

*CARLOS PÉREZ LAPORTA*

---

DE RADBRUCH A ALEXY: DERECHO INJUSTO Y  
RACIONALIDAD

*Treball Fi de Màster*  
*dirigit per*  
*Carmen Cortés Pacheco*

*Universitat Abat Oliba CEU*

**FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS**

*Màster en Dret*

---

2012



*A mi padre y a Carmen, por su tiempo*



«...Este hombre, señores, este hombre es inteligente. Ustedes lo han oído. ¿No es así? Sabe responder. Conoce el valor de las palabras. Y no cabe decir que actuó sin darse cuenta de lo que hacía»

Yo escuchaba y oía que se me juzgaba inteligente. Pero no comprendía bien cómo las cualidades de un hombre ordinario podían convertirse en acusaciones aplastantes contra un culpable.

Albert CAMUS, *El extranjero*



## **Resumen**

Este trabajo analiza la conexión entre Gustav RADBRUCH y Robert ALEXY desde la perspectiva de la doctrina del derecho injusto del primero, expuesta sintéticamente en lo que se ha conocido como la “fórmula de RADBRUCH”. Ambos autores, sin embargo, pertenecen a corrientes iusfilosóficas ciertamente diferenciables. En ese sentido, el trabajo pretende alcanzar en el significado profundo de la fórmula un cambio cognitivo respecto de lo jurídico que permita vehicular la relación entre ambos autores. A ello sirve de apoyo tanto la teoría filosófica en la que se sustente cada uno de los autores, como la reflexión sobre las circunstancias sociopolíticas en las que se ofrece cada uno de los sistemas.

## **Resum**

*Aquest treball analitza la connexió entre Gustav RADBRUCH i Robert ALEXY des de la perspectiva de la doctrina del dret injust del primer d'aquets autors, exposada sintèticament en el que s'ha anomenat "fórmula de RADBRUCH". Nogensmenys, els dos autors pertanyen a corrents iusfilosofiques certament diferenciables. Per això, aquest treball pretén trobar en el significat profund de la fórmula un canvi cognitiu respecte de lo jurídic que permeti vehicular la relació entre els dos autors. Serveix de suport tant la teoria filosòfica en la que fonamenti el sistema de cadascú dels autors, com les circumstàncies sociopolítiques en las que es ofereix cadascú dels sistemes.*

## **Abstract**

*This dissertation analyses the connexion between Gustav RADBRUCH and Robert ALEXY from the perspective of the unjust law's doctrine, synthetically exposed to the called RADBRUCH's formula. However, both authors belong to iusphilosophical currents. Owing to that, this paper tries to find, in the formula's deep meaning, a cognitive change on the law that allows the relation between these authors. For that,*

*it's useful to the foundation of this connexion either the philosophical theory that holds each author system or the reflection of the socio-political circumstances on which each author offers his system.*

### **Palabras claves / *Keywords***

Normativa - Trabajo académico - Investigación - Informe - Universitat Abat Oliba CEU
---

## Sumario

Introducción .....	11
1. RADBRUCH y la fórmula .....	13
1.1. La fórmula en su contexto .....	13
1.2. Análisis de la fórmula .....	16
1.3. El derecho supra legal: en torno a las tesis de contradicción y de continuidad .....	38
2. Posible continuidad en ALEXY .....	49
2.1. Teoría del discurso práctico general .....	49
2.2. La necesaria institucionalización de la razón .....	62
2.3. La racionalidad en el derecho: Justicia como corrección .....	70
Conclusión .....	81
Bibliografía .....	87



## Introducción

La fórmula de Gustav RADBRUCH y sus implicaciones iusfilosóficas constituye aún hoy una de las aportaciones de mayor calado frente al positivismo. La fórmula en sí, junto con los artículos doctrinales con los que la fue complementando, supusieron la piedra de toque para una reconsideración de la realidad jurídica tras la Segunda Guerra Mundial. Su fuerza y su validez general condujeron a una aceptación mayoritaria por parte de la jurisprudencia alemana de la posguerra, y a un enervamiento de la doctrina. Hoy se sigue planteando en autores como ALEXY la validez universal de ésta fórmula. En ese sentido el interés de este estudio consiste en averiguar la verdadera novedad de la fórmula en respecto de las diferentes corrientes anteriores (especialmente positivismo y iusnaturalismo racionalista) y verificar su independencia o su pertenencia con respecto de alguna de ellas.

No obstante, la novedad de la fórmula parece no sólo haberse enfrentado al positivismo alemán, sino a su propio sistema. No son pocos los autores que han querido ver en esta aportación una *conversión de Damasco*. En ese sentido, el primero de los dos apartados de este trabajo tiene la pretensión de dilucidar el verdadero significado de la fórmula a la luz de la doctrina de RADBRUCH tanto anterior como posterior a 1945. Tras esta pretensión se esconde la tesis de que la fórmula no sólo no constituye una mera transformación, sino que además encierra una novedad que va más allá de la fórmula para desarrollar su sistema. En ese sentido, debe adelantarse que no constituye el objeto de este análisis la descripción de todo su sistema, sino sólo en aquello que pueda referirse a la fórmula.

Este análisis, pese a pretender el significado profundo de la fórmula, no quiere perder de vista el contexto histórico frente al que la fórmula busca responder; pues, de forma necesaria, la situación sociocultural es parte esencial de la fórmula misma. Así mismo, la fórmula exige ser desgranada: ésta nunca fue publicada como tal, sino expresada en un artículo como colofón teórico en la resolución de una serie de casos, como se verá. En ese sentido la abundante literatura jurídica que a ella se ha referido debe servir de luz para que pueda ser analizada con la mayor precisión posible. Por último, debe ser valorado el resultado de estos análisis.

El resultado de este análisis se comparará con el sistema de Robert ALEXY. Incluso un repaso superficial de sus obras más conocidas muestra como mínimo la recepción de alguno de los elementos del sistema de RADBRUCH (entre ellos la

fórmula). Por este motivo, el análisis del sistema de ALEXY no pretende ser tampoco un estudio omnicomprendivo, sino una explicitación de la novedad de RADBRUCH en la fórmula valorada en el primero de los apartados. Sostiene este elemento del trabajo la tesis de que la inclusión de ciertos elementos radbruchianos en su sistema no constituye algo casual, sino que evidencia una lógica cuanto menos comparable.

Para ello se han escogido las obras de ALEXY que se han considerado oportunas para dilucidar esta conexión, teniendo en cuenta que éste nunca ha llegado a sistematizar su pensamiento en torno a la justicia. Ello ha llevado a analizar su teoría de la argumentación jurídica, como elemento fundamental de su comprensión de lo jurídico. Para ello se ha tenido que introducir primero su teoría del discurso, necesariamente previa a la teoría de la argumentación jurídica. Asimismo, se ha dedicado el último apartado a valorar esta discontinuidad.

Como se ha indicado, la tesis de este estudio es que existe una nota distintiva en el pensamiento de RADBRUCH, verdaderamente novedosa, que permite un avance en un momento histórico de colapso en que se presenta. Con la comparación con ALEXY se pretende afirmar que éste ha sustraído la novedad de aquel del contexto para proponerla sistematizada.

# 1. RADBRUCH y la fórmula

## 1.1. La fórmula en su contexto

El núcleo del presente estudio lo constituye la *Fórmula de Radbruch*. Su contenido se encuentra en el artículo que éste publicó en el número 5 del *Süddeutsche Juristen Zeitung* (agosto de 1946), bajo el título de *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht* (que al castellano se traduce por *Injusto<sup>1</sup> legal y derecho supralegal*). Las partes centrales son el segundo y tercer apartados del artículo; en el segundo se recoge una serie de casos en los que se describe la tensión propia de la posguerra alemana, a la que intentará responder en el tercer apartado (lugar donde expone la fórmula).

En ese sentido, antes de ser valorada en su contenido teórico, debe ser subrayado su valor histórico y político en la medida en que está dispuesta como contestación a un problema concreto. Pese a no ser esta la perspectiva central del trabajo, sirva al menos a modo de presentación de la fórmula. Con independencia de cualquier otra consideración –como bien ha señalado FULLER– la situación en la que se encontraba Alemania en el momento de publicar su artículo<sup>2</sup> era de *drástica emergencia*, con lo que la aportación de RADBRUCH sobrepasa en su significación los límites de lo estrictamente jurídico<sup>3</sup>.

Las instituciones alemanas debían ser restauradas afrontando de forma directa el drama de la disyuntiva entre la legalidad y justicia, que hasta entonces se había mantenido más o menos puro en el ámbito teórico, pero que ahora se podría calificar

---

<sup>1</sup> En particular, la traducción que se ha utilizado para el presente estudio es la de María Isabel AZARETO DE VÁZQUEZ, en la Edición de Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962. Sin entrar en explicaciones que conciernen al hilo de la argumentación del presente trabajo, debe señalarse ya que esta traducción es equívoca. El término alemán *Unrecht* no significa arbitrariedad (que en alemán correspondería al término *Willkür*); tampoco significa injusto (que en sería *Ungerecht*) como se ha traducido en otras ediciones. El término *Unrecht* no tiene traducción en la lengua castellano; vendría a ser la negación del derecho (*no-derecho*). Esta cuestión es de suma importancia para el desarrollo de la fórmula, como se verá más adelante.

<sup>2</sup> Aunque no es el único que contribuye en ese sentido. Debiera tenerse en cuenta toda su producción de posguerra: *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), *Gerechtigkeit und Gnade* (1949), *Neuen Parteien-Neuer Geist* (1945), *Der Geiste der englischen Recht* (1947),... pero en especial *Die Natur der Sache als Juristische Form* (1948).

<sup>3</sup> Cfr. Lon L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 655 y ss.

de social. El respeto por la ley que sostiene a la autoridad descansa en el valor social que se le pueda suponer a aquella, ya sea en su legitimidad racional, tradicional o carismática<sup>4</sup>. La sociedad alemana debía recuperar el sentido de la justicia atravesando la triple transgresión que había supuesto la afirmación del nazismo. No puede olvidarse que Hitler gana las elecciones con mayoría absoluta (según WEBER, con legitimidad racional)<sup>5</sup>, intentando recuperar e instalarse en el último latigazo del *Volkgeist* alemán (del espíritu del pueblo alemán; según WEBER, legitimidad tradicional)<sup>6</sup> y en el espacio dejado al mesianismo político debido al contexto socioeconómico (según WEBER, legitimidad carismática)<sup>7</sup>. En cierto modo, el peso histórico-cultural de la Segunda Guerra Mundial caía en gran parte sobre toda la nación alemana<sup>8</sup>. Es en ese sentido que, con gran dureza se expresaban los

---

<sup>4</sup> Max WEBER, *Economía y Sociedad*, FCE, México D.F., 1969, p. 172.

<sup>5</sup> El mismo RADBRUCH acusa a la democracia positivista de esta cuestión: «El positivismo ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido arbitrario»; o. c., p. 35. De hecho, de forma totalmente legal, Hitler fue variando todo el sistema jurídico-político de Alemania: primero la *Ley de Poderes* de 24 de marzo de 1931 (llamado el *Führerprinzip*), luego la *Ley para asegurar la unidad del Partido y del Estado* del 1 de diciembre de 1933 y, finalmente, mediante la *Ley de Reconstrucción* del 30 de enero de 1934 (cfr. Arnold TOYNBEE, *La Europa de Hitler*, Sarpe, Madrid, 1986, p. 41).

<sup>6</sup> Como afirma SABINE, la tradición germánica se había transformado propiamente en el mito racial: «A finales de siglo, un inglés germanizado, Houston Stewart Chamberlain, y su padre político, Richard Wagner, popularizaron el mito ario en Alemania y convirtieron el germanismo en una pretensión de superación nacional. En el periodo que siguió a la Primera Guerra Mundial sirvió para curar las heridas de la humillación nacional»; en *Historia de la Teoría Política*, FCE, México D.F., p. 666. No obstante, la tradición entremezclada con la mitología será precisamente aquello que constituirá la nueva historicidad del pueblo alemán, como señalará Hitler en su *Mein Kampf*: «El propósito máximo del estado racial es el cuidado por la preservación de aquellos elementos raciales primarios que, al formar la cultura, crean la belleza y la dignidad de una humanidad superior»; citado por SABINE, o. c. p. 663.

<sup>7</sup> «A la cabeza de la élite nacionalsocialista está el Líder, en cuyo nombre se hace todo [...]. La relación del líder con el *Volk* era esencialmente mística o irracional. Era lo que Max Weber llamó “carismática”» Ibid. p. 665. Además «seis millones de parados y la destrucción de millares de empresas propiciaban una revolución, o una forma de mesianismo político» (José Luis COMELLAS, *Historia breve del Mundo Contemporáneo*, Rialp, Madrid, 2004, p. 315)

<sup>8</sup> «*Es war von Deutschland zuviel Unrecht ausgegangen, zuviel unschuldiges Blut von zuvielen Händen vergossen worden, als daß sich die Deutschen guten gewiessens auf Befehlsnotstand hätten berufen können [...] Alle deutschen sollten durch gerichtlich verordnete Buße von ihre Schuld gereinigt werden*»; Hans HATTENHAUER, en *Europäischen Rechtsgeschichte*, 3 edic, CF Müller, Heidelberg, 1999, p. 745. Como este autor reconoce, todo el pueblo alemán podía situarse en una de estas categorías: culpables principales (*Hauptschuldige*), con culpa (*Belastete*), culpabilidad menor (*Minderbelastete*), simpatizantes (*Mitläufer*) y exonerados (*Entlastete*).

*Tres Grandes* en Febrero de 1945, en la Conferencia de Yalta, respecto de la acción *necesaria* sobre el pueblo alemán:

Destruir el poder militar alemán y el nazismo y asegurar que Alemania nunca más tenga la capacidad de perturbar la paz mundial es nuestro inflexible propósito. Estamos decididos a desarmar y disolver todas las fuerzas germanas<sup>9</sup> [...] No es nuestro propósito destruir al pueblo alemán, pero sólo cuando se haya extirpado el militarismo y el nazismo, habrá esperanza de una vida decente para los alemanes, y un sitio para ellos en la comunidad internacional<sup>10</sup>

La situación política en que Alemania se encontraba era un pedregoso cruce de caminos: «Radbruch veía por un lado las demandas del orden y por otro las de buen orden»<sup>11</sup>. Si se clamaba por la justicia se ponía en riesgo la cuestión del orden y, al mismo tiempo, si simplemente se mantenía el orden no se hacía nada por evitar que la injusticia permaneciese enhebrada en el mismo sistema. Ciertamente, los errores de contenido de la norma, de suyo, no ponen en riesgo la legitimidad aparente de cualquier norma (su positividad); pues, tal y como lo expone JAKOBS, «la retirada hacia la positividad impone la carga del riesgo de un error sobre el contenido de la norma a la generalidad, pero preserva así el ordenamiento de todos los ataques en contra de su legitimidad»<sup>12</sup>.

Sin embargo, puede considerarse –y así parece ser para los *Tres Grandes*– que un error demasiado abultado sí que pudiera dar espacio a la duda respecto de la capacidad de promulgar normas de la generalidad misma a la que se haga referencia; lo que quiere decir que la asunción del riesgo del error por la generalidad no anula el riesgo, sino que sólo lo traslada, pudiendo sobrecargar al sujeto tras el que se esconda. La retirada hacia la positividad, esto es, el positivismo, evita los

---

<sup>9</sup> De hecho, lo único que evitó la aplicación del *plan Morgenthau*, que consistía en reducir Alemania a un país pastoril, fue la oposición de Churchill (cf. José Luis COMELLAS, o. c., p. 370).

<sup>10</sup> Citado por Hans Hattenhauer, o.c., p. 734. (Texto Original: «*It is our inflexible purpose to destroy German militarism and Nazism and to ensure that Germany will never again be able to disturb the peace of the world. We are determined to disarm and disband all German forces [...] Its not our purpose to destroy the people of Germany, but only when Nazism and militarism have been extirpated, will there be hope for a decent life for Germans, and place for them in the community of nations*»)

<sup>11</sup> Isabel Azareto de Vázquez, Prólogo de la edición, o. c., p. 18.

<sup>12</sup> *El principio de culpabilidad*, Texto ampliado de la conferencia pronunciada por el profesor Günther JAKOBS, en la Universidad Complutense de Madrid el 13-5-1992, traducido por Manuel CANCIO MELIA, publicado en el Anuario de Derecho Penal y de Ciencias Penales, septiembre-diciembre, 1992, p. 1064.

ataques contra la legitimidad de la positividad, pero no contra aquel que lo promulga. Mantener el riesgo en la generalidad, significaba mantener a la Nación alemana en el *centro de la injusticia*<sup>13</sup>.

Esta cuestión sacaba a relucir en forma de urgente necesidad las dos cuestiones que aguijonean todo sistema de filosofía del derecho desde Grecia hasta hoy: a saber, por un lado si cualquier expresión dictada de forma procedimentalmente adecuada constituye de por sí derecho; y por otro, si se tiene el deber de obedecer a cualquier contenido jurídico. Ambas cuestiones redundan de un modo u otro sobre la pregunta filosófica por el derecho; su definición y localización dentro de un marco filosófico general tienen una gran responsabilidad sobre los grandes asuntos sociopolíticos de un país.

## 1.2. Análisis de la fórmula

Sin más debiera entrarse ya analizar el contenido mismo de la fórmula, para seguidamente comparar su fuerza con la resistencia del problema. Reza del siguiente modo:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.

Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de *injusto* legal y de las leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica<sup>14</sup>.

Para el análisis de la fórmula está generalmente aceptada la división en dos partes realizada por SCHUMACHER. Por un lado, haciéndose coincidir con el primer párrafo, se expone un límite a la validez objetiva del derecho positivo: una contradicción con

---

<sup>13</sup> Lon L. FULLER sostiene que era imposible mantener aquella carga y habla de un *envenenamiento* del nombre de la ley. Cfr. o.c., p. 648.

<sup>14</sup> Gustav RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, o. c., p. 37. La palabra en cursiva "injusto" sustituye a la palabra "arbitrariedad" de la traducción original, por lo explicado en la nota 1.

la justicia que alcance una *medida insoportable* conlleva la pérdida de la validez jurídica, *cediendo su lugar a la justicia*. Esta parte recibe el nombre de *fórmula de la intolerancia*. Por otro lado, ya en el segundo párrafo, el límite se impone a la naturaleza jurídica de las pretensiones legislativas: fuera de una referencia mínima a la justicia, por la que se entiende expresa y conscientemente negada la igualdad – que es *médula de la justicia*–, la pretensión política se mueve fuera del ámbito de la juridicidad. Ésta ha sido bautizada como la *fórmula de la negación*<sup>15</sup>.

Como puede observarse las delimitaciones son absolutamente paralelas: ni sus puntos de partida ni el desarrollo ideológico de cada una son idénticos en una y otra parte de la fórmula. La primera se mueve en el ámbito de la validez jurídica, mientras que la segunda lo hace en el análisis de la naturaleza jurídica<sup>16</sup>. Para RADBRUCH no es lo mismo la *validez jurídica* de una ley que su *naturaleza jurídica*. Siendo cierto que en el artículo en una ocasión utiliza ambas expresiones de manera indistinta<sup>17</sup>, también lo es que en su manual (1914) y en su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1948) –obras donde expone con mayor claridad su sistema– les dedica capítulos diferentes; a lo que se ha añadido la literalidad del texto de la fórmula cuando separa drásticamente ambas partes con esta expresión (*se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud*).

Sin embargo debe reconocerse que esta, como cualquier diferencia, descansa en un lugar común para ambos conceptos (validez y naturaleza): la idea de derecho. La diferencia está constituida en torno a la conexión de cada uno de los conceptos respecto de la idea de derecho. Todos los casos expuestos en el apartado segundo redundan en dos demandas, íntimamente conectadas entre sí, a las que la fórmula pretende responder: en primer lugar, qué sea o no derecho, y, en segundo lugar, cuándo un derecho es o no *válido*. Como puede intuirse el modo de proceder de este análisis varía el orden en que se exponen las dos fórmulas en el artículo original: en primer lugar se tomará la fórmula de la *negación* y, en segundo lugar, la de la *intolerancia*. La razón es muy sencilla: se ha considerado oportuno discutir

---

<sup>15</sup> Bjorn SCHUMACHER, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Tesis Doctoral, Göttingen, 1985, p. 24 y ss.

<sup>16</sup> También lo plantea de este modo Ulfried NEUMANN, en *Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs – Kontinuitäten und Diskontinuitäten* en Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (editor). *Vom Rechte, das mit uns geboren ist*, Herder Verlag, Freiburg, 2007.

<sup>17</sup> Tras afirmar la fórmula de la negación, en su explicación concluye lo siguiente: «Medidos según este patrón, sectores enteros del derecho nacional socialista no llegaron jamás a la dignidad de derecho válido»; *Arbitrariedad...*, o. c., p. 38.

primero la delimitación de la naturaleza jurídica porque metodológicamente, frente a una norma, sería absurda la discusión de su validez jurídica sin haber procedido a reconocer su naturaleza jurídica. Esta forma de proceder parece ser más pedagógica respecto de la comprensión de la idea de derecho. Además, RADBRUCH, tanto en su manual como en la Introducción a la Filosofía del derecho procede del mismo modo.

- *La formula de la negación.*

Antes de analizar la naturaleza jurídica o la realidad jurídica, debemos realizar el análisis del concepto de derecho. No sólo porque así se proceda en la metodología neokantiana<sup>18</sup>, de la que participa RADBRUCH, sino porque la noción de *naturaleza* no aparece en su pensamiento sistematizada hasta después de la publicación del artículo principal que estamos tratando<sup>19</sup>. En ese sentido, debe suponerse que su utilización viene a responder precisamente al resquebrajamiento producido por la *injusticia del nacionalsocialismo*, y no sólo en el *status quo* jurídico-político de Alemania, sino también en su propio sistema. En ese sentido no puede darse por sentado que se trata de una aportación *ex novo*, desligada de toda su teoría; y aunque tampoco deba darse por supuesto la continuidad, es evidente que este concepto sólo puede comprenderse desde el camino que el propio RADBRUCH tuvo que recorrer, con independencia de su ánimo de ruptura o continuidad. Por su parte, la valoración ésta última cuestión corresponderá al siguiente apartado.

---

<sup>18</sup> Los neokantianos reproponen la misma forma de proceder que constituyó *revolución copernicana* de KANT, aplicando el modelo de los científicos al derecho; pues estos «comprendieron que la razón no comprende más que lo que ella produce en su bosquejo; que debe adelantarse con principios de sus juicios, según leyes constantes, y obligar a la naturaleza a responder a sus preguntas y no dejarse conducir como con andaderas [...] consiste en aprender de la naturaleza conforme a lo que la razón a puesto en ella [los conceptos]» (*Crítica de la Razón pura*, B XIII). Para comprender el sentido de filosofía neokantiana de RADBRUCH sería absurdo proceder de otro modo: lo que deba entenderse por naturaleza jurídica parte necesariamente del concepto de derecho.

<sup>19</sup> Si bien lo cita en su manual el concepto de *naturaleza de las cosas*, como algo separable del concepto de derecho, lo hace para criticarlo. En 1948, sin embargo, publicará un artículo dedicado exclusivamente a este concepto (*Natur der Sache als Juristische Denkform*), después del artículo de la fórmula

Por todo ello, la pregunta por la naturaleza jurídica remite a la pregunta por el concepto de derecho. RADBRUCH define el concepto de derecho de la siguiente forma:

El concepto del derecho es un concepto cultural, o lo que es lo mismo, un concepto de una realidad referida a valores, o una realidad cuyo sentido consiste en estar al servicio de los valores. El *derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho*. El concepto de derecho está, pues, predibujado en la idea de derecho<sup>20</sup>.

Como puede observarse el concepto prefigura una realidad cuyo sentido estriba en orientarse a otra *cosa*: a saber, la idea de derecho. Por tanto la pregunta por el derecho debe reconducirse a la pregunta por la idea de derecho, y ésta «no puede ser otra que la justicia»<sup>21</sup>. La justicia constituye, entonces, el sentido del derecho.

Este concepto tiene dos notas esenciales que deben ser explicadas antes de afrontar la cuestión de la justicia: por un lado se trata de un concepto *a priori* y, por otro, es un concepto *referido a un valor*. Como puede observarse, «esta determinación conceptual no se ha obtenido inductivamente de los fenómenos jurídicos singulares, sino que se ha derivado deductivamente de la idea de derecho»<sup>22</sup>. Lo que quiere decir que el concepto de derecho es *prejurídico*, por lo que es *a priori* de la ciencia jurídica. Esta cuestión tiene unas consecuencias metodológicas fundamentales en RADBRUCH. El concepto de derecho, en cuanto que concepto, es una categoría *a priori* del entendimiento que permite a la razón aprehender en cuanto que jurídico lo que ha recibido por la sensibilidad. La realidad jurídica (ordenamiento) pertenece al mundo del ser, es un hecho<sup>23</sup>. Por tanto se expresa a nuestra sensibilidad (*Sinnlichkeit*) en cuanto que dato empírico<sup>24</sup>, para ser aprehendido por la categoría jurídica de nuestro entendimiento (*Verstand*)<sup>25</sup>. La realidad jurídica es tal cuando la razón así la conforma uniendo los datos empíricos

---

<sup>20</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 44. Es significativo, especialmente cara a la comprensión de la naturaleza jurídica, que el concepto de derecho no haya variado en su sistema después de este artículo (Cf. *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México D. F., 1973, p. 46 y ss.)

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 49.

<sup>23</sup> *Ibíd.* p. 46.

<sup>24</sup> Esta es la diferencia principal entre moral y derecho para KANT, que el derecho, en cuanto que realidad externa constituye un dato empírico del comportamiento debido.

bajo la relación lógica que ofrece la forma del concepto de derecho (pasando de datos a realidad, esto es, a objeto, y en este caso jurídico); es decir, será jurídica una realidad cuando pueda ser subsumida bajo el concepto de derecho<sup>26</sup>.

Por tanto –siendo así que sólo podrá ser aprehendida por la razón en cuanto que jurídica aquella percepción empírica que contenga la forma descrita por el concepto de derecho– de la definición del derecho como concepto *a priori* se fundamenta el derecho en cuanto objetivo (*Gegenstand*)<sup>27</sup>: «estamos ante una nítida y rigurosa línea divisoria entre lo que es derecho y lo que no lo es»<sup>28</sup>. Fuera de la categoría de derecho, de sus condiciones *a priori*, no puede pensarse realidad jurídica alguna. Por tanto, «no se puede definir el derecho, aun el derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia»<sup>29</sup>. Pero al mismo tiempo, si el derecho era aquella realidad cuyo sentido

---

<sup>25</sup> «El entendimiento en Kant consiste siempre en la subsunción de la intuición bajo un concepto» (Eusebi COLOMER, *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger*, Vol. I, Herder, Barcelona, 1986, p. 80).

<sup>26</sup> Esta cuestión la estudia KANT en su lógica trascendental: «La lógica trascendental estudia los conceptos a priori del entendimiento en cuanto que condiciones necesarias para pensar los objetos (esto es, los datos de la intuición sensible)» (Frederick COPLESTON, *Historia de la filosofía*, Vol. 6, Ariel, Barcelona, 1974, p. 239).

<sup>27</sup> La raíz kantiana del pensamiento de RADBRUCH es en este punto evidente, donde la objetividad la constituye la cognoscibilidad *a priori* y sus exigencias: «Para que un conocimiento pueda tener realidad objetiva es decir referirse a un objeto, y tener en el su sentido y significación, es necesario que el objeto se pueda dar [a la razón] de alguna manera», Immanuel KANT, *Crítica de la razón pura*, A155, B194.

<sup>28</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 48. Debe anotarse aquí el hecho de que en el artículo de *Arbitrariedad...* lo que resulta cristalino es la fórmula de la tolerancia, y en la obra de *Introducción...* la que goza de esa nota es la de la negación. Este vuelco de RADBRUCH, junto con tantos otros, es natural en el pensamiento de RADBRUCH. Este punto será explicado en el siguiente apartado.

<sup>29</sup> Gustav RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, o. c., p. 36. Debe precisarse que en el pensamiento de RADBRUCH, la justicia «no es el principio exhaustivo sino específico del derecho que nos da la pauta para la determinación conceptual del mismo: *Derecho en la realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia*», Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 47. En ese sentido del concepto de derecho se desprenden cuatro condiciones a priori: 1) que tenga realidad (*positivo*); 2) que se eleve valorativa e imperativamente por encima del resto de realidades (*normativo*); 3) que regule la convivencia humana (*social*), y 4) que debe establecer la igualdad entre los afectados (*general*); Cf. Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 47. Estas dos últimas se hacen depender, como se verá más adelante, de la orientación a la justicia.

estribaba en servir a la idea de derecho (justicia), siempre que *exista* el derecho de forma *necesaria* y *universal* se está sirviendo a la justicia<sup>30</sup>.

Por otro lado, el concepto de derecho es un concepto *referido a un valor*. Esto significa que el derecho *está referido* a la idea de derecho (justicia) pero no *es* la idea de derecho misma. Lo que hace jurídica una realidad no es ella misma sino su sentido; esto es, su orientación a la justicia. Dicho de otro modo, no es la identidad entre derecho y justicia lo que permite hablar de derecho, sino su aspiración a serlo. Del mismo modo que bajo el concepto de Arte, se «abarca, al lado del arte grande, realizaciones verdaderamente deplorables [...] en cuanto que pueden ser consideradas como el resultado malogrado de una aspiración artística, de la aspiración a la belleza»<sup>31</sup>. Esta nota permite aprehender la variedad de ordenamientos bajo un mismo concepto de derecho (puro); es por ello que matiza la nota apodíctica antes comentada. Para la percepción de la justicia, lo que la razón conecta en la constatación empírica es una orientación a la justicia y no la justicia misma. Ello indica que *toda* aspiración a la idea de derecho (justicia) constituye *una* realización de dicha idea. Es en este sentido que puede hablarse de que el derecho es un fenómeno cultural: en la medida en que *cada* derecho es *una* realización de la justicia, la multiplicidad de realidades jurídicas, expresadas en la diversidad de pueblos y tiempos de dichos pueblos, constituye una multiplicidad de referencias a la justicia.

Ambas notas conducen de forma indefectible a entrar en la cuestión de la justicia en RADBRUCH; sólo en la medida en que sea comprendida la justicia, en cuanto que idea del derecho, puede comprenderse la conformación y comprensión de la realidad jurídica. Tanto la cuestión de la determinación *a priori* de lo jurídico como su estructura referencial toman forma en la idea de justicia: lo que sea la justicia indicará la orientación a ella exigida como condición *a priori* del concepto de derecho y su forma permitirá comprender la diversidad de realizaciones culturales en cuanto que jurídicas. Por tanto, el problema de la comprensión de lo jurídico se especifica en la comprensión de la justicia. RADBRUCH, al respecto, realiza la siguiente argumentación:

---

<sup>30</sup> Necesidad y estricta universalidad son los rasgos característicos del conocimiento *a priori*, y se pertenecen recíprocamente de manera indisoluble en KANT. Es universal porque en todas las expresiones jurídicas se da la orientación a la justicia y es necesario porque no puede haber expresión jurídica donde no haya orientación a la justicia. Eusebi COLOMER, *El pensamiento alemán de...*, o. c., p. 10,5 y ss.

<sup>31</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 47.

Pudiera intentarse ver únicamente en la justicia una manifestación de lo moralmente bueno. Y así lo es, en efecto, cuando se la considera como propiedad humana, como virtud [...]. Pero esta justicia en sentido subjetivo, no puede definirse de otra manera que como el estado de conciencia dirigido a la justicia objetiva. [...]

Lo justo, en cambio, en el sentido de la justicia objetiva no puede ser más que una relación entre hombres. [...] <sup>32</sup> el patrón de la justicia [se expresa] en una ordenación ideal de la sociedad <sup>33</sup>.

Lo justo objetivo está constituido, entonces, por una relación ideal entre hombres, que debe ser realizada. La justicia comprende una relación de hombres en cuanto que hombres; esto es, que asimila la individualidad de cada uno de los términos de la relación (individuo A e individuo B) como susceptibles de ser subsumidos bajo la categoría general de individuos <sup>34</sup>, que permite cierta equivalencia entre ellos. Es por ello que «justicia en semejante sentido significa igualdad» <sup>35</sup>.

En este punto se encuentra la clave de la problematicidad de la *fórmula de la negación*; pues la justicia entre sujetos (la equiparación) a la que se refiere, constituye únicamente *la forma* del derecho, cualquiera que ella sea: «La igualdad es siempre una abstracción desde un punto de vista determinado de una desigualdad dada» <sup>36</sup>. El derecho es derecho en cuanto que constituye la construcción de *una* generalidad, porque entonces estará proporcionando una equivalencia entre individuos; pero en nada importa cuál sea ésta equivalencia porque, con independencia de cuál sea, se estará orientando a la justicia. Con lo que la orientación a la justicia de un orden jurídico no puede significar nada más allá de

---

<sup>32</sup> En este punto RADBRUCH introduce otras formas de justicia que no interesa a la argumentación. Se trata de la justicia del juez, la juridicidad. Cf. Gustav RADBRUCH *Filosofía...*, o. c., p. 45; de él mismo también en *Introducción...*, o. c., p. 33.

<sup>33</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 45.

<sup>34</sup> Esta argumentación misma la utiliza RADBRUCH para fundamentar el carácter derivado de la justicia conmutativa con respecto a la distributiva: «para que la justicia conmutativa pueda llegar a aplicarse es necesario que se reconozca la capacidad jurídica igual a las personas interesadas en ella»; Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 32; también *Filosofía...*, o. c., p. 46.

<sup>35</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 45. Este constituye en verdad el principio universal del derecho de KANT: «Es justa toda acción que por sí, por su máxima, no es un obstáculo á la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales»; Immanuel KANT, *Principios Metafísicos del Derecho*, Espuela de Plata, Buenos Aires, 2004, p. 43.

<sup>36</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 46.

su despliegue en cuanto que construcción general; nada dice ésta orientación en lo relativo al contenido necesario de esa igualdad:

La idea de justicia es una idea formal. No da respuesta a dos preguntas sino que las presupone más bien como no contestadas. Supone el trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales, con arreglo a la misma pauta, pero sin que pueda decirnos 1) quién debe considerarse igual y a quién desigual, ni 2) cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales. [...]. La justicia sólo puede determinar la forma de la ley: el que esta sea igual para todos los considerados iguales y revista, por tanto, la forma de la generalidad<sup>37</sup>.

El contenido del concepto de derecho, su orientación a la justicia, es, en todo caso, una determinación formal. Nada avanza respecto de la realidad jurídica en sí. Esta cuestión, decimos, encierra la problematicidad de esta parte de la fórmula pues estas consideraciones llevarían a afirmar de forma directa que todos los fenómenos jurídicos así pensados, por su orientación formal a la justicia, serían necesaria y universalmente justos. Dicho de forma más sencilla, la posibilidad de que un ordenamiento fuese considerado jurídico, con todas sus consecuencias, se haría depender única y exclusivamente de su forma jurídica. Tanto es así que incluso la más *perversa* intención legislativa, si se presenta en forma generalizada, «no surge con plena desnudez [...] sino cubierto con el ropaje derecho» y en ese sentido, por «la forma del derecho, cualquiera que sea su contenido, favorece cabalmente, siempre a los oprimidos»<sup>38</sup>.

El concepto, único lugar desde el que hablar de lo jurídico en términos científicos, no permite acceder al contenido de la naturaleza más allá de las condiciones a priori impuestas por él. Este problema es inherente a la metodología kantiana. El obstáculo se encuentra en la limitación del uso objetivo de los conceptos:

Los conceptos puros, [...] no producen conocimiento más que en cuanto este conocimiento y por ende también por medio de él, los conceptos pueden ser aplicados a intuiciones empíricas. Las categorías, pues, no nos proporcionan por medio de la intuición conocimiento alguno de las cosas, a no ser tan sólo por su posible aplicación de la intuición empírica, es decir que sirven sólo para la posibilidad del conocimiento empírico. Éste, empero se llama experiencia. Por consiguiente, las categorías no obtienen uso alguno, para el conocimiento de las cosas, más que en cuanto éstas son admitidas como objetos de experiencia posible<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., pp. 33-34 pp. 33-34. Cfr. en *Filosofía...*, pp. 46-47.

<sup>38</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., *Filosofía...*, p. 245.

<sup>39</sup> Immanuel KANT, *Crítica de la Razón pura*, B 146-147.

Esta cuestión permite concluir, con KANT, que no hay ningún conocimiento *a priori* más allá de los posibles objetos de la experiencia; y estos son formalidad pura. La multiplicidad de objetos que admite como posibilidad la forma del entendimiento en sus categorías (todo aquello que pueda ser subsumido bajo un concepto, esto es, que cumpla sus condiciones *a priori*) constituye el único conocimiento posible. En ese sentido sólo es posible un conocimiento formal *a priori*: «las categorías y los conceptos puros carecen de contenido, no dan a conocer nada por sí solos y sólo hacen conocer cuando se encarnan en un material ofrecido por la sensibilidad»<sup>40</sup>.

La pregunta que se sigue de este problema es la posibilidad del conocimiento científico de la naturaleza (y con ello de la ciencia jurídica respecto de la naturaleza jurídica). Si el único conocimiento *a priori*, y por tanto susceptible de ser fundamentado, son las categorías del entendimiento en cuanto que posibilidad de conocimiento empírico, el único conocimiento científico posible es el formal. Ello tiene dos consecuencias: la primera que las cosas no pueden aprehenderse en sí mismas (*noúmeno*) en la medida en que no pueden intuirse en la experiencia, siendo que esta intuición es la única de la que goza el hombre; la segunda, que las cosas expresadas empíricamente sólo pueden ser fundamentadas por el hecho de que constituyan objetos posibles de las categorías del entendimiento. El conocimiento científico, confinado al mundo fenoménico, está en jaque en la medida en que la única fundamentación posible no está en otro sitio que en la cognoscibilidad del sujeto. KANT resuelve la tensión reafirmando en su método:

El entendimiento es el origen de orden general de la naturaleza, en tanto que concibe todos los fenómenos bajo sus propias leyes y de este modo realiza ante todo *a priori* la experiencia según su forma, de suerte que todo lo que debe ser conocido por la experiencia está sometido necesariamente a estas leyes. Pues no tenemos nada que ver con la naturaleza de las cosas en sí mismas que es tan independiente de las condiciones de nuestra sensibilidad como las de nuestro entendimiento, sino con la naturaleza como un objeto de nuestra experiencia posible. Y así el entendimiento en tanto que hace a ésta posible, hace igualmente que el mundo de los sentidos o bien no sea objeto alguno de experiencia o bien sea una naturaleza<sup>41</sup>

Lo que en modo resumido viene a significar que «la misma naturaleza es un producto de nuestro entendimiento»<sup>42</sup>. Ya se había afirmado que todo lo que se constituye en objeto (experiencia que se subsume bajo una categoría) forma una

---

<sup>40</sup> Eusebi COLOMER, *o. c.*, p. 139.

<sup>41</sup> Immanuel KANT, *Prolegómenos a toda metafísica futura*, Aguilar, Buenos Aires, 1959, p. 138.

<sup>42</sup> Eusebi COLOMER, *o. c.*, p. 140.

*naturaleza* respecto de la unidad de la consciencia en general; lo único **que** hace ahora KANT es sacar del fondo la única consecuencia coherente con éste método: «que las condiciones necesarias para esta relación son el fundamento de las leyes de la naturaleza»<sup>43</sup>. La ciencia es fundamentable sólo en cuanto que las condiciones a priori del entendimiento son idénticas a las leyes de la naturaleza; y eso es así porque es el entendimiento el que, mediante sus conceptos, ha *formado la naturaleza*. De este modo, aunque se resuelve lógicamente la fundamentación del conocimiento científico, éste se limita a la cognoscibilidad a las condiciones formales del entendimiento; en nada influye la experiencia siendo que éstas condiciones están situadas *a priori* de ella. La experiencia es necesaria, pero no cambia en nada al entendimiento: lo real experimentado «es confinado de este modo dentro de los límites de una sensibilidad vaciada de [contenido de] sentido»<sup>44</sup>. Del mismo modo que no existe contenido de sentido en la formalidad del entendimiento, tampoco existirá en la *naturaleza* por éste producido siempre que sea reducida a las condiciones de fundamentación impuestas por la razón.

Las consecuencias gnoseológicas son muy diversas; en nuestro ámbito ya han sido explicadas: no existe fundamentación posible del contenido jurídico de sentido. La mera *orientación* a la justicia es conformadora de la *naturaleza* jurídica, entendida como producto del concepto de derecho. Esta *naturaleza* proyectada desde el concepto no resuelve en ningún sentido la problemática del contenido. En la medida en que deba tratarse de un discernimiento a priori, para que la verdad de la afirmación “la norma X es derecho” pueda ser fundamentada es necesario que entre término “norma X” y el término derecho “derecho” exista una relación causal. La relación causal para RADBRUCH, es una igualdad formal (esto es, cualquier igualdad). Por eso llega a afirmar que «únicamente tiene validez general la categoría de derecho justo, más no ninguna de sus aplicaciones»<sup>45</sup>.

La fórmula de la negación impone una delimitación sobre la naturaleza jurídica que proyectada desde el concepto de derecho resultaría prácticamente inútil. La negación del carácter jurídico a sectores enteros del *derecho nacionalsocialista* porque nunca se movieran en los términos de lo jurídico<sup>46</sup> sería en la práctica muy poco provechosa. Siendo realistas se puede afirmar que todas, o casi todas, las

---

<sup>43</sup> Frederick COPLESTON, *o. c.*, p. 254-254.

<sup>44</sup> Carmine DI MARTINO, *El conocimiento siempre es un acontecimiento*, Encuentro, Madrid, 2010, p. 24.

<sup>45</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, *o. c.*, p. 25.

<sup>46</sup> Gustav RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, *o. c.*, p. 38.

leyes nacionalsocialistas eran formalmente jurídicas, pues ordenaban el trato igual a los *iguales* y el desigual a los *desiguales*; por tanto gozaban todas ellas de *naturaleza jurídica* así entendida. La postura kantiana inicial<sup>47</sup>, proyectada desde el concepto de derecho de RADBRUCH, termina en las mismas consecuencias del positivismo que él critica.

Este punto en la teoría de RADBRUCH podría suponer la condena al positivismo, a no ser que en su fórmula el concepto de naturaleza debiera comprenderse de modo diverso. Es en este punto donde presuntamente RADBRUCH ha debido dar un paso más allá en la noción de naturaleza y en el valor de la misma. Ya en su manual había observado la limitación de de la naturaleza jurídica en esta perspectiva y había recogido la idea de LASK de la *determinabilidad material de la idea*:

La idea vale para una determinada materia, es adecuada a esta materia; y, a su vez, esta materia, que pretende dominar actúa sobre ella. [...] Llamamos a esta relación la *determinabilidad material de la idea*, siempre que tengamos conciencia del doble sentido de esta designación: determinada *por* la materia, en cuanto que determinante *para* la idea<sup>48</sup>.

Este concepto vendría a decir que la idea, en su voluntad de ser realizada en el mundo del ser, se concreta y forma a través de la materia para poder así aparecer como susceptible de ser subsumida bajo la idea. En LASK la categoría *se deja tocar* por la materia de la experiencia para poder así hacer aparecer a la materia en la conciencia, en cuanto que posible objeto suyo. Pues a toda determinación «procuramos concebirla, ante todo y con independencia de la determinabilidad material de la idea [esto es, con independencia de que haya sido expresada], como *la forma pura de la idea*»<sup>49</sup>. Así, la «idea artística se acomoda a la materia y es una cuando se incorpora el bronce y otra cuando lo hace en mármol»<sup>50</sup>. La formalidad del conocimiento que constituía el único garante de su carácter científico se ve ahora precedida de cierta correspondencia de la idea con la materia, esto es, con el contenido. Para que el contenido de una experiencia pueda someterse a las

---

<sup>47</sup> La postura neokantiana no se verá desarrollada en el joven RADBRUCH aunque sí enunciada, como se verá más abajo. Su desarrollo pertenece a los escritos posteriores a 1945.

<sup>48</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 14. Está tomada de C. LASK, de su *Logik der Philosophie* (1911) no sólo la idea sino también ésta delimitación.

<sup>49</sup> Gustav RADBRUCH, *Rechtsidee und Rechtsstoff*, en *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1923/24, p. 343. (Texto Original: «*insofern wir sie vor aller und unabhängig von aller Stoffbestimmtheit zu denken suchen, die reine Form der Idee*»). La cursiva del traducido está en el original.

<sup>50</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 14.

condiciones formales de un concepto es preciso que dicho concepto haya encontrado antes *el lugar* en que la materia pudiera expresar sus condiciones formales y se haya adecuado a él. Mientras el conocimiento sigue produciéndose por una subsunción formal, la materialidad determinada de la idea en el momento de conocer sirve al juicio para producir dicha subsunción. Precede al conocimiento una correspondencia lógica determinada entre la idea y la materia que pretende conocerse, para que pueda darse dicho conocimiento.

RADBRUCH se había limitado en su manual a citar a HUBER y GENY como ejemplos del desarrollo de esta idea en el ámbito jurídico para seguidamente acusar la limitación de esta en la fundamentación de esta concepción: «esta imposibilidad de derivar el valor de la realidad [...] caracteriza, empero, una relación lógica más no una causal»<sup>51</sup>. Sin embargo en su artículo *La naturaleza de las cosas como forma del pensamiento jurídico (Natur der Sache als Juristische Denkform, 1948)* desarrolla el concepto de naturaleza de las cosas como innovación metodológica a partir de esta idea. El planteamiento de RADBRUCH sobre la naturaleza de las cosas se desarrolla en torno a tres preguntas: «qué significa cosa, qué naturaleza y cuál es la vinculación de la naturaleza de las cosas»<sup>52</sup>.

En relación con las cosas RADBRUCH no piensa solamente en las cosas en un sentido natural; esto es, como cosas de los hechos de la naturaleza (*Naturtatsachen*). Para él son ilustrativas las imágenes del *homo oeconomicus* para el derecho privado o la del sentimiento de responsabilidad común para el derecho público; estas muestran que un *hecho de la naturaleza* puede ser contemplado en distintas formas. Constituyen materia del derecho, en la que éste se apoya, «todas estas relaciones y hechos (nacimiento, muerte, infancia, juventud,...) no como puro material natural», sino «más bien [como] formas sociales cuyo núcleo natural forman»<sup>53</sup>. Es en ese sentido que habla de *formas previas de las relaciones jurídicas (Vorformen der Rechtsverhältnisse)*, que muestran que «las relaciones de la vida reguladas jurídicamente pueden ser materia del derecho y por ello material para la

---

<sup>51</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 15.

<sup>52</sup> Gustav RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (1948), en Arthur KAUFMANN / Winfried HASSEMER, Gesamtausgabe, Bd.3 (Rechtsphilosophie III), CF MULLER, Heidelberg, 1990, pp. 232. (T. O.: «Was bedeutet "Sache", was "Natur" woher die Verbindlichkeit der "Natur der Sache"»).

<sup>53</sup> Texto Original (T.O.): «aber Stoffe des Rechts sind alle diesen Verhältnisse und Tatsachen nicht als rein naturale Rohstoffe [...] viel mehr auf den Sozialgebieten, deren natürlichen Kern sie bilden»; *ibid.* p. 233.

naturaleza de las cosas»<sup>54</sup>. Las cosas son, por tanto, contenidos formados por la idea de derecho antes de formar parte del derecho; el derecho se sirve de ellos para expresarse y están también contenidos en la idea de derecho.

En cuanto al concepto de naturaleza, RADBRUCH no comprende «la naturaleza de una forma naturalística y en suma no lo entiende en el sentido de la naturaleza del ser»; sino como «la respuesta a la pregunta: ¿cómo puede esta relación jurídica constituida de este modo ser pensada como razonable?»<sup>55</sup>. Lo que indica que lo que esconde este concepto es un juicio de correspondencia (razonabilidad) entre el significado jurídico de la materia utilizada y la idea de derecho realizada. Debe precisarse que se trata de una correspondencia ideal (lógica), para comprender correctamente el significado de razonabilidad en RADBRUCH. El contenido de la razonabilidad como coherencia lógica otorga un cariz metodológico a esta aportación y no de contenido<sup>56</sup>: no expone el contenido de la naturaleza de las cosas –lo que sería el sentido de la naturaleza del ser–, sino que conduce a argumentar la razonabilidad de la relación jurídica entre un significado jurídico y una idea de derecho expresada.

Por lo que se refiere a la vinculación que la naturaleza de las cosas ejerce sobre el derecho (esto es, la coherencia mínima necesaria entre contenido y forma), partiendo del dilema de SOLON<sup>57</sup>, RADBRUCH llega a afirmar que «la naturaleza de las cosas aparece no sólo como una traba para la realización de la idea de derecho, [sino que] más bien entra en el contenido de la idea del derecho misma»<sup>58</sup>. La relación jurídica, pensada de forma razonable, tiene la fuerza de su realización *actual*; esto es, la de sus argumentos lógicos. El contenido susceptible de ser pensado en una realización de la idea de derecho es una cuestión en constante movimiento (*ratione temporum habita*), ya que depende de las argumentaciones que

---

<sup>54</sup> T.O.: «*rechtlich geregelte Lebensverhältnisse können Rechtsstoffe sein und damit Material für die Natur der Sache*»; *ibíd.* p. 234.

<sup>55</sup> T.O.: «*Es versteht sich, daß hier "Natur" nicht naturalistisch und überhaupt nicht im Sinne eines Seienden aufgefaßt werden will [...] die Antwort auf die Frage: wie kann dieses so beschaffene Lebensverhältnis als sinnvoll gedacht werden?*»; *ibíd.* pp. 234-235.

<sup>56</sup> Ulfried NEUMANN, *o. c.*, p. 20.

<sup>57</sup> «Ya SOLON preguntado si había dado a sus conciudadanos las mejores leyes imaginables, contestó de este modo: "Las mejores sencillamente no pero si las mejores de que eran capaces"» Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, *o. c.*, p. 29.

<sup>58</sup> T.O.: «*aber die Natur der Sache erscheint nicht nur als ein Hemmniss der Durchführung des Rechtsgedankens, sie geht vielmehr in den Inhalt des Rechtsgedankens selber ein*»; *Natur...* p. 237.

lo sostengan. En consonancia con lo antes expresado, la vinculación es un requisito metodológico en la proposición jurídica y no un contenido de validez universal: forma parte de su fundamentación, al lado de la fundamentación formal, dentro de la idea de derecho.

Al introducir estos pensamientos en el fondo de la fórmula de la negación puede observarse que el concepto de naturaleza jurídica habla aquí de una igualdad-contenido mínima sin la cual la igualdad-forma no puede pensarse. Esta relación de la materia (contenido) con la idea (forma) es sustancial en la negación de la naturaleza jurídica de la mayoría de regulaciones nacionalsocialistas. RADBRUCH ha introducido en ellas una duda que permite la discusión acerca de su naturaleza jurídica pero en ningún caso cerrando dicha discusión; de ahí que se limite a acusar en abstracto el ordenamiento nacionalsocialista.

La fuerza de la fórmula está en que permite la apertura de una discusión histórico-cultural del concepto de derecho y sus contenidos necesarios; esto es, repropone la pregunta por el derecho (problema cognoscitivo) en unos términos adecuados a las circunstancias históricas (fundamentación cultural del problema). Ciertamente, más que fundamentar la injusticia de algunos ordenamientos, lo que fundamenta es la posibilidad de una discusión en ese sentido, que en ese momento estaba paralizada<sup>59</sup>. Una concepción dogmática de la *naturaleza jurídica* habría resuelto el problema de las leyes injustas, pero sólo si sus dogmas hubiesen sido aceptados. Dicho de otro modo, la afirmación de un contenido material concreto en la idea de derecho habría tenido que ser aceptado por el pueblo alemán –y esa es precisamente la cuestión en continuo debate en el derecho– para que su fórmula sirviese como clave del punto muerto en el que se estaba. Esta vía metodológica, en cambio, propone una renovación cultural conjunta en la medida en que abre el sistema a la discusión. Ya había dicho en su manual que la igualdad, contenida en el ordenamiento, es «fijada desde una perspectiva que no puede lograrse desde ella misma»<sup>60</sup>: a saber, la perspectiva cultural. La fórmula permite, entonces, la discusión

---

<sup>59</sup> Estaba paralizada no porque nadie se atreviese a juzgar la situación sino porque todos los juicios *evitaban* el problema, como se ha apuntado en el primer apartado: el juicio iusnaturalista olvidaba la situación de jurídica partida (se pretendía implantar sin solución de continuidad, como una milagrosa *conversión de Damasco*), y por ello no se relacionaba con el problema jurídico real; el juicio positivista, por su parte, dejaba de lado el problema de la conciencia de la injusticia, el problema de la situación cultural alemana, de la cual el derecho no es independiente y sin la cual el derecho no tiene *sentido* (finalidad).

<sup>60</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 46.

para que esa igualdad y su contrario (*lo claramente desigual*) pueda ser *nuevamente* fijada: la referencia a la justicia material es ahora un requisito metodológico que permite a una cultura negar ciertas formas jurídicas inadecuadas.

- *La fórmula de la intolerancia.*

Donde la fórmula de la negación constituía una separación entre lo que es derecho y lo que no lo es (problema cognoscitivo), la fórmula de la intolerancia constituye una «cuestión de grado»<sup>61</sup> respecto del valor del derecho (problema práctico): en la primera, la *negación* de la justicia en alguna realidad denotaba de ella que nunca pudo ser derecho; en la segunda, un caso de justicia *intolerable* exige una traslación de la vigencia (que se *ceda su vigencia*<sup>62</sup>). La consecuencia de ésta última afirmación indica el movimiento de la vigencia de un lugar jurídico a otro; lo que implica el movimiento entre dos *lugares* considerados como derecho. Dicho de otra modo, la fórmula de la intolerancia exige que previamente el problema cognoscitivo se haya resuelto positivamente, para poder juzgar cuál de las ya realidades jurídicas es válida.

En ese sentido debe ser entendida la *validez jurídica (vigencia)*. La validez jurídica se refiere a la idea de derecho de forma tangencial: si bien la constatación de la naturaleza jurídica debía ser fundamentada mediante la idea de derecho<sup>63</sup>, para el caso de la validez jurídica la relación con la idea de derecho es indirecta:

En las consideraciones sobre la seguridad jurídica se roza el problema de la idea del derecho con el de su validez o vigencia [...] El problema de la validez del derecho es el problema de la "normatividad de lo fáctico" (GEORG JELLINEK) ¿cómo es posible que surja una norma de un hecho?<sup>64</sup>

El problema de la validez del derecho es, por tanto, el de su obligatoriedad: si el derecho es un hecho del ser, debe explicarse por qué de él emana un *deber ser*. Pues un deber ser no puede emanar de un hecho del ser: «los preceptos del deber ser [...] no pueden fundamentarse inductivamente sobre posiciones de ser, sino

---

<sup>61</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 48.

<sup>62</sup> Es cierto que la fórmula sitúa directamente en la posición de la ley a la justicia misma; sin embargo entendemos se trata de un recurso para exaltar la aserción.

<sup>63</sup> La fundamentación de la justicia constituye la fundamentación de la cognoscibilidad del derecho.

<sup>64</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 102.

deductivamente sobre preceptos de especie semejante»<sup>65</sup>. La normatividad del derecho es una de sus condiciones a priori<sup>66</sup>: esto es, que el derecho, en tanto que constituye una «materialización de la idea del Derecho, debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad»<sup>67</sup>, «en cuanto reconocen pautas y erigen exigencias»<sup>68</sup>. Lo que viene a significar que el derecho debe tener forma imperativa, de ordenación. Entonces, el problema de la validez es la posibilidad de que dicha forma imperativa (del hecho del ser) llegue realmente a imponer un deber. Es aquí donde la cuestión de la validez toca con la idea de derecho pero, al mismo tiempo, se distancia para resolverse en otro lugar. WEBER lo esquematiza del siguiente modo:

Al “contenido de sentido” de una relación social le llamamos: a) “orden” cuando la acción se orienta [...] por “máximas” que puedan ser señaladas. Y sólo hablaremos, b) de una “validez” de este orden cuando la orientación [...] <sup>69</sup> por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en algún grado que pese prácticamente) aparecen válidas para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta<sup>70</sup>.

Dado que ordenamiento jurídico se presenta siempre como normativo, por el hecho de ser jurídico, estará vigente cuando aparezca como válido para la acción. Aquí se encuentra el problema descrito por RADBRUCH: en el ordenamiento jurídico (*ser*) se describen las normas que *deberían* cumplidas (normativo), pero no emerge de ellas el *deber* de cumplirlas (*deber ser*). Este deber ser no se encuentra en las normas, ni tampoco en la situación social, la costumbre o el miedo al castigo; la obligatoriedad descansa en el «sentimiento de deber»<sup>71</sup>. KANT sostiene que «*el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley*»; entendiéndose por *respeto* «la conciencia de la *subordinación* de mi voluntad a una ley sin la

---

<sup>65</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 14.

<sup>66</sup> *Vid. supra* nota 28.

<sup>67</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 47.

<sup>68</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 48.

<sup>69</sup> WEBER utiliza la expresión *orientación de hecho*, introduciéndonos en su explicación histórico sociológica de la validez. Se ha omitido para que no distraiga esta expresión de la línea general de la exposición. Podría decirse que RADBRUCH participaría de toda esta explicación excepto por el depósito del deber en una orientación de hecho. Por lo demás esta explicación es ilustrativa de la conexión y separación entre validez y orden.

<sup>70</sup> Max WEBER, o. c., p. 25.

<sup>71</sup> *Ibíd.*

inmediación en mi de otros influjos del sentir»<sup>72</sup>, y por *necesidad* el carácter a priori de dicha subordinación.

Por tanto, para RADBRUCH es innegable que la validez del derecho «no puede basarse ni en las normas de derecho positivo ni en hechos como los de poder o reconocimiento, sino solamente en un deber ser superior o supremo, en un valor suprapositivo»<sup>73</sup>. Es necesario el valor para hacer válido al derecho. Éste puede ser la justicia (*Gerichtigkeit*), la adecuación al fin (*Zweckmäßigkeit*) y la seguridad jurídica (*Rechtsicherheit*); si bien nunca se presenta uno de los tres de forma solitaria por la tensión con la cual se relacionan entre sí<sup>74</sup>.

No obstante, en las diferentes épocas jurídicas se ha pretendido derivar la validez del derecho tomando unilateralmente uno de los valores, dependiendo de la época. «Empero, las unilateralidades de estas épocas jurídicas sucediéndose una de otras, son cabalmente muy apropiadas para hacernos visible la multilateralidad»<sup>75</sup>. Por ello RADBRUCH investiga la fuente de este deber desde el poder (*Macht*) y el reconocimiento psíquico, hasta el reconocimiento trascendental, transitando así desde la teoría histórico-sociológica de la validez hasta la teoría filosófica<sup>76</sup>. Que de la sucesión de unilateralidades pueda concluirse a posteriori una multilateralidad no tiene valor, de no ser que dicha multilateralidad constituyese una forma a priori del entendimiento práctico, a pesar de la inconciencia de sí. Dicho de forma ejemplar: en la época del derecho natural racionalista se quiso extraer la validez del derecho del conjuro de la idea formal de justicia; sin embargo, debiose expresar dicha unilateralidad en un ordenamiento positivo, promulgado en un contexto cultural concreto. La proclamación del valor de la justicia se hacía bajo las condiciones

---

<sup>72</sup> Inmanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe S. A., Madrid, 1981, pp. 38 y 40 en nota 1, respectivamente.

<sup>73</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 51.

<sup>74</sup> Los tres se exigen entre sí a la par que se contraponen. Si bien por un lado se exigen: la justicia debe materializarse (adecuación al fin) y determinarse (seguridad jurídica); los fines exigen generalizarse (justicia) y determinarse; la seguridad jurídica se dice respecto de una generalización y una materialidad. Por otro se contraponen: la justicia quiere establecer una generalización y valer por sí misma; la finalidad pretende la mayor individuación posible y tener movilidad para ellos; la seguridad jurídica quiere imperar por sí misma. Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 95 y ss.

<sup>75</sup> *Ibíd.* p. 101.

<sup>76</sup> Son las teorías de la validez que RADBRUCH trata en su manual (p. 120 y ss), que no significa que sean las únicas. De hecho en su *Introducción...* (p. 49) añade también la teoría jurídica de la validez, por la cual la validez una norma se deriva de la norma de rango superior.

implícitas (posiblemente inconscientes) de una legislación positiva y en una nación determinada.

En ese sentido RADBRUCH transita a través de la historia del pensamiento jurídico para evidenciar las condiciones generales de dicho recorrido. Para el profesor de Heidelberg es claro el hecho de que el ostentador del poder (*Macht*) es sin duda aquel que debe legislar. El derecho, en cuanto que constituye un orden, debe ser promulgado por aquel que tenga la capacidad de hacerlo cumplir. Sin embargo se apresura a matizar que la razón por la que ostenta dicha legitimación no es ni mucho menos la fuerza misma, en la medida en que no es esta la que garantiza el cumplimiento<sup>77</sup>, sino que se trata de algo anterior a ella que la sobreentiende y reviste:

Con esto de ninguna manera retornamos a la teoría sociológica de la validez. El derecho no vale o está vigente *porque* fue capaz de un cumplimiento efectivo, sino que vale *en cuanto* que fue capaz de un cumplimiento efectivo, *porque* sólo entonces podía garantizar la seguridad jurídica [...] aquella validez está fundada en la paz que instituye entre las concepciones jurídicas en pugna, en el orden con que finaliza la lucha de todos contra todos<sup>78</sup>.

De este modo, con ROUSSEAU afirma que «el más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber»<sup>79</sup>. Por tanto, el elemento más inmediato del derecho, su aspecto positivo y la fuerza que a éste acompaña (en suma, la exterioridad), es un aspecto relativo a la validez, pero no su único causante: el cumplimiento efectivo no se induce del hecho de la exterioridad, esto es, no lo provoca la exterioridad en la medida en que es sólo coacción<sup>80</sup>: «no es la legalidad un modo de obligar, ya que la esencia de un imperativo no reside en obligar, sino en determinar, no en valer sino en actuar»<sup>81</sup>. En esta situación de hecho puede percibirse una consecución lógica entre coacción y cumplimiento, pero no causal. La coacción del más fuerte es válida

---

<sup>77</sup> «Puede producir, en todo caso una necesidad ineludible de cumplimiento (*müssen*), pero no un deber ser (*sollen*), es decir, quizá una obediencia, pero nunca un deber de obedecer», Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., pp. 106-107.

<sup>78</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 110.

<sup>79</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, Espasa-Calpe, Madrid, 2007, p. 38.

<sup>80</sup> Es solo fuerza, no deber. Por eso KANT exige del derecho (y debe entenderse solamente en su aspecto positivo) solamente un comportamiento externo, esto es, una coacción. El deber, que es interno, no emana del derecho.

<sup>81</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 59.

sólo en cuanto que pudo representar la de paz social. El *deber ser* que acompaña a la exterioridad jurídica se deduce del valor de la seguridad o paz jurídica. Luego el problema que subyace a la afirmación de la fuerza es la medida en que en ella se pueda prefigurar la paz jurídica. Solo el modo en que el valor de la paz social determina causalmente el cumplimiento de los comportamientos puede fundamentar la distancia existente entre el hecho jurídico externo y la obligación.

Decía RADBRUCH que una superación de este problema<sup>82</sup> debe venir precedida de un análisis del concepto mismo de fuerza: si la fuerza es el poder absoluto y la *fuerza* exige del *derecho* para poder imperar, significa que «la fuerza suprema, empero, es el derecho»<sup>83</sup>. Ello lleva a reconocer, que para que toda fuerza sea verdadera fuerza y por tanto permita un cumplimiento efectivo, en última instancia debe presentarse jurídicamente. Esto ya se había visto en el hecho de que la fuerza se revistiese de legalidad y de consecuencias jurídicas. Sin embargo, que este revestimiento portase consigo la significación de la seguridad jurídica no es una conclusión a posteriori sino una condición a priori de la misma. En la transformación de la fuerza en derecho se da una preferencia sobre la coacción al reconocimiento. Que el poder (*Macht*) se represente jurídicamente no significa otra cosa que la renuncia a la preeminencia de la coacción, para «descansar en la aceptación, voluntaria o involuntaria, de los sometidos a ella»<sup>84</sup>.

Por tanto, la conformación jurídica del poder esconde tras de sí la *celebración*<sup>85</sup> del contrato social, lugar donde se ven conectados los aspectos de heteronomía y

---

<sup>82</sup> Para RADBRUCH, una teoría que permanece en este punto se mantiene en la mera descripción, sin dar razón de la vigencia (cf. Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 105). Un ejemplo de esta posición es la de JAKOBS, cuando describe el cumplimiento de las normas promulgadas tras la segunda guerra mundial atendiendo únicamente a la conexión entre la promulgación y el cumplimiento, desconectando este aspecto del cambio cultural y jurídico que sustentaba dicha conexión: «cuando se realizaron los grandes procesos destinados a condenar la injusticia cometida en los campos de concentración [...] ya no podía dudarse desde hacía más de una década [...] de que era segura la vigencia de las normas que prohibían tales comportamientos». Por ese motivo llega a afirmar que estos procedimientos, así como los posteriores para casos análogos de la RDA, «son simplemente innecesarios para el reconocimiento de las normas [...] Lo único que ahora se pretende es expresar el distanciamiento hacia estos comportamientos»; Günther JAKOBS, o. c., p. 1072). Este alejamiento nada tendría que ver con el derecho.

<sup>83</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 106.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> «No es necesario, en modo alguno, presuponer el contrato como un *factum*, sino que es una simple idea de la Razón, que posee su indudable realidad práctica pues liga al legislador de tal

obligación<sup>86</sup>: «la obligatoriedad, la validez de aquel complejo de normas, no puede tener otra justificación que la de haber sido aceptadas las tales normas por la conciencia propia»<sup>87</sup>. De este modo, sin abandonar el ámbito del valor de la seguridad jurídica, se transita de la teoría de la fuerza a la teoría del reconocimiento.

No obstante, el contenido de dicho reconocimiento no lo constituye «el hecho psicológico del reconocimiento»<sup>88</sup>. De permanecer en ese ámbito se estaría afirmando que el vínculo jurídico se haría depender del arbitrio de los vinculados, quedando así eliminado (no existiría tal vínculo): *sub hac conditione "si vullam" nulla fit obligatio*. La obligación que subyace al vínculo jurídico debe ser anterior a la aceptación o reconocimiento empírico para tener sentido. La consistencia del vínculo jurídico se encuentra precisamente en la fuerza obligante independiente a dicha voluntad. Parece más bien que el reconocimiento al que se remite el vínculo jurídico «supone como mediatamente reconocido lo que de un modo consecuente no puede dejar de ser reconocido»<sup>89</sup>.

Esta cuestión en su fundamentación es análoga a la cuestión de la celebración del contrato social: ambos esconden una obligatoriedad que no puede ser explicada ni en la teoría del reconocimiento jurídico ni en la teoría del contrato<sup>90</sup>. El reconocimiento al que aquí se está haciendo referencia es, como puede observarse, un reconocimiento a priori (esto es, un reconocimiento que no se ha producido, podría llamarse  *fingido*); del mismo modo en que lo era la voluntad contractual (y por ello pasó a llamarse interés, pues era una voluntad que nunca se produjo)<sup>91</sup>. Por

---

modo que establezca a sus leyes  *como si* hubieran podido brotar de las voluntades reunidas en todo un pueblo [...] La teoría del contrato considera justificado al Estado, no  *porque* haya surgido del contrato, sino  *cuando permita* pensárselo  *como* originado por él, esto es, porque solo entonces puede ser contemplado como puesto en interés de todos sus miembros. Por eso, allí donde la teoría del contrato emplea la expresión "voluntad" debe introducirse la expresión, por aquella simbolizada de "interés", si se quiere entender rectamente la teoría del contrato» Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 76. Esa misma idea la representaba KANT al enunciar la libertad jurídica a partir del consentimiento: « *como la facultad de no obedecer ninguna ley exterior sino en tanto en cuanto he podido darle mi consentimiento*»;  *La paz perpetua*, nota 4 del primer artículo.

<sup>86</sup> Aunque no se fundamente allí dicha conexión, como se verá más adelante.

<sup>87</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 65.

<sup>88</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 107.

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> «El vínculo contractual no es apropiado para servir de fundamento a la sujeción a la ley, sino que más bien supone ya esa sujeción a la ley»; *Ibíd.* p. 190.

<sup>91</sup> Ver nota 85.

tanto, ambas funciones «pertenece(n) al dominio de la pasividad del alma y no al de su espontaneidad»<sup>92</sup>. Ello significa que constituyen condiciones necesarias de la voluntad y del reconocimiento reales; es ahí donde reside en todo caso la obligatoriedad jurídica. El deber jurídico hace descansar su obligatoriedad en aquella *Ley* que obliga a las conciencias; pues «no obliga la conciencia, sino la norma que por ella habla»<sup>93</sup>, esto es, la *Ley moral*:

Una voluntad heterónoma producida por una voluntad extraña es una contradicción en sí. Un querer puede producir un cumplimiento inexorable (*müssen*) cuando la fuerza de compulsión le acompaña, pero nunca puede dar lugar a un deber ser; y no sólo un querer extraño, sino un querer propio: la expresión “Autonomía” [propia de la moral] es comprensible tan sólo cuando no se considere como obligante de esa relación de obligarse por sí mismo a un querer cualquiera –aunque sea la exigencia de la conciencia–, una realidad cualquiera empírico-psicológica, sino la personalidad moral, un producto meramente normativo, ideal e irreal<sup>94</sup>.

De este modo discurre RADBRUCH del reconocimiento empírico al reconocimiento trascendental y, así, de la teoría histórico-sociológica de la validez a la teoría filosófica de la validez. No hay, para él, otro camino posible para salvar el dilema de la validez del derecho<sup>95</sup>. Con ello, ha librado a la validez de su estricto anclaje en la seguridad jurídica, para mezclarlo en el ámbito de los valores de justicia y finalidad. El ámbito jurídico, visto desde el punto de vista de la razón práctica, está inmerso en el campo de la ética: «el deber jurídico está fundamentado como deber moral y no como estrictamente deber jurídico»<sup>96</sup>. Este deber moral que impone la adscripción contractual<sup>97</sup> y la obligatoriedad de las normas se origina en «la razón práctico-moral [cuando] formula en nosotros su *veto* irrevocable: *no debe haber guerra*»<sup>98</sup>; esto es,

---

<sup>92</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 107.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 60.

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> El derecho se mantiene en ese dilema, si quiere diferenciarse de la pura fuerza: «o se concibe al derecho como voluntad –y entonces hay que renunciar a la fundamentación de su validez, de su fuerza obligante, de su carácter de lo debido– o se le considera como lo debido (*gesollt*), lo obligante, lo válido –empero fundando esta validez autónomamente, como exigencia de la propia personalidad moral de los sometidos al derecho–»; *Ibíd.*

<sup>96</sup> *Ibíd.* p. 103, nota 1.

<sup>97</sup> «Salir del estado de naturaleza para constituir una sociedad civil mediante el “contrato originario” (*ursprünglicher Kontrakt, ursprünglicher Vertrag*) es un imperativo de la razón, un deber»; Antonio TRUYOL, *La Guerra y la Paz en Rousseau y Kant*, Revista de Estudios Políticos, Madrid, 8 (nueva época), marzo-abril de 1979, p. X.

<sup>98</sup> Immanuel KANT, *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 195.

cuando impone el deber moral de la justicia<sup>99</sup>. El contenido y la forma jurídica están, por tanto, *en contacto* con el contenido y la forma de la *personalidad moral* en la medida en que quiera el derecho llegar a obligar:

La heteronomía del Derecho significa solamente que la conciencia acepta como propio un complejo de normas desarrollado con arreglo a sus propias leyes [...]. Ahora bien, la obligatoriedad, la validez de aquel complejo de normas, no puede tener otra justificación que la de haber sido aceptadas las tales normas por la conciencia propia, la de formar parte del contenido de nuestra conciencia. Y si hay que calificar de obligaciones morales las obligaciones autónomas, no tenemos más remedio que reconocer que la obligatoriedad del Derecho, su validez, descansa, en última instancia, sobre el deber moral del individuo<sup>100</sup>.

En este preciso punto RADBRUCH se pregunta si la teoría filosófica de la validez no invita a confundir el derecho justo como el positivo –donde lo positivo sólo sería lo absolutamente válido – y, por tanto, fuera el recurso a esta teoría un retorno a la teoría del derecho natural<sup>101</sup>. Él mismo reconoce, ya en su manual, que no podría concluirse de otro modo, de no ser por la falta de fundamentación científica de los contenidos de dicho derecho. La referencia a la conexión entre derecho y moral es, del mismo modo en que lo era la seguridad jurídica, una garantía relativa. Ambos constituyen valores del derecho. El argumento de la validez se presenta como una premisa metodológica, y no de contenido dogmático, a través de la discusión en torno a los valores supremos a los que el derecho hace referencia.

La delimitación contenida en la expresión de lo *insoportablemente injusto* constituye una expresión procedimental. Su recorrido por los tres valores, a través de los diferentes momentos de la conciencia del deber jurídico, permite comprender la complejidad de la validez jurídica; aquello que se piense como insoportablemente injusto debe constituir un equilibrio, o más bien un desequilibrio, entre los tres valores<sup>102</sup>; esto es, debe concluir en la afirmación de un desvalor en el derecho. Siendo que la seguridad jurídica representa *una* forma de la justicia –en el sentido de *una* igualdad o generalidad–, el conflicto entre ambos es un conflicto de la justicia

---

<sup>99</sup> Respecto de la conexión del deber moral de la justicia y de su sentido objetivo ya se ha hablado (la moral es una orientación a la objetiva). *Vid. supra*. Debe apreciarse sin embargo que el concepto de justicia moral no tenía valor alguno para el problema cognoscitivo.

<sup>100</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., pp. 55 y 56.

<sup>101</sup> *Ibid.* p. 43. También en Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 108.

<sup>102</sup> Ciertamente para RADBRUCH representa primordialmente un conflicto entre los valores de justicia y seguridad jurídica cf. Gustav RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, o. c., p. 37 y también Gustav

consigo misma; por ese motivo es una cuestión de grado: «allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder su paso a la justicia»<sup>103</sup>. Por tanto la delimitación de la intolerancia exige metodológicamente el juicio de comparación entre el *desvalor* de la injusticia con respecto del valor de la seguridad jurídica en un derecho positivo. De nuevo RADBRUCH permite una reapertura de la discusión jurídica en torno a los contenidos, absolutamente necesaria para el derecho en cuanto que realización (realidad), que el positivismo había cerrado.

### **1.3. El derecho supra legal: en torno a las tesis de contradicción y de continuidad**

La explicación de la fórmula se ha desarrollado hasta ahora separando ambas partes. No obstante el mismo desarrollo ha conducido a un lugar común, aunque por caminos distintos y de forma aparentemente imperceptible, que debe ser explicitado. Ahora ya, resulta evidente que existirían dos motivos por los que no obedecer a una norma determinada: la primera, porque no pudiera aducirse la naturaleza jurídica de una norma, razón por la que nunca podría obligar jurídicamente (fórmula de la negación)<sup>104</sup>; la segunda, por la cual un desajuste tal entre los valores del derecho haría perder su soporte moral de la obligatoriedad. Desde esta perspectiva, parece claro que el lugar en que ambas delimitaciones se encuentran es *una* capacidad cognoscitiva teórico-práctica. Esta cuestión no debe ser pasada por alto. El hecho del que se unan ambas delimitaciones implica una inusual unidad de la razón (capacidad cognoscitiva teórico-práctica)<sup>105</sup>.

---

RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 44. No obstante, por la vía de la naturaleza jurídica podría argüirse un triple conflicto.

<sup>103</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 44. No debe llevar a confusión la conclusión de la fórmula, donde se impele al derecho insoportablemente injusto a *ceder su lugar a la justicia*. Pues se refiere al valor de la justicia con respecto al valor de la seguridad jurídica. La Justicia nunca podría asumir vigencia alguna sin transformarse en *una* justicia, esto es, en una ordenación positiva o *suprapositiva*.

<sup>104</sup> Según Ulfried NEUMANN en este punto existe un claro desvío, pues RADBRUCH había hablado de formas de no-derecho vinculante. Cfr. o. c., p. 20.

<sup>105</sup> Con el nacimiento del derecho, no debe olvidarse que KANT había sustituido la razón práctica por la teórica, dándose a entender que debía limitarse a conocer lo empírico del derecho. Cf. José Ramón RECUERO, *La libertad en Rousseau y Kant. De la teoría a la práctica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 129 y ss.

El reconocimiento moral del valor jurídico se da respecto de una realidad que debe tener naturaleza jurídica y que debe prefigurar un contenido aceptable (no insoportable) en su conexión con los valores prefigurativos del deber moral del cumplimiento del derecho. La naturaleza jurídica que ha sido objeto de conocimiento (*Erkenntnis*), no puede ser negada; esto es, al mismo tiempo debe ser objeto de un reconocimiento (*Bekanntnis*). Dicho de otro modo, la cognoscibilidad de una naturaleza jurídica (de un contenido jurídico) comporta la necesidad de que ésta sea reconocida, esto es, válida.

Esa necesidad está deducida de la relación entre la naturaleza jurídica y su concepto. Por un lado, las formas sociales que componían el material del derecho (la naturaleza jurídica) exigen informarse al concepto jurídico para su proposición objetiva; esto quiere decir, que la razón práctica exige a la teórica para su realización jurídica. Por otro, el concepto jurídico debe asimilarse a una naturaleza jurídica determinada si quiere realizarse significativamente, si quiere expresarse con *sentido*<sup>106</sup>; lo que significa que, *sit venia verbo*, tiene la razón pura una *necesidad moral*<sup>107</sup>: a saber, la de situar en el plano de la objetividad no sólo la forma jurídica, sino también el contenido de sentido en el que se ha querido expresar dicha forma. Es por ello que ENGISCH ha dicho que la naturaleza en RADBRUCH significa respecto la forma «su *entidad*, su significado objetivo [...], el material del derecho inmanente

---

<sup>106</sup> «La idea de derecho queda determinada no sólo *para*, sino también *a través* del material del derecho»; Karl ENGISCH, *Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph*, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Editado por Arthur Kaufmann, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, p. 66. La traducción es nuestra; el T.O. : «So also ist die Recht idee nicht nur *für*, sondern auch *durch* den Rechtstoff bestimmt».

<sup>107</sup> En realidad esta expresión no debiera resultarle demasiado extraña a un kantiano. En KANT la relación entre la razón y la experiencia se realiza precisamente a través de la ética: «Para acceder a este reino (el de los fines) [...], le basta con tomarse en serio la experiencia moral. Los valores morales son sin duda suprasensibles, pero suprasensible no significa aquí metafísico en sentido peyorativo. Con ello Kant empieza a caracterizar la nueva metafísica que él busca: a la definición negativa, ciencia de los límites de la razón, se añade otra positiva, la ciencia que explica la relación entre razón y experiencia. El paso hacia el criticismo se ha realizado en el seno de la ética»; Eusebi COLOMER, o. c., p. 54. La relación entre razón y experiencia se da únicamente por razón de la naturaleza moral del hombre. No obstante es evidente que RADBRUCH da un paso más que debe ser explicado, pues KANT siempre intentó mantener siempre naturaleza y moral separados (Cf. Pierre HASSNER, *Immanuel Kant*, en *Historia de la filosofía política*, comp. Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY, FCE, México D.F., 1996, p. 584).

al sentido de la ley»<sup>108</sup>. Es aquí donde se da el paso más importante, pues el sentido del que dota el contenido al derecho no es otra cosa que su valor. Por eso dice NEUMANN, que «la orientación al valor, que constituye el derecho como realidad cultural se subjetiviza y al tiempo se eleva como criterio de vigencia del derecho»<sup>109</sup>. Así, la moralidad se implica en el proceso jurídico-cognitivo: la subjetividad forma parte del proceso cognitivo de las formas jurídicas.

De este modo, la pregunta por el derecho se ha mezclado con la pregunta por el derecho válido, generando una postura ecléctica. El plano cognoscitivo y el práctico ahora se exigen mutuamente. Por tanto, no es casual que se exponga esta doble delimitación. Según NEUMANN, en ella se da un viraje en el pensamiento de RADBRUCH, de un pensamiento teórico cerrado (neokantismo) a una filosofía práctica del derecho<sup>110</sup>. Existe una basta discusión acerca del significado de este viraje: puesto que todos los autores reconocen este cambio, la discusión está entre quienes afirman que consiste en un desarrollo de su pensamiento<sup>111</sup> y quienes mantienen que se trata de una *conversión* a una teoría diferente<sup>112</sup>. Esta discusión no interesa al presente estudio por sí misma, sino por la mayor profundidad con la que ésta nos permita adentrarnos en la significación de la fórmula.

---

<sup>108</sup> Karl ENGISCH, *Gustav Radbruch...*, o. c., pp. 63-64; T.O.: «ihr Wesen, ihr objektiver Sinn [...] Natur der Sache bedeutet einen dem Rechtstoff immanenten Sinngehalt».

<sup>109</sup> Ulfried NEUMANN, o. c., p. 19. T.O.: «die Wertbeziehung, die das Recht als kulturelle Wirklichkeit konstituiert, wird subjektiviert und gleichzeitig zum Geltungskriterium des Rechts erhoben».

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>111</sup> Horst DREIER, en *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?*, en *Festschrift für Robert Walter*, Mazsche Verlags, Wien, 1991, pp. 118 y ss.; Winfried HASSEMER, en *Einführung de Gustav RADBRUCH*, Gesamtausgabe, Band 3, o. c.; Arthur KAUFMANN en *Gustav Radbruch – Leben und Werk*, en Gustav RADBRUCH, Gesamtausgabe, Band 1, (*Rechtphilosophie I*), C.F. Muller, Heidelberg, 1987; Erik WOLF, en *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol 45, 1959.

<sup>112</sup> La expresión de *conversión* es de H. L. HART, en *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review, Vol. 71, 1958, pp. 593-629. Fritz BAUER habla de un *salto vitale*, en *Das "gesetzliche Unrecht" des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege*, en *Gedächtnisschrift...*, o. c., pp. 302-307. Lon L. FULLER habla de una *modificación profunda*, dentro de un mismo pensamiento relativista y positivista (*American Legal Philosophy*) y Ralf DREIER habla de una *revisión en su postura fundamentalmente*, en *Recht und Moral*, publicado en *Recht, Moral, Ideologie. Studien zur Rechtphilosophie*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt, 1981. En el mismo sentido se expresan Fritz von HIPPEL, en *Gustav Radbruch als rechtphilosophischer Denker*, Verlag Lambert Schneider, Heidelberg, 1951, y también Konrad ZWEGERT, *Vorwort*, en Gustav RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, CF Koehler, Stuttgart, 1952.

El peso de la valoración de este cambio está puesto, como es evidente, en el posible carácter científico del *sentido del valor* (contenido). Como se ha dicho, el significado de la configuración de esta relación entre la naturaleza de las cosas (en nuestro caso la jurídica) y la idea del derecho contiene el valor de una transformación filosófica. Esta transformación había sido buscada por RADBRUCH ya antes de 1945, aunque sin éxito; tanto es así que MAYER sostenía lo siguiente en 1922:

RADBRUCH quiere superar las secas abstracciones y el unilateral intelectualismo de STAMMLER, estableciendo un ideal social repleto de contenido. Pero desde un principio sale al paso de este deseo la duda crítica de si será posible algo con valor científico sobre un tal ideal, [...]. Ante esta duda que RADBRUCH explica ampliamente, pero que, en realidad, acepta de modo axiomático, su doctrina capitula, y no deja otra misión a la Filosofía del Derecho que la de "investigar los medios conducentes al logro de los supuestos fines jurídicos", y exponer estos fines en sus consecuencias y su recíproca relación, para preparar científicamente de este modo la decisión personal. RADBRUCH llama relativismo a este punto de vista, pero deja imprecisa la parte mejor del concepto, la condicionalidad real de los valores, en virtud de la cual conviértanse estos en valores culturales [...] el libro de RADBRUCH, [...], posee el mérito duradero de haber reconquistado para la Filosofía del Derecho su participación en los problemas políticos y en las grandes preocupaciones de la Humanidad.<sup>113</sup>

La naturaleza de las cosas venía entonces a resolver un problema que constituía su mayor objetivo filosófico; no era, ni mucho menos una iluminación repentina, llena del sentimiento de desilusión de la posguerra (HART). Pese a que no llegó a conseguirlo, sus intentos son fácilmente perceptibles en su manual<sup>114</sup>. Tanto la fórmula como el concepto de naturaleza de las cosas no se relacionan de forma extraña o extrínseca con su sistema; son una solución exigida por el mismo, aunque no por ello deba negarse el evidente impulso de las circunstancias. RADBRUCH había dirigido sus esfuerzos a relajar la tensión fronteriza entre el ser y el deber ser, propia de la filosofía postkantiana. Ésta tensión constituía la esencia del *dualismo metódico*. No obstante, su interés en superar a STAMMLER le llevaba a *incluir* el *trialismo metódico* dentro del dualismo<sup>115</sup>; en el que la estructura referencial (tercer círculo) se situaba ya entre realidad y valor:

---

<sup>113</sup> Max Ernst MAYER, *Filosofía del Derecho*, Labor, Barcelona, 1937, pp. 56 y 57.

<sup>114</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., pp. 39 y ss.

<sup>115</sup> «La consideración del valor y la consideración del ser, se nos aparecen una junto a la otra como círculos independientes y cerrados. Esta es la esencia del *dualismo metódico*»; Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 14. En la nota 1, que hace referencia a esta afirmación, afirma que el dualismo

Ninguna obra humana puede ser comprendida sin relación a una idea [...] Detrás de esta concepción del concepto de derecho, está la videncia fundamental que, en contra de la oposición stammleriana entre ser y deber ser, no puede satisfacerse con la existente entre realidad y valor, sino que entre juicio de realidad y juicio de valor considera a la referencia o relación a los valores; es decir, que entre la naturaleza y el ideal pretende reservar su puesto a la cultura: la idea de Derecho es un valor, empero, el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural. De esta manera se realizó un tránsito del dualismo a un trialismo en los modos de consideración del derecho<sup>116</sup>.

Sin embargo, como ha señalado MAYER, el trialismo metódico implicaba entonces una capitulación ante el dualismo. Por eso el trialismo tan sólo se *incluía* en el dualismo; esto es, tras la afirmación de la realidad y del valor, mediante el trialismo metódico se limitaba a indicar las posibles direcciones de la relación entre valor y realidad, pero sin nunca llegar a afirmar la existencia de la fuerza real de alguna de estas direcciones. No ocurre lo mismo con la solución de la naturaleza de las cosas. Por un lado, es cierto que, como se ha señalado más arriba, ésta no ha venido a indicar el contenido universal del derecho, pues nunca fue anterior la naturaleza de las cosas a la idea de derecho. Por otro, sin embargo, esta aportación viene a cambiar la relación entre dualismo y trialismo metódicos.

Si bien la idea sigue teniendo la última palabra<sup>117</sup>, el sentido de la realidad jurídica ya no es un sentido subjetivo ajeno y posterior a la objetividad, sino el sentido objetivo *de lo dado* (*Gegebenheit*). El conocimiento objetivo ya no puede dar por sentado el contenido de sentido; ya no puede resignar la subjetividad a un ámbito puramente científico. El contenido de sentido es ahora un requisito para el conocimiento objetivo; y no tanto por el contenido mismo, sino por su relación de sentido con la forma. La moralidad subjetiva –en cuanto que capacidad, distinta de

---

metódico debe entenderse en oposición al monismo metódico, «pero incluyendo el trialismo metódico».

<sup>116</sup> *Ibíd.* p. 38. En ese sentido, como ha señalado NEUMANN, ya en 1914, «sie können von „Tugenden“ und „Lastern“ sozusagen nur in Anführungszeichen sprechen» («*podría hablarse de “vicios” y de “virtudes” sólo entre comillas*») en la medida en que su descripción no implica una valoración. En contraposición a KELSEN, que «ve ya en la comprobación de un vicio o de una virtud un juicio de valor» (T.O. «*hat dagegen eingewandt, schon die Feststellung eines Lasters (oder einer Tugend) sei ein Werturteil*»), o. c. p. 17.

<sup>117</sup> «La naturaleza de las cosas sirve para descargar un poco, sin hacerla desaparecer, la tensión del escueto dualismo entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor. La idea del Derecho también es llamada a decir la última palabra con respecto a la naturaleza de las cosas, que se mueve por el lado del ser como sentido de lo dado»; Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 32.

los contenidos morales a los que accede, que interviene en el proceso cognoscitiva–participa como «criterio de existencia de la norma» (aunque no el único). De este modo, en la medida en que no reconoce carácter científico a los contenidos si no a su relación con la idea, salva la científicidad del conocimiento. En ese sentido, tenía razón NEUMANN al señalar que este cambio es metodológico. Así lo ha señalado también HASSEMER:

Al respecto, los contenidos del parámetro que, al final, tiene que decidir sobre la ley positiva quedan difuminados, irreales: aspirar a la justicia, contradicción insoportable de la ley positiva con la justicia, negación consciente de la igualdad como núcleo de la justicia; con ello no se puede realmente construir una dogmática jurídica suprapositiva característica. Por tanto, es claro: no son los contenidos de una crítica al Derecho positivo lo que hace útil la fórmula radbruchiana; su valor práctico subyace más bien en la respuesta ajustada el tiempo a la pregunta de la relación de la justicia y la seguridad jurídica en la condena de la criminalidad impulsada por el Estado<sup>118</sup>.

El hecho de que dichos contenidos de sentido se diluyan con cierta facilidad en las expresiones de RADBRUCH se debe a que no son a priori, sino que dependen de la determinación entre realidad y valor; en ese sentido, hay tantos contenidos como determinaciones. A ello debe añadirse otra dificultad: que, como se ha dicho, la determinación no tiene más consistencia que la de la razonabilidad. Es por ello que «la última palabra la tiene la idea». Es la consecuencia de un viraje meramente metodológico. No obstante, como agudamente ha señalado también HASSAMER, la fórmula «dirige la mirada a la relación de la Ley y el Derecho supralegal y extiende el pensamiento legal-positivista, [...], hacia un ámbito dentro del cual puede discutirse científicamente sobre la injusticia de las leyes»<sup>119</sup>; esto es, aunque mantiene constantemente desdibujados los contenidos no deja de referirse a ellos. De este modo se expresa una conexión necesaria entre derecho y moral, y no su identificación<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Winfried HASSEMER, *o. c.*, p. 290.

<sup>119</sup> Es interesante, en esa dirección, esta valoración que RADBRUCH hace de la filosofía iusnaturalista: «la idea de derecho natural es por consiguiente un error, pero el error más fructífero en el que se podía pensar» (T.O.: «*Der Gedanke des Naturrechts war also ein Irrtum –aber er war der denkbar fruchtbarste Irrtum*»); *Einführung in die Rechtswissenschaft*, K. F. Koehler, 1961, p. 32-33. Por ello comenta HASSEMER que «la fórmula radbruchiana no ha hecho su carrera debido al amor a la seguridad jurídica, sino debido a la apertura a lo supralegal», en *Derecho natural en el derecho constitucional*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 7, 2003, p. 289.

<sup>120</sup> Este punto se expresa con claridad en la fórmula: «el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente», hasta que esta alcance una medida insoportable.

En ese sentido, el ámbito en el cual puede discutirse científicamente el contenido de las leyes en su conexión con la justicia es para RADBRUCH el derecho supralegal: éste constituye el marco referencial de la posibilidad de significación valorativa de la ley, y excluye de su interior el no-derecho y el derecho no-válido; en él se dan las determinaciones materiales que son decisivas para la discusión. Este marco referencial es un marco cultural<sup>121</sup>. En ese sentido circunscribe estas determinaciones materiales a la teoría del Estado de derecho, y ésta a su vez a la democracia. El derecho al que se refieren nuestros Estados exige significativamente su vinculación material al Estado de Derecho; entendiendo a éste el como conjunto de determinaciones materiales y formales de la idea de derecho, tal y como se ha realizado en las formas sociales democráticas. En ese sentido el Estado de Derecho hace depender sus determinaciones de la cultura democrática: para la democracia, «el Estado de Derecho es como el pan de cada día, [...], y lo mejor en la democracia es precisamente que sólo ella es adecuada para asegurar el Estado de Derecho»<sup>122</sup>. Es en este modo en el que RADBRUCH *juzga* los contenidos propios del derecho en la democracia:

La garantía de aquella libertad externa constituye la esencia y la médula de los *derechos del hombre*. De donde se deduce que estos derechos tienen un carácter absoluto; pero no porque hayan tomado el cuerpo del derecho positivo, bajo esta o aquella versión, sino porque son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales<sup>123</sup>.

Los derechos humanos constituyen para RADBRUCH las determinaciones materiales clave para dar contenido y validez al derecho. La argumentación es en ese sentido clara: las formas sociales democráticas, explicitadas en los derechos humanos que forman el contenido del derecho constituyen el contenido de sentido del derecho en la democracia<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Se da por sentado en ese sentido los presupuestos de la sociología del conocimiento. Por tanto las determinaciones son siempre culturales. Cfr. Max Ernst MAYER, *o. c.*, p. 50 y ss.

<sup>122</sup> Gustav RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, *o. c.*, p. 53.

<sup>123</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, *o. c.*, p. 39.

<sup>124</sup> En este punto RADBRUCH asume la democracia en su vertiente liberal; cf. Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, *o. c.*, p. 39. Puede decirse que por este lado se acerca en su postura a LOCKE, aunque sólo sea en sus consecuencias (para éste último los derechos serían anteriores): «El estado natural tiene una ley natural [...] que enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar al otro en su vida, salud, libertad o posesiones», John LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, p. 77. Para las consecuencias políticas de este paso en el relativismo de RADBRUCH, José María

En un primer análisis más superficial, podría decirse que para fundamentar esta aserción se limita a reconocer el valor histórico de los derechos del hombre y del ciudadano: «el trabajo de los siglos ha dado como resultado un elenco consistente que se ha expresado en las llamadas declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano»; incluso podría llegar a decirse que se trata de una afirmación dogmática, ya que frente a alguno de sus preceptos «no puede suscitar dudas nada más que una manifestación esporádica de escepticismo»<sup>125</sup>. Sin embargo, en el fondo de esta argumentación, RADBRUCH percibe la trascendencia del valor sobre la realidad histórico jurídica enhebrada en las mismas líneas escritas por la historia: «en el historicismo, en el hegelianismo y en el materialismo, la llama de la Filosofía, amenazada por el ahogo del positivismo, se abría paso de nuevo; a través de la consideración del ser penetraba la consideración valorativa»<sup>126</sup>. Vemos así necesariamente combinadas la importancia histórica y la trascendencia del valor, la *materia* y la *forma*, la *conciencia* y la *inconciencia*<sup>127</sup>. De este modo obliga a racionalistas e historicistas a encontrarse, pese a no tener del todo claro el *lugar* en

---

RODRÍGUEZ PANIAGUA, *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política*, Revista de estudios políticos, Nº 128, 1963, pp. 77-102.

<sup>125</sup> 2 Gustav RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, en *Rechtsphilosophie, o. c.*, p. 336 (T.O.: «*aber die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einem festen Bestand herausgearbeitet, und in den sogenannten Erklärungen der Menschen –und Bürgerrechte mir so weitreichender Übereinstimmung gesammelt, daß in Hinsicht auf manche von ihnen nur noch gewolte Skepsis den Zweifel aufgerechterhalten kann*»). A este comentario último respecto del escepticismo, NEUEMANN comenta que «se relativiza el mismo relativismo de Radbruch porque el fundamenta determinados principios procedimentales políticos de estructuras que se derivan como consecuencia de la imposibilidad de decisión de las controversias entre distintos campos políticos. Democracia y Estado de derecho no son para Radbruch sólo valores políticos a los que él se ha adherido durante su vida sino también consecuencias de su escepticismo filosófico» (T.O.: «*relativiert sich also Radbruchs Relativismus selbst, weil er bestimmte prozedurale politische Strukturprinzipien begründet, die sich als Konsequenz der Unentscheidbarkeit der Kontroverse zwischen den unterschiedlichen politischen Lagern ergeben. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind für Radbruch damit nicht nur politische Werte, zu denen er sich Zeit seines Lebens bekannt hat, sondern auch Folgerungen aus seinem philosophischen Skeptizismus*»); o. c., p. 20.

<sup>126</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 32.

<sup>127</sup> Para RADBRUCH se dan dos problemas fundamentales en la filosofía de la historia jurídica: Por un lado, «¿Existe, en realidad, una historia jurídica inmanente? [...] La solución a este problema hay que ir a buscarla, en última instancia, a las relaciones entre materia y forma»; por otro, los cambios jurídicos «¿Afectan al desarrollo inconsciente o a la creación consciente del Derecho?». *Introducción...*, Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 130 y 132 respectivamente.

que deben hacerlo<sup>128</sup>, para reconocer la conexión entre los contenidos históricos y el formalismo racional.

En ese sentido debe comprenderse la democracia como fundamento material y formal del Estado de Derecho. Pese a no recoger todavía la corrección de la naturaleza de las cosas, en su artículo *Le relativisme dans la philosophie de droit* (1934; *El relativismo en la filosofía del derecho*) expone con mayor claridad la idea de democracia como fundamentación trascendental de cualquier gobierno que se quiera realmente jurídico:

La solución a este dilema [se refiere al que plantea su relativismo frente a la afirmación de la democracia] se deriva del carácter *formal* de la democracia. La libertad de renunciar a la libertad es inherente a la idea de libertad por sí misma. Es por eso que una dictadura puede ser establecida por métodos democráticos. La democracia es, al mismo tiempo, *una* de las formas de estado al lado de las demás, y el fundamento toda *otra* formas de Estado. Es más, ella es el presupuesto básico, y no sólo el origen, de la existencia de todas las formas de gobierno. Ninguna forma de gobierno no puede perder definitivamente su base democrática<sup>129</sup>

La democracia constituye aquí un valor trascendental. Esta solución evoca sin lugar a dudas la exigencia del *republicanismo* kantiano, en su diferencia entre *las formas de gobierno y formas de estado*<sup>130</sup>; si bien, por ese mismo motivo, a la literalidad del

---

<sup>128</sup> Si bien reconocer la necesaria vinculación entre materia y forma, por un lado, y entre conciencia e inconsciencia, por otro (ver nota anterior); en ningún momento se atreve a conformar la proporción de dichos vínculos. Cfr. Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., pp. 131 y 133 respectivamente.

<sup>129</sup> Está publicado en *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1934, p. 109. T.O.: «*La solution de ce dilemme dérive du caractère formel de la démocratie. La liberté de renoncer à la liberté est inhérente à l'idée de liberté elle-même. Voilà pourquoi une dictature peut s'établir par des méthodes démocratiques. La démocratie est, en même temps, une des formes d'Etat à cote des autres, et le fondement de toutes les autres formes d'Etat. Mais elle est le fondement non seulement de l'origine, mais aussi de l'existence de toutes les formes d'Etat. Nulle forme d'Etat ne peut se délier définitivement de son fondement démocratique*». La cursiva del adjetivo *formal* en la cita traducida es nuestra; para destacar la falta de conexión con la naturaleza de las cosas.

<sup>130</sup> «la forma de gobierno (*forma regiminis*) [...] se refiere al modo como el Estado hace uso de la plenitud de su poder, modo basado en la constitución (en el acto de la voluntad general por el que una masa se convierte en un pueblo): en este sentido la constitución es o *republicana* o *despótica*. El *republicanismo* es el principio político de la separación del poder ejecutivo (gobierno) del legislativo; el despotismo es el principio de la ejecución arbitraria por el Estado de leyes que él mismo se ha dado, con lo que la voluntad pública es manejada por el gobernante como su

texto debe aplicarse el concepto de naturaleza de las cosas dentro del valor democrático (republicano). De la parte que se identifica con KANT, resulta evidente que la representatividad formal constituye el principio de todo gobierno que se quiera jurídico; esta es la consecuencia del carácter formal de la democracia (toda legislación debe plantearse en los términos de una generalidad). Por otro lado, alejándose de KANT y de la literalidad del texto, la materialidad de las relaciones democráticas —expresadas en los derechos del hombre— constituye el fundamento material del contenido de dicha legislación.

En conclusión, el derecho supralegal constituye en RADBRUCH el presupuesto necesario de las delimitaciones que constituyen la fórmula. Si bien algunos han coincidido en incluir esta solución como una aportación incardinable entra las propias del derecho natural<sup>131</sup>, debe matizarse que sólo es posible dicha conexión si se toma en consideración el hecho de que en su método se incluyan apreciaciones materiales; aunque ciertamente la fragilidad del nexo lleva a preguntarse si tendría valor dicha clasificación. En todo caso, lo que resulta evidente es que la aportación permite conjugar los beneficios de las posturas iuspositivistas y iusnaturalistas al mismo tiempo: por un lado, su falta de dogmatismo abre y fundamenta la posibilidad de una lucha de ideas; por otro, sus exigencias de racionalidad exigen una comunión fundamental y fundamentadora de las ideas en pugna. Es en ese sentido que permite un avance al derecho en su historia, al tiempo que no omite un juicio retroactivo de su historia dentro de un diálogo *democrático* (republicano); incluso podría decirse que lo permite precisamente por dicho juicio.

---

voluntad particular [...] Toda forma de gobierno que no sea *representativa* es en propiedad una *no-forma*, porque el legislador no puede ser al mismo tiempo ejecutor de su voluntad en una y la misma persona»; Immanuel KANT, *La paz...*, pp. 18-19.

<sup>131</sup> Entro otros, August Freiherr VON DER HEYDTE habla de *iusnaturalismo neokantiano* (en el que distingue tres tipologías), en *Tendencias iusnaturalistas en el derecho alemán actual*, I Jornadas Hispánicas del Derecho Natural, Consejo de estudios Hispánicos Felipe II, 1973, pp. 201 y ss; Winfried HASSEMER habla de *construcción iusnaturalista*, en o. c., p. 289; Hans WELZEL incardina a RADBRUCH entre los *renovadores del derecho natural*, en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1974, p. 230.



## 2. La posibilidad de continuidad en ALEXY

### 2.1. La teoría del discurso práctico general

Por desgracia, del pensamiento de Robert ALEXY tan sólo encontramos sistematizado su *Teoría de la argumentación jurídica*<sup>132</sup> o su *Teoría de los derechos fundamentales*<sup>133</sup>; en él «la noción de justicia no ha sido estudiada de forma monográfica con tanto detenimiento»<sup>134</sup>. Por ello es preciso recorrer la sistematización de su teoría de la argumentación para que, junto con las pautas dadas en el conjunto de sus artículos, se pueda identificar la recepción del viraje de RADBRUCH en su pensamiento. En todo caso, como se verá, la cuestión de la argumentación jurídica pretende responder al mismo conflicto al que se enfrenta el derecho supralegal: a saber, el problema de la fundamentación del contenido del derecho.

Una decisión jurídica U, que se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes  $N_1, N_2, \dots, N_N$ , y de los enunciados empíricos  $A_1, A_2, \dots, A_N$ , puede ser calificada de fundamentable a partir de  $N_1, N_2, \dots, N_N$ , y  $A_1, A_2, \dots, A_N$ . Si hay decisiones que no se siguen lógicamente de  $N_1, N_2, \dots, N_N$ , conjuntamente con  $A_1, A_2, \dots, A_N$ , entonces se plantea la cuestión de cómo pueden ser fundamentables tales decisiones. Este es el problema de la metodología jurídica<sup>135</sup>.

En este razonamiento se percibe con claridad el ensanchamiento de lo jurídico al que desde un principio quiere apuntar como problema. Hasta ahora, como se ha visto en RADBRUCH, en el pensamiento jurídico dominante la cientificidad de la fundamentación se atribuía únicamente a los aspectos empíricos (eficacia social) y a los aspectos formales (legalidad). Sin embargo, «ya nadie puede [...] afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente»<sup>136</sup>. En el proceder habitual de los

---

<sup>132</sup> Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Traducción de Miguel ATIENZA e Isabel ESPEJO, en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 (reimp. 2012).

<sup>133</sup> Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Traducción de Ernesto GARZÓN VALDÉS, en Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 2008.

<sup>134</sup> Presentación de José Antonio SEOANE, en Robert ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2010, p. 4.

<sup>135</sup> *Ibid.* p. 24.

<sup>136</sup> Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, citado por Roberta ALEXY en su *Teoría de la argumentación*, p. 23. En este punto señala ALEXY que hay acuerdo en la discusión metodológica.

juristas (perspectiva del *participante*)<sup>137</sup>, constituye una necesidad habitual «elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente»<sup>138</sup>. La fundamentación *iuspositivista* pasaba por alto la necesidad de estas decisiones en la práctica habitual del derecho cuando negaba la científicidad de las valoraciones. No puede negarse que las valoraciones constituyen un elemento nuclear<sup>139</sup> en el proceder habitual del jurista:

La decisión tomada en cualquier nivel de la fundamentación es, así, una decisión sobre lo que debe o puede ser hecho u omitido [...]. En la base de tal acción de preferir está, sin embargo, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una *valoración*<sup>140</sup>.

Por tanto, la exclusión de la calificación al elemento valorativo de la fundamentación científica, no sólo es algo que no deba darse por descontado, sino que constituye para ALEXY una restricción claramente dudosa. Si cualquier acción jurídica apoya su contenido precisamente en una valoración, la negación de su científicidad pone en peligro la fundamentación de esa importante parte<sup>141</sup> de la acción jurídica. Así mismo, en la dirección opuesta, si se asume la relevancia jurídica de las valoraciones, son inevitables los problemas de su fundamentación.

---

<sup>137</sup> Entiéndase que «adopta la *perspectiva del participante* quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en ese sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado»; esta categoría la sitúa ALEXY en contraposición a la *perspectiva del observador*, «quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico». Robert ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 31.

<sup>138</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 27.

<sup>139</sup> Theodor HELLER ha señalado, incluso, que los juicios de valor no se limitan a determinados casos en los que no es clara la aplicación de una norma, sino en cada acto de subsunción; *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, De Gruyter, Berlín, 1961, p. 59. Es necesario distinguir en este punto con ALEXY entre la necesidad de valoraciones en cada subsunción y la claridad de estas subsunciones: la tesis por la cual no se puede «prescindir de valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir [...]. Puede incluso suponerse que estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos». Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 29.

<sup>140</sup> *Ibíd.*

<sup>141</sup> El contenido del derecho no es para ALEXY, como tampoco lo era para RADBRUCH, el único valor del derecho; mantiene la tríada radbruchiana: eficacia social, seguridad jurídica y *pretensión de corrección* (que en RADBRUCH recibía el nombre de referencia a la justicia) Cfr. *El concepto y...*, o. c., p. 123.

La respuesta a estos problemas constituye el fondo de su teoría de la argumentación, como será esbozado en ese apartado. Sin embargo ya en la introducción indica la dirección de la respuesta que pretende dar: «aquí no se trata de la tesis fuerte de que las valoraciones necesarias se deben considerar siempre como morales, sino del enunciado mucho más débil de que ellas siempre son relevantes moralmente»<sup>142</sup>. Esta precisión es crucial, porque permite intuir que la conexión entre moral y derecho<sup>143</sup> que se deduce de la necesidad de las valoraciones no conduce a ningún dualismo en ALEXY. En ese sentido puede afirmarse ya que su indicación de la relevancia moral le sitúa en la senda de RADBRUCH. Por otro lado, el modo en que desarrolle su teoría de la argumentación explicitará su particular tratamiento de la conexión entre derecho y moral (y, en ese sentido, su idea de *razón práctica*); pues, la relevancia moral constituye el presupuesto esencial a su tesis sobre la fundamentación: «el decisor se *debe* orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas»<sup>144</sup>.

Resulta evidente la imposibilidad de acoger íntegramente la teoría de la argumentación de ALEXY. Sin embargo, en tanto que no interesa al fin de la argumentación la teoría en sí sino su participación en las ideas propuestas por RADBRUCH<sup>145</sup>, basta con exponer aquellos puntos que delimitan esta participación. Cabe señalar también que su teoría de la argumentación jurídica se enmarca dentro de una teoría del discurso práctico general (y en relación constante a ella).

La argumentación jurídica se concibe [...] como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica.

---

<sup>142</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 30.

<sup>143</sup> Debe precisarse esta cuestión, pues no siempre resulta necesaria la conexión entre derecho y moral en ALEXY. Propone un marco conceptual –ciertamente, muy exhaustivo– en el cual debatir esta conexión. En ese sentido, aunque afirma que «existen conexiones conceptual y normativamente necesarias entre derecho y moral» (p 29), existen diferentes perspectivas, tipos de conexión, tipos de sistemas, vínculos con la validez que matizan, e incluso varían, esta afirmación según el caso (Cfr. p. 30 y ss). Todas las citas de esta nota son de *El concepto...*, o. c. En todo caso, como se ha dicho, se incidirá en estas cuestiones más adelante.

<sup>144</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 30.

<sup>145</sup> Quizás debiera precisarse que la continuidad entre RADBRUCH y ALEXY no es siempre directa. Resulta claro que la continuidad entre ellos también resulta del reflejo de la continuidad de las fuentes filosóficas de las que bebe cada uno de ellos (LASK y HABERMAS, respectivamente) en los aspectos que se irán señalando (ninguno de los juristas que estamos tratando deduce todo su sistema de ninguno de estos dos filósofos).

De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar a tal actividad como “discurso”, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como “discurso práctico”. El discurso jurídico es un caso especial de discurso práctico general<sup>146</sup>.

Atravesando la explicación de diferentes teorías del discurso práctico<sup>147</sup>, elabora ALEXY su *bosquejo de una teoría del discurso práctico*. La conexión entre ambas teorías es fundamental en su exposición así como a la naturaleza de la conexión entre derecho y moral: a partir de su relevancia moral. En ese sentido, debe ser explicada en primer lugar la teoría del discurso general.

Como se ha dicho, la tarea de la teoría del discurso es posibilitar una fundamentación de la racionalidad de las valoraciones prácticas (no sólo morales). Como ocurría en RADBRUCH, el problema es planteado desde un punto de vista kantiano: solo es susceptible de ser fundamentado aquello que tenga fundamento a priori (forma). Esto es, toda fundamentación es solo posible a partir de un conjunto de normas, que acojan una *experiencia* en el acto cognoscitivo objetivándola (*objectum*). En ese sentido, las valoraciones, en tanto que juicios subjetivos, no podrían ser fundamentadas por no poder ser subsumidas bajo las normas de objetividad<sup>148</sup>. Por ello, en primer lugar puede afirmarse que necesariamente las normas de fundamentación (teoría del discurso) nunca podrían sustituir las valoraciones por un conjunto de «axiomas de los que puedan deducir determinados enunciados normativos», determinado «el resultado de la argumentación *en todos los casos*»<sup>149</sup>. Si las valoraciones fueran susceptibles de ser sustituidas el problema planteado no existiría.

En ese sentido, puede decirse que aquí la pregunta cognoscitiva –¿qué conjunto de normas está capacitada para objetivar una valoración sin sustituirla o conducirla?– se plantea de nuevo, aunque transformada. De este modo nos

---

<sup>146</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 34.

<sup>147</sup> Teorías del naturalismo (WARNOCK), intuicionismo (SCHELLER), emotivismo (STEVENSON), de la filosofía lingüística (AUSTIN y WITTGENSTEIN), de la metaética (HARE), de las conclusiones valorativas (TOULMIN), de reglas de prioridad (BAIER), de la teoría consensual (HABERMAS), la escuela de Erlangen y la teoría lógica en sentido amplio (CHAÏM PERELMAN). Cfr. *Teoría...*, o. c., apartado A.

<sup>148</sup> Como se ha visto, RADBRUCH resuelve este problema con el concepto acuñado por LASK de la *determinabilidad material de la idea* (vid. *supra* apartado 1.2 en referencia a la fórmula de la negación).

<sup>149</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 36 y 37.

encontramos principalmente con dos preguntas interconectadas. En primer lugar la fundamentación de normas en sí: con las reglas del discurso se responde el problema de la fundamentación de las valoraciones, pero no se anula; el problema se traslada a las propias reglas, en la medida en que ellas no resuelven su propia fundamentación. En segundo lugar, en qué medida el contenido de estas reglas no sustituye la valoración al tiempo que mantiene su fundamentación; dicho de otro modo, el problema del funcionamiento de estas reglas<sup>150</sup>.

Para exponer la respuesta de ALEXY a estas dos cuestiones se tomará como punto de partida el sistema de reglas que compone su teoría de la argumentación práctica general. El sistema contiene las siguientes clasificaciones de reglas: reglas *fundamentales*, reglas *de razón*, reglas *sobre la carga de la argumentación*<sup>151</sup>, formas *de argumento*<sup>152</sup>, reglas *de fundamentación*<sup>153</sup> y reglas *de transición*<sup>154</sup>. En particular, las reglas de mayor trascendencia para nuestro estudio son las *de razón*, pues sustentan la naturaleza del discurso; en todo caso, se hará especial referencia también a las *reglas fundamentales*, pues ya de entrada puede intuirse que constituirán un elemento sustancial de la naturaleza del discurso<sup>155</sup>. Por reglas fundamentales debe entenderse aquellas leyes lógicas, que «enuncian exigencias generales de racionalidad, que son también válidas con independencia de la teoría del discurso» y «válidas en monólogos»<sup>156</sup>. Son las siguientes:

---

<sup>150</sup> Aquí la diferencia con el modelo iusnaturalista racionalista es evidente. La mera sustitución de las valoraciones por reglas de gran contenido normativo considerado científico sólo tendría un problema (y no dos), el de la fundamentación de dicha científicidad.

<sup>151</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 191 y ss.: «(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta está obligado a fundamentarlo; (3.2) Quien ataca a una norma que no es objeto de discusión, debe dar una razón para ello; (3.3) Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos».

<sup>152</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 193.: «Hay dos maneras fundamentales [...] la primera se toma como referencia una *regla* (R) presupuesta como válida; en la segunda señalan las *consecuencias* (F) de seguir el imperativo».

<sup>153</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c.: «un primer grupo importante está formado por las distintas variantes del principio de generalizabilidad» (p. 197); un segundo grupo lo constituye «la prueba de la génesis histórico-crítica» (p. 199); el tercer grupo son aquellas que constituyen «los límites de realizabilidad realmente dados» (p. 200).

<sup>154</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 201: «Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible (6.1) pasar a un discurso teórico (empírico), [...] (6.2) pasar a un discurso de análisis del lenguaje [...] (6.3) pasar a un discurso de teoría del discurso».

<sup>155</sup> Esta forma (resumida) de proceder en la explicación de la teoría es también la del propio Robert ALEXY en *La institucionalización de la razón*, *Persona y Derecho*, núm. 43, 2000, pp. 217 y ss..

<sup>156</sup> Robert ALEXY, *La institucionalización de la razón*, o. c., p. 227.

- (1.1) Ningún hablante puede contradecirse
- (1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto debe [...] aplicar F a cualquier objeto igual
- (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados<sup>157</sup>.

Como puede observarse este conjunto de reglas responde a una finalidad: establece la capacidad discursiva del individuo —es por ello que también son aplicables al monólogo—, en la medida en que contiene las condiciones fundamentales de toda comunicación lingüística. Este conjunto de normas son tanto una cuestión previa al discurso (sin capacidad individual no hay diálogo) y constante durante el discurso (la capacidad no es un elemento solo de entrada en el diálogo, sino del mismo diálogo). Se trata por tanto de establecer un uso común del lenguaje. La discusión de los problemas lingüísticos que se deducen de estas normas lógicas constituye un tipo de discurso propio, el «analítico-lingüístico»<sup>158</sup>. Por razones obvias no se entrará a exponer este tipo; no obstante, este constituye una parte sustancial de la fundamentación de la teoría del discurso como presupuesto de este.

Respecto de las reglas de razón son en realidad las *condiciones de situación ideal del habla* de HABERMAS<sup>159</sup>. Estas se deducen de la voluntad, implícita de quien afirma algo, de que «lo que él dice es fundamentable, que es verdadero, correcto». Por ello, todo intento de fundamentación «pretende, por lo que se refiere al menos al proceso de fundamentación, aceptar al otro como parte en la fundamentación, con los mismos derechos, y no ejercer coerción el mismo»<sup>160</sup>. Las normas que lo componen son las siguientes:

- (2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso [...]
- (2.2) Todos pueden (a) problematizar cualquier aserción [...] (b) introducir cualquier aserción en el discurso [...] (c) expresar sus opiniones, deseos y necesidades

<sup>157</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 185.

<sup>158</sup> «En él se trata, por ejemplo, de descubrir ambigüedades, vaguedades, componentes de significado emotivo y sinsentidos. La meta de este discurso es asegurar un lenguaje claro y con sentido» Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 148.

<sup>159</sup> Jürgen HABERMAS, *Teorías de la verdad*, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1989, p. 153-4. No debe confundirse esta expresión de HABERMAS con la explicación lingüística que se ha dado a las *reglas fundamentales*. Estas últimas se refieren al habla misma, y la expresión de HABERMAS se refiere a una situación (*social*) ideal. No obstante, lo lingüístico constituye una parte fundamental de la situación ideal del habla.

<sup>160</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 188-9.

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa<sup>161</sup>.

Como puede observarse, estas reglas tienen un carácter no monológico, pues se pretende la inclusión de otro (*diálogos*). En ese sentido es significativa la conexión de la necesidad de fundamentación con el carácter no monológico. El hecho de la dualidad (individuos) dentro de un mismo contexto (diálogos) que los iguala, forma parte constante y necesaria de la comunicación entre los individuos. Por decirlo de algún modo, la fundamentabilidad está constituida en torno a la igualdad como posibilidad comunicativa; esto es, en torno a la «imparcialidad del discurso. Este objetivo se logra asegurando la libertad y la igualdad de la argumentación»<sup>162</sup>. La razón ha sido expuesta ya: el intento de comunicación a otro implica su aceptación como igual, en la medida en que se le incluye en el acto del habla (del monólogo al diálogo). Aunque este punto aparezca aún oscurecido, puede reconocerse que necesariamente estas normas «definen las condiciones más importantes de la racionalidad del discurso» (lo que motiva de su nombre), especialmente porque ellas proporcionan la principal «*explicación* de la pretensión de verdad o corrección»<sup>163</sup>. Su claridad dependerá en gran medida de la fundamentación de este discurso.

Tras esta exposición, al hilo de las reglas de la razón, debe contestarse a los problemas planteados respecto a la fundamentación de las reglas por un lado y respecto del funcionamiento de estas. Ambos problemas, tal y como se ha indicado, parten de una misma pregunta inicial y, por ello están conectados. La fundamentación de toda norma tiende a realizarse mediante la remisión a normas más altas. Sin embargo, tanto ALEXY como RADBRUCH señalan la limitación de este sistema, pues o bien se presupone la validez de la norma básica (*petitio principii*) o bien su validez no puede demostrarse ya por la vía *estrictamente* jurídica<sup>164</sup>. Aún cuando se permitiese el acceso a otros órdenes de normas, como por ejemplo el moral, se condenaría a la fundamentación a un regreso al infinito (*regressus ad infinitum*); razón por la que podría considerarse una imposibilidad *real* de fundamentación. Este «regreso al infinito sólo parece que pueda evitarse si la

---

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> Robert ALEXY, *La institucionalización de la razón*, o. c., p. 227.

<sup>163</sup> Esta y la anterior en Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 190.

<sup>164</sup> En el ámbito jurídico esta fundamentación de la validez recibe el nombre de *teoría jurídica dde la validez*. Cfr. Gustav RADBRUCH, *Introducción...*, o. c., p. 49. Es significativo en lo referente a la amplitud del concepto de derecho el que ALEXY remarque la idea de que siendo jurídico el

fundamentación se interrumpe en algún momento y se sustituye por una decisión que no hay que fundamentar» (*razón suficiente*); ello, sin embargo nos permitiría hablar de corrección sólo en un sentido muy limitado. «La arbitrariedad de esta decisión se transferiría a toda la fundamentación que depende de ella»<sup>165</sup>. En ambos casos, la fundamentación en un sentido amplio quedaría descartada.

Para ALEXY, sin embargo, esta situación no carece de salida. La teoría de la fundamentación se propone aquí mediante la sustitución de la fundamentación ininterrumpida de referencias entre proposiciones por «una serie de exigencias en la actividad de fundamentación»<sup>166</sup>, que son las reglas del discurso racional. En esta solución aparecen conjugados los problemas que se han presentado, y que aquí deben ser desgranados. En primer lugar, la validez del contenido normativo de estas *exigencias* de la argumentación debe ser fundamentada. ALEXY propone cuatro maneras diferentes de fundamentar: *técnica*, *empírica*, *definitoria* y *pragmático-universal*; de las cuales toma la cuarta como principal y, en consecuencia, característica de su teoría del discurso. Aunque vayamos a referirnos únicamente a esta cuarta forma, debe al menos apuntarse el hecho de que considere todas complementarias entre sí y útiles a la fundamentación de todas las reglas<sup>167</sup> (la

---

concepto de validez que se deduce de este sistema, lo es, en todo caso, en un *sentido estricto* (cfr. *El concepto...*, o. c., p. 89).

<sup>165</sup> Esta y la anterior en Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 176. La condena a estas dos imposibilidades de fundamentación recibe el nombre de *Trilema de Fries* (cfr. Karl R. POPPER, *Gesammelte Werke, Die Beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 154 y ss.) o *Trilema de Münchhausen* (cfr. H. ALBERT, en *Traktat über kritische Vernunft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, p. 13). Ambos autores –POPPER y ALBERT– el segundo discípulo del primero, resuelven el problema recurriendo a la figura de la *convención de la comunidad científica*.

<sup>166</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 177.

<sup>167</sup> Las reglas que puedan ser fundamentadas en según la pragmática universal deben considerarse como un valioso material de base [fundamentación *técnica*]. Las reglas válidas fácticamente [fundamentación *empírica*] son importantes en dos aspectos. Incluso el teórico del discurso, al menos en un principio, debe guiarse por ellas en sus fundamentaciones [...] también por el hecho de que hayan prevalecido. Esto no es en verdad prueba alguna de su racionalidad. Pero muestra al menos que hasta ahora no se ha lanzado contra ellas ninguna crítica tan contundente que lleve a abandonarlas [...] pueden además examinarse según su oportunidad [...]. El método definitorio plantea finalmente, a través de la formulación explícita de sistemas de reglas, la posibilidad de su crítica y abre el camino, a través de la constitución de nuevas reglas, a nuevos métodos de proceder»; Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., pp. 183-4.

pragmático universal se refiere tan sólo a la relevancia moral; pero no es el único elemento)<sup>168</sup>.

Esta «cuarta vía consiste en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística»<sup>169</sup>. Resulta evidente que está método pragmático-universal fundamenta la validez de las reglas de la razón antes mencionadas. Fundamentación y reglas forman la columna vertebral de la teoría del discurso de ALEXY: a saber, la corrección. Por ello, la pregunta por el significado de la *posibilidad de comunicación lingüística* y su identificación en las *situación ideal del habla* es fundamental. Así mismo la utilización del concepto de *posibilidad* y de *situación* (que *posibilita*) conlleva –desde KANT, tal y como se ha visto– unas consecuencias específicas desde el punto de vista cognoscitivo y, por ello, en la fundamentación de los principios de la razón práctica. Por ello, la respuesta a la pregunta de la fundamentación pone en juego la pregunta por el funcionamiento de la teoría del discurso.

Las reglas de la razón constituyen una medida que pretende recoger a toda la sociedad (libertad e igualdad) en un ámbito de no coacción; conforman así una<sup>170</sup> universalidad. Esta universalidad, se dice, es la *situación ideal del habla*; esto es, la disposición social que permite una comunicación intersubjetiva efectiva. Toda intervención constituye un intento de comunicación intersubjetiva; por lo que tiene como base dicha situación ideal. La universalidad es el contexto que permite la vertebración comunicativa de toda relación intersubjetiva de ese tipo. En ese sentido «existe una relación necesaria entre el acuerdo universal en condiciones ideales y

---

<sup>168</sup> Es fundamental el hecho de que sean señaladas esta compenetración para proponer el derecho como caso especial; en este punto ALEXY y HABERMAS se distancian: «la tesis de Habermas de que el discurso jurídico no debe ser concebido como un subconjunto de la argumentación *moral*, tal y como él la entiende (Habermas, 1998, 302), es obviamente verdadera. Pero esto no hace fracasar a la tesis del caso especial. De acuerdo con ella, el *genusproximum* del discurso jurídico no es el discurso moral en el sentido habermasiano, sino el discurso práctico general. Un discurso práctico general no es lo mismo que un discurso moral en el sentido de Habermas. Es un discurso en el cual las cuestiones y razones morales, éticas y pragmáticas están conectadas»; Robert ALEXY, *La tesis del caso especial*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, n. 21, 1999, p. 27. Toda la cuestión la conexión entre derecho y moral debe tener presente esta cuestión.

<sup>169</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 182.

<sup>170</sup> Los límites de esta universalidad por su formalidad (¿quiénes la forman? ¿en base a que criterios? ¿pueden fundamentarse?) serán analizados más abajo.

los conceptos de corrección y validez moral»<sup>171</sup>. La corrección, desde sus diferentes puntos de vista (instrumento de crítica, criterio de corrección e ideal de aproximación), es una concreción normativa de la universalidad: «válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales»<sup>172</sup>.

De este modo, podría identificarse éste método con el kantiano (trascendental)<sup>173</sup>. Sin embargo, ALEXY, por medio de HABERMAS, se distancia de esta perspectiva: «en la elaboración de estas reglas no se puede distinguir con claridad entre análisis lógico y empírico»<sup>174</sup>. HABERMAS lo explica del siguiente modo:

La situación ideal de habla no es ni un fenómeno empírico ni una simple construcción, sino una suposición inevitable que recíprocamente nos hacemos en los discursos [...] es una ficción operante en el en el proceso de comunicación. Prefiero hablar, por tanto, de una anticipación, de la anticipación de una situación ideal del habla. Sólo esta anticipación garantiza que con el consenso tácticamente alcanzado podamos asociar la pretensión de un consenso racional [...]

Pertenece a los presupuestos de la argumentación el que en la ejecución de los actos de habla hagamos contrafácticamente como si la situación ideal del habla no fuera simplemente ficticia sino real [...]. El fundamento normativo del entendimiento lingüístico es, por tanto, ambas cosas: un fundamento anticipado, pero, en tanto que anticipado, también operante<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Robert ALEXY, *La Institucionalización de la...*, o. c., p. 228. La conexión con la teoría de partidos de RADBUCH es aquí evidente, como se verá más adelante.

<sup>172</sup> Jürgen HABERMAS, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 172. Robert ALEXY aporta otra aserción diferente para significar esta relación entre corrección y universalidad en *La Institucionalización de la...*, o. c., p. 228; sin embargo, acto seguido la identifica con el principio del discurso abstracto de HABERMAS, que es el que se ha citado aquí.

<sup>173</sup> El mismo Robert ALEXY, en *La Institucionalización de la...*, o. c., p. 228, incardina esta teoría en la tradición kantiana con la siguiente cita de *La metafísica de las costumbres*: «De ahí que sólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora».

<sup>174</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., pp. 182. Es por esta razón que ALEXY cambia el término de *fundamentación pragmático-trascendental* (APEL) por el de *fundamentación pragmático-universal* (HABERMAS). En este punto, al olvidar esta distinción, podría compararse con el paso entre KANT y WOLFF (Cfr. Frederick COPLESTON, o. c., p. 185 y ss.).

<sup>175</sup> Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa...*, o. c., pp. 155-6.

Por un lado, a diferencia la universalidad *kantiana* que se mantiene asépticamente en la aprioridad del pensamiento, la universalidad *habermasiana* ideal se construye también argumentativamente («por lo que no es sólo un principio regulativo»<sup>176</sup>, en la medida en que es un «*ideal* al que cabe aproximarse»<sup>177</sup>). Por otro, a diferencia de la universalidad *hegeliana* que toda ella está compuesta por lo real, la universalidad *habermasiana* esta presupuesta en toda construcción argumentativa (por lo que «ninguna sociedad histórica coincide con la forma de vida que hemos descrito»<sup>178</sup>). «La anticipación de la situación ideal del habla tiene para toda la comunicación posible el significado de una apariencia constitutiva, que a la vez es barrunto de una forma de vida»<sup>179</sup>. Podemos intuir ya aquí intuir cierta analogía con el concepto de *determinabilidad material de la idea* (LASK): la situación ideal del habla anticipa un significado para aquello que se pretende expresar de modo ideal del mismo modo que la adecuada relación entre idea y materia concreta se anticipaba a la formulación de la idea misma, determinándola.

Ciertamente, una diferencia es clara: no existe precedencia de la idea sobre la materia ni tampoco de la materia sobre la forma; ambas se encuentran al mismo nivel, sin caer en el hegelianismo. No obstante dicha diferencia queda difuminada a efectos prácticos: la preeminencia de la idea la señala RADBRUCH como una necesidad del concepto de la determinabilidad material de la idea, y no como un rasgo fundamental de su función. La relación de la materia con la idea como racionalidad argumentativa no depende de la nota de la preeminencia de la idea, más que en su fundamentación última; esto es, que la preeminencia de la idea sirve para garantizar teóricamente la científicidad de la racionalidad argumentada (de hecho, es por ese motivo que permite en última instancia la científicidad de *cualquier* racionalidad argumentada). En todo caso, el significado y la medida de esta diferencia serán valorados más abajo. Por lo pronto, baste con indicar la conexión entre formas de vida e idea en torno a la racionalidad comunicativa y en la determinabilidad material de la idea, expresada por aquel que argumenta, que «constituye un ensemble de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas»<sup>180</sup>.

De este modo, la fundamentación construye al mismo tiempo el método discursivo: «para todo lo que *dentro* de las formas de vida comunicativamente estructuradas

---

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., pp. 190.

<sup>178</sup> Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa...*, o. c., pp. 155-6.

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> Jürgen HABERMAS, *Facticidad...*, o. c., p. 65.

pretende validez, las estructuras del entendimiento posible constituyen algo no rebasable»<sup>181</sup>. De este modo, la *situación ideal del habla* como anticipación (pretensión de corrección) se convierte también «en canon crítico con que se puede poner en cuestión todo consenso fácticamente alcanzado y examinar si puede considerarse indicador suficiente de un consenso fundado»<sup>182</sup>. ALEXY define en ese sentido tres funcionalidades de las reglas de la razón: como *criterio de corrección* (negativo y positivo) de los enunciados normativos y como *instrumento de crítica* de las restricciones de derechos y de oportunidades de los participantes<sup>183</sup>.

En este punto se plantea el problema del funcionamiento: ¿en qué medida las reglas no suplantando las valoraciones? Lo decisivo de esta pregunta ya ha sido planteado, pues desde KANT es un problema que reincide en toda gnoseología. Donde lo ideal se propone como presupuesto de lo real, posibilitando su comprensión, surge la pregunta de si acaso lo ideal no estará evitando la posibilidad misma. Esto es, hasta que punto la delimitación de contexto lingüístico ideal no predetermina todas las posibilidades del pensamiento. La idea de la coerción ideológica sobrevuela cada intento de corrección. Sin embargo, HABERMAS, aún reconociendo los límites de la *vida comunicativamente estructurada*, insiste en la diferenciación posible dentro de esa unidad lingüística comunicativamente necesaria del mismo modo en que lo hace ALEXY, tal y como hemos visto:

Pues la unidad transitoria que se establece en la intersubjetividad porosa y entrecortada en un consenso mediado lingüísticamente, no sólo garantiza sino que fomenta y acelera la pluralización de formas de vida y de estilos individuales de vida. Cuanto más discurso, tanta más contradicción y diferencia. Cuanto más abstracto el acuerdo, tanto más plurales los disensos con que podemos vivir sin violencia.<sup>184</sup>

Esta aparente contradicción debe ser salvada. ALEXY responde del siguiente modo:

Se puede considerar como tarea de la teoría del discurso precisamente el proponer reglas que, por una parte, sean tan débiles, es decir, que tengan tan poco contenido normativo que personas con concepciones normativas totalmente diferentes pudieran estar de acuerdo con ellas, pero que, por otra parte, sean tan fuertes que una discusión realizada de acuerdo con las mismas pueda ser calificada como «racional».<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup> Jürgen HABERMAS, *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990, p. 180.

<sup>182</sup> Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa...*, o. c., pp. 155.

<sup>183</sup> Cfr. Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 190.

<sup>184</sup> Jürgen HABERMAS, *Pensamiento...*, o. c., p. 180.

<sup>185</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 37.

Esta respuesta constituye una interpretación débil de las exigencias normativas de todo acto comunicativo. Se trata, por tanto, de reducir al mínimo la concreción de esas exigencias, limitándolas a la exclusión de algunos enunciados normativos, por el hecho de ser *discursivamente imposibles*, y se imponen los opuestos a ellos, siendo *discursivamente necesarios*<sup>186</sup>; de este modo que el número de posibilidades de pensamiento sea tan alto que puedan considerarse incontables (y por tanto no predispuestas). Sólo de éste modo, puede afirmarse que «las reglas del discurso definen un proceso de decisión en el que no está determinado qué debe tomarse como base de la decisión y en el que no todos los pasos están preescritos»<sup>187</sup>. Por ello ALEXY reduce a dos los fines de la teoría del discurso: (1) que la validez de determinadas «reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla y que (2) no podemos renunciar a estos actos de habla sin abandonar formas de comportamiento que consideramos específicamente humanas»<sup>188</sup>.

No obstante, siendo que esta amplitud de posibilidades constituye su punto fuerte en la construcción del consenso, supone precisamente su propia debilidad material: «sólo será posible para relativamente pocas reglas»<sup>189</sup>. Sin embargo en ello consiste precisamente la idea fundamental de la teoría del discurso: «El cumplimiento de estas reglas no garantiza [...] la certeza definitiva de todo resultado, pero sin embargo caracteriza este resultado como racional. La racionalidad por consiguiente no puede equipararse con la certeza absoluta»<sup>190</sup>. Esta debilidad, constituye la necesidad del paso al discurso jurídico. Las reglas del discurso tan sólo

Aumentan la probabilidad de lograr un acuerdo en las cuestiones prácticas, pero no garantizan el que pueda obtenerse un acuerdo para cada cuestión, ni el que cualquier acuerdo alcanzado sea definitivo e irrevocable [...]. Si los resultados encontrados en el discurso no pueden pretender una certeza definitiva, es necesario que su revisión sea siempre posible. [...] Los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas. Con ello se produce el paso al discurso jurídico<sup>191</sup>.

La debilidad del discurso práctico general permite observar una serie de problemas –aquí no conceptualizados aún– que expresan la necesidad de un paso no

---

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> *Ibid.* p. 190.

<sup>189</sup> *Ibid.* p. 183.

<sup>190</sup> *Ibid.* p. 177.

<sup>191</sup> Robert ALEXY, *Teoría..., o. c.*, p. 202.

comprendido en la teoría del discurso práctico general por sí misma. Salvando las distancias, este punto es comparable<sup>192</sup> con el paso del estado de naturaleza al estado civil kantiano: por la debilidad de las leyes morales se transita hacia un estado civil; esto es se transita al Estado de derecho<sup>193</sup>. Estas comparaciones indican cierto paralelismo en el tipo de relación que tienen derecho y moral, siempre que se diferencie la categoría de moral con la de relevancia moral del discurso práctico general y de la argumentación jurídica (que no son exclusivamente morales). El discurso práctico general encuentra diferentes límites, frente a los que la especialidad del derecho puede resultar una respuesta necesaria. Este punto permite dar el paso a la teoría del discurso jurídico; aunque, como se verá más adelante, su especialidad no niega el espíritu común entre ambas teorías, expresado en la pretensión de corrección, que las constituye en un mismo género: a saber, el *discursivo*.

## 2.2. La necesaria institucionalización de la razón

Si la corrección del discurso respondía al problema de la fundamentación de cada comunicación pretendida, su apertura material (argumentativa y temporalmente) implica una serie de problemas prácticos a la hora de solucionar problemas reales. Recorrer estos límites permite observar los rasgos fundamentales que necesariamente tendrá el derecho, constituido para responder a los problemas del discurso práctico general. Principalmente podemos hablar de tres: el *problema del conocimiento*, el *problema de la imposición* y el *problema de la organización*. El primero deviene del hecho de que la teoría del discurso no contenga «un procedimiento que permita lograr en todo caso de modo exacto un resultado mediante un número finito de operaciones, lo que conduce al amplio espacio de lo meramente posible discursivamente». El segundo se debe a que «la comprensión de la corrección o la legitimidad de una norma es algo distinto de su observancia». El tercero «el problema de la organización resulta de las numerosas exigencias morales y los numerosos objetivos deseables que no pueden ser logrados [...] sólo mediante acciones individuales y cooperación espontánea»<sup>194</sup>.

Por tanto, los tres problemas señalados se añaden al problema de la fundamentación, que se mantiene constante en toda aserción práctica. Sí la

---

<sup>192</sup> *Vid. supra* nota 168.

<sup>193</sup> *Ibid.* nota 89.

<sup>194</sup> Robert ALEXY, *La Institucionalización de la...*, o. c., p. 233-4.

corrección<sup>195</sup> supone una nota tanto del discurso jurídico como del práctico general, por su respuesta al problema de la fundamentación; así también deben dilucidarse tanto las notas características del discurso jurídico en cuanto que en su respuesta al resto de problemas, como la relación entre todas las notas<sup>196</sup>. En ese sentido, *al lado* de la corrección material aparece como necesario el aspecto institucional, que se deslinda en dos notas: la legalidad conforme al ordenamiento<sup>197</sup> y la eficacia social<sup>198</sup>.

La primera, que consiste en la adecuación normativa a un ordenamiento, resuelve el problema del conocimiento en tanto que determine un procedimiento que permita soluciones determinadas de problemas prácticos; y resuelve parte del problema de organización en tanto que determina aquellos objetivos y exigencias que deben realizarse. La segunda, en tanto que constituye formas de coacción organizada, solventa el problema de la imposición, y en tanto que unifica comportamientos, solventa parte del problema de organización. Todas ellas, especialmente cuando estos problemas se presentan de forma más acuciante «desplazan el peso de la corrección material»<sup>199</sup>, generando una racionalidad propia del discurso jurídico.

La cuestión decisiva en torno a la idoneidad de un concepto de Derecho no es, por tanto, si la corrección material debe definir el Derecho en lugar de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, sino más bien si debería hacerlo en combinación con éstas. Lo legal y lo eficaz constituyen el aspecto real o institucional del Derecho; lo correcto, su dimensión ideal o discursiva. Mi tesis es que únicamente puede formarse un adecuado concepto de derecho si se combinan ambos aspectos<sup>200</sup>.

---

<sup>195</sup> «El objeto del concepto ético de validez es la validez moral. Una norma vale *moralmente* cuando esta moralmente justificada». Cfr. Robert ALEXY, *El concepto...*, o. c., p. 89.

<sup>196</sup> Las notas del discurso jurídico se conceptúan de forma separada, pero constituyen una sola armonía discursiva. Debe subrayarse el hecho de que la aparición de nuevas características modifique la *posición* de la corrección. Cfr. Robert ALEXY, *La Institucionalización de la...*, o. c., p. 233-4.

<sup>197</sup> La conformidad con el ordenamiento constituye un «*concepto de la validez jurídica en sentido estricto*». Robert ALEXY, *El concepto...*, o. c., p. 89.

<sup>198</sup> La eficacia social constituye un concepto propio de validez, que «es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia», teniendo en cuenta que «la aplicación de sanción en caso de desobediencia incluye el ejercicio de la coacción física, es decir, de la coacción estatalmente organizada en los sistemas jurídicos desarrollados». *Ibíd.*

<sup>199</sup> Robert ALEXY, *La Institucionalización de la...*, o. c., p. 234.

<sup>200</sup> Robert ALEXY, *La institucionalización de la razón*, Persona y Derecho, núm. 43, 2000, p. 218.

Así, del mismo modo que en RADBRUCH, la validez jurídica en un sentido amplio incluye elementos institucionales (eficacia social y legalidad) y elementos ideales (corrección material), que en su conjunción constituyen una especificidad discursiva. Esta concepción *no positivista* del derecho, permite comprender el ordenamiento jurídico un único *marco* de racionalidad. Es sustancial la concepción unitaria de validez jurídica, pese a la distinción de sus elementos para poder diferenciar su postura no positivista de la positivista y de la racionalista (derecho natural racionalista). Constituye una postura propia –un concepto de validez jurídica plenamente desarrollado– en la medida en que conjuga todos los elementos de forma necesaria en el concepto de derecho, al no sobreponer *a priori* ninguno de ellos<sup>201</sup>. Es por ello que ALEXY desarrolla una teoría de la argumentación *propiamente* jurídica.

A diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas. ¿Pero qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente?<sup>202</sup>

Para responder a la pregunta formulada, ALEXY responde de forma diferenciada respecto de dos tipos de *justificación*: por un lado, la de tipo interna, que consiste en comprobar «si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación»; por otro, la de tipo externa, cuyo objeto de comprobación es «la corrección de estas premisas»<sup>203</sup>. Respecto de la primera ENGISCH acierta al afirmar que, aunque no carezca de importancia, «extraer una conclusión tal [...] (supone) un esfuerzo mínimo; la principal dificultad estriba en hallar las premisas»<sup>204</sup>. En la medida en que se trata únicamente de una conexión lógica, no interesa tanto al fin de la argumentación detenerse en este punto<sup>205</sup>.

Respecto de la justificación externa puede distinguirse tres tipos de premisas diferentes, a los que les corresponde un método propio de fundamentación: *reglas*

---

<sup>201</sup> Cfr. Robert ALEXY, *El concepto...*, o. c., pp. 88-9. La superposición *a priori* de alguno de los elementos lo haría separable al resto y, al final, único garante real de la validez jurídica. En este punto la correlación con el RADBRUCH de la postguerra resulta evidente (*Vid. supra* p. 29)

<sup>202</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 213.

<sup>203</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 214. La palabra justificación (*Rechtsfertigung*) es intercambiable por la de fundamentación (*Begründung*) en un amplio número de casos. Cfr. también en p. 52.

<sup>204</sup> Karl ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, citado por Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 221.

<sup>205</sup> ALEXY dispone una serie de normas lógicas en ese sentido. Cfr. *Ibid.* pp. 214-222.

de derecho positivo, cuya fundamentación consiste en «mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico»; enunciados empíricos, cuya fundamentación consiste en la utilización de «métodos de las ciencias empíricas [...] máximas de presunción racional, y [...] reglas de la carga de la prueba en el proceso»; y, por último, una categoría que sirva de cajón de sastre, a la que «sirve lo que puede designarse como “argumentación jurídica”»<sup>206</sup>. Como puede observarse, éstas últimas tienen un carácter central, pues su método de fundamentación constituye, en sentido estricto, la justificación externa. En ese sentido, el resto de reglas y formas de justificación respaldan y sirven a ese mismo objetivo.

En todo caso, de todos los grupos de reglas y formas de justificación nos referiremos a las que le son específicas: esto es a la dogmática y a la razón<sup>207</sup>. Es en la relación de estos dos métodos donde se percibe con claridad la idea de derecho de ALEXY. Los conceptos habituales de dogmática jurídica no sirven a las condiciones que la teoría del discurso jurídico exige de ella. Por este motivo formula una definición propia de esta tipología:

Una dogmática del Derecho es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tienen contenido normativo<sup>208</sup>.

Al hilo de esta definición ALEXY elabora una clasificación de lo que considera enunciados de dogmática jurídica, que resuelva en parte los problemas de concreción de su definición. Se refiere a genuinos conceptos jurídicos, definiciones de conceptos jurídicos relevantes<sup>209</sup>, normas no extraídas de la ley<sup>210</sup>, descripciones

---

<sup>206</sup> 3 *Ibíd.* p. 222. Respecto de la categoría de cajón de sastre, ALEXY no pone nombre; la expresión literal es *premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo*. Cfr. *Ibíd.*

<sup>207</sup> ALEXY añade principalmente la ley (pp. 225-240), el precedente (pp. 261-266), la empirie (p. 224) y las formas especiales de argumentos jurídicos (pp. 266-270). Respecto de los argumentos de razón se mantiene el mismo significado respecto del apartado anterior (argumentos prácticos generales). Cfr. *Teoría..., o. c.*

<sup>208</sup> *Ibíd.* p. 246. Como el mismo ALEXY reconoce, esta definición trae consigo una serie de problemas, entre los cuales el más importante es el del tipo de enunciados que constituyen esta dogmática.

<sup>209</sup> Toma estas dos primeras expresiones directamente de Gustav RADBRUCH, *Filosofía..., o. c.*, pp. 156-7: «de un lado están los conceptos con que se componen los preceptos jurídicos, en especial los conceptos que se ofrecen situaciones de hecho (*Tatbestände*) de la ley y que han de ser aclarados por la interpretación, los *conceptos jurídicos relevantes*; de otro lado, están los

y caracterizaciones de estados de cosas, y formulaciones de principios<sup>211</sup>. Esta clasificación no constituye una teoría de la dogmática; pues, con ella tan sólo se ha indicado su *forma* dentro del sistema (al lado de normas y hechos). Por tanto, de la clasificación se extrae la función de la dogmática dentro del ordenamiento: podría decirse que se trata de aquellos enunciados de contenido que suplen parte de la insuficiencia significativa de hechos y normas en la argumentación jurídica, al tiempo que se conjuga necesariamente de ellos<sup>212</sup>. No obstante, lo dicho sirve de forma intuitiva a esta argumentación para comprender el contenido de dichos enunciados.

La función que le es propia indica del contenido que «no pueden derivarse lógicamente, ni sólo de las formulaciones de las normas jurídicas [...], ni sólo de los enunciados empíricos»; pues, de otro modo, «a partir de ellos no se podría fundamentar nada que no se pudiera fundamentar también a partir de las normas vigentes»<sup>213</sup>. Por tanto, si su contenido necesariamente excede al de hechos y normas, y éste (el contenido), como premisa, constituye lo propio de la argumentación jurídica, el interrogante por el contenido forma el centro neurálgico del problema de la fundamentación de esta argumentación.

En este punto ALEXY distingue entre «fundamentación, (que) tiene lugar cuando un enunciado se deriva de otros enunciados; y una comprobación, cuando se cuestiona

---

conceptos constructivos y sistemáticos con los que se capta el contenido normativo de un precepto jurídico con los *conceptos jurídicos auténticos*».

<sup>210</sup> Pueden incluirse estas siempre que no contradigan la ley (salvo excepciones). ALEXY pone como ejemplo el *incumplimiento positivo del contrato* (STAUB). Cfr. *Teoría...*, o. c., p. 221-2. Esta consistía en que, ante la norma «"El deudor tiene que compensar al acreedor el daño que le cause por la demora" [...], la sanción al incumplimiento no sólo derive de la mora y la falta de cumplimiento de prestaciones contractuales positivas, sino también de la infracción de deberes contractuales accesorios y de deberes de omisión»; Eugen BUCHER, *La diversidad de significados de Schuldverhältnis (relación obligatoria) en el Código Civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones*, Indret, octubre 2006, n. 383, Barcelona, p. 17.

<sup>211</sup> Este es un concepto de suma importancia en ALEXY; sin embargo se hará referencia a él en la medida en que el curso de la argumentación lo exija. Los «*principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos»; Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEE, Madrid, 1993, p. 86.

<sup>212</sup> Cfr. *Teoría...*, o. c., p. 251.

<sup>213</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 251.

si se pueden aceptar enunciados que se deriven de un enunciado»<sup>214</sup>. Ambas, sin embargo, nos llevan a enunciados prácticos de tipo general; esto es, ambas vinculan el resultado de la argumentación al ámbito de la racionalidad práctica general. Pues si no quiere volverse sobre enunciados dogmáticos *ad infinitum* en una argumentación, estos tienen que pasar a ser fundamentados en aquel ámbito. Tanto la elección de enunciados (fundamentación) como la argumentación que los sostenga en el contexto (comprobación), así como la refutación de ambos, «no pueden seguir siendo siempre dogmáticos»<sup>215</sup>. Esto no significa otra cosa más que el origen del contenido de estos enunciados no es dogmático; su conformación dogmática tiene que ver con el ámbito en el que se mueve y el fin al que sirven, pero no con su origen<sup>216</sup>.

De este modo, sin embargo, al tiempo que se ha avanzado en la comprensión del contenido de los enunciados dogmáticos –se trata de enunciados que devienen, en última instancia, del discurso práctico general–, puede confundirse su especificidad respecto de los enunciados del discurso práctico general. Surge de nuevo la duda con respecto al concepto de estos enunciados. ALEXY responde aludiendo a las funciones de la dogmática. Mediante los enunciados dogmáticos

Se fijan y se hacen por tanto reproducibles determinadas soluciones a cuestiones prácticas [*f. de estabilización*]. Esto es posible porque la dogmática opera institucionalmente. [...] [De este modo hace posible] ofrecer comprobaciones y diferenciar los enunciados dogmáticos en una medida considerablemente mayor de lo que sería posible en discusiones que se desarrollan de forma puntual [*f. de progreso*] [...]; [al tiempo que provoca] una descarga en la medida en que, sin una razón especial, no es necesaria una nueva comprobación [*f. de descarga*]. [...] y controla la compatibilidad lógica de los enunciados [...] y práctico-general de las decisiones a fundamentar [*f. de control*]. [...] [También, de forma indirecta, aporta] una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que no aparecería si hubiera que empezar siempre de nuevo [*f. heurística*]<sup>217</sup>.

De forma resumida puede decirse que la dogmática no es otra cosa que ciertos enunciados racionales prácticos de tipo general, institucionalizados; esto es,

---

<sup>214</sup> *Ibíd.*

<sup>215</sup> *Ibíd.*

<sup>216</sup> Aquí se percibe que el «procedimiento del discurso es un procedimiento argumentativo. Esto establece una diferencia fundamental entre la teoría del discurso y las teorías procedimentales de la tradición hobbesiana, que operan con procedimientos de negociación y de toma de decisiones»; Robert ALEXY, *La Institucionalización de la razón, o. c.*, p. 226.

<sup>217</sup> Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., pp. 255-260.

asumidos por un ordenamiento: «puede entenderse como una institucionalización estable del discurso práctico bajo la condición de existencia de un ordenamiento»<sup>218</sup>. En ese sentido, tomando la expresión de ESSER, la dogmática «es una abreviación de la argumentación»<sup>219</sup>, en la medida en que la desplaza a un plano diferente. Ello sin embargo, saca a la luz la profunda «dependencia de la dogmática con respecto a la argumentación práctica general», lo que significa que «los enunciados de la dogmática no son irrefutables»<sup>220</sup>. Ello permite introducir las premisas *de razón* (prácticos generales) como «el fundamento de la argumentación jurídica» y, a su vez, como la conexión entre el discurso práctico general y el jurídico.

Si los enunciados dogmáticos constituyen enunciados prácticos generales institucionalizados, puede omitirse la explicación propia de estos<sup>221</sup>. No obstante, sí debe explicitarse su posición en tanto que fundamento de la argumentación jurídica. Como ya se ha visto, el uso de estos argumentos de tipo general no constituye un método único (además de la dogmática, se cuenta con la *empirie*, la ley, el precedente y las formas especiales de argumentos jurídicos)<sup>222</sup>. Todos ellos desplazan la argumentación práctico-general pura, facilitando la materialización de soluciones. Sin embargo, «el desplazamiento de los argumentos prácticos generales es sólo *provisional*»; pues en última instancia, como se ha visto, todo el sistema constituye la materialización del discurso práctico general.

Es de este modo en el que queda explicitada la conexión entre las teorías general y especial del discurso: si la racionalidad de la argumentación jurídica está sometida a la racionalidad del discurso, significa que está constituye el vehículo explícito o implícito de toda decisión jurídica. Esto es algo que estaba implícito en lo dicho

---

<sup>218</sup> *Ibid.* p. 276.

<sup>219</sup> Josef ESSER, en *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, citado por Robert ALEXY, *Teoría..., o. c.*, p. 253. Puede servir para su comprensión, salvando las distancias, la diferencia entre ambos tipos de conceptos es análoga a la diferencia que establece MONTESQUIEU entre *principios* y *naturaleza* de gobierno: «la naturaleza es lo que le hace ser tal; el principio lo que le hace actuar; la naturaleza es su estructura particular [reglas y datos empíricos]; el principio, las pasiones humanas que le ponen en movimiento [dogmática]» (*El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 19). En un sentido funcional, la dogmática se referiría al *espíritu* que llena la estructura al tiempo que en cierto modo y grado, forma parte de ella; en ALEXY, este espíritu consistiría en la racionalidad enunciada (institucionalizada).

<sup>220</sup> Robert ALEXY, *Teoría..., o. c.*, p. 254.

<sup>221</sup> Ya ha sido explicada en el apartado 1.2; son de la misma naturaleza que los argumentos explicados en ese apartado.

<sup>222</sup> *Vid. supra.* nota 207.

hasta ahora respecto del tipo especial que constituye la argumentación jurídica respecto del discurso práctico general. Aquí puede observarse que, si de nuevo se comparase la teoría de ambos discursos (general y especial), y el *paso* de una a otra, en relación con los sistemas de KANT y RADBRUCH puede observarse, además de lo ya dicho, lo siguiente: a diferencia de KANT y en coincidencia con RADBRUCH, el discurso práctico general y el especial no se excluyen recíprocamente, sino que más bien se exigen mutua y constantemente<sup>223</sup>.

Esta conexión necesaria se da propiamente en torno al concepto de racionalidad; esto es, sobre el concepto de *corrección* su pretensión, presente en todo acto comunicativo. Si la pretensión de corrección era necesaria en todo acto comunicativo (práctico general), también aunque de modo *especial*, «la pretensión de corrección está necesariamente vinculada al derecho»<sup>224</sup>; su especialidad consiste en la limitación de su racionalidad a todo el ordenamiento. Dicha necesidad (de la pretensión de corrección) no implica directamente una vinculación necesaria y constante entre derecho y moral. Sin embargo, como se ha visto, aquí resulta decisiva la apertura real del derecho hacia la razón práctica general:

La base lógica del problema de la inclusión es la estructura abierta del derecho. [...] Que un caso caiga dentro del ámbito de apertura del derecho positivo significa que el derecho positivo no establece su solución. Si el juez estuviese vinculado exclusivamente por el derecho positivo, cuando se agotasen las razones jurídico-positivas siempre podría resolver el caso según sus preferencias personales o, simplemente, echándolo a suertes. Sin embargo, esto sólo sería compatible con la pretensión de corrección si no existiese ningún otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica al margen de las razones de derecho positivo<sup>225</sup>.

Por lo tanto, si bien los límites del ordenamiento positivo se ven en múltiples ocasiones superados, la moral (argumentación práctica) es capaz de actuar jurídicamente para suplir dicho límite. Esto es, la argumentación racional general no viene a *negar* el derecho, sino que, más bien al contrario, permite llevarlo a su plenitud; la razón práctica no sólo no le es extraña al derecho, sino que permite que

---

<sup>223</sup> «La relación entre ambos dominios de normas reside, más bien, en que la moral es por un lado *fin* del derecho, y por otro *fundamento* de su validez obligatoria [...] La relación entre moral y derecho se nos muestra así, como una fecunda relación de tensión»; Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., pp. 61 y ss.

<sup>224</sup> Robert ALEXY, *Derecho y moral*, en *La institucionalización de la justicia*, o. c., p. 19. Para ello ALEXY plantea como evidencia el absurdo de un fallo que niegue explícitamente su propia corrección como el siguiente: *Se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea.*

llevar la corrección que éste pretendía más allá de los límites de su limitación positiva sobre la realidad práctica. Teniendo en cuenta que el derecho constituía una institucionalización de la razón, la referencia constante de aquella hacia esta constituye una necesidad. Por ello, la pretensión coinciden parcial y estructuralmente en ambos discursos: lo primero en cuanto que constituye una fijación de la racionalidad posible<sup>226</sup>; lo segundo en cuanto que ciertas reglas y formas de argumentación coinciden en ambos discursos<sup>227</sup>. Puesto que la corrección no es el único valor del derecho<sup>228</sup> (coincidencia parcial y estructural, pero no total), esta vinculación necesaria de los argumentos «no significa que las decisiones jurídicas moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no sólo moral sino también jurídicamente»<sup>229</sup>.

Este punto la conexión entre derecho y moral se plantea como problemática (*problema del límite*): si derecho y razón general no coinciden totalmente, debe determinarse el grado mínimo en que se deban vincular los tres valores del derecho para constituir un derecho válido. Para responder a esta cuestión ALEXY recurre a la fórmula de la intolerancia de RADBRUCH desde del punto de vista del participante<sup>230</sup>. Un juicio que resolviere esta cuestión sería evidentemente un caso concreto, para el cual la fórmula introduce, como se ha visto, una clave con un significado muy concreto: puede determinarse un punto en el que la pretensión de corrección necesaria en toda aserción jurídica no pueda ser sostenida por la fuerza de su positividad ni por su eficacia social por ser extremadamente injusto; esto es, extremadamente incorrecto. Este punto esboza claramente la idea de derecho de ALEXY en toda su amplitud y claramente vinculada al giro patente en RADBRUCH del concepto de razón. Sin embargo, al mismo tiempo, como se verá, su aportación de corrección implica cambios sustanciales en este concepto y, por tanto, en la reconstrucción de la relación entre derecho y justa.

---

<sup>225</sup> Robert ALEXY, *Derecho y moral*, o. c., p. 18-20.

<sup>226</sup> Cfr. Robert ALEXY, *Teoría...*, o. c., p. 254-5.

<sup>227</sup> *Ibíd.* p. 275-276.

<sup>228</sup> No es único, ni lo es enteramente. No toda la moral constituye uno de los valores del derecho: «*suum cuique tribuere* pone de manifiesto que el objeto de la justicia no es todo el ámbito de la moral, sino sólo la parte que se ocupa de la distribución y compensación»; Robert ALEXY, *Justicia como corrección*, en *La institucionalización de la justicia*, o. c., p. 49

<sup>229</sup> Robert ALEXY, *Derecho y moral*, o. c., p. 20.

<sup>230</sup> Ver *supra* nota 137.

### 2.3. La racionalidad en el derecho: Justicia como corrección

Como se ha visto, la vinculación de derecho y moral, enhebra el rasgo fundamental del derecho: «Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección»<sup>231</sup>. Aquí es evidentemente perceptible la analogía entre la expresión *pretensión de corrección* de ALEXY y la estructura referencial del concepto del derecho de RADBRUCH. En ambos casos el derecho se plantea como una realidad que *media entre la facticidad del sistema y aquello que le otorga su validez*<sup>232</sup>. Sin embargo, como ya se ha anunciado, no debe pasarse por alto la sustitución de la expresión *valor de la justicia* (RADBRUCH) por la de *pretensión de corrección* (ALEXY). Por ello, el mismo ALEXY comenta su sentencia del siguiente modo: «Este enunciado constituye el punto de partida de una reconstrucción analítica del enunciado algo oscuro de Radbruch: “Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos, a la idea de derecho”»<sup>233</sup>.

Este punto de partida plantea dos cuestiones fundamentales: la primera, el significado de la corrección como vía de reconstrucción analítica del sistema de RADBRUCH; en segundo lugar las consecuencias sobre el sistema de RADBRUCH de esa reconstrucción (la valoración de su compatibilidad). De entrada la inclusión del término corrección dificulta en mayor grado la comprensión de la definición de derecho: «El concepto abstracto e indeterminado de justicia es reemplazado por el aún más abstracto e indeterminado concepto de corrección»<sup>234</sup>. Donde el *suum cuique tribuere*<sup>235</sup> ofrecía una formalidad en los términos de *la* generalidad, la corrección parece trascenderla al considerarla «criterio de valoración supremo para la corrección de la distribución y compensación»; de tal modo que «quien afirma que

---

<sup>231</sup> ALEXY, *El concepto y...*, o. c., p. 40. Ésta aserción forma parte del contenido de la definición completa del concepto de derecho de ALEXY en esta misma obra: «El derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección» (p. 123).

<sup>232</sup> Esta expresión parafrasea la de HABERMAS: «derecho como categoría de la mediación entre facticidad y validez»; Título del apartado I, *Facticidad y...*, o. c.

<sup>233</sup> ALEXY, *El concepto y...*, o. c., p. 40, nota 43.

<sup>234</sup> Robert ALEXY, *Justicia como corrección*, o. c., p. 51.

<sup>235</sup> ULPIANO, D. 1, 1, 10, 1.

algo es justo, afirma siempre, *al mismo tiempo*, que es correcto»<sup>236</sup>. El hecho de que se produzca la afirmación de ambos *al mismo tiempo* no significa otra cosa que la relación de especialidad de un concepto sobre el otro. Esto ya podía intuirse al aclarar la necesaria relación entre discurso jurídico y discurso práctico. Por ello ahora se trata de analizar las consecuencias de todo ello; pues, el hecho de «que la justicia sea un caso especial de corrección tiene implicaciones profundas para la teoría de la justicia»<sup>237</sup>.

Como se ha visto, la corrección actuaba como garante de comprensión en las comunicaciones intersubjetivas; sus reglas y formas de argumentación formaban un *elenco de exigencias* consideradas *conditio sine qua non* de la comunicación social en un sentido amplio<sup>238</sup>. A ello servía del derecho como fijación de una parte de esas exigencias para permitir la solución real de conflictos prácticos de un determinado tipo (problemas de *justicia*). De entrada podría decirse que la conexión entre derecho y moral repetía la el esquema clásico<sup>239</sup> de esta relación, que PÉREZ DEL VALLE sintetiza del siguiente modo:

STO. TOMÁS DE AQUINO sostiene, frente a lo que se suele afirmar, una delimitación de la conciencia y de la moral frente al derecho. Así se desprende la afirmación de que la ley humana no puede imponer preceptos exigibles en un juicio divino como es el juicio de la conciencia. De esta forma, la vinculatoriedad de las leyes humanas en el foro de la conciencia depende de que sean justas, de modo que sólo existe la obligación moral de cumplimiento de leyes injustas cuando no prestarlo suponga un escándalo o grave perturbación<sup>240</sup>.

El ambos casos (clásico y el que aquí presentamos) el contenido del derecho resulta obligante, en mayor o menor medida, porque su vinculación material con el contenido de la moralidad establece un «deber moral general de obediencia al

---

<sup>236</sup> Robert ALEXY, *Justicia como corrección*, o. c., p. 51. La cursiva no está en el original.

<sup>237</sup> *Ibíd.*

<sup>238</sup> ALEXY habla la conexión entre el abandono de determinados actos del habla y el abandono de determinados comportamientos considerados humanos (*vid. supra* pp. 56 y ss.). En ese sentido HABERMAS muestra con claridad el objeto de esta amplitud: «Lo que así viene implicado en lo que he llamado “base de validez del habla” se comunica también a las formas de vida que se reproducen a través de la acción comunicativa. La racionalidad comunicativa se manifiesta en una trama descentrada de condiciones trascendentalmente posibilitantes, formadoras de estructuras, y que impregnan las interacción»; Jürgen HABERMAS, *Facticidad y...*, o. c., p. 65.

<sup>239</sup> No referimos principalmente a STO. TOMÁS DE AQUINO (cfr. *S. Th.* 1-2. q. 95 y q 96).

<sup>240</sup> Carlos PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y derecho penal*, Comares, Granada, 1994, pp. 20-1.

derecho»<sup>241</sup> brindando su fundamentación al mismo. Debe subrayarse el hecho de que la sola vinculación con la moral –sin una coincidencia total– genera un deber general respecto del derecho, tanto en la versión clásica como en la que pretende explicarse<sup>242</sup>. A partir de este punto, todos los sistemas de la modernidad se han visto obligados a plantear la cuestión en paralelo: «la posibilidad de que el derecho actúe eficazmente en favor de la conciencia personal de los individuos en tanto que consista en la emisión de juicios morales»<sup>243</sup>. El grado de conflictividad de este paralelismo dependerá del grado de contraposición entre ambos polos (individuo-colectivo)<sup>244</sup>; pero en todo caso, «si se reconoce el derecho y su efecto más allá del fuero externo, el conflicto es posible»<sup>245</sup>.

En este punto la sospecha de *conversión* naturalista de RADBRUCH recae ahora sobre el sistema de ALEXY. En aquel el problema se resolvía de forma confusa para éste: mientras que mantenía la relevancia última de la idea, se la forzaba (a la idea) a cernirse a la *naturaleza de las cosas*. La obligatoriedad se hacía depender de un estado de cosas, considerado moral, por su precedencia al derecho positivo, pero no a la idea misma de derecho. Ciertamente, lo confuso era la abstracción de la *determinabilidad material de la idea*: su modelo servía de tope a la idea al formular la obligación práctica de la racionalidad de la argumentación; donde *racionalidad*, al fin y al cabo, significaba la mera referencia a la naturaleza de las cosas. Esto resulta confuso para ALEXY porque la alusión a *una* argumentación no salva el problema si no existe una corrección posible de dicha argumentación. Es por ello que, en ALEXY, la distinción del modelo clásico y del modelo de RADBRUCH viene por la parte de su significado analítico. Antes, no obstante, debe entenderse el lugar en que se sitúa.

---

<sup>241</sup> Robert ALEXY, *Derecho y...*, o. c., p. 23.

<sup>242</sup> Frente a lo que se suele creer, debe subrayarse el paralelismo de las condiciones que el Aquinate cree necesarias en conjugación con la justicia material para hablar de obligación moral (cfr. *S. Th.* 1-2. q. 96 a4), con las propias tanto de ALEXY y RADBRUCH (positividad y eficacia social). En ese sentido, en la expresión de ALEXY, STO. TOMÁS DE AQUINO resultaría más un *no positivista* que un defensor del derecho natural.

<sup>243</sup> Carlos PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia...*, o. c., p. 40.

<sup>244</sup> La conflictividad entre lo colectivo y lo individual constituye, propiamente, el fondo de la problematidad de las ciencias sociales modernas; cfr. Javier BARRAYCOA, *Sobre el poder*, Scire, Barcelona, 2008, pp. 18 y 19. Por ello HABERMAS afirma que «de la autoafirmación de los individuos que Hobbes entendiera en términos naturalistas sale consecuentemente una línea de eliminación de la razón práctica que conduce en Luhmann a la autopoiesis de los sistemas regulados autoreferencialmente»; *Facticidad y...*, o. c., p. 64.

<sup>245</sup> Carlos PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia...*, o. c., pp. 39-40.

Según HABERMAS la razón comunicativa «empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social [...] no es una facultad»<sup>246</sup>. De entrada, es clara la pretensión de romper la dualidad de la razón práctica clásica, evitando así toda contraposición, extrayendo del dominio de ambos polos el impulso racional. De ello se deduce que se trata necesariamente de algo anterior al momento de decisión de la acción por parte de cualquier actor (entendimiento subjetivo) y de la situación social en que actúa (entendimiento intersubjetivo); pues, si la razón es algo que se expresa tanto en el colectivo como el individuo, la negación de su posición en ninguno de ellos implica su anterioridad:

La racionalidad comunicativa no es como la forma clásica de razón práctica una fuente de normas de acción. Sólo tiene un contenido normativo en la medida en que quien actúa comunicativamente no tiene más remedio que asumir presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico [...]. En tal situación quien actúa comunicativamente se halla bajo ese “tener que” que caracteriza a lo que podemos llamar coerción trascendental de tipo débil, pero no por ello se halla ya ante el “tienes que” prescriptivo de una regla de acción [...]. La normatividad en el sentido de orientación vinculante de la acción no coincide por entero con la racionalidad de la acción orientada al entendimiento<sup>247</sup>.

Esta razón constituye un elenco de presuposiciones y de idealizaciones inevitables en la fundamentación de la validez dentro de un contexto lingüístico; pero no porque pertenezcan al ámbito de ese contexto sino precisamente porque le han precedido. Pues si le pertenecieran, no podrían fundamentarlo; es por ello que se sitúan como elemento *contrafáctico* de la situación fáctica. Para entender el lugar de esta razón puede ser útil la distinción de GUARDINI entre conciencia moral como *estado* y como *acto*. En ésta última –acto: esto debe hacerse o esto no debe hacerse–, subyace aquella como presupuesto suyo, que «no se agota en una ocasión determinada»<sup>248</sup>.

En realidad [la conciencia moral como *estado*] no es ni culpable ni inocente, sino que se haya antes de la posibilidad de lo bueno y de lo malo. Por eso en ella no existe la responsabilidad ya que todo sucede por necesidad. Que no es “coacción” (ya que ésta sólo

---

<sup>246</sup> Jürgen HABERMAS, *Facticidad y...*, o. c., p. 66.

<sup>247</sup> *Ibíd.*

<sup>248</sup> Romano GUARDINI, *Ética*, BAC, Madrid, 1999, p. 98. No debe confundirse la acepción de estado, con la de naturaleza. SANTO TOMÁS DE AQUINO muestra en ese sentido como la conciencia moral, además de un acto, no es una *potencia* (capacidad de la naturaleza) sino en todo caso un *primer hábito natural* (*sindéresis* en el vocabulario de SAN JERÓNIMO), en tanto que «el hábito es principio del acto» (*S. Th.* 1. q. 79). Por ello, la conciencia como estado no constituye una fuerza inevitable e inconfundible de una moralidad natural, sino la tendencia que posibilita dicha moralidad.

existe donde hay libertad, como su contrario) sino [...] la simple identidad [del ser] consigo mismo [...]. En su forma más general, la conciencia moral como estado es el sentimiento constante de hallarse ante la exigencia ética<sup>249</sup>.

Al situarse antes incluso de la posibilidad de cualquier acción y de los elementos que la constituyan, el contenido moral de este estado se presenta como obligante *en* la acción pero no *para* la acción; «por tanto, queda por detrás de una razón práctica a la que se suponga por meta la motivación y la dirección de la voluntad»<sup>250</sup>. En cierto modo conforma los elementos necesarios *para* la disquisición concreta posterior (procedimiento), pero no la orientación *de* la decisión misma (resultado)<sup>251</sup>. La racionalidad comunicativa vendría expresada como procedimiento apodíctico, y no como resultado.

Aquí cobra ya un significado pleno la connotación analítica: una vez situado el lugar en que opera esta racionalidad, corresponde asignarle un método acorde con esa posición. Como ya se ha visto, el método analítico trascendental constituye en KANT el pilar fundamental de su sistema en la medida en que constituye la piedra de toque de su conocimiento y una de sus diferencias evidentes con la filosofía

---

<sup>249</sup> *Ibid.* pp. 99-100. La diferencia y relación entre responsabilidad y fundamentabilidad, constituye el problema básico de la fundamentación penal a través de la corrección argumentativa. Ello implicaría el análisis de la conexión de la conciencia como acto y como estado. Es un asunto que por su extensión no puede ser abarcado. Baste con apuntar la indicación de su importancia a través del mismo ALEXY. Comentando los juicios de los guardias fronterizos del muro de Berlín a la luz de la fórmula de RADRBUCH plantea la siguiente cuestión: «Hay demasiados argumentos para sostener que no estaba al alcance de un gran número de jóvenes guardias fronterizos la determinación del punto a partir quedaba “más allá de toda duda” que los disparos junto al muro [eran] [...] derecho extremadamente injusto, lo que por ende constituía el presupuesto de su antijuridicidad. Salvo la solución de la culpabilidad la decisión del Tribunal Federal es correcta en cuanto al resultado. Sin embargo, constituye un palmario ejemplo de que un resultado correcto no basta allí donde lo que importa es la fundamentación. [...] lo cierto es que no hacen justicia a la gravedad de un verdadero debate público sobre lo correcto [...] que también constituye un presupuesto de la estabilidad política duradera»; Robert ALEXY, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, traducción de Daniel OLIVER-LALANA, Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n. 23, 2000, p. 228.

<sup>250</sup> Jürgen HABERMAS, *Facticidad y...*, o. c., p. 67.

<sup>251</sup> RAWLS también distingue entre la racionalidad como procedimiento (disposición a ser razonable) y como resultado (lo racional); sin embargo los sitúa a ambos en el mismo nivel, de tal modo que el procedimiento aparece como opción (virtud humana) y por ello como acto moral en sí: «La disposición a ser razonable no se deriva ni se opone a lo racional, pero es incompatible con el egoísmo, así como se relaciona con la disposición a actuar moralmente»; John RAWLS, *El liberalismo político*, FE, México D. F., 1995, p. 67, nota 1.

tradicional. Para KANT el método analítico constituye «aquella parte de la lógica trascendental que expone los elementos del conocimiento puro del entendimiento, a saber, los conceptos puros y los principios, sin los cuales en absoluto ningún objeto puede ser pensado»<sup>252</sup>. Tanto los conceptos como los principios alcanzaban su pureza en su aprioridad, en su idealidad. Este método ya nos había conducido a la paradójica concepción de la naturaleza en del sistema kantiano.

Como ya se ha explicado, a la hora de construir su parámetro de universalidad (pureza, aprioridad de los conceptos y principios) en el conocimiento HABERMAS se distancia de KANT al no distinguir entre aspectos empíricos e ideales de dicho parámetro. Por esta razón la aprioridad comunicativa de HABERMAS incluía no solamente conceptos, sino también comportamientos<sup>253</sup>. Ello, como se ha visto, asemejaba este sistema al concepto de *determinabilidad material de la idea*; sin embargo, se diferenciaba de ella por encontrar materia (hechos empíricos) e ideas a un mismo nivel. En ese sentido daba un paso más con respecto a la teoría de RADBRUCH a la hora de evitar la preeminencia de la idea. La complejidad de la *determinabilidad material de la idea* venía impuesta por la necesidad de mantener la posibilidad de trascendencia del juicio al tiempo que la conexión con lo real, manteniendo el dominio de la idea, por un lado, y vinculándose a la materia. La idea como valor puro se mantenía como categoría fundamental de la objetivación, si bien debía argumentarse su vinculación y determinación con respecto de la materia a subsumir.

Al fin y al cabo, es en el entendimiento puro donde acababa toda discusión, retornando al eterno problema de la formalidad y su subjetivismo. Dicho de otro modo, la categoría pura de la idea seguía constituyendo el fundamento de toda objetividad. La única diferencia con respecto del sistema kantiano se presentaba de modo práctico: los problemas de la fundamentación última quedaban realmente escondidos tras la discusión de la racionalidad de la relación entre materia e idea,

---

<sup>252</sup> Immanuel KANT, *Crítica de la razón pura*, o. c., A 62; B87.

<sup>253</sup> *Vid supra* pp. 53-4. Es significativo que no siendo el nivel comunicativo una idealidad pura sino una mezcla no separable con los datos empíricos, se siga manteniendo a la anterioridad de la expresión lingüística. Dicho de otro modo, el hecho de que el nivel comunicativo y el lugar apriorético de la razón puedan darse simultáneamente. Esta es precisamente su novedad, lo que hace realmente cognitiva a la moral: por ello se puede decir «que si la moral careciese de un contenido cognitivo creíble no se situaría por encima de las formas de coordinación de la acción menos costosas, como la aplicación directa de la violencia»; Jürgen HABERMAS, *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 30.

pudiendo así ser olvidados o, como mínimo, pospuestos. En este punto podría decirse que la *determinabilidad material de la idea* oscurecía el problema de la fundamentación al proponer la centralidad del problema de la vinculación a la materia, dejando de lado el modo en que se comprendía dicha vinculación.

La solución de HABERMAS, al compaginar hechos e ideas en un mismo nivel operativo de la razón, rompería este círculo de la teoría cognitivo-moral moderna. Resolver la cuestión de cuál sea éste nivel es, por tanto, esencial en la comprensión del significado de la reconstrucción analítica que intenta valorarse. HABERMAS escapa del nivel ideal y del empírico del conocimiento y propone la discusión de la fundamentación en un nivel *comunicativo*. El planteamiento del discurso en un nivel comunicativo propone la fundamentación trascendental más allá de la mera materialidad de las cosas y más acá de las ideas que la comprenden. Ello implica «que nadie puede estar autorizado, prescindiendo de los individuos participantes, a poner en juego las necesidades e intereses 'objetivos', es decir, reales y verdaderos, frente a las necesidades subjetivas». Lo comunicativo se propone como intersubjetividad en sí –superando objetividad y subjetividad– y por tanto para «un discurso racional continuado»<sup>254</sup>. La intersubjetividad queda introducida así a través de la *inclusión constantemente necesaria del otro* en el acto del habla:

Hay dos cosas que conducen [consecutivamente] a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero, la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo<sup>255</sup>.

Sin embargo, la inclusión del otro no implica una igualación abstracta: «el trato igual es el trato que se dan los desiguales que a la vez son conscientes de su copertenencia»; se trata de una «inclusión *no niveladora y no confiscadora* del otro *en su alteridad*»<sup>256</sup>. Por tanto, la inclusión del otro en la construcción del discurso implica la adhesión a un cauce más bien ancho de racionalidad. A diferencia de un sistema individualista no constituye ese cauce el otro por sí mismo; a diferencia de un sistema colectivista, tampoco conforma el cauce el nuevo sujeto colectivo como

---

<sup>254</sup> Günther PATZIG, *Zur Begründung sozialer Verhaltensnormen*, citado por Robert ALEXU en *El concepto...*, o. c., p. 141, nota 39.

<sup>255</sup> Robert ALEXU en *El concepto...*, o. c., p. 141. El uno se sigue del otro porque el peso relativo implica la inclusión del otro (el peso de mi interés se relativiza cuando entra en juego con el de otro).

<sup>256</sup> 2 Jürgen HABERMAS, *La inclusión ...*, o. c., p. 72

tal. El cauce de elementos de racionalidad se anticipa en el acto del habla como presupuesto de la posibilidad de la inclusión *actual* del otro (el otro en cuanto que siendo incluido en mi acción comunicativa).

Es de este modo como, al hablar, se anticipan de forma necesaria una serie de elementos, mezcolanza de ideas y datos empíricos, que configuran la posibilidad del habla misma en cuanto que comprensión mutua. La diferencia con respecto de RADBRUCH resulta aquí evidente: la reconstrucción analítica se sirve de la acción comunicativa para construir la relación de racionalidad; en RADBRUCH mantenía ésta relación en el ámbito de la mera posibilidad ideal. En ese sentido resulta claro que, con ALEXY –de la mano de HABERMAS- se abandona *definitivamente* el campo de la analítica trascendental como parte de la lógica trascendental.

En la perspectiva filosófica, el derecho se configura por tanto como *la realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia, en cuanto que pretensión de corrección; esto es, en conformar lingüísticamente las relaciones entre facticidad de la forma social y su idealización implicada en dicha forma social*<sup>257</sup>. No obstante, debe subrayarse el hecho de que la *reconstrucción analítica* de ALEXY no niega el concepto jurídico de RADBRUCH, sino que ciertamente tan sólo lo reconstruye. Esta reconstrucción es posible no sólo con respecto de su concepto de derecho, sino de otras partes de su teoría; de un modo especial en su *teoría iusfilosófica de partidos*, donde parece claro que «la integración social puede producirse a través de la capacidad de establecer vínculos que tiene el lenguaje intersubjetivamente compartido»<sup>258</sup>:

Aceptemos, por una vez, que un partido esté fundado en efecto, sobre la base de meros intereses políticos sin cooperación alguna de ideas políticas; pues semejante partido se vería obligado con necesidad sociológica a formarse una ideología, es decir, a sostener, por lo menos, que su interés particular está puesto en interés de la generalidad. [...] El interés deviene, aun en contra de su voluntad, vehículo de la idea<sup>259</sup>.

Este paralelismo, según HABERMAS, se debe no sólo a la conexión-histórico contingente entre los autores, sino a una conexión interna o conceptual entre la

---

<sup>257</sup> Ya se ha citado el concepto completo que ALEXY propone desde una perspectiva empírica (*Vid. supra* nota 231). Ésta constituye una comprensión filosófica que comprende todos sus elementos. También puede comprobarse este recorrido en Jürgen HABERMAS, *Facticidad y...*, o. c., pp. 90 y ss.

<sup>258</sup> Jürgen HABERMAS, *Facticidad y...*, o. c., p.88, nota 18.

<sup>259</sup> Gustav RADBRUCH, *Filosofía...*, o. c., p. 81.

teoría del derecho y la teoría de la democracia<sup>260</sup>. De ser veraz esta conexión entre derecho y democracia, se cumpliría también aquella relación descrita por RADBRUCH entre el material para el derecho de la democracia y la idea del derecho en la democracia; por tanto, se cumpliría aquella relación entre derechos humanos y derecho occidental en el paradigma de corrección (justicia). En ese sentido, la reconstrucción analítica no sólo no supondría una contradicción a la teoría de RADBRUCH sino que, además, constituiría su significado profundo en tanto que lo garantiza. En ese sentido, ALEXY ha señalado lo siguiente:

El concepto de corrección conecta el concepto de derechos humanos con el de la democracia, de haber una conexión entre democracia y corrección. Tal conexión existe cuando, primero, por "democracia" se entiende la democracia deliberativa o la "forma estatal de la discusión", y segundo, cuando hay un vínculo entre discurso y corrección<sup>261</sup>

Que la democracia se entienda como *forma estatal de discusión* (democracia deliberativa) implica, que el derecho anclaría su referencia a la justicia en la medida en que tomase su material (RADBRUCH) o su precedencia lingüística (ALEXY) en los derechos humanos. Los derechos humanos como *forma social de la democracia* son el elenco de normas producidas por el trabajo de los siglos (RADBRUCH); esto es, a través de una discusión continuada sobre su corrección (ALEXY). Ello les concede cierta validez moral (la de haber sido justificados con el paso del tiempo, pese a su posible variación)<sup>262</sup>.

En una fundamentación exclusivamente racional, la validez del derecho se haría depender de la inclusión lingüística de los derechos humanos, por ser estos la estructura comunicativa propia de la sociedad democrática<sup>263</sup>. El paralelismo entre las categorías de *material para el derecho* y de *contenidos lingüísticos presupuestos en la acción comunicativa* implica en ambos sistemas una situación social, que

---

<sup>260</sup> Jürgen HABERMAS, *La inclusión...*, o. c., p. 248.

<sup>261</sup> Robert ALEXY, *La institucionalización de los derechos humanos*, Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 5, Nº 8, 2000, p. 39.

<sup>262</sup> «El problema de la fundamentación de los derechos humanos es el problema más importante y más difícil en la discusión sobre derechos humanos»; Robert ALEXY, *La institucionalización de los derechos humanos*, o. c., p. 27; sin embargo ahora no será tratado aquí. El mismo ALEXY lo trata en *La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino*, Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n. 26, 2003, pp. 173-201 y en *¿Derechos humanos sin metafísica?*, Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n. 30, 2007, pp. 237-248.

<sup>263</sup> ALEXY señala la necesidad de su institucionalización. Cfr. Robert ALEXY, *La institucionalización de los derechos humanos*, o. c., p. 38.

aparece presupuesto en la moral o razón práctica general, primero, y en el derecho, después. En cierto modo, la diferencia entre ambos sería gradual.

## Conclusión

Cada una de las conclusiones a las que se ha llegado a lo largo del primer apartado esbozan una comprensión de la racionalidad en RADBRUCH, cuando menos diferente, a partir de 1945. La fórmula implica, como mínimo, una novedad tanto en su propio sistema como en la discusión iusfilosófica cultural; tal y como se ha explicado esta novedad procurando un análisis onmicomprensivo, responde a un cambio cognitivo (teórico-práctico). Con la inclusión del concepto de la *naturaleza de las cosas*, explicado a partir de la *determinabilidad material de la idea*, el desarrollo de la fórmula supera cualquier limitación extrínseca del derecho; ni siquiera una limitación extrínseca del contenido (propia de iusnaturalismo racionalista). Los límites de la validez y de la naturaleza jurídica que quiere plantear la fórmula se apoyan tanto en el contenido jurídico como en su institucionalidad; se refieren, por tanto, a toda la realidad jurídica en cuanto que realidad.

Ello ha llevado a afirmar que el cambio cognitivo que se produce en RADBRUCH (a través de LASK) implica un ensanchamiento del concepto mismo de derecho, que superaba el positivismo reinante. El cambio cognitivo introducía una novedad que no constituía una mera ampliación de lo anterior, sino una variación sustancial: donde antes sólo había capacidad de conocer (posibilidad de fundamentación), ahora ésta implica también consecuencias prácticas. La conexión de la idea con las cosas en el concepto de la naturaleza de las cosas implica, tal y como se ha señalado, una conexión entre la razón práctica y la teórica. De este modo, el derecho puede ser realmente comprendido como *la realidad que se refiere al valor de la justicia, con una fundamentación suficiente*; donde justicia no sólo se refiere a una forma universalizada sino a la forma universalizada *adecuada* (sólo respecto de un contenido determinado, sino también en la relación de este con la adecuación al fin y la seguridad jurídica).

En la definición del concepto de derecho, como puede observarse, no sólo se indica una ampliación del mismo (relación de los tres valores); sino también una estructura abierta. El derecho no constituye una realidad cerrada sobre sí misma, sino que está referida a algo que le es externo (valor de la justicia). Ello no sólo rehabilita la relación entre derecho y moral, sino que la reconfigura. La moral no sólo precede cronológicamente al derecho, manteniéndose asépticamente anterior a él, sino que constituye algo constantemente presente, en tanto que constantemente

siendo referido. Ello, como se ha dicho, no constituye todo el derecho, pero si una parte necesaria para el resto del derecho.

Esta novedad en el concepto de derecho estaba ya presente en RADBRUCH antes de 1945, pese a la sospecha relativista que hacía sobre la posibilidad de su fundamentación. En todo caso, la afirmación de que en el sistema de RADBRUCH hay continuidad y no ruptura no afecta a este estudio más que para garantizar la fundamentación que se ha hecho de la fórmula. Tal vez la razón más importante en favor de la tesis de la continuidad, y que está en el fondo de esta nueva racionalidad, es que mantiene la construcción subjetiva de la objetividad científica en la fundamentación (KANT). No obstante, como se ha señalado, en este aspecto está contenida la debilidad de la objetividad, que por otra parte padece cualquier subjetivismo no arraigado en contenidos dogmáticos; esto es, no sostenido sobre contenidos normativos no sujetos a discusión.

En ese sentido se ha dicho que la fórmula aporta una apertura sociocultural a la discusión jurídica de problemas reales, pese a dejarlos sin resolver (o quizás precisamente por ello). Este punto redundaba en beneficio de la tesis de la continuidad de RADBRUCH, porque mantenía el relativismo que había constituido la piedra sillar de todo su sistema al imposibilitar el cierre dogmático de dicha apertura. De hecho, en cierto modo había dado un paso más en dicho relativismo al institucionalizarlo (NEUMANN). Ello sin embargo, corría el riesgo de acabar desvirtuando el valor de las argumentaciones racionales y, por tanto, la conexión entre realidad y valor. Ciertamente, y en ese sentido, el relativismo de RADBRUCH no presenta garantías institucionales suficientes que eludan su vinculación positivista.

En ese contexto, ALEXY realizar una reconstrucción analítica del concepto de derecho. El hecho de que se dirija hacia una reconstrucción interna del concepto y no a una variación invita ya a sospechar cierta continuidad con las tesis de RADBRUCH. En el mismo sentido, se han subrayado los diferentes elementos que redundan en beneficio de esta tesis: la inclusión de elementos institucionales e ideales en el concepto de derecho, la estructura referencial, la conexión *necesaria* de derecho y moral (relevancia moral), etc. Sin embargo, todas ellas son, en todo caso, coincidencias posteriores en ambos autores, que esbozan cierta semejanza o continuidad, si se quiere, pero no la fundamentan. En ese sentido, se ha considerado la posibilidad de conjugar en algún grado los conceptos de justicia (RADBRUCH) y corrección (ALEXY), que llevaba de forma necesaria a la comparación de sus respectivas fundamentaciones y a los respectivos conceptos de racionalidad

latentes en cada uno de ambos autores (para cada uno de ellos, LASK y HABERMAS, respectivamente). Con ese fin, se ha situado ambos sistemas en paralelo.

La reconstrucción analítica de ALEXY, basada en los presupuestos de la teoría del discurso, tomaba parte de los argumentos de su racionalidad (argumentos de razón) de la *razón comunicativa* de HABERMAS. Ello no implica que limitara a ella su racionalidad, pero sí su nota esencial. Mediante este concepto de razón se escapaba a la subjetividad de la razón sin recaer en dogmatismos, en el sentido antes expuesto. En HABERMAS la anterioridad y apertura de la razón desposee tanto al sujeto como al colectivo del poder sobre su contenido. En ella se incluyen elementos ideales y empíricos que se presentan como presupuesto conformador necesario a la comunicación lingüística; esto es, como presupuestos de la posibilidad de la comunicación intersubjetiva.

Ello presupone que, al menos lingüísticamente, los elementos que conforman el *interés* del individuo están necesariamente injertados en el interés intersubjetivo, sin riesgo de abdicación, confusión o suplantación. El nivel comunicativo se sitúa antes del problema moderno entre el individuo y el *estado*, evitando su dualismo. En este punto, la analogía con la determinabilidad material de la idea de la que partía RADBRUCH con la razón de de ALEXY resulta evidente, pues se mueven en el mismo nivel y con los mismos elementos. Pese a que en LASK la preeminencia de la idea quiera mantenerse teóricamente a toda costa, resulta claro que, a efectos prácticos, en ambos conceptos idea y hechos empíricos se presentan conjuntamente, sin necesidad real de distinción. La racionalidad en ambos casos se construye en torno a la presentación de una conjunción de la idea y del hecho en la argumentación; esto significa que la racionalidad implica en ambos casos una relación sustancial entre realidad e idea.

Este punto garantiza ya la tesis de una reconstrucción no sustitutiva de la fórmula de RADBRUCH: la aportación de ALEXY, valorada en esta perspectiva, constituye una garantía de la apertura de RADBRUCH en la medida en que la mantiene y la completa mediante limitaciones discursivas. La corrección de ALEXY vehícula con mayor rigor la posibilidad de la discusión científica, manteniendo al mismo tiempo su apoyo relativista, en el mismo concepto de derecho (estructura referencial). Las limitaciones discursivas limitan metodológicamente el resultado, en la línea de lo que implicaba el concepto de la naturaleza de las cosas.

Ciertamente existe una diferencia significativa: es cierto que en RADBRUCH la moral constituye el elemento único anterior al derecho, mientras que en ALEXY se conjuga aquella con otros elementos (empirie, argumentos jurídicos,...), por lo que el paso de moral a derecho implica un paso intermedio que es el discurso. Sin embargo, esta diferencia, en cierto modo, redundará en beneficio de la tesis de la conexión entre ambos autores. La relación no excluyente de derecho y moral tiene mayores garantías en el sistema de ALEXY mediante este paso intermedio del discurso práctico. El discurso práctico, al no incluir sólo elementos morales muestra una discusión social permeabilizada a los fines sociales, la efectividad o los hechos empíricos. De este modo, concede un lugar más allá de la moral a la naturaleza de las cosas, que en RADBRUCH no había llegado a explicitarse. Así, el aspecto social del derecho no es exclusivo del derecho (de su institucionalidad), sino está prefigurado en el discurso práctico general.

En ALEXY, el paso al derecho tiene el valor de una fijación (institucionalización) de una realidad social discursiva; en RADBRUCH, implícitamente, tenía el valor de un añadido (una validez diferente de la moral que se añade a ésta). De tal modo que, la contraposición de RADBRUCH entre los tres valores del derecho desaparece con ALEXY. En RADBRUCH, el derecho, como única instancia social, imponía unos valores tensionados con la moral y, en cierto modo contrapuestos; mientras que en ALEXY, existe una obligatoriedad social intermedia entremezclada con la moral, que es la posibilidad intersubjetiva como parámetro discursivo. Así, la idea kantiana de que la moral conduce hacia el derecho, no sólo no se ve negada, sino que adquiere realidad, porque la moral pasa a formar parte del discurso institucionalizado que constituye el derecho. Este aspecto, como se ha visto, tiene sus mayores consecuencias especialmente en la referencia de ambos autores a los derechos humanos, permitiendo que en ambos modelos de racionalidad se evite el dogmatismo. Los derechos humanos no constituyen sólo un contenido moral, sino una realidad social (*material para el derecho*) discursivamente aceptada, que debe ser institucionalizada. Es desde esta perspectiva como se puede decir que ALEXY confirma y garantiza la aportación de RADBRUCH.

Se debe concluir señalando las implicaciones que la racionalidad hasta aquí expuesta tiene no sólo en la argumentación jurídica, sino, como se ha visto, en la teoría de la justicia. La justicia, condenada a la formalidad desde KANT, tiene cauces científicos suficientes como para ser repensada en cualquier ámbito social. Toda ideología tiene la posibilidad de ser comparada y corregida desde esta perspectiva, sin claudicar de la apertura democrática. Y también en el marco de la justicia, se

abre una fundamentación propia en relación con la responsabilidad, y por tanto con implicaciones jurídico penales.



## Bibliografía

- ALBERT, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991.
- ALEXY, Robert, *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*, Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n. 23, 2000.
- *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2004.
  - *La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino*, Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n. 26, 2003.
  - *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2010.
  - *La institucionalización de la razón*, Persona y Derecho, núm. 43, 2000
  - *La institucionalización de los derechos humanos*, Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 5, n. 8, 2000.
  - *La tesis del caso especial*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, n. 21, 1999.
  - *¿Derechos humanos sin metafísica?*, Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n. 30, 2007.
  - *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 2008.
  - *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BAUER, Fritz, *Das "gesetzliche Unrecht" des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege*, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Editado por Arthur Kaufmann, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968.
- BUCHER, Eugen *La diversidad de significados de Schuldverhältnis (relación obligatoria) en el Código Civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones*, Indret, octubre 2006, n. 383, Barcelona.
- COLOMER, Eusebi *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger*, Vol. I, Herder, Barcelona, 1986.
- COMELLAS, José Luis, *Historia breve del Mundo Contemporáneo*, Rialp, Madrid, 2004.
- COPLESTON, Frederick, *Historia de la filosofía*, Vol. 6, Ariel, Barcelona, 1974.
- DI MARTINO, Carmine *El conocimiento siempre es un acontecimiento*, Encuentro, Madrid, 2010.

DREIER, Horst, *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?*, en *Festschrift für Robert Walter*, Mazsche Verlags, Wien, 1991, pp. 118 y ss.; Winfried HASSEMER, en *Einführung de Gustav RADBRUCH*, Gesamtausgabe, Band 3.

DREIER, Ralf, *Recht und Moral*, publicado en *Recht, Moral, Ideologie. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt, 1981.

ENGISCH, Karl, *Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph*, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Editado por Arthur Kaufmann, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968.

FULLER, Lon L., *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958).

GUARDINI, Romano, *Ética*, BAC, Madrid, 1999.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998

- *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999.
- *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990
- *Teorías de la verdad*, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1989.

HART, H. L., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review, Vol. 71, 1958.

HASSEMER, Winfried, *Derecho natural en el derecho constitucional*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 7, 2003.

HASSNER, Pierre *Immanuel Kant*, en *Historia de la filosofía política*, comp. Leo STRAUSS y Joseph CROUSEY, FCE, México D.F., 1996.

HATTENHAUER, Hans, *Europäischen Rechtsgeschichte*, 3 edic, CF Müller, Heidelberg, 1999.

HELLER, Theodor, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, De Gruyter, Berlín, 1961.

JAKOBS, Günther, *El principio de culpabilidad*, Texto ampliado de la conferencia pronunciada por el profesor, en la Universidad Complutense de Madrid el 13-5-1992, traducido por Manuel CANCIO MELIA, publicado en el Anuario de Derecho Penal y de Ciencias Penales, septiembre-diciembre, 1992.

KANT, Immanuel, *Crítica de la Razón pura*, Colihue, Buenos Aires, 2007.

- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe S. A., Madrid, 1981.
- *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005.
- *Principios Metafísicos del Derecho*, Espuela de Plata, Buenos Aires, 2004.
- *Prolegómenos a toda metafísica futura*, Aguilar, Buenos Aires, 1959.
- *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1998.

KAUFMANN, Arthur, *Gustav Radbruch – Leben und Werk*, en Gustav RADBRUCH, Gesamtausgabe, Band 1, (*Rechtphilosophie I*), C.F. Muller, Heidelberg, 1987.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990.

MAYER, Max Ernst, *Filosofía del Derecho*, Labor, Barcelona, 1937.

MONTESQUIEU, Charles-Louis, *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995.

NEUMANN, Ulfried, *Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs – Kontinuitäten und Diskontinuitäten* en Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (editor). *Vom Rechte, das mit uns geboren ist*, Herder Verlag, Freiburg, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y derecho penal*, Comares, Granada, 1994.

POPPER, Karl R., *Gesammelte Werke, Die Beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

RABRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

- *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (1948), en Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer, *Gesamtausgabe*, Bd. 3 (*Rechtsphilosophie III*), CF Muller, Heidelberg, 1990.
- *Fünf Minuten Rechtphilosophie*, en *Rechtphilosophie*, Koehler Verlag, Stuttgart, 1959.
- *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México D. F., 1973.
- *Le relativisme dans la philosophie de droit*, Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1934.
- *Rechtsidee und Rechtsstoff*, en Archiv fur Rechts und Wirtschaftphilosophie, 1923/24.

RAWLS, John, *El liberalismo político*, FE, México D. F., 1995.

RECUERO, José Ramón *La libertad en Rousseau y Kant. De la teoría a la práctica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política*, Revista de estudios políticos, n. 128, 1963.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Espasa-Calpe, Madrid, 2007.

SABINE, George, *Historia de la Teoría Política*, FCE, México D.F.

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, BAC, Madrid, 2001 (vol. II y III).

SCHOLLER, Heinrich, Einleitug, en Gustav Radbruch (bearb. von Heinrich Scholler), Gesamtausgabe, Bd. 15 (*Rechtsvergleichende Schriften*), CF Muller, Heidelberg, 1999.

SCHUMACHER, Bjorn, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Tesis Doctoral, Göttingen, 1985.

TOYNBEE, Arnold, *La Europa de Hitler*, Sarpe, Madrid, 1986.

TRUYOL, Antonio, *La Guerra y la Paz en Rousseau y Kant*, Revista de Estudios Políticos, Madrid, 8 (nueva época), marzo-abril de 1979.

VON DER HEYDTE, August Freiherr, *Tendencias iusnaturalistas en el derecho alemán actual*, I Jornadas Hispánicas del Derecho Natural, Consejo de estudios Hispánicos Felipe II, 1973.

VON HIPPEL, Fritz, *Gustav Radbruch als rechtphilosophischer Denker*, Verlag Lambert Schneider, Heidelberg, 1951, y también Konrad ZWEGERT, *Vorwort*, en Gustav RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, CF Koehler, Stuttgart, 1952.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, FCE, México D.F., 1969.

WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1974.

WOLF, Erik, *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol 45, 1959.