

UN DEBATE INACABADO

El no-positivismo inclusivo de Robert Alexy

AN UNFINISHED ARGUMENT

The inclusive non-positivism by Robert Alexy

Augusto Fernando Carrillo Salgado*

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo general examinar los elementos que conforman el no-positivismo inclusivo; postura epistemológica y filosófica desarrollada a través de los años por Robert Alexy. Los métodos empleados son el deductivo, analítico y dialéctico; la principal técnica utilizada ha sido la investigación documental. El presente documento, *grosso modo*, se encuentra dividido en tres apartados. Primero, son explicados los elementos que conforman el no-positivismo inclusivo de Robert Alexy. Segundo, se explican algunas críticas formuladas a los elementos constitutivos del no-positivismo inclusivo con base en las ideas de Riccardo Guastini, Juan Antonio García Amado, Joseph Raz, Eugenio Bulygin, Matthias Klatt, Carlos Bernal Pulido; entre otros autores. Por último, en tanto objetivo particular, se expone una reflexión con el propósito de indicar uno de los múltiples caminos que los estudios jurídico-científicos sobre el no-positivismo inclusivo podrían seguir en el porvenir.

ABSTRACT: *This work has as a general aim to examine the elements that constitute inclusive non-positivism; an epistemological and philosophical position proposed by Robert Alexy. The methods used are deductive, analytical, and dialectical; the main technique employed has been documentary research. The present document is divided into three sections. First, the elements that constitute Robert Alexy's inclusive non-positivism are explained. Second, some criticisms formulated to constitutive elements of the inclusive non-positivism are explained according to some ideas of Riccardo Guastini, Juan Antonio García Amado, Joseph Raz, Eugenio Bulygin, Matthias Klatt, Carlos Bernal Pulido, among others. Finally, as a particular objective, a reflection is presented with the purpose of indicating one of the multiple paths that the juridical-scientific studies on the non-inclusive positivism could follow in the future.*

PALABRAS CLAVE: Robert Alexy, no-positivismo inclusivo, reglas y principios, fórmula de Radbruch, derecho y moral.

KEYWORDS: Robert Alexy, non-inclusive positivism, principles and rules, Radbruch's formula, morality and law.

Fecha de recepción: 13/01/2021
Fecha de aceptación: 22/03/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6194>

* Licenciado y maestro en derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM; especialista como secretario de juzgado por el Instituto de la Judicatura Federal. E-mail: fernando90@comunidad.unam.mx
ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>.

1.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL NO-POSITIVISMO INCLUSIVO

A través de los años, Robert Alexy ha desarrollado su propuesta filosófica en sus libros: *Teoría de la Argumentación Jurídica*¹, *Teoría de los Derechos Fundamentales*² y *El Concepto y la Validez del Derecho*.³ El autor ha matizado su modelo a través de más de cien artículos que ha publicado en el decurso de los años. En otras palabras, la propuesta de Robert Alexy se encuentra en un proceso de refinamiento constante.⁴ Sería imposible examinar la integridad de su trabajo en unas cuantas líneas; por tanto, en este documento solo se analizará una fracción de él. Por no-positivismo inclusivo se entiende la propuesta epistemológica desarrollada por Robert Alexy cuyos pilares son: 1) las tesis de la separación y conexión, 2) la pretensión de corrección, 3) la fórmula de Radbruch y la idea de injusticia extrema, 4) la distinción entre reglas y principios; 5) la ley de la ponderación y fórmula del peso. Se afirma que el no-positivismo inclusivo es una postura epistemológica porque a través de ella Robert Alexy ha desarrollado otros elementos esenciales de su sistema jurídico-filosófico. Además, el no-positivismo inclusivo ha permitido a otros juristas⁵ proponer sus propios modelos en estrecha relación con las ideas de Alexy.

¹ Véase, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (traducción de Isabel Espejo & Manuel Atienza Rodríguez), (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2014) 173-201; su versión original, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, (Suhrkamp 2001) 233-255.

² Véase, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdés), (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1993) 81-114; su versión original, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (Suhrkamp 1994); existe una versión en portugués, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (traducción de Afonso da Silva), (Malheiros editores 2008) 85-120.

³ Véase, Robert Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (traducción de Jorge M. Seña), (Gedisa 2004) 26-46; su versión original, Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, (Verlag Karl Alber 2002); Robert Alexy, *The argument from injustice. A Reply to Legal Positivism*, (traducción de Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson), (Clarendon Press-Oxford 2002) 20-68.

⁴ Véase, Matthias Klatt, "La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema", (traducción de Augusto Fernando Carrillo Salgado & Héctor Morales Zúñiga), [2020], 43, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 225.

⁵ Véase, Ariel L. Bendor, "The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak", [2011], 47, 2, *Tulsa Law Review*, 465-476; *cfr.*, Aharon Barak, "The Role of a Supreme Court in a Democracy and the Fight Against Terrorism", [2003], 58, 125, *University of Miami Law Review*, 136 y ss; sobre las diferencias entre las propuestas de Robert Alexy y Aharon Barak véase, Carlos Bernal Pulido, "Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos

1.1.- Tesis de la separación versus tesis de la conexión

El punto de partida son la tesis de la separación y conexión.⁶ De acuerdo con Robert Alexy, todos los iuspositivistas han defendido la tesis de la separación porque afirman que no existe una conexión necesaria entre el derecho que es y el que debe ser.⁷ En otras palabras, no hay un lazo que vincule necesariamente al derecho y la moral. Alexy identifica como máximo representante de la tesis de la separación a Hans Kelsen quien, alguna vez, afirmó que “cualquier contenido podría ser derecho”.⁸ Por el contrario, todos los no-positivistas defienden la tesis de la conexión porque consideran que existe un vínculo necesario entre la validez de la norma y su mérito moral.⁹ Es decir, los no-positivistas afirman la existencia de una codependencia entre ambas esferas normativas de la conducta humana.

Robert Alexy distingue dos variables del positivismo y tres del no-positivismo.¹⁰ En tanto el positivismo inclusivo admite la posibilidad de una relación contingente entre el derecho y la moral, el positivismo exclusivo rechaza toda conexión (intrínseca o extrínseca) entre ambos dominios normativos. El no-positivismo exclusivo sostiene que cualquier defecto moral derriba la validez de la norma. A su vez, el no-positivismo superinclusivo afirma que, a pesar de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, ningún defecto moral destruye la validez de una norma. Esta última postura ha sido representada principalmente por Immanuel Kant.¹¹ El no-positivismo inclusivo, por su parte, sostiene que

fundamentales en el neoconstitucionalismo”, [2016], 9, *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 53 y ss.

⁶ Véase, Robert Alexy, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, (traducción de Pablo Larrañaga), en Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, (2ª ed., Fontamara 2014) 44-48.

⁷ Véase, Robert Alexy, “Inclusive non-positivism”, [2015], 16, 2, *Joaçaba*, 284.

⁸ *ibidem*, 286; *cfr.*, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (traducción de Roberto J. Vernengo), (16ª ed., Porrúa 2011), 71-82; Hans Kelsen, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, (11ª ed., Fontamara 2018), 19; Hans Kelsen, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, (2ª ed., Fontamara & Ediciones Coyoacán 2019), 61-63; así como Andreas Kley & Esther Tophinke, “Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre”, [2001], *Heft 2, Juristische Arbeitsblätter*, 171; Miguel Villoro Toranzo, *Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la Razón y el Derecho*, (2ª ed., Porrúa 1983), 409-418.

⁹ *idem*.

¹⁰ *ibidem*, 284-285.

¹¹ Véase, Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, (traducción y notas de Adela Cortina Orts & Jesús Conill Sancho), (Tecnos 2008) 37-54 & 221-243; Immanuel Kant, “Fundamentación para una metafísica de las costumbres” (traducción de R. Aramayo), en Immanuel Kant, *Kant*, (Gredos 2010) 11-81; Tetiana Pavlova *et al.*, “Ethics and law in Kant’s views: the principle of complementarity”, [2019], 35, 6, *International Journal*

los defectos morales erosionan la validez del derecho en unos casos y en otros no.¹²

1.2.- Pretensión de corrección

El segundo elemento que nutre al no-positivismo inclusivo es la pretensión de corrección, la cual puede definirse como una exigencia de justicia inherente al derecho, normas y sentencias de un ordenamiento jurídico. La pretensión de corrección es la expresión de la relación necesaria entre el derecho y la moral (tesis de la conexión) porque la validez y eficacia de la norma no son elementos suficientes para que un ordenamiento jurídico sea considerado como tal, pues es necesario, también, un contenido moral mínimo en cada una de las normas y sentencias de los jueces. El jurista afirma que, hasta ahora, la atención de los doctrinarios del derecho se ha centrado sólo en la dimensión fáctica del derecho (coerción), motivo por el cual se ha perdido de vista su aspecto ideal (corrección o justicia).¹³ Cabe destacar que, la pretensión de corrección, cumple con una importante función clasificatoria. Al respecto, Alexy explica:

Los sistemas de normas que no tienen esta pretensión, *implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos*. Por el momento, la teoría de la corrección es de carácter definitorio. *Los sistemas jurídicos que tienen esta pretensión, pero que no la satisfacen, son sistemas defectuosos. En este sentido la teoría de la pretensión es calificativa*. La teoría de la pretensión juega un papel exclusivamente calificativo en el caso de las normas individuales y de las decisiones judiciales. Éstas son jurídicamente defectuosas cuando no tienen, o no satisfacen, la pretensión de corrección.¹⁴

La pretensión de corrección permite clasificar a los sistemas jurídicos (derecho), normas individuales y decisiones jurídicas individuales (sentencias) en legal y moralmente perfectos (justos), legal y moralmente imperfectos (cuando algunas decisiones judiciales individuales y normas son injustas) y legal y moralmente injustos. Dado que los sistemas jurídicos, normas y decisiones individuales justas son prácticamente inexistentes, esta clase de modelos jurídicos solo tienen cabida prácticamente en un plano ideal. En otras palabras, la mayor parte

of Ethics and Systems, 653-662; Laurent de Briey, "La méthode transcendantale dans la morale kantienne", 58, 2, *L'enseignement philosophique*, 27-39.

¹² Véase, Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 285-286.

¹³ Robert Alexy, "Legal certainty and correctness", [2015], 28, 4, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 441-444; cfr., Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", (No. 6), 61-62.

¹⁴ Véase, Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", (No. 6), 62, énfasis añadido.

de los sistemas jurídicos, normas y decisiones individuales, en mayor o menor medida, son imperfectos o, en los casos más extremos, injustos.

Para demostrar la existencia de la pretensión de corrección, Alexy propone dos ejemplos sustentados en lo que denomina, contradicciones performativas. El primero de ellos, es un artículo ficticio de una constitución que prescribiera lo siguiente: "X es una república soberana, federal e *injusta*".¹⁵ El segundo ejemplo que propone es una sentencia dictada por un juez en los términos siguientes: "El acusado es sentenciado equivocadamente -debido a que el derecho positivo fue interpretado incorrectamente- a cadena perpetua".¹⁶ Sobre el particular, Alexy explica:

El juez comete una contradicción performativa y, en ese sentido, un error conceptual. *Una decisión judicial pretende siempre aplicar correctamente el derecho, sin importar qué tan relevante sea el caso.* El contenido del veredicto contradice la pretensión hecha por el acto institucional de enunciar la sentencia.¹⁷

En suma, tanto el artículo de una constitución ficticia como la sentencia injusta permiten a Robert Alexy ilustrar su concepto de pretensión de corrección bajo la idea de las contradicciones performativas. Sería inverosímil que las personas obedecieran el texto de una constitución o acataran los fallos de un juez que fueran injustos porque los seres humanos pretenden obedecer leyes y sentencias justas. La suma de ambos ejemplos permite al jurista de Kiel afirmar que, en realidad, la pretensión de corrección no solo es una exigencia de las normas y sentencias individuales, sino una demanda de justicia para todo el ordenamiento jurídico.

1.3.- Fórmula de Radbruch e injusticia extrema

El tercer elemento que integra el no-positivismo inclusivo es la fórmula de Radbruch y su idea de injusticia extrema. Dicha fórmula, en su versión abreviada prescribe lo siguiente: "La injusticia extrema no es derecho".¹⁸ En la propuesta de Robert Alexy, la fórmula de Radbruch representa la frontera entre el derecho y la moral porque demuestra que la injusticia extrema erosiona la validez jurídica de un sistema normativo,

¹⁵ Robert Alexy, "El no-positivismo incluyente", en Robert Alexy, *La Doble Naturaleza del Derecho*, (Trotta 2016) 77; véase también Robert Alexy, "On the Concept and the Nature of Law", [2008], 21, 3, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 294.

¹⁶ Robert Alexy, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", [2000], 13, 2, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 140, la traducción es propia; *cfr.*, Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", (No. 6), 65.

¹⁷ *idem*, énfasis añadido.

¹⁸ Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 285.

disposiciones y sentencias.¹⁹ La fórmula fue desarrollada por Gustav Radbruch en dos ensayos de posguerra:²⁰ *Cinco Minutos de Filosofía del Derecho* (1945)²¹ y *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal* (1946).²² La relevancia, así como algunos usos de la fórmula de Radbruch por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, son explicados por Stanley L. Paulson de esta manera:

Radbruch introdujo [...] una fórmula que ha jugado un papel importante en el control de constitucionalidad de la República Federal de Alemania -*primero sobre el estatus de varias normas nazis y, después, en la década de 1990, sobre el estatus de una disposición en el derecho de la frontera de Alemania del este.* [...] “Cinco minutos de Filosofía del Derecho”, apareció por primera vez en septiembre de 1945, solo cuatro meses después de la rendición de la Alemania nazi. El documento cuenta como la primera declaración de Radbruch sobre sus supuestos básicos en filosofía del derecho tras la posguerra. [...] *Estos dos artículos, [Cinco minutos de Filosofía del Derecho y Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal] tomados en su conjunto, parecen ofrecer al lector una imagen clara y justa sobre la posición de posguerra de Radbruch.*²³

Algunos han considerado que la fórmula de Radbruch en realidad son dos fórmulas, la primera corresponde al ensayo de 1945 y la segunda al de 1946. Stanley L. Paulson opina lo contrario, de acuerdo con él, la unidad de ambos ensayos deriva de la consistencia lógico-argumentativa de sus ideas. El siguiente extracto de *Cinco minutos de Filosofía del Derecho*, sería la primera enunciación de la fórmula de Radbruch:

Derecho es voluntad de justicia. Justicia significa: juzgar sin tener en cuenta a la persona, medir a todos con la misma medida. [...] Cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando los derechos humanos son arbitrariamente negados, entonces tales leyes carecen de validez,

¹⁹ *idem*.

²⁰ Véase, Stanley L. Paulson, “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*, 18.

²¹ Véase, Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y Tres Ensayos de Posguerra de Gustav Radbruch* (traducción e introducción crítica de Alejandro Nava Tovar), (Marcial Pons 2019), 209-212; *cfr.* Augusto Fernando Carrillo Salgado, “Paulson, Stanley, La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch. Marcial Pons, España, 2019, 233 pp.”, [2018], 48, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 321-323. Véase también Gustav Radbruch, “Five Minutes of Legal Philosophy (1945)” (traducción de Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson), [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13-15.

²² *ibidem*, 213-225; véase también Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) (traducción de Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson)”, [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1-11.

²³ Véase, Paulson, “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, (No. 20), 18, la traducción es propia y el énfasis añadido.

entonces el pueblo no está obligado a obedecerlas y los juristas deben encontrar la valentía para negarles el carácter de derecho.”²⁴

Este fragmento de *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal* corresponde a la segunda enunciación de la fórmula de Radbruch:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se resolvió con la primacía del derecho positivo sancionado, aun cuando por su contenido sea injusto e inadecuado para beneficiar al pueblo, *hasta que la contradicción entre seguridad jurídica y la justicia alcance una medida tan intolerable que el derecho, en tanto “derecho injusto”, deba ceder a la justicia. [...] donde no hay siquiera una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra el núcleo de la justicia, fue negada conscientemente en beneficio de la regulación del derecho, allí la ley no es solo “derecho injusto”, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho.*²⁵

La fórmula de Radbruch ha permitido a Robert Alexy discurrir en sentido contrario el camino recorrido por Hans Kelsen en su ensayo *¿Qué es Justicia?* En efecto, el profesor de Kiel está consciente de la imposibilidad para proporcionar un concepto de justicia absoluto, válido para todas las épocas y sistemas normativos del mundo.²⁶ Por tanto, coloca la fórmula de Radbruch como un elemento central de su propuesta porque considera que la injusticia extrema sí podría ser conocida objetivamente por el ser humano.²⁷

1.4.- Distinción entre reglas y principios

La tesis de la conexión y la fórmula de Radbruch, muestran la relación entre el derecho y la moral; así como las consecuencias prácticas de este vínculo. Ambos conceptos también permiten explicar la existencia de los juicios de valor.²⁸ En ocasiones, los jueces son incapaces de

²⁴ Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y Tres Ensayos de Posguerra de Gustav Radbruch*, (No. 21), 210, énfasis añadido.

²⁵ *ibidem*, p. 220, énfasis añadido.

²⁶ Véase, Hans Kelsen, *¿Qué es Justicia?* (traducción de Albert Calsamiglia), (Planeta-Agostini 1993), 35-63; *cfr.*, Villoro Toranzo, (No. 8), 413.

²⁷ Véase Alexy, “Inclusive non-positivism”, (No. 7), 289.

²⁸ La conexión necesaria entre el derecho y la moral permite admitir la existencia de juicios de valor. Generalmente, estos entrañan una encrucijada: o se cumple con el texto de la ley o se invocan valores morales para dirimir un conflicto. *Contrario sensu*, la tesis de la separación en su versión más extrema, positivismo exclusivo, impide aceptar la existencia de un juicio de valor. Si el derecho y la moral no se encuentran necesariamente vinculados, ¿cómo explicar que un juez debe recurrir en ocasiones a los juicios de valor para resolver una disputa? Desde la perspectiva del positivismo exclusivo, no existen lagunas en el derecho porque cada conflicto puede ser resuelto, sea por el silogismo jurídico, algún método de interpretación o máxima general del propio derecho.

resolver las controversias que se les presentan por medio del silogismo jurídico o subsunción, debido a la presencia de dilemas morales.²⁹

La distinción conceptual entre reglas y principios permite a Robert Alexy proponer un sistema de herramientas³⁰ cuya finalidad es, precisamente, resolver racionalmente aquellos dilemas. Tanto las reglas como los principios son normas jurídicas. Empero, mientras aquellas se aplican de la forma todo-o-nada; el cumplimiento de estas es gradual porque es necesario estudiar las circunstancias y necesidades fáctico-jurídicas del caso concreto para determinar el alcance de su cumplimiento. Los principios son mandatos de optimización porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también jurídicas.³¹

Los principios poseen una característica que no está presente en las reglas: poseen un peso.³² Esta cualidad permite “inclinarse la balanza” hacia un lado o hacia el otro cuando se encuentran en conflicto. De acuerdo con el propio Robert Alexy, su teoría es una variable débil porque es imposible establecer un catálogo por medio del cual se describan todas las relaciones de prioridad entre los principios normativos, ya que estos se aplican de manera gradual atendiendo a las circunstancias de cada caso particular.³³ Por el contrario, una teoría de los principios fuerte sólo sería posible si pudieran establecerse de antemano todas las relaciones posibles entre cada uno de ellos. Desde luego, esta idea es inviable porque implicaría prever de antemano todas las controversias presentes y futuras que entrañen un dilema moral.³⁴

Los instrumentos que permiten resolver los conflictos entre reglas y la colisión de principios son distintos. Por una parte, los conflictos entre reglas pueden ser resueltos a través de diferentes cánones jurídicos; como son el silogismo judicial o subsunción, máximas del derecho o métodos de interpretación tradicionales. Cuando dos reglas chocan, una de ellas cede frente a la otra.³⁵

Los conflictos entre principios (colisiones) no pueden resolverse a través de los cánones indicados porque poseen un peso. Cuando colisionan, uno de ellos cede temporalmente frente al otro sin que signifique la pérdida de su fuerza normativa para resolver casos futuros.³⁶

²⁹ Véase, Alexy, “On the Concept and the Nature of Law”, (No. 15), 283.

³⁰ La ley de la ponderación y fórmula del peso serán explicadas en el apartado siguiente.

³¹ Véase, Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, [1988], 5, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 141; cfr., Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (traducción de Marta Guastavino), (2ª ed., Ariel 1989), 61-145.

³² Véase, Alexy, *Derecho y razón práctica*, (No. 6), 10.

³³ Véase, Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, (No. 31), 145.

³⁴ *ibidem*, 146.

³⁵ Véase, Alexy, *Derecho y razón práctica*, (No. 6), 11-13.

³⁶ Véase, Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, (No. 31), 147.

En la columna izquierda de la siguiente tabla son subrayadas las características principales de las reglas, mientras que en la derecha los rasgos elementales de los principios:

Diferencias entre reglas y principios de acuerdo con Robert Alexy	
Reglas	Principios
Las reglas son normas se aplican en la forma <i>todo-o-nada</i>	Los principios son normas que poseen un peso
Una regla cede frente a otra definitivamente en caso de conflicto	Un principio cede frente a otro de manera gradual y temporal
Las reglas forman parte de todo el ordenamiento jurídico	Los principios, por lo general, se encuentran en el texto de la constitución (parte orgánica)
Un conflicto entre reglas se dirime a través del silogismo judicial, máximas del derecho o métodos de interpretación	La colisión entre dos principios es resuelta a través de la ponderación
Fuente: Elaboración propia	

Los principios normativos, derechos fundamentales y derechos humanos constituyen una unidad en la propuesta de Robert Alexy porque los derechos humanos son fundamentales y éstos, a su vez, son principios.³⁷ En ese sentido, el jurista de Kiel ha señalado que “los derechos humanos son derechos (1) universales, (2) *fundamentales*, (3) abstractos, (4) morales y (5) prioritarios.”³⁸ Cabe destacar que, en consonancia con la tesis de la conexión y pretensión de corrección, Alexy sustenta los derechos humanos en la moral y dominios de la metafísica.³⁹

1.5.- Ley de la ponderación y fórmula del peso

La colisión entre principios es resuelta mediante la ley de la ponderación; así como por la fórmula del peso. La primera, es un máxima enunciada por Alexy en los siguientes términos: “[c]uanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”⁴⁰ La ley

³⁷ Véase, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (No. 2), 81 y ss.

³⁸ Robert Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, [2007], 30, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 239, énfasis añadido.

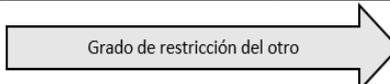
³⁹ *ibidem*, 245 y ss.

⁴⁰ Robert Alexy, “La fórmula del peso (traducción de Carlos Bernal Pulido)”, en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2008), 15.

de la ponderación armoniza y condensa los tres subprincipios del test de proporcionalidad empleado por el *Bundesverfassungsgericht*: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴¹ Alexy explica el funcionamiento práctico de la ley de la ponderación en los términos siguientes:

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso *definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios*. Luego, en un segundo paso, *se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario*. Finalmente, en un tercer paso, *debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro*.⁴²

Alexy propone una escala triádica para calcular o gravar el grado de la no satisfacción de unos de los principios, así como la relevancia de la satisfacción del principio contrario. De acuerdo con el autor, tanto el grado de no satisfacción (intervención) como la relevancia de satisfacción (necesidad e idoneidad en la prueba de proporcionalidad del *Bundesverfassungsgericht*) de los principios pueden calcularse en: leve (l), media (m) o grave (g).⁴³ La escala triádica muestra que la intervención en un derecho y la satisfacción del otro son fuerzas paralelas. Luego entonces, se estaría ante lo injusto si la satisfacción de un derecho fuera poco relevante y la intervención del principio contrario elevada. La tabla siguiente tiene como propósito ilustrar la correlación entre la ley de la ponderación y escala triádica. La parte superior representa la importancia o necesidad de satisfacer un principio, la parte inferior la gravedad en la intervención o restricción del principio contrario:

Ley de la ponderación en relación con la escala triádica de Alexy		
Leve	Medio	Fuerte
		
Leve	Medio	Fuerte
		
Fuente: Elaboración propia		

⁴¹ *idem*.

⁴² *ibidem*, 16, énfasis añadido.

⁴³ *ibidem*, 22; *cfr.*, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, (No. 1), 357.

La fórmula del peso es una suerte de ecuación matemática cuya finalidad es mostrar la correlación entre los pesos de los principios que se encuentran en pugna.⁴⁴ Dados los objetivos de este documento;⁴⁵ así como las excelentes explicaciones realizadas por otros autores⁴⁶ sobre el particular,⁴⁷ basta mencionar aquí que la fórmula del peso -en su estructura más depurada- se integra por cuatro variables: Im, In, Pe, Fi.⁴⁸ En donde Im corresponde a la importancia o idoneidad de satisfacción de un derecho, In a la interferencia sobre el otro, Pe es el peso de abstracto de cada uno de los principios y Fi la fiabilidad de cada uno de ellos.

2.- ALGUNAS CRÍTICAS A LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL NO-POSITIVISMO INCLUSIVO

El no-positivismo inclusivo no se encuentra exento de misterios, contradicciones y falacias. Diversos autores han realizado críticas a los elementos esenciales del modelo epistemológico del jurista de Kiel. En las líneas siguientes se explican en forma condensada las principales observaciones que se han hecho a los pilares del no-positivismo inclusivo para mostrar con claridad al lector las debilidades insoslayables de la propuesta del jurista de Kiel y, así, estar en condiciones de indicar o proponer en la última parte de este trabajo un camino que los estudios del no-positivismo inclusivo podrían seguir en años venideros.

2.1.- Comprensión errónea sobre la tesis de la separación

Como se indicó en el apartado anterior de este documento, Alexy sostiene: "Todos los positivistas defienden la tesis de la separación. En su forma más general, afirma que no existe una conexión necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser."⁴⁹ También identifica a Kelsen como el principal representante de la tesis de la separación e inclusive considera que "Hans Kelsen ha argüido contra el no-positivismo que [éste] presupone "una moral absoluta", es decir, una moral que es válida

⁴⁴ *ibidem*, 30.

⁴⁵ Véase en este mismo documento el párrafo 1.

⁴⁶ Véase, Carlos Bernal Pulido, "Estructura y límites de la ponderación", [2003], 26, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 229 y ss.

⁴⁷ Véase, Robert Alexy, "La fórmula del peso", (No. 40), 30 y ss.

⁴⁸ *cfr.*, Alejandro Nava Tovar, *La Institucionalización de la Razón. La Filosofía del Derecho de Robert Alexy*, (Anthropos 2015), 183 y ss.

⁴⁹ Véase, Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 284, la traducción es propia y el énfasis añadido; *cfr.*, Klatt, (No. 4), 284; Alexy, "El no-positivismo incluyente", (No. 15), 73; Alexy, "On the Concept and the Nature of Law", (No. 15), 284 y ss.

en cualquier lugar y todo tiempo”.⁵⁰ Ambas ideas entrañan los siguientes bemoles: la afirmación “todos los positivistas defienden la tesis de la separación” es general y ambigua, la interpretación sobre la obra de Hans Kelsen es parcial; su afirmación sobre el pensamiento de Kelsen conduce a un estéril revisionismo histórico.

2.1.1.- La tesis de la separación es general y ambigua

La generalidad y ambigüedad de la afirmación “todos los positivistas defienden la tesis de la separación” da cabida a múltiples casos de excepción. Al existir uno o más casos de excepción, deviene falsa. En ese sentido, es posible sostener que Robert Alexy incurre en una falacia de generalización precipitada. Durante los siglos XIX y XX aparecieron un gran número de posturas iuspositivistas, tanto en Europa como en el resto de los continentes, muchas de las cuales reconocían la existencia de un vínculo entre el derecho y la moral en diferentes formas y grados.⁵¹ Si eso no fuera cierto, ¿por qué Hans Kelsen consideró necesario desvincular metodológicamente el derecho de la moral en su *Teoría Pura del Derecho?* (primera y segunda versión).⁵²

Con el objetivo de crear una ciencia jurídica libre de cualquier sincretismo metodológico, Hans Kelsen se enfrentó a una multiplicidad de académicos cuyas posturas teóricas entrelazaban la moral y el derecho para alcanzar los propósitos personales más diversos. En ese sentido, uno de los méritos del jurista austriaco fue, precisamente, exponer ambas esferas normativas de la conducta humana en su forma más pura desde un punto de vista conceptual.⁵³

Bajo esta perspectiva, la afirmación “todos los positivistas defienden la tesis de la separación” de Robert Alexy aglutina en una masa amorfa todas las propuestas teóricas de los iuspositivistas que precedieron al jurista de Kiel y enmascara un ataque directo a un iuspositivista que sí defendía una tesis de la separación: Hans Kelsen. Por una parte, el argumento de Robert Alexy es reduccionista porque no todos los iuspositivistas (cuando menos de Alemania) defienden la tesis de la separación. En efecto, no es el mismo positivismo el de Kelsen que el de Schmitt.

Como se sabe ampliamente, Carl Schmitt reconocía el armazón institucional del positivismo jurídico; sin embargo, también afirmaba que el derecho era debilitado por los perniciosos valores de la moral

⁵⁰ *ibidem*, 287.

⁵¹ Véase, Guido Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho. Siglos XIX y XX* (traducción de José F. Lorca Navarrete), (Pirámide 1996), 133-162.

⁵² Véase, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (No. 8), 15-16 & 71-82.

⁵³ Véase, Andreas Kley & Esther Tophinke, (No. 8), 170 y ss.

burguesa.⁵⁴ Es decir, de acuerdo con este jurista alemán, el derecho positivo estaba contaminado por una serie de valores que él no compartía porque mermaban el espíritu y fuerza del derecho germano. Inclusive pugnaba por la construcción de un nuevo derecho fuera de los sincretismos metodológicos del iuspositivismo burgués vigente en su tiempo.⁵⁵

Si bien es cierto, tras la aparición de la *Teoría Pura del Derecho*, una buena parte de los defensores del iuspositivismo han sostenido que no existe una relación necesaria entre el derecho y moral, esta disociación solo tiene cabida en el plano conceptual, de ahí que esos mismos iuspositivistas, como Coleman,⁵⁶ Hart⁵⁷ o Raz⁵⁸, reconozcan la existencia de una compleja interrelación entre ambas esferas normativas de la conducta humana desde enfoques distintos y traten, precisamente, de proponer respuestas a los problemas que entrañan esos vínculos. Sobre la diversidad de posturas iuspositivistas e inexistencia de la tesis de la separación de la manera que es planteada por Alexy, Joseph Raz explica lo siguiente:

Estas reflexiones permiten explicar por qué no me estoy refiriendo al "positivismo jurídico", sino a "teorías en la tradición positivista". Las teorías pertenecen a una tradición por su marco de referencia, sentido de lo que es problemático y lo que no lo es; así como por características históricas similares, lo que no presupone que todas ellas comparten un *credo central*.⁵⁹

Por si lo anterior no bastara, el propio Alexy incurre en contradicciones, una de ella es patente por medio del siguiente ejemplo: "el positivismo inclusivo, como es defendido, por ejemplo, por Jules Coleman, dice que la moral no está ni necesariamente excluida ni incluida. La inclusión es una cuestión contingente o convencional conectada con aquello que el derecho positivo dice en la realidad".⁶⁰ Primero afirma que

⁵⁴ Véase, Carl Schmitt, *La Tiranía de los Valores* (traducción de Sebastián Abad), (Hydra 2009), 91 y ss; Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (traducción de Francisco Ayala), (Alianza 1996), 58-62, 108-114, 137-148 & 201-220.

⁵⁵ Véase, Antonio Manuel Peña Freire, "Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico", [2020], 43, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 62,67,64,65, en ese orden.

⁵⁶ Véase, Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 284.

⁵⁷ *cfr.*, HLA Hart, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (traducción de Genaro R. Carrió), (Depalma 1962), 1-64; HLA Hart, *El Concepto de Derecho* (traducción de Genaro R. Carrió), (Abeledo-Perrot 1998), 193-228.

⁵⁸ *cfr.*, Joseph Raz, *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral* (traducción de Rolando Tamayo y Salmorán), (ediciones Coyoacán 2011), 189-205.

⁵⁹ Véase, Joseph Raz, "The Argument from Justice. Or How not to reply to legal positivism", en George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, (Hart Publishing, 2007), 7, traducción propia y énfasis añadido.

⁶⁰ Véase, Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 284.

todos los iuspositivistas defienden la tesis de la separación.⁶¹ Posteriormente, revira y precisa que, dentro del positivismo, existen variables que admiten vínculos contingentes entre el derecho y moral (positivismo inclusivo).⁶² Ese razonamiento contraviene el principio básico de la lógica formal de no-contradicción. No es lógico que todos los iuspositivistas sostengan la tesis de la separación, pero luego reconozca que existen casos de excepción. No es coherente que algo sea y no sea al mismo tiempo. De acuerdo con el ejemplo citado: o no todos los iuspositivistas sostienen la tesis de la separación (inexistencia), o Jules Coleman no es positivista.

La tesis de la separación, tal y como ha sido anunciada por Alexy, es una falacia compleja y está situada entre los campos de las falacias de inducción deficiente (generalización precipitada) y presuposición (petición de principio).⁶³ En tanto inducción deficiente, opera cuando menos en dos formas. La primera versión sería: 1) todos los iuspositivistas sostienen la tesis de la separación; 2) A, B y C son iuspositivistas; 3) por tanto A, B y C sostienen la tesis de la separación. El razonamiento deviene falso si un iuspositivista no sostiene la tesis de la separación, como Schmitt. Una segunda versión del razonamiento de Alexy sería la siguiente: 1) todos los iuspositivistas niegan la existencia de una relación entre el derecho y moral, 2) A, B y C, son iuspositivistas, 3) por tanto A, B y C niegan la existencia de una relación entre el derecho y la moral. ¿Qué sucede si A, por ejemplo, sólo niega la existencia de una relación entre el derecho y la moral desde una aproximación conceptual pero no sucede lo mismo desde otros acercamientos de su propuesta teórica? El silogismo deviene falso.

En tanto petición de principio, introduce la consecuencia en la causa. Para demostrar que todos los iuspositivistas niegan la existencia de una relación entre el derecho y la moral, coloca dicha afirmación al inicio de su oración. Un ejemplo contrario puede evidenciar la forma en que funciona su razonamiento: 1) todos los iusnaturalistas afirman la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral, 2) Robert Alexy afirma la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral, 3) por tanto, Robert Alexy es iusnaturalista. Formalmente el razonamiento es adecuado, sin embargo, materialmente es falso porque el jurista de Kiel no se autoproclama como iusnaturalista, sino que se etiqueta como no-positivista inclusivo porque considera necesarios para su propuesta algunos principios básicos del derecho positivo.

⁶¹ *idem.*

⁶² *idem.*

⁶³ Véase, Irving M. Copi & Carl Cohen, *Introducción a la lógica* (traducción de Edgar Antonio González Ruíz & Pedro Chávez Calderón), (2ª ed., Limusa 2013), 150-151; Alejandro Herrera Ibáñez & José Alfredo Torres, *Falacias*, (editorial Torres Asociados 1994) 50-58.

2.1.2.- La interpretación de la obra de Kelsen es parcial

La afirmación “Kelsen es el principal representante de la tesis de la separación” es parcial. Kelsen no es el representante de la tesis de la separación en sentido alexyano, porque esta tesis es falsa. Sin embargo, sí es el principal expositor de *una* tesis de la separación. Si bien es cierto Hans Kelsen defiende una tesis de la separación, dicha tesis solo es válida en el enfoque 1) metodológico o conceptual de su obra⁶⁴ porque existen otras dos aproximaciones a su trabajo donde reconoce y estudia los complejos vínculos entre el derecho y la moral. Estos enfoques son el: 2) deontológico y 3) ontológico.

En el enfoque deontológico, Kelsen reconoce que el derecho puede ser examinado valorativamente. Sin embargo, también sostiene que los juicios de valor que se hagan sobre el derecho, en su totalidad o cualquiera de sus instituciones particulares, jamás tendrán un carácter universal. Por el contrario, siempre serán contingentes o válidos para un tiempo y lugar determinados debido a que están condicionados por el sujeto que valora. Tanto su ensayo, *¿Qué es Justicia?*,⁶⁵ como *La Idea del Derecho Natural*,⁶⁶ son una muestra representativa del enfoque deontológico de la obra de Hans Kelsen el cual es, por supuesto, mucho más extenso y complejo.⁶⁷

También existe una aproximación ontológica, fenomenológica o real. La dimensión real del derecho se compone por otros dos vértices: 1) aquél de la creación del derecho y 2) el de la aplicación de la norma. Por una parte, la interrelación entre el derecho y la moral tiene cabida durante la creación de las normas en dos sentidos: 1) por los intereses políticos en pugna y 2) por los valores que pretenden proteger las normas.⁶⁸ Por otra parte, Hans Kelsen está consciente de la presencia de los dilemas morales en la impartición de justicia debido a la oscuridad terminológica de algunas normas, así como por las lagunas del derecho. El jurista austriaco teme estos juicios de valor porque descansan fundamentalmente en argumentos emotivos e irracionales. Para evitar

⁶⁴ Véase, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (No. 8), 71-82; Matteo Bonomi, “L’etica del positivismo giuridico. Dover e responsabilità nella Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen”, [2014], 2, *Lessico di etica pubblica*, 104-111.

⁶⁵ Véase, Hans Kelsen, “¿Qué es Justicia?”, (No. 26), 35-63.

⁶⁶ Véase, Hans Kelsen, *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos* (traducción de Francisco Ayala), (ediciones Coyoacán 2010), 11-42.

⁶⁷ José Antonio Sendín Mateos, *La Filosofía Moral de Hans Kelsen*, (Marcial Pons 2017), 29-79.

⁶⁸ Véase, Hans Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, (2ª ed., ediciones Coyoacán 2019) 30 y ss; Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, (Reclam. Universal-Bibliothek 2019), 76-94; Sara Lagi, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920)*, (Name Edizioni 2007) 191-208.

esta clase de fenómenos recomienda la redacción de normas cuidando el lenguaje empleado.⁶⁹

La coexistencia armónica de las aproximaciones 1) metodológica, 2) deontológica y 3) ontológica permite describir la propuesta filosófica de Hans Kelsen como un sistema teórico-práctico donde la relación entre el derecho y la moral no es rechazada ni en la reflexión filosófica ni en la *praxis* jurídica. En otras palabras, de acuerdo con esta interpretación de los postulados de Kelsen, está prohibido recurrir a la moral cuando se analiza científicamente el derecho, pero no se pueden negar los vínculos entre el derecho y la moral en el terreno filosófico o su aplicación práctica. Solo en ese sentido Kelsen podría ser el defensor de *una* tesis de la separación.

2.1.3.- La postura de Alexy conduce a un estéril revisionismo histórico de la obra de Kelsen

El no-positivismo inclusivo es una categoría de análisis desarrollada por Robert Alexy en su libro *El concepto y la validez del derecho* (refinada posteriormente en diversos artículos) cuya primera edición en alemán data del año 1992.⁷⁰ En este libro, el jurista de Kiel define y explica lo que él considera como dos posiciones antagónicas: los iuspositivistas y los no-positivistas.⁷¹ Tras distinguir entre varias especies de ambos géneros, Alexy identifica a Hans Kelsen como el principal representante del positivismo exclusivo. Para sustentar su afirmación cita una de las frases más conocidas del jurista austriaco: “[e]l gran iuspositivista Hans Kelsen resumió esta posición con la fórmula: “Por ello, cualquier contenido puede ser derecho”.⁷² Años más tarde, Robert Alexy agrega: “Hans Kelsen ha argüido contra el no-positivismo que [éste] presupone “una moral absoluta”, es decir, una moral que es válida en cualquier lugar y todo tiempo”.⁷³

El razonamiento de Alexy es falso por cuatro motivos. Primero, la primera edición de *Teoría Pura del Derecho* data de 1934,⁷⁴ en tanto que

⁶⁹ Véase, Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, (Giuffrè 1981) 171-205; Paolo Carroza, “Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes”, [2019], 67, 1, *Estudios de Deusto*, 52-82; Sara Lagi, “Hans Kelsen and The Austrian Constitutional Court (1918-1929)”, [2012], 9, 16, *Revista coherencia*, 273-288.

⁷⁰ Véase, Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (No. 3), 28 y ss.

⁷¹ *ibidem*, 21-29.

⁷² *ibidem*, 13.

⁷³ Alexy, “Inclusive non-positivism”, (No. 7), 287, énfasis añadido; *cfr.* Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (No. 8), 72-82.

⁷⁴ *ibidem*, 45-52.

la segunda edición⁷⁵ fue publicada en 1960.⁷⁶ En ambos libros, Hans Kelsen no hace ninguna referencia al no-positivismo inclusivo por una razón: esa categoría de análisis no existía en el tiempo en que Hans Kelsen desarrolló su obra pues fue creada por Alexy en 1992. Si ya hubiera sido empleada por Hans Kelsen, ¿por qué Robert Alexy no citó una frase específica en donde el maestro de Viena atacase directamente al no-positivismo inclusivo?

Segundo, si bien es cierto Kelsen afirmó que “cualquier contenido puede ser derecho”; también lo es que esta frase fue elaborada por Hans Kelsen no para atacar a los no-positivistas inclusivos (que no existían), sino para ilustrar su postura: que entre el derecho y la moral no existe una relación conceptual de necesidad. Tercero, Robert Alexy incurre en la falacia de hombre de paja al utilizar algunas afirmaciones de Hans Kelsen, como las citadas, y completarlas con razonamientos suyos. Sería bastante enriquecedor que Robert Alexy citara un par de ideas de Hans Kelsen en donde el jurista austriaco expresare textualmente: “estoy en contra de lo sostenido por los *no-positivistas inclusivos* por las razones *A.B, C, etcétera.*”

Cuarto, es metodológicamente incorrecto evaluar razonamientos del pasado con categorías de análisis contemporáneas. Lo que Alexy está haciendo es crear una categoría de análisis (no-positivismo inclusivo) y aplicarla con efectos retroactivos para examinar los razonamientos de otros autores. La siguiente cita contribuirá a demostrar la falsedad de este debate creado por Robert Alexy:

El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. *A pesar de ser una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista.*⁷⁷

Si este debate tiene más de dos mil años, ¿por qué Robert Alexy no precisa quiénes son los no-positivistas inclusivos, por ejemplo, del mundo antiguo, edad media e iluminismo? No puede identificar a los expositores de una postura epistemológica inexistente hasta antes de 1992. No existe ningún debate milenario entre iuspositivistas y no-positivistas inclusivos como afirma Robert Alexy. Lo que sí existe, es un debate entre los iusnaturalistas y iuspositivistas.

Bajo la luz de las consideraciones anteriores, no tendría ningún sentido examinar toda la obra de Hans Kelsen para tratar de encontrar argumentos contra una postura epistemológica (no-positivismo inclusivo)

⁷⁵ *ibidem*, pp. 71-82.

⁷⁶ Véase, Mario G. Losano, “La Teoría Pura del Derecho. Del Logicismo al Irracionalismo”, [1985], 2, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 55-85.

⁷⁷ Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (No. 3), 13.

que no existía en el tiempo en que el jurista de Viena desarrolló su pensamiento. Esta clase de revisionismo implicaría un gasto estéril de tiempo, dinero y esfuerzo para buscar ideas en la nada. Por si fuera poco, conduciría a sobre interpretar la obra de Hans Kelsen y deformar su pensamiento a fin de demostrar que él era, efectivamente, un positivista exclusivo que atacaba al no-positivismo inclusivo. Con estas críticas tan débiles, Alexy solo demuestra que sigue siendo un enano sobre los hombros de un gigante.

2.2.- La misteriosa pretensión de corrección del derecho

La pretensión de corrección supone los siguientes inconvenientes: imposibilidad para atribuir esa pretensión a los legisladores, jueces y abogados, concesión de cualidades humanas a objetos inanimados (derecho, normas individuales y sentencias), creación de una voluntad colectiva que pretende, existencia de un juez ideal, imposibilidad de un ideal común de justicia y una función clasificatoria dudosa.

2.2.1.- ¿Quién es el titular de la pretensión de corrección?

Sólo los seres racionales pueden pretender algo porque toda pretensión es el producto de un intelecto. El derecho, las normas individuales y las sentencias no son seres racionales (son objetos inanimados creados por el ser humano), por tanto, no pueden pretender nada. Si no pretenden nada, ¿quién pretende qué? Sobre la enigmática pretensión de corrección y sus posibles pretensores, Juan Antonio García Amado realiza la siguiente reflexión:

Es inevitable la impresión de que la idea de pretensión de corrección [...] es un artefacto teórico inconveniente por enigmático y por inútil. *Enigmático porque no se entiende que un sistema normativo, como tal, pueda pretender nada, y porque hablar de un autor del sistema jurídico que sea el que "pretenda" es suponer una misteriosa entelequia: ¿El poder constituyente? ¿El pueblo? ¿Los legisladores y, si son éstos, cuáles de ellos?* ⁷⁸

¿Quiénes podrían pretender en la práctica? Los legisladores, jueces y abogados. ¿Todos ellos lucharían por el ideal de justicia alexyano? Por lo general, los legisladores son una suerte de mediadores entre diversas fuerzas políticas en pugna. Por si fuera poco, están sujetos a sus propias apetencias políticas las cuales, en no pocas ocasiones, se encuentran

⁷⁸ Juan Antonio García Amado, "Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas", [septiembre 2014 - febrero 2015], 7, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, énfasis añadido.

reñidas con cualquier ideal de justicia.⁷⁹ Algo similar sucede con algunos juzgadores quienes, aunque paradójico, son capaces de anteponer sus propias aspiraciones judiciales frente a cualquier idealismo. Por cuanto hace a los abogados, son contados aquellos practicantes del derecho que no aceptarían una buena suma de dinero por defender una idea abstracta de justicia. Si los legisladores, jueces y abogados no son los pretensesores de la corrección alexyana, ¿quién lo es?

2.2.2.- Antropomorfismo del derecho

Sin duda alguna, la idea de pretensión de corrección alexyana entraña un antropomorfismo del derecho porque dota al sistema jurídico, normas individuales y sentencias de una racionalidad que les permita pretender.⁸⁰ En ese sentido, el concepto de pretensión de corrección, aunque toral para el modelo de Alexy, supone un retroceso enmascarado para la ciencia jurídica. En efecto, durante los siglos XVIII y XIX, múltiples juristas, al observar el sorprendente desarrollo de las ciencias naturales, trasladaron características del ser humano al estudio del derecho. De esta manera, proponían conceptos como el "espíritu de la norma", los "órganos jurídicos", la "razón de Estado", el "espíritu del pueblo", etcétera.⁸¹ Por supuesto, este antropomorfismo jurídico supuso un error metodológico desvelado y superado por Hans Kelsen gracias a la distinción entre los principios de causalidad e imputación.⁸²

Por si fuera poco, la idea de pretensión de corrección hace a un lado las fuerzas de disociación sociales para sustituirlas por una voluntad metafísica colectiva que pretende un misterioso ideal de justicia y que se manifiesta en el derecho, normas y sentencias. Si bien es cierto los seres humanos que integran una población están unidos por diferentes lazos (económicos, políticos, lingüísticos, religiosos, afectivos, etcétera), no es menos cierto que esos mismos vínculos, paradójicamente, los separan.⁸³ La tesis de la pretensión de corrección no termina de explicar cómo los diferentes intereses de las personas desaparecen de las conciencias

⁷⁹ *cfr.* Max Weber, *El político y el científico* (traducción de Francisco Rubio Llorente), (Alianza 1979) 81-179; Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva* (traducción de José Medina Echavarría *et al.*), (Fondo de Cultura Económica 2002), 193-204.

⁸⁰ Véase, Juan Antonio García Amado, (No. 78), 17.

⁸¹ Véase, Alberto F. Senior, *Sociología*, (16ª ed., Porrúa 2005) 115-122; Luis Recasens Siches, *Tratado General de Sociología*, (15ª ed., Porrúa 1977) 437-446; *cfr.* Gustavo Le Bon, *Psicología de las multitudes* (Divulgación 1975), 11-26.

⁸² Véase, Kelsen, *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos*, (No. 66), 11-42.

⁸³ Véase, Soraya Nour Sckell, "Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'état", [enero - abril 2015], 38, 1, *Trans/Form/Ação*, 60.

individuales para integrar una voluntad metafísica que pretende un ideal de justicia.⁸⁴

La pretensión de corrección deja muchas dudas sin responder. ¿En qué momento se unen todos los intereses particulares para luchar por un indefinido ideal común? ¿Qué misteriosa fuerza mantiene unidos estos intereses a lo largo del tiempo? Si durante algún periodo temporal el género humano llega a compartir un ideal colectivo, esto sucede en momentos excepcionales, como las revoluciones sociales. Sin embargo, dicho ideal colectivo, en tanto transitorio e inestable, siempre termina por diluirse en miles de intereses particulares. La pretensión de corrección y su consecuente voluntad que pretende no son más que quimeras metafísicas⁸⁵ cargadas de un fuerte uso ideológico. Sobre la tendencia a hipostasiar la voluntad de un ser sobrehumano Kelsen explica:

Como ya lo apuntamos, esta es una tendencia típica del pensamiento primitivo; y el pensamiento político ostenta, en gran medida, un carácter de primitividad. *La tendencia a hipostasiar la voluntad de un superindividuo (sic), esto es, de un ser sobrehumano, oculta un propósito ideológico inconfundible.* Este propósito ideológico aparece con mayor claridad cuando la unidad real del Estado es descrita como un "interés colectivo". *En realidad, la población de un Estado hallase dividida en varios grupos de intereses que en mayor o menor medida se contraponen entre sí.*⁸⁶

El uso de una voluntad metafísica que pretende ha sido frecuente a lo largo de la historia. Al ser un concepto vacío, ha sido colmado por un gran número de contenidos: voluntad de Dios, del pueblo, la ley, el Estado, etcétera. El elemento común en cada uno de los casos referidos es su función ideológica, sea para ocultar el poder político de un sector religioso, social o estatal. En el caso de la pretensión de corrección de Alexy, la presuposición de una voluntad metafísica que pretende, permite justificar, en última instancia, la actuación de los jueces.

2.2.3.- El juez ideal alexyano

Esta voluntad metafísica que pretende y que se manifiesta en el derecho bajo el concepto de pretensión de corrección conduce a otro elemento implícito en el no-positivismo inclusivo de Robert Alexy: su juez ideal. Aunque el modelo del jurista de Kiel pretende ser una propuesta de la institucionalización de la razón no está exento de elementos ideales. Al

⁸⁴ *ibidem*, 61.

⁸⁵ *ibidem*, 72.

⁸⁶ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Máynez), (3ª ed., UNAM 2014) 220, énfasis añadido.

igual que Ronald Dworkin,⁸⁷ Robert Alexy propone de manera implícita un modelo ideal de juzgador. Al respecto, Juan Antonio García Amado explica lo siguiente:

Al sentar los presupuestos necesariamente asumidos por todo juez y toda sentencia, Alexy no está retratando en verdad cualquier juez posible, sino proponiendo un modelo de juez y, con ello, de práctica jurídica y judicial: el que es acorde con la *pretensión* alexyana de que la moral sea parte integrante del derecho y de que el razonamiento jurídico-práctico esté en sus resultados condicionada por la moral (sic).⁸⁸

El juez ideal alexyano es capaz de conocer, explicar y balancear a través de la ponderación los misteriosos designios de aquella voluntad metafísica que pretende. Sin embargo, la relación entre la pretensión de corrección y el juez ideal alexyano no deja de ser un enigma. Primero, porque supone la existencia de una moral absoluta que la totalidad de operadores jurídicos deberían de seguir (la moral de Alexy). Segundo, debido a que no explica la fuerza que constriñe a los seres humanos a seguir dicha pretensión ni las consecuencias en caso de incumplimiento. ¿Qué fuerzas misteriosas obligarían a las personas a obedecer los mandatos de esa moral? Si esa exigencia fuera real, ¿por qué algunos jueces fallan en contra de la moral alexyana?

2.2.4.- Imposibilidad de un concepto absoluto de justicia

Robert Alexy trata de sustentar su concepto de pretensión de corrección por medio de dos ejemplos (contradicciones performativas): 1) el artículo primero de una constitución en donde una república es caracterizada como injusta y 2) una sentencia dictada con base en una interpretación errónea del derecho.⁸⁹ Ambos ejemplos entrañan una falacia de petición de principio.⁹⁰ Para que fueran ciertos, sería necesario reconocer de antemano que existe un concepto de justicia común a todos los seres humanos que conduce a una relación necesaria entre el derecho y la moral.

La pretensión de corrección solo es válida en tanto sea aceptada bajo las condiciones propuestas por el jurista de Kiel. En efecto, la pretensión de corrección entraña un acuerdo implícito el cual consiste en aceptar previamente que la justicia es el fin último del derecho. En otras

⁸⁷ Véase, Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia. De la Teoría General del Derecho, la Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y Práctica* (traducción de Claudia Ferrari), (Gedisa 2012), 267 y ss; Ronald Dworkin, *Law's empire*, (Harvard University Press 1986) 379 y ss.

⁸⁸ Véase, Juan Antonio García Amado, (No. 78), 28.

⁸⁹ Véase, en este mismo documento el apartado 1.2.

⁹⁰ Véase, Juan Antonio García Amado, (No. 78), 15.

palabras, la pretensión de corrección del derecho presupone que todos los miembros de una sociedad tendrían que convenir sobre el concepto de justicia. ¿Realmente las sociedades contemporáneas pueden estar de acuerdo en el significado de un concepto tan abstracto?

Los grupos humanos modernos están compuestos por múltiples subgrupos; verbigracia, feministas (diversas corrientes), obreros, capitalistas, etcétera. Para algunas feministas, el derecho dado es el instrumento que asegura la existencia del patriarcado.⁹¹ Para los obreros, el derecho es el instrumento que asegura la explotación de la clase trabajadora por los burgueses.⁹² Conforme a lo que enarbolan los capitalistas, el derecho limita la libre competencia en el mercado.

Luego entonces, para algunas feministas la pretensión de corrección del derecho consistiría en la construcción de un andamiaje jurídico que asegurara la derrota final del patriarcado. Para los obreros, sería aquella cualidad jurídica que pusiera un límite al poder burgués. Finalmente, para los capitalistas, se traduciría en una serie de normas que aseguraran su irrestricta concurrencia en el mercado. ¿Cómo situar a la pretensión de corrección como un elemento central del derecho cuando es imposible ponerse de acuerdo en su contenido?

2.2.5.- La última pregunta, ¿cuántas disposiciones convierten un orden normativo en injusto?

La última crítica que se hará a la pretensión de corrección versa sobre su función clasificatoria. En líneas superiores se explicó que la pretensión de corrección permite clasificar los sistemas normativos en: legal y moralmente perfectos, legal y moralmente imperfectos y legal y moralmente injustos. El primer supuesto tiene lugar cuando los ordenamientos jurídicos, normas y sentencias son formal y deontológicamente justos. La segunda posibilidad tiene cabida cuando tan solo algunas normas son deontológicamente injustas, aunque formalmente válidas. El último caso corresponde al supuesto que todo el ordenamiento, normas individuales y sentencias sean formal e idealmente injustas.

La posibilidad segunda y tercera son las que causan mayores dudas. ¿Cuántas decisiones y normas individuales deben ser injustas para que se considere que un sistema normativo no satisface la pretensión de corrección? ⁹³ Si el setenta y cinco por ciento de las normas y sentencias son formalmente válidas, pero moralmente injustas, ¿el sistema es completamente injusto o tan solo imperfecto? ¿El cincuenta por ciento de

⁹¹ Véase, Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, (Gallimard 2018) 98-110.

⁹² Véase, Karl Marx & Friedrich Engels, "Manifiesto del Partido Comunista (traducción de J. Muñoz Veiga)", en Karl Marx, *Marx*, (Gredos 2011) 595-604.

⁹³ Véase, Juan Antonio García Amado, (No. 78), 22-23.

las normas y sentencias moralmente injustas bastan para que un ordenamiento en su totalidad sea clasificado como injusto o tan solo imperfecto? ¿Por qué elegir un porcentaje y no otro? Soslayando toda contradicción performativa, ¿de qué manera clasificar un sistema normativo cuya constitución es formalmente injusta pero sus leyes secundarias deontológicamente justas?

La función clasificatoria de la pretensión de corrección entraña mayores problemas que beneficios. Dado que no existe un concepto universal de justicia (ni siquiera al interior de un país), ¿tendría sentido analizar todos los artículos y sentencias de un ordenamiento jurídico para determinar si es justo? La función clasificatoria de la pretensión de corrección exige un esfuerzo sobrehumano. Cientos de excelentes juristas han pasado toda su vida estudiando las instituciones de sus ordenamientos jurídicos sin conocerlos jamás en su totalidad. Ni siquiera los especialistas de una rama del derecho particular serían capaces de hacer un balance general como el que pretende Alexy para determinar si ese campo reducido del derecho es justo, imperfecto o injusto. Por si fuera poco, la idea de una función clasificatoria de la pretensión de corrección es peligrosa porque podría conducir a la destrucción del debate parlamentario, judicial y popular de una democracia. En efecto, no tendría ningún sentido continuar con la discusión pública si en algún punto de la historia los pretensores anunciaran que las normas y sentencias de un ordenamiento son formal y deontológicamente justas.

2.3.- Bemoles de la fórmula de Radbruch

La fórmula de Radbruch conlleva los siguientes inconvenientes: supone un inexistente derecho positivo extremadamente injusto, entraña la aplicación de una medida extraordinaria en tiempos de paz y una falacia de composición y posee consecuencias temporales y espaciales contraproducentes.

2.3.1.- ¿Existía un derecho nacionalsocialista positivo extremadamente injusto?

El presupuesto de la fórmula de Radbruch es un derecho positivo (en cualquier versión) extremadamente injusto. En tal sentido fue empleada por primera vez contra varias determinaciones del régimen nazi. Sin embargo, ¿las disposiciones nazis eran realmente derecho positivo? Sin duda alguna, todas las tradiciones o posturas iuspositivistas comparten ciertos elementos en común: 1) existe una nítida jerarquía normativa, 2) las leyes son creadas a través de un proceso legislativo preestablecido, 3) toda norma es general, abstracta e impersonal, 4) toda disposición debe ser publicada con anterioridad, 5) los casos de

retroactividad deben ser los menos, 6) las leyes no deben modificarse con frecuencia, etcétera.⁹⁴

Aunque sorprendente, el “derecho” nazi se encontraba muy lejos de representar cualquier versión del iuspositivismo. En realidad, estaba compuesto por disposiciones amorfas que daban cuenta de los mandatos dictados por el *Führer* quien se suponía era el representante de una unidad metafísica abstracta compuesta por elementos de la “moral” nacionalsocialista mezclados con diversas teorías estatales.⁹⁵ Estas abigarradas disposiciones han sido llamadas por Kaufmann “positivismo legalista pervertido”.⁹⁶ Antonio Manuel Peña Freire explica: “[n]o parece descabellado presuponer que el derecho nazi fue exhaustivo, riguroso, exigente y opresivo o que fue gestionado por un poder fuertemente jerarquizado y minuciosamente organizado, porque esto es lo que parece corresponder a un régimen autoritario. Sin embargo, ni el gobierno ni el derecho de los nazis tuvieron esos rasgos”.⁹⁷

El derecho nacionalsocialista estaba compuesto por un entramado complejo de disposiciones que desdibujaban los ámbitos competenciales de las autoridades. Los conflictos normativos eran resueltos en función de conexiones personales entre los implicados y ciertas máximas como la “voluntad del Führer”, “las necesidades del pueblo”, “el bienestar común”, “los sanos sentimientos del pueblo”, “la concepción nacionalsocialista del Estado”, etcétera.⁹⁸ El sistema normativo nacionalsocialista era parte del “espíritu alemán” ya que no era un orden jurídico diferenciado y autónomo del *Volk*.⁹⁹

Durante la “vigencia del derecho” nacionalsocialista, proliferó una práctica jurisprudencial que no respetaba el texto de la ley,¹⁰⁰ un derecho secreto (contrario al principio de publicidad) emanado directamente del *Führer* y la aplicación retroactiva de normas sancionatorias¹⁰¹ que sustituyeron los principios de *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege* por *nullum crimen sine poena*.¹⁰²

La fórmula de Radbruch, empleada en el sentido alexyano, tiene como objetivo principal el derecho positivo extremadamente injusto; empero, la existencia de cualquier clase de derecho positivo durante el régimen nacionalsocialista es cuestionable. Fuller, citado por Juan Antonio

⁹⁴ Véase, Juan Antonio García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, [1991], *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*, 356.

⁹⁵ *ibidem*, 347.

⁹⁶ *ibidem*, 349.

⁹⁷ Véase, Antonio Manuel Peña Freire, (No. 55), 63.

⁹⁸ *ibidem*, 63-64.

⁹⁹ *ibidem*, 65.

¹⁰⁰ Véase, García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, (No. 94), 354.

¹⁰¹ *ibidem*, 355.

¹⁰² Véase, Antonio Manuel Peña Freire, (No. 55), 66.

García Amado explica: “el derecho nazi no perdió su condición de derecho por la razón principal de su injusticia material, sino por causa de incongruencia estructural, no por el atentado del contenido de sus normas contra principios materiales de justicia, sino contra las condiciones funcionales de posibilidad del derecho, contra su razón de ser, contra las condiciones indispensables para la existencia del derecho”.¹⁰³

En el contexto descrito, habría sido preferible la existencia de ciertas garantías que toda variante del derecho positivo ofrece frente al pragmático derecho nacionalsocialista.¹⁰⁴ Verbigracia, un orden normativo coherente, un proceso legislativo claro, el respeto de los principios de presunción de inocencia y debido proceso, etcétera. ¿Cómo aplicar los efectos de la fórmula de Radbruch a un derecho positivo inexistente? Sigue siendo un misterio.

2.3.2.- Aplicación de una medida extraordinaria en tiempos de paz y falacia de composición

Brian Bix, al estudiar sus componentes y alcances, ha señalado que la fórmula de Radbruch tiende a ser aplicada en momentos extraordinarios y de alta tensión política. Es decir, la fórmula sería una especie de instrumento jurídico de excepción. Los casos más conocidos son los juicios de Núremberg y los procesos en contra de los francotiradores del muro de Berlín durante la reunificación alemana. ¿Por qué motivo un elemento de excepción tendría que emplearse en situaciones ordinarias?¹⁰⁵ De acuerdo con la pretensión de corrección, los ordenamientos jurídicos en tiempos de paz no prescriben mandatos que entrañen una injusticia extrema. Por el contrario, las normas y sentencias individuales persiguen un ideal de justicia. ¿De qué manera se convierte la excepcional fórmula de Radbruch en un elemento central para la impartición de justicia en tiempos de paz? Por una parte, Robert Alexy afirma que las normas y sentencias individuales entrañan una pretensión de corrección (justicia) pero, por la otra, ¿sitúa la fórmula de Radbruch como un instrumento central en la praxis del derecho “por si acaso”?

Brian Bix destaca que el uso de la fórmula de Radbruch es eminentemente judicial,¹⁰⁶ luego entonces, ¿cómo justificar su posición como pieza clave de todo un sistema epistemológico como el no-positivismo inclusivo? En otras palabras, la fórmula de Radbruch es un mandato o prescripción dirigida a los jueces para que inapliquen un derecho considerado extremadamente injusto y no una exigencia teórico-

¹⁰³ Véase, García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, (No. 94), 357.

¹⁰⁴ *ibidem*, 348.

¹⁰⁵ Véase, Brian Bix, “Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis”, [2011], 56, *The American Journal of Jurisprudence*, 51.

¹⁰⁶ *ibidem*, 52-53.

conceptual aplicable a todos los sistemas filosóficos y jurídicos.¹⁰⁷ El otorgar cualidades a un conjunto a partir de las características de un elemento aislado entraña, sin lugar a duda, una falacia de composición. El que la fórmula de Radbruch constriña a los juzgadores a actuar con justicia no significa que todo un sistema albergue esa misma exigencia.

Por último, Brian Bix destaca que Robert Alexy trata de presentar la fórmula de Radbruch como un criterio novedoso que permite inaplicar ciertas normas o sentencias cuando son extremadamente injustas. No obstante, la propuesta del jurista de Kiel no es del todo original porque ya han existido con anterioridad sistemas que admiten la inaplicación de una norma o sentencia por parte del juzgador cuando considera que son injustas; tal es el caso del sistema judicial americano.¹⁰⁸

2.3.3.- Efectos temporales y espaciales de la fórmula de Radbruch

De acuerdo con Matthias Klatt, la aplicación de la fórmula de Radbruch ha causado acaloradas discusiones en dos sentidos: por sus consecuencias temporales y por sus alcances espaciales. Para ilustrar sus ideas retoma el proceso a los francotiradores del muro de Berlín. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el territorio de Alemania fue dividido en dos bloques, una parte fue ocupada por los aliados y la otra por la extinta Unión Soviética. Para evitar que la gente tratara de escapar al territorio de aquellos (República Federal de Alemania), esta (República Democrática Alemana) dispuso un grupo de soldados a lo largo del muro de Berlín a quienes ordenó y permitió tirar a matar cuando alguna persona tratase de cruzar al territorio de la República Democrática Alemana sin autorización.¹⁰⁹ Los francotiradores fueron juzgados y sentenciados con base en la fórmula de Radbruch tras la unificación de Alemania. Si bien es cierto su conducta estaba permitida (disparar a los fugitivos) por el gobierno de la República Democrática Alemana; el tribunal consideró extremadamente injusta y violatoria de derechos humanos esta medida porque fueron ejecutadas varias personas por tan solo ejercer su derecho a migrar.

Las interrogantes que suscitó el proceso a los francotiradores del muro de Berlín fueron las siguientes: ¿cómo dar efectos retroactivos a la fórmula de Radbruch sin contravenir ciertos principios del derecho penal como *nulla poena sine lege* o no irretroactividad de la ley penal en perjuicio de persona alguna? ¿de qué manera aplicar dicha fórmula sobre un territorio cuya competencia originaria no correspondía a la República

¹⁰⁷ *idem*.

¹⁰⁸ *ibidem*, 53.

¹⁰⁹ Véase, Matthias Klatt, "Contemporary Legal Philosophy in Germany", [2007], 93, 4, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 534-535.

Federal de Alemania?¹¹⁰ Algunas personas argumentaron que la fórmula fue creada para combatir injusticias extremas y extraordinarias como las cometidas por el régimen nacionalsocialista; razón por la cual, en el caso de los francotiradores, al no alcanzar ese umbral de injusticia, expandía o deformaba sus alcances.¹¹¹

El problema subsiste hasta la fecha. Por ejemplo, si un país sometiera a otro, ¿podrían juzgarse los actos de los tribunales sometidos bajo la fórmula de Radbruch? ¿de qué manera justificar racionalmente la invasión de competencias y vulneración de no irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, así como el principio de *nulla poena sine lege*? Bajo estas circunstancias parece que la fórmula de Radbruch cumple con una función política e ideológica clara: justificar la imposición de un sistema de valores sobre otro bajo el argumento de la injusticia extrema.

Bajo el argumento de la injusticia extrema, Robert Alexy trata de recorrer en sentido inverso el sendero transitado por Hans Kelsen. El jurista de Kiel reconoce la imposibilidad para brindar un concepto absoluto de justicia debido a la subjetividad que lo rodea. Para evitar este obstáculo, coloca la idea de injusticia extrema como uno de los elementos centrales de su propuesta porque considera que sí puede ser analizada en forma objetiva. Pese a la buena intención de Robert Alexy, la idea de injusticia extrema es igual de subjetiva y problemática que el concepto de justicia.

Las causas y consecuencias de un acto sí pueden medirse de forma objetiva por la inteligencia, pero la idea misma de injusticia extrema no. Es posible percibir con los sentidos las lesiones sobre un cuerpo, el menoscabo de un patrimonio, la muerte de una persona, etcétera. En efecto, objetivamente puede determinarse que fueron sustraídos cien millones de dólares de una cuenta bancaria o que una persona fue asesinada con tales o cuales medios. Empero, la calificación de tales actos es un razonamiento subjetivo. Es decir, la calificación de tales actos es una acción emotiva. La idea de injusticia extrema no deja de ser un juicio de valor al igual que el concepto de justicia.

2.4.- Debilidades de la distinción entre reglas y principios

Aunque en apariencia sencillo, la distinción entre reglas y principios no deja de causar los siguientes inconvenientes: en la *praxis* los principios no son fáciles de distinguir, un gran número de reglas pueden convertirse en principios.

¹¹⁰ *ibidem*, 537.

¹¹¹ *ibidem*, 536.

2.4.1.- En la *praxis* los principios no son fáciles de localizar

La mayor parte de las constituciones modernas, como la mexicana, española, americana o alemana, prescriben expresamente cuáles disposiciones son principios (derechos humanos o fundamentales) y cuáles no lo son. Sin embargo, algunos otros ordenamientos no son tan precisos al respecto.¹¹²

El ejemplo más claro para ilustrar la dificultad para identificar un principio se encuentra en las llamadas constituciones difusas o no escritas como la del Reino Unido.¹¹³ Como se sabe, la característica principal de esta clase de constituciones consiste en que sus disposiciones se encuentran diseminadas en diferentes documentos histórica y lógicamente relacionados cuya fuerza vinculante reside en el reconocimiento de su validez por parte de la población y jueces de un país. En esta maraña, ¿cómo estar seguros de que un artículo es un principio y no una regla?

El primer escollo a superar es el concepto mismo de principio; de acuerdo con Riccardo Guastini, tanto los jueces como los académicos no han formulado una definición absoluta sobre el concepto de principio.¹¹⁴ Sin embargo, algunas personas consideran que los principios cuentan con las características siguientes: 1) son normas fundamentales en el sentido que tienden a justificar una pluralidad de reglas, 2) son formulados como normas categóricas; sin condicionante alguna y 3) son razones *prima facie*.¹¹⁵ A pesar de lo anterior, algunas reglas también cuentan con esos mismo rasgos.

Por si fuera poco, cabría preguntarse, ¿un principio puede localizarse fuera del capítulo en donde se prevea expresamente su existencia? Podría ser el caso que, además de reunir las características apuntadas, una regla otorgara una protección más amplia que un principio. Por ejemplo, la constitución de la república X podría diferenciar un catálogo expreso de principios o derechos humanos (parte dogmática) de su parte orgánica. ¿Qué sucedería si una regla de la parte orgánica fuera más benéfica que un principio de la parte dogmática? En este caso podrían los jueces decir que se trata de una excepción. Empero, el riesgo

¹¹² Véase, Riccardo Guastini, "Applicare principi costituzionali", [2017], 1, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 127; véase también Riccardo Guastini, "Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione", 314-317.

Disponible en: <<http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/Principi-costituzionali-identificazione-interpretazione-ponderazione-concretizzazione.pdf>>

¹¹³ *cf.*, Enrique Sánchez Bringas, *Derecho Constitucional*, (11ª ed., Porrúa 2007) 143 y ss.

¹¹⁴ Véase, Guastini, "Applicare principi costituzionali", (No. 112), 127.

¹¹⁵ *ibidem*, 128.

sigue latente ya que podría acontecer de nueva cuenta que otra regla otorgara una protección más amplia que un principio. ¿Esta clase de situaciones deben resolverse en forma casuística? ¿Qué seguridad otorga eso al justiciable?

Frente a esta clase de situaciones cabrían, cuando menos, tres posibilidades: 1) todas las reglas son principios, 2) todos los principios son reglas o 3) quizá no tiene sentido distinguir entre reglas y principios porque al final ambas son normas sujetas a interpretación. Riccardo Guastini precisa que: “en la práctica jurídica, distinguir entre reglas y principios no depende de un concepto de principio cualquiera, previamente aceptado. Los intérpretes parecen distinguir entre reglas y principios intuitivamente, caso por caso.”¹¹⁶

2.4.2.- Un gran número de reglas pueden convertirse en principios

Robert Alexy afirma, por una parte, que las reglas son normas que se aplican en la forma todo-o-nada. Por la otra, los principios son normas que cuentan con un peso, son mandatos de optimización cuya aplicación depende de las condiciones fácticas y jurídicas de un caso particular; por si fuera poco, los principios se encuentran en el escaño más alto de la jerarquía normativa (constitución). ¿Pueden las reglas comportarse como principios?

El artículo 302 del Código Penal Federal mexicano prescribe: “comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”. Lo primero que salta a la vista es que esta disposición no se encuentra contemplada en el texto de la constitución. Por si fuera poco, está redactada en forma terminante, o se comete el delito de homicidio o no se comete. En ese sentido, dicha norma está escrita de la forma todo-o-nada. Estas cualidades conducirían a afirmar que, efectivamente, se trata de una regla. Empero, si una persona comete el delito de homicidio en legítima defensa (propia o en favor de un tercero) esta regla puede “comportarse” como principio.

Si un ser humano argumenta que despojó a otra persona de su vida al repeler un ataque real, actual e inminente tendrían que estudiarse los hechos (posibilidades fácticas) a fin de verificar si su comportamiento corresponde o no a la legítima defensa (posibilidades jurídicas). Por si fuera poco, si un juez califica la conducta como legítima defensa, el tipo penal de homicidio no pierde su fuerza vinculante para casos futuros. Si es observado este fenómeno bajo las directrices de los principios, el peso de la “regla” homicidio está cediendo frente al peso del principio presunción de inocencia.

¹¹⁶ Véase, Guastini, “Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione”, (No. 112) 315, la traducción es propia.

La frontera entre las reglas y los principios no es clara. A decir verdad, no parece que exista una diferencia real entre ambas clases de normas por una razón: su adscripción como regla o principio depende de la labor del intérprete. Riccardo Guastini precisa: “[l]a atribución a una norma de este carácter depende de una evaluación, en particular de un juicio de valor en torno a la importancia (relativa) de aquella norma dentro del ordenamiento jurídico”.¹¹⁷ Juan Antonio García Amado comparte la opinión de Guastini al respecto y explica:

[...]: sea del modo que sea, va a ser una valoración del aplicador la que determine la solución del caso; o bien la valoración de cual interpretación es preferible o bien la valoración de cuál fin u objetivo a optimizar ha de cobrar preferencia en el caso. *No es la distinta naturaleza o la diferencia cualitativa entre las reglas y los principios [...]*.¹¹⁸

2.5.- Inconsistencias del método de ponderación

En ocasiones, el método de ponderación (ley de la ponderación y fórmula del peso) ha sido adoptado o “comprendida” como la panacea para todos los casos que entrañan un dilema moral o que adquieren una relevancia a nivel nacional. Sin embargo, dicho método no se encuentra exento de complicaciones. Los principales inconvenientes son: la operación de ponderación en sentido estricto, la concretización del resultado ponderativo.

2.5.1.- Operación de ponderación en sentido estricto

La propuesta de Robert Alexy implica el otorgamiento de cualidades físicas a objetos de la razón. Solo los objetos materiales tienen un peso, los principios no son objetos materiales, por tanto, no pueden tener un peso. Al no tener un peso, los principios no pueden ser ponderados en forma objetiva como pretende el jurista de Kiel.¹¹⁹ En ese sentido, Juan Antonio García Amado esclarece: “[c]uando pesamos normas del tipo que sea o valores o principios [...], no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, [...] si en verdad [...] pesaran, poco habría que argumentar; y si hay mucho que argumentar

¹¹⁷ Guastini, “Applicare principi costituzionali”, (No. 112), 2.

¹¹⁸ Juan Antonio García Amado, “Principios, Reglas y Otros Misteriosos Pobladores del Mundo Jurídico. Un Análisis (Parcial) de la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy”, en Bonorino Pablo R. (coord.), *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, (Bubok 2010), 288.

¹¹⁹ Véase, Juan Antonio García Amado, “¿Qué es ponderar? Sobre Implicaciones y Riesgos de la Ponderación”, [2016], 13, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 3.

es porque quien dice que pondera en realidad no pesa sino que valora personalmente.”¹²⁰

De acuerdo con Carlos Bernal Pulido, se han esgrimido tres grandes objeciones en contra del método de la ponderación; su imprecisión, inconmensurabilidad de los principios y ausencia de predictibilidad.¹²¹ Desde la primera postura, la ponderación no es otra cosa que una estructura vacía o retórica que pretende enmascarar un ejercicio de poder por parte de los jueces constitucionales.¹²² La segunda crítica esgrime que la ponderación es irracional porque no pueden compararse dos medidas radicalmente diferentes. No existe una medida común que permita determinar un peso exacto.¹²³ Por último, la ponderación es irracional porque el resultado no puede ser predecible.¹²⁴

Riccardo Guastini explica que, al ponderar, a pesar de los cánones de objetividad propuestos por Alexy, lo que hacen los jueces constitucionales es crear una jerarquía temporal entre dos principios los cuales terminan actuando como reglas. El jurista italiano explica: [p]or estas razones, ponderar dos principios -contrariamente a un modo de ver difuso- no es “reconciliar” o encontrar, entre ellos, un “equilibrio” o una “via media”. [...] El resultado de la ponderación, en el contexto de que se trate, es que un principio es aplicado, mientras que el otro es dejado de lado”.¹²⁵

Si los principios tuvieran un peso, como Alexy afirma, y si el método de la ponderación fuera objetivo, entonces podrían resolverse de la misma forma todos los casos porque sería suficiente sumar y restar pesos para llegar a una solución. La connotación metafórica de “peso” y “ponderación” tampoco es favorable para la propuesta de Robert Alexy porque pesar o ponderar es contrastar de manera subjetiva razones en favor de una postura u otra. El uso metafórico del lenguaje no es negativo, el derecho está compuesto de términos metafóricos; lo reprochable en la teoría de Alexy es la pretensión de objetividad en donde reina la subjetividad. Es decir, presentar un modelo de manera objetiva cuando no deja de ser subjetivo.

2.5.2.- Concretización del resultado ponderativo

El método de la ponderación ha sido presentado y diseminado en algunos países como una herramienta definitiva, capaz de resolver la más

¹²⁰ *ibidem*, 3-5.

¹²¹ Véase, Carlos Bernal Pulido, “The Rationality of Balancing”, [2006], 92, 2, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 196-197.

¹²² *idem*.

¹²³ *idem*.

¹²⁴ *ibidem*, 197.

¹²⁵ Guastini, “Applicare principi costituzionali”, (No. 112), 6, traducción propia.

complicada controversia en sede constitucional. Aun cuando el resultado obtenido a través del método de la ponderación pudiera ser excepcionalmente racional, todavía queda un largo camino por recorrer: su concretización.¹²⁶

La transgresión entre esferas competenciales a la que en ocasiones conduce la ponderación hace imposible la materialización de algunas sentencias. Por ejemplo, un fallo puede ordenar la maximización del derecho humano a la salud y prescribir la construcción de un hospital en la región X. Empero, pudiera ser el caso que el Estado de que se trate simplemente no cuente con los recursos necesarios para hacerlo. En consecuencia, dicha sentencia sería una victoria pírrica.

3.- UN DEBATE INACABADO: NO-POSITIVISMO INCLUSIVO (O LA JUSTICIA IMPARTIDA POR EL ORÁCULO DE DELFOS)

Debido a la oscuridad conceptual de algunos elementos del no-positivismo inclusivo, pareciera que la justicia es impartida por el Oráculo de Delfos. Conceptos enigmáticos, justificaciones misteriosas, emotivismos e ideología son algunos elementos distintivos de la propuesta alexyana.

La piedra angular del pensamiento racional-objetivo es el principio de no contradicción: un objeto no puede ser y no ser al mismo tiempo. O se es positivista o se es iusnaturalista. ¿Por qué adoptar una postura contradictoria denominada "intermedia"? La posición de Alexy le permite a su autor emplear elementos del iuspositivismo y iusnaturalismo cuándo y cómo estime conveniente sin comprometerse con ninguna posición. ¿Qué confianza puede producir este posicionamiento epistemológico?

Al examinar críticamente al no-positivismo inclusivo no debe pasar inadvertido el contexto en que se gesta y los fines para los que se emplea. En efecto, algunos elementos de la propuesta alexyana simplemente no encajan o funcionan de manera adecuada con ciertos principios universales del derecho moderno. Verbigracia, prohibición de crear jurados *ad hoc*, invasión de competencias, promulgación de penas a la medida y aplicación de leyes en perjuicio en forma retroactiva.

Se tomarán dos ejemplos estudiados por el propio Robert Alexy para evidenciar algunas contradicciones de su modelo; a saber: los juicios de Núremberg y los procesos contra los francotiradores del muro de Berlín. Desde el lado político, en ambos casos se puede apreciar el triunfo de unas potencias sobre otras: los países aliados sobre los países del Eje, los Estados Unidos de América frente a la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). ¿En verdad Robert Alexy se decantó "casualmente" por el bando de los "vencedores"?

¹²⁶ *ibidem*, 8.

Sin dejar de reprobar las monstruosidades cometidas por los regímenes nazi y ruso, no hay que perder de vista que la idea del no-positivismo inclusivo, fórmula de Radbruch e injusticia extrema vulneran ciertas máximas del derecho. Primero, el Tribunal de Núremberg fue un órgano especial (no especializado) creado para juzgar a los jerarcas nazis. Segundo, fueron creadas leyes *ad hoc* aplicadas retroactivamente en perjuicio de ellos (contravención del principio *nulla poena sine lege*). Por último, el Tribunal determinó que las normas nazis eran extremadamente injustas y, por tanto, nunca fueron derecho. Algo similar sucedió con el proceso a los francotiradores del muro de Berlín. En primer lugar, un tribunal se atribuyó competencia sobre una extensión física que no formaba parte de su territorio (República Federal de Alemania sobre República Democrática Alemana). En segundo lugar, declaró extremadamente injustas una serie de disposiciones que eran consideradas justas por otro bloque político. Es decir, de nuevo se contravino el principio de *nulla poena sine legem*.

En ambos casos se está frente a la imposición de un sistema de valores sobre otro; los valores de los vencedores sobre los vencidos. Tal parece que Robert Alexy primero adoptó una posición y luego trató de justificarla por medio de una propuesta plagada, como diría Juan Antonio García Amado, de misteriosos pobladores (no-positivismo inclusivo, pretensión de corrección, fórmula de Radbruch, injusticia extrema). Es decir, trató de justificar las actuaciones de los jueces alemanes en ambos casos. ¿Acaso será el intelectual orgánico de la judicatura alemana? ¿Será el defensor del estatus quo de los jueces constitucionales germanos?

¿Las reflexiones anteriores han sido elaboradas para denostar la propuesta de Robert Alexy? ¡De ninguna manera! Simplemente existen elementos contradictorios dentro del modelo no-positivista inclusivo que no pueden pasar inadvertidos. El análisis y crítica de los elementos constitutivos del no-positivismo inclusivo han permitido proponer una respuesta a la pregunta que ha guiado esta investigación, ¿qué camino deben seguir los estudios del no-positivismo inclusivo en el porvenir? Quizá, en años venideros, los estudiosos de este modelo epistemológico podrían explorar un sendero que podría ser etiquetado con los siguientes nombres: *no-positivismo inclusivo crítico*, *no-positivismo inclusivo corregido* o *post no-positivismo inclusivo*.

Este podría funcionar para superar los defectos de la propuesta alexyana (sentido positivo) o para contribuir en la identificación de falacias y contradicciones en el modelo del jurista de Kiel a fin de evitar la aplicación de una propuesta por inconveniente y enigmática (sentido ¿negativo?). Por una parte, los partidarios del no-positivismo inclusivo tienen un amplio campo por delante, tanto para perfeccionar las ideas del jurista de Kiel, como para desarrollar sus propios modelos con base en los postulados de Robert Alexy. Por otra parte, los detractores del no-

positivismo inclusivo podrían mostrar el camino que no deben seguir en años futuros las investigaciones en materia de teoría jurídica contemporánea y filosofía del derecho.

Probablemente la introducción de una categoría de análisis inexistente al discurso alexyano sea bastante aventurado. Quizá, para algunos, injustificado o absurdo. Empero, las reflexiones anteriores contribuyen a demostrar que el no-positivismo inclusivo es el objeto de una discusión inacabada que sigue despertando acalorados debates con excelentes argumentos a favor y en contra.

Lo que sí debe reprobarse es una visión estática del trabajo de Robert Alexy porque conduciría a una dogmática alexyana. Esta sería intrínsecamente contradictoria porque, al encontrarse en refinamiento constante, el modelo del jurista de Kiel es dinámico. En efecto, es estéril continuar defendiendo posturas anacrónicas por medio de la elaboración de monografías sobre la obra de Robert Alexy. En realidad, esta clase de trabajos no aportan nada a la discusión sobre el no-positivismo inclusivo. ¿Qué sentido tendría leer una monografía de Robert Alexy cuando es posible leer directamente al autor? Quizá esta clase de pseudo estudios podrían demostrar la falta de talento, pericia y originalidad de sus escritores. Es necesario ser aventurado al estudiar la obra de Robert Alexy. Desde la dogmática alexyana, solo haría falta traer en la billetera una imagen del jurista de Kiel, encender una veladora y santiguarse frente a su imagen cada noche antes de dormir.

4.- BIBLIOGRAFÍA

- Aharon Barack, "The Role of a Supreme Court in a Democracy and the Fight Against Terrorism", [2003], 58, 125, *University of Miami Law Review*.
- Alejandro Herrera Ibáñez & José Alfredo Torres, *Falacias*, (editorial Torres Asociados 1994).
- Alejandro Nava Tovar, *La Institucionalización de la Razón. La Filosofía del Derecho de Robert Alexy*, (Anthropos 2015).
- Alberto F. Senior, *Sociología*, (16ª ed., Porrúa 2005).
- Andreas Kley & Esther Tophinke, "Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre", [2001], *Heft 2, Juristische Arbeitsblätter*.
- Ariel L. Bendor, "The Judicial Discretion of Justice Aharon Barack", [2011], 47, 2, *Tulsa Law Review*.
- Antonio Manuel Peña Freire, "Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico", [2020], 43, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- Augusto Fernando Carrillo Salgado, "Paulson, Stanley, La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de

- Gustav Radbruch. Marcial Pons, España, 2019, 233 pp.", [2018], 48, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*.
- Bonorino Pablo R. (coord.), *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, (Bubok 2010).
- Brian Bix, "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", [2011], 56, *The American Journal of Jurisprudence*.
- Carl Schmitt, *La Tiranía de los Valores* (traducción de Sebastián Abad), (Hydra 2009).
- , *Teoría de la Constitución* (traducción de Francisco Ayala), (Alianza 1996).
- Carlos Bernal Pulido, "Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo", [2016], 9, *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*.
- , "Estructura y límites de la ponderación", [2003], 26, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- , "The Rationality of Balancing", [2006], 92, 2, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.
- Enrique Sánchez Bringas, *Derecho Constitucional*, (11ª ed., Porrúa 2007).
- George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, (Hart Publishing, 2007).
- Guido Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho. Siglos XIX y XX* (traducción de José F. Lorca Navarrete), (Pirámide 1996).
- Gustavo Le Bon, *Psicología de las multitudes* (Divulgación 1975).
- Gustav Radbruch, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)" (traducción de Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson), [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*.
- , "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) (traducción de Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson)", [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*.
- Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (traducción de Roberto J. Vernengo), (16ª ed., Porrúa 2011).
- , *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, (11ª ed., Fontamara 2018).
- , *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, (2ª ed., Fontamara & Ediciones Coyoacán 2019).
- , *¿Qué es Justicia?* (traducción de Albert Calsamiglia), (Planeta-Agostini 1993).
- , *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos* (traducción de Francisco Ayala), (ediciones Coyoacán 2010).
- , *Esencia y Valor de la Democracia*, (2ª ed., ediciones Coyoacán 2019).
- , *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, (Reclam. Universal-Bibliothek 2019).

- , *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Máynez), (3ª ed., UNAM 2014).
- , *La giustizia costituzionale*, (Giuffrè 1981).
- HLA Hart, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (traducción de Genaro R. Carrió), (Depalma 1962).
- , *El Concepto de Derecho* (traducción de Genaro R. Carrió), (Abeledo-Perrot 1998).
- Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, (traducción y notas de Adela Cortina Orts & Jesús Conill Sancho), (Tecnos 2008).
- , *Kant*, (Gredos 2010).
- Irving M. Copi & Carl Cohen, *Introducción a la lógica* (traducción de Edgar Antonio González Ruíz & Pedro Chávez Calderón), (2ª ed., Limusa 2013).
- José Antonio Sendín Mateos, *La Filosofía Moral de Hans Kelsen*, (Marcial Pons 2017).
- Joseph Raz, *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral* (traducción de Rolando Tamayo y Salmorán), (ediciones Coyoacán 2011).
- Juan Antonio García Amado, "Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas", [septiembre 2014 - febrero 2015], 7, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*.
- , "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", [1991], *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*.
- , "¿Qué es ponderar? Sobre Implicaciones y Riesgos de la Ponderación", [2016], 13, *Revista Iberoamericana de Argumentación*.
- Karl Marx, *Marx*, (Gredos 2011).
- Laurent de Briey, "La méthode transcendantale dans la morale kantienne", 58, 2, *L'enseignement philosophique*.
- Luis Recasens Siches, *Tratado General de Sociología*, (15ª ed., Porrúa 1977).
- Mario G. Losano, "La Teoría Pura del Derecho. Del Logicismo al Irracionalismo", [1985], 2, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- Matteo Bonomi, "L'etica del positivismo giuridico. Dovere e responsabilità nella Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen", [2014], 2, *Lessico di etica pubblica*.
- Matthias Klatt, "La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema", (traducción de Augusto Fernando Carrillo Salgado & Héctor Morales Zúñiga), [2020], 43, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- , "Contemporary Legal Philosophy in Germany", [2007], 93, 4, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*.

- Max Weber, *El político y el científico* (traducción de Francisco Rubio Llorente), (Alianza 1979).
- , *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva* (traducción de José Medina Echavarría et al.), (Fondo de Cultura Económica 2002).
- Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2008).
- Miguel Villoro Toranzo, *Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la Razón y el Derecho*, (2ª ed., Porrúa 1983).
- Paolo Carroza, "Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes", [2019], 67, 1, *Estudios de Deusto*.
- Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (traducción de Isabel Espejo & Manuel Atienza Rodríguez), (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2014).
- , *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, (Suhrkamp 2001).
- , *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdés), (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1993).
- , *Theorie der Grundrechte*, (Suhrkamp 1994).
- , *Teoria dos direitos fundamentais* (traducción de Afonso da Silva), (Malheiros editores 2008).
- , *El Concepto y la Validez del Derecho*, (traducción de Jorge M. Seña), (Gedisa 2004).
- , *Begriff und Geltung des Rechts*, (Verlag Karl Alber 2002).
- , *The argument from injustice. A Reply to Legal Positivism*, (traducción de Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson), (Clarendon Press-Oxford 2002).
- , *Derecho y razón práctica*, (2ª ed., Fontamara 2014).
- , "Inclusive non-positivism", [2015], 16, 2, *Joaçaba*.
- , "Legal certainty and correctness", [2015], 28, 4, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.
- , *La Doble Naturaleza del Derecho*, (Trotta 2016).
- , "On the Concept and the Nature of Law", [2008], 21, 3, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.
- , "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", [2000], 13, 2, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.
- , "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", [1988], 5, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- , "¿Derechos humanos sin metafísica?", [2007], 30, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.

- Riccardo Guastini, "Applicare principi costituzionali", [2017], 1, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*.
- , "Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione".
- Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (traducción de Marta Guastavino), (2ª ed., Ariel 1989).
- , *El Imperio de la Justicia*. (traducción de Claudia Ferrari), (Gedisa 2012).
- , *Law's empire*, (Harvard University Press 1986).
- Sara Lagi, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920)*, (Name Edizioni 2007).
- , "Hans Kelsen and The Austrian Constitutional Court (1918-1929)", [2012], 9, 16, *Revista coherencia*.
- Stanley L. Paulson, "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers", [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*.
- , *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y Tres Ensayos de Posguerra de Gustav Radbruch* (traducción e introducción crítica de Alejandro Nava Tovar), (Marcial Pons 2019).
- Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, (Gallimard 2018).
- Soraya Nour Sckell, "Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'état", [enero - abril 2015], 38, 1, *Trans/Form/Ação*.
- Tetiana Pavlova et al., "Ethics and law in Kant's views: the principle of complementarity", [2019], 35, 6, *International Journal of Ethics and Systems*.