

# LA DIMENSIÓN IDEAL DEL DERECHO\*

## The ideal dimension of Law

---

**Dr. Robert ALEXY\*\***

Catedrático de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho  
Universidad Christian-Albrechts de Kiel (Alemania)  
alex@law.uni-kiel.de

### **Resumen**

La tesis de que el Derecho tiene una dimensión ideal se basa esencialmente en el argumento de que el Derecho plantea necesariamente una pretensión de corrección, que incluye una pretensión de corrección moral. John FINNIS ha impugnado la necesidad de esta conexión entre el Derecho y una pretensión con contenido moral. Una implicación de la pretensión de corrección es la fórmula Radbruch, según la cual la injusticia extrema no es ley. FINNIS también critica esta fórmula. En este artículo se presentan argumentos contra los dos puntos críticos de FINNIS. A continuación, se elabora un sistema de la institucionalización de la razón, que comprende no solo la fórmula de Radbruch, sino también la tesis del caso especial, los derechos humanos, la democracia y la teoría de los principios.

**Palabras claves:** John Finnis; dimensión ideal; necesidad de la pretensión de corrección; contenido moral; fórmula de Radbruch.

### **Abstract**

The thesis that law has an ideal dimension is essentially based on the argument that law necessarily raises a claim to correctness that includes a claim to moral correctness. John Finnis has contested the necessity of this connection

---

\* Traducción del profesor Francisco M. MORA-SIFUENTES (Universidad de Guanajuato, México), <https://orcid.org/0000-0002-9881-2730>. Publicado originalmente como "The Ideal Dimension of Law", en G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 314-341. Este ensayo se traduce y publica por permiso expreso del autor a Alejandro NAVA TOVAR (UAM-Azcapotzalco), quien revisó la traducción, elaboró el *Abstract* y las palabras claves.

\*\* Quiero agradecer a Stanley L. Paulson por sus sugerencias y consejos en cuestiones de estilo en inglés.

between law and a claim with moral content. One implication of the claim to correctness is the Radbruch Formula, which says that extreme injustice is no law. Finnis also criticizes this formula. In this chapter arguments against Finnis's two critical points are presented. This is further elaborated into a system of the institutionalization of reason that comprises not only the Radbruch Formula but also the special case thesis, human rights, democracy, and principles theory.

**Keywords:** Finnis; ideal dimension; necessity of the claim to correctness; moral content; Radbruch Formula

## **Sumario**

Introducción. 2. La pretensión de corrección. 3. Análisis conceptual y necesidades conceptuales. a) El argumento de la inutilidad. b) El argumento de la deficiencia. 4. La necesidad de la dimensión real del Derecho. 5. Un marco conceptual. 5.1. Corrección de primer orden y corrección de segundo orden. 5.2. Observador y participante. 5.3. Perspectivas y dimensiones. 5.4. Conexiones clasificantes y cualificantes. 6. La relación entre la dimensión real y la dimensión ideal. 6.1. La fórmula de Radbruch. 6.2. La tesis del caso especial. 6.3. Derechos humanos. 6.4. Democracia. 6.5. Teoría de los principios. **Referencias bibliográficas.**

## **1. INTRODUCCIÓN**

¿Tiene el Derecho una dimensión ideal? ¿O pueden comprenderse a cabalidad el concepto y la naturaleza del Derecho considerando solo su dimensión real? La tesis de la doble naturaleza del Derecho afirma que este posee necesariamente tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica. La dimensión fáctica se refiere al Derecho como hecho, es decir, como hechos sociales. Los hechos sociales a los que se refiere son su emisión autoritativa y la eficacia social, y cada uno de ellos nos es familiar en muchas diferentes variantes, así como en sus distintas relaciones. La emisión autoritativa y la eficacia social duradera presuponen una institucionalización de algún tipo u otro. Por esta razón, la dimensión real también puede denominarse "dimensión institucional". La dimensión ideal, en cambio, se refiere a la corrección, sobre todo, a la corrección moral. Si se afirma que los hechos sociales son los únicos que pueden determinar lo que el Derecho exige y lo que no, ello equivale a respaldar un concepto positivista del Derecho. Una vez que se añade la corrección moral como tercer elemento necesario, todo cambia de manera fundamental. Surge un concepto no-positivista del Derecho. Así pues, la tesis

de la doble naturaleza afirma que el Derecho comprende necesariamente una dimensión real y otra ideal, e implica el no-positivismo.

## 2. LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

El punto arquimédico de la tesis de que el Derecho tiene necesariamente una dimensión ideal es el argumento de la corrección. El argumento de la corrección afirma que las normas y las decisiones jurídicas individuales, así como los sistemas jurídicos en su conjunto, reivindicán de forma necesaria una pretensión de corrección. La necesidad de plantear esta pretensión puede apreciarse demostrando que dicha pretensión de corrección está necesariamente implícita en el Derecho. El medio más apropiado para demostrar esa necesidad es el método de la contradicción performativa.<sup>1</sup> Un ejemplo de una contradicción performativa es el imaginario artículo primero de una Constitución, que establece:

X es una república soberana, federal e injusta.

Es muy difícil negar que, de algún modo u otro, el anterior artículo es absurdo. La idea subyacente al método de la contradicción performativa, como se aplica aquí, es explicar el absurdo como derivado de una contradicción entre lo que se pretende implícitamente al elaborar una Constitución –a saber, que es justa– y lo que explícitamente se declara –a saber, que es injusta–. Ahora bien, la justicia cuenta como un caso especial de corrección, porque la justicia no es otra cosa que la corrección de la distribución y la compensación.<sup>2</sup> Por tanto, la contradicción de nuestro ejemplo no es solo una contradicción con respecto a la dicotomía justo/injusto, sino también una contradicción con respecto a la dicotomía correcto/incorrecto. Más aún, en el ejemplo mencionado del ficticio artículo primero de una Constitución, la contradicción que de allí surge entre lo explícito y lo implícito es necesaria. Podría evitarse si se abandonara la pretensión implícita. Pero hacer esto representaría una transición de un sistema jurídico a un sistema de relaciones de poder desnudas, en otras palabras, algo que, de modo necesario, no es en absoluto un sistema jurídico.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, pp. 35-39.

<sup>2</sup> ALEXY, R., "Giustizia come Correttezza", *Ragion Pratica*, No. 9, 1997, p. 105.

<sup>3</sup> ALEXY, R., "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, No. 51, 1998, pp. 213 y 214; ALEXY, R., *The Argument...*, *cit.*, pp. 32-35.

Muchas objeciones se han planteado contra el argumento de la corrección, y se han ofrecido también numerosas respuestas.<sup>4</sup> Ese debate no se repetirá aquí a detalle. Sólo un argumento, formulado hace poco por John FINNIS contra la tesis de que la pretensión de corrección se plantea necesariamente en el Derecho –que podemos llamar la tesis necesidad–, será considerado aquí.

En el *Postscript a Natural Law and Natural Rights*, FINNIS afirma que “es posible que algunos sistemas jurídicos se abstengan de pretender ser moralmente obligatorios”:<sup>5</sup> Si uno sustituye “correcto” por “moralmente obligatorio”, esto es una clara negación de la tesis de la necesidad. En el año 2013 critiqué esta posición.<sup>6</sup> En su respuesta, FINNIS expone un “argumento competidor”<sup>7</sup> que ya había presentado en sus “Reflexiones y respuestas”<sup>8</sup>. Es el siguiente:

“Parece totalmente posible que un régimen proclame:

“Nuestro Derecho, que satisface todos los (digamos) criterios hartianos (reglas primarias que restringen la violencia, el robo y el fraude, reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, etc.), impone obligaciones jurídicas y confieren derechos subjetivos que no tienen nada que ver con derechos morales. Nuestro Derecho impone obligaciones jurídicas que no son obligaciones morales, y no tiene nada que ver con la justicia en sentido moral, etc., sino que es una estructura de poder diseñada para per-

---

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo: BULYGIN, E., “Alexy und das Richtigkeitsargument”, en A. Aarnio, S.L. Paulson, O. Weinberger, G.H. von Wright and D. Wyduckel (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*; ALEXY, R., “Bulygin’s Kritik des Richtigkeitsarguments”, en E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright y R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*; BULYGIN, E. “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”, *Ratio Juris*, No. 13, 2000; ALEXY, R. “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris*, No. 13, 2000; BULYGIN, E., “Alexy between Positivism and Non-positivism”, en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso y D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*; ALEXY, R., “Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin”, en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, y D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*.

<sup>5</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, p. 432, n.13.

<sup>6</sup> ALEXY, R., “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, *The American Journal of Jurisprudence*, No. 58, 2013, pp. 100 y 101.

<sup>7</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s ‘Ideal Dimension’”, *The American Journal of Jurisprudence*, No. 59, 2014, p. 91.

<sup>8</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 91; FINNIS, J., “Reflections and Responses”, en J. Keown and R.P. George (eds.), *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, p. 538.

seguir nuestros propósitos sectarios. Nosotros como régimen aplicaremos este Derecho sin piedad”.<sup>9</sup>

Esta proclamación utiliza dos veces la cláusula “no tiene (no tienen) nada que ver”. ¿Cómo debería entenderse? Una primera interpretación sería que el Derecho al que hace referencia la proclamación no afecta a los derechos morales ni a la justicia en sentido moral. No tendría ningún impacto si no pudiera violar los derechos morales o la justicia ni tampoco protegerlos. FINNIS relaciona la proclamación con “régimenes malvados y explotadores”,<sup>10</sup> y no cabe duda de que los régimenes malvados y explotadores pueden violar derechos morales y la justicia. Por tanto, existe un impacto negativo. Y también existe un impacto positivo. Con las palabras “normas que restrinjan la violencia, el robo y el fraude”, la proclamación se refiere a requisitos que también plantea la moralidad. Por lo tanto, la cláusula “no tiene (no tienen) nada que ver con” no puede entenderse como que el contacto entre el Derecho en cuestión y la moralidad es imposible. Por esta razón, solo es posible una segunda interpretación, en la que la cláusula afirma que el Derecho en cuestión es indiferente a la cuestión de si se violan los derechos morales o la justicia, sea cual sea su grado. Expresaría un *motto* parecido a: correcto o incorrecto, ¡“[n]uestro Derecho”!<sup>11</sup>

Esta pretendida indiferencia moral, sin embargo, no implica que no se plantee ninguna pretensión de corrección. En la proclamación “nuestro Derecho” se caracteriza como “una estructura de poder diseñada para perseguir nuestros propósitos sectarios”.<sup>12</sup> Esto se aproxima bastante al contraejemplo planteado por Joseph RAZ en su crítica al argumento de la corrección. RAZ sostiene que el argumento de la corrección “es una tesis conceptual no específicamente sobre el Derecho (aunque se aplica al Derecho), sino sobre la naturaleza de los fines, las acciones intencionales y sus derivaciones”. Con ello se dice que la pretensión de corrección no es otra cosa sino una pretensión general de adecuación relacionada con todas las acciones intencionales y sus derivaciones.<sup>13</sup> Como tal, se aplica, en contra de lo que he sostenido en *The Argument from Injustice*,

---

<sup>9</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, pp. 91 y 92.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 91.

<sup>12</sup> *Idem*, pp. 91 y 92.

<sup>13</sup> RAZ, J., “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, p. 28.

incluso a las acciones de un sistema de bandidos.<sup>14</sup> RAZ menciona “enriquecerse a sí mismo” como un posible estándar de adecuación de la acción de los bandidos.<sup>15</sup> “Enriquecerse a sí mismo” parece pertenecer a la misma categoría que “diseñado para perseguir nuestros propósitos sectarios”,<sup>16</sup> en la proclamación de FINNIS, a saber, la que maximiza la utilidad para un determinado grupo. Con esto llegamos al resultado intermedio de que “[n]uestro Derecho” plantea una pretensión de corrección que se refiere a fines sectarios o particulares como criterios de corrección.

Pero este no es el final de la historia. Puede rebatirse que los fines sectarios sean adecuados como criterios de corrección en el Derecho. El Derecho se refiere esencialmente a cuestiones de distribución y compensación. Sin embargo, como ya se ha dicho, las cuestiones de distribución y compensación correctas son cuestiones de justicia. No obstante, para los defensores de la proclamación aducida por FINNIS, a saber, el “[n]osotros como régimen”,<sup>17</sup> queda una salida. Pueden abandonar explícitamente la pretensión de corrección. Para ello podrían cambiar la caracterización de su Derecho como “una estructura de poder ordenado diseñada para perseguir nuestros fines sectarios” por “una estructura incorrecta de poder diseñado para perseguir nuestros fines sectarios”<sup>18</sup> Sin embargo, si se la ofreciera en serio y no como una broma, esto situaría la proclamación en el reino de lo absurdo, codo a codo con el ficticio primer artículo mencionado anteriormente. Sin duda, la pretensión de corrección puede infringirse, y en ninguna parte se cumple de forma total. Pero esta se plantea tan necesariamente en el Derecho como la pretensión de verdad se plantea en la ciencia.<sup>19</sup>

### 3. ANÁLISIS CONCEPTUAL Y NECESIDADES CONCEPTUALES

FINNIS conecta su argumento de que la pretensión de corrección no se plantea de forma necesaria en el Derecho con una objeción metodológica que consta

---

<sup>14</sup> ALEXY, R., *The Argument...*, *cit.*, p. 33.

<sup>15</sup> RAZ, J., “The Argument from Justice...”, *cit.*, p. 27.

<sup>16</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 92.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> ALEXY, R., “An Answer to Joseph Raz”, en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, p. 49.

de dos partes, un argumento de la inutilidad [*argument from fruitlessness*] y un argumento de la deficiencia.

### **a) El argumento de la inutilidad**

El argumento de la inutilidad se expresa de la manera siguiente:

No creo que los análisis conceptuales rindan frutos significativamente útiles en la filosofía jurídica, política y moral. En particular, las discusiones sobre lo que es conceptualmente posible o imposible, o también sobre lo que es o no es conceptualmente necesario, son virtualmente siempre inútiles.<sup>20</sup>

Esto puede confrontarse con la tesis de que la cuestión de si existe una conexión necesaria entre la dimensión real e ideal del Derecho, es decir, entre Derecho y moral, es de la mayor importancia para nuestra comprensión del Derecho. Ciertamente, la tesis de que existe una conexión necesaria entre Derecho y moral puede interpretarse de manera que no tenga mucho interés porque, así interpretada, puede aceptarse tanto por los positivistas como por los no-positivistas.<sup>21</sup> Pero cuando se transforma en una versión más precisa, en la que se afirma que existe una conexión necesaria entre la validez o la corrección jurídica, por un lado, y la corrección o incorrección moral, por el otro, queda claro que los conceptos de necesidad, imposibilidad y posibilidad son indispensables si uno desea trazar una imagen más precisa y sistemática de la relación entre el positivismo excluyente, el positivismo incluyente y el no-positivismo.<sup>22</sup>

Lo anterior puede demostrarse mediante la "triada de la necesidad".<sup>23</sup> Dentro del positivismo, la distinción entre el positivismo jurídico excluyente y el incluyente es la división más importante en lo que respecta a las relaciones entre Derecho y moral. El positivismo excluyente, defendido sobre todo por Joseph RAZ, sostiene que la moralidad está necesariamente excluida del concepto de Derecho.<sup>24</sup> Si se toma 'l' como sinónimo de 'el Derecho incluye la moralidad', el

---

<sup>20</sup> FINNIS, J., "Law as Fact and as Reason...", *cit.*, p. 90.

<sup>21</sup> RAZ, J., "About Morality and the Nature of Law", *The American Journal of Jurisprudence*, No. 48, 2003, p. 3; RAZ, J., "The Argument...", *cit.*, p. 21; ALEXY, R., "An Answer to Joseph Raz", *cit.*, pp. 43-45; ALEXY, R., "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris*, No. 21, 2008, p. 285.

<sup>22</sup> ALEXY, R., "On the Concept...", *cit.*, p. 285, n. 4.

<sup>23</sup> ALEXY, R. "Law, Morality, and the Existence of Human Rights", *Ratio Juris*, No. 25, 2012, p. 4.

<sup>24</sup> RAZ, J., *The Authority of Law*, p. 47.

positivismo excluyente puede expresarse con el operador de necesidad '□' y su negación '¬', del modo siguiente:

$$\square \neg I. \quad (1)$$

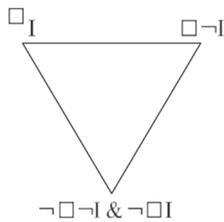
El positivismo excluyente está en una relación de contrariedad respecto al no-positivismo, el cual afirma que la moral está necesariamente incluida en el concepto de Derecho. Esto puede expresarse así:

$$\square I. \quad (2)$$

Por último, el positivismo incluyente, tal y como es defendido, por ejemplo, por Jules COLEMAN, cuenta como un rechazo tanto del positivismo como del no-positivismo. Éste dice que la moral no está necesariamente incluida ni excluida. La inclusión o exclusión de la moral es declarada una cuestión contingente o convencional, lo que la convierte en lo que de hecho el Derecho positivo establece.<sup>25</sup> Esto puede expresarse de la manera siguiente:

$$\neg \square \neg I \& \neg \square I. \quad (3)$$

Estas tres posiciones se encuentran en una relación contradictoria porque cada una de ellas excluye a las otras sin derivarse de la negación de cualquiera de las otras. Esto puede expresarse mediante una triada que agote el espacio lógico del problema del positivismo, así como la necesidad referida a la inclusión o exclusión de la moral en el concepto de Derecho:



En cuanto tal, este análisis no resuelve problema normativo alguno, pero potencia, al igual que la claridad analítica en general, el "proceso de reflexión práctica"<sup>26</sup> que FINNIS establece en cierta oposición al análisis conceptual y a la búsqueda de propiedades necesarias. Pero la cuestión no puede ser: o análisis

<sup>25</sup> COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, p. 108.

<sup>26</sup> FINNIS, J., "Law as Fact and as Reason...", *cit.*, p. 90.

conceptual o reflexión práctica; ambos tienen que estar conectados, y el grado de perfección del análisis conceptual tendrá un impacto considerable en el grado de perfección del discurso práctico o de la reflexión. Esto basta para rechazar el reproche de la inutilidad.

### **b) El argumento de la deficiencia**

La segunda objeción metodológica, el argumento de la deficiencia, comienza con la tesis siguiente:

Los argumentos conceptuales-analíticos se convierten regularmente... en una enojosa polémica entre intuiciones rivales sobre conceptos que se supone ya están plena y correctamente establecidos, y sobre escenarios más o menos imaginarios, supuestamente ilustrativos de los límites de esos conceptos establecidos.<sup>27</sup>

A este planteamiento, la vía equivocada, que se me atribuye, FINNIS responde con la vía correcta. Se enfoca:

en las cuestiones de realidad y valor que están en juego, y que realmente interesan. Mucho más fructíferas son las reflexiones y argumentaciones sobre los tipos *centrales* de caso que salen a la luz cuando se observan las principales realidades humanas y las principales formas de bienestar y privación intrínsecos del ser humano –en otras palabras, las *necesidades* característicamente humanas– y los tipos de opciones (y, por tanto, los tipos de prácticas e instituciones) que responden de forma inteligente y razonable a esas necesidades.<sup>28</sup>

En su descripción de la vía equivocada, FINNIS reprocha a los argumentos conceptuales-analíticos que parten de “intuiciones sobre conceptos que se supone ya están plena y correctamente establecidos”.<sup>29</sup> Esto no es verdad. Sin duda, los argumentos conceptuales parten de un análisis del uso real del lenguaje. El análisis del uso del lenguaje es, sin embargo, como acertadamente J.L. AUSTIN señaló, ciertamente “no la última palabra”, sino que proporciona un punto de partida para el análisis, o –como Austin dice– una “primera palabra”, una primera palabra que “en todas partes puede ser complementada y mejorada y

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*.

sustituida”.<sup>30</sup> En este sentido, la descripción que hace FINNIS de los argumentos conceptuales como si partieran de “conceptos que se supone que ya están plena y correctamente establecidos” no encaja bien. El segundo punto de FINNIS se refiere al uso de “escenarios más o menos imaginarios” como herramientas analíticas. Si el debate de orientación analítica sobre el concepto de Derecho se limitara a confrontar el uso real del lenguaje con escenarios más o menos imaginarios, sería, en efecto, un debate pobre, pero no se encuentra en él tal encasillamiento. Siempre he insistido en que las argumentaciones conceptuales deben ir unidas a argumentaciones normativas para responder cuestiones sustantivas relacionadas con el concepto y la validez del Derecho, como, por ejemplo, la cuestión de si la injusticia extrema puede ser Derecho.<sup>31</sup>

La base de este modelo de argumentación conceptual-analítica es un concepto de doble naturaleza de los conceptos. Los conceptos son, por un lado, convenciones sociales sobre el significado de las palabras, establecidas por el uso del lenguaje. Esa es su dimensión real. Pero, por otro lado, son convenciones sociales que pretenden ser correctas. Esa es su dimensión ideal. Esta dimensión ideal requiere que, para decirlo con KANT, sean “adecuados a su objeto”.<sup>32</sup> El concepto de Derecho no se refiere a uno de tipo natural –como los conceptos de agua, agujero negro y asesinato–, sino a un tipo no-natural en forma de tipo social.<sup>33</sup> El argumento de la corrección como argumento conceptual-analítico requiere que se den argumentos normativos o prácticos para establecer la adecuación del concepto de Derecho como concepto de tipo social, argumentos normativos que se basan en la idea de hacer lo mejor de esta práctica social a la luz de sus funciones o tareas.<sup>34</sup> Estos argumentos incluyen “las cuestiones de realidad y valor que están en juego”, así como las “necesidades humanas” que FINNIS echa en falta en mi planteamiento.<sup>35</sup>

FINNIS añade el argumento de que mi concepción de una “formación de conceptos conveniente o adecuada [*zweckmäßige oder adäquate*] que esté

---

<sup>30</sup> AUSTIN, J.L., “A Plea for Excuses”, en J.L. Austin, *Philosophical Papers*, p. 185.

<sup>31</sup> ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, *cit.*, pp. 20-23, 40, 42-43, 62.

<sup>32</sup> KANT, I., *Critique of Pure Reason*, p. 756.

<sup>33</sup> ALEXY, R., “On the Concept...”, *cit.*, p. 284.

<sup>34</sup> ALEXY, R., “The Nature of Arguments about the Nature of Law”, en L.H. Meyer, S.L. Paulson, and T.W. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, p. 7.

<sup>35</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 93.

justificada por argumentos normativos” es que no se refiere tanto a la necesidad moral del Derecho y a las consiguientes características esenciales o centrales del Derecho, sino más bien a si es conveniente o no adoptar una línea divisoria entre lo jurídicamente válido o inválido por referencia a la injusticia o, al menos, a la justicia extrema o intolerable.<sup>36</sup>

Esto suena como si mi teoría del Derecho se concentrase solo o principalmente en una única tesis, una tesis que FINNIS califica de “teorema subordinado”, a saber, la fórmula de Radbruch que, en su forma más abreviada, afirma que la injusticia extrema no es Derecho.<sup>37</sup> No cabe duda de que la fórmula de Radbruch es una piedra de toque importante en lo que respecta a la cuestión de si una teoría del Derecho es una teoría positivista o no-positivista. Pero no es en absoluto el único elemento de la dimensión ideal del Derecho. Se trata de “una situación excepcional, la de una ley que es injusta en extremo”.<sup>38</sup> No solo en Derecho las situaciones extremas ofrecen la posibilidad de adquirir conocimientos que no se obtienen de las situaciones normales. ¿Qué sería de la física sin las situaciones extremas? Pero no solo me refiero a situaciones extremas. En *The Argument from Injustice* procedo a mi análisis de la perspectiva del participante en tres pasos. Empiezo con el argumento de la corrección, que es la base de los demás argumentos.<sup>39</sup> Luego continúo con el argumento de la injusticia, que se centra, de hecho, en el argumento de la situación excepcional de la injusticia extrema.<sup>40</sup> Finalmente, elaboro el argumento de los principios, que se refiere la “dimensión ideal” en la “la vida cotidiana del Derecho”.<sup>41</sup> Aquí, el argumento central gira en torno a las conexiones entre la pretensión de corrección, los principios y la argumentación jurídica.

#### 4. LA NECESIDAD DE LA DIMENSIÓN REAL DEL DERECHO

Un análisis más profundo de la dimensión ideal del Derecho presupone un análisis de la dimensión real. Aquí, de nuevo, el concepto de necesidad es nuclear.

---

<sup>36</sup> ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, cit., p. 40; FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, cit., p. 90, n. 22.

<sup>37</sup> FINNIS, J., *Natural Law...*, cit., p. 351; Alexy, R., “A Defence of Radbruch’s Formula”, in M.D.A. Freeman (ed.), *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, p. 428.

<sup>38</sup> ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, cit., p. 68.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 35-39.

<sup>40</sup> *Idem* pp. 40-68.

<sup>41</sup> *Idem*, pp. 68-81.

El punto de partida es la idea de idealidad pura. Un sistema puramente ideal de razones para la acción sería un sistema basado únicamente en la reflexión moral y prudencial, el discurso práctico racional y el acatamiento espontáneo de los resultados de la reflexión y el discurso simplemente debido a su corrección. Tal sistema sería deficiente por tres razones.<sup>42</sup> La primera es el problema del conocimiento práctico.<sup>43</sup> Existen muchas cuestiones prácticas en las que no se puede llegar a un acuerdo, ni siquiera entre personas razonables. Esto hace que sean necesarios procedimientos regulados jurídicamente, procedimientos que garanticen la adopción de una decisión que determine cuál es el Derecho en los casos concretos. Esto implica la necesidad de la emisión autoritativa como hecho social. Si todo el mundo pudiera violar las normas emitidas autoritativamente sin ningún riesgo, las normas perderían su eficacia social. Por lo tanto, su cumplimiento es necesario. Esta necesidad incluye la coerción, incorporándola al concepto de Derecho junto con la corrección.<sup>44</sup> La determinación y aplicación se completan con una tercera razón. Numerosas necesidades y finalidades no pueden satisfacerse únicamente por medio de la acción espontánea. La organización es necesaria y la organización presupone el Derecho. Por estas tres razones, la deficiencia de la dimensión ideal, si se concibe como un sistema puramente ideal de razones para la acción, conduce a la necesidad del Derecho positivo, esto es, a la necesidad de la dimensión real. Esta necesidad, sin embargo, no proviene del Derecho positivo; proviene de una exigencia moral de evitar los costes de la anarquía y la guerra civil, y de conseguir las ventajas de la coordinación y la cooperación social.

## 5. UN MARCO CONCEPTUAL

### 5.1. CORRECCIÓN DE PRIMER ORDEN Y CORRECCIÓN DE SEGUNDO ORDEN

Uno podría asumir que la necesidad de positividad implica el positivismo. Esto, sin embargo, sería incompatible con la pretensión de corrección. Sin duda, la necesidad moral de la positividad implica la corrección de la positividad. No obstante, la corrección de la positividad no implica en modo alguno que deba entenderse la positividad como teniendo un carácter exclusivo. Conceder a la positividad un carácter exclusivo sería no tener en cuenta el hecho de que la pretensión de corrección sustantiva –sobre todo, la preten-

---

<sup>42</sup> ALEXY, R., "The Nature of Arguments...", *cit.*, p. 8.

<sup>43</sup> ALEXY, R., "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, No. 23, 2010, pp. 172 y 173.

<sup>44</sup> ALEXY, R., "The Nature of Arguments...", *cit.*, pp. 6-9.

sión de justicia— no desaparece una vez que el Derecho se institucionaliza. Permanece viva, está detrás y se encuentra en el Derecho mismo y la tarea principal de la teoría de la dimensión ideal del Derecho es explicitar ese hecho. Para lograrlo, hay que distinguir dos estadios o niveles de corrección: la corrección de primer orden y la corrección de segundo orden. La corrección de primer orden hace referencia únicamente a la dimensión ideal. Se refiere a la justicia como tal. La corrección de segundo orden es más comprehensiva; hace referencia tanto a la dimensión ideal como a la real. Esto significa que se refiere tanto a la justicia como a la seguridad jurídica. Sin embargo, la seguridad jurídica solo puede alcanzarse mediante la positividad, es decir, mediante la determinación, la aplicación forzosa y la organización. De este modo, la pretensión de corrección, como pretensión de segundo orden, conecta necesariamente tanto con el principio de justicia como con el principio de seguridad jurídica con el Derecho.

El principio de seguridad jurídica es un principio formal; requiere compromiso con lo que ha sido expedido de forma autoritativa y es socialmente eficaz. El principio de justicia es, ante todo, un principio material o sustantivo; requiere que la decisión sea moralmente correcta. Ambos principios, como los principios en general, pueden colisionar, y a menudo lo hacen.<sup>45</sup> Ninguno de ellos puede suplantar nunca al otro por completo, es decir, en todos los casos. La doble naturaleza del Derecho exige, por el contrario, que se consideren en la proporción correcta entre sí; por tanto, la corrección de segundo orden es una cuestión de ponderación. Esto demuestra que la ponderación tiene que desempeñar un papel no solo en la creación y aplicación del Derecho, esto es, en la práctica jurídica, sino también en los fundamentos del Derecho mismo. Forma parte de la naturaleza del Derecho.

La distinción entre corrección de primer orden y corrección de segundo orden es necesaria a fin de determinar la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal, pero, por sí sola, no es suficiente para lograrlo. Para determinar la relación entre ambas, la distinción debe conectarse con otras tres: en primer lugar, la distinción entre la perspectiva del observador y la del participante; en segundo lugar, la distinción entre perspectivas y dimensiones; y, en tercer lugar, la distinción entre conexiones clasificantes y cualificantes.

---

<sup>45</sup> ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 44-110.

## 5.2. OBSERVADOR Y PARTICIPANTE

La diferencia entre la perspectiva del observador y la del participante es la siguiente: el observador formula preguntas y aduce argumentos en favor de una posición que refleja cómo se deciden de hecho las cuestiones jurídicas en ese sistema jurídico, mientras que el participante formula preguntas y aduce argumentos en favor de lo que considera la respuesta correcta a una cuestión jurídica en el sistema jurídico en el que se encuentra. La perspectiva del observador se define por la pregunta “¿cómo se toman las decisiones jurídicas realmente?”, la del participante por la pregunta “¿cuál es la respuesta jurídica correcta?”.

Esas dos preguntas requieren distintos tipos de argumentación. El observador está confinado a argumentos basados en hechos, mientras que el participante, digamos, un juez, tiene que aducir, además de argumentos basados en hechos, argumentos normativos que no están basados en hechos. Esto se aplica a todos los casos que, debido a la “*textura abierta*” del Derecho, no pueden resolverse únicamente sobre la base de argumentos basados en hechos.<sup>46</sup> Estos argumentos normativos pueden clasificarse como argumentos morales sobre cómo debe ser el Derecho. Lo anterior no quiere decir, por supuesto, que las consideraciones de un observador:

no pueden incluir consideraciones sobre lo que los participantes a los que observa piensan que debería ser el Derecho. Estas consideraciones sobre lo que las personas piensan que debería ser el Derecho podrían denominarse consideraciones “indirectas” o “en tercera persona”, en contraste con las consideraciones directas o “en primera persona” del participante.<sup>47</sup>

FINNIS ha caracterizado esta concepción del punto de vista del observador, tan “incluyente” que se aproxima a la tesis de HART de que el método positivista permite ver y “comprender todo lo que el Derecho es en realidad: toda la ‘dimensión real’ del Derecho, incluida la perspectiva del participante”<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> HART, H.L.A., *The Concept of Law*, p. 128.

<sup>47</sup> ALEXY, R., “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, *The American Journal of Jurisprudence*, No. 58, 2013, pp. 103 y 104.

<sup>48</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 89.

Así, argumenta FINNIS, el positivista tiene la posibilidad de declarar superflua la perspectiva del participante, distinguida de la perspectiva del observador a través de su relación específica con la dimensión ideal, donde la perspectiva del participante implica una conexión necesaria entre Derecho y moral. Pero esto no es cierto. Existe una diferencia fundamental entre las consideraciones indirectas o en tercera persona de un observador sobre los participantes y las consideraciones directas o en primera persona del propio participante. Pongamos un ejemplo. Consideremos un tribunal que tiene que decidir un caso sobre el que solo existe un precedente. El precedente incluye un voto discrepante y los jueces discuten si, en su nueva decisión, deben seguir al discrepante en el caso anterior. Para decidir esto tienen que responder a la pregunta de si es correcta la opinión de la mayoría anterior o la del juez disidente. Esta respuesta requiere de argumentos normativos dirigidos a la cuestión de la decisión jurídica correcta. La posición de un observador es completamente diferente. Si es un maestro en su oficio, puede explicar sin fallos la decisión anterior y, con la misma perfección, puede predecir la nueva. Pero no puede decir cuál será ahora la decisión correcta sin pasar de la perspectiva del observador a la del participante. Esto implica que, en primer lugar, es necesario distinguir la perspectiva del observador de la perspectiva del participante y, en segundo lugar, que es necesario conectar la perspectiva del participante con la dimensión ideal.<sup>49</sup>

### 5.3. PERSPECTIVAS Y DIMENSIONES

FINNIS ha calificado las ideas de la doble naturaleza y la doble dimensión como "elusivas".<sup>50</sup> Abordar cuestiones como la fórmula de Radbruch "en términos de las dimensiones 'real' e 'ideal' del Derecho" resulta "inútil".<sup>51</sup> Mi concentración en la distinción entre la perspectiva del observador y la del participante en *The Argument from Injustice*, continúa FINNIS, era "más clara".<sup>52</sup> Ahora las ideas de una dimensión real y una dimensión ideal, ya presentes en *The Argument*

---

<sup>49</sup> Hay una excepción que conecta incluso la perspectiva del observador con la dimensión ideal. Se trata de la pretensión de corrección. Un sistema de normas sociales que no plantee una pretensión de corrección no es un sistema jurídico. Esta verdad conceptual concierne, en primer lugar, a la dimensión ideal y, en segundo lugar, es inevitable incluso para quien se califica a sí mismo únicamente como observador. Véase Alexy, R., "Some Reflections...", *cit.*, p. 104.

<sup>50</sup> FINNIS, J., "Law as Fact and as Reason...", *cit.*, p. 86.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 87.

from *Injustice*, comprenden, por un lado, la compleja clase de elementos a los que el observador tiene que referirse cuando describe el Derecho, y, por otro, la clase aún más compleja de elementos a los que el participante tiene que referirse para llegar a una decisión o juicio correctos.<sup>53</sup> Sin estas dos clases de elementos, las dos perspectivas no pueden comprenderse de forma adecuada. Por esta razón, no existe una cuestión de alternativas en lo que respecta a las perspectivas y dimensiones, como parece suponer FINNIS.<sup>54</sup> Se trata más bien de una cuestión de explicación. Las dos dimensiones son necesarias para la explicación de las dos perspectivas. Así pues, si la tesis de FINNIS de que la idea de las dimensiones era elusiva, la idea de perspectivas también lo sería.

## 5.4. CONEXIONES CLASIFICANTES Y CUALIFICANTES

FINNIS y yo coincidimos en que el punto de vista del participante es la perspectiva central.<sup>55</sup> La razón de nuestro acuerdo es que los sistemas jurídicos son posibles sin observadores puros o desnudos, pero no son posibles sin participantes. Por esta razón, el punto de vista del participante es el verdadero campo de batalla entre el positivismo jurídico y el no-positivismo. El mero hecho de que la tesis positivista de la separación es esencialmente correcta, desde el punto de vista del observador nada nos dice en favor de la tesis de la separación positivista.<sup>56</sup>

No es posible responder a la pregunta de cómo debe determinarse la relación entre el Derecho y la moral, o entre la dimensión real y la dimensión ideal desde el punto de vista del participante sin distinguir entre conexiones clasificantes y conexiones cualificantes entre el Derecho y la moral. El efecto de una conexión clasificante es la pérdida de validez jurídica. Por el contrario, el efecto de una conexión cualificante es la deficiencia o incorrección jurídica misma que,

---

<sup>53</sup> ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, *cit.*, pp. 81, 128, 130.

<sup>54</sup> En algunas ocasiones, FINNIS habla de una "doble vida" del Derecho (véase FINNIS, J., "Law as Fact and as Reason...", *cit.*, pp. 95 y 96). Quizá esto pueda interpretarse como un alejamiento de las alternativas de perspectivas y dimensiones en dirección de la tesis de la doble naturaleza del Derecho, que, de nuevo, incluye la idea de dos dimensiones.

<sup>55</sup> FINNIS, J., "Law as Fact and as Reason...", *cit.*, p. 102.

<sup>56</sup> ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, *cit.*, pp. 31, 35. RAZ ha argumentado que no existe diferencia entre la perspectiva del observador y la del participante (RAZ, J., "The Argument from Justice...", *cit.*, pp. 22-25). Si esto fuera cierto, estaríamos bastante cerca de la verdad del positivismo jurídico. Pero esto no es cierto. Véase ALEXY, R., "An Answer to Joseph Raz", *cit.*, pp. 45-47.

sin embargo, no socava la validez jurídica.<sup>57</sup> El punto decisivo aquí es que el efecto de la deficiencia o incorrección moral es la deficiencia o incorrección *jurídica*. Que las leyes moralmente defectuosas son moralmente defectuosas es una verdad trivial. El positivista no tiene ningún problema en estar de acuerdo con esto; pero que las leyes sean, además de esto, jurídicamente defectuosas no es una verdad trivial, sino que, de hecho, es de la mayor importancia para la relación entre la dimensión real e ideal del Derecho, y no solo por razones teóricas, sino también por razones de naturaleza práctica. Si el defecto fuera meramente moral, sería difícil explicar por qué un tribunal superior –independientemente de lo que diga el Derecho positivo– tiene poder jurídico para anular la decisión injusta de un tribunal inferior, en un caso en el que la decisión injusta es incompatible con el Derecho positivo, como lo sería una decisión justa.

La tesis positivista de la separación afirma que no existe una conexión necesaria entre la corrección o validez jurídicas, por un lado, y la corrección o incorrección morales, por otro. Esto implica que el positivismo, sea incluyente o excluyente, debe negar la existencia tanto de una conexión clasificante necesaria como de una conexión cualificante necesaria para seguir siendo positivista. Por el contrario, el operador de necesidad “□” en “□I”, que representa en la tríada de necesidad todas las formas de no-positivismo,<sup>58</sup> se refiere tanto a las conexiones clasificantes como a las cualificantes.

La pretensión de corrección implica que todas las formas de no-positivismo deben adherirse a la tesis de que existe una conexión cualificante necesaria entre el Derecho y la moral en todos los casos. Esto es diferente respecto a la conexión clasificante. El no-positivismo puede determinar los efectos sobre la validez jurídica derivados de la deficiencia o incorrección morales en tres formas diversas.<sup>59</sup> Puede, en primer lugar, excluir todas las normas moralmente defectuosas o incorrectas de la clase de normas jurídicamente válidas. Esta es la forma más radical de no-positivismo y puede denominarse “no-positivismo excluyente”. Una versión clásica de este punto de vista se expresa en la afirmación de Agustín DE HIPONA de que “una ley que no es justa no me parecería que

---

<sup>57</sup> ALEXI, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, cit., p. 26.

<sup>58</sup> En contraste con esto, el positivismo jurídico excluyente es representado en la tríada de la necesidad como ‘□ ¬I’ y el positivismo jurídico incluyente como ‘¬ □ ¬I & ¬ □ I’.

<sup>59</sup> ALEXI, R. “Law, Morality...”, cit., pp. 4-7.

sea una ley”.<sup>60</sup> Un ejemplo reciente es la tesis de BEYLEVELD y BROWNSWORD de que “las normas inmorales no son válidas jurídicamente”.<sup>61</sup> Si se emplea “V” para “es válido”, esto puede expresarse, con la ayuda del cuantificador universal “ $\forall$ ”, de la manera siguiente:

$$\forall x \neg Vx. \quad (4)$$

La segunda versión de no-positivismo incluye todas las normas que hayan sido expedidas autoritativamente y sean socialmente eficaces, a pesar de sus defectos morales, en la clase de normas jurídicamente válidas. Esto puede denominarse “no-positivismo súper-incluyente”. Con respecto al resultado de la conexión clasificante, el no-positivismo súper-incluyente es equivalente al positivismo jurídico excluyente. Pero sigue existiendo una profunda diferencia con respecto a la dimensión cualificante.<sup>62</sup> La tesis de Tomás DE AQUINO de que una ley tiránica “no es ley *simpliciter*” o,<sup>63</sup> como dice FINNIS, “no es Derecho en sentido focal del término ‘Derecho’”, sino solo Derecho “en un sentido secundario de este término”, es decir, Derecho defectuoso, parece marcar una conexión cualificante.<sup>64</sup> Otra versión del no-positivismo súper-incluyente, que puede explicarse mediante la distinción entre conexiones clasificantes y cualificantes, se encuentra en la combinación que hace KANT del postulado de “sumisión incondicional” al Derecho positivo con la idea de un necesario

---

<sup>60</sup> AUGUSTINUS, *De libero arbitrio*, p. 86 (I, 11): “*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*”.

<sup>61</sup> BEYLEVELD, D. y R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, p. 76, n. 17.

<sup>62</sup> FINNIS (“Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 89) refiere el atributo “súper-incluyente” también a la perspectiva del observador y, con ello, al positivismo, y critica una “connotación de exceso”. Esta crítica estaría justificada si el concepto de súper-inclusividad pudiera aplicarse con sentido a la perspectiva del observador. Sin embargo, no es así. La súper-inclusividad solo existe del lado del no positivismo, y la “connotación de exceso” se deriva del peso excesivamente alto que el no positivismo súper-incluyente atribuye al principio de seguridad jurídica, en contraste con el peso excesivamente bajo atribuido al principio de justicia. El resultado de ello es la diferencia radical entre el efecto de los vicios en el plano de la conexión cualificadora y en el plano de la conexión clasificadora. No tiene sentido hablar de “positivismo súper-incluyente”, pues el positivismo incluye en el concepto de Derecho *per definitionem* todo el Derecho positivo. La descripción del Derecho por parte del positivista no incluye la ponderación que acabamos de mencionar.

<sup>63</sup> AQUINAS, T., *Summa Theologiae*, p. 947 (I-II, q. 92, a. 1 ad 4): “*lex tyrannica [..] non est simpliciter lex*”.

<sup>64</sup> FINNIS, J., *Natural Law...*, *cit.*, p. 364.

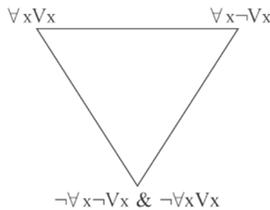
sometimiento del Derecho positivo al Derecho no positivo.<sup>65</sup> El no-positivismo súper-incluyente puede expresarse de la manera siguiente:

$$\forall x \forall x. \quad (5)$$

La tercera versión de no-positivismo es el no-positivismo incluyente. El no-positivismo incluyente no afirma que los defectos morales socavan siempre la validez jurídica, pero tampoco afirma que nunca lo hagan. Su expresión más prominente se encuentra en la fórmula de Radbruch, que en su forma más breve dice lo siguiente: “la injusticia extrema no es Derecho”.<sup>66</sup> Según esta fórmula, los defectos morales socavan la validez jurídica si y solo si el umbral de la injusticia extrema se transgrede. La injusticia por debajo de este umbral se incluye en el concepto de Derecho como Derecho defectuoso pero válido. Esto puede expresarse de la manera siguiente:

$$\neg \forall x \neg \forall x \& \neg \forall x \forall x. \quad (6)$$

Las tres versiones del no-positivismo están representadas en la tríada de la necesidad por “□”. Ahora pueden reunirse en una segunda tríada, que dé cuenta de cómo la explicación “□” en la tríada de la necesidad:



Esta tríada puede denominarse “tríada cuantificadora”. Las tres posiciones, tanto en la tríada cuantificadora como en la tríada de necesidad, se encuentran en una relación de contrariedad, porque cada una excluye a la otra sin derivar de su negación. Con ello se dispone de los instrumentos para determinar la relación entre la dimensión real y la ideal.

<sup>65</sup> KANT, I., *The Metaphysics of Morals. Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right* (first publ. 1797), en I. Kant, *Practical Philosophy*, p. 506. Véase ALEXY, R., “On the Concept...”, *cit.*, pp. 288-290. Sobre una posible excepción a la sumisión incondicional al Derecho positivo de KANT, véase ALEXY, R., “The Dual Nature...”, *cit.*, p. 174, n. 10.

<sup>66</sup> RADBRUCH, G., “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 26, 2006, p. 7.

## 6. LA RELACIÓN ENTRE LA DIMENSIÓN REAL Y LA DIMENSIÓN IDEAL

Para determinar la relación entre la dimensión real e ideal del Derecho hay que responder cinco preguntas. En primer lugar, ¿existe un límite último del Derecho? En segundo lugar, ¿la argumentación jurídica se basa exclusivamente en razones autoritativas o incluye también razones que no son autoritativas? En tercer lugar, ¿cuál es la relación entre los derechos humanos y los sistemas jurídicos? En cuarto lugar, ¿debe entenderse la democracia exclusivamente como un procedimiento de toma de decisiones o también como una forma de discurso? En quinto lugar, ¿los sistemas jurídicos incluyen únicamente reglas que expresan un “deber real” o también principios que expresan un “deber ideal”? Estas cinco preguntas se responderán con las cinco tesis siguientes: la primera con la fórmula de Radbruch, la segunda con la tesis del caso especial, la tercera con la tesis de que los derechos constitucionales deben entenderse como intentos de hacer efectivos los derechos humanos positivizados, la cuarta con el modelo deliberativo de democracia y la quinta con la teoría de los principios.

Las cinco tesis giran en torno al mismo punto: la pretensión de corrección. Es decir, el argumento de la corrección es la razón principal de las cinco tesis. Se podría pensar en dibujar un pentágono con una de estas tesis en cada vértice y el argumento de la corrección, como si fuese un sol, en medio. Sin embargo, esta imagen –que podría llamarse “pentágono de la dimensión ideal”– solo puede verse como un modelo heurístico de un sistema de institucionalización de la razón, que debe elaborarse mediante argumentos que determinen la relación entre la dimensión real y la ideal en cinco direcciones.

### 6.1. LA FÓRMULA DE RADBRUCH

La primera dirección aborda la idea de un límite último del Derecho. La versión más renombrada de esta tesis, esto es, que tal límite último existe, es la fórmula de Radbruch. Como ya mencioné, en su versión más abreviada dice: La injusticia extrema no es Derecho.<sup>67</sup>

La fórmula de Radbruch es una expresión de la corrección de segundo orden. La corrección de segundo orden se refiere tanto a la dimensión real como a la dimensión ideal del Derecho. La preocupación central de la dimensión real es la seguridad jurídica, que se obtiene por medio de la positividad, esto es, a través de la determinación, la aplicación y la organización. Por el contrario,

---

<sup>67</sup> ALEXY, R., “A Defence of...”, *cit.*, p. 428.

la preocupación central de la dimensión ideal es la justicia sustantiva. De este modo, la pretensión de corrección conecta necesariamente a ambos, esto es, conecta tanto el principio de justicia como el principio de seguridad jurídica con el Derecho.

La corrección de segundo orden exige que el problema del Derecho injusto se resuelva a través de la ponderación. La relación entre los principios de justicia y seguridad jurídica, por un lado, y la fórmula de Radbruch, por el otro, viene determinada por la primera de las dos leyes que encontramos en la teoría de los principios, la ley de la colisión (Ley de los Principios en Colisión). La Ley de los Principios en Colisión establece, en su formulación menos técnica, que:

“Las circunstancias bajo las cuales un principio toma precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho una *regla* que tiene la misma consecuencia jurídica que el principio precedente”<sup>68</sup>.

La fórmula de Radbruch no es otra cosa sino la regla a la que esta ley hace referencia. El supuesto de hecho de esta regla son las circunstancias bajo las cuales el principio de justicia prevalece sobre el principio de seguridad jurídica, a saber, la injusticia extrema. Sus consecuencias jurídicas son las que exigiría el principio precedente, el principio de justicia, si se tomara aisladamente, es decir, la falta de validez jurídica desde el principio. El panorama cambia por debajo del umbral de la injusticia extrema. En estas circunstancias, el principio de seguridad jurídica prevalece sobre el principio de justicia. Surge una nueva regla, ella establece que la injusticia por debajo del umbral de la injusticia extrema no excluye la validez jurídica.<sup>69</sup>

La fórmula de Radbruch representa el no-positivismo incluyente. Las otras dos formas de no-positivismo pueden reconstruirse también a la luz de la ley de colisión. El no-positivismo excluyente da primacía a la justicia sobre la seguridad jurídica, en cualquier circunstancia, y el no-positivismo súper-incluyente da primacía a la seguridad jurídica sobre la justicia, también en cualquier circunstancia. Es decir, ambos establecen una relación abstracta o absoluta de precedencia, en contraste con la relación condicional de precedencia establecida

---

<sup>68</sup> ALEXY, R., *A Theory...*, cit., p. 54 (el énfasis es nuevo).

<sup>69</sup> Para un análisis más técnico, véase ALEXY, R., “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris*, No. 28, 2015, p. 445.

por el no-positivismo incluyente.<sup>70</sup> Tales relaciones abstractas o absolutas de precedencia, sin embargo, expresan un sesgo a favor de la dimensión ideal o de la dimensión real, siendo ambas incompatibles con la corrección de segundo orden.<sup>71</sup> Por esta razón, la pretensión de corrección del Derecho requiere un no-positivismo incluyente, tal y como se expresa en la fórmula de Radbruch, y se justifica mediante la ponderación.

FINNIS ha planteado objeciones contra este enfoque de la ponderación. La primera dice que confunde el *es* y el *debe* para asimilar (como hace ALEXY) la dimensión real con “el principio de seguridad jurídica”, principio de tensión con “el principio de justicia”. Si un principio está en tensión con el otro, se encuentran en el mismo plano o ámbito, que en la terminología es el “ideal”.<sup>72</sup>

El problema aquí proviene del término “asimilar”. Si yo hubiera identificado el principio de la seguridad jurídica con la dimensión real, FINNIS tendría razón. Pero yo no los he identificado. La dimensión real consiste en el Derecho como hecho. A diferencia de esto, el principio de la seguridad jurídica es una razón para cumplir con lo que ha sido autoritativamente expedido y es socialmente eficaz. Esto es señalar que la dimensión real es el objeto del principio de la seguridad jurídica, que exige, en tanto norma, que este objeto sea tomado lo más seriamente posible. Tanto el principio de la seguridad jurídica como el principio de la justicia son necesarios para la corrección de segundo orden, y ellos se encuentran, *qua* principios, esto es, *qua* normas, en el nivel normativo. Por tanto, una confusión entre el “es” y el “debe” se excluye.

La segunda objeción contra el enfoque de la ponderación sostiene que “la idea de que uno puede sopesar *por medio de la razón* algo que es inconmensurable como la dimensión ideal y la dimensión real/factual” es un error.<sup>73</sup> Ahora la ponderación o sopesamiento tiene lugar entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia. La segunda ley de la teoría de los principios, la ley de la ponderación, muestra cómo y en qué medida es posible una ponderación razonable entre estos dos principios. La ley de la ponderación establece lo siguiente:

---

<sup>70</sup> Sobre esto, véase ALEXY, R., *A Theory...*, *cit.*, pp. 52 y 53.

<sup>71</sup> ALEXY, R., “On the Concept...”, *cit.*, p. 290.

<sup>72</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 101.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 108.

“cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro”.<sup>74</sup>

De conformidad con la ley de la ponderación, hay que determinar, por un lado, la importancia de la no satisfacción o interferencia del principio de seguridad jurídica y, por el otro, la importancia de la satisfacción del principio de justicia. Un ejemplo es la decisión sobre el depósito bancario del Tribunal Federal Alemán de Justicia para asuntos civiles. Esta decisión se refiere a la cuestión de si una mujer judía que emigró, en virtud del artículo 3º de la Undécima Ordenanza, de 25 de noviembre de 1941, dictada con base en el Estatuto sobre la Ciudadanía del Reich, perdió su derecho a reclamar los valores dejados en un depósito bancario de un banco alemán. El Tribunal declaró “nulo de pleno derecho”<sup>75</sup> el artículo 3º de la Undécima Ordenanza, que preveía la devolución de dichos bienes al Reich, y esto puede reconstruirse como un equilibrio llevado por la razón. La injusticia era extrema. Dado que, según la fórmula de Radbruch, solo la injusticia extrema y no, por tanto, cualquier caso de injusticia conduce a la nulidad, la injerencia en el principio de seguridad jurídica puede calificarse de relativamente leve. En cambio, la violación del principio de justicia sería muy grave si la mujer judía expropiada por motivos “raciales” no recuperase su propiedad. Por lo tanto, la ley de la ponderación exige que el caso se decida de acuerdo con la regla: la injusticia extrema no es Derecho. Para impugnar la racionalidad de la ponderación en este caso, habría que impugnar las clasificaciones de la injerencia en el principio de justicia como muy grave, y la clasificación de la injerencia en el principio de seguridad jurídica como leve o media. Parece que sería imposible rebatir con argumentos racionales. Esto implica que la conmensurabilidad se establece mediante un discurso racional.<sup>76</sup>

La objeción de FINNIS a, según dice, una confusión de “es” y “debe”, así como su objeción de inconmensurabilidad, se refieren a la justificación de la fórmula de Radbruch por medio de la ponderación y son, en este sentido, objeciones indirectas. A estas objeciones indirectas añade dos objeciones que se dirigen directamente a la fórmula de Radbruch. La primera se refiere a la práctica y la

---

<sup>74</sup> ALEXY, R., *A Theory...*, cit., p. 102. Esta ley de la ponderación puede desarrollarse aún más a través de la fórmula del peso, pero este refinamiento no es necesario en el presente contexto. Al respecto, véase ALEXY, R., “The Weight Formula”, in J. Stelmach, B. Brožek, and W. Załuski (eds.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, p. 25.

<sup>75</sup> BGHZ 16 (1955), 350, en la p. 354 (traducción de Robert Alexy).

<sup>76</sup> ALEXY, R., “The Weight Formula”, cit., p. 18.

segunda a la teoría de la fórmula de Radbruch. La objeción de la práctica califica a la fórmula de “simplista”, “algo tosca” y nada más que una “regla empírica”.<sup>77</sup> La fórmula “simplifica en exceso las cosas al ofrecer un atajo demasiado corto a través del bosque”.<sup>78</sup> El contra-modelo de FINNIS se caracteriza de la forma siguiente:

... es mejor, creo, partir de la base de que las consecuencias morales de una injusticia significativa en la elaboración o el contenido de normas jurídicas pretendida e intrasistemáticamente válidas deben evaluarse por referencia a todas las consideraciones de justicia que influyan en la situación en la que se plantea la cuestión de la aplicación de la norma (presente o pasada).<sup>79</sup>

Sorprende que FINNIS se refiera aquí a una “injusticia significativa” y no, como se hace en la fórmula de Radbruch, a una “injusticia extrema”, y que no pida consecuencias jurídicas, sino “consecuencias morales”.<sup>80</sup> Pero no vamos a profundizar en ello. Llegados a este punto, la única cuestión de interés es si se debería preferir la vía de FINNIS de considerar todas las cosas [*all things considered fashion*] a la vía “todo o nada” de la fórmula de Radbruch.<sup>81</sup>

FINNIS intenta ilustrar la falta de fundamento de la vía todo o nada recurriendo a un caso al que, de hecho, he dado “un lugar privilegiado” en *The Argument From Injustice*.<sup>82</sup> Se trata de la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 1968 sobre ciudadanía. La Undécima Ordenanza, de 25 de noviembre de 1941, promulgada de conformidad con el Estatuto sobre la Ciudadanía del Reich, despojaba a los judíos emigrantes no solo de la propiedad, como en el caso del depósito bancario mencionado anteriormente, sino también de la ciudadanía por motivos de raza. El Tribunal Constitucional Federal Alemán debía decidir si, según esta directiva, un abogado judío había perdido la ciudadanía alemana al emigrar a Holanda poco antes del estallido de la Segunda Guerra Mundial. En 1942 fue deportado de Ámsterdam y al desconocerse su paradero se le dio por muerto, descartándose la posibilidad de restitución de la ciudadanía ale-

---

<sup>77</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, pp. 106, 107, 109.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 107.

<sup>80</sup> Sobre este último punto, véase ALEXY, R., “Some Reflections...”, *cit.*, pp. 109 y 110.

<sup>81</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 108.

<sup>82</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 105; ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, *cit.*, pp. 5-7.

mana de conformidad con el artículo 116, párrafo 2, de la Constitución de la posguerra de la República Federal de Alemania. El Tribunal determinó que el abogado nunca había perdido la nacionalidad alemana, argumentado que el “conflicto” de la Undécima Ordenanza “con la justicia (había) alcanzado un grado tan intolerable que la Ordenanza debe ser declarada nula de pleno Derecho, esto es, inválida desde el comienzo”.<sup>83</sup> Y añade el Tribunal: “Además, la Ordenanza no adquirió validez jurídica por el hecho de haber sido observada durante varios años”.<sup>84</sup>

El argumento de FINNIS de que todo esto es “simplista” se basa en el artículo 116, párrafo 2, de la Ley Fundamental de Alemania del 23 de mayo de 1949, que establece lo siguiente:

“Las personas que poseían la nacionalidad alemana y que fueron privadas de ella entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945 por razones políticas, raciales o religiosas, al igual que sus descendientes, recobrarán la nacionalidad alemana si así lo solicitaran. Se considerará que no han perdido su nacionalidad si estas personas hubieran fijado su domicilio en Alemania con posterioridad al 8 de mayo de 1945 y no hubiesen expresado voluntad en contrario”.

FINNIS lleva razón cuando afirma que existe la posibilidad de interpretar el artículo 116, párrafo 2, como una negación de la fórmula de Radbruch.<sup>85</sup> La primera frase habla de *recobrar* la nacionalidad alemana. Uno solo puede recobrar aquello que se le ha retirado. La segunda frase no dice que no se les haya privado de la nacionalidad alemana, como sostiene el Tribunal Constitucional Federal. Sólo dice que se *considerará* que no han sido privadas de ella. Pero esta posibilidad de interpretación tiene dos puntos débiles. El primero es que existen otras posibilidades interpretativas. El argumento del Tribunal, que ocupa cinco páginas, es que la intención de los redactores de la Constitución tenía dos vertientes.<sup>86</sup> Por un lado, querían concebir la Ordenanza Undécima como

---

<sup>83</sup> BVerfGE 23 (1968), pp. 98, 106; la cita en inglés en ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, cit., p. 6.

<sup>84</sup> BVerfGE 23 (1968), pp. 98, 106; ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply...*, cit., p. 6. La traducción cambia: dice “jurídicamente válido” en lugar de “eficaz”, porque “*wirksam*”, aquí no hace referencia a la eficacia social (*soziale Wirksamkeit*), sino a la validez jurídica (*rechtliche Wirksamkeit*).

<sup>85</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, cit., p. 106.

<sup>86</sup> BVerfGE 23, 98 (pp. 108-112).

nula desde el comienzo. En el caso de los depósitos bancarios no hubo problema; pero en el caso de la ciudadanía sí lo hubo. No todos los emigrantes judíos, después del régimen nazi, querían seguir siendo considerados alemanes. El Tribunal subraya en varias ocasiones que debe respetarse su voluntad, es decir, que no se les debe imponer la nacionalidad alemana contra su voluntad.<sup>87</sup> Esto, sin embargo, no implica que la Undécima Ordenanza deba considerarse legalmente válida, solo implica que debe considerarse como si fuese jurídicamente válida. Se trata de un caso paradigmático de ficción jurídica; y es una ficción justificada por los derechos humanos de los afectados. Como primer paso, sus derechos humanos exigen la declaración de nulidad desde el comienzo. Como segundo paso, sus derechos humanos exigen la ficción de validez para todos aquellos que no deseen las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad. En cuanto al resultado, esto puede tener cierta similitud con la vía de FINNIS de “considerar todas las cosas”; sin embargo, por razones sistemáticas es completamente diferente. La fórmula de Radbruch sigue siendo la base, una base que no puede ser sustituida por el conjunto de razones que es relevante según la vía de considerar todas las cosas. Esta vía es una máxima hermenéutica completamente abierta, que solo puede complementar la fórmula de Radbruch en el contexto de su aplicación, pero no sustituirla.

Esto nos lleva inmediatamente a la objeción teórica o filosófica de FINNIS contra la fórmula de Radbruch. FINNIS insiste en que la fórmula de Radbruch y, con ella, el no-positivismo incluyente no es “una verdad sobre la naturaleza o la esencia del Derecho”.<sup>88</sup> *“No es una verdad sobre el Derecho, una verdad sobre filosofía del Derecho (teoría jurídica)”*.<sup>89</sup> Mi respuesta a esto es que la fórmula de Radbruch sí es una verdad sobre la naturaleza y esencia del Derecho y, con ello, una verdad de la filosofía del Derecho. En la sección “Análisis conceptual y necesidades conceptuales”, más arriba, he señalado que el análisis conceptual del Derecho, como concepto que se refiere a tipos sociales, requiere una conexión entre argumentos analíticos y normativos. Los argumentos normativos tienen que ver con la naturaleza y la esencia y, con ello, con el concepto del Derecho,<sup>90</sup> cuando se requieren a aquellos requisitos normativamente necesarios que estén conectados con el Derecho. La pretensión de corrección, necesariamente

---

<sup>87</sup> BVerfGE 23, 98 (pp. 107, 108, 110, 111).

<sup>88</sup> FINNIS, J., “Law as Fact and as Reason...”, *cit.*, p. 108.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>90</sup> Sobre la relación entre los conceptos de naturaleza y esencia, y el concepto de concepto, véase ALEXY, R., “On the Concept...”, *cit.*, pp. 290-292.

conectada con el Derecho como cuestión conceptual, conecta los requisitos normativos de seguridad jurídica y justicia, necesariamente con el Derecho, y estos dos requisitos, tomados en su conjunto, incluyen la fórmula de Radbruch en el concepto y la naturaleza del Derecho.<sup>91</sup> Y la cuestión del concepto y la naturaleza del Derecho es la cuestión principal de la filosofía jurídica.<sup>92</sup>

## 6.2. LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

El segundo ámbito en el que la dimensión ideal y la dimensión real del Derecho están conectados es el de la argumentación jurídica. Esta conexión se establece a través de la tesis del caso especial. Esta tesis afirma que la argumentación o discurso jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general.<sup>93</sup> El razonamiento práctico general es un discurso no institucionalizado sobre cuestiones prácticas. Como discurso práctico general se refiere a toda clase de argumentos prácticos no autoritativos. Esto es, se refiere a argumentos morales sobre la justicia y los derechos; a argumentos éticos sobre la identidad individual y colectiva, así como a argumentos pragmáticos sobre la racionalidad medios-fines. Los argumentos morales tienen prioridad, en tanto representan un punto de vista universalista. Sin embargo, lo anterior no significa que ellos no puedan depender de otro tipo de argumentos.<sup>94</sup> El discurso jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general porque está sujeto al Derecho positivo, al precedente y a la dogmática jurídica. Esta sujeción constituye la dimensión real del discurso o argumentación jurídica. La dimensión ideal incluye la argumentación práctica general.

Aquí no puede darse una explicación exhaustiva de la relación entre las dimensiones real e ideal en la argumentación jurídica. Esto precisaría responder a la pregunta siguiente: ¿qué puede considerarse como una justificación racional en el marco del sistema jurídico válido?<sup>95</sup> Sin embargo, esto solo podría responderse mediante una teoría del razonamiento o argumentación jurídica.<sup>96</sup> Solo hay dos

---

<sup>91</sup> ALEXY, R., "The Nature of Arguments...", *cit.*, p. 12.

<sup>92</sup> ALEXY, R., "The Nature of Legal Philosophy", en B.H. Bix (ed.), *Philosophy of Law. Critical Concepts in Philosophy*, Vol. I, pp. 23-25.

<sup>93</sup> ALEXY, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, pp. 211-220

<sup>94</sup> ALEXY, R., "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, No. 12, 1999, pp. 378 y 379.

<sup>95</sup> ALEXY, R., *A Theory of Legal Argumentation...*, *cit.*, p. 220.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

puntos de interés que me interesa destacar. El primero es que la pretensión de corrección planteada en la argumentación jurídica es una pretensión de corrección de segundo orden. Esto significa que se refiere tanto a la justicia como a la seguridad jurídica. El segundo punto es que la tesis del caso especial no representa en absoluto, como teme HABERMAS, un permiso general “para moverse en el espacio ilimitado de razones” del discurso práctico general.<sup>97</sup> Por el contrario, incluye una prioridad *prima facie* sobre razones autoritativas. Esta prioridad *prima facie* se expresa, entre otras cosas, en la siguiente regla del discurso jurídico:

Los argumentos que expresan un vínculo con las palabras mismas del Derecho, o con la voluntad del legislador histórico, tienen preferencia sobre los demás argumentos, a menos que puedan aducirse fundamentos racionales para conceder preferencia a los demás argumentos.<sup>98</sup>

La estructura de esta regla es muy diferente a la de la fórmula de Radbruch, pero su función es la misma. Ambas sirven para determinar la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal del Derecho.

### 6.3. DERECHOS HUMANOS

El tercer ámbito en el cual la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal tiene una importancia fundamental es el ámbito de los derechos humanos y constitucionales. Los derechos humanos se caracterizan por cinco propiedades. Son derechos, en primer lugar, morales; en segundo lugar, universales; en tercer lugar, fundamentales; en cuarto, abstractos y, en quinto lugar, son derechos que tienen prioridad sobre el resto de normas con respecto a su validez moral.<sup>99</sup> En este caso nos interesa la primera de las cinco propiedades, es decir, el carácter moral de los derechos humanos.

El carácter moral de los derechos humanos consiste en que tienen, en cuanto a que son derechos morales, únicamente validez moral. Esto significa que los derechos humanos, como tales, pertenecen exclusivamente a la dimensión ideal del Derecho. Ahora bien, un derecho es válido desde el punto de vista moral si puede justificarse. Los derechos, como las normas en general, exis-

---

<sup>97</sup> HABERMAS, J., “A Short Reply”, *Ratio Juris*, No. 12, 1999, p. 447.

<sup>98</sup> ALEXY, R., *A Theory of Legal Argumentation...*, *cit.*, p. 248.

<sup>99</sup> ALEXY, R. “Law, Morality...”, *cit.*, pp. 10-12.

ten si son válidos.<sup>100</sup> Por consiguiente, la existencia de los derechos humanos depende de su justificabilidad, y solo de ella. En otro lugar he intentado demostrar que los derechos humanos son justificables y que, por tanto, existen.<sup>101</sup> Esto no puede desarrollarse aquí. En el presente contexto, la única cuestión que debe abordarse es la relación entre los derechos humanos y los derechos constitucionales.

Los derechos constitucionales forman parte del Derecho positivo, en concreto, del Derecho positivo a nivel constitucional.<sup>102</sup> Como tales, pertenecen a la dimensión real del Derecho. La relación entre los derechos constitucionales y los derechos humanos, no obstante, pertenece a las relaciones entre la dimensión real y la dimensión ideal del Derecho, porque la pretensión de corrección establece una conexión necesaria entre los derechos humanos y los derechos constitucionales.

La clave de esta conexión necesaria es el concepto de corrección. Las constituciones, al igual que el Derecho en general, plantean necesariamente una pretensión de corrección. Esta es una parte del argumento; la otra es que los derechos humanos, puesto que su existencia consiste en su justificabilidad, están necesariamente conectados con el concepto de corrección, ya que lo justificable es correcto. Esto y la prioridad de los derechos humanos requieren una positivización de los derechos humanos a nivel constitucional. Por esta razón, los derechos constitucionales pueden considerarse como intentos de transformar los derechos humanos en tanto derechos ideales en Derecho positivo, es decir, en derechos reales. La dimensión ideal permanece viva tras la transformación de la dimensión real. Y esto tiene consecuencias de gran alcance para la interpretación de los derechos constitucionales y su papel en el sistema jurídico. Pero esto no puede ser desarrollado aquí.

## 6.4. DEMOCRACIA

La democracia puede concebirse, al mismo tiempo, como un procedimiento de toma de decisión y como un procedimiento argumentativo. La toma de

---

<sup>100</sup> Kelsen, H., *Pure Theory of Law*, p. 10.

<sup>101</sup> Alexy, R., "The Existence of Human Rights", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement No. 136, 2013, pp. 13-18.

<sup>102</sup> Incluir los derechos en las constituciones es solo una forma de transformarlos en Derecho positivo. Los pactos, convenciones o cartas internacionales y supranacionales son otras posibilidades.

decisiones, en la forma que nos resulta familiar con el principio de la mayoría, es el lado real de la democracia. La argumentación, en tanto discurso público, está necesariamente conectada con la pretensión de corrección sustantiva. Por esta razón constituye el lado ideal de la democracia. La única posible materialización de la corrección de segundo orden en la vida política, especialmente en la legislación pública, es la institucionalización de una democracia que aúne ambos lados. El nombre que recibe esta unidad es “democracia deliberativa”.

## 6.5. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

En la aplicación del Derecho, tanto las reglas como los principios desempeñan un papel esencial. Las reglas expresan un “deber” real o definitivo, mientras que los principios expresan un “deber” ideal o *prima facie*. Los principios de un sistema jurídico, tomados en su conjunto, constituyen lo que puede denominarse un “mundo del deber ideal”.<sup>103</sup> La teoría de los principios pretende desarrollarlo sobre la base de una teoría de la proporcionalidad que conecta la ponderación con la corrección. Esto, de nuevo, no puede ser elaborado aquí. En nuestro contexto, el único punto de interés es que la teoría de los principios completa el sistema de las cinco direcciones de la dimensión ideal del Derecho.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (publicada por primera vez en alemán, en 1978), traducción de R. Adler y N. McCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989.

ALEXY, R., “Giustizia come Correttezza”, *Ragion Pratica*, No. 9, 1997, pp. 103-113.

ALEXY, R., “Bulygin Kritik des Richtigkeitsarguments”, en E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright y R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997.

ALEXY, R., “Law and Correctness”, *Current Legal Problems*, No. 51, 1998, pp. 205-221.

ALEXY, R., “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris*, No. 12, 1999, pp. 374-384.

ALEXY, R., “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris*, No. 13, 2000, pp. 138-147.

---

<sup>103</sup> ALEXY, R., *A Theory of...*, *cit.*, p. 82.

- ALEXY, R., *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (publicado por primera vez en alemán en 1992), traducción de S. L. Paulson y B. Litschewski Paulson, Clarendon Press, Oxford, 2002.
- ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights* (publicado por primera vez en alemán en 1985), traducción de J. Rivers, Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, R., "The Nature of Arguments about the Nature of Law", en L.H. Meyer, S.L. Paulson, and T.W. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, 2003.
- ALEXY, R., "The Nature of Legal Philosophy", en B.H. Bix (ed.), *Philosophy of Law. Critical Concepts in Philosophy*, Vol. I, Routledge, Londres y Nueva York, 2006.
- ALEXY, R., "An Answer to Joseph Raz", en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- ALEXY, R., "The Weight Formula", in J. Stelmach, B. Brożek, and W. Załuski (eds.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Jagiellonian University Press, Cracovia, 2007.
- ALEXY, R., "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris*, No. 21, 2008, pp. 281-299.
- ALEXY, R., "A Defence of Radbruch's Formula", in M.D.A. Freeman (ed.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., Sweet & Maxwell and Thomson Reuters, Londres, 2008.
- ALEXY, R., "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, No. 23, 2010, pp. 167-182.
- ALEXY, R., "Law, Morality, and the Existence of Human Rights", *Ratio Juris*, No. 25, 2012, pp. 2-14.
- ALEXY, R., "Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin", en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, y D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013.
- ALEXY, R., "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis", *The American Journal of Jurisprudence*, No. 58, 2013, pp. 97-110.
- ALEXY, R., "The Existence of Human Rights", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement No. 136, 2013, pp. 9-18.
- ALEXY, R., "Legal Certainty and Correctness", *Ratio Juris*, No. 28, 2015, pp. 441-451.
- AUGUSTINUS, *De libero arbitrio*, ed. J. Brachtendorf, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2006.
- AQUINAS, T., *Summa Theologiae*, Edizioni Paoline, Turin, 1962.

- AUSTIN, J.L., "A Plea for Excuses", en J.L. Austin, *Philosophical Papers*, 2nd ed., Oxford University Press, 1970.
- BEYLEVELD, D. y R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, 2001.
- BULYGIN, E., "Alexy und das Richtigkeitsargument", en A. Aarnio, S.L. Paulson, O. Weinberger, G.H. von Wright and D. Wyduckel (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- BULYGIN, E. "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris*, No. 13, 2000, pp. 133-137.
- BULYGIN, E., "Alexy between Positivism and Non-positivism", en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso y D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013.
- COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, Oxford University Press, 2001.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2nd ed. Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, J., "Reflections and Responses", en J. Keown and R.P. George (eds.), *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, 2013.
- FINNIS, J., "Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's 'Ideal Dimension'", *The American Journal of Jurisprudence*, No. 59, 2014, pp. 85-109.
- HABERMAS, J., "A Short Reply", *Ratio Juris*, No. 12, 1999, pp. 445-453.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford, 2012.
- KANT, I., *Critique of Pure Reason*, trans. W.S. Pluhar and P. Kitcher, Hackett Publishing, Indianapolis, 1996.
- KANT, I., *The Metaphysics of Morals. Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right* (first publ. 1797), en I. Kant, *Practical Philosophy*, traductor y editor M.J. Gregor, Cambridge University Press, 1996.
- KELSEN, H., *Pure Theory of Law*, 2nd ed. (first publ. 1960), trans. M. Knight, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1967.
- RADBRUCH, G., "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (first publ. 1946), trads. B. Litschewski Paulson y S. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 26, 2006, pp. 1-11.
- RAZ, J., "About Morality and the Nature of Law", *The American Journal of Jurisprudence*, No. 48, 2003, pp. 1-15.

RAZ, J., "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

RAZ, J., *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009.

---

Recibido: 9/1/2024  
Aprobado: 6/2/2024