ya clara cuando el hecho fue cometido y en ese momento era tan extrema y, por lo tanto, evidente, que cualquiera podía percibirla; cuando se cometió el hecho, estas normas no eran derecho alguno que pudiera conducir a la exclusión de la punibilidad. Por ello, no se modifica retroactivamente la situación jurídica sino que tan sólo se constata cuál era la situación jurídica en el momento de la realización del acto. Si el argumento de la injusticia es limitado a la tesis débil de la vinculación, es decir, si sólo vale cuando la injusticia es extrema y, por lo tanto, evidente, entonces no puede hablarse de una retroactividad encubierta y tampoco de falta de honestidad”¹²².

Alexy rechaza la vía de limitar el ámbito de aplicación de la fórmula de Radbruch y opta por la vía opuesta: limitar el principio *nulla poena sine lege* mediante la fórmula de Radbruch. Tal estrategia se sustenta y justifica en dos razones: a) el carácter negativo de la fórmula, que se limita a eliminar causas de justificación especiales de los regímenes injustos y no da lugar a la creación de nuevos tipos penales; b) la diferenciación entre el mandato de *lex scripta* y el de *ius praevium*. La fórmula no puede contravenir este último, que impone la punibilidad del hecho antes de su comisión. De este modo no modifica retroactivamente sino que únicamente constata la situación jurídica en el momento del hecho. Pero al considerar nula desde su origen la causa de justificación del régimen injusto no se respeta el mandato de *lex scripta*. He aquí el quid de la fórmula de Radbruch: una modificación desde el punto de vista de la facticidad, derivada de la elección entre dos males¹²³: una disminución de la seguridad jurídica -correlativa a la vulneración del mandato de *lex scripta*- o una disminución de la justicia material -resultado del respeto del mandato de *lex scripta*-. La fórmula de Radbruch otorga prioridad a la justicia material en caso de injusticia extrema, de modo que opta por infringir el mandato de *lex scripta*, con el consiguiente detrimento de la seguridad jurídica, pero con la salvaguarda del principio *nulla poena sine lege*¹²⁴.

Afirmada la aplicabilidad del argumento de la injusticia respecto de normas aisladas procede cuestionarse lo propio respecto del sistema jurídico como un todo. Es decir, si un sistema normativo extremadamente injusto no tiene o pierde carácter jurídico¹²⁵. Para ello Alexy analiza, en primer lugar, la tesis de la irradiación, según la cual “la falta de carácter jurídico de las normas substantivas básicas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas típicas del sistema y, en este sentido, ejerce una irradiación sobre ellas”¹²⁶; de acuerdo con ella, una norma aislada pierde su carácter jurídico no sólo cuando es extremadamente injusta, sino también cuando, como norma típica del sistema, comparte el carácter injusto del sistema. En segundo lugar analiza la tesis del desmoronamiento o derrumbe: “el sistema total se derrumba como sistema jurídico cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, especialmente a muchas normas aisladas importantes para el sistema. La razón

121 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., p. 93; “El concepto y la validez del derecho”, cit., p. 64.

122 ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 66-67.

123 Cfr. ROBERT ALEXY, “Güter- und Übelabwägung, Rechtlich”, en W. KORFF, L. BECK, P. MIKAT (Hg.), *Lexikon der Bioethik*, Band 2, Gütersloh, Gütersloher Verlagshaus, 1998, pp. 181-182.

124 Cfr. ROBERT ALEXY, “Una defensa...”, cit., pp. 94-95.

125 Cfr. ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 68-69.

126 *Ibid.*, p. 69.

del derrumbe no es algún tipo de irradiación, sino el simple hecho de que ya no quedan normas suficientes para un sistema jurídico¹²⁷. Tras ello concluye que “la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de las consecuencias de su aplicación a normas aisladas”¹²⁸. En lo que se refiere al argumento de la irradiación, Alexy sostiene que “la seguridad jurídica quedaría muy afectada si una norma que se encuentra por debajo del umbral de injusticia extrema perdiera su carácter jurídico por participar de alguna manera en el contenido de injusticia de todo el sistema y, por ello, ser típica del sistema”¹²⁹. En cuanto a la tesis del desmoronamiento o derrumbe sostiene que “aun cuando por razones morales haya que negar carácter jurídico a muchas normas aisladas y entre ellas figuren muchas normas importantes para el sistema, éste puede seguir existiendo como sistema jurídico. El presupuesto para ello es que conserve el carácter jurídico un número mínimo de normas necesarias para la existencia de un sistema jurídico”¹³⁰.

4. Un ensayo de comparación entre la doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch

Entre las doctrinas clásicas y contemporáneas sobre la ley injusta existe un hiato, cronológico e intelectual. Las reflexiones contemporáneas, articuladas en torno a la fórmula de Radbruch, no entablan diálogo alguno con la tradición clásica de la *lex iniusta*. Más allá de la ignorancia de dicha tradición, ésta ha sido deformada y simplificada por algunas interpretaciones, presentándola desde una predicación unívoca y desconociendo su flexible aproximación analógica. En cualquier caso, la tradición iusnaturalista y la teoría jurídica contemporánea difieren en ciertos aspectos cardinales que pueden explicar algunas de las divergencias entre la doctrina de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch.

La tradición iusnaturalista carece de una noción de ordenamiento o sistema jurídico. Más aún, no hay en ella un esfuerzo directo orientado a establecer el concepto de Derecho, y está ausente también la noción de validez jurídica, al menos en alguno de sus sentidos más relevantes (validez como pertenencia). La ley es elemento central de la realidad jurídica y en sí misma una unidad básica para el estudio del Derecho. Por el contrario, la teoría del Derecho contemporánea dispone de las nociones mencionadas, y examina el problema de la norma injusta a la luz de tales nociones¹³¹. De esta manera, concibiendo la norma jurídica en clave sistemática, desde el sistema, se comprende por qué Radbruch y Alexy, al referirse a la validez de las leyes injustas y extremadamente injustas, se cuestionan la pertenencia de dichas normas al sistema jurídico. En cambio, Tomás de Aquino y la tradición clásica sencillamente no se plantearon la cuestión.

Radbruch y, sobre todo, Alexy sitúan la reflexión sobre el deber de obediencia a la ley injusta (o injustísima) en la esfera de la validez, donde parecen distinguir dos niveles: validez como pertenencia y validez como normatividad o fuerza obligatoria. Asimismo, ambos gradúan la injusticia de las normas, distinguiendo las normas injus-

127 *Ibid.*, p. 71.

128 *Ibid.*, p. 73.

129 *Ibid.*, p. 70.

130 *Ibid.*, p. 72.

131 Cfr. al respecto NORBERTO BOBBIO, *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960. Traducción de Eduardo Roza Acuña, en *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, pp. 151-270, p. 154. Paradigma de la actitud contemporánea es Joseph Raz, quien afirma en la “Introducción” a *El concepto de sistema jurídico*: “una teoría del sistema jurídico es un prerrequisito para cualquier definición adecuada de ‘una disposición jurídica’”. (JOSEPH RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon, 1970; second edition, 1980. Traducción (de la segunda edición) de Rolando Tamayo y Salmorán, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986, p. 19).

tas y las normas extremadamente injustas, según traspasen o no determinado umbral. Sobre la validez como pertenencia se pronuncian de forma explícita: la norma injusta pertenece al sistema jurídico, en tanto que la norma extremadamente injusta no pertenece al sistema y no tiene carácter jurídico. Nada afirman expresamente sobre la fuerza obligatoria de dichas normas, aunque sus respuestas pueden inferirse como corolarios de lo afirmado respecto de la validez como pertenencia. La adopción del punto de vista del participante —entendido como participante aceptante o comprometido, por ejemplo un juez—, y la propia inclusión de la validez en el concepto de Derecho por parte de Alexy como estrategia general de análisis del positivismo y de las relaciones entre el Derecho y la moral conducirían a entender la norma válida como obligatoria.

Tomás de Aquino, como se ha señalado, no utiliza el lenguaje de la validez¹³². Sí admite, en cambio, la relevancia jurídica de las leyes injustas, ya que se trata de casos, periféricos, con repercusiones o efectos en el Derecho, en concreto en la obligación de obedecerlas (y aplicarlas) a dichos casos. Para la tradición clásica carece de sentido referirse a la validez como pertenencia, en la medida en que no existe algo semejante al sistema jurídico como realidad autónoma; la ley es el objeto de análisis. En cambio sí se cuestiona y se responde analógicamente a la obligatoriedad de las leyes injustas, que constituye, de hecho, el problema a resolver. La ley justa obliga *per se* y en conciencia. La ley injusta, en determinadas circunstancias, ha de ser obedecida; obliga en cierto sentido, *per accidens*, por razones extrínsecas o accidentales: con el fin de apoyar o no debilitar el Derecho, para evitar el escándalo o el desorden, en aras del bien común¹³³; esto es, en virtud de un deber moral, y no de un deber que la norma injusta, por sí misma, no puede generar.

Junto a las diferencias existen elementos comunes entre la doctrina de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Su objetivo es indicar cómo reaccionar o responder ante la ley injusta. Ambas son intentos de respuesta a diversos interrogantes: ¿es la ley injusta un caso del Derecho y por qué?; y, singularmente, ¿cómo ha de actuarse ante una norma injusta? Las preguntas y las respuestas se duplican en ambas doctrinas: en la fórmula de Radbruch, al trazarse una frontera entre la ley injusta y la ley extremadamente injusta, y en la tradición clásica, al existir normas injustas cuya obediencia ha de acatarse y otras en las que no.

Para poner de manifiesto y contrastar las semejanzas y las diferencias entre ambas tradiciones se emplearán dos vías de aproximación, una clásica y otra contemporánea: la primera es la distinción entre el sentido focal, central o *simpliciter* y los sentidos periféricos, analógicos o *secundum quid* de la ley¹³⁴; la segunda es la distinción

132 Sí lo emplea uno de sus intérpretes contemporáneos más relevantes, John Finnis, quien no sólo hace referencia a la validez jurídica sino también a la noción de sistema jurídico como un todo. (Cfr. JOHN FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 379-393; cfr. también *supra* apartado 1.1). De acuerdo con lo expuesto en el texto cabe calificar como anacrónica la interpretación de Finnis de la doctrina clásica de la *lex iniusta*. No en el sentido de que resulte errada —el enfoque y el énfasis en las cuestiones centrales son acertados— sino en el de manejar categorías ausentes en dicha doctrina, como las señaladas de la validez jurídica o del sistema jurídico. Su lectura actualiza y traduce la tradición a la terminología y las categorías contemporáneas, y propone algunas alternativas superadoras, pero puede dar lugar al malentendido de atribuir a aquella preocupaciones que no fueron tales para ella.

133 Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q. 96 a. 4 c, refiriéndose a las leyes injustas, y *Summa Theologiae* II-II q. 69 a. 4 c, refiriéndose a las sentencias judiciales injustas.

134 Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* VIII 4, 1157a 30-33; *Ética eudemia* VII 2, 1236a 16-30; *Política* III 1, 1275a 33-1276b 4; TOMÁS DE AQUINO, *De veritate* q. 2 a. 11 c; *Summa Theologiae* II-II q. 57 a. 1 ad. 1: “Que es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de *medicina* se asignó, en un principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de *derecho*, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por

entre conexión clasificante (que excluye la validez de las normas extremadamente injustas) y conexión cualificante (que admite la validez y el carácter jurídico, defectuosos, de las normas jurídicas injustas) entre Derecho y moral presentada por Alexy. Ello exige responder a una pregunta, acerca del criterio de selección del significado central o focal y de los sentidos periféricos: ¿desde qué punto de vista se estima y determina la importancia y significación de los criterios identificadores del Derecho?¹³⁵ El punto de vista moral sugerido por Finnis, o el punto de vista del participante sugerido por Alexy, son intentos de respuesta a dicho interrogante¹³⁶. Gustav Radbruch no ha empleado ninguna de las vías señaladas. También la tradición clásica resulta ajena a la distinción alexyana entre conexiones clasificantes y cualificantes, sobre todo a las primeras; y Alexy no contempla la distinción entre sentido central y sentidos analógicos o periféricos. Con todo, nos ha parecido interesante ensayar una explicación de las tres doctrinas de la ley injusta desde ambas aproximaciones metodológicas, al permitir una comparación más aproximada y en cierta “igualdad de condiciones”.

La tradición central clásica. La tradición clásica ha empleado un modo analógico de identificación y explicación del Derecho, y de la realidad en general, que le permite distinguir con flexibilidad entre caso central o focal (*simpliciter*) y casos periféricos (*secundum quid*). Eso es justamente lo que Tomás de Aquino hace en su tesis sobre la *corruptio legis*, y así es como ha de interpretarse el pasaje: la ley positiva, si está en desacuerdo con la ley natural, ya no es, en sentido propio o *simpliciter*, ley, sino que es corrupción de ley. No resulta contradictorio afirmar que la ley injusta, en sentido propio, no es ley, y simultáneamente afirmar que, en sentido analógico o derivado, es ley (imperfecta).

La ley en sentido propio (*simpliciter*) no presenta únicamente una dimensión material o de contenido sino también una dimensión formal o institucional: “es una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad”¹³⁷. En el caso central o focal de la ley, la ley justa, los distintos rasgos o atributos se dan todos ellos o en alto grado. En los casos periféricos, como el de la ley injusta –y aun injustísima–, algunos de esos rasgos están ausentes o presentes en menor medida¹³⁸. Ambos casos tendrían en común su origen, los elementos formales o institucionales; en cambio, diferirían en los elementos materiales o de contenido: la racionalidad y la ordenación al bien común.

Desde la perspectiva de la distinción entre conexión clasificante y conexión cualificante sugerida por Alexy, para el planteamiento clásico la injusticia sería un supuesto de conexión cualificante entre Derecho y moral: es una norma con relevancia jurídica, pero jurídicamente defectuosa. Conserva, al menos, ciertas propiedades de las nor-

ejemplo, se dice que alguien comparece *ante el derecho*; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de lo que decida sea inicuo”. Refiriéndose específicamente al fenómeno jurídico, cfr. JOHN FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 43-45; también Aquinas..., cit., pp. 42-47.

135 Cfr. JOHN FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 45.

136 Finnis ha desarrollado más esta cuestión, refiriéndose a tres tipos de hablantes y tres tipos de enunciados, que podrían denominarse el observador, el participante aceptante y el participante no aceptante -al modo de los enunciados no comprometidos o imparciales de Joseph Raz-. Cfr. *ibid.*, pp. 263-267 y 392; cfr. asimismo *supra* apartado 1.1. En cuanto al punto de vista del participante de Alexy, cfr. *supra* apartado 3.1.

137 TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q. 90 a. 4 c. Refiriéndose a los distintos elementos o puntos esenciales de la ley: carácter racional (*ibid.* q. 90 a. 1); elementos teleológico: ordenación al bien común (*ibid.* q. 90 a. 2); necesaria promulgación para que tenga fuerza de ley, pues necesita ser conocida por los destinatarios (*ibid.* q. 90 a. 4); por parte de la autoridad, del “que hace las veces de pueblo” (*ibid.* q. 90 a. 3).

138 No es la ley injusta el único caso imperfecto de ley. La ley puede ser defectuosa por falta de algún otro elemento, por ejemplo, por defecto de promulgación. Cfr. nota anterior.

mas jurídicas, las condiciones formales o institucionales: promulgada por quien tiene a su cuidado la comunidad, aunque están ausentes, en todo o en parte, las teleológicas o materiales: racionalidad y orientación al bien común. No se hace referencia específica a la *lex iniustissima*, de modo que no parece que en la doctrina aquiniana exista algo semejante a la conexión clasificante, que implica la pérdida de todo carácter jurídico de la ley. Entre otras razones, la ya indicada ausencia de la tematización directa del concepto de Derecho en la tradición clásica determina que la cuestión de la ley injusta no se plantee desde la perspectiva del concepto, en términos disyuntivos, perdiendo así relevancia y sentido la alusión a una conexión clasificante. (Con todo, sería pensable un supuesto semejante a la ley insoportable o extremadamente injusta en la doctrina clásica, o con efectos o repercusiones similares: las leyes contrarias al bien divino, que nunca es lícito cumplir¹³⁹).

Tomando en cuenta el uso analógico del pensamiento propio de la tradición iusnaturalista, una interpretación plausible del rotundo pasaje de San Agustín acerca de la *lex iniusta* indica que lo que él afirma es que la ley injusta no es, en sentido propio o *simpliciter*, ley. Los sentidos secundarios, derivados o analógicos no son tomados en cuenta en su formulación, a diferencia de la matizada postura de Tomás de Aquino¹⁴⁰.

La preocupación de la tradición clásica se centra exclusivamente en los efectos de la injusticia de las normas en la obligación de obedecer el Derecho; en otras palabras, en la fuerza obligatoria de las leyes injustas. Tomás de Aquino indica que las leyes justas obligan en conciencia. Las leyes injustas, opuestas al bien humano –por razón del fin, del autor o de la forma-, tienen más de violencia que de ley y no obligan por sí mismas en conciencia, aunque pueden obligar, en mayor o menor medida, por razones extrínsecas, para evitar la destrucción del bien común, “el escándalo o el desorden”¹⁴¹. En la distinción sugerida por Finnis, no existe, pues, obligación jurídica –en sentido moral- de obediencia a la ley injusta, pero sí puede existir obligación moral colateral o extrajurídica (*per accidens*), en aras del respeto del bien común –del sistema jurídico como un todo, señala Finnis-. Dicha obligación varía según el contexto espacio-temporal y según el sujeto, existiendo una obligación *institucional reforzada* de obediencia –por ejemplo, del juez- frente a la más débil de los ciudadanos. Finalmente, las leyes injustas opuestas al bien divino o contrarias a los mandamientos divinos nunca deben ser obedecidas¹⁴².

En suma, la tradición central de la doctrina clásica de la *lex iniusta* sostiene que:

1. La ley justa –racional y ordenada al bien común- y adecuadamente promulgada es la ley en sentido propio (*simpliciter*). Se trata del caso central o focal de la ley.
2. La ley, en sentido propio, se compone de elementos materiales o sustantivos y de elementos formales o institucionales. Ambos son relevantes para la determina-

139 Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q. 96 a. 4 c.

140 Según Garzón Valdés, Agustín de Hipona, ejemplo de la tesis de la vinculación entre Derecho y moral, sostiene la equivalencia entre Derecho y justicia. (Cfr. ERNESTO GARZÓN VALDÉS, “Derecho y moral”, en ERNESTO GARZÓN VALDÉS Y FRANCISCO J. LAPORTA (ed.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Boletín Oficial del Estado, 1996, pp. 397-424, p. 398. Luego en RODOLFO VÁZQUEZ (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 19-55). Tal identificación podría calificarse como inexacta, o al menos discutible. Desde la perspectiva contemporánea seguida por el autor argentino, y teniendo presente la ausencia de matizaciones en el rotundo *dictum* agustiniano (“Pues a mí me parece que no es ley la que es injusta”), cabría admitir con reservas dicha identificación. Con todo, la ausencia de una construcción iusfilosófica sistemática y autónoma en San Agustín, el modelo analógico de pensamiento seguido por éste, y una adecuada contextualización de la manifestación en disputa aconsejan matizar la supuesta “equivalencia” atribuida por Garzón Valdés.

141 Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q. 96 a. 4 c; II-II q. 69 a. 4 c.

142 Cfr. *ibid.* q. 96 a. 4 c *in fine* y ad. 2.

ción del carácter jurídico de las normas y para la determinación del alcance de la obligación de obediencia a la ley.

3. La ley injusta es ley en cierto sentido, analógico o derivado (*secundum quid*). Conserva relevancia jurídica. Se trata de un caso periférico del Derecho.
4. No se plantea la distinción entre ley injusta y ley extremadamente injusta.
5. La injusticia de la ley tiene repercusiones en el deber de obediencia al Derecho o en la fuerza obligatoria de las normas injustas. El carácter jurídico o la validez jurídica, entendida como pertenencia al sistema jurídico, resultan cuestiones ajenas al pensamiento clásico.
6. La doctrina clásica de la ley injusta no es el resultado de una preocupación conceptual: la definición y caracterización de un concepto de Derecho, sino de una problemática práctica: cómo comportarse o actuar ante una ley injusta.
7. La delimitación del deber de obediencia, esto es, cuándo o en qué casos ha de obedecerse, es una cuestión de grado, sometido a la determinación prudencial, que adoptará como criterio el daño derivado de la respectiva obediencia o desobediencia.
8. Empleando la distinción alexyana, la ley injusta es ejemplo de conexión cualificante entre Derecho y moral: es norma jurídica, pero jurídicamente defectuosa.

La fórmula de Radbruch. Radbruch atribuye erróneamente a la tradición iusnaturalista la negación del carácter jurídico a la ley injusta, desconociendo el significado de la versión clásica de la doctrina de la ley injusta, singularmente la central de Tomás de Aquino, carente del radicalismo atribuido por su interpretación. Se puede explicar así su intento de separación tanto del positivismo legalista (que atribuye al régimen nacionalsocialista y que representa la identificación del Derecho con la ley y el primado absoluto de la seguridad jurídica) como de la tradición iusnaturalista (que según el autor alemán postula la identificación del Derecho con la justicia: lo justo es Derecho, y la ley injusta no es Derecho)¹⁴³. La búsqueda de una vía intermedia entre iusnaturalismo y positivismo no implica trasladarse del predominio irrestricto de la seguridad del régimen nazi al otro extremo de consideración aislada de la justicia. Exige conservar la seguridad¹⁴⁴, a la que otorga preferencia, incluso en caso de injusticia; sólo en casos de injusticia extrema la justicia ha de prevalecer: la ley injusta es ley; la ley injustísima ya no es ley. La dimensión material o de contenido tiene un valor secundario frente a la dimensión formal o legal en condiciones normales; y dicha prioridad se invierte en los casos excepcionales, de extrema injusticia, donde la vulneración de los contenidos implica la pérdida de carácter jurídico de la norma. No implica trasladarse del predominio irrestricto de la seguridad del régimen nazi al otro extremo de consideración aislada de la justicia.

Paradójicamente, tanto en sus obras previas al advenimiento del Nacional-socialismo, en particular *Rechtsphilosophie*, como en sus obras de posguerra, singularmente *Vorschule der Rechtsphilosophie*, se contienen manifestaciones próximas a la tradición iusnaturalista, en sentido metodológico y, en la última etapa, también en sentido material o sustantivo.

Al ocuparse de las relaciones entre el concepto y la idea de Derecho, y de las tensiones entre los tres elementos de ésta, la argumentación de Radbruch recuerda en oca-

143 Cfr. GUSTAV RADBRUCH, "Rechtsphilosophie", cit., pp. 310-312.

144 Cfr. GUSTAV RADBRUCH, "Gesetzliches Unrecht...", cit., p. 90.

siones la comprensión analógica del Derecho propia de la tradición clásica: “La justicia no es el principio exhaustivo, aunque sí el principio específico del Derecho, que sirve de pauta para la determinación conceptual del Derecho: el Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia”¹⁴⁵. Incluso con mayor claridad: “El Derecho puede ser injusto (‘*summum ius-summa iniuria*’), pero es Derecho sólo porque tiene el sentido de ser justo”¹⁴⁶. Diríamos que la idea de Derecho puede ser imperfectamente realizada por el Derecho realmente existente, cuyo concepto aporta más a los elementos de valor fáctico, pero sin prescindir de la referencia ideal. Existe un sentido pleno o *simpliciter* de Derecho, y ciertos sentidos periféricos o imperfectos de Derecho, cuando la justicia no se realiza; pero la ausencia de justicia no implica, sin más, que no sea Derecho. Esto mismo mantendrá tras el impacto de la injusticia nazi: el Derecho, tal y como viene definido por el concepto, tiene el sentido de realizar la justicia, ya la realice o no¹⁴⁷. En esta etapa postrera, acuñada su fórmula de la injusticia extrema o insoportable, Radbruch da un paso más en su pensamiento, con repercusiones en la naturaleza jurídica de las leyes con tal grado de injusticia que acaban perdiendo su condición de jurídicas. El criterio material que sirve de baremo para la determinación del grado de injusticia no es único en las diversas obras de Radbruch, pero el más reiterado y que, finalmente, culmina su última gran obra, es el Derecho natural¹⁴⁸. No obstante, dicho criterio, a diferencia de la tradición clásica, no proporciona una pauta para establecer los contenidos materiales concretos –más allá de la negación de la igualdad- que permitirían hacer operativa a la tesis de la injusticia extrema.

Aplicando la distinción clásica entre sentido central o *simpliciter* y sentidos secundarios o *secundum quid* para interpretar las consecuencias de la introducción de la fórmula en su concepto de Derecho, es posible articular la respuesta en tres niveles, dividiendo incluso el tercer nivel en las dos subfórmulas sugeridas por Alexy:

1. La norma jurídica *simpliciter* tiene un mínimo de contenido de justicia y satisface las exigencias de la seguridad jurídica y de la adecuación a fin; éste es el significado focal del Derecho, y resulta válido.
2. Cuando se trata de una norma injusta, pero no excesivamente injusta, estaríamos ante un caso periférico o *secundum quid*, una norma jurídica jurídicamente –y no sólo moralmente- imperfecta, pues realiza, de modo imperfecto, la idea de Derecho.
3. En el caso de la extrema injusticia han de distinguirse dos supuestos:
 - 3.1. Las normas insoportablemente injustas (fórmula de la intolerancia), donde la ley positiva, como Derecho injusto o incorrecto, cede ante la justicia. Parece un caso más periférico e imperfecto (*secundum quid*) de Derecho: Radbruch afirma que sigue siendo Derecho, aunque Derecho injusto o incorrecto.
 - 3.2. La negación consciente de la justicia (fórmula de la negación), donde la ley no es sólo Derecho injusto, sino que carece totalmente de naturaleza jurídica. No cabría concebirlo, desde la perspectiva analógica clásica, como un caso periférico, en atención a la pérdida de la naturaleza jurídica.

De este modo, apelando a la terminología y la distinción de Alexy, la conexión clasificante entre Derecho y moral es evidente en la fórmula de la negación (3.2); en

145 GUSTAV RADBRUCH, “Rechtsphilosophie”, cit., p. 259.

146 *Ibid.*, p. 227.

147 GUSTAV RADBRUCH, “Vorschule...”, cit., p. 151.

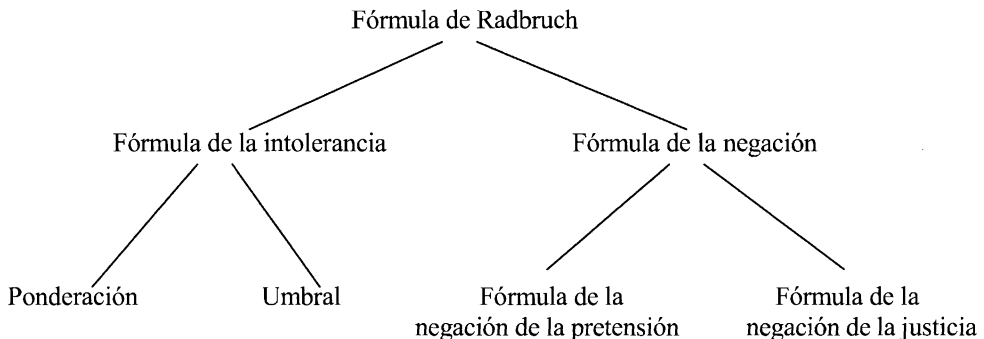
148 Cfr. *supra* apartado 2.1 *in fine*.

cambio, la apreciación de una conexión clasificante, negadora de la condición jurídica de la ley injustísima, en el caso de la fórmula de la intolerancia (3.1) queda ensombrecida por los términos del propio Radbruch, quien hace referencia a ley como “Derecho injusto” o “Derecho incorrecto”, sugiriendo una conexión cualificante: es incorrecto, injusto, pero es Derecho.

La defensa alexyana de la fórmula de Radbruch. Aparentemente estas complicaciones no tienen lugar en el caso de Alexy, para quien la fórmula de Radbruch establece una conexión clasificante entre Derecho y moral, y semeja ser válida en su reformulación bajo el lema: “la extrema injusticia no es Derecho”, más rotundo, sencillo y claro; y corolario de la combinación de los tres elementos de su concepto no positivista de Derecho. Pero en su análisis de la fórmula de Radbruch surgen algunos problemas. El primero de ellos acaba de ser analizado al examinar la subfórmula de la intolerancia, donde la conexión clasificante (que excluye el carácter jurídico) parece contradicha por la expresión “Derecho injusto” o “Derecho incorrecto” (*unrichtiges Recht*), que se acomoda mejor a una conexión cualificante (es norma jurídica pero jurídicamente imperfecta), y cuya explicación tiene cabida desde una concepción analógica del Derecho, como sentido derivado o imperfecto del caso central, pero difícilmente desde una formulación unívoca y disyuntiva como la propia de la conexión clasificante, que implica la pérdida de naturaleza o validez jurídica de la norma extremadamente injusta.

Así, la conexión clasificante habría que predicarla sólo de la segunda de las subfórmulas, la fórmula de la negación (3.2). Con todo, su inciso inicial incluye un matiz relevante para el concepto de Derecho de Alexy: “donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”. Estamos efectivamente en presencia de una conexión clasificante, según la cual, carecen de naturaleza jurídica aquellas normas que niegan conscientemente la justicia, y también —he aquí lo relevante— aquellas que ni siquiera pretenden la justicia; en otras palabras, normas que no formulan una pretensión de corrección o de justicia, que es la pretensión de corrección propia del plano jurídico¹⁴⁹. Cabe, por tanto, diferenciar a su vez, dos subfórmulas dentro de la fórmula de la negación: 3.2.a) la *fórmula de la negación de la pretensión* o *fórmula de la no pretensión* y 3.2.b) la *fórmula de la negación de la justicia* o *fórmula de la negación “stricto sensu”*.

La fórmula de Radbruch quedaría, en consecuencia, articulada así:



149 Cfr. ROBERT ALEXY, “Recht und Richtigkeit”, en WERNER KRAWIETZ; ROBERT S. SUMMERS; OTA WEINBERGER; GEORG HENRIK VON WRIGHT (ed.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification*. Festschrift für Aulis Aarnio, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 3-19, p. 16.

De acuerdo con lo expuesto, en la fórmula de Radbruch no estaría únicamente el núcleo del argumento de la injusticia, sino que aparecería también la pretensión de corrección, o argumento de la corrección, tesis central del concepto no positivista de Derecho de Alexy y sustento de la conexión conceptual entre Derecho y moral. Sin embargo, para Alexy la pretensión de corrección sólo da lugar a una conexión cualificante entre Derecho y moral, y no clasificante¹⁵⁰. En consecuencia, la fórmula de Radbruch no origina sólo una conexión clasificante sino también, a través de la pretensión de corrección -de justicia- de las normas jurídicas, una conexión cualificante. Ambas se relacionan de manera diversa con la moral:

“Mientras que más allá del umbral de la extrema injusticia, existe amplio acuerdo en el sentido de qué es lo que lesiona la moral, antes de este umbral impera una gran disparidad. Sin embargo, esto no significa que en este ámbito no exista ninguna pauta con respecto a aquello que es justo o injusto. La clave para ello es la pretensión de fundamentabilidad implicada por la pretensión de corrección. [...] La conexión cualificante o débil –que se vuelve clara cuando se considera al sistema jurídico como un sistema de procedimientos desde la perspectiva de un participante– no conduce a la conexión necesaria del derecho con una determinada moral concreta designada como correcta, pero sí a una conexión necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en sentido de una moral fundamentada. Esta idea no es, en modo alguno, vacía. Su vinculación con el derecho significa que al derecho pertenecen no sólo las reglas especiales de la fundamentación jurídica, sino también las reglas generales de la argumentación moral, pues lo que es correcto en el ámbito de la moral, lo es en virtud de estas reglas”¹⁵¹.

La solución de Alexy al problema de las normas extremadamente injustas discurre por un vía aparentemente admisible y coherente internamente: reformular con claridad a Radbruch, dando lugar incluso –aun inadvertidamente– a una fórmula propia: “la extrema injusticia no es Derecho”, y articular su defensa de un concepto no positivista de Derecho a partir de ella bajo el argumento de la injusticia. En cambio no parece dar respuesta convincente –salvo la omisión o no consideración– a la problemática introducción de la pretensión de corrección en el primer inciso de la fórmula de la negación (esto es, la subfórmula de la negación de la pretensión): “donde ni siquiera se pretende la justicia [...]”, toda vez que la pretensión de corrección sólo establece una conexión con la moral como moral fundamentada, sin contenidos morales o de justicia concretos: corrección como fundamentabilidad, a semejanza de su teoría de la argumentación jurídica¹⁵². La corrección material delimita la frontera entre el caso central o Derecho en sentido propio y los casos periféricos o Derecho imperfecto; y también entre el Derecho y el no Derecho en el caso de la conexión clasificante. En el primer supuesto, de conexión cualificante o débil entre Derecho y moral, dicha conexión se limita a la exigencia de fundamentabilidad de las normas morales o de justicia aducidas; en el segundo, la conexión clasificante o fuerte, remite a contenidos de justicia determinados: los derechos humanos básicos, que trazan la frontera de lo jurídico.

La conexión cualificante se adapta al par clásico *simpliciter-secundum quid*. En cambio, no lo hace la conexión clasificante, que presenta varios inconvenientes. Según ésta algunas normas no son jurídicas o jurídicamente válidas a causa de su contenido

150 Cfr. *supra* apartado 3.1.

151 ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 83-84.

152 Sobre las características y limitaciones de tal intento cfr. JOSÉ ANTONIO SEOANE, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica: la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en PEDRO SERNA (coord.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Una revisión crítica de las teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2002, capítulo II, *passim*, en prensa.

extremadamente injusto, de manera que la corrección material acaba convirtiéndose en el criterio o elemento desequilibrante para calificar jurídicamente las normas. En tal caso, ¿qué papel desempeña la dimensión institucional o real del Derecho (los otros dos elementos del concepto de Derecho: la legalidad y la eficacia)? ¿Pierde acaso toda relevancia para la determinación de lo jurídico en el caso de normas injustísimas? Finalmente la discusión sobre la ley extremadamente injusta como caso de conexión clasificante desemboca en el plano de la validez, entendida como pertenencia, y planteada en términos disyuntivos o clasificatorios¹⁵³.

Así, la fórmula de Radbruch, en la defensa llevada a cabo por Alexy, conduce a lo siguiente:

1. La ley justa, que presenta corrección material, además de promulgación adecuada y eficacia social, tiene validez jurídica “plena”. Se trata del caso central de la ley para el no positivismo. (Existe coincidencia en este sentido con la tradición clásica).
2. La ley injusta tiene carácter jurídico, pero defectuoso. Es ejemplo de una conexión cualificante, o de caso periférico en la terminología clásica. (Cabe hablar también aquí de coincidencia con la tradición clásica).
3. La ley injustísima o extremadamente injusta carece de carácter jurídico. Es ejemplo de conexión clasificante entre Derecho y moral. (A diferencia de la tradición clásica, que no reconoce algo semejante a la conexión clasificante en su doctrina sobre la ley injusta).
4. La conexión clasificante equivale a la anulación práctica de la dimensión institucional o real (legalidad y eficacia) en la determinación de lo jurídico, únicamente definido mediante la corrección material. En este sentido el no positivismo de Alexy se aleja del positivismo de tal manera que acaba superando al iusnaturalismo en cuanto a la importancia de la dimensión sustantiva del Derecho, conforme a su catalogación de los conceptos de Derecho.
5. La articulación de la fórmula de Radbruch en dos (sub)fórmulas propuesta por Alexy, junto a la división ulterior sugerida de la segunda subfórmula, plantea problemas adicionales a la distinción entre conexiones clasificantes y cualificantes entre Derecho y moral, que ya no puede sostenerse en las condiciones presentadas por Alexy, con importantes repercusiones en su concepto no positivista de Derecho.

153 En este sentido se aprecian paralelismos entre la doctrina de la ley injusta o, con carácter más amplio, las relaciones entre Derecho y moral, y la teoría normativa de Alexy. Ésta, que representa el lado pasivo del sistema jurídico, se construye a partir de la distinción entre reglas y principios. La conexión clasificante equivaldría a las reglas, que son mandatos definitivos, que se cumplen o no se cumplen; dirimen sus conflictos en la dimensión de la validez o la pertenencia, y son aplicadas mediante la subsunción, de acuerdo con un modelo de todo o nada. Los principios, por su parte, se asemejan a la conexión cualificante, y son mandatos de optimización, que pueden ser satisfechos en diversos grados. Son susceptibles y necesitan la ponderación, que es la forma característica de aplicación, y es en la dimensión de la ponderación –y no en la de la pertenencia al sistema jurídico– donde resuelven sus colisiones. (Cfr. ROBERT ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie* Beiheft 1 (1979), pp. 59-87, pp. 63-78; “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *ARSP* Beiheft 35 (1985), pp. 13-29, pp. 17 ss.; *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985/Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986; 3. Auflage, 1996. Traducción española de E. Garzón Valdés; revisión de R. Zimmerling, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 83-103; “Sistema jurídico y razón práctica”, cit., pp. 162-165; “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en BERND SCHILCHER, PETER KOLLER, BERND-CHRISTIAN FUNK (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im Systems des Rechts*, Wien, Verlag Österreich, 2000, pp. 31-52, pp. 32-36). Cfr. asimismo *supra* apartado 3.1, donde al referirse a la fórmula de la intolerancia en el seno de la fórmula de Radbruch indica que contiene dos aspectos, el primero de ellos referido a la ponderación. Alexy estima que la ponderación forma parte de la conexión clasificante, que es la propia de la fórmula de Radbruch. A nuestro juicio, en tanto la fórmula de la intolerancia es un ejemplo de conexión cualificante, no existe ponderación en las conexiones clasificantes, en coherencia con el paralelismo trazado al comienzo.

La defensa alexyana de la fórmula de Radbruch plantea, a nuestro entender, importantes dificultades de orden teórico y práctico. Por una parte, la conexión clasificante conduce a privar de relevancia a los elementos institucionales (la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento) en la configuración de lo jurídico. Ciertamente supera al positivismo al introducir un elemento de corrección material y admitir la conexión necesaria entre Derecho y moral; pero, paradójicamente, en los casos excepcionales de extrema injusticia minorra tanto el papel de los elementos institucionales o reales que termina anulándolos y reduciendo el Derecho únicamente a corrección material, trasladando su concepto no positivista de Derecho a uno de los vértices del triángulo jurídico (el de la corrección material) e identificándose con la que erróneamente califica de “teoría iusnaturalista pura”¹⁵⁴. En este sentido, puede afirmarse que acaba siendo más “iusnaturalista” que Tomás de Aquino. Otro aspecto cuestionable es la aparente incompatibilidad entre la no validez e inexistencia jurídica de las leyes extremadamente injustas y la existencia efectiva y relevancia jurídica de esas leyes; esto es, de las repercusiones o los efectos que han generado en el ámbito jurídico (que examina, entre otros lugares, al hilo del argumento de la honradez).

Menos radical y problemática resulta la distinción entre caso central o focal (*simpliciter*) y casos periféricos o derivados (*secundum quid*) desde la que se ha interpretado la doctrina clásica de la *lex iniusta*, que presenta un potencial metodológico superior al de la distinción entre conexión cualificante y clasificante. La concepción analógica del Derecho admite la necesidad y relevancia de los elementos institucionales en la definición del Derecho junto con los elementos sustantivos o de justicia, y distingue gradualmente y con flexibilidad entre caso central y casos secundarios o derivados. En lo que concierne a las normas injustas, esto permite no tener que distinguir dilemáticamente entre Derecho y no Derecho. Tampoco circunscribe o remite a la esfera de la validez o pertenencia al sistema jurídico el problema de la ley injusta, sino que lo debate en torno a la fuerza obligatoria de dicha norma, tipificando una serie de situaciones en las que existe, siempre y plenamente o condicionado, el deber de obediencia al Derecho. El tratamiento del problema de la ley injusta es abordado por la tradición clásica en perspectiva dinámica, en atención al carácter práctico o al funcionamiento cotidiano del Derecho, lo que permite hacerse cargo con normalidad de los casos periféricos o desviados en un marco conceptual más idóneo y brindar una solución más ponderada y próxima a la realidad jurídica.

154 Cfr. ROBERT ALEXY, “A Definition of Law”, cit., pp. 101-102. Se ha referido a ello con más detalle en “El concepto y la validez del derecho”, cit., pp. 21-26 ss.