

No-positivismo inclusivo: ¡al estrado! Un debate inconcluso
(o la Justicia impartida por el oráculo de Delfos)
Inclusive non-positivism: to the stand! An unfinished argument
(Or justice rendered by Oracle of Delphi)

Augusto Fernando Carrillo Salgado*

Sumario. I. Elementos constitutivos del no-positivismo inclusivo; II. Algunas críticas a los elementos constitutivos del no-positivismo inclusivo; III. No-positivismo inclusivo: ¡al estrado! Un debate inconcluso (o la Justicia impartida por el Oráculo de Delfos).

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo general examinar los elementos que conforman el no-positivismo inclusivo. Los métodos empleados para la elaboración de esta disertación son el deductivo, analítico y dialéctico; la principal técnica utilizada ha sido la investigación documental. En primer lugar, son explicados los elementos que conforman el no-positivismo inclusivo de Robert Alexy. En segundo término, se presentan 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 efectúa una reflexión con el propósito de indicar uno de los posibles caminos que los estudios jurídico-científicos sobre el no-positivismo inclusivo podrían seguir en el porvenir; a saber: el *no-*

* Licenciado y maestro en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: <fernando90@comunidad.unam.mx>. ORCID-ID: 0000-0001-6107-4917.

Muchas gracias, querida profesora Dra. Socorro Apreza Salgado por su generosidad. Jamás encontraré la forma de pagarle todas sus atenciones. Sin duda alguna, usted es una persona increíble. También expreso mi gratitud al señor director de la Facultad de Derecho profesor Dr. Raúl Contreras Bustamante, así como al profesor Dr. Jesús de la Fuente Rodríguez por su invaluable ayuda para publicar estas líneas. Hago extensiva mi gratitud a la profesora Dra. Ana Eloísa Heredia García y al profesor Dr. Jorge Robles Vázquez por su apoyo constante. Mil gracias, querida Adriana Carolina García Contreras por tu hermosa amistad. Por último, pero no por ello menos importante, deseo dedicar estas líneas a la memoria del profesor Dr. Rosalío López Durán. Un gran ejemplo como ser humano y filósofo del derecho. Q.E.P.D.

positivismo inclusivo crítico, no-positivismo inclusivo corregido o post no-positivismo inclusivo.

Abstract: This work has as a general aim to examine the elements that constitute inclusive non-positivism. The methods used for the development of this dissertation are deductive, analytical and dialectical; the main technique employed has been documentary research. 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 possible paths that juridical-scientific studies on the non-inclusive positivism could follow in the future; namely: *critical inclusive non-positivism, corrected inclusive non-positivism or post inclusive non-positivism.*

Palabras clave: Robert Alexy, No-positivismo inclusivo, ponderación, fórmula de Radbruch, derecho y moral.

Key words: Robert Alexy, Non-inclusive positivism, balancing, Radbruch's formula, morality and law.

I. 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 Es importante subrayar que el autor ha matizado su sistema filosófico por medio de más de cien artículos que

¹ Véase, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2ª ed., traducción de Espejo, Isabel & Atienza Rodríguez, Manuel, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 173-201.

² Véase, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Garzón Valdés, Ernesto, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 81-114.

³ Véase, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., traducción de M. Seña, Jorge, España, Gedisa, 2004, pp. 26-46.

ha publicado a lo largo del tiempo.⁴ Dada la imposibilidad para examinar la integridad de su trabajo en un par de líneas, este documento tan solo da cuenta de una fracción de él.

Por no-positivismo inclusivo se entiende la postura epistemológica desarrollada por Robert Alexy cuyos pilares son: 1) la tesis de la separación y la tesis de la conexión, 2) la pretensión de corrección, 3) la fórmula de Radbruch, 4) la distinción entre reglas y principios, así como la 5) ley de la ponderación y fórmula del peso. Se dice que el no-positivismo inclusivo es una postura epistemológica porque el autor ha sustentado otras ideas esenciales de su sistema filosófico en los elementos mencionados. Además, los pilares referidos han permitido a otros juristas⁵ proponer modelos alternativos que se encuentran estrechamente vinculados con los conceptos de Robert Alexy.

El punto de partida es la distinción entre la tesis de la separación y la tesis de la conexión.⁶ Todos los iuspositivistas defienden la tesis de la separación porque afirman que no existe una conexión necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser.⁷ Robert Alexy ha identificado como máximo representante de la tesis de la separación a Hans Kelsen quien alguna vez afirmó que “cualquier contenido podría ser derecho”.⁸ *Contrario sensu*, todos los no-positivistas sostienen la tesis de

⁴ Véase, Klatt, Matthias, “La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema”, traducción de Carrillo Salgado, Augusto Fernando & Morales Zúñiga, Héctor, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número. 43, 2020, p. 225.

⁵ Véase, Bendor, Ariel L. “The Judicial Discretion of Justice Aharon Barack”, *Tulsa Law Review*, volumen 47, número 2, 2011, pp. 465-476; Barack, Aharon, “The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism”, *University of Miami Law Review*, volumen 58, número 125, 2003, p. 136 y ss.

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

⁷ Véase, Alexy, Robert, “Inclusive non-positivism”, *Joaçaba*, volumen 16, número 2, julio-diciembre 2015, p. 284.

⁸ *ibidem*, p. 286. Además, *cfr.*, Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16ª ed., traducción de J. Vernengo, Roberto, México, Porrúa, pp. 71-82; Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del*

la conexión pues consideran que existe un vínculo necesario entre la validez de la norma y su mérito moral.⁹

Las tesis anteriores conducen a distinguir entre 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 entre ambas esferas normativas. Por otro lado, el no-positivismo exclusivo sostiene que cualquier defecto moral derriba la validez de la norma. A su vez, el no-positivismo superinclusivo afirma que ningún defecto moral invalida a las normas.¹¹ Finalmente, el no-positivismo inclusivo considera que los defectos morales erosionan la validez del derecho en unos casos y en otros no.¹²

El segundo de los elementos del no-positivismo inclusivo es la pretensión de corrección que puede entenderse como una exigencia de justicia inherente al derecho, normas y sentencias. En efecto, de acuerdo con Robert Alexy la validez y eficacia de la norma no son elementos suficientes para que un ordenamiento jurídico sea considerado como tal porque también es necesario un contenido moral mínimo inherente a él. Alexy afirma que la atención de los juristas se ha centrado sólo en la dimensión fáctica del derecho razón por la cual se ha perdido de vista su dimensión

derecho?, 11ª ed., México, Fontamara, p. 19; Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 2ª ed., México, ediciones Coyoacán, pp. 61-63; así como Kley, Andreas & Tophinke, Esther, "Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre", *Juristische Arbeitsblätter*, 2001, cuaderno 2, p. 171.

⁹ *idem*.

¹⁰ *ibidem*, pp. 284-285.

¹¹ *cf.* Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., traducción y notas de Cortinas Orts, Adela y Conill Sancho, Jesús, España, Tecnos, 2008, pp. 37-54 y 221-243; Kant, Immanuel, "Fundamentación para una metafísica de las costumbres", traducción de R. Aramayo, Roberto, en Kant, Immanuel, *Kant*, España, Gredos, Grandes pensadores, 2010, pp. 11-81; Pavlova Tetiana *et al.*, "Ethics and law in Kant's views: the principle of complementarity", *International Journal of Ethics and Systems*, volumen 35, número 4, 2019, pp. 653-662; de Briey, Laurent, "La méthode transcendante dans la morale kantienne", *L'enseignement philosophique*, año 58, número 2, pp. 27-39.

¹² Véase, Alexy, Robert, "Inclusive...cit", pp. 285-286.

ideal (corrección o justicia).¹³ Cabe destacar que la pretensión de corrección cumple con una función clasificatoria¹⁴ que permite calificar a los sistemas jurídicos, normas individuales y sentencias en legal y moralmente perfectos (justos), legal y moralmente imperfectos; así como legal y moralmente injustos.

Para demostrar la existencia de la pretensión de corrección, Alexy propone dos ejemplos sustentados en la idea de las 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 es una sentencia dictada por un juez en estos términos: “El acusado es sentenciado equivocadamente -debido a que el derecho positivo fue interpretado incorrectamente- a cadena perpetua”.¹⁶ 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 en todo momento.

El tercer elemento del no-positivismo inclusivo es la fórmula de Radbruch que en su versión abreviada prescribe lo siguiente: “La injusticia extrema no es derecho”.¹⁷ La fórmula representa una frontera entre la validez del derecho y su contenido moral. En efecto, la injusticia extrema erosiona la validez de un sistema

¹³ Véase, Alexy, Robert, “Legal certainty and correctness”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, volumen 28, número 4, diciembre 2015, p. 441 y 444; *cfr.*, Alexy, Robert, “Sobre las...*cit.*”, pp. 61-62.

¹⁴ Alexy, Robert, “Sobre las...*cit.*”, p. 62; énfasis añadido.

¹⁵ Alexy, Robert, “El no-positivismo incluyente”, en Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016, p. 77; también véase Alexy, Robert, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, volumen 21, número 3, septiembre 2008, p. 294.

¹⁶ Alexy, Robert, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, volumen 13, número 2, junio 2000, p. 140, traducción propia; también *cfr.* Alexy, Robert, “Sobre las...*cit.*”, p.65, *supra*.

¹⁷ Alexy, Robert, “Inclusive...*cit.*”, p. 285.

normativo, disposiciones y sentencias.¹⁸ La fórmula fue desarrollada por Gustav Radbruch en dos ensayos de posguerra:¹⁹ Cinco minutos de Filosofía del Derecho (1945)²⁰ y Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal (1946).²¹

Stanley L. Paulson considera que la fórmula de Radbruch está compuesta por ambos ensayos y que su unidad derivada de la consistencia lógica-argumentativa de sus ideas.²² La fórmula de Radbruch ha permitido a Robert Alexy discurrir en sentido contrario el camino recorrido por Hans Kelsen. En lugar de proponer un concepto universal de justicia;²³ la fórmula le brinda la posibilidad a Robert Alexy de identificar en forma objetiva los casos de injusticia extrema.²⁴

El cuarto elemento del no-positivismo inclusivo es la diferenciación entre reglas y principios. En ocasiones los jueces son incapaces de resolver las controversias que se les presentan por medio del silogismo jurídico o subsunción debido a la presencia de dilemas morales.²⁵ La distinción conceptual entre reglas y

¹⁸ *idem*.

¹⁹ Véase, Paulson, Stanley, "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers", *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 26, número 1, 2006, p. 18 y ss.

²⁰ Véase, Paulson, Stanley, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, traducción e introducción crítica de Nava Tovar, Alejandro, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 209-212; *cfr.*, Carrillo Salgado, Augusto Fernando, "Paulson, Stanley, La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch. Marcial Pons, España, 2019, 233 pp.", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 48, julio-diciembre 2019, pp. 321-323. También véase, Radbruch, Gustav, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)", traducción de Litschewski Paulson, Bonnie & Paulson, Stanley, *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 26, número 1, 2006, pp. 13-15.

²¹ *ibidem*, pp. 213-225. También véase, Radbruch, Gustav, "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)", traducción de Litschewski Paulson, Bonnie & Paulson, Stanley, *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 26, número 1, 2006, pp. 1-11.

²² Véase, Paulson, Stanley, "*On the Background...cit.*", p. 18; véase también Paulson, Stanley, "*La filosofía del...cit.*", p. 210 y 220.

²³ Véase, Kelsen, Hans, *¿Qué es Justicia?*, traducción de Calsamiglia, Alberto, España, Planeta-Agostini, Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, 1993, pp. 35-63.

²⁴ Véase, Alexy, Robert, "*Inclusive...cit.*", p. 289.

²⁵ Véase, Alexy, Robert, "*On the Concept...cit.*", p. 283.

principios permite a Robert Alexy proponer un sistema de herramientas cuya finalidad es precisamente dirimir racionalmente aquellos dilemas. Tanto las reglas como los principios son normas, pero con características diferentes. Mientras las reglas se aplican de la forma todo-o-nada, los principios son mandatos de optimización porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también jurídicas.²⁶

Los principios poseen una cualidad que no está presente en las reglas: tienen un peso.²⁷ Esta característica permite “inclinarse la balanza” hacia un lado o hacia el otro cuando colisionan. La propuesta de Alexy es una teoría débil de los principios porque no establece un catálogo que describa todas las relaciones de prioridad entre ellos.²⁸ Una teoría de los principios fuerte sólo sería posible si pudieran determinarse de antemano todas las relaciones posibles entre cada uno de los principios.²⁹ Debido a su peso, los conflictos entre principios (colisiones) no pueden resolverse a través de los cánones tradicionales.³⁰ El peso de los derechos fundamentales exige la existencia de dos herramientas distintas para resolver su colisión: la ley de la ponderación y la fórmula del peso. Ambas constituyen el quinto elemento del no-positivismo exclusivo alexyano.³¹

La ley de la ponderación es una 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

²⁶ Véase, Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 5, 1988, p. 141; Cfr., Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª ed., traducción de Guastavino, Marta, España, Ariel, 1989, pp. 61-145.

²⁷ Véase, Alexy, Robert, “*Derecho...cit.*”, p. 10

²⁸ Véase, Alexy, Robert, “*Sistema jurídico...cit.*”, p. 145.

²⁹ *ibidem*, p. 146.

³⁰ Véase, Alexy, Robert, “*Derecho...cit.*”, pp. 11-13.

³¹ Véase, Alexy, Robert, “*Sistema jurídico...cit.*”, p. 147; Robert, Alexy, “*Teoría de los...cit.*”, p. 81 y ss.

del otro.”³² La ley de la ponderación pretende armonizar los tres subprincipios del test de proporcionalidad empleado por el Tribunal Constitucional de Alemania.³³ Alexy propone una escala triádica para calcular el grado de insatisfacción de uno de los principios, así como la importancia de la satisfacción del contrario. Tanto el grado de insatisfacción como la importancia de satisfacción pueden calcularse en leve (*l*), media (*m*) o grave (*g*).³⁴ Así, la escala triádica muestra que la intervención en un derecho y la satisfacción del otro son fuerzas paralelas.

Por último, la fórmula del peso es una suerte de ecuación matemática cuya finalidad es mostrar de manera objetiva la correlación entre los pesos de los principios que se encuentran en pugna.³⁵ En virtud de los objetivos y alcances de este documento³⁶ basta mencionar aquí que la fórmula del peso -en su estructura más depurada-³⁷ se integra por las variables *Im, In, Pe, Fi*.

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

El modelo epistemológico del no-positivismo alexyano no se encuentra exento de contradicciones y ambigüedades. Tal y como se procedió en el apartado anterior, en esta sección se explican los principales bemoles de los cinco pilares del no-positivismo inclusivo de Robert Alexy. Actuar de esta forma, permitirá presentar

³² Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, traducción de Bernal Pulido, Carlos, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 15. Los tres elementos de la prueba (test) de proporcionalidad son idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

³³ *idem*.

³⁴ *ibidem*, p. 22; Alexy, Robert, “*Teoría de...cit.*”, p. 357

³⁵ *ibidem*, p. 30.

³⁶ Véase, Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, 2003, p.229 y ss; Alexy, Robert, “*La fórmula...cit.*”, p. 30 y ss.

³⁷ *cfr.* Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos, 2015, p. 183 y ss. En este libro el autor demuestra que la fórmula del peso ha evolucionado en la obra de Robert Alexy a través del tiempo, razón por la cual es posible identificar distintas versiones de ella.

en el último apartado una suerte de reflexión a través de la cual se busca responder la pregunta de investigación: ¿qué camino podrían seguir los estudios del no-positivismo inclusivo en años próximos?

¿Cuáles son las inconsistencias de la tesis de la separación y la tesis de la conexión, la crítica de Alexy hacia Hans Kelsen y la aplicación de la categoría de análisis denominada no-positivismo inclusivo? Alexy sostiene: “[t]odos 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.”³⁸ También identifica a Kelsen como el principal defensor de la tesis de la separación. Por si fuera poco, considera que “[Hans Kelsen] *ha argüido contra el no-positivismo* que presupone “una moral absoluta”, es decir, una moral que es válida en cualquier lugar y todo tiempo”.³⁹

La generalidad y ambigüedad de la afirmación “*todos los positivistas defienden la tesis de la separación*” da cabida a múltiples casos de excepción que la transforman en un postulado falso. Como se cabe, los siglos XIX y XX vieron el nacimiento de una multiplicidad de posturas iuspositivistas, muchas de las cuales reconocían la existencia de un vínculo entre el derecho y la moral en diferentes formas y grados.⁴⁰ Si eso no fuera cierto, ¿por qué Hans Kelsen consideró necesario desvincular metodológicamente el derecho de la moral en su *Teoría Pura del Derecho*?⁴¹

Bajo esta perspectiva, la afirmación “*todos los positivistas defienden la tesis de la separación*” de Robert Alexy aglutina en una masa amorfa un gran número de

³⁸ Véase, Alexy, Robert, “*Inclusive...cit.*”, p. 284, la traducción es propia y el énfasis fue añadido; Klatt, Matthias, “*La filosofía del...cit.*”, p. 238; Alexy, Robert, “*El no-positivismo...cit.*”, p. 73; Alexy, Robert, “*On the concept...cit.*”, p. 284 y ss.

³⁹ *ibidem*, p. 287.

⁴⁰ Véase, Fassò, Guido, *Historia de la filosofía del derecho. Siglos XIX y XX*, traducción de Lorca Navarrete, José F., España, Pirámide, 1996, pp. 133-162.

⁴¹ Véase, Kelsen, Hans, “*Teoría...cit.*”, pp. 15-16, pp. 71-82; Kley, Andreas & Tophinke, Esther, *op. cit.*, p. 170, *supra*.

propuestas teóricas de los iuspositivistas de los siglos XIX y XX. El argumento de Alexy es reduccionista porque no todos los iuspositivistas (cuando menos de Alemania) defendían (ni defienden) la tesis de la separación. En efecto, no es el mismo positivismo el que Hans Kelsen sostuvo ni el desarrollado por Carl Schmitt. Inclusive, este último autor afirmó que el armazón institucional del positivismo jurídico era debilitado por los perniciosos valores de la moral burguesa.⁴² Es decir, de acuerdo con los argumentos de Carl Schmitt, el derecho positivo alemán estaba contaminado con una serie de máximas que él no compartía porque mermaban el espíritu y fuerza del derecho germano.⁴³

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,⁴⁴ Hart⁴⁵ o Raz⁴⁶, reconozcan la existencia de una compleja interrelación entre ambas esferas normativas desde enfoques distintos al conceptual y traten, precisamente, de proponer respuestas a los problemas que entrañan esos vínculos.⁴⁷

⁴² Cfr., Schmitt, Carl, *La tiranía de los valores*, traducción de Abad, Sebastián, Argentina, Hydra, 2009, p. 91 y ss; Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Ayala, Francisco, España, Alianza editorial, 1996, pp. 58-62, 108-114, 137-148, 201-220.

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

⁴⁴ Véase, Alexy, Robert, "*Inclusive...cit.*", p. 284.

⁴⁵ Cfr., Hart, H.L.A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción de R. Carrió, Genaro, Argentina, Ediciones Depalma, 1962, pp. 1-64; Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*, traducción de R. Carrió, Genaro, Argentina, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 193-228.

⁴⁶ Cfr., Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción de Tamayo y Salmorán, Rolando, México, ediciones Coyoacán, 2011, pp. 189-205.

⁴⁷ Véase, Raz, Joseph, "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*, United Kingdom, Hart Publishing, 2007, p. 7.

Por si lo anterior fuera poco, el propio Alexy incurre en contradicciones.⁴⁸ Primero afirma que *todos* los iuspositivistas defienden la tesis de la separación.⁴⁹ Posteriormente, revira y precisa que, dentro del positivismo, existen variables que admiten vínculos contingentes entre el derecho y moral (positivismo inclusivo).⁵⁰ Ese razonamiento contraviene el principio básico de la lógica formal de no-contradicción. No es racional que *todos* los iuspositivistas sostengan la tesis de la separación, pero luego reconozca que existen casos de excepción.

La afirmación “Kelsen es el principal representante de la tesis de la separación” es cuestionada debido a su parcialidad. Si bien es cierto el jurista de Austria defiende *una* tesis de la separación, esta no corresponde con la concepción alexyana. Aunque Hans Kelsen defiende una tesis de la separación, esta solo es válida en el enfoque metodológico o conceptual de su obra⁵¹ 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 deontológico y ontológico.

En el enfoque deontológico o filosófico, Kelsen admite que el derecho puede ser examinado valorativamente. Sin embargo, 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.⁵² También existe una aproximación ontológica, fenomenológica o real. La dimensión real del derecho se compone por otros dos vértices: aquél de la creación del derecho y el de la aplicación de la norma. Por una parte, la interrelación entre el derecho y la moral

⁴⁸ Véase, Alexy, Robert, “*Inclusive...cit.*”, p. 284

⁴⁹ *idem, supra.*

⁵⁰ *idem.*

⁵¹ Véase, Kelsen, Hans, “*Teoría ...cit.*”, pp. 71-82; Bonomi, Matteo, “L’etica del positivismo giuridico. Dovere e responsabilità nella Dottrina pura del diritto di Hans Kelsen, *Lessico di etica pubblica*, número 2, 2014, p. 104-111.

⁵² Véase, Kelsen, Hans, “*Qué es...cit.*”, pp. 35-63; Véase, Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, traducción de Ayala, Francisco, México, ediciones Coyoacán, 2010, pp. 11-42; Sendín Mateos, José A., *La filosofía moral de Hans Kelsen*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 29-79.

tiene cabida durante la creación de las normas en dos sentidos: por los intereses políticos en pugna y por los valores que pretenden proteger las normas.⁵³ Por otra parte, 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.⁵⁴

La coexistencia armónica de las aproximaciones metodológica, deontológica y ontológica permiten 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. Sólo 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.

El no-positivismo inclusivo es una categoría de análisis desarrollada por Robert Alexy en su libro *El concepto y la validez del derecho* cuya primera edición data del año 1992.⁵⁵ En este libro, explica lo que considera dos posiciones antagónicas: los iuspositivistas y los no-positivistas.⁵⁶ Tras distinguir entre varias especies de ambos géneros, 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

⁵³ Véase, Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., México, ediciones Coyoacán, 2019, p. 30 y ss; Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Alemania, Reclam. Universal-Bibliothek, 2019, pp. 76-94; Lagi, Sara, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920)*, Italia, Name Edizioni, 2007, p.191-208.

⁵⁴ Véase, Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1981, p. 171-205; Carroza, Paolo, “Kelsen and Contemporary Constitutionalism: the continued presence of kelsenian themes”, *Estudios de Deusto*, volumen 67, número 1, enero - junio 2019, pp. 52-82; Lagi, Sara, “Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)”, *Revista coherencia*, volumen 9, número 16, enero - junio 2012, p. 273-288.

⁵⁵ Véase, Alexy, Robert, “*El concepto...cit.*”, p. 4, 28 y ss.

⁵⁶ *ibidem*, pp. 21-29

resumió esta posición con la fórmula: “Por ello, cualquier contenido puede ser derecho”.⁵⁷ Años más tarde, Robert Alexy agregó: “Hans Kelsen ha argüido contra el no-positivismo que presupone “una moral absoluta”, es decir, una moral que es válida en cualquier lugar y todo tiempo”.⁵⁸

El razonamiento de Alexy es falso por cuatro motivos. Primero, ni en la primera⁵⁹ ni en la segunda edición⁶⁰ de la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen⁶¹ hace ninguna referencia al no-positivismo inclusivo por una simple razón: esa categoría de análisis no existía en el tiempo en que escribió su obra. 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 máxima 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 y completarlas con razonamientos suyos.

Cuarto, es metodológicamente incorrecto evaluar razonamientos del pasado con categorías de análisis contemporáneas. Lo que Alexy está haciendo es crear una categoría de análisis en el presente (no-positivismo inclusivo) y aplicarla con efectos retroactivos. Inclusive, Alexy afirma que el debate entre iuspositivistas y no positivista ha existido desde hace más de dos mil años.⁶² Si ese debate tiene más de dos mil años, ¿por qué no precisa quiénes son los no-positivistas inclusivos de

⁵⁷ *ibidem*, p. 13.

⁵⁸ véase Alexy, Robert, “*Inclusive...cit.*”, p. 287; énfasis añadido. *cfr.* Kelsen, Hans, “*Teoría...cit.*”, p. 72-82

⁵⁹ Kelsen, Hans, “*Teoría...cit.*”, pp. 45-52.

⁶⁰ *ibidem*, pp. 72 y ss.;

⁶¹ Véase, Losano, Mario G. “La Teoría Pura del Derecho. Del logicismo al irracionalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 2, 1985, pp. 55-85.

⁶² Alexy, Robert, “*El concepto...cit.*”, p. 13.

la antigüedad, edad media e iluminismo? No existe ningún debate milenario entre iuspositivistas y no-positivistas inclusivos como afirma Alexy. Lo que sí existe, es una discusión milenaria entre iusnaturalistas y iuspositivistas.

No tendría ningún sentido examinar toda la obra de Hans Kelsen para tratar de encontrar argumentos contra una postura epistemológica (no-positivismo inclusivo) 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.

¿Qué inconvenientes entraña la pretensión de corrección? La pretensión de corrección supone los siguientes bemoles: imposibilidad para atribuir esa pretensión a los legisladores, jueces y abogados, concesión de cualidades humanas a objetos inanimados, creación de una voluntad colectiva que pretende, existencia de un juez ideal, imposibilidad de un ideal común de justicia y una función clasificatoria dudosa.

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?⁶³

¿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 en conflicto con cualquier ideal de justicia.⁶⁴

⁶³ Véase, García Amado, Juan Antonio, "Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, número 7, septiembre 2014 - febrero 2015, p. 21. Énfasis añadido.

⁶⁴ *cfr.*, Weber, Max, *El político y el científico*, 5ª ed., traducción de Rubio Llorente, Francisco España, Alianza Editorial, 1979, pp. 81-179; Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de*

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 pretensores de la corrección alexyana, ¿quién lo es?

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 permite pretender.⁶⁵ En ese sentido, el concepto de pretensión de corrección supone un retroceso para la ciencia jurídica. 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 estatales”, la “razón de Estado”, el “espíritu del pueblo”, etcétera.⁶⁶ Por supuesto, este antropomorfismo del derecho supuso un error metodológico desvelado y superado por Hans Kelsen gracias a la distinción entre los principios de causalidad e imputación.⁶⁷

Por si fuera poco, el antropomorfismo del derecho hace a un lado las fuerzas de disociación sociales para sustituirlas por una voluntad metafísica colectiva que se manifiesta en las 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

sociología comprensiva, 2ª ed., traducción de Medina Echavarría, José *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 193-204.

⁶⁵ Véase, García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁶ Véase, Senior, Alberto F., *Sociología*, 16ª ed., México, Porrúa, 2005, pp. 115-122, Recasens Siches, Luis, *Tratado general de Sociología*, 15ª ed., México, Porrúa, 1977, pp. 437-446; *cfr.* Le Bon, Gustavo, *Psicología de las multitudes*, México, Divulgación, 1975, pp. 11-26

⁶⁷ Véase. Kelsen, Hans, “*La idea...cit.*”, pp.

vínculos, paradójicamente, los separan.⁶⁸ La tesis de la pretensión de corrección y su consecuente antropomorfismo del derecho no terminan de explicar cómo los diferentes intereses de las personas desaparecen de las conciencias individuales para integrar una voluntad metafísica.⁶⁹ 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.

El antropomorfismo del derecho y la presuposición de una voluntad omnímoda son quimeras metafísicas⁷⁰ cargadas de un fuerte uso ideológico.⁷¹ La idea de una voluntad colectiva no es nueva, ha sido un concepto empleado con frecuencia a lo largo de la historia y colmado por diferentes contenidos: la voluntad de Dios, del pueblo, la ley, el Estado, etcétera. El elemento común en cada uno de los casos mencionados 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 permite justificar, en última instancia, la actuación de los jueces.

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

⁶⁸ Véase, Nour Sckell, Soraya, "Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique Kelsénienne de la personnalisation de l'état", *Trans/Form/Ação*, Marília, volumen 38, número 1, enero - abril 2015, p. 60.

⁶⁹ *ibidem*, p. 61

⁷⁰ *ibidem*, p. 72

⁷¹ *cfr.*, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3ª ed., traducción de García Máynez, Eduardo, México, UNAM, 2014, p. 220; énfasis añadido.

de elementos ideales. Al igual que Ronald Dworkin,⁷² Robert Alexy propone de manera implícita un modelo deontológico de juzgador.⁷³ 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.

La relación entre la pretensión de corrección y el juez ideal alexyano no deja de ser misteriosa. En primer lugar, porque supone la existencia de una moral absoluta que la totalidad de operadores jurídicos deberían seguir (la moral de Alexy). En segundo término, porque no explica la fuerza que constriñe a los juzgadores a seguir dicha pretensión y tampoco precisa las consecuencias en caso de incumplirla.

Robert Alexy trata de demostrar su concepto de pretensión de corrección por medio de sus dos ejemplos sustentados en las llamadas contradicciones performativas. Ambos elementos entrañan en realidad una petición de principio.⁷⁴ 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. 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. ¿Realmente las sociedades contemporáneas pueden estar de acuerdo en el significado de un concepto tan abstracto?

Para algunas feministas la pretensión de corrección del derecho consistiría en la construcción de un andamiaje jurídico que asegurara la derrota final del patriarcado.⁷⁵ Para los obreros, sería aquella cualidad jurídica que pusiera un límite

⁷² Véase, Dworkin, Ronald, *El imperio de la justiciar. De la teoría general del derecho, las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, traducción de Ferrari, Claudi España, Gedisa, 2012, p. 267 y ss.

⁷³ Véase, García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁴ *ibidem*, p. 15.

⁷⁵ *Cfr.* De Beauvoir, Simone, *Le deuxième sexe*, Italia, Gallimard, tomo II, 2018, pp. 98-110.

al poder de los patrones.⁷⁶ Finalmente, para los empleadores, se traduciría en una serie de normas que aseguraran su irrestricta concurrencia en el mercado. ¿Cómo situar a la pretensión de corrección y su ideal de justicia como un elemento central del derecho cuando es imposible ponerse de acuerdo en su contenido?

La última crítica que se hará a la pretensión de corrección versa sobre su función clasificatoria. ¿Cuántas decisiones y normas individuales deben ser injustas para que se considere que un sistema normativo no satisface la pretensión de corrección?⁷⁷ ¿Por qué elegir un porcentaje y no otro? Dejando de lado 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 es más problemática que útil. Dado que no existe un concepto universal de justicia, ¿tendría sentido analizar todos los artículos y sentencias de un ordenamiento jurídico para determinar si es “justo”? Por si fuera poco, la función clasificatoria de la pretensión de corrección exige un esfuerzo sobrehumano. En efecto, cientos de 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.

¿Cuáles son los principales inconvenientes de la fórmula de Radbruch? supone un inexistente derecho positivo extremadamente injusto, entraña la aplicación de una medida extraordinaria en tiempos de paz, una falacia de composición y posee consecuencias temporales y espaciales contraproducentes a todos los ordenamientos jurídicos modernos.

⁷⁶ Marx, Karl & Engels, Friedrich, “Manifiesto del partido comunista”, traducción de Muñoz Veiga, Jacobo, en Marx, Karl, *Marx*, España, Gredos, Grandes pensadores, pp. 595-604.

⁷⁷ véase, García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, pp. 22-23.

El presupuesto de la fórmula de Radbruch es un derecho positivo (en cualquiera versión) extremadamente injusto. Así fue empleada por primera vez contra varias determinaciones del régimen nazi. Sin embargo, ¿las disposiciones nazis eran realmente derecho positivo? Todas las tradiciones o posturas iuspositivistas comparten ciertos elementos en común: existe una nítida jerarquía normativa, las leyes son creadas a través de un proceso legislativo preestablecido, toda norma es general, abstracta e impersonal, toda disposición debe ser publicada con anterioridad, los casos de retroactividad deben ser los menos, las leyes no deben modificarse con frecuencia, etcétera.⁷⁸

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.⁷⁹ 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”.⁸⁰

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.⁸¹ El sistema normativo

⁷⁸ Véase, García Amado, Juan Antonio, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*, 1991, p. 356.

⁷⁹ *ibidem*, p. 347 y 349.

⁸⁰ Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 63.

⁸¹ *ibidem*, pp. 63-64.

nacionalsocialista era parte del “espíritu alemán” ya que no era un orden jurídico diferenciado y autónomo del *Volk*.⁸² Durante la “vigencia del derecho” nacionalsocialista, proliferó una práctica jurisprudencial que no respetaba el texto de la ley,⁸³ un derecho secreto emanado directamente del *Führer* y la aplicación retroactiva de normas sancionatorias⁸⁴ que sustituyeron los principios de *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege* por *nullum crimen sine poena*.⁸⁵

La existencia de cualquier clase de derecho positivo durante el régimen nacionalsocialista es prácticamente imposible. Fuller, citado por Juan Antonio 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”.⁸⁶ ¿Cómo aplicar los efectos de la fórmula de Radbruch a un derecho positivo inexistente?

Brian Bix ha señalado que la fórmula de Radbruch tiende a ser aplicada en momentos extraordinarios y de alta tensión política. Es decir, 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?⁸⁷ 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

⁸² *ibidem*, p. 65.

⁸³ García Amado, Juan Antonio, “Nazismo...cit.”, p. 354.

⁸⁴ *ibidem*, p. 355.

⁸⁵ Véase, Peña Freire, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 66.

⁸⁶ García Amado, Juan Antonio, “Nazismo...cit.”, p. 357.

⁸⁷ Véase, Bix, Brian, “Radbruch’s formula and conceptual analysis”, *The American Journal of Jurisprudence*, volumen 56, 2011, p. 51.

la excepcional fórmula de Radbruch en un elemento central para la impartición de justicia en tiempos de paz?

Brian Bix también destaca el uso eminentemente judicial de la fórmula de Radbruch,⁸⁸ 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-conceptual aplicable a todos los sistemas filosóficos y jurídicos.⁸⁹ El otorgar cualidades a un conjunto a partir de las características de un elemento aislado entraña 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 subraya que Robert Alexy trata de presentar la fórmula de Radbruch como un criterio novedoso que permite inaplicar ciertas normas o sentencias cuando estas son extremadamente injustas. No obstante, la propuesta del jurista de Kiel no es del todo original porque ya existían con anterioridad sistemas que admitían la inaplicación de una norma o sentencia por parte del juzgador cuando considera que estas son injustas; tal es el caso del americano.⁹⁰

Por otra parte, la aplicación de la fórmula de Radbruch ha causado acaloradas discusiones en dos sentidos: por sus consecuencias temporales y por sus alcances espaciales. Matthias Klatt explica este problema a través del proceso a los francotiradores del muro de Berlín. Como es ampliamente conocido, tras la división del territorio alemán al término de la Segunda Guerra Mundial, la República Democrática Alemana dispuso un grupo de soldados a lo largo del muro de Berlín a quienes ordenó tirar a matar cuando alguna persona tratase de cruzar sin

⁸⁸ *ibidem*, pp. 52-53.

⁸⁹ *idem*.

⁹⁰ *ibidem*, p. 53.

autorización al territorio ocupado por los aliados.⁹¹ 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); el tribunal consideró extremadamente injusta y violatoria de derechos humanos esta medida porque fueron ejecutadas varias personas por 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*? ¿de qué manera aplicar dicha fórmula sobre un territorio cuya competencia originaria no correspondía a la República Federal de Alemania?⁹² Algunas personas argumentaron también que la fórmula de Radbruch fue creada para ser aplicada en circunstancias extraordinarias en donde se cometieran injusticias extremas como las perpetradas por el régimen nacionalsocialista; en el caso de los francotiradores, al no alcanzar ese umbral de injusticia, expandía o deformaba los alcances de la fórmula.⁹³

Tal y como se mencionó en líneas superiores, bajo el argumento de la injusticia extrema, Robert Alexy trata de recorrer en sentido inverso el sendero transitado por Hans Kelsen al reconocer la imposibilidad para brindar un concepto absoluto de justicia. Sin embargo, el estudio de la idea de injusticia extrema comparte las mismas dificultades que el análisis de la idea de justicia. Alexy confunde la causa con el efecto. Las consecuencias de un acto subjetivamente valorado como extremadamente injusto 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, la muerte de otra persona, el menoscabo de

⁹¹ Véase, Klatt, Matthias, "Contemporary Legal Philosophy in Germany", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, volumen 93, número 4, 2007, pp. 534-535.

⁹² *ibidem*, p. 537.

⁹³ *ibidem*, p. 536.

un patrimonio, pero la idea de injusticia extrema no deja de ser también un juicio de valor.

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

La mayor parte de las constituciones modernas prescriben expresamente cuáles disposiciones son principios (derechos humanos o fundamentales) y cuáles no. Empero, algunos otros ordenamientos no son tan precisos al respecto.⁹⁴ El ejemplo más claro para ilustrar esta dificultad se encuentra en las llamadas constituciones difusas o no escritas como la de Reino Unido.⁹⁵ La característica principal de estas 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 de un país. En esta clase de entramados, ¿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 unánime sobre el concepto de principio.⁹⁶ Sin embargo, algunas personas consideran que los principios cuentan con las características siguientes: son normas fundamentales en el sentido que tienden a justificar una pluralidad de reglas, son formulados como normas categóricas; es decir, sin condicionante alguna y son

⁹⁴ Véase, Guastini, Riccardo, “Applicare principi costituzionali”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, número 1, 2017, p. 127; véase también Guastini, Riccardo, “Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione”, pp. 314-317.

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

⁹⁵ *cfr.* Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, 11ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 143 y ss.

⁹⁶ Guastini, Riccardo, “Applicare...cit.”, p. 127.

razones *prima facie*.⁹⁷ A pesar de lo anterior, ciertas 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 localizada en la parte dogmática de una constitución otorgara una protección más amplia que un principio. En este caso podrían los jueces decir que se trata de una excepción. Empero, el riesgo sigue latente ya que podría acontecer de nuevo 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? 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.”⁹⁸

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. ¿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, está escrita en la forma todo-o-nada. Empero, si una persona comete el delito de homicidio en legítima defensa esta puede “comportarse” como principio.

En efecto, 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

⁹⁷ *ibidem*, p. 128.

⁹⁸ Véase, Guastini, Riccardo, “*Principi costituzionali...cit.*”, p. 315; la traducción es propia.

(posibilidades fácticas) para 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.

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. En ese sentido, 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”.⁹⁹

¿Cuáles son las inconsistencias del método de la 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, no se encuentra exento de complicaciones. Los principales inconvenientes son: la operación de ponderación en sentido estricto y la concretización del resultado ponderativo.

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.¹⁰⁰ García Amado explica: “[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;

⁹⁹ Véase, Guastini, Riccardo, “*Applicare...cit.*”, p. 2; *cfr.*, García Amado, Juan Antonio, “Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy”, en Ramírez, Bonorino, *Teoría del Derecho y decisión judicial*, Madrid, Bubok, 2010, p. 288.

¹⁰⁰ Véase, García Amado, Juan Antonio, “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, No. 13, 2016, p. 3.

y si hay mucho que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa sino que valora personalmente.”¹⁰¹

De acuerdo con Carlos Bernal Pulido, se han esgrimido tres objeciones en contra del método de la ponderación: su imprecisión, inconmensurabilidad y ausencia de predictibilidad.¹⁰² 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.¹⁰³ 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.¹⁰⁴ Por último, la ponderación es irracional porque el resultado no puede ser predecible.

105

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”.¹⁰⁶

Si los principios tuvieran un peso 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

¹⁰¹ *ibidem*, pp. 3-5.

¹⁰² Véase, Bernal Pulido, Carlos, “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, volumen 92, número 2, 2006, pp. 196-197.

¹⁰³ *idem*.

¹⁰⁴ *idem*.

¹⁰⁵ *ibidem*, p. 197

¹⁰⁶ Véase, Guastini, Riccardo, “*Applicare...cit.*”, p. 6; traducción propia.

Robert Alexy porque pesar o ponderar es contrastar de manera subjetiva diversas 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.

El método de la ponderación ha sido presentado y diseminado en algunos países como una herramienta definitiva, capaz de resolver hasta la más 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.¹⁰⁷

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 paupérrima, un simple *souvenir*.

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

Dada la oscuridad conceptual de algunos elementos del no-positivismo inclusivo, pareciera ser que la justicia es impartida (tanto en la teoría como en la *praxis*) por el Oráculo de Delfos. Conceptos enigmáticos, justificaciones misteriosas, emotivismos bajo la apariencia de una supuesta racionalidad e ideología son algunos elementos distintivos de la propuesta alexyana desde un enfoque crítico.

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? La posición de

¹⁰⁷ *ibidem*, p. 8.

Alexy le permite emplear, tanto elementos del iuspositivismo, como del iusnaturalismo, cuándo y cómo lo estime conveniente. ¿Qué confianza puede producir este posicionamiento epistemológico?

Otro aspecto que no debe pasar inadvertido es el contexto en que se gesta el no-positivismo inclusivo. Robert Alexy toma como ejemplos emblemáticos de su propuesta epistemológica los juicios de Núremberg y los procesos contra los francotiradores del muro de Berlín. Tanto en un caso como en el otro, el momento histórico corresponde al 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). Sería ingenuo pensar que Robert Alexy se decantó “casualmente” por el bando de los “vencedores”.

Sin dejar de reconocer y reprobar las monstruosidades del régimen nacionalsocialista, no hay que perder de vista ciertos aspectos “antijurídicos” de la propuesta alexyana en relación con algunos principios universales del derecho. Primero, el tribunal de Núremberg era un órgano especial (no especializado), creado *ad hoc* para una situación extraordinaria. Segundo, promulgó leyes a modo y las aplicó de manera retroactiva (contravención del principio *nulla poena sine legem*). Tercero, determinó que el derecho nazi era una expresión de la injusticia extrema y, por tanto, nunca fue derecho.

Este es un caso evidente de la imposición de un sistema de valores frente a otro. Sea por la enajenación ideológica del aparato mediático nazi o por otro tipo de razón, algunos jueces y ciertos miembros de la población alemana, estaban plenamente convencidos que su derecho era verdaderamente justo porque las condiciones impuestas por los vencedores de la Primera Guerra Mundial eran extremadamente injustas.

Una situación similar ocurrió en el proceso de los francotiradores del muro de Berlín. En primer término, 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*.

Tal parece que Robert Alexy actuó en sentido contrario a cómo debe dirimirse una controversia jurídica, primero adoptó una posición y luego trató de justificarla por medio de una propuesta plagada de misteriosos conceptos (pretensión de corrección, reglas y principios, injusticia extrema, no-positivismo inclusivo). Es decir, trató de justificar las actuaciones de los jueces alemanes en ambos casos. ¿Acaso Robert Alexy 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 actuaciones del jurista de Kiel y ciertos elementos contradictorios dentro del modelo no-positivista inclusivo que no pueden pasar inadvertidos. Por si fuera poco, 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 transitar un sendero etiquetable con los siguientes nombres: *no-positivismo inclusivo crítico*, *no-positivismo inclusivo corregido* o *post no-positivismo inclusivo*.

El *no-positivismo inclusivo crítico*, *no-positivismo inclusivo corregido* o *post no-positivismo inclusivo* podría operar en dos sentidos: para superar los defectos o huecos en la propuesta de Robert Alexy (sentido positivo) y para contribuir a identificar las falacias, contradicciones e intereses políticos en el modelo del jurista de Kiel a fin de evitar la aplicación de una propuesta inconveniente por 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 una propuesta original con base en los postulados de Robert Alexy. Por otra parte, los detractores del no-positivismo inclusivo podrían mostrar el camino que las investigaciones en materia de teoría jurídica contemporánea y filosofía del derecho no deben seguir en años futuros.

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

Sin lugar a duda, lo que debe reprobarse es una visión estática del trabajo de Robert Alexy porque entonces su obra terminaría convirtiéndose en una suerte de dogmática alexyana. En efecto, sería estéril continuar defendiendo posturas anacrónicas en donde solo se hagan monografías o apologías sobre la obra del jurista de Kiel y se le venere como si fuera un santo porque esta clase de trabajos no aportan nada nuevo a la discusión.