

## DERECHO INJUSTO. FÓRMULA DE UNIVERSALIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS\*

ÓSCAR ALEXIS AGUDELO GIRALDO  
ASTRID ROCÍO GALÁN  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

---

### **Resumen**

En virtud de sus condiciones de aplicabilidad, las normas de los sistemas jurídicos pueden ser tildadas, como inválidas o no vigentes. Por otro lado, el calificativo “injusto” para las normas, los sistemas jurídicos y políticos se ha vuelto un elemento de calificación externa, pues, dada la potencial ambigüedad del término “justicia”, se evitó su uso para no incurrir en subjetivismos, debido a los principios de legalidad y seguridad jurídica. Sin embargo, la historia de los sistemas jurídicos, apegados a una cultura política y jurídica, ha demostrado la existencia de regulaciones jurídicas en extremo injustas. Con una metodología analítica, sintética y pragmática, desde el tipo de investigación que amerita la Filosofía del Derecho, se analizará la fórmula del Derecho extremadamente injusto y se examinará la forma de generalizarla a partir de la pretensión de universalidad de los derechos humanos.

**Palabras clave:** Derecho extremadamente injusto, derechos humanos, seguridad jurídica, orden jurídico global, paleopositivismo jurídico.

### **Los autores:**

Óscar Alexis Agudelo Giraldo es magíster en Filosofía del Derecho y teoría jurídica. Docente investigador adscrito al grupo de Estudios legales y sociales Phronesis, del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: oaagudelo@ucatolica.edu.co

Astrid Rocío Galán es estudiante de séptimo semestre de Derecho, de la Universidad Católica de Colombia. Perteneció al semillero Teoría jurídica, Filosofía del Derecho y argumentación jurídica, del grupo de Estudios legales y sociales Phronesis. Correo electrónico: argalan60@ucatolica.edu.co

**Recibido:** 3 de agosto de 2015; **evaluado:** 17 de septiembre de 2015; **aceptado:** 21 de septiembre de 2015.

---

\* El presente artículo de investigación se estructura como desarrollo del proyecto de investigación “Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y formas contemporáneas” del grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc) de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia.

## UNFAIR LAW. UNIVERSALIZATION FORMULA AND HUMAN RIGHTS

ÓSCAR ALEXIS AGUDELO GIRALDO

ASTRID ROCÍO GALÁN

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

---

### *Summary*

Under conditions of applicability, the rules of legal systems can be branded as invalid or valid. On the other hand, the “unfair” qualifying for standards, the legal and political systems has become an element of external rating, then, given the potential ambiguity of the term “justice”, its use was avoided to not fall into subjectivism due the principles of legality and legal certainty. However, the history of legal systems, attached to a political and legal culture, has demonstrated the existence of legal regulations on unfair end. With an analytical, synthetic, and pragmatic methodology, from the kind of research that warrants the Philosophy of Law, the extremely unfair law formula will be discussed and the way to generalize it will be examined from the claim of universality of human rights.

**Keywords:** extremely unfair law, human rights, legal security, global legal system, legal paleopositivism

### *About the author:*

Oscar Alexis Agudelo Giraldo: Master in Philosophy of Law and legal theory. Teacher-researcher assigned to legal and social studies group Phronesis, the Cisjuc Socio-Legal Research Centre, Faculty of Law at the Catholic University of Colombia. E-mail: oaagudelo@ucatolica.edu.co

Astrid Rocío Galán: seventh semester Law student at the Catholic University of Colombia. She contributes to the Legal Theory, Philosophy of Law and Legal Argument research incubator, and Legal and Social Studies group Phronesis. Email: argalan60@ucatolica.edu.co **Keywords:** extremely unjust law, human rights, legal security, global legal order, legal paleopositivism.

**Received:** August 3, 2015; **reviewed:** September 17, 2015; **accepted:** September 21, 2015;

## Introducción

El término justicia constituye el clásico ejemplo de una expresión en cuya formulación lingüística subyace un lenguaje emotivo. Al logizar el lenguaje de los enunciados normativos, la tradición del positivismo jurídico metodológico e ideológico no dejó abiertas las discusiones latentes sobre la relación Derecho justicia por vía de necesidad o por vía de posibilidad. Si se encuentra un aparente subjetivismo en la aplicación del término justicia para el lenguaje jurídico, el reto para los teóricos del Derecho fue nominar su uso por vía de objetivación, de manera que exista un concepto universal del término, equiparable en el lenguaje jurídico-normativo.

En tiempos modernos, la fórmula de universalización viene de la mano de la fórmula de los derechos humanos, basados en la técnica propuesta por Radbruch del Derecho extremadamente injusto. Se han configurado “órdenes jurídicos que responden a una concepción de justicia particular para cada contexto y situación espacio-temporal concreta como si la sociedad fuese estática, cuando es absolutamente dinámica e incluyente”.<sup>1</sup> Por tal motivo, no se puede hablar de justicia particularizada o individualizada en un contexto espacio-temporal predeterminado, sino que debe ser un concepto que se trate de forma universal y globalizada que sirva tanto para el presente como para el futuro; de lo contrario, se incurriría en concepciones de justicia incompletas y parcializadas que desencadenarían una serie de sistemas u ordenamiento jurídicos cargados de injusticias y posibilitarían vejámenes en contra de la dignidad del ser humano justificadas en el legalismo mal entendido.

La Filosofía del Derecho ha respondido a la tensión con el sistema externo de la justicia en dos modos:

- i) En virtud de una teoría del discurso, es posible predicar justicia para las normas y los sistemas jurídicos, siempre que su forma de creación y conservación no irrumpa con los derechos fundamentales de las personas y no obvie la forma clara del principio del discurso: el principio democrático.

Desde la Filosofía, la primera de las formas de abordar la justicia con respecto al Derecho origina al calificativo de Estado o derecho ilegítimo;

---

<sup>1</sup> Ludwig Bertalanffy, *Teoría general de los sistemas* (México D. F: Fondo de Cultura Económica, 1986), 6.

- ii) La justicia de las leyes en particular, con la que se pretende que cuenten con un contenido mínimo moral o justo, de acuerdo con los principios y valores predominantes en cualquier tipo de sociedad moderna. Este segundo abordaje afecta lo que se denomina “la validez de las normas jurídicas”. La preocupación filosófica por la justicia con respecto al Derecho puede ser abordada en sede de legitimidad (Habermas, Hoffe, Rawls) o en sede de validez (Radbruch, Finnis, Alexy).

La segunda forma, que denominaremos la justicia de la ley, contiene unos presupuestos filosóficos y metodológicos básicos: la tesis central del iusnaturalismo que, por vía de necesidad, pretende una inclusión de la moral en el concepto del Derecho, una fórmula de determinación del Derecho extremadamente injusto, el problema del deber de obediencia frente a normas extremadamente injustas, los conceptos de ley justa ante filosofías antiguas y contemporáneas y la afectación de la validez de las normas jurídicas por estar aisladas o injustas, por ejemplo, “el argumento de la injusticia”.<sup>2</sup> Por otro lado, al situar el debate en términos modernos, obran las tesis del positivismo jurídico incluyente, que estima la posibilidad, mas no la necesidad, de una mínima relación del Derecho con la moral, de donde puede subyacer la justicia.<sup>3</sup>

El problema de la injusticia de la ley ha dado lugar a los grandes debates de la Filosofía del Derecho, desde las teorías del Derecho natural y el Derecho Positivo. Por ejemplo, casos como el de los juicios de Núremberg,<sup>4</sup> de Los tiradores del Muro de Berlín y del delator rencoroso constituyen que obran en apoyo de las teorías expuestas para los presentes casos paradigmáticos.

Dado que el caso de los juicios de Núremberg goza de suficiente conocimiento, no sobra relatar el caso de los centinelas alemanes. Una famosa sentencia del Tribunal Constitucional alemán, denominada “Mauerschutzen”, condenó a varios soldados alemanes que, bajo la legislación de la República Democrática Federal Alemana, estaban facultados para disparar contra quienes intentaran traspasar la frontera que dividía a Alemania en dos y asesinaban de manera injusta a un sinnúmero de ciudadanos alemanes.

---

<sup>2</sup> Desde esta concepción contemporánea de las normas injustas, toda norma que traspase un umbral determinado de injusticia carece o pierde su valor jurídico. Véase también Robert Alexy, *El concepto y la validez del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 2004), 45.

<sup>3</sup> Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 78.

<sup>4</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2001), 25.

Ley de fronteras de la RDA, año 1982, parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1: El uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo que tenga la apariencia de delito según las circunstancias [...]. Parágrafo 27, apartado 5: Al hacer uso de las armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas.<sup>5</sup>

Años más tarde, el Tribunal Constitucional juzgó a aquellos centinelas alemanes y, pese a estar justificados por la ley, fueron condenados. Para la condena, el Tribunal Constitucional usó la fórmula del Derecho extremadamente injusto de Gustav Radbruch e hizo inconveniente, para los funcionarios encargados de aplicar las leyes, el uso y la aplicación de las leyes de un Estado injusto o las leyes injustas de un Estado.

Gustav Radbruch, quien fue un filósofo del Derecho de corte positivista, negaba la posibilidad de una relación entre el Derecho y la moral. Durante sus últimos años de vida, cambió su posición ante el acaecimiento del Holocausto y las leyes nazis y planteó de manera crítica dos postulados frente al positivismo jurídico:

- a) Tesis causal: la teoría del positivismo jurídico desempeña un papel en la preparación del terreno para la toma nazi del poder.
- b) Tesis de la exoneración: en virtud de la aparente vinculación de los jueces en los tribunales nazis, el positivismo jurídico puede servir para exonerarlos.<sup>6</sup>

En las dos tesis es ostensible un desapego al concepto positivista del Derecho. De acuerdo con la tesis causal y la tesis de la exoneración desde el positivismo jurídico —en donde las normas jurídicas tenían fuerza y validez y debían ser obedecidas, sin importar su contenido—, se legitima la existencia del régimen nazi. Para el positivismo jurídico, las normas del Derecho son válidas y, por lo tanto, debían ser obedecidas si emanaban de una autoridad. Con ello, Radbruch demuestra que la concepción paleopositivista del Derecho puede dar lugar a la hegemonía de regímenes jurídicos y políticos basados y consolidados en la fuerza y, por lo tanto, injustos. En este punto de vista, en sede de Filosofía con respecto al Derecho, las

---

<sup>5</sup> Óscar Pérez de la Fuente, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la Filosofía del Derecho del siglo XX”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23 (2011): 453. [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11806/caso\\_perez\\_CEFD\\_2011.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11806/caso_perez_CEFD_2011.pdf?sequence=1) (acceso agosto 25, 2014).

<sup>6</sup> Pérez de la Fuente, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín”, 458.

dos tesis de la justicia se cohesionan. Si un Estado se consolida de manera tiránica y despótica, dicho Estado sería injusto y su Derecho ilegítimo. Además, las leyes de ese Estado, como las del régimen nazi, consagraron y facultaron acciones que, a la luz de una razón práctica universal, son contrarias a la moral y, por ello, en un enfoque diferente al del positivismo jurídico fuerte, pueden ser declaradas inválidas.

Este tipo de problemáticas relativas a la existencia de leyes o Estados injustos sugieren un contenido mínimo moral en las normas jurídicas, una exigencia de justicia. La determinación moral en el contenido del Derecho es una tesis clara de la teoría del iusnaturalismo. Según Pérez de la Fuente, la versión del Derecho natural reporta dos tesis:

- 1) Tesis de la composición: la moral se compone de principios universales válidos que los seres humanos pueden conocer.<sup>7</sup>
- 2) Tesis del contenido de las normas: el carácter jurídico de las normas viene dado por su contenido moral.<sup>8</sup>

Para defender la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, el positivista Kelsen distingue dos tipos de mundos: i) el mundo de los hechos, y ii) el mundo de los valores.<sup>9</sup> Sostiene que la realidad del Derecho es descriptiva o del mundo de los hechos y no justificativa o del mundo de los valores; crea así el “positivismo metodológico”, cuya tesis central es la separación entre el Derecho y la moral, pues el mundo de la moral es el de los valores, y es ajeno al mundo del Derecho, que corresponde al mundo de los hechos.<sup>10</sup>

La justicia carece de una fórmula precisa y determinada con la cual sea posible discernir entre ley injusta, Derecho injusto y Estado injusto. Existen posiciones como la de Tomás de Aquino, en las que las leyes injustas reportan un tipo secundario de leyes, pero siguen constituyendo Derecho, como las leyes dictadas en regímenes dictatoriales.<sup>11</sup> En esta descripción subyacen algunos problemas relevantes que pueden ser condensados en una teoría de la justicia, en la que puede pensarse

---

<sup>7</sup> Jürgen Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa* (Barcelona: Península, 1985), 33.

<sup>8</sup> Pérez de la Fuente, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín”, 459.

<sup>9</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (México D. F.: Universidad Autónoma de México, 1986), 15.

<sup>10</sup> Sin embargo, es posible encontrar tesis eclécticas para las cuales el Derecho, como el caso del positivismo jurídico, es un sistema de normas, hechos y valores. Véase también Miguel Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas* (Rosario: Emblema, 2000), 43.

<sup>11</sup> John Finnis, *Aquinas Moral Political and Legal Theory* (Nueva York: Oxford University Press, 1998), 22.

en un contenido mínimo moral de las normas jurídicas (validez), en virtud de su adecuación a los principios morales predominantes en la sociedad debido a la razón práctica (legitimidad).<sup>12</sup>

¿Existe una fórmula para determinar si una ley es o no injusta? ¿La injusticia afecta la obligación de obedecer la ley?

Entre las exigencias actuales que impone la sociedad a los modelos jurídicos, se destaca la necesidad de consolidar un principio global de justicia, que permita reaccionar de forma adecuada a las situaciones de extrema injusticia que pudieran presentarse.

Con lo anterior, se puede entender que la humanidad no es más que una comunidad de justicia que pretende ofrecer un marco de soluciones para eventos controversiales, al asumir un rango moral mucho más alto, en el que participan la igualdad y la imparcialidad y se prohíbe medir con distintos estándares la justicia para las leyes y los Estados y la justicia para el ciudadano común que acude al aparato judicial en busca de una pronta, ágil y adecuada solución a su problema.

Desde ese punto de vista, bajo la categorización y fundamentación de la coerción de las normas jurídicas subyace el principio de dignidad humana, la cual opera a manera de ficción en la relación individuo-sociedad.<sup>13</sup>

## **Hacia un concepto globalizado de justicia**

La existencia de un concepto globalizado de justicia supone una base en la igualdad, cuyo objetivo es establecer un orden jurídico global democrático que, a su vez, garantice la administración de justicia dentro de los Estados y entre los mismos, a pesar de su diversidad cultural. Por tal motivo, el término justicia va más allá de toda comprensión, por cuanto se ubica en el metalenguaje y es el medio que tiene la humanidad para alcanzar otro término igual de vago y ambiguo como el de la felicidad.

---

<sup>12</sup> José Luis Serrano, *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica* (Madrid: Trotta, 1999), 17.

<sup>13</sup> Luis Recasens, "Revisión sobre el problema del Derecho injusto", *Dianoia* 12, núm. 12 (1966): 32.

La búsqueda de la justicia no es propia de una época o cultura, sino todo lo contrario, como establece Hoffe:

Por ende la justicia debe ser vista desde un punto más amplio de interculturalidad y no desde una parcialidad como se ha venido haciendo a lo largo de la historia. Y un claro ejemplo de ello se encuentra en Occidente, en donde se entiende la justicia en un sentido social, igualándola con la redistribución de bienes materiales de ricos a pobres.<sup>14</sup>

Desde este entendido, la justicia es el organismo al que le compete el mantenimiento de la ley y del Derecho; en otras palabras, la administración de justicia propiamente dicha, dado que la justicia personal se complementa con una primera justicia política encaminada a juzgar Estados. Por ejemplo, en el campo civil, hacer justicia implica garantizar los derechos; en cambio, en el campo penal, la justicia va enfocada a la resocialización del sujeto culpable, según la gravedad de la falta que haya cometido. La justicia política se encarga de que haya una justicia de los tribunales, mientras la justicia personal se encarga de los veredictos de los jueces, como es el caso del “juez chino Gong An Di, conocido por su honradez personal y su administración de justicia libre de corrupción que funcionaba”.<sup>15</sup>

Desde otra perspectiva, Rodríguez Carrión entiende a la globalización como:

El proceso de humanización de la sociedad internacional, el cual, se ha caracterizado por el establecimiento de unos nuevos sujetos que difieren de la estructura estatal, donde la persona humana, los pueblos o la humanidad en su conjunto empiezan a registrar unos niveles de subjetividad progresiva que llegan a influir en el diseño de las instituciones internacionales.<sup>16</sup>

Se abre paso a la aparición de otro principio constitucional de orden internacional y contemporáneo, llamado la dignidad intrínseca de todo ser humano, puesto que se parte de la afirmación de que cada persona es titular de derechos propios, oponibles a todos los Estados, incluido el Estado del que es nacional. La justicia prohíbe medir con distintos estándares, ante lo cual aparecen dos formulaciones:

---

<sup>14</sup> Otfried Hoffe, “La igualdad como principio de justicia: reflexiones filosóficas en tiempos de globalización” (ponencia presentada en el simposio *La igualdad, viejos y nuevos retos*, México, 26 de octubre, 2007), 4.

<sup>15</sup> Hoffe, “La igualdad como principio”, 4.

<sup>16</sup> Alejandro Rodríguez Carrión, “El nuevo Derecho Internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia” en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, coord. Juan Capella (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999), 161.

la primera habla de justicia para las leyes y los Estados y la segunda, habla de la justicia para la administración de justicia, es decir, la imparcialidad.

Gracias al concepto de globalización que viene imperando, de acuerdo con Hoffe:

Deben ser expuestos a la justicia penal los grandes y pequeños dictadores y sus numerosos aliados, bajo el entendido de una auténtica y automática imparcialidad. Por tanto, el genocidio no puede ser en algunos lugares severamente castigado y en otros tolerado.<sup>17</sup>

Bajo la concepción de la justicia de anamnesia, se postula una memoria mundial que no solo conserve los crímenes tras una selección parcial, es decir, solo una memoria mundial justa sigue el principio de igualdad, pues, ayudará a evitar actos de violencia, porque la justicia dicta exigir justicia de la misma forma en todas partes.

Kant afirma que “la justicia de la comunidad política universal, el orden universal jurídico y de paz, se justifica a partir de los principios ya conocidos por los estados particulares, principios que surgen del núcleo de la justicia, de la igualdad”.<sup>18</sup>

Un Derecho universal que ordena la justicia política en nombre de la igualdad puede establecerse en tres **ámbitos**: primero, un Derecho nacional universal, que garantice desde el interior del Estado unos principios de justicia “globalizables”, como los derechos humanos; segundo, un Derecho Internacional, que proteja derechos universales por medio de convenios estatales y, tercero, un orden jurídico mundial subordinado, complementario y federal. La justicia distributiva es el núcleo exclusivo de la justicia y la distribución se refiere al resultado en cuestión y no a las condiciones del comienzo.

## El problema del Derecho injusto

La temática y posibilidad de un Derecho justo, según Karl Larenz, nace a partir del filósofo del Derecho Rudolf Stamler, en el año de 1902. Para Stamler la expresión equivalía a un Derecho establecido que posea ciertas características particulares como la de tratarse de un Derecho positivo, cuya forma peculiar implicaba un contenido

---

<sup>17</sup> Hoffe, “La igualdad como principio”, 5.

<sup>18</sup> Immanuel Kant, *La paz perpetua* (México D. F.: Porrúa, 2004), 12, citado en Hoffe, “La igualdad como principio”, 7.

justo. Entre las peculiaridades del Derecho Positivo justo, Stamler determina una serie de principios básicos de aplicación necesaria:

- a) La paz jurídica.
- b) El principio general de respeto recíproco.
- c) El principio de igualdad y proporcionalidad.<sup>19</sup>

Uno de los focos del debate Derecho natural-Derecho Positivo, de acuerdo con una lógica conceptual, surge en la posibilidad de incluir el término “justicia” como nota esencial constitutiva del concepto de Derecho, toda vez que este último constituye una pretensión universalmente aplicable a cualquier tipo de legislación de cualquier época.

Si se parte de la idea o necesidad de un Derecho justo, la pregunta subyacente ha de ser si la atribución del término “injusto” al término “Derecho” constituye una contradicción. Para Juan Alfredo Casaubon, no se evidencia oposición en la asociación de los dos términos, pues, en virtud de posturas como el neokantismo y el positivismo jurídico, en la definición del Derecho se desvincula la justicia del Derecho mismo.<sup>20</sup>

Dado que la base de la disputa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico ha sido la definición del término Derecho, si se pensara en términos aristotélicos —el Derecho como lo justo— el término “Derecho injusto” reportaría una contradicción. No obstante, al adoptarse una definición del Derecho relativa a un conjunto normativo que goza de coerción, no aparecería contradicción y se mostraría, además, que en la historia han existido diversas normas jurídicas injustas. En línea con la lógica aristotélica de los conceptos, Casaubon encuentra que, si la norma jurídica constituye un juicio de deber ser, ha de pensarse que su género supremo constituye el sistema de la ética y la moral, sin necesidad de añadir la nota “justicia” en la definición del término “Derecho”.

Frente a la imposición de un juicio de deber ser en las normas jurídicas, no puede asumirse que sea esta la determinación de un contenido justo en las normas jurídicas, pues, en una norma jurídica injusta, también puede imponerse un juicio

---

<sup>19</sup> Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (Madrid: Civitas, 2001), 21.

<sup>20</sup> Juan Alfredo Casaubon, “El problema del Derecho injusto” en *Memorias X congreso mundial ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, coord. José Luis Curiel (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981), 24.

de deber ser, en este caso, no común a la moral o razón práctica en términos de lo bueno para una comunidad determinada.

Es de común aceptación que pueden existir normas jurídicas injustas o aisladas, mas no sistemas jurídicos que carezcan de injusticia o sistemas jurídicos por completo injustos. De esta manera, el Derecho nunca podrá surgir con el grado más alto de injusticia, dado que no pueden existir sistemas jurídicos totalmente injustos, ya que su extrema injusticia desembocaría en una desobediencia absoluta de las normas jurídicas y una ineficacia general del sistema jurídico.

## La fórmula de Radbruch

Con el advenimiento de la fórmula del Derecho extremadamente injusto, de Gustav Radbruch, renace para la Filosofía del Derecho la controversia entre la moral y el Derecho, atinente a la imposición de calificativos morales en la definición propia del Derecho. Con la presentación de la fórmula de Radbruch, subyace la idea de desobediencia a todo tipo de normatividad que se torne injusta a la luz del observador y de los participantes.<sup>21</sup>

En Radbruch, quien se ve obligado a cambiar su concepción del Derecho a partir del Holocausto nazi, la preocupación por sistemas jurídicos y leyes injustas emerge con el auge del nacionalsocialismo. Aquí, Radbruch examina la fórmula según la cual una norma jurídica es válida y añade al pliego de características el hecho de que no contenga determinaciones injustas ni posibilite actos injustos para la humanidad. En la actualidad, la fórmula de Radbruch sufre una actualización en la interpretación del jurista alemán Robert Alexy, quien hace uso de ella para defender una conexión de tipo clasificador y cualificador entre el Derecho y la moral.<sup>22</sup>

Seoane propone un análisis de la doctrina de la ley injusta en tres estadios de la humanidad:

- a) La ley injusta en el iusnaturalismo clásico.
- b) La postura contemporánea no iusnaturalista de Radbruch.

---

<sup>21</sup> José Antonio Seoane, "La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6 (2002): 762. <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2163/1/AD-6-36.pdf> (acceso agosto 13, 2015).

<sup>22</sup> Seoane, "La doctrina clásica", 766.

- c) El uso actual de fórmula de la ley injusta, en manos de Robert Alexy.<sup>23</sup>

Ahora, con Gustav Radbruch, en el año de 1946, se estatuyó una reacción ante las injusticias del régimen nacionalsocialista en Alemania. Seoane explica que la posición de Radbruch es un intento de “resolver las tensiones entre seguridad jurídica y justicia”. El ataque de Radbruch inició con los postulados del régimen nacionalsocialista:

- a) Las órdenes son órdenes.  
b) La ley es la ley.

Los dos principios del régimen nacionalsocialista no estaban sometidos a limitaciones en dicha época, porque la adopción del concepto de Derecho positivista hacía hincapié en el cumplimiento de las normas jurídicas a toda costa, sin considerar su contenido.

El punto de quiebre de las normas de un Derecho de tipo positivista frente a su posible grado de injusticia se encuentra, a juicio de Radbruch, en la figura de la seguridad jurídica con independencia de su contenido.<sup>24</sup> Señala, además, que la seguridad jurídica no es el único valor supremo para una norma de Derecho positivo, ya que también opera como valor la justicia; agrega que la seguridad jurídica apenas forma parte de la justicia y debe ser el valor más predominante.<sup>25</sup> La fórmula de Radbruch, que pondera a la justicia sobre la seguridad jurídica, se resume así:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder resolverse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder, tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable, que la ley deba ceder como “Derecho injusto” ante la injusticia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y, las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra divisoria con total precisión, donde ni siquiera se pretende la justicia donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho Positivo, ahí

---

<sup>23</sup> Seoane, “La doctrina clásica”, 766.

<sup>24</sup> Ricardo García, “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 21 (2004): 270.

<sup>25</sup> Seoane, “La doctrina clásica”, 767.

la ley no es solo “Derecho injusto”, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.<sup>26</sup>

En la fórmula de Radbruch hay varios aspectos a destacar:

- a) El contenido de las normas jurídicas.
- b) El umbral de injusticia.
- c) La naturaleza jurídica de las normas.
- d) La igualdad como núcleo de la justicia.

Respecto al contenido de las normas Radbruch parece pretender en su fórmula que, bajo el examen de validez de una norma jurídica, tiene importancia el estudio de su contenido, el cual podría constituirse como insoportable. La tradición del positivismo jurídico no apelaba a una revisión del contenido de las normas jurídicas, en tanto se suponía la existencia de un legislador racional y se eliminó la presencia de propiedades valorativas o juicios morales en el contenido interno de las normas jurídicas.<sup>27</sup> De esta manera, en el apogeo del positivismo jurídico, como aspectos centrales del contenido de las normas jurídicas figuraban un juicio de deber ser a voluntad del Legislador y una validez relativa a la elaboración de la norma en cuestión, en apego al procedimiento formal de creación de normas jurídicas.<sup>28</sup>

En la fórmula aparece, además, la determinación de lo que luego Alexy denominaría “el umbral de injusticia” para aquellas leyes insoportablemente injustas. El problema subyace en las posibilidades empíricas de determinar un contenido fijo para un umbral de injusticia, que, a su vez, requerirá una segunda determinación y graduación de los tipos de normas jurídicas justas e insoportablemente injustas; así, la fórmula queda a los pies de la determinación de los tribunales en lo relativo a la diferenciación entre casos que sobrepasen el umbral de injusticia, por tornarse insoportablemente injustos y los casos que no sobrepasan tal umbral, a pesar de ser injustos.<sup>29</sup>

Respecto a la naturaleza jurídica de las normas, debe considerarse si estas, para ser jurídicas, requieren la presencia del adjetivo “justas”. Sin embargo, es claro que las

---

<sup>26</sup> Seoane, “La doctrina clásica”, 768.

<sup>27</sup> Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica con referencia particular a la dogmática penal* (México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989), 85.

<sup>28</sup> Daniel Mendonca, *Exploraciones normativas* (México D. F.: Fontamara, 1995), 32.

<sup>29</sup> Robert Alexy, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 5 (2001): 76.

normas contrarias a la igualdad como núcleo esencial de la justicia no podrían tener el rango de norma jurídica, al estar en contra de un Derecho y principio rector de todo ordenamiento jurídico. La igualdad se reporta como la base de una teoría de la justicia, relativa a distribución equitativa de los bienes materiales dentro del marco de un Estado. Otfried Hoffe opina al respecto:

Occidente entiende la palabra justicia en el sentido de justicia social, la iguala con una redistribución de los bienes materiales de los ricos a los pobres y exige que esta redistribución ocurra no solo dentro de un Estado, sino también a nivel mundial.<sup>30</sup>

La posición del jurista Robert Alexy plantea una nueva versión, al advertir su aplicabilidad para cualquier sistema jurídico que se torne injusto. La fórmula de Alexy no parte del paradigmático suceso de los juicios de Núremberg, sino de otro famoso caso llamado Los tiradores del Muro.<sup>31</sup>

Para Alexy, la fórmula de Radbruch presenta una subdivisión: una fórmula de la intolerancia, relativa a la dicotomía entre la ley y la justicia tornándose insoportable. A su vez, la fórmula de la intolerancia se subdivide en lo que Alexy denomina “un aspecto relativo a la ponderación” y “un aspecto relativo al umbral”. La segunda parte de la subdivisión se denomina “la fórmula de la negación de un carácter jurídico para toda ley injusta”.<sup>32</sup>

Alexy destaca que la primera fase de la fórmula la tolerancia ha sido la comúnmente usada y, en cambio, la fórmula de la negación como la intención de violar la justicia ha sido poco examinada. Destaca que la primera fórmula versa sobre resultados, pero en un Derecho extremadamente injusto “deberían coincidir resultado e intención”.

## **Un punto de partida hacia un nuevo concepto de justicia normativa**

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional presentó un importante avance en cuanto a acuerdos y pactos internacionales, que permite hablar de una legalidad internacional. Asimismo, se han proferido documentos

---

<sup>30</sup> Hoffe, “La igualdad como principio”, 248.

<sup>31</sup> Seoane, “La doctrina clásica”, 772.

<sup>32</sup> Seoane, “La doctrina clásica”, 772.

de vinculación universal, cuyas esencia y naturaleza van dirigidas a la dignidad humana. Tal es el caso de la Carta Universal de los Derechos Humanos.<sup>33</sup>

La fórmula de Radbruch, por su parte, tiene dos versiones: la primera, alude a la fórmula de la intolerancia, que expresa:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser resuelto de la siguiente forma: el Derecho positivo, asegurado por la legislación y el poder, tienen prioridad incluso si su contenido es injusto y falla para beneficiar a la gente, a no ser que el conflicto entre la ley y la justicia llegue a tan intolerable grado que la ley, como “falso Derecho” debe ceder a la justicia.<sup>34</sup>

La segunda se refiere a la fórmula del repudio y establece:

[...] donde se traiciona la justicia o la igualdad en la creación de un Derecho positivo, se estará hablando de una auténtica violación a la naturaleza del Derecho, pues el Derecho no puede ser definido de otra forma que como la de un sistema o institución cuyo objetivo es servir a la justicia.<sup>35</sup>

Para el caso de Los tiradores del Muro, el Tribunal Constitucional utilizó en su argumentación la fórmula de Radbruch a la hora de proferir su *ratio decidendi*, la cual parte de la idea de que existe una contradicción insalvable entre el Derecho positivo y la justicia. De esta manera, se permite que el principio de seguridad jurídica se subrogue a la justicia material, en caso de extrema injusticia. Así como también se evidencia para el mismo caso la necesidad de fomentar un discurso argumentativo de tinte iusnaturalista, que consolide elementos de punibilidad a partir de principios jurídicos suprapositivos. Alexy advierte que la fundamentación y aplicación hecha por el Tribunal alemán no es otra cosa que la evidencia de que en tiempos del RDA existió un Derecho estatal extremadamente injusto, por lo cual es posible hablar de una inaplicabilidad de la causa justificadora por tratarse de un ordenamiento jurídico extremadamente injusto. La fórmula de intolerancia de Radbruch debe estar sujeta a una tesis cognitivista, para poder determinar lo que es extremadamente injusto. A su vez, deben existir valores morales y estos deben poder conocerse.

---

<sup>33</sup> Robert Spaemann, *Lo natural y lo racional: ensayos de Antropología* (Madrid: Rialp, 1989), 55.

<sup>34</sup> Pérez de la Fuente, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín”, 468.

<sup>35</sup> Pérez de la Fuente, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín”, 469.

En el caso del Delator rencoroso, que centra el debate Fuller-Hart, se habla de que en la Alemania nazi existió una serie de leyes de delación a todos los enemigos del régimen; algunas mujeres, por rencor, delataban a sus maridos según exigía la legislación. De ahí surge el cuestionamiento posterior, para establecer si el comportamiento de estas mujeres debía ser sancionado y con base en cuál concepción del Derecho. El Tribunal alemán decidió bajo la premisa “es contrario a la sólida conciencia y sentido de la justicia de todos los seres humanos decentes”.<sup>36</sup> El Tribunal tenía varias opciones: la primera de ellas era no castigar a las mujeres; la segunda, era una justificación de corte iusnaturalista que apelaba a la conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos o al espíritu del pueblo, que no consideraría propiamente Derecho el delito nazi de delación y, por último, la aplicación retroactiva de una legislación penal para castigar a la mujer. Esta última, según Hart, era adecuada, bajo un argumento de la honradez, puesto que Hart es un positivista incluyente y se pronuncia a favor de que la justicia forma parte de los principios de legalidad; además, conviene en sus teorías un contenido mínimo de Derecho natural, que debe existir en todo ordenamiento jurídico y tendría por objeto principal la supervivencia de la sociedad. Fuller, por su parte, habla de un dato amoral denominado Derecho, que tiene la peculiaridad de crear un deber moral de obediencia evidenciado en la metafísica de las costumbres; apunta hacia una subdivisión entre legalidad y moralidad, de la cual se desprende la autoimposición del deber, por cuanto hay un deber moral de hacer lo que se piensa que es correcto y decente, pero cuando se enfrenta con las leyes, se debe elegir entre dos deberes. En conclusión, desde la Filosofía del Derecho, se puede afirmar que el ejemplo del Delator rencoroso y Los tiradores del Muro son típicos de obediencia de una ley injusta y del papel de los jueces y del Derecho ante acciones cometidas bajo leyes injustas.

Tanto el caso de Los tiradores del Muro de Berlín como el del Delator rencoroso sirvieron para generar un cambio de paradigma que, como señala Ferrajoli: “[...] implica un tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional, por medio del cual se establece una serie de reglas que desarrollan el deber ser del Derecho positivo y paralelamente impulsan la cultura jurídica”.<sup>37</sup>

Ha de aclararse que, con la presentación de una fórmula de Derecho extremadamente injusto, la actualización de la pretensión de corrección material para los

---

<sup>36</sup> Pérez de la Fuente, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín”, 471.

<sup>37</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. Ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2009), 180.

sistemas y las normas jurídicas que sobrepasen el umbral de injusticia dan lugar a la superación de un modelo paleopositivista de validez como un simple modelo formal.<sup>38</sup> A partir de los holocaustos y hechos ocurridos en detrimento de la humanidad, propiciados por un modelo que solo examinaba la validez de la norma jurídica, emerge un nuevo modelo de validez, por el cual el contenido de las normas jurídicas es el elemento fundamental para determinar su validez. Desde luego, en el análisis del contenido de una norma jurídica, aparecerían entonces los derechos humanos como factor moral de positivización del Derecho.

Luigi Ferrajoli propone el cambio de paradigma de validez, en sentido formal, a modelo de validez, en sentido sustancial. En esa transformación, el autor esboza tres problemas latentes en el modelo formalista de validez:

- a) La crisis de la legalidad.
- b) La crisis del Estado social.
- c) La crisis del Estado nacional.

La crisis de la legalidad se presenta ante las normas jurídicas que otorgan poder a todos aquellos funcionarios titulares del poder público. Para Ferrajoli, la crisis se evidencia en una ausencia de controles que desemboca en una “fenomenología de la ilegalidad del poder”.<sup>39</sup> Dicha ausencia se clarifica en un modelo de validez formal, pues las decisiones de las autoridades encargadas del ejercicio del poder nunca fueron revisadas como en los casos esbozados en el presente escrito.

La crisis del Estado social se aprecia en su confrontación con el Estado de Derecho, en el cual se imponían únicamente limitaciones a las autoridades públicas. Con el nacimiento de este modelo de Estado, las autoridades no solo tienen limitaciones, sino también deberes de satisfacer derechos de la ciudadanía, pero el ejercicio de tales deberes no está delimitado con claridad en las normas jurídicas y da lugar a un uso discrecional del poder.

La crisis del Estado nacional, para Ferrajoli, es un problema actual que se manifiesta “en el cambio de los lugares de la soberanía”.<sup>40</sup> Con la aparición de comunidades

---

<sup>38</sup> Guillermo Portela, “La relación entre moral y Derecho en el paleopositivismo y el positivismo jurídico. Aportes para una crónica”, *Ius Humani*, núm. 4 (2014): 116.

<sup>39</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 15.

<sup>40</sup> Por soberanía se entiende el poder de autogobernarse para cada uno de los pueblos o países dueños de un territorio. Véase Edgar Bodenhermer, *Teoría del Derecho* (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1994), 79.

entre países, ya no es el Derecho de cada país el que obliga, sino que, por encima de estos, está el Derecho Internacional que vincula a cada uno de los países miembros y rompe así con la figura de los Estados nacionales.<sup>41</sup>

Desde los tres momentos de crisis del Derecho, fundado en un esquema de validez formal, Ferrajoli propone la creación de un modelo de Derecho garantista, cuya base es el cambio del tipo de validez de las normas jurídicas. Para Ferrajoli, la concepción clásica de la validez de las normas jurídicas se identifica con su existencia, sin importar cuál sea su contenido, siempre y cuando la norma jurídica haya sido creada de acuerdo con el procedimiento de formación de leyes dado por el ordenamiento jurídico. El problema consiste en que en la producción de normas jurídicas no se inmiscuyen solo normas formales o de procedimientos, sino también normas sustanciales como las de derechos fundamentales, que tienen el rol de limitar el poder de legislar.<sup>42</sup> De esta manera, los derechos fundamentales aparecen como limitantes en el ejercicio del poder y elementos de inclusión moral para los ordenamientos jurídicos. Al respecto, sostiene Ferrajoli:

Una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.<sup>43</sup>

Por otro lado, Peces Barba sostiene “los derechos fundamentales son la cristalización de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad del hombre y los valores de libertad e igualdad como cauces para alcanzarla”.<sup>44</sup>

En la reestructuración del paradigma de validez de las normas jurídicas, Ferrajoli determina dos dimensiones de legitimidad de las normas:

- a) Vigencia o existencia, relativa a la forma o elaboración de las normas jurídicas de acuerdo con las reglas que determinan el procedimiento o normas formales.
- b) Validez o constitucionalidad de las leyes, que implica su contenido y aquello que significa, según las normas sustanciales de producción de otras normas.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 16.

<sup>42</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 20.

<sup>43</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 20.

<sup>44</sup> Gregorio Peces Barba, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Madrid: Eudema, 1998), 15.

<sup>45</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 21.

## Una nueva fórmula para el Derecho moderno: la fórmula de los derechos humanos

Con la violación de derechos fundamentales en tiempos de guerra, revive para la teoría jurídica el dilema de la existencia hipotética de sistemas jurídicos injustos; así, añade los derechos fundamentales y su ubicación jerárquica como fórmula de inclusión de contenidos mínimos justos para los sistemas jurídicos, pues los derechos fundamentales y su positivización alteran los esquemas de validez anteriores al año de 1945.

Con las violaciones a derechos humanos ocurridas durante el siglo XX, nace la necesidad para el Derecho de justificar un juzgamiento para tales hechos. A partir de ese momento, resurge la tesis de un contenido moral en las normas jurídicas, porque desde el siglo XVIII el debate había sido cerrado con la propuesta del positivismo jurídico. La diferencia con la polémica posterior al siglo XX consiste en la posibilidad de la no existencia de Derecho frente a casos de injusticia extrema.<sup>46</sup>

Con el giro de pensamiento en Radbruch, relativo a la validez del Derecho, los Tribunales alemanes de posguerra apelaron a la fórmula del Derecho insoportablemente injusto y a la existencia de un Derecho supralegal, con la finalidad de tildar de inválidas las normas jurídicas vigentes durante el régimen nazi. Radbruch atribuye al positivismo jurídico el haber sido la base para la concreción de regímenes totalitarios.<sup>47</sup>

Un ejemplo del uso de la fórmula del Derecho extremadamente injusto se presentó en una sentencia del año 1994 sobre un caso conocido como el Delator rencoroso, en el que una mujer delató a su esposo por hacer manifestaciones injuriosas en contra de Hitler y causó su ejecución por parte del régimen nazi.<sup>48</sup> Con el derrocamiento del régimen, se recalificaron jurídicamente las acciones cometidas durante su vigencia, lo que dio lugar a que la mujer del caso fuera juzgada, mas ella alegó a su favor que la privación hecha a su marido fue legítima, en virtud del Derecho vigente: el Derecho nazi.<sup>49</sup> La sentencia que condenó a la delatora rencorosa, en

---

<sup>46</sup> Julián Díaz, "El Derecho supralegal frente a graves violaciones de derechos humanos", *Lecciones y ensayos*, núm. 88 (2010): 84.

<sup>47</sup> Díaz, "El Derecho supralegal", 85.

<sup>48</sup> Rafael Escudero, "Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 19 (2002): 320.

<sup>49</sup> Díaz, "El Derecho supralegal", 86.

uso de la fórmula de Radbruch, fue criticada por el profesor Hart, quien sostuvo que era preferible hacer una aplicación retroactiva del Derecho de posguerra a los casos que le antecedían que negar la validez y existencia del ordenamiento jurídico nazi y cuestionar la obediencia hacia sus leyes, sin dejar de reconocer su carácter jurídico, aunque sea injusto.<sup>50</sup>

Luego, la posición de Hart fue objeto de crítica de Lon Fuller, quien a pesar de negar la existencia de un Derecho supralegal, encontró unas condiciones mínimas morales del Derecho que son de carácter formal, sin las cuales no cabe hablar propiamente de Derecho. De esta manera, Fuller no situó a la moral como supralegal, sino que la determinó como condición mínima al lado del Derecho. Fuller designó para el Derecho una serie de características básicas para todo ordenamiento jurídico que quiera ser calificado como Derecho:

- a) Generalidad del Derecho.
- b) Promulgación de leyes.
- c) No leyes retroactivas.
- d) Claridad de las leyes.
- e) No contradicción entre las leyes.
- f) No leyes que requieran lo imposible.
- g) Constancia del derecho en el tiempo.
- h) Legalidad.<sup>51</sup>

Otro de los acontecimientos mencionados que propiciaron la aplicación de la fórmula de Derecho extremadamente injusto se presentó en el caso de Los tiradores del Muro que, en pocas palabras, se resume así:

La noche del dos de febrero de 1972, dos Mauerschutzen descubrieron a un joven que, con la intención de alcanzar el sector occidental de Berlín, estaba cruzando a nado el río Spree, que separa las dos zonas de la ciudad. Tras proferir la voz de alto y efectuar algunos disparos de advertencia que fueron desatendidos, los guardias dispararon varias ráfagas de fusil automático contra el fugitivo desde una distancia de unos 40 metros. Una de las balas alcanzó la cabeza de la víctima, que acabó muriendo ahogada en el río. Los soldados fueron relevados esa misma noche y con posterioridad fueron condecorados y

---

<sup>50</sup> Díaz, "El Derecho supralegal", 87.

<sup>51</sup> Lon Fuller, *La moral del Derecho* (México D. E.: Trillas, 1967), 57.

recompensados económicamente. Un mes más tarde se le comunicó a la viuda que su marido se había suicidado y que su cuerpo había sido incinerado. Dos décadas después, tras la caída de la RDA, ambos guardianes fueron condenados, en calidad de coautores de homicidio, a una pena de un año y diez meses de prisión, dejándose en suspensión condicional de la ejecución de la misma.<sup>52</sup>

En el trámite del proceso judicial que condujo a la condena de Los tiradores del Muro, estos alegaron a su favor la existencia de una causal de justificación, pues su Derecho vigente amparaba la realización de la acción de impedir que una persona pasara de un lado de Alemania al otro, incluso bajo el uso de las armas. Al respecto, el Tribunal Supremo Federal alemán estimó en su condena:

Una causa de justificación debe ser dejada de lado en el proceso de aplicación del Derecho cuando ella encubrió el homicidio intencional de personas que no querían nada más que atravesar desarmadas la frontera interior alemana, sin peligro para ningún bien jurídico generalmente reconocido.<sup>53</sup>

Más adelante, Bardelli propuso un análisis del grado de injusticia de los ordenamientos jurídicos y las leyes reseñadas, en virtud del grado de positivización de los derechos humanos en dichos ordenamientos y recalcó que la pretensión de corrección material de Robert Alexy presenta la suma de la moral interna de Fuller y el Derecho extremadamente injusto de Radbruch.<sup>54</sup>

## **Conjunción de la fórmula de Radbruch y la fórmula del Derecho Positivo de los derechos humanos**

Acerca del Derecho vigente en la Alemania nazi que dio lugar a los juicios de Núremberg, Bardelli relata que no existía un Derecho Positivo de los derechos fundamentales, porque con una ley del año 1933 —Ley habilitante— se había dejado sin efecto a la Constitución de Weimar y, por lo tanto, a los derechos fundamentales.<sup>55</sup> En el Derecho vigente cuando sucedió el caso de Los tiradores del Muro, ya se contaba al menos con la positivización de los derechos humanos más básicos: vida y libertad. A su vez, la Constitución de la República Democrática

---

<sup>52</sup> Pérez de la Fuente, “El caso de los tiradores del Muro de Berlín”, 455.

<sup>53</sup> Díaz, “El Derecho suprallegal”, 88.

<sup>54</sup> Díaz, “El Derecho suprallegal”, 90.

<sup>55</sup> Díaz, “El Derecho suprallegal”, 90.

Alemana declaraba como obligatorias las reglas de Derecho Internacional reconocidas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que la vida ya gozaba de una positivización.

En el fallo del Tribunal Supremo alemán sobre el caso de Los tiradores del Muro, dado el grado de positivización de los derechos humanos en el ordenamiento alemán, Bardelli muestra que el Tribunal no solo hizo uso de la fórmula de Radbruch para juzgar, sino que además juzgó los hechos cometidos por ir en contra de los “derechos humanos protegidos por el Derecho de gentes”.<sup>56</sup>

Bardelli argumenta una seria complejidad en la conjunción de una fórmula de Derecho extremadamente injusto, que es supralegal y un Derecho Positivo de los derechos humanos,<sup>57</sup> pues puede resultar redundante o dispar la presentación de ambas fórmulas y, a juicio de Alexy, solo es necesario acudir a la fórmula del Derecho Positivo internacional.<sup>58</sup> Bardelli discrepa de la posición de Alexy sobre la apelación al Derecho supralegal en vez del Derecho Positivo de los derechos humanos. Su postura se encuentra en la parte considerativa de la Sentencia de Los tiradores del Muro, en donde se reconoce un alto grado de indeterminación en la fórmula de Radbruch y halla más acertado recurrir al Derecho Positivo Internacional como sustento de su decisión.<sup>59</sup>

La indeterminación de la fórmula de Radbruch surge por el uso del término “justicia”. Además, la fórmula no responde ni diferencia la gravedad y el grado de injusticia entre el juzgamiento de los crímenes durante el Tercer Reich y los crímenes cometidos durante la vigencia de la República Democrática Alemana. Al respecto, pueden observarse posiciones que no encuentran veracidad en el uso de la fórmula de Radbruch ni en el uso del Derecho Positivo de los derechos humanos, por la evidente vaguedad dada en su formulación. No obstante, Bardelli encuentra que es superior el grado de vaguedad e indeterminación en la fórmula de Radbruch, ya que en el caso de los tratados relativos a derechos humanos, opera una serie de observaciones generales que reduce la vaguedad de su contenido y formulación.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Díaz, “El Derecho supralegal”, 91.

<sup>57</sup> Gregorio Peces Barba, *Derecho positivo de los derechos humanos* (Madrid: Debate, 1987), 82.

<sup>58</sup> Díaz, “El Derecho supralegal”, 93.

<sup>59</sup> Díaz, “El Derecho supralegal”, 93.

<sup>60</sup> Díaz, “El Derecho supralegal”, 94.

Para Bardelli, la indeterminación de la fórmula de Radbruch desemboca en una tesis metaética cognitivista, porque para Radbruch es posible justificar racionalmente un juicio valor como el término “justicia”; de tal manera, su existencia puede ser demostrada y cognoscible. Por ello: “Un escepticismo provocado o intencionado podría poner en dudas el carácter de injusticia extrema de la legislación nacional-socialista”. Sobre la posibilidad de demostración racional de los juicios de valor o “metaética cognitivista”, Bardelli ratifica la posición de Hart: así se adopte un juicio moral, la tesis de la separación entre Derecho y moral continúa vigente. Para Bardelli, la iniquidad de las normas jurídicas puede ser demostrada, pero nunca su carácter de normas jurídicas.<sup>61</sup>

Además, al igual que en las críticas hacia el Derecho Positivo como legitimador de sistemas totalitarios, para esa misma legitimación es posible hacer uso de un Derecho supralegal. Investigaciones demuestran que la ideología jurídica del nacionalsocialismo estuvo más cercana al Derecho natural desde su idea organicista de la naturaleza.<sup>62</sup> Puesto que la posición de Bardelli implica la no necesidad de acudir a un Derecho supralegal, debe entenderse que el uso de los derechos humanos positivos resulta más que necesario, en tanto para Bardelli, en la actualidad, estos Derechos tienen un contenido híbrido entre Derecho Positivo y supralegal, pues se ocupan jerárquicamente en el primer lugar de los esquemas de validez de los ordenamientos jurídicos actuales.<sup>63</sup>

La posición de Bardelli puede ser tildada de positivista, pero él mismo argumenta su posición desde la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli, para quien el positivismo jurídico alterno, que supera al positivismo jurídico tradicional, implica un positivismo crítico de la legalidad que distingue los conceptos básicos de validez y vigencia de normas jurídicas para todo ordenamiento jurídico.

## Conclusión

Los Estados sociales de Derecho deben garantizar un sometimiento de sus ordenamientos jurídicos a los derechos humanos y positivizarlos, para dar lugar a la

---

<sup>61</sup> Díaz, “El Derecho supralegal”, 95.

<sup>62</sup> Antonio García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8 (1991): 349.

<sup>63</sup> Díaz, “El Derecho supralegal”, 98.

aparición de los derechos fundamentales. Asimismo, debe garantizar la obediencia al principio democrático.

Por tanto, si el reconocimiento de los derechos humanos, que tienen una naturaleza participativa local e internacional implica el goce del estatus de ciudadano del mundo, entonces se permite la participación activa de la diversidad de sus asociados como criterio ulterior de justicia.

El fin de la justicia debe ser la protección del desarrollo autónomo de los individuos, así como su libertad, pues el Derecho protege la esfera vital de cada individuo y la de cada grupo de la comunidad política, las cuales se definen mutuamente, según reglas universales, que dan como resultado la afirmación del yo mediante el mundo de la vida.

Fechner utiliza una concepción ontológicamente estratificada de realidad, en la que el Derecho está permeado por los estratos del ser y del deber ser y participa de la objetividad del mismo ser. Esto hace que el Derecho aparezca como un orden en el que está inserto el individuo, puesto que el hombre es tal solo por medio de las dimensiones de ese orden y su libertad y dignidad consisten en conocer y reconocer esas dimensiones.

## Referencias

- Alexy, Robert. "Una defensa de la fórmula de Radbruch". *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 5 (2001): 75-96.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- Alexy, Robert. *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Bertalanffy, Ludwig. *Teoría general de los sistemas*. México D. E.: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Bodenherimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. México D. E.: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Casaubon, Juan. "El problema del Derecho injusto" en *Memorias X Congreso mundial ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, coordinado por José Luis Curiel. México D. E.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- Ciuro Caldani, Miguel. *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*. Rosario: Emblema, 2000.

- Díaz, Julián. "El Derecho supralegal frente a graves violaciones de derechos humanos". *Lecciones y ensayos*, núm. 88 (2010): 83-100.
- Escudero, Rafael. "Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller". *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 19 (2002): 309-331.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. Ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2009.
- Finnis, John. *Aquinas Moral Political and Legal Theory*. Nueva York: Oxford University Press, 1998.
- Fuller, Lon. *La moral del Derecho*. México D. F.: Trillas, 1967.
- García Amado, Antonio. "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho". *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8 (1991): 341-364.
- García, Ricardo. "Radbruch y el valor de la seguridad jurídica". *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 21 (2004): 261-286.
- Habermas, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península, 1985.
- Hoffe, Otfried. "La igualdad como principio de justicia: reflexiones filosóficas en tiempos de globalización". Ponencia presentada en el simposio *La igualdad, viejos y nuevos retos*, México, 26 de octubre, 2007.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México D. F.: Universidad Autónoma de México, 1986.
- Larenz, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.
- Mendonca, Daniel. *Exploraciones normativas*. México D. F.: Fontamara, 1995.
- Nino, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica con referencia particular a la dogmática penal*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Peces Barba, Gregorio. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1987.
- Peces Barba, Gregorio. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1998.
- Pérez de la Fuente, Óscar. "El caso de los tiradores del Muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la Filosofía del Derecho del siglo XX". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23 (2011): 453-487. [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11806/caso\\_perez\\_CEFD\\_2011.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11806/caso_perez_CEFD_2011.pdf?sequence=1) (acceso agosto 25, 2015).
- Portela, Guillermo. "La relación entre moral y Derecho en el paleopositivismo y el positivismo jurídico. Aportes para una crónica". *Ius Humani*, núm. 4 (2014): 115-156
- Recasens, Luis. "Revisión sobre el problema del Derecho injusto". *Dianoia* 12, núm. 12 (1966): 29-50.

- Rodríguez Carrión, Alejandro. "El nuevo Derecho Internacional: la cuestión de la auto-determinación y la cuestión de la injerencia" en *Transformaciones del derecho en la mundialización*, coordinado por Juan Capella, 159-182 Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Seoane, José Antonio. "La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6 (2002): 761-790. <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2163/1/AD-6-36.pdf> (acceso agosto 13, 2015).
- Serrano, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.
- Spaemann, Robert. *Lo natural y lo racional: ensayos de Antropología*. Madrid: Rialp, 1989.