

“TODO EXCESO ES INSANO, TAMBIÉN PARA EL DERECHO”

**Comentario a Carsten Bäcker, *Ley y justicia en conflicto.*
La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del
*Tribunal Constitucional Federal alemán***

**Prof. Dr. José Antonio Seoane
Universidade da Coruña**

”Das älteste Sprichwort is wohl: *allzuviel ist ungesund*”
G. C. Lichtenberg, *Sudelbücher* B 244 (1768)

§ 1. *Ley y justicia en conflicto. La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*¹ es otra reflexión iusfilosófica sobre la vigencia del positivismo como concepción del Derecho y, en nuestro caso, su idoneidad para explicar las características y el funcionamiento de los sistemas jurídicos del modelo del constitucionalismo² originado tras la Segunda Guerra Mundial, época en la que Gustav Radbruch da a conocer su fórmula.

La brevedad del texto no impide a Carsten Bäcker analizar con agudeza la fórmula de Radbruch y sus repercusiones en el concepto y la praxis del Derecho. Resumiré su posición, expuesta al comienzo (apartado A, donde disecciona e interpreta la fórmula de Radbruch) y al final (apartado C, donde enjuicia la utilización de la fórmula por la jurisprudencia constitucional alemana y la conecta con la cuestión del positivismo jurídico), para luego examinarla críticamente y compararla con las concepciones de los otros dos protagonistas de este debate, Gustav Radbruch y Robert Alexy.

Como la jurisprudencia constitucional alemana ha sido explicada en detalle por Bäcker, he optado por un debate entre autores, ordenado cronológicamente

¹ Bäcker, C.; “Ley y justicia en conflicto. La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán”, pro manuscrito.

² Cfr. Alexy, R.; “Sistema jurídico y razón práctica” (1987), traducción de Jorge M. Seña, en *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 159-177

para garantizar una mejor comprensión: partiré de Gustav Radbruch, daré luego la palabra a Robert Alexy, continuaré con Carsten Bäcker y acabaré con una valoración de conjunto.

1. LA FÓRMULA DE RADBRUCH

§ 2. La fórmula de Radbruch apareció en 1946 como respuesta del iusfilósofo alemán Gustav Radbruch a los excesos del régimen nacionalsocialista, en su célebre artículo *Injusticia legal y Derecho supralegal*³. La fórmula pretende resolver las tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia originadas por un Derecho positivo legal o autoritativamente promulgado pero de contenido insoportablemente injusto, injustísimo. He aquí la fórmula de Radbruch:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo, afianzado por la promulgación y la fuerza, 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,

³ Radbruch, G; “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” (1946), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, Band 3. *Rechtsphilosophie III*, Kaufmann, A. (Hg.), Hassemer, W. (bearbeitet von), Heidelberg, Müller, 1990, pp. 83-93.

La traducción de la expresión “gesetzliches Unrecht” no es sencilla ni uniforme, y por su importancia en el diálogo sobre la fórmula de Radbruch merece un comentario. Se han propuesto opciones como “arbitrariedad legal” (cfr. Radbruch, G.; *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, traducción de María Isabel Azareto de Vásquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, o Radbruch, G.; “Arbitrariedad legal y Derecho supralegal”, en *El hombre en el Derecho*, traducción de Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 127-141), “leyes que no son Derecho” (cfr. Radbruch, G.; “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”, en Radbruch, G.; Schmidt, E.; Welzel, H.; *Derecho injusto y Derecho nulo*, introducción, traducción y selección de textos de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 1-22), o “antijuridicidad legal” (cfr. Ollero, A.; “Derecho positivo y Derecho natural, todavía...”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González. M. Á. (eds.), Salamanca, Aquilafuente-Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pp. 905-933, p. 921). En este comentario he optado por una traducción distinta: “injusticia legal”, menos literal pero respetuosa con el contenido semántico, próxima al uso de “*Unrecht*” y ajustada, además, a la utilización de la fórmula por parte de los autores comentados y a mi interpretación de su pensamiento.

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”⁴.

§ 3. El pensamiento radbruchiano inmediatamente anterior al Nacionalsocialismo⁵ señala tres valores en la idea de Derecho en situación de paridad: justicia, seguridad y adecuación a fin. Estos valores se ordenan después mediante la fórmula de Radbruch, que es el epítome de su iusfilosofía de posguerra. Se acuña en 1946, pero otras obras de posguerra previas y posteriores⁶ reflejan la reorientación del pensamiento jurídico de Radbruch en esta época.

Un año antes de su muerte reproduce su doctrina sobre la extrema injusticia en *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948)⁷. En ella recuerda la ordenación jerárquica de las tres ideas de valor o elementos de la idea de Derecho, e incorpora de forma expresa la revalorización de la justicia. La justicia ha logrado autonomía: es un valor *per se*; 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. Además, esta reordenación axiológica se proyecta también sobre la noción de validez.

Por ello, la fórmula de Radbruch no restringe sus efectos al plano jurídico y exige una modificación del plano político. El concepto de Derecho cobra sentido a partir de la idea de Derecho, en el seno del marco más amplio de una teoría del Estado o teoría política: el Estado de Derecho. En cuanto a los contenidos materiales, Radbruch se remite a “principios jurídicos que son más fuertes que cualquier disposición jurídica”, a un Derecho suprallegal superador de la injusticia y pauta para enjuiciar las leyes positivas: un Derecho divino, un

⁴ Radbruch, G.; “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, cit., p. 89.

⁵ Cfr. Radbruch, G.; *Rechtsphilosophie* (3. Auflage, 1932), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, Band 2. *Rechtsphilosophie II*, Kaufmann, A. (Hg.), Heidelberg, Müller, 1993, pp. 206-450, p. 306.

⁶ Cfr. Radbruch, G.; “Fünf Minuten Rechtsphilosophie” (1945), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* 3, cit., p. 78; “Erneuerung des Rechts” (1946), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* 3, cit., p. 80; “Die Erneuerung des Rechts” (1947), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* 3, cit., pp. 101-114, en particular pp. 107-109.

⁷ Radbruch, G.; *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* 3, cit., pp. 121-227, p. 150.

Derecho de la naturaleza o un Derecho de la razón, o los derechos humanos⁸. Con mayor rotundidad, al final de su *Vorschule der Rechtsphilosophie*, dirá: el “Derecho natural”⁹.

2. LA FÓRMULA DE RADBRUCH Y LA FÓRMULA DE ALEXY

§ 4. El desmoronamiento del régimen comunista de la R. D. A. revitalizó la fórmula de Radbruch a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y de un *corpus* doctrinal integrado, entre otros, por Robert Alexy¹⁰. La trascendencia de la fórmula de Radbruch en el pensamiento del profesor de Kiel estriba 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. Alexy no se ha limitado a recuperar 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.

Carsten Bäcker recordaba que la fórmula de Radbruch se articula en dos partes o subfórmulas¹¹: 1) la *fórmula de la intolerabilidad*, que atiende a la medida “insostenible” 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, Alexy diferencia dos aspectos en la fórmula de la intolerancia: (1.1) uno relativo a la ponderación y (1.2.) otro referido al umbral¹².

⁸ Cfr. Radbruch, G.; *Vorschule...*, cit., p. 226; “Fünf Minuten...”, cit., pp. 78-79; “Erneuerung des Rechts”, cit., p. 80.

⁹ Radbruch, G.; *Vorschule...*, cit., p. 227.

¹⁰ Cfr. Alexy, R.; “Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, moral y punibilidad” (1993), traducción de Eduardo Roberto Soderó, en Vigo, R. L. (comp.); *La injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 167-195; “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín” (1997), traducción de A. Daniel Oliver Lalana, en Vigo, R. L. (comp.); *La injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*, cit., pp. 197-225.

¹¹ Cfr. Bäcker, C.; “Ley y justicia en conflicto...”, cit., apartado A.

¹² Cfr. Alexy, R.; “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, traducción de José Antonio Seoane, en Vigo, R. L. (comp.); *La injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*, cit., pp. 227-251, p. 228.

Surge así una versión resumida y actualizada de la fórmula de Radbruch, que Alexy ajusta a su terminología y su concepción del Derecho:

“Las normas promulgadas autoritativamente conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”¹³.

Y aun una versión más breve y rotunda, que es la que acuña de forma definitiva:

“La extrema injusticia no es Derecho”¹⁴ (*extremes Unrecht ist kein Recht*).

§ 5. Para Alexy todo concepto de Derecho deriva de la interpretación y ponderación de tres elementos: 1) promulgación autoritativa o legalidad conforme al ordenamiento; 2) eficacia social; y 3) corrección material¹⁵. Según el significado y la importancia otorgados a cada uno de ellos 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. 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 solo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico. Tal teoría es la teoría del discurso del Estado democrático constitucional.

§ 6. El concepto de Derecho de Alexy es un ejemplo de concepto no positivista de Derecho¹⁶. Comparte los dos primeros elementos con los conceptos positivistas, siendo la inclusión del tercero la que fija el umbral del no positivismo. El criterio de corrección material es, en buena medida, el resultado de incorporar una versión actualizada de la fórmula de Radbruch al concepto de Derecho, en forma del argumento de la injusticia¹⁷. Al excluir determinados

¹³ Alexy, R.; “Una defensa...”, cit. p. 228.

¹⁴ Alexy, R.; “Una defensa...”, cit., p. 228.

¹⁵ Cfr. por todos *El concepto y la validez del derecho* (1992), traducción de Jorge M. Seña, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, cit., pp. 11-130.

¹⁶ Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., *passim*.

¹⁷ Cfr. R. Alexy, “Una defensa...”, cit., pp. 229.

contenidos del Derecho -los extremadamente injustos- a través de la fórmula de Radbruch se fija un límite extraordinario o exigencia de corrección material mínima para la definición del Derecho y se “establece una relación necesaria entre el Derecho y la moral”¹⁸.

La fórmula no exige una coincidencia completa entre Derecho y moral; permite la validez de cierto Derecho injusto, negándosela únicamente al Derecho injustísimo, extremadamente injusto¹⁹. 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 *cualificante*: 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 Derecho²⁰. 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”²¹.

La exigencia mínima de corrección material son los derechos humanos básicos, un núcleo de derechos humanos fundamentales válidos para todo tiempo y lugar²². Así, 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 fundamentales²³, cuya garantía no puede dejarse en manos de la simple mayoría, pues representan la exigencia fundamental en relación con el contenido del sistema jurídico en un Estado democrático constitucional y

¹⁸ R. Alexy, “Una defensa...”, cit., p. 235.

¹⁹ Cfr. R. Alexy, “Una defensa...”, cit., pp. 229-230 y 236-237.

²⁰ Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 32, 83; “Una defensa...”, cit., p. 237.

²¹ R. Alexy, “Una defensa...”, cit., p. 239.

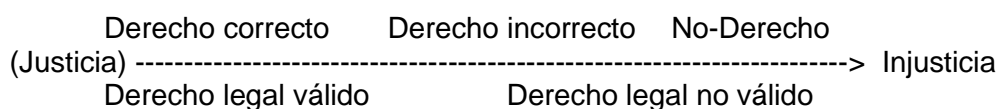
²² Cfr. Alexy, R.; “Derecho, discurso y tiempo” (1995), traducción de José Antonio Seoane y Pablo Rodríguez, en *La institucionalización de la justicia*, segunda edición, Granada, Comares, 2010, pp. 61-77, pp. 66-67.

²³ Cfr. Alexy, R.; “Derecho, discurso y tiempo”, cit., pp. 66-68.

están en estrecha relación con la exigencia estructural: la democracia (deliberativa)²⁴.

3. LA FÓRMULA DE RADBRUCH SEGÚN CARSTEN BÄCKER

§ 7. La fórmula de Radbruch establece una relación directa entre el Derecho y la validez del Derecho positivo con la justicia que otorga prioridad a la seguridad jurídica en los casos ordinarios, condicionada al mantenimiento de un grado mínimo de justicia material. Bäcker afirma que esta relación entre Derecho y validez se da en dos niveles, visibles al representar la fórmula de Radbruch en torno al eje de la justicia²⁵:



Por encima del eje de la justicia está el nivel del concepto de Derecho, según el cual el Derecho positivo, en razón de la coincidencia de su contenido con la justicia, puede tener tres manifestaciones: Derecho correcto (*richtiges Recht*), Derecho incorrecto (*unrichtiges Recht*) o no-Derecho (*nicht-Recht*). El caso más interesante es el intermedio, el Derecho incorrecto, que presenta dos significados distintos al ser analizado desde el nivel inferior, el nivel de la validez. Afirma Bäcker que el Derecho incorrecto puede tanto mantener su validez pese al contenido injusto –según la fórmula de la negación– como ceder ante la justicia en tanto que Derecho de contenido intolerablemente injusto –según la fórmula de la intolerabilidad–. Esto es, proyectando el criterio de validez propio del nivel inferior habría que distinguir entre Derecho incorrecto aún válido y Derecho incorrecto ya no válido.

En suma, la fórmula de Radbruch se ocupa tanto del concepto de Derecho como de la validez jurídica, y Bäcker subraya la importancia de diferenciar dos tipos de relaciones entre el Derecho y la justicia: la relación conceptual y la

²⁴ Alexy ha insistido en los tres principios iusfundamentales rectores: la dignidad, la libertad y la igualdad, y en los tres principios constitucionales rectores de fines y estructura: el Estado de Derecho, la democracia y el Estado social. Cfr. Alexy, R.; “Sistema jurídico y razón práctica”, cit., p. 173.

²⁵ Cfr. Bäcker, C.; “Ley y justicia en conflicto...”, cit. apartado A.

relación de validez. Para Radbruch la injusticia premeditada como no-Derecho, según la fórmula de la negación, no puede identificarse con el Derecho incorrecto que debe ceder ante la justicia a causa de su injusticia. En cualquier caso, la fórmula de Radbruch tiene una consecuencia evidente para la cuestión del positivismo: las normas jurídicas positivas pueden ser privadas de su validez y su carácter jurídicos a causa de la injusticia de sus contenidos.

§ 8. La aplicación de la fórmula de Radbruch y la determinación *ad casum* de las leyes materialmente injustas corresponde a los tribunales, de ahí que Bäcker examine la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y concluya que el Alto Tribunal parece partidario de concebirla como una medida suprapositiva.

Al analizar la interdicción de la retroactividad desde la perspectiva de los criterios de validez en la sentencia de los tiradores del Muro el Tribunal establece que la causa de justificación sería ineficaz al implicar una agresión intolerable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos basados en el Derecho internacional, y que por ello “el Derecho positivo ha de ceder ante la justicia”²⁶. A diferencia de los criterios indeterminados de la fórmula de Radbruch, los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ofrecen criterios concretos para determinar, dentro del margen de discrecionalidad ofrecido por la Ley Fundamental, cuándo el Estado conculca los derechos humanos.

El Tribunal Constitucional Federal adopta una posición peculiar y contradictoria sobre el positivismo jurídico: por un lado subraya su adhesión a la fórmula de Radbruch, y por otro concreta el criterio de la justicia material refiriéndose a los derechos humanos. En la medida en que el Tribunal no recurre al Derecho internacional de los derechos humanos únicamente para afianzar la validez jurídica de los derechos humanos, sino para obtener criterios concretos que eviten la indeterminación de la fórmula de Radbruch, se deduce que el Tribunal Constitucional Federal los considera como derechos humanos positivizados y no meros derechos morales²⁷.

²⁶ Bundesverfassungsgericht 95, 96 – Mauerschützen. BVerfGE 95, 96, 135.

²⁷ Cfr. Bäcker, C.; Recht, Sprache und Kultur, págs. 264-269.

Como sostiene Bäcker, este criterio de los derechos humanos no es necesariamente suprapositivo. El Tribunal Constitucional Federal habla explícitamente de derechos humanos protegidos por el Derecho internacional. Por tanto, en la medida en que se trata de Derecho positivo, tal criterio alude más bien a un Derecho supranacional, y no a un Derecho suprapositivo. El corolario es que el Tribunal Constitucional Federal alemán, a pesar de recurrir a la fórmula de Radbruch e invocar un Derecho suprapositivo, no concedió –ni necesitaría conceder– prioridad a la justicia (suprapositiva) frente a la ley, sino a los derechos humanos garantizados por el Derecho internacional frente al Derecho nacional.

4. VALORACIÓN CRÍTICA

§ 9. La salud del Derecho rehúye los excesos. Así se deduce del aforismo de Lichtenberg que encabeza estas páginas y en eso consiste la amonestación de la fórmula de Radbruch: todo exceso injusto conduce no solo a un Derecho enfermo o con mala salud sino a la pérdida del carácter jurídico. Pero, ¿qué significado o relevancia puede tener hoy la fórmula de Radbruch?

4.1. *Gustav Radbruch*

§ 10. Al ocuparse de las relaciones entre el concepto y la idea de Derecho y de las tensiones entre los tres elementos de ésta, Radbruch afirma: “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”²⁸. Con mayor claridad: “El Derecho puede ser injusto (*‘summum ius-summa iniuria’*), pero es Derecho sólo porque tiene el sentido de ser justo”²⁹. Esto es, la idea de Derecho puede ser imperfectamente realizada por el Derecho realmente existente. 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 no³⁰. Pero será en esta etapa postrera, acuñada su fórmula de la

²⁸ Radbruch, R.; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 259.

²⁹ Radbruch, R.; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 227.

³⁰ Cfr. Radbruch, R.; *Vorschule...*, cit., p. 151.

injusticia extrema o insoportable, cuando Radbruch dé un paso más con repercusiones en la naturaleza jurídica de las leyes con tal grado de injusticia que acaban perdiendo su condición de jurídicas.

§ 11. A la luz de la relación radbruchiana entre concepto e idea de Derecho y de los dos niveles señalados por Bäcker para analizar su fórmula la posición de Gustav Radbruch podría resumirse así:

1. En el nivel conceptual el Derecho correcto tiene un mínimo de contenido de justicia y satisface las exigencias de la seguridad jurídica y de la adecuación a fin; como tal, en el nivel de la validez, es un Derecho legal válido.
2. La norma injusta, pero no excesivamente injusta, realiza de modo imperfecto la idea de Derecho. En el nivel conceptual es Derecho incorrecto, pero conserva validez jurídica: es Derecho legal válido en el nivel de la validez.
3. La norma insoportablemente injusta (fórmula de la intolerabilidad), donde la ley positiva cede ante la justicia como Derecho incorrecto, sigue siendo Derecho, aunque Derecho incorrecto –e injusto– en el nivel conceptual, y carece de validez: en el nivel de la validez es Derecho legal no válido.
4. La negación consciente de la justicia (fórmula de la negación) implica que la ley no es solo Derecho injusto sino que carece totalmente de naturaleza jurídica. En el nivel conceptual no es siquiera Derecho incorrecto, sino no-Derecho. En el nivel de la validez habría que hablar con cierta perplejidad – en la medida en que la norma no tendría carácter jurídico desde la perspectiva conceptual pero debería ser analizada por los órganos de adjudicación– de Derecho legalmente no válido.

4.2. Robert Alexy

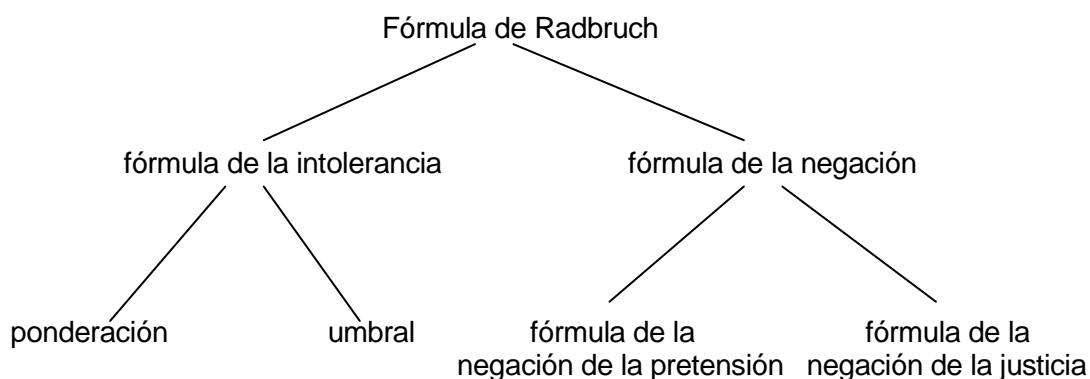
§ 12. Robert Alexy ha constitucionalizado la fórmula de Radbruch; esto es, ha desarrollado su significado en los Estados constitucionales de Derecho, conectando la dimensión jurídica con la forma política del constitucionalismo democrático o discursivo, cuyos elementos principales son la democracia y los derechos constitucionales³¹. Además, apoyándose en ella ha desarrollado su

³¹ Cfr. Alexy, R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático” (1998), traducción de María Cecilia Añaños Meza, *Derechos y Libertades*, 8, 2000, pp. 21-41; “The dual nature of law”, *Ratio Juris*, 23/2, 2010, pp. 167-182, 177 ss.

concepción del Derecho, el no-positivismo incluyente³², si bien la relación entre la fórmula de Radbruch y otros elementos de su teoría podría conducir, paradójicamente, a otras posiciones o concepciones no positivistas.

El inciso inicial de la fórmula de la negación (“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 solo ‘Derecho injusto’ sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”) remite a una conexión clasificante, según la cual carecerían de naturaleza jurídica aquellas normas que niegan conscientemente la justicia, y también –he aquí lo relevante- aquéllas que ni siquiera pretenden la justicia; en otras palabras, las normas que no formulan una pretensión de corrección o de justicia, que es la pretensión de corrección propia del plano jurídico³³.

Cabría, por tanto, diferenciar a su vez, dos subfórmulas dentro de la fórmula de la negación: 2.1) la *fórmula de la negación de la pretensión* o *fórmula de la no pretensión* y 2.2) la *fórmula de la negación de la justicia* o *fórmula de la negación “stricto sensu”*. Por tanto, la fórmula de Radbruch inserta en la concepción alexyana quedaría articulada así:



Para Alexy la fórmula de Radbruch no definiría únicamente el núcleo del argumento de la injusticia, sino también la pretensión de corrección, o argumento de la corrección, tesis central de su concepto no positivista de Derecho y sustento de la conexión conceptual entre Derecho y moral. En

³² Cfr. Alexy, R.; “El no positivismo incluyente”, traducción de María Claudia Quimbayo Duarte, *Doxa*, 36, 2013, pp. 15-23.

³³ Cfr. Alexy, R.; “Derecho y corrección” (2000), traducción de José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó, en Alexy, R.; *La institucionalización de la justicia*, cit., pp. 27-47.

relación con las normas individuales, la pretensión de corrección solo da lugar a una conexión cualificante, y por ello la fórmula de Radbruch no originaría sólo una conexión clasificante sino también, a través de la pretensión de corrección –de justicia– de las normas jurídicas, una conexión cualificante. Y ambas se relacionan de manera diversa con la moral³⁴.

§ 13. La defensa alexyana de la fórmula de Radbruch plantea dificultades en la medida en que la conexión clasificante priva de relevancia a los elementos institucionales en la configuración de lo jurídico. Supera al positivismo al introducir un elemento de corrección material y admitir la conexión necesaria entre Derecho y moral. Sin embargo, en los casos excepcionales de extrema injusticia minora tanto el papel de los elementos institucionales o reales que el Derecho quedaría reducido a corrección material. A pesar de considerar su teoría como una forma de no-positivismo incluyente³⁵ habría que afirmar que en los casos de injusticia extrema, sin mayores precisiones y en particular respecto de la fórmula de la negación, se comportaría como un no positivismo excluyente.

Así, según la teoría jurídica de Alexy y los dos niveles de análisis de la fórmula de Radbruch apuntados por Bäcker, la defensa alexyana de la fórmula de Radbruch presenta estos rasgos:

1. La ley justa, que satisface la corrección material además de la promulgación autoritativa y la eficacia social, es Derecho correcto –en el nivel conceptual– y legalmente válido –en el nivel de la validez–.
2. La ley injusta conserva su carácter jurídico y es Derecho legalmente válido –en el nivel de la validez–, aunque en el nivel conceptual debe calificarse Derecho incorrecto. Es un ejemplo de conexión cualificante.
3. La ley injustísima o extremadamente injusta carece de carácter jurídico: “la extrema injusticia no es Derecho”. Es ejemplo de conexión clasificante entre Derecho y moral.
4. La conexión clasificante equivaldría a la anulación práctica de la dimensión institucional o real (legalidad y eficacia) en la determinación de lo jurídico,

³⁴ Cfr. Alexy, R.; *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 83-84.

³⁵ Cfr. Alexy, R.; “Law, morality, and the existence of human rights”, *Ratio Juris*, 25/1, 2012, pp. 2-14, 6-8; Alexy, R.; “El no positivismo incluyente”, cit., p. 18.

- únicamente definido mediante la corrección material. En este sentido el no positivismo de Alexy se aleja del positivismo de tal manera que en los casos de leyes extremadamente injustas actuaría como no positivismo excluyente.
5. La articulación de la fórmula de Radbruch en dos (sub)fórmulas y la división ulterior sugerida de la segunda subfórmula de la negación plantean problemas adicionales a la distinción entre conexiones clasificantes y cualificantes en relación con normas individuales.

4.3. Carsten Bäcker

§ 14. Carsten Bäcker da un paso más e interpreta la fórmula de Radbruch y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán a la luz de los dos factores de transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos más relevantes: la constitucionalización y la superación del marco del Estado. Este último adopta aquí forma de internacionalización y cobra especial importancia para comprender su argumentación y su coherente balance de la labor jurisprudencial: no se trata de Derecho supralegal sino de Derecho supranacional.

§ 15. En el nivel del concepto de Derecho está justificado el interés que otorga Bäcker al Derecho incorrecto, pero no la falta de atención al no-Derecho, cuyo papel en la subfórmula de la negación de la fórmula de Radbruch no puede ser pasado por alto. Como ya hemos comprobado, el Derecho incorrecto satisface los criterios institucionales: ha sido promulgado autoritativamente y tiene cierta eficacia social; en cambio, presenta defectos en relación con el tercer elemento, la corrección material o la justicia: si es meramente injusto conserva su validez (Derecho legalmente válido); si es injustísimo, es Derecho legal no válido.

¿Qué funciona desempeña el no-Derecho? Bäcker lo incluye en el nivel conceptual a partir de la mayor o menor coincidencia con la justicia, eje de su división, y así aparece también en la fórmula de Radbruch. No obstante, desde su planteamiento, basado en la aplicación del Derecho por los órganos de adjudicación, parece difícil ubicarlo como categoría autónoma, y algo semejante sucedería desde un planteamiento que analizase la labor del legislador. Veámoslo.

El no-Derecho se relaciona con la fórmula de la negación, que se rige según un criterio de umbral: es exigible un mínimo de corrección material para tener carácter jurídico, y éste no se alcanza cuando ni siquiera se pretende la justicia o cuando se niega conscientemente la igualdad. Si este mínimo no se cumpliera en la fase legislativa, la norma no llegaría a existir o a ser promulgada, por lo que carecería de sentido juzgar su carácter jurídico. En cambio, si llega a ser promulgada legislativamente, corresponderá a los órganos de adjudicación determinar su validez: hablarán entonces de Derecho legal no válido, y solo entonces podrá llegar a ser calificado como no-Derecho (en función de la fórmula de la negación), pero tal calificación será una consecuencia posterior a decretarlo Derecho legal incorrecto no válido. En otras palabras, funciona como cualquier otro Derecho incorrecto, si bien en el caso de injusticia extrema puede equipararse al no-Derecho tras el juicio de validez como pertenencia.

Por otra parte, cabría imaginar otras formas de no-Derecho, aunque no dependerían de su relación con la justicia, eje divisor de Bäckér. Una sería parecida al caso anterior, es decir, en rigor un supuesto de Derecho legal incorrecto no válido, aunque en este caso por deficiencias en sus rasgos institucionales, en concreto la legalidad o promulgación autoritativa (el defecto en la eficacia social conduciría antes a la ineficacia o a la *desuetudo* que a la no validez, entendida como existencia): una norma promulgada por un órgano no competente o mediante un procedimiento inadecuado carecería de validez jurídica aunque su contenido fuese materialmente correcto o justo. Este caso no estaría, pues, vinculado a un eje de justicia sino a otro elemento del concepto de Derecho y de la validez, aun cuando podría ubicarse en el nivel superior del concepto de Derecho. Una segunda forma de no-Derecho sí estaría vinculada a la corrección material, pero se referiría a contenidos ajenos al Derecho pertenecientes a otras esferas normativas: e.g. la compasión o la caridad en el caso de la ética o la religión.

4.4. Dos apuntes finales

§ 16. En 1946 Radbruch hablaba de Derecho supralegal porque aún vivía en el modelo legalista, en el que apenas asoman los derechos fundamentales –luego elemento nuclear del constitucionalismo– y en el que los derechos humanos

con validez universal comparecían como normas programáticas o de *soft law*, con relevancia interpretativa y únicamente de aplicabilidad o normatividad indirecta a través de la recepción de los órganos de adjudicación. Radbruch carecía de herramientas metodológicas para explicarlo de otro modo.

En cambio, Robert Alexy y Carsten Bäcker procuran una traducción de lo que pretendía Radbruch con su fórmula. Alexy desarrolla el modelo del constitucionalismo y muestra la omnipresencia de los derechos y la Constitución, la primacía de ésta frente a la ley o la consideración de los órganos de adjudicación, en particular los tribunales constitucionales, como órganos primarios³⁶. Bäcker amplía el ámbito territorial de acción a la esfera supranacional, donde los derechos humanos y la democracia sirven de zona común o de intersección.

§ 17. Para actualizar a Radbruch añadiría otro argumento relacionado con la noción de positividad. Los comentaristas de la fórmula suelen concebir y referirse a la positividad de modo objetivista, como si el Derecho fuese algo “dado”. En cambio, la positividad puede ser concebida de modo relacional, tomando en consideración el carácter procesual de la argumentación y el razonamiento jurídicos. El Derecho no es un producto objetivable sino una actividad o práctica social interpretativa³⁷, argumentativa o discursiva que, como sucede con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán aquí comentada, configura su identidad³⁸. Queda descartado así el criterio positivista del origen y puede ser explicado, por ejemplo, el reconocimiento autoritativo de los derechos humanos. En esta sede no sería necesario acudir a un Derecho suprapositivo porque la invocación y utilización de los derechos humanos por parte de los órganos de adjudicación positivizaría dichas

³⁶ Cfr. Raz, J.; *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1980²) traducción (de la segunda edición) de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986, pp. 229-236; “La naturaleza institucional del Derecho” (1974), en *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, pp. 135-155, 138-143; *Razón práctica y normas* (1990²), traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 152-157.

³⁷ Cfr. Viola, F.; Zaccaria, G.; *Diritto e interpretazione. Lienamenti di teoría ermeneutica del diritto*, terza edizione, Roma, Laterza, 2001, p. 87.

³⁸ Cfr. Viola, F.; “Tre forma di positività del diritto”, en Zaccaria, G. (a cura di); *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 301 ss.; Zaccaria, G.; “Sul concetto di positività del diritto”, en Zaccaria, G. (a cura di); *Diritto positivo e positività del diritto*, cit., pp. 329 ss.

disposiciones y las convertiría en criterios jurídicos positivos y aplicables, admisibles tanto en concepciones no positivistas como positivistas.