

LA INVALIDACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA MORAL*

The invalidation of law through morality

Dr. Martin BOROWSKI

Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Heidelberg (Alemania)
<https://orcid.org/0000-0001-9165-4066>
martin.borowski@jurs.uni-heidelberg.de

Resumen

En este ensayo se realiza un análisis detallado de los efectos positivos y negativos de la moral para la validez jurídica del Derecho positivo. Para lograr tal tarea se expondrán y contrastarán la fórmula de RADBRUCH –con sus dos subfórmulas– y el argumento de la injusticia desarrollado por Robert ALEXI. Asimismo se esbozarán los argumentos a favor y en contra de una necesaria conexión entre la moral y el Derecho; lo anterior, al dar un breve vistazo a los postulados del positivismo incluyente y excluyente. Por último, se hablará del papel de “casación” de la moral y su relación con el control jurisdiccional.

Palabras claves: injusticia extrema; argumento de la injusticia; positivismo incluyente; positivismo excluyente; validez jurídica.

Abstract

This essay provides a detailed analysis of the positive and negative effects of morality on the legal validity. To accomplish this goal, the Radbruch formula and its two sub-formulas will be presented and compared with the argument from injustice. Likewise, the arguments for and against a necessary connection between morality and law will be outlined. The latter will be done by taking a brief look at the postulates of inclusive and exclusionary positivism. Finally, the “cassation” role of morality and its relation to the judicial review will be discussed.

* Texto original en alemán publicado en: BOROWSKI, M., “Die Vernichtung von Recht durch Moral”, en F. Saliger (ed.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2017, pp. 71-83. Traducción de Arnulfo Daniel Mateos Durán, <https://orcid.org/0000-0002-2874-5288>. Agradezco encarecidamente al Dr. Alejandro Nava Tovar por sus comentarios y correcciones a este texto.

Key words: extreme injustice; argument from injustice; inclusive legal positivism; exclusive legal positivism; legal validity.

Sumario

1. La casación del Derecho a través de la moral. 1.1. La pérdida del carácter jurídico o pérdida de la validez jurídica. 1.1.1. El concepto de Derecho exento de validez y no exento de validez. 1.1.2. El concepto de Derecho exento de validez de Radbruch. 1.1.3. El concepto de Derecho no exento de validez de Alexy. 1.1.4. Valorización. 1.2. La necesidad de la institucionalización de la "casación". 2. La creación del Derecho a través de la moral. 3. Los criterios morales para la existencia o validez del Derecho en el Derecho natural y el positivismo jurídico. 3.1. El positivismo jurídico y los criterios morales para la existencia o validez del Derecho. 3.1.1. El positivismo jurídico excluyente. 3.1.2. El positivismo jurídico incluyente. 3.2. El Derecho natural y los criterios morales para la existencia o validez del Derecho. 3.2.1. Formas de la conexión necesaria entre Derecho y moral. 3.2.2. La conexión cualificativa y la validez jurídica. 3.2.2.1. El significado práctico de los defectos jurídicos fundados en la moral. 3.2.2.2. El argumento de la decisión de salida contraria a Derecho debido únicamente a su injusticia y el positivismo incluyente. 3.2.2.3. La revocación de decisión jurisdiccional y la validez jurídica. **Referencias bibliográficas.**

De conformidad con la típica y trivial contraposición del Derecho natural frente al Derecho positivo, las teorías iusnaturalistas o no-positivistas parten de una necesaria relación del Derecho con la moral,¹ mientras que las teorías positivistas refutan tal conexión necesaria.² Las teorías iusnaturalistas asumen típicamente³ que la necesaria conexión entre el Derecho y la moral implica la pérdida del carácter jurídico o validez jurídica del Derecho positivo al superar un determinado umbral de injusticia. La "fórmula de Radbruch" y el "argumento de la injusticia" de ALEXY constituyen famosos ejemplos. Yo quisiera en este trabajo (I) investigar el papel negativo de la moral para la existencia y validez del Derecho ("casación") y, entonces, ampliar el punto de vista en dos aspectos: tanto (II) a la idea del papel positivo de la moral para el Derecho como (III) respecto a la cuestión de en cuáles teorías de la filosofía del Derecho se plantea la pregunta acerca de la casación a través del Derecho.

¹ KOLLER, P., *Theorie des Rechts*, p. 31; ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 17.

² KOLLER, P., *Theorie des Rechts*, cit., p. 24 ALEXY, R., *Begriff und...*, cit., p. 15. Cfr. también HART, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, No. 74, 1958, pp. 601 y 602, nota al pie 25; HART, H.L.A., *The Concept of Law*, pp. 185 y 186.

³ Sin embargo, no necesariamente, véase el apartado 3. 2.

1. LA CASACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA MORAL

La fórmula de RADBRUCH constituye un ejemplo de la conexión negativa del Derecho y la moral. Esta señala:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se resolvió con la primacía del derecho positivo sancionado, aun cuando por su contenido sea injusto e inadecuado para beneficiar al pueblo, hasta que la contradicción entre la seguridad jurídica y la justicia alcance una medida tan intolerable que el derecho, en tanto “derecho injusto”, deba ceder a la justicia. Es imposible trazar una línea nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de contenido incorrecto; no obstante, otro límite puede distinguirse con mayor claridad: donde no hay siquiera una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra el núcleo de la justicia, fue negada conscientemente en beneficio de la regulación del derecho, allí la ley no es sólo “derecho incorrecto”, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho.⁴

Esta fórmula está compuesta por dos subfórmulas, la “fórmula de la intolerabilidad” (*Unerträglichkeitsformel*) y la “fórmula de la negación” (*Verleugnungsformel*).⁵ La fórmula de RADBRUCH debe verse ante el trasfondo del concepto formal de Derecho de RADBRUCH, el cual señala: “Así, resumimos la esencia del mandato jurídico como de naturaleza positiva y al mismo tiempo normativa, general y social”.⁶ La cuestión acerca de la contradicción “intolerable” entre el Derecho positivo y la justicia o acerca de una “negación consciente” de la justicia en el establecimiento del Derecho se refiere desde un inicio sólo al Derecho positivo.

⁴ RADBRUCH, G., “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, pp. 345 y 346. Nuevamente reimpresso en RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 3, editado por Arthur Kaufmann, reedición de Winfried Hassemer, Heidelberg, p. 89. Cito la traducción del ensayo de RADBRUCH hecha por Alejandro NAVA en Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, p. 220.

⁵ El cómo se relacionan estas subfórmulas entre sí, es todo menos claro. No obstante, no se puede analizar esto de manera más profunda en el marco de este trabajo. Sobre la fórmula de la intolerabilidad, véase, sobre todo, ALEXY, Robert, “A Defence of Radbruch’s Formula”, en D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law – The Limits of Legal Order*, pp. 15-39; relativo a la fórmula de la negación, véase, sobre todo, FUNKE, A., “Überlegungen zu Gustav Radbruch’s ‘Verleugnungsformel’”, *ARSP*, No. 89, 2003, pp. 1-16.

⁶ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, t. 2, p. 124. Nuevamente reimpresso en RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, pp. 206-450 (p. 261).

Lo mismo es válido para el argumento de injusticia del ALEXY, que señala: “la injusticia extrema no es derecho”;⁷ debido a que este argumento es la formulación abreviada de una síntesis de la fórmula de RADBRUCH, el cual formula de la manera siguiente: “[L]as normas apropiadamente promulgadas y socialmente efectivas pierden su carácter jurídico o validez jurídico cuando son extremadamente injustas”⁸

El que tal concepción del concepto y la naturaleza del Derecho puedan ser convincentes, es debatible, pero no puede profundizarse más sobre esto en este trabajo. En cambio, las consecuencias para la existencia y validez del Derecho de las diferentes teorías de la filosofía del Derecho se encontrarán en primer plano.

1.1. LA PÉRDIDA DEL CARÁCTER JURÍDICO O PÉRDIDA DE LA VALIDEZ JURÍDICA

Las dos subfórmulas, dentro de la fórmula de RADBRUCH, tienen diferentes consecuencias jurídicas. Una contradicción intolerable entre el Derecho positivo y la justicia conduce a la pérdida de la validez, en cambio, una negación consciente de la justicia conduce a una pérdida del carácter jurídico.

En ALEXY se desdibuja en gran medida esta clasificación de las diferentes consecuencias jurídicas. En su reconstrucción de la fórmula de RADBRUCH, ALEXY aclara, después de un breve análisis y una interpretación subjetiva de la fórmula de la negación, el orientarse primariamente en la fórmula de la intolerabilidad expresada de manera objetiva.⁹ En el ya mencionado resumen de la fórmula de RADBRUCH por parte de ALEXY¹⁰ se mencionan los requisitos de la intolerabilidad, sin embargo, se agrupan las consecuencias jurídicas de las dos subfórmulas: “perder su carácter jurídico o validez jurídica”.¹¹ Esto, por su parte, puede expresarse lingüísticamente de manera más breve con la frase “no es derecho”.¹²

⁷ Véase ALEXY, R., “Die Doppelnatur des Rechts”, *AöR*, No. 50, 2011, p. 398; cfr. también, ALEXY, R., “A Defence of...”, *cit.*, p. 17: “Injusticia extrema no es derecho”; del mismo modo, ALEXY, R., “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, No. 21, 2008, p. 282. De manera más detallada sobre el argumento de la injusticia, ALEXY, R., *Begriff und...*, *cit.*, p. 70 y ss.

⁸ ALEXY, R., “A Defence of...”, *cit.*, p. 17.

⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰ Véase en este texto la nota al pie 8.

¹¹ ALEXY, R., “A Defence of...”, *cit.*, p. 17.

¹² *Ibidem*, p. 17: “De manera más breve: la injusticia extrema no es derecho”.

ALEXY generalmente se une de manera estrecha a la fórmula de RADBRUCH en sus declaraciones respecto al argumento de la injusticia. Eso ligeramente oculta que, con miras a las consecuencias jurídicas de los errores morales, existe una diferencia fundamental entre los dos –ALEXY se basa en un concepto de Derecho que no está exento de validez, en cambio, RADBRUCH en un concepto de Derecho exento de validez–.

1.1.1. El concepto de Derecho exento de validez y no exento de validez

Con un concepto de Derecho no exento de validez se incluye la validez jurídica *per definitionem* en el concepto de Derecho o de norma jurídica.¹³ Sólo las normas con validez jurídica pueden ser “normas jurídicas”; no obstante, ante la falta de validez, estas normas no serían conceptualmente “derecho”. De conformidad con un concepto de Derecho exento de validez, la validez no es necesaria, sino una posible característica de las normas jurídicas. También las normas *que ya no* tienen validez o que *todavía no* son válidas son conceptualmente “normas jurídicas”. Según este concepto de Derecho, el Derecho válido presupone dos clases: primero, los criterios del carácter jurídico de la norma en cuestión y, segundo, que la norma en cuestión satisfaga los requisitos de la validez jurídica. Cuando la norma satisface los criterios del carácter jurídico, pero no los criterios de validez, entonces se trata de norma jurídica que (actualmente) no es válida. En cambio, cuando la norma no satisface los criterios del carácter jurídico, la cuestión acerca de los criterios de la validez jurídica no tiene sentido desde un inicio, porque sólo una norma con carácter jurídico puede convertirse en Derecho válido al cumplir con los criterios de la validez jurídica.¹⁴

1.1.2. El concepto de derecho exento de validez de Radbruch

En sus obras principales, RADBRUCH siempre ha distinguido entre el “concepto” y la “validez” del Derecho.¹⁵ Determinante para el concepto del Derecho es el, ya antes mencionado, concepto formal de Derecho. Sólo las normas positivas, generales y sociales tienen validez jurídica. Los “criterios de validez” positivos

¹³ Relativo a la distinción de conceptos de Derecho exento de validez y no exento de validez, véase, ALEXY, R., *Begriff und...*, cit., p. 44 y ss.; BOROWSKI, M., “Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch”, en M. Borowski y S. L. Paulson (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, pp. 238 y 239.

¹⁴ RADBRUCH parece ir en contra de esta opinión cuando éste, a saber, niega a los actos individuales el carácter jurídico, pero los considera como “permitidos” o “válidos”. Cfr. sobre ello, BOROWSKI, M., “Begriff und Geltung...”, cit., pp. 255 y 256.

¹⁵ En las obras principales se encuentra correspondientemente un capítulo sobre el concepto y validez del Derecho. Véase BOROWSKI, M., “Begriff und Geltung...”, cit., pp. 239 y 240.

de la correcta legalidad y la eficacia social son, por ello, para RADBRUCH, ya criterios para el carácter jurídico. Un posterior requisito consiste en el concepto material de Derecho, el cual señala: “El Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho. Por lo tanto, el concepto de Derecho se orienta hacia la idea de Derecho”.¹⁶ La justicia es central para la idea del Derecho: “En los hechos nosotros decidimos únicamente conforme al parámetro de la justicia perseguida, para el caso de si un mandato es del todo de naturaleza jurídica o si éste es correspondiente con el concepto de Derecho”.¹⁷ La “justicia perseguida” no existe en la “negación consciente” de la justicia, por lo que consecuentemente la consecuencia jurídica de la fórmula de la negación consiste en la pérdida del carácter jurídico. En cambio, la fórmula de la intolerabilidad tiene su raíz en la teoría de la validez de RADBRUCH. Según la teoría de la validez escindida de RADBRUCH, en la obra de *Rechtsphilosophie*, del año 1932, el juez tiene que aplicar también leyes extremadamente injustas, mientras que tales leyes perdían validez para el ciudadano (incluso cuando este último tenía que soportar la sanción jurídica).¹⁸ El cambio después de la guerra consistió en que las leyes extremadamente injustas ahora también perdían validez para el juez. Así, RADBRUCH defiende en su totalidad un concepto de Derecho exento de validez que, tanto en el concepto de Derecho (“justicia perseguida”) como también el concepto de validez (no extremadamente injusto), establece correspondientemente una conexión necesaria entre Derecho y moral.

1.1.3. El concepto de derecho no exento de validez de Alexy

En cambio, ALEXY declara explícitamente el emplear un concepto de Derecho no exento de validez: “Relativo a la discusión del positivismo se recomienda el elegir un concepto de derecho que incluya la validez”.¹⁹ ALEXY justifica esto esencialmente porque, en caso contrario, existe el peligro de una trivialización.²⁰ Esto apunta a algo cierto, porque en los hechos se puede pasar por alto la necesaria conexión entre Derecho y moral –cuando esta relación recae en

¹⁶ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie, cit.*, p. 119 (subrayado eliminado) (RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 2., *cit.*, p. 255).

¹⁷ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie, cit.*, p. 168 (subrayado en el original) (RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 2., *cit.*, p. 305).

¹⁸ *Ibidem*, p. 170 y ss. (RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 2., *cit.*, p. 305 y ss.). Véase sobre esto, BOROWSKI, M., “Begriff und Geltung...”, *cit.*, p. 259 y ss.

¹⁹ ALEXY, R., *Begriff und...*, *cit.*, p. 45.

²⁰ *Ibidem*, p. 45.

los criterios de validez–, la cual, sin embargo, define el carácter jurídico de las normas como “positivo”.²¹

1.1.4. Valoración

Fundamentalmente se pueden emplear tanto el concepto de Derecho exento de validez como el no exento de validez.²² El concepto de Derecho no exento de validez plantea, a saber, el problema de que, por ejemplo, no se puede denominar al “Derecho romano” como “Derecho” –en el sentido verdadero del concepto–, porque sus normas conceptualmente (ya) no son Derecho porque no cuentan más con validez.²³ No obstante, este problema lingüístico se puede resolver cuando se habla de Derecho pasado, futuro o potencial. Para el concepto de Derecho exento de validez existe el mencionado problema de que se pase por alto dentro de los criterios de validez una necesaria conexión entre Derecho y moral. Sin embargo, cuando se es consciente del peligro, se puede considerar este como desterrado. En este sentido, se pueden alegar pocos argumentos ineludibles a favor o en contra de ambos conceptos de Derecho, son simplemente dos reconstrucciones de los criterios para la existencia del Derecho válido.

RADBRUCH diferencia dos conexiones distintas entre Derecho y moral en, por un lado, los criterios del carácter jurídico y, por el otro, los criterios de validez; lo que para él supone un concepto de Derecho exento de validez. En cambio, el argumento de la injusticia de ALEXY tiene una estructura más sencilla: el Derecho positivo extremadamente injusto no es Derecho con validez. Si esto se debe a una falta de carácter jurídico o de validez jurídica, puede quedar abierto. Desde un punto de vista práctico, esta distinción no desempeña ningún rol: el juez está vinculado al Derecho válido. Si una norma no es Derecho válido, entonces el juez no está vinculado a esta –es irrelevante si a la norma le falta el carácter jurídico o la validez jurídica–.

²¹ O viceversa, cuando de una teoría de la validez “positivista” se extrapola una concepción total positivista, a pesar de que se puede presuponer una necesaria conexión entre Derecho y moral en los criterios del carácter de Derecho –dicho de manera breve, aquí se encuentra el error decisivo de la “teoría de la conversión” sobre la “Filosofía del Derecho” de RADBRUCH (*Bekehrungsthese*), cfr. BOROWSKI, M., “Begriff und Geltung...”, *cit.*, pp. 229-231, 240–.

²² Junto a ALEXY, emplean, por ejemplo, Hans KELSEN (KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, p. 9), Alf ROSS (ROSS, A., *Directives and Norms*, p. 79) y Peter KOLLER (KOLLER, P., *Theorie des Rechts*, *cit.*, p. 109) un concepto de Derecho exento de validez.

²³ En esta dirección, ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, pp. 47 y 48.

1.2. LA NECESIDAD DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA “CASACIÓN”

Quien, con un concepto naturalista del Derecho –según la fórmula de RADBRUCH– o con el argumento de la injusticia, niegue a ciertas normas del Derecho positivo el carácter jurídico y/o la validez jurídica, se encontrará con posteriores preguntas. ¿Está habilitado todo sujeto sometido al Derecho a ignorar sin más las normas del Derecho positivo debidamente promulgadas y con eficacia social? ¿Está la administración habilitada a esto a pesar de su vinculación al Derecho? ¿Está dicha determinación reservada a los tribunales o de hecho sólo a un único tribunal? Cuando dependa de una determinación jurisdiccional, ¿tiene ésta efectos constitutivos (teoría de la invalidación) o declarativos (teoría de la nulidad *ipso iure*)?, ¿tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc*? Estas cuestiones son bien conocidas desde la reconstrucción del control constitucional de las leyes parlamentarias²⁴ y también se plantean para el Derecho positivo extremadamente contrario a la moral.

Sin embargo, existen dos diferencias: primero, el control de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias se trata de un conflicto entre diferentes tipos de Derecho positivo, no de un conflicto del Derecho positivo con la moral. Segundo, una Constitución contiene no únicamente normas que transforman en Derecho las exigencias centrales de la moral. Por lo tanto, no en toda inconstitucionalidad existe necesariamente una extrema injusticia. Sin embargo, cuando una Constitución –como la Ley fundamental de Alemania– protege adecuadamente con un catálogo de derechos fundamentales la libertad jurídica y fáctica y la igualdad de aquellos sometidos al poder estatal, se presentará en casi toda injusticia extrema también una lesión de un mandato constitucional. En la medida que una injusticia extrema constituya una “inconstitucionalidad”, puede suceder una “casación” de una ley positiva extremadamente injusta, a través del control constitucional y la declaratoria de nulidad.

Sin embargo, esto no resuelve completamente el problema de la institucionalización de la casación del Derecho extremadamente injusto. No tiene que ser institucionalizado un control constitucional efectivo en todo sistema jurídico

²⁴ Respecto a la perspectiva alemana de la nulidad *ipso-iure* y *ex-tunc*, véase IPSEN, J., *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 72 y ss.; SCHLAICH, K. y S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 288 y ss. La teoría de la nulidad *ex nunc* es correspondiente con la tradición austriaca fundada por Hans Kelsen y Adolf Julius Merkl. Cfr., Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 278.

para el Derecho extremadamente injusto, y aun cuando así fuese, esto puede fracasar tras la caída de los sistemas jurídicos injustos.²⁵

En RADBRUCH existen dos puntos de partida relativos a la cuestión de la habilitación para la apelación de la extrema injusticia del Derecho positivo. El primero se encuentra en su teoría de la validez, en su obra *Rechtsphilosophie* de 1932: “La conciencia individual evaluará y podrá evaluar generalmente como más preocupante una afectación en contra del Derecho positivo que el sacrificio del propio convencimiento jurídico, pero puede haber ‘leyes vergonzosas’, a las cuales la conciencia niegue la obediencia”.²⁶ Y un poco antes señala: “La completa validez de todo el Derecho positivo... no puede comprobarse frente a cada individuo”.²⁷ Estas formulaciones indican que toda persona sometida al Derecho está facultada, de conformidad con la decisión de su conciencia, a clasificar el Derecho positivo como extremadamente injusto –con la consecuencia de que para esta persona el Derecho positivo ha perdido validez–. Ello conduce a una enorme inseguridad jurídica, que ciertamente no es tolerable.²⁸ No obstante, las formulaciones antes citadas provienen de los pasajes del concepto de validez escindida de RADBRUCH en su obra *Rechtsphilosophie*, de 1932, según la cual, el juez debe aplicar también Derecho positivo injusto. Aun cuando estas mismas leyes no dispongan más de validez para los sujetos sometidos al Derecho, éstas “mantienen”, sin embargo, su “poder” frente al sujeto.²⁹ En RADBRUCH, la pérdida de validez para el ciudadano queda, por lo tanto, sin efectos en una forma extraña.³⁰

²⁵ En Alemania, ello se ilustra en las decisiones jurisdiccionales relativas a la nacionalidad después de la caída del régimen nacionalsocialista (BVerfGE 23, 98) y los centinelas del muro (BGHSt 39, 1; BGHSt 41, 101; BVerfGE 95, 96; EGMR, EuGRZ 2001, 210), después de la caída de la “República Democrática Alemana”.

²⁶ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, cit., p. 177 (subrayado eliminado) (RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 2., cit., p. 315).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. BOROWSKI, M., *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, pp. 554 y 555.

²⁹ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 178 y 179. (subrayado eliminado) (RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 2., cit., p. 316).

³⁰ Sin embargo, esta construcción plantea preguntas. Cuando las respectivas normas del Derecho positivo no tienen más validez jurídica para el sujeto sometido al Derecho, entonces estas no producen deberes jurídicos para este. Cuando finalmente el Estado aplica estas normas con la coacción, ello constituye una lesión contraria al Derecho desde la perspectiva del ciudadano, contra la cual puede actuar en legítima defensa. No obstante, si se asumen un deber de tolerancia por parte del ciudadano, se plantea la pregunta, de dónde proviene esto, cuando la norma en cuestión no tiene validez jurídica para el ciudadano. En relación

Totalmente en otra dirección se dirigen los comentarios de RADBRUCH en su ensayo de posguerra "*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*" ("Arbitrariedad legal y derecho supralegal"): "Ningún juez debe invalidar leyes por su propia cuenta, ya que esta tarea le pertenece a una corte suprema o al legislador".³¹ Debido a que el legislador puede, sin embargo, permanecer inactivo,³² depende en última instancia de un alto tribunal en el que esté concentrada la habilitación de la declaratoria de nulidad del Derecho positivo extremadamente injusto.

Esta centralización posee la ventaja de que con ella se puede producir un máximo de seguridad jurídica. Así se pueden evitar decisiones contradictorias de diferentes tribunales relativos a la cuestión de la injusticia extrema. La seguridad jurídica es ya un argumento decisivo en la determinación del umbral, más allá del cual se puede suponer injusticia extrema.³³ Por ello, también los costos en la seguridad jurídica a través de la implementación de la casación de la injusticia extrema se deben mantener lo más bajos posible. Sin embargo, una centralización de la jurisdicción para la declaratoria de nulidad de la injusticia extrema exige su institucionalización en el respectivo sistema jurídico: la centralización requiere que se les prive a los otros tribunales y órganos la correspondiente habilitación y que estos, en el caso de duda, interrumpan el procedimiento y presenten la cuestión al tribunal superior. Estas cuestiones del procedimiento requieren a su vez de determinaciones por medio del Derecho positivo. La institucionalización de la habilitación para la declaratoria de nulidad del Derecho positivo extremadamente injusto, en la forma que implique la menor pérdida de seguridad jurídica, se presenta en última instancia como exigida –por las mismas razones que hablan a favor de la fórmula de RADBRUCH y la fórmula de la injusticia–.

2. LA CREACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA MORAL

Incluso cuando la relación negativa entre Derecho y moral, en el sentido de la casación, se encuentra en el centro de la discusión iusfilosófica, se puede

con el concepto de RADBRUCH de la validez escindida, cfr. también, BOROWSKI, M., "Begriff und Geltung...", *cit.*, p. 259 y ss.

³¹ RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht...", *cit.*, p. 347 (RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 3., *cit.*, p. 90). Cito la traducción del ensayo de RADBRUCH hecha por Alejandro NAVA en PAULSON, Stanley L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, p. 222.

³² Cfr., sobre esto, ALEXY, R., *Begriff und... cit.*, p. 100.

³³ *Ibidem*, pp. 90-92.

plantear la pregunta acerca de una posible relación positiva. Sorprendentemente, esta pregunta apenas se ha retomado hasta ahora en algún lugar.³⁴ Sin embargo, Kenneth Einar HIMMA, en el marco de una contribución en un libro sobre Derecho positivo incluyente, distingue dos componentes de la teoría de la incorporación,³⁵ los cuales implican diferentes tipos de dependencia de la validez jurídica de una norma respecto de su corrección interna, a saber, “el componente de suficiencia” (*Sufficiency component*) y “el componente de necesidad” (*Necessity Component*). El “componente de necesidad” corresponde a la ya mencionada relación negativa entre Derecho y moral:

“Conforme al componente de necesidad, existen conceptualmente sistemas jurídicos posibles en los cuales es una condición necesaria para una norma, para que sea jurídicamente válida, que su contenido sea consistente con algún set de normas morales. Por ende, el componente de necesidad permite a la moral de servir como una restricción para la ley promulgada”.³⁶

A este se contrapone una imaginable relación positiva entre derecho y moral, la cual puede ser denominada como “creación” de derecho a través de la moral. En palabras de HIMMA:

“De acuerdo con el componente de suficiencia, existen conceptualmente sistemas jurídicos posibles en los cuales es una condición suficiente para una norma, para que sea jurídicamente válida, que su contenido reproduzca algún principio moral. Entonces, el ‘componente de suficiencia’

³⁴ Con vista en las declaraciones realmente breves de Kenneth Einar HIMMA, cuya distinción será tratada en el texto principal, fue recientemente trabajada esta cuestión en la tesis doctoral de Michael HERBERT (HERBERT, M., *Radbruch'sche Formel und gesetzgeberisches Unterlassen. Eine philosophische und methodologische Untersuchung*). De manera breve, HERBERT aboga a favor de un mayor desarrollo de la fórmula de RADBRUCH para que también abarque las omisiones extremadamente injustas. Metodológicamente, esto debe efectuarse a través del concepto de laguna legal. Un análisis más profundo de esta concepción sobrepasaría el marco de este trabajo.

³⁵ De conformidad con la característica teoría de la incorporación del positivismo incluyente, pueden existir sistemas jurídicos en los cuales la validez jurídica de las normas es dependiente de su corrección interna: “Los positivistas incluyentes suscriben la tesis de la incorporación, según la cual existen conceptualmente sistemas jurídicos posibles en los que el criterio de validez incluye normas morales sustantivas”. Cfr. HIMMA, K. E., “Inclusive Legal Positivism”, en J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, p. 136.

³⁶ HIMMA, K. E., “Inclusive Legal...”, *cit.*, p. 136.

permite que una norma no promulgada pueda ser jurídicamente válida en virtud de su contenido moral”.³⁷

La cuestión acerca de la creación del Derecho a través de la moral plantea un conjunto de preguntas bastante complejas. En el marco de este trabajo pueden solamente ofrecerse unos comentarios en una primera orientación.

Primero, es evidente el colocar la distinción de HIMMA –en el marco del positivismo incluyente– dentro del contexto de la fórmula naturalista de RADBRUCH. El que la cuestión de una omisión extremadamente injusta del legislador, en el contexto de la fórmula de RADBRUCH, no haya adquirido ninguna atención se debe a que una discusión de esta cuestión no ha sido sugerida en los respectivos casos.

Segundo, la fórmula de RADBRUCH no permite abarcar el “componente de suficiencia” en el sentido de HIMMA. Una “norma no promulgada” no es Derecho, y según el concepto formal de Derecho de RADBRUCH –el cual constituye el trasfondo de su fórmula–, solamente las normas positivas pueden ser “Derecho”. Quien quiera abarcar las omisiones legislativas con la fórmula de RADBRUCH debe, por lo tanto, ampliar la fórmula.

Tercero, si y bajo cuáles circunstancias se presenta la omisión legislativa como extrema injusticia, esto depende de la teoría de la justicia más justificable. En el centro de esta teoría se encuentran los derechos humanos. La discusión de la dogmática de los derechos fundamentales sobre los derechos fundamentales de protección y los derechos sociales ha demostrado que los derechos fundamentales tienen también un lado positivo; estos en todo caso dan origen a deberes de legislación bajo ciertas circunstancias. Ya que los derechos fundamentales exigen objetivamente el transformar los derechos humanos –como derechos morales– en Derecho positivo,³⁸ el lado positivo de los derechos fundamentales indica que debe existir un deber moral para la protección de los bienes protegidos constitucionalmente y de garantía de la ayuda social, sobre todo, en casos extremos. Sin embargo, el Estado cuenta típicamente con una amplia discrecionalidad respecto a si, en qué medida y en cuál forma se debe garantizar la protección u otra prestación; por esta razón los deberes

³⁷ *Ibidem*, p. 136.

³⁸ ALEXY, R., “Grundrechte”, en H. J. Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, t. 1, pp. 949-954; BOROWSKI, M., *Die Glaubens- und...*, cit., p. 94. Respecto al lado positivo de los derechos fundamentales, véase BOROWSKI, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, p. 215 y ss.

definitivos de protección son menos frecuentes comparativamente. En vista de esto, la omisión de un acto de promoción puede ser clasificada como extremadamente injusta solamente bajo circunstancias muy especiales.

Cuarto, la distinción de hacer y no hacer se presenta como compleja y ambigua; sólo por mencionar la distinción formal y material de hacer y no hacer.³⁹ Ello se complica aún más por medio de los derechos de igualdad, que pueden otorgar pretensiones a la garantía de beneficios denegados –cuya negativa resulta contraria a la igualdad–, así como la defensa contra afectaciones gravosas contrarias a la igualdad.

Quinto, la cuestión de la igualdad, que tiene un significado importante en la concepción de justicia de RADBRUCH,⁴⁰ demuestra claramente que una reconstrucción completa de la cuestión de la creación de Derecho, producto de la omisión extremadamente injusta, exige también una reconstrucción comprensiva de la fórmula de la negación, es decir, en RADBRUCH, la negación de la justicia es esencialmente la negación de la igualdad.

3. LOS CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O VALIDEZ DEL DERECHO EN EL DERECHO NATURAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

La invalidación del Derecho positivo a través de la injusticia extrema se considera en la discusión acerca del concepto de Derecho como característica de la fórmula de RADBRUCH o del argumento de la injusticia. En vista de esto, puede producirse la impresión de que una teoría iusnaturalista debería basarse siempre en tal conexión y que esta cuestión no se plantea para los iuspositivistas desde un inicio. A partir de una observación más precisa, se presentan como falsas ambas suposiciones.

3.1. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LOS CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O VALIDEZ DEL DERECHO

Dentro del positivismo jurídico se defienden distintas posiciones fundamentales, en otras palabras, el positivismo jurídico excluyente y el incluyente.

³⁹ Sobre esta distinción, véase BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, p. 210 y ss.; BOROWSKI, M., *Elementos esenciales...*, cit., p. 217 y ss.

⁴⁰ Cfr. solamente RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, cit., p. 120 (Radbruch, G., *Gesamtausgabe*, t. 2., cit., p. 258): “la justicia [...] significa igualdad”.

3.1.1. *El positivismo jurídico excluyente*

Conforme al positivismo jurídico excluyente, los criterios morales para la existencia o validez del Derecho no son ni necesarios ni posibles. La imposibilidad de los criterios morales se desprende de que el Derecho por su naturaleza –como un fenómeno fundado a través de hechos sociales– no puede hacerse dependiente de la moral crítica.^{41,42} Para esta variante del positivismo jurídico, el planteamiento principal de este trabajo, la invalidación o creación del Derecho a través de criterios morales no es relevante desde un inicio.

3.1.2. *El positivismo jurídico incluyente*

Esta situación es distinta según el positivismo jurídico incluyente, conforme al cual los criterios morales para la existencia o validez del Derecho no son, a saber, necesarios, sino posibles.⁴³ No es casualidad que la distinción de HIRMA entre “componente necesario” y “componente suficiente”⁴⁴ fuera desarrollada en el marco de la explicación del positivismo jurídico incluyente. Si esta conexión entre moral y Derecho existe en un determinado sistema jurídico y qué forma e intensidad adopta, es determinado de conformidad con la decisión contingente en relación con los criterios de validez en ese sistema jurídico.

3.2. EL DERECHO NATURAL Y LOS CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O VALIDEZ DEL DERECHO

No pocas veces son caracterizadas las teorías iusnaturalistas o no-positivistas en el sentido de que estas niegan necesariamente la validez o existencia del

⁴¹ Esta distinción entre Derecho natural y positivismo sería trivializada, cuando para una conexión necesaria –en el sentido de la teoría de la conexión del Derecho naturalista– fuera significativa una conexión entre Derecho y moral positiva. Por “moral positiva” se entiende las concepciones morales que fácticamente predominan en un determinado grupo en un determinado tiempo (es decir, es un hecho social), mientras que la moral crítica se caracteriza únicamente a través de su justificación y puede dirigirse en contra de todas las concepciones morales que predominan en los hechos. Sobre la distinción entre moral positiva y moral crítica, véase, sobre todo, HART, H.L.A., *Law, Liberty, and Morality*, p. 17 y ss.

⁴² RAZ, J., *The Authority of Law*, p. 47; MARMOR, A., “Exclusive Legal Positivism”, en J. Coleman and S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, pp. 104-124.

⁴³ COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, p. 103 y ss.; cfr. ahora HART, H.L.A., “Postscript”, en H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 250 y ss.

⁴⁴ Véase el apartado 2.

Derecho positivo en el caso de un defecto moral relevante.⁴⁵ Esta caracterización resulta ser muy estrecha.

3.2.1. Formas de la conexión necesaria entre Derecho y moral

Como se mencionó al inicio de este trabajo, una teoría iusnaturalista es caracterizada por medio de una conexión necesaria entre Derecho y moral. Una posición según la cual los criterios morales son necesarios para la identificación del Derecho válido, es asumida por tal relación. Sin embargo, hay otras formas de una necesaria conexión relevante entre Derecho y moral que no emplean los criterios morales para la existencia y validez del Derecho. Por ejemplo, Robert ALEXY asume que la pretensión de corrección del Derecho justifica una “conexión cualificante” entre Derecho y moral, según la cual el Derecho inmoral se vuelve jurídicamente defectuoso, sin perder la existencia o validez.⁴⁶ Recientemente, ALEXY ha precisado la teoría de conexión iusnaturalista⁴⁷ en el sentido de que también la mera conexión cualificante conduce a una posición iusnaturalista.⁴⁸ Similar a la conexión cualificante de ALEXY es la distinción de John FINNIS entre “casos centrales del derecho” y “casos periféricos del derecho”, es decir, “significado central” y “significado secundario”.⁴⁹ Por lo demás, una relación entre Derecho y moral puede anclarse en la naturaleza del Derecho. Si se ve al Derecho como un medio para la satisfacción de la moral y se ve la seguridad jurídica como una demanda de la moral,⁵⁰ entonces existe con la seguridad jurídica un argumento moral favor de *no* hacer dependiente desde un inicio la existencia y validez del Derecho de su corrección interna. En este aspecto, puede existir

⁴⁵ Cfr., por ejemplo, KELSEN, H., “Das Problem der Gerechtigkeit”, en Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 355-444 (p. 442).

⁴⁶ ALEXY, R., *Begriff und...*, cit., p. 49; ALEXY, R., “The Nature of Arguments about the Nature of Law”, en Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson y Thomas Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, p. 15; ALEXY, R., “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, *American Journal of Jurisprudence*, No. 58, 2013, p. 104.

⁴⁷ ALEXY, R., “Some Reflections...”, cit., p. 98: “una versión más precisa”.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 98: “No existe una necesaria conexión entre validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y los méritos y deméritos morales o la corrección e incorrección, por el otro”.

⁴⁹ Cfr., sobre todo, FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., pp. 10 y 11, 364 y 365.

⁵⁰ Cfr. solamente RADBRUCH, G., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, p. 178 (nuevamente reimpresso en RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 2., cit., pp. 9-204 (p. 170): Es indispensable “el establecer en conexión la seguridad jurídica con la justicia [...] el clasificarla como un ideal comprensivo de la justicia, el considerarla a sí misma como una exigencia de la justicia en sentido amplio”.

una relevante conexión necesaria entre el Derecho y la moral más allá de los criterios morales para la existencia y validez del Derecho.⁵¹

3.2.2. La conexión cualificante y la validez jurídica

Por último, se debe dar un vistazo más preciso a la conexión cualificante. Como ya se mencionó, ALEXY subraya que la que la conexión cualificante no afecta la validez del Derecho calificado como defectuoso. Esto quiere decir para las normas defectuosas moral y jurídicamente, que el defecto no obstaculiza su validez: “no socava su validez”.⁵² Ello debe entenderse en el sentido de que un defecto moral, en el sentido de la conexión cualificante, nunca conduce a una invalidación del Derecho positivo, es decir, no posee ningún significado para la existencia y validez del Derecho.

3.2.2.1. El significado práctico de los defectos jurídicos fundados en la moral

Sin embargo, ALEXY recurre no sólo a un significado teórico, sino también práctico para la conexión cualificante: esta conexión es “de la mayor importancia para la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal del derecho”, y no sólo por razones teóricas, sino también por *razones de naturaleza práctica*.⁵³ ALEXY ilustra el significado práctico con ayuda del argumento siguiente: “Si el defecto fuera meramente uno moral, sería difícil de explicar el por qué un tribunal superior –independientemente de lo que el derecho positivo señale– tiene la habilitación jurídica de revocar la decisión injusta de un tribunal inferior en un caso en que esta decisión injusta es en todo aspecto compatible con el Derecho positivo, como lo sería una decisión justa”.⁵⁴

⁵¹ Cfr. también ELLScheid, G., “Strukturen naturrechtlichen Denkens”; en W. Hassemer, U. Neumann y F. Saliger (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, p. 147, nota a pie 19: “El pensamiento iusnaturalista no está limitado al problema de la nulidad de normas jurídicas, como quizás lo fue típicamente para el período de posguerra, en el cual el problema de la injusticia en el derecho estaba en primer plano”.

⁵² ALEXY, R., “Some Reflections...”, *cit.*, p. 104. Correspondientemente con otras publicaciones, esto significa que las normas defectuosas “pueden ser normas de derecho” (ALEXY, R., *Begriff und...*, *cit.*, p. 49) o “pueden contar, sin embargo, como normas jurídicas” (ALEXY, R., “The Nature of Arguments...”, *cit.*, p. 15).

⁵³ ALEXY, R., “Some Reflections...”, *cit.*, p. 104 (resaltado por Martin BOROWSKI).

⁵⁴ *Ibidem*.

Esta argumentación apunta al ámbito abierto⁵⁵ del Derecho positivo. Este es el ámbito restante de interpretaciones posibles después del uso de los cánones de interpretación. Todas estas interpretaciones son compatibles con el material positivizado. Con la conexión cualificante se puede –esta sería la idea de ALEXY– diferenciar ahora, dentro de la clase de interpretaciones posibles en el Derecho posible, entre interpretaciones moralmente defectuosas y no moralmente defectuosas. Debido a que conforme con la conexión cualificante las normas o decisiones moralmente defectuosas también son jurídicamente defectuosas, pueden presentarse interpretaciones, compatibles con el material positivizado, como contrarias a Derecho únicamente debido a su defecto moral. Esta interesante reconstrucción permite en los hechos la distinción entre “contrarias a derecho debido a la falta de compatibilidad con el material positivizado” y “contrarias a derecho únicamente debido a su defecto moral”. El argumento es el siguiente: El que consideremos a un tribunal superior como habilitado para revocar una decisión injusta de un tribunal inferior, a pesar de que la decisión injusta es completamente compatible con el material positivizado como lo sería una decisión justa, sería difícil de aclarar sin la conexión cualificante.

3.2.2.2. *El argumento de la decisión de salida contraria a Derecho debido únicamente a su injusticia y el positivismo incluyente*

Este argumento descansa, en primer lugar, en una serie de requisitos. Primero, el significado práctico presupone que exista en los hechos un tribunal superior. La existencia de instancias es una característica típica de los sistemas jurídicos modernos, pero no necesariamente una característica para la existencia de los sistemas jurídicos en lo absoluto. Las instancias son institucionalizadas a través del Derecho, es decir, su existencia es, por lo tanto, contingente estrictamente hablando. Segundo, también se establece en el Derecho positivo bajo qué requisitos están habilitados los tribunales superiores para revocar las decisiones de los tribunales inferiores. Esta puede ser una revocación en el caso de contradicción al Derecho de la decisión de salida (sobre esto ALEXY apunta con el argumento de la contradicción al Derecho de la decisión de salida, debido únicamente a su injusticia), pero el Derecho positivo podría también limitar la habilitación a una contradicción al Derecho basada en la incompatibilidad con el material positivizado. Tampoco estaría descartado adoptar una habilitación para el caso de lo contrario al Derecho o injusticia. Cuando la existencia de un tribunal superior, así como su poder jurídico, es una cuestión contingente del Derecho

⁵⁵ Véase la “textura abierta del derecho” de HART, en HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 124 y ss.

positivo, entonces también es válida la cuestión acerca de cuál rol desempeña la injusticia en este poder jurídico. Entonces, este poder jurídico de un tribunal superior de revocar decisiones injustas de tribunales inferiores podría ser explicado tanto con fundamento en el positivismo incluyente como con fundamento en la teoría iusnaturalista de ALEXY.⁵⁶

3.2.2.3. *La revocación de decisión jurisdiccional y la validez jurídica*

Además, en la revocación de una decisión jurisdiccional se encuentra necesariamente la revocación de una norma individual. La teoría pura del Derecho ha explicado que también los actos individuales de la administración y de la jurisprudencia son objetos normativos en el sentido de normas individuales.⁵⁷ Ello implica que ALEXY no puede afirmar al mismo tiempo que los tribunales superiores están necesariamente facultados para revocar decisiones contrarias al Derecho de los tribunales inferiores por su injusticia y que esto no afecte la validez de las normas. Si se sigue la argumentación de ALEXY sobre el necesario poder jurídico de los tribunales superiores para revocar decisiones de tribunales inferiores, esto implica la habilitación de los tribunales superiores de dejar sin validez las normas individuales establecidas por los tribunales inferiores y establecer en su lugar nuevas normas individuales. Esta es una conexión más débil que, comparativamente, una nulidad *ipso iure* de normas positivas conforme al argumento de la injusticia, pero es una conexión –necesaria, según ALEXY– que relativiza la validez jurídica de las normas jurídicas, al facultar, bajo ciertos requisitos, a un órgano para invalidar estas normas jurídicas.

Esta conexión tampoco está necesariamente limitada a las normas individuales. El argumento de la decisión inicial contraria a Derecho debido únicamente a su injusticia puede ampliarse a las normas generales. Ello se debe a que frecuentemente los tribunales están habilitados, en determinadas circunstancias, para revisar el control de las normas bajo el parámetro de la ilegalidad. Entonces, también se puede ampliar el argumento de ALEXY a las normas generales contrarias al Derecho únicamente por su injusticia. Esto daría lugar a una necesaria habilitación de los correspondientes tribunales de invalidar normas injustas (ojo: no sólo extremadamente injustas), en todo caso, dentro el ámbito abierto del Derecho positivo, el cual constituye el parámetro de control.

⁵⁶ Y en este sentido no es difícil de explicar sin la conexión cualificante iusnaturalista (véase el apartado 3.2.2.1).

⁵⁷ Véase solamente KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 242 y ss.

Todo ello podría analizarse de manera más profunda. Sin embargo, también debería quedar claro que, junto al significado práctico –al cual recurre ALEXY para la conexión cualificante–, está vinculada una habilitación para la invalidación del Derecho. La tesis de que esta conexión no socava la validez jurídica⁵⁸ parece difícil de sostener.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1996.
- ALEXY, R., "A Defense of Radbruch's Formula", en D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law – The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 1999.
- ALEXY, R., "The Nature of Arguments about the Nature of Law", en Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson y Thomas Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- ALEXY, R., "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris*, 21, 2008, pp. 281-299.
- ALEXY, R., "Grundrechte", en Hans Jörg Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, t. 1, 2ª ed., Felix Meiner Verlag, Hamburgo, 2010.
- ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, 5ª ed., Verlag Karl Alber, Friburgo/Múnich, 2011.
- ALEXY, R., "Die Doppelnatur des Rechts", *AöR*, No. 50, 2011, pp. 389-404.
- ALEXY, R., "Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis", *American Journal of Jurisprudence* 58, 2013, pp. 97-110.
- BOROWSKI, M., *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2006.
- BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2007.
- BOROWSKI, M., "Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch", en M. Borowski y Stanley L. Paulson (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015.
- BOROWSKI, M., "Die Vernichtung von Recht durch Moral", en F. Saliger (ed.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2017.

⁵⁸ Véase la nota a pie 53: "no menoscaba su validez".

- BOROWSKI, M., *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, traducción de Arnulfo Daniel Mateos Durán, tirant lo blanch, Ciudad de México, 2022.
- COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- ELLSCHIED, G., "Strukturen naturrechtlichen Denkens", en W. Hassemer, U. Neumann y F. Saliger (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2016.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.
- FUNKE, A., "Überlegungen zu Gustav Radbruchs 'Verleugnungsformel'", *ARSP*, No. 89, 2003, pp. 1-16.
- HART, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, No. 74, 1958, pp. 593-625.
- HART, H.L.A., *Law, Liberty, and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963.
- HART, H.L.A., "Postscript", en H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3ª ed., editado por Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HERBERT, M., *Radbruch'sche Formel und gesetzgeberisches Unterlassen. Eine philosophische und methodologische Untersuchung*, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- HIMMA, K. E., "Inclusive Legal Positivism", en J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- IPSEN, J., *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Viena, 1960.
- KELSEN, H., "Das Problem der Gerechtigkeit", en Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Viena, 1960.
- KOLLER, P., *Theorie des Rechts*, 2ª ed., Böhlau, Viena/Colonia/Weimar, 1997.
- MARMOR, A., "Exclusive Legal Positivism", en J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- PAULSON, S. L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, traducción de Alejandro Nava Tovar, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- SCHLAICH, K. y S. KORIOETH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2015.

RADBRUCH, G., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle und Meyer, Leipzig, 1914.

RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., editado por Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Koehler, Stuttgart, 1973.

RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., editado por Erik Wolf y Hans-Peter Schneider, Koehler, Stuttgart, 1973.

RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 3, editado por Arthur Kaufmann, reedición de Winfried Hassemer, C.F. Müller, Heidelberg, 1990.

RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe*, t. 2, editado por Arthur Kaufmann, C.F. Müller, Heidelberg, 1993.

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

ROSS, A., *Directives and Norms*, Routledge, Londres, 1968.

Recibido: 25/1/2024

Aprobado: 7/3/2024