



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA FÓRMULA DE RADBRUCH: EL
CONFLICTO ENTRE EL DERECHO
POSITIVO INJUSTO Y EL DEBER DE
OBEDIENCIA.

Autora: Gloria Pardo López
5º E-3 C
Filosofía del Derecho

Tutora: Vanesa Morente Parra

Madrid
Junio, 2022

*No es necesario cambiar la sustancia de los pensamientos originarios,
sino más bien sólo cambiar el acento,
sólo situar bajo la luz lo que aún estaba en la sombra.*

Gustav Radbruch
(1922)

RESUMEN

Este trabajo aborda principalmente el planteamiento de la fórmula de Gustav Radbruch, que niega el carácter jurídico de aquellas normas que sean extremadamente injustas y las diversas inclinaciones de pensamiento surgidas como consecuencia de la misma. De manera previa, se hace una contextualización de lo afirmado por diversos representantes de la doctrina iusnaturalista e iuspositivista en relación al deber de obediencia de las normas injustas. Por último, se analizan los principales casos reales en los que la fórmula ha sido aplicada, la influencia que ha tenido en la creación del Estado constitucional y se presenta la situación pandémica como paradigma contemporáneo de un supuesto de obligación de observancia de una norma de contenido controvertido.

Palabras clave: fórmula, Gustav Radbruch, iusnaturalismo, iuspositivismo, norma injusta, deber de obediencia.

ABSTRACT

This paper mainly deals with the approach of Gustav Radbruch's formula, which denies the juridical character of those rules that are extremely unjust, and the diverse thought tendencies that have arisen as a consequence of it. Previously, a contextualization of the statements built by various representatives of the iusnaturalist and iuspositivist doctrine in relation to the duty to obey unjust norms is made. Finally, the main real cases in which the formula has been applied and the influence it has had on the creation of the constitutional State are analysed and the pandemic situation is presented as a contemporary paradigm of obligation to comply situation with a rule of controversial content.

Key words: formula, Gustav Radbruch, iusnaturalism, iuspositivism, unfair rule, duty to obey.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO II. EL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO ANTE LAS NORMAS INJUSTAS Y EL DEBER DE OBEDIENCIA	7
1. PREÁMBULO SOBRE LAS NORMAS INJUSTAS Y EL DEBER DE OBEDIENCIA	7
2. EL IUSNATURALISMO	8
2.1 Obediencia de la ley injusta.....	10
2.2 Análisis contemporáneo de la posición iusnaturalista por John Finnis..	10
3. EL POSITIVISMO JURÍDICO	11
3.1 Obediencia de la ley injusta.....	14
3.2 Obligatoriedad de la ley injusta	17
3.3 Irrelevancia jurídica de las razones morales	18
CAPÍTULO III. LA FÓRMULA DE RADBRUCH	20
1. CONSTRUCCIÓN DE LA FÓRMULA	20
1.1 Estructura	20
1.2 Evolución del pensamiento de Radbruch.....	22
2. CRÍTICAS A LA FÓRMULA	24
3. ALEXY	28
3.1 Introducción	28
3.2 Observador y participante	30
3.3 Clasificación y cualificación	31
3.4 El argumento de corrección	31
3.5 El argumento de la injusticia	32
4. SEOANE.....	33
5. APLICACIÓN CASUÍSTICA.....	36
5.1 Juicios de Núremberg	36
5.2 Caso de la nacionalidad del abogado judío.....	37
5.3 Caso del patrimonio de la judía emigrante.....	38
5.4 Caso de los tiradores del muro de Berlín	39
5.5 Caso del delator rencoroso	41
6. INFLUENCIA EN LA CREACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	42
CAPÍTULO IV. LA SITUACIÓN PANDÉMICA COMO PARADIGMA ACTUAL DEL DEBER DE OBEDIENCIA DE UNA LEY DE CONTENIDO CONTROVERTIDO	44
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES	46
BIBLIOGRAFÍA	49

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Un juez, hoy mismo, si tiene dudas acerca de la legalidad de una norma y del respeto de esta a la Constitución, puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre este aspecto. Una norma, hoy mismo, puede ser considerada injusta por este Tribunal. Pero el sistema jurídico del que la misma forma parte, hoy mismo, es calificado como justo.

Esta posibilidad de encontrar normas alejadas de la justicia sumergidas en un ordenamiento que abraza esa misma justicia es el resultado de haber alcanzado la democracia –un sistema político donde lo que hace un poderoso está sujeto al control de otro poderoso-. Pero esta posibilidad de supervisión, al igual que el citado sistema, lleva poco tiempo instaurado en nuestra sociedad.

Hace menos de un siglo en el que lugares que ahora consideramos referentes en la administración de justicia fueron la cuna de incontables vulneraciones de derechos fundamentales. Tal es el caso de la Alemania bajo ocupación nazi y la República Democrática Alemana, dominada por el bando soviético. Lo acontecido durante el primero de estos dos momentos históricos marcó enormemente a Gustav Radbruch, un jurista alemán, ministro de justicia y profesor universitario de Filosofía del Derecho.

Radbruch, como persona perteneciente al ámbito del Derecho, solía bucear con regularidad por el ordenamiento jurídico que poseía su país en aquella época. La diferencia principal con la situación que vivimos ahora y la que sufrió Radbruch es que lo usual era toparse con normas injustas -y no aisladas-, que conformaban un sistema que abandonaba la justicia.

Como positivista –aunque solo en sus inicios- Radbruch se negó a retirarle la consideración jurídica a gran parte del cuerpo normativo, a pesar de calificarlo injusto, y decidió otorgarle este castigo únicamente a aquellas normas en las que la injusticia proyectada fuese extrema e intolerable. Así, de este planteamiento, surgió su conocida fórmula.

La fórmula de Radbruch, una vez enunciada y conocida, ha sido objeto de críticas por parte de representantes tanto de la corriente iuspositivista -como Hart-, como de la

iusnaturalista, -Fuller y Dreier- y, con el fin de superarlas, Alexy dedicó parte de su vida a defender la fórmula y a hacer una nueva versión de la misma.

Aunque la formulación original y las causas que provocaron su nacimiento son hechos del pasado, es altamente importante volver la vista atrás para poder apreciar la evolución y mejora que ha experimentado lo que a día de hoy llamamos ordenamiento jurídico.

Gracias a este progreso contamos actualmente con herramientas para, en virtud de nuestras obligaciones morales, evitar someternos a ciertos deberes jurídicos que disten de nuestro buen parecer y consideremos injustos. Tales maniobras de evasión son, entre otras, la posibilidad de alegar la objeción de conciencia para que un médico no se vea obligado a realizar un aborto o practicar la eutanasia. Precisamente, es en el impacto que vemos que tiene en la actualidad el pensamiento impulsado por Radbruch donde podemos encontrar la necesidad de realizar la investigación que sigue.

El punto en el que el propio conjunto normativo le da prevalencia a los deberes morales sobre los jurídicos supone la llegada a una meta después de un largo camino cuyo punto de salida fue la fórmula de Radbruch. Así, este trabajo supone viajar en el espacio y en el tiempo para volver a la línea de partida y, desde la Alemania de 1946, comenzar el sendero que un día la propia fórmula recorrió.

La travesía previa hasta llegar a Radbruch está conformada por una contextualización la doctrina generada por las corrientes iusnaturalista y positivista en relación al deber de cumplimiento de las normas injustas y en ella encontramos el primer objetivo del trabajo. El segundo objetivo consiste en adentrarse en el pensamiento de Radbruch y en las tendencias derivadas, bien a su favor, bien en contra. Este mismo supone la parte principal del estudio realizado. El tercer y último objetivo significa ir más allá de la línea de meta ya alcanzada y mostrar la posible aplicación actual de esta fórmula, que cuenta con setenta y seis años.

La estructura del trabajo sigue la misma línea lógica que los tres objetivos anteriores, de tal manera que encontramos un capítulo destinado a cada uno de los mismos y, de manera adicional, un capítulo introductorio y otro de cierre con conclusiones.

CAPÍTULO II. EL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO ANTE LAS NORMAS INJUSTAS Y EL DEBER DE OBEDIENCIA

El segundo Capítulo del presente trabajo de investigación está destinado a la construcción conceptual de las normas injustas y al posicionamiento ante las mismas de la corrientes iusnaturalista e iuspositivista.

Los diferentes posibles posturas dentro del marco de ambos movimientos conforman las cuatro tesis siguientes (Carrillo, 2020):

- 1) La ley injusta no es derecho
- 2) La ley injusta es derecho
- 3) La ley injusta es ley, pero la ley extremadamente injusta no es derecho
- 4) La ley extremadamente injusta es derecho, pero no aplicable por motivos prudenciales o morales

1. PREÁMBULO SOBRE LAS NORMAS INJUSTAS Y EL DEBER DE OBEDIENCIA

La Real Academia Española (s.f.) define en su *Diccionario* la palabra justicia como aquel “principio moral que lleva a determinar que todos deben vivir honestamente”. La segunda acepción que podemos encontrar iguala la justicia a los términos de “derecho, razón, equidad”. Así, acudiendo a ambas explicaciones, podemos delimitar el concepto de **norma injusta** como aquella que se aleja del derecho, la razón y la equidad, así como de la búsqueda de un modo de vida honesta para todos los individuos.

Se ha omitido de manera intencionada, a la hora de procurar el concepto, la mención que se hace en relación a la moral. Esto es porque la inclusión de la misma en la consideración de la justicia supone ya la adopción de una postura no neutral y claramente subjetiva pues, tal y como podrá observarse a lo largo de este Capítulo, no todas las corrientes de pensamiento admiten la moral como uno de los componentes configuradores de la justicia.

Esta discrepancia en la delimitación de un concepto tan importante –y a la vez abstracto- como es el de justicia se debe a que la visión que se tiene de la misma está condicionada por un marcado componente ideológico. Por ello, dependiendo del ideario

que se tenga, la justicia se materializará de una forma diferente y tendrá una relación más o menos estrecha con la moral –tal y como ocurre en la doctrina iusnaturalista y en la propia del positivismo jurídico-.

Para la enunciación del **deber de obediencia** también debemos tener en cuenta el carácter ideológico pues, tal y como afirma Fernández (2014), la obediencia al Derecho está altamente vinculada con la obligación política. También añade que los dos tipos anteriores de obligación –jurídica y política- están interrelacionados con una tercera tipología: la obligación moral.

Identificamos el término obedecer con cumplir con la voluntad de quien manda (Real Academia Española, s.f.), que será la ideología para el caso de la obligación política, la norma o la ley para la obligación jurídica y la moral para la obligación homónima.

A pesar de que los tres arquetipos de obligaciones sean conexos entre sí, estos pueden concretarse de manera autónoma e, incluso, llegar a enfrentarse (Fernández, 2014). Como ejemplo de relaciones de confrontación entre las obligaciones podemos encontrar al representado por el juez que, a pesar de que su obligación moral le haga posicionarse en contra de una norma jurídica concreta, tiene la obligación jurídica de aplicarla. Del mismo modo, nos sirve de paradigma aquella persona objetora de conciencia que, teniendo una obligación jurídica –como podría ser la práctica del aborto o de la eutanasia-, le da prioridad a su obligación moral y se niega a cumplir con la de carácter jurídico.

En la parte restante del trabajo, se tratará en múltiples ocasiones y desde diferentes perspectivas doctrinales el posible conflicto entre el deber de obediencia jurídica y el deber de obediencia de naturaleza moral, así como las resoluciones ante dichos enfrentamientos.

2. EL IUSNATURALISMO

De acuerdo con lo establecido por Seoane (2002), catedrático de Filosofía del Derecho, la tradición iusnaturalista ha formulado dos planteamientos en relación a las normas injustas. Ambos reflejan la necesidad de una conexión conceptual entre el derecho –entendido como el ordenamiento jurídico positivo- y la moral, de tal manera que, si no existe dicha unión, se entiende el derecho como injusto y no válido (Carrillo, 2020).

Así, encontramos en el iusnaturalismo la primera tesis previamente enunciada –la propia de consideración de la ley injusta como no derecho-. Según Carrillo (2020), la norma calificada de injusta es vista como inexistente, no vigente o, incluso, no perteneciente al ordenamiento jurídico o de imposible aplicación y obediencia.

El origen del primero de los planteamientos se lo debemos a autores clásicos como Platón y Cicerón, y a otros autores medievales como San Agustín. Todos establecen una equivalencia entre la ley y la justicia, tal y como se puede abstraer de la siguiente afirmación de Platón en su Libro IV de *Las Leyes*:

Que las leyes, que sólo tienen por objeto el provecho de algunos, son propias de las facciones y no de los gobiernos; y que lo que en este caso se llama justicia no es más que una vana palabra (1872, p. 69).

La misma idea es mantenida por Cicerón en su obra *Sobre la república; Sobre las Leyes*:

Aquéllos que hayan prescrito disposiciones perniciosas e injustas a los pueblos, habiendo obrado en contra de lo que han prometido o declarado solemnemente, hicieron cualquier cosa, pero no leyes (1986, p. 147).

Y aún con mayor contundencia y sintetismo lo expone San Agustín en *El libre albedrío* al expresar que “a mí me parece que no es ley la que es injusta” (1982, p. 316).

La última de las tres aserciones anteriores, atribuida a San Agustín, será la que ostente una mayor notoriedad y con la que se identifique a la corriente iusnaturalista.

La segunda formulación detectada por Seoane se le atribuye a Santo Tomás de Aquino, considerado el máximo representante de la filosofía escolástica medieval (Beuchot, 2004). Santo Tomás (2001) determina que si existe disparidad entre la ley natural y la ley positiva humana, entonces la segunda, *non est lex sed legis corruptio* (no es ley, sino corrupción de la ley). De esta manera, la ley injusta no recibirá la calificación de una ley plena y en sentido propio –*simpliciter*-. Su consideración, por tanto, será la de una ley derivada e imperfecta –*secundum quid*-.

En esta misma obra, la *Suma teológica*, el autor establece un paralelismo entre la ley injusta y la ley del tirano. Para Santo Tomás (2001), la ley tiránica tampoco puede ser concebida como ley al confrontar con la razón. Así, la calificación más apropiada para la norma emanada del tirano es la de perversión de ley.

2.1 Obediencia de la ley injusta

Las distintas apreciaciones de una ley -bien como justa, bien como corrupción de la misma o bien como una perversión- tienen una consecuencia práctica para quienes están exigidos a atenderla (Santo Tomás, 2001). La clasificación de la norma en un tipo u otro supone un grado diferente de deber de obediencia a la misma.

La relación entre la tipología establecida y el requerimiento de observancia se construye con la siguiente lógica: existe una correspondencia directa entre el nivel de justicia en el contenido de la ley y el grado de obediencia, de tal manera que a mayor clasificación como justa, mayor obligación de obediencia hay para con esa ley en concreto.

Como consecuencia de lo anterior, únicamente la ley justa –la *simpliciter*- tiene fuerza obligatoria. Las leyes injustas, por el contrario, no suponen una obligación moral para el individuo. Santo Tomás (2001) establece una excepción a esto último, determinando que sí habrá deber de observancia de la ley injusta en los supuestos en los que la desobediencia suponga un escándalo o desorden.

Esto se debe a que en ningún caso el dominico le ha retirado la relevancia jurídica por completo a las leyes no justas, de tal manera que pueden seguir generando efectos. La misma línea lógica es seguida en relación a las leyes tiránicas, siempre y cuando hayan sido dictadas –aunque por una autoridad no legítima- con el fin de alcanzar el bien común (Seoane, 2002).

2.2 Análisis contemporáneo de la posición iusnaturalista por John Finnis

El filósofo australiano justifica que la tradición iusnaturalista reconozca la validez jurídica de las leyes injustas en que estas mismas son utilizadas por parte de los tribunales como orientaciones para llevar a cabo su decisión judicial (Finnis, 2000). Así, aunque Tomás de Aquino califique como imperfecta y *secundum quid* la ley injusta, dicha visión de la misma no hace que pierda la validez jurídica.

No existe justificación por parte de Finnis (2000), sin embargo, en relación al deber de obediencia de las leyes injustas mantenido por Santo Tomás. Para el primer autor no hay obligación moral alguna de observancia a las normas clasificadas como tales. Este considera que concurre una pérdida de autoridad moral en la mismas y, como consecuencia, los individuos tienen total libertad para dejarlas de lado.

Puntualiza, adicionalmente, que aunque no se infiera ningún compromiso moral de la ley injusta *per se*, sí que podrá derivarse alguno de lo que califica como una fuente colateral, esta es, cuando la desobediencia de ley pueda acarrear consecuencias negativas para el bien común. La obligatoriedad moral, por tanto, procede de este origen colateral y no de la propia ley, de tal manera que no puede decirse que existe un deber de tal tipo para con la norma injusta.

El grado de cumplimiento de la ley no justa será el necesario para no poner en peligro la convivencia conjunta y podrá variar en función del papel desempeñado por el individuo en la sociedad (Finnis, 2000). En relación con esta circunstancia última, el autor diferencia los casos límite personificados por los jueces y funcionarios. El grado de cumplimiento requerido en estos supuestos puede llegar a ser el mismo que si la ley fuese justa. El individuo que no ostente estas características, como puede ser un ciudadano, tendrá una “obligación disminuida, colateral, y, en un sentido importante de la expresión, extra-jurídica, de obedecerla” (Finnis, 2000, p. 392).

Finalmente, afirma que el gobernante no tiene derecho a ser obedecido, pero sí ostenta la autoridad de dar orientaciones y de crear leyes que sí puedan someter moralmente a sus receptores, entre los cuáles se encuentra él mismo. Dicha autoridad está estrechamente vinculada con el bien común, lo que supone que un uso de la autoridad contrario a dicho fin signifique la pérdida de la misma y, por ende, de la obligación moral.

3. EL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico difiere del iusnaturalismo en la disociación entre los conceptos del derecho y la moral, de tal manera que se identifica al derecho sin atender a su contenido material (De Domingo, 2022). Dicha desvinculación recibe la denominación

de tesis de la separación, cuya presencia es requerida incondicionalmente por autores como Bobbio (1993) para realizar un tratamiento científico del derecho.

Este planteamiento del positivismo, al desatender el contenido de las normas, permite la existencia de leyes injustas. Lo que realmente interesa desde el punto de vista positivista es el “cumplimiento de los requisitos formales y procedimientos puestos en el sistema y socialmente reconocidos como tales a partir de la vigencia general de dicho sistema” (García, 2012, p.168).

Todo lo anterior, de contenido tradicional iuspositivista, coincide con la segunda tesis enunciada al principio, la cual sostiene que la ley injusta sí es derecho. Así, puede existir un “derecho válido en una comunidad política sin que el juicio sobre su mayor o menor justicia comprometa su juridicidad” (De Domingo, 2022, p.73).

Según Carillo (2020), dicha tesis se ha materializado tomando tres formas posibles: el argumento analítico, el normativo y el empírico. El primer de ellos determina que no se da vínculo alguno entre el concepto del derecho y el de la moral. De esta manera, la definición del derecho se construye sin considerar matices de naturaleza moral (Coleman, 1982).

Teniendo en cuenta lo anterior, Alexy (1997) añade que existe la posibilidad de crear un derecho cuyo contenido no observe las exigencias de la justicia y que, en el supuesto en el que en dicho contenido pudiesen ser encontrados elementos morales, este se debería a un hecho meramente contingente y no por necesidad.

En segundo lugar, el argumento normativo -también explicado en palabras de Alexy (1997)- instituye como requisito indispensable para alcanzar cierta claridad lógico-conceptual y seguridad jurídica ignorar los elementos morales a la hora de conceptualizar el derecho.

Como consecuencia, Alexy (1997) manifiesta que conseguir estos dos fenómenos –la claridad lógico-conceptual y la seguridad jurídica- constituye una buena razón para definir el derecho con esta metodología. Este argumento es el sostenido propiamente por el positivismo ideológico y, con posterioridad, por el de naturaleza prescriptivista (Carrillo, 2020).

El argumento empírico, por último, determina que si bien el derecho y la moral son fenómenos prácticos dispares, estos pueden encontrarse unidos de manera circunstancial en la vida común de una sociedad (Carrillo, 2020). La mayor parte de los positivistas admiten que en comunidad existe esta interacción entre el derecho y la moral, incluso una predominancia de lo moral sobre el derecho, lo cual explica que haya ocasiones en las que el ordenamiento jurídico ha prohibido lo que la moral consideraba necesario y ha convertido en obligatorio lo que esta consideraba como tal (Hart, 1980).

El principal representante de la tercera tesis es el jurista alemán Radbruch, quien en su obra *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (1962) alegó que la norma extremadamente injusta no es derecho. Tanto Radbruch como los demás positivistas que defienden esta postura, conciben una definición del derecho en la que se da una conexión con los principios de moralidad política y social, en tanto que así lo requieren los Estados constitucionales y democráticos (Carrillo, 2020).

Dichos principios emanan de distintas fuentes como son los tratados y convenios de derechos humanos y los catálogos de valores, libertades, derechos fundamentales y participación política. Todos ellos tienen la misma fuerza vinculante que la ley positiva, de tal manera que deben ser observados por el legislador ni por quien ostenta el poder político y entendidos como el límite a la injusticia aceptada.

De esta manera, y siguiendo con la lógica establecida anteriormente, se acepta el derecho injusto –dentro de los límites de los principios de moralidad política y social- y se considera como vigente y aplicable, pero aquel injusto que rebasa la barrera se entenderá como extremo injusto y carecerá de la calificación de derecho *per se*. Atendiendo a Carrillo, “en este caso la conexidad se produce porque el derecho incluye a la moral y se produce una juridificación o positivización de la moral” (2020, p. 153).

La cuarta y última tesis se encuentra enmarcada dentro del pensamiento positivista incluyente, que presenta a Hart y a Peces Barba como algunos de los artífices de la misma (De Domingo, 2022). La definición de derecho mantenida por los pensadores de esta corriente, de conformidad con Carrillo (2020), sigue estableciendo la separación tradicional entre el derecho positivo y la moral, pero añade la posibilidad de que el ordenamiento jurídico contemple elementos morales con el objetivo de ser usados por los jueces y juristas para el análisis del contenido del derecho.

Al atender al contenido material del derecho, se puede distinguir entre uno de naturaleza justa y otro de naturaleza injusta desde el punto de vista moral, pero ambos seguirán conservando el concepto de derecho. Lo mismo ocurre en el supuesto en el que el derecho sobrepasa el límite de lo tolerable, en cuyo caso se entiende que persiste su vigencia pero deviene inaplicable por razones morales o prudenciales (Carrillo, 2020).

Una vez dibujado el dispar panorama que compone la vertiente positivista jurídica, se puede afirmar –siguiendo con lo alegado por Nino- que “no todos los positivistas son escépticos en materia ética” (1994, p. 19), tal y como representan las posiciones de Hart, Radbruch y Peces Barba.

3.1 Obediencia de la ley injusta

Tal y como expone Delgado (1996), es perfectamente posible observar la presencia de unos deberes morales -bien de obediencia, bien de desobediencia- en los participantes externos del sistema jurídico que rige una comunidad política concreta. Sigue afirmando el profesor que esta involucración en el ordenamiento, de carácter superficial, no pone en peligro la tradicional tesis de la separación.

Añade De Domingo (2022), sin embargo, que no podrá hacerse la misma afirmación en relación a los supuestos en los que la involucración en el sistema jurídico sea significativa y este requiera de los individuos un comportamiento determinado, como es el caso de los jueces.

Para abordar esta problemática, Hart elabora la denominada regla de reconocimiento en su obra *El Concepto de Derecho* (1961), que sirve como guía a usar por la sociedad política para identificar aquellas normas válidas que conforman su propio sistema. La regla de reconocimiento supone equiparar el derecho empírico con el derecho válido, de tal manera que la aceptación y puesta en práctica de una norma implica la pertenencia de la misma a un determinado ordenamiento jurídico.

Esta regla se identifica “como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. [Esto es,] su existencia es una cuestión de hecho” (Hart, 1961, p. 137). Se trata, así, de lo que De Domingo (2022) califica como un hecho social verificable y de lo que Ramos (1989) entiende como la evolución necesaria y mejorada de la

Grundnorm de Kelsen que deja de lado los errores clásicos en los que incurre la doctrina keynesiana.

Páramo (1984) matiza que:

No se trata de una norma jurídica en sentido estricto, ni de una mera convención, uso o costumbre. El concepto de regla de Reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica, ya que, si bien por un lado proporciona criterios para la identificación de otras reglas -y en este sentido, podría ser calificada como Derecho- por otro lado, cuando hablamos de su existencia, formulamos en verdad un enunciado externo efectivo que se refiere a la forma en que son identificadas las normas de un sistema (p. 248-249).

Orrego (1997), sin embargo, critica con contundencia la norma emanada por Hart. Para el primero, la teoría de Hart sobre la regla del reconocimiento no puede darse si se utiliza la moral como criterio justificante para determinar la obediencia o la desobediencia.

El escéptico autor continúa con la base lógica previamente cimentada por Delgado y De Domingo al exceptuar que la tesis de Hart sí sería aplicable para los ciudadanos –cuya participación en el sistema es superficial-, de tal manera que este segmento de la sociedad sí podría basar su obediencia o desobediencia en las valoraciones morales que de sí mismo emanen (1997). No admite la exención si el grupo sobre el que recae la decisión de acatar o no una norma está compuesto por jueces.

El fallo de Hart, según Orrego, se encuentra en que “si los jueces constataran que X es derecho «válido» y luego dieran no-X como solución definitiva, sólo podríamos decir que el criterio último de reconocimiento aceptado en ese sistema no reconoce X como «válido»” (1997, p. 237). De lo anterior se infiere, por tanto, que Orrego observa en la teoría de Hart una dotación de mayor importancia al hecho fáctico -característico de la norma de reconocimiento- que al hecho volitivo –conformado por el pensamiento de los jueces que reconocen como válido el derecho que no aplican-.

Como colofón del pensamiento de Orrego en relación a Hart, podemos encontrar la comparación que establece entre la regla de reconocimiento de este último y el posicionamiento de Radbruch:

No hay diferencia entre decir que los jueces deben someter las reglas a un examen moral, no importa cuán «válidas» sean según algún criterio distinto de su propia práctica judicial (...) y decir que «todo abogado y juez debería denunciar las leyes que transgredieran los principios fundamentales no como meramente inmorales o erróneas, sino como no revestidas de carácter jurídico (...)» (1997, p. 238).

De Domingo (2022) advierte del peligro que supondría para la validez jurídica de las normas la posibilidad de que se adoptase por parte del cuerpo judicial una práctica generalizada de desobediencia de aquellas normas consideradas por los integrantes del grupo como tales. Adicionalmente, avisa que este hecho social y práctica judicial efectiva conllevaría la pérdida total de la validez jurídica para aquellas normas que fuesen desatendidas de manera sistemática.

La concurrencia de esa desobediencia persistente, desde el punto de vista del positivismo hartiano, no llevaría aparejada la desaparición de la tesis de la separación (De Domingo, 2022). Se puede ubicar el fundamento del mantenimiento de la desvinculación en estos supuestos en el argumento analítico -previamente explicado y enunciado por Alexy en 1997- dado que este alega un encuentro entre la moral y la validez jurídica meramente contingente y, como consecuencia, insuficiente para perturbar los conceptos del derecho y la moral.

La imperturbabilidad conceptual del derecho en los casos en los que el cuerpo judicial decida desobedecer las leyes extremadamente injustas que acaba de ser explicada representa la principal diferencia respecto a lo defendido por Radbruch y, como consecuencia, desmiente la total coincidencia establecida entre este último y la regla de reconocimiento de Hart por parte de Orrego (De Domingo, 2022). Para Radbruch, en contraposición con lo anterior, sí existe una alteración conceptual del derecho en las situaciones de derecho extremadamente injusto en tanto que este último pierde la consideración de derecho.

3.2 Obligatoriedad de la ley injusta

El filósofo y jurista italiano Cotta advierte en su obra *Justificación y obligatoriedad de las normas* (1987) sobre la importancia de no confundir la obediencia de estas con su obligatoriedad. La diferencia que existe entre las mismas radica en aquello sobre lo que se hace énfasis y se vuelca la atención. Así, por un lado, la obligatoriedad hace referencia primordialmente a la propia norma y a aquello que esta misma indica y, por otro, la obediencia se centra en la relación que conecta al destinatario de la norma con la misma (De Domingo, 2022).

Respecto a la obligatoriedad de las normas, se pueden diferenciar dos posicionamientos diversos: el de Kelsen y el de Hart –mediante la construcción de la tesis de las fuentes sociales y de la regla de reconocimiento-.

En primer lugar, Kelsen (1981) invoca la validez de la norma como requisito previo indispensable para que una norma sea dotada de obligatoriedad. Para este autor, el resultado principal de dicha dotación es la posibilidad de que el incumplimiento de la citada norma vaya acompañado de una sanción que lo castigue. Además, también pone como condición de existencia de la validez que la norma haya sido creada en concordancia con lo determinado por la superior jerárquica que conforma el sistema jurídico.

Al mismo tiempo, la norma superior de la inicial también deberá haber surgido cumpliendo con las observancias impuestas por su correspondiente norma predominante. De esta manera, se establece un sistema de delegación de la validez que culmina en la denominada norma fundamental o *Grundnorm* (Kelsen, 1981).

El problema del procedimiento creador escalonado marcado por Kelsen es que la obligatoriedad de cada norma se basará en la existencia de la superior jerárquica hasta llegar a la cúspide, donde se encuentra la fundamental. Una vez alcanzado el nivel máximo, no habrá respuesta para la pregunta de la obligatoriedad.

En segundo lugar, podemos hallar a Hart, quien sigue con la tendencia de Kelsen al alejar la obligatoriedad jurídica de cualquier elemento moral. Sin embargo, sí que acepta los razonamientos de naturaleza moral siempre que estos hayan sido

“juridificados” de manera previa y convertidos en criterio para la validez jurídica (Hart, 2000).

El filósofo inglés instituye la tesis de las fuentes sociales y la regla de reconocimiento, previamente explicada, en relación a la obligatoriedad de las normas. La citada tesis es una fórmula que permite identificar lo jurídico mediante un criterio empírico y de vigencia social –lo cual está altamente vinculado con la regla de reconocimiento-. El propio autor expone la tesis, además de la aceptación de los elementos morales “juridificados”- con el siguiente tenor literal:

De acuerdo con mi teoría, la existencia y el contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho (Hart, 2000, p. 51).

La relación que une la regla de reconocimiento con la tesis de las fuentes sociales consiste en que, una vez que se ha identificado al derecho como una práctica social compleja, la primera se utiliza como criterio ulterior de validez de las normas jurídicas que manan de dicha práctica (De Domingo, 2022).

Para Hart, como consecuencia de lo anterior y de conformidad con Delgado (1996), una vez que se ha evidenciado la práctica social, se pierde la necesidad de poner en marcha el sistema escalonado y apelar a la norma superior. Así, la *Grundnorm* deja de tener razón de ser y se convierte en una repetición superflua.

3.3 Irrelevancia jurídica de las razones morales

En este apartado se pretende dilucidar si, atendiendo a lo expuesto por la corriente positivista, las razones y argumentos que llevan a la obediencia o no de una norma se deben considerar irrelevantes desde el punto de vista jurídico en tanto que no afectan a la validez de la norma en cuestión.

Con el fin de averiguar lo anterior, se va a partir del enunciado que afirma que “todo lo que se califica como jurídicamente relevante afecta de alguna manera al derecho, pero no todo lo que afecta al derecho se confunde con él” (De Domingo, 2022, p. 78). Tal

sería el caso, a modo paradigmático, de la capacidad de comprensión lectora y expresión escrita, que pueden ser necesarias para el correcto desarrollo de la práctica jurídica sin que esto suponga que se le consideren parte del derecho.

El positivismo jurídico, tal y como hemos hecho con la comprensión lectora, califica los motivos morales que determinan la obediencia de las normas como susceptibles de afectar al derecho, pero sin que exista posibilidad de confundirlos con este último. De Domingo (2022), como consecuencia a tal valoración, marca la presencia de una “diferencia cualitativa entre las consideraciones técnicas que deban tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar una norma jurídica y el juicio sobre la justicia o corrección de una norma que determina la obediencia” (p. 78).

El peso dispar de las consideraciones técnicas y el juicio sobre la justicia de una norma hace que la balanza se incline hacia el segundo elemento –el juicio-, lo que significa que no son igual de notables jurídicamente los conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo una práctica jurídica efectiva que el juicio sobre la corrección.

Cotta (1987) profundiza sobre esta diferencia y determina que puede hacerse una distinción entre aquello relevante simplemente porque permite una práctica jurídica correcta, pero sin que por ello se pueda confundir con el derecho –como es el supuesto de la capacidad de expresión escrita- y entre aquello que tiene relevancia desde el punto de vista jurídico por estar directamente conectado con la juridicidad.

En tanto que De Domingo (2022) clasifica los motivos morales para la obediencia o desobediencia de una norma como elementos estructurales de la misma, se puede decir que estos marcan la juridicidad y, como consecuencia, son relevantes jurídicamente. Esto último, además, determina un vínculo entre el derecho y la moral, tal y como así lo exponen distintos autores como Raz (1984), Nino (1994) y Bayón (1996).

CAPÍTULO III. LA FÓRMULA DE RADBRUCH

La fórmula del derecho extremadamente injusto, surgida a manos de Gustav Radbruch tras el acontecimiento de la Segunda Guerra Mundial, reabrió el tradicional debate en el campo de la Filosofía del Derecho acerca de la vinculación entre esta ciencia y la moral.

Con el fin de profundizar en dicha fórmula, en este Capítulo se expone su explicación conceptual, las críticas recibidas por la misma, los posicionamientos de autores como Alexy y Seoane y la aplicación práctica de la fórmula a distintos casos históricos. Finalmente, también se reluce la influencia que esta ha tenido en la creación de los Estados constitucionales.

1. CONSTRUCCIÓN DE LA FÓRMULA

1.1 Estructura

Para enunciar la fórmula del jurista alemán se debe acudir a lo establecido por el mismo en su obra *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (1946). En ella, Radbruch afirma que los valores a alcanzar por una ley desde el punto de vista del iuspositivismo son tres: la **seguridad jurídica**, la **justicia** y la **conveniencia**.

Establece, además, un orden de preferencia entre los mismos, que sitúa a la seguridad jurídica en primer lugar. Este valor precede a la justicia, que ocupa el segundo orden. Seguidamente, se encuentra el tercer y último valor, este es, el de la conveniencia.

Cabe destacar que para Radbruch el primero de los valores, la seguridad jurídica, es una forma de justicia. Así, un conflicto y contradicción entre estos dos supondría, en realidad, una disidencia de la justicia consigo misma –entre la real y la aparente-. Para la resolución de esta confrontación se debe atender al grado de la injusticia planteada.

De esta manera, en el supuesto de que la injusticia del derecho positivo sea extrema, la seguridad jurídica carecerá de sentido y deberá retroceder para localizarse por detrás de la justicia. Sin embargo, para el caso de que la injusticia sea de menor significación y no se le pueda calificar como extrema, la seguridad jurídica primará ante la justicia y dotará de validez al derecho positivo injusto.

Se puede afirmar, por tanto, que para Radbruch el orden de preferencia en el que la seguridad jurídica impera sobre la justicia se invertirá únicamente cuando exista una injusticia insoportable. Dicha lógica en el cambio del orden de preferencias es exhibida con la consiguiente literalidad por el propio autor en el escrito ya mencionado:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse 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 justicia (Radbruch, 1962, p. 89).

Lo que hasta aquí se ha expuesto hace referencia a la llamada **fórmula de la intolerancia** - término acuñado por Alexy (2001)- y a la primera parte de la enunciada por Radbruch. La segunda parte de la misma es conocida como la **fórmula de la negación** –concepto que también se le debe a Alexy- y supone la retirada de consideración jurídica a aquellas leyes positivas que nacieron sin tener en cuenta el derecho de igualdad –altamente relacionado con el valor de justicia según el jurista alemán-. Esta era escrita con el siguiente tenor:

Se puede establecer otra línea divisoria donde ni si quiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí, la ley no sólo es Derecho injusto, sino que carece completamente de naturaleza jurídica. (Radbruch, 1962, p. 89).

La complejidad de este segundo fragmento de la fórmula reside en la subjetividad al cuestionar las intenciones del legislador (Alexy, 2001). Esta hace alusión a la retirada consciente de la igualdad por parte del propio legislador a la hora de constituir ley. Así, para que se cumpliera la fórmula de la negación, han de darse la conciencia y voluntad del legislador de querer violar el derecho de igualdad y, como consecuencia necesaria para el autor, la justicia.

Tras todo lo anterior, se puede decir que existen cuatro elementos a destacar de la fórmula (Agüedo y Galán, 2015):

- a) El contenido de las normas jurídicas, que pasa a estar comprendido en los aspectos a considerar para dotar de validez a una norma.
- b) El umbral de injusticia. Este concepto, cuyo origen se lo debemos a Alexy (2001), hace referencia al límite a establecer por parte de los tribunales para cada caso concreto. Una vez determinado, se podrá hacer una triple diferenciación de las normas. Estas serán susceptibles de estar clasificadas como justas, soportablemente injustas –pues no vulneran el umbral- e insoportablemente injustas –al sobrepasar el límite marcado-.
- c) La naturaleza jurídica de las normas. En relación a ella, cabe hacerse la pregunta de si se condiciona la dotación de juridicidad a la consideración previa de justas. La respuesta a dicha cuestión la dan Agudelo y Galán (2015), quienes defienden la aparición de la justicia como *conditio sine qua non* para encontrar la naturaleza jurídica en una norma.
- d) La igualdad como núcleo de justicia. Agudelo y Galán, en la misma publicación que en el anterior elemento, también presentan un posicionamiento claro respecto a la importancia de la igualdad. Así, exponen que toda norma contraria a la igualdad no podría, en ningún caso, ostentar el rango de norma jurídica en tanto en cuanto subyacería una vulneración de este principio rector de todo ordenamiento jurídico.

1.2 Evolución del pensamiento de Radbruch

Radbruch inició sus aportaciones al mundo de la Filosofía del Derecho como un autor de corte positivista (Agudelo y Galán, 2015), negando así la posible existencia de una conexión entre el derecho y la moral. Sin embargo, tras el acaecimiento de la Segunda Guerra Mundial y, concretamente del Holocausto amparado por las leyes nazis, su pensamiento se volvió escéptico con el positivismo jurídico (Reyes, 2016).

Su criticismo hacia el iuspositivismo se materializó a través de la creación de dos axiomas: la tesis causal y la tesis de la exoneración. La primera de ellas expresa la consideración del positivismo como la estructura jurídica necesaria para la llegada del nazismo al poder (Agudelo y Galán, 2015). Esto se debe a que, según apunta Seonae (2002), el régimen nacionalsocialista se fundamentaba en dos principios de claro corte positivista: “órdenes son órdenes” y “la ley es la ley”, sin que exista para ninguno de ellos limitación alguna en cuanto al contenido.

Pérez de la Fuente, por su parte, explica en su obra *El caso de los tiradores del Muro de Berlín* (2011) que la tesis de la exoneración permite la ausencia de responsabilidad de los jueces por la aplicación que hiciesen de las leyes en tanto que estos están obligados a ejecutar y hacer cumplir lo establecido en los textos normativos, sin poder atender a lo que estos determinaban.

“De acuerdo con la tesis causal y la tesis de la exoneración desde el positivismo jurídico —donde las normas jurídicas tenían fuerza y validez y debían ser obedecidas, sin importar su contenido—, se legitima la existencia del régimen nazi” (Aguledo y Galán, 2015, p. 115). Así, con el establecimiento de ambas tesis, Radbruch declara que la corriente positivista jurídica es un escenario que hace susceptible la aparición de regímenes políticos y jurídicos injustos.

Esta posibilidad de nacimiento de Estados alejados de la justicia fue lo que le hizo defender a Radbruch la necesidad de que las normas jurídicas presenten un mínimo contenido moral, esto es, un umbral de justicia infranqueable. Dicho umbral está representado por lo que el mismo autor denomina “derecho supralegal”. Así, el núcleo cardinal de los derechos humanos que hoy se encuentran positivizados en las constituciones de los Estados —definición que Radbruch le da al anterior concepto— se convierte en el determinante de la invalidez de las normas extremadamente injustas (Reyes, 2016).

Por tanto, aunque la fórmula planteada por el jurista alemán mantenga en un principio una desvinculación del derecho y la moral al permitir que el primero conserve su validez cuando es injusto, introduce finalmente una conexión parcial para las leyes positivas que sean extremadamente injustas al arrebatarles a estas su valor jurídico.

La constitución de dicho límite al contenido del derecho supone para Alexy (2001) la adopción por parte de Radbruch de la tesis de la vinculación propia de los pensadores iusnaturalistas. Esta aproximación hacia el iusnaturalismo, a juicio de Seoane, supone una continuidad en el pensamiento existente de Radbruch y “no ruptura y construcción *ex novo*” (2002, p. 768). Siguiendo esta misma opinión, Arthur Kaufmann —discípulo de Radbruch—, entiende que:

La doctrina de Radbruch de la nulidad del “injusto legal” y del “derecho supralegal”, que aparece en su lugar, doctrina que despertó gran expectación en 1946, es tan sólo la consecuencia de un concepto de derecho que ya tenía en su primera etapa, sólo que ahora el acento se desplaza más hacia la justicia material que hacia la seguridad jurídica (1989, p. 105).

Para Kauffman (1989) su maestro fue tanto positivista como iusnaturalista en su intento de aunar elementos reflexivos de ambas tradiciones y acabar con el usual dualismo positivismo-iusnaturalismo.

Incluso antes de que Hitler llegase al poder, Radbruch empezó a reflexionar en su publicación *Rechtsphilosophie* (1932) sobre las tensiones existentes entre los tres elementos del concepto de derecho –y que termina ordenando con posterioridad en su fórmula-: la justicia, la adecuación y la seguridad. En este sentido, el jurista señala que “la validez de un derecho injusto o incorrecto” (p. 306) debe estar sometida al enjuiciamiento por parte de la justicia y de la adecuación y no únicamente desde el punto de vista de la seguridad.

A continuación del planteamiento de esta teoría filosófica de la validez, Radbruch expone con rotundidad que esta misma conduce necesariamente a la equiparación entre el derecho justo y el derecho válido -y viceversa-, a la equiparación de la validez absoluta con la validez positiva y un retorno a la doctrina del derecho natural, que niega la validez del Derecho injusto solo por serlo y se la otorga al derecho justo únicamente por serlo (Seoane, 2002).

2. CRÍTICAS A LA FÓRMULA

Podemos encontrar diversas objeciones hacia la fórmula planteada por Radbruch en la célebre obra *Una defensa de la fórmula de Radbruch* (2001) de Alexy. En esta, el autor expone diferentes críticas que, a su parecer, realizan otros estudiosos de la Filosofía del Derecho, tales como Hart, Fuller o Dreier, entre otros.

Alexy comienza exponiendo la llevada a cabo por Hart, quien centra su atención en la dificultad que supone precisar el concepto de injusticia extrema para poder distinguirlo de aquella que no tenga dicha condición. Del mismo modo, el filósofo inglés denuncia la imposibilidad de defender la idea de racionalmente y de conocerla de forma objetiva.

En relación al argumento mantenido por Hart en contra de la fórmula, que Alexy denomina como del relativismo, este último tiene algo que objetar. Advierte que no se puede entender el planteamiento de Radbruch como una herramienta que legitima a los jueces para decidir en contra de la ley “en los casos en los cuales sus preferencias subjetivas sean afectadas de manera especialmente intensa” (p. 90). Del mismo modo, añade que en ningún caso el iusnaturalismo se fundamenta en una ética relativista, sino rudimentaria -como mínimo-.

Como último argumento en contra del relativismo, el mismo Alexy afirma que “las sentencias sobre la injusticia extrema representan auténticas sentencias que son susceptibles de una fundamentación racional y, por tanto, tienen un carácter cognitivo y objetivo” (p. 91).

Con el fin de ejemplificar la posibilidad de objetar racionalmente la injusticia extrema, Alexy presenta el paradigma que representaría el intento de eliminar ciertas partes de la población basándose en razones racistas. Si existe una aceptación previa por parte de los individuos de que existe un núcleo esencial de los derechos humanos que no puede ser sujeto a vulneración alguna, entonces se alcanzaría la ética rudimentaria a la que se refería con anterioridad y se acabaría con el relativismo

Las detracciones de Fuller, sin embargo, se focalizaron en el uso erróneo que, desde su punto de vista, hace Radbruch del derecho supralegal (Alexy, 2001) y cuyo significado ya ha sido explicado con anterioridad. Fuller encuentra más acertado acudir a lo que él mismo califica como la moral interna del derecho, esto es, a sus principios de legalidad –entre los que encontramos el mandato de publicidad, de interdicción de la retroactividad y de sometimiento a la ley (Fuller, 1964) -.

Para Alexy (2001), el cambio de la utilización del derecho supralegal a los principios de legalidad supone una reformulación por parte de Fuller de lo expuesto por Radbruch. Añade Alexy que la versión fulleriana tiene la ventaja de que los citados principios de legalidad dificultan la posibilidad de ataque por parte del relativismo. También coincide Fuller con Radbruch en que existe una clara vinculación entre las vulneraciones extremas de los principios del Estado de derecho y la extrema injusticia.

Apunta Reyes (2016) que la ignorancia en una norma de uno de los principios de legalidad de Fuller no es motivo suficiente como para alegar la nulidad de esta, lo cual pone en relieve que “no es en último término la forma de la regulación sino su sustancia, su extrema injusticia, la que conduce a la nulidad” (Alexy, 2001, p. 92). Como consecuencia de esto último, el propio Alexy alega que los criterios planteados por Fuller pueden servir para completar la fórmula de Radbruch, pero en ningún caso reemplazarla.

La discordancia de opiniones entre Radbruch y Ferreyra tiene su origen en el papel que juegan los derechos humanos como límite normativo (Reyes, 2016). Dicha discrepancia entre ambos autores se debe a que Ferreyra (2013) entiende el derecho como un sistema de alta complejidad destinado a planificar, organizar y aplicar la fuerza que ostentan los poderes estatales.

Como consecuencia de lo anterior, para Ferreyra los derechos humanos positivizados con rango constitucional suponen un límite para el uso legítimo de la fuerza en un Estado. Sin embargo, el umbral infranqueable para Radbruch se localiza en el núcleo esencial de los derechos humanos –el derecho supralegal-, que no requiere estar reflejado y recogido de manera previa en un texto jurídico.

Podemos encontrar a Dreier como penúltimo objetor de la teoría de Radbruch, quien se opuso a las dos tesis formuladas por este último –la causal y la de la exoneración-. En relación a la tesis causal, que sitúa la estructura jurídica positivista como el contexto ideal para la formación de regímenes autoritarios, Dreier (2015) expone que la corriente predominante a finales de la República de Weimar era la iusnaturalista o, en todo caso, la no positivista.

El jurista alemán añade que, una vez comenzado el régimen nacionalsocialista, el positivismo fue rechazado ampliamente por los gobernantes alemanes y por los juristas, quienes estaban “conformes con el sistema, a favor, en cualquier caso, de concepciones mucho más abiertamente no positivistas” (Dreier, 2015, p. 26). Esta afirmación también sirvió de base para que Dreier le arrebatase el sentido a la tesis de la exoneración, la cual denunciaba la posibilidad por parte de los jueces de librarse de cualquier responsabilidad por la aplicación de leyes positivas injustas.

El intento anterior de Dreier de desacreditar la segunda tesis de Radbruch, desde el punto de vista de Alexy (2001), es claramente insuficiente en tanto que la fórmula va más allá de evaluaciones históricas y jurídicas. Para Alexy, el quid de la fórmula es evitar la justicia de mayor calibre y, para lograr tal objetivo, se requiere una concepción de derecho no positivista que permita exigir responsabilidades al juez que ha basado su decisión en un derecho no justo.

En último lugar se hallan las réplicas emitidas por el doctor Farrell, quien, en contraposición de lo expuesto por Alexy (2001), sostiene que la fórmula de Radbruch es una reacción sentimental tras su experiencia vital. En tal sentido, Farrell declara que “los trabajos de Radbruch contienen serias fallas argumentales, que pueden ser explicadas, pero ciertamente no justificadas, por lo intenso de las emociones morales de indignación despertadas por el nazismo” (2015, p. 307).

De forma adicional, en su misma obra, Farrell advierte que “sus opiniones muestran que él conservó intacta durante la guerra su sensibilidad moral, aunque también muestran – con igual claridad– que había perdido su sensibilidad legal” (2015, p. 308).

Radbruch intentó constituir una nítida diferencia entre una ley y una orden que recibe un soldado (Farrell, 2015). El soldado puede ser increpado bajo la premisa de que “una orden es una orden”. El juez también tiene necesidad de obedecer porque “una ley es una ley”. Radbruch se contrapone a la primera de las afirmaciones y expone que para el soldado no existe obligación de obediencia pues ni el deber, ni la ley amparan la orden, pero, sin embargo, el juez no podrá alegar excepciones a la observancia de la ley (2006a).

Farrell (2015) destaca la presencia de dos errores en la lógica expresada por Radbruch. El primero de ellos es que el autor alemán obvia el deber militar que tiene el soldado de acatar la orden recibida. El segundo es que el juez puede tener deber de obediencia y observancia respecto de la ley, pero en ningún caso estas podrán ser de carácter moral y se limitarán al plano legal.

Existe otro error de planteamiento en Radbruch al defender este que el principio positivista “el derecho es el derecho” despojó a los juristas alemanes de defensa alguna frente a leyes que eran arbitrarias e injustas (Farrell, 2015). Este fallo de Radbruch se

fundamenta en su idea de que la obligación legal debe sustentarse en el valor intrínseco de la ley (2006b). Para Farrell, es la obligación de carácter moral la que debe encontrar su amparo en el valor intrínseco de la ley.

Como inciso final, Farrell (2015) avisa de la capacidad que tiene la fórmula de Radbruch de ser una fuente de problemas peligrosos. Dicha peligrosidad radica en la consideración como leyes válidas de aquellas que sean injustas pero no rebasen el umbral de injusticia intolerable. Como consecuencia de la calificación de válidas, a aquellas leyes se les aplicará el *dictum* “el derecho es el derecho”, de tal manera que existirá mandato de obediencia y cumplimiento.

Según este mismo autor, “Radbruch iría aquí más lejos que cualquier positivista jurídico, que exigiría analizar estas leyes para decidir si existe una obligación moral de obedecerlas” (Farrell, 2015, p. 309).

3. ALEXY

3.1 Introducción

No ha existido mayor defensor de la fórmula de Radbruch que Robert Alexy (Farrell, 2015). El elogio del autor hacia esta se materializa en dos ideas: la primera de ellas es la reafirmación de que las normas alejadas de la justicia y la moral pueden ser derecho en tanto que no sobrepasen el umbral de injusticia extrema. Así, determina que Radbruch únicamente le arrebatara la validez jurídica a aquella norma cuyo atentado contra la moral es intolerable (Alexy, 2010).

La segunda idea es la indicación que hace Alexy (2001) acerca de que la fórmula, en un principio, no podría desplegar efectos en el derecho penal. Esta limitación de los impactos de la fórmula en este ámbito del derecho se debe a que el mismo está caracterizado por el principio *nulla poena sine lege*. El profesor Farrell (2015) comenta al respecto que “sería interesante comprobar si Radbruch hubiera considerado esto como una aclaración o como una limitación de su fórmula” (p. 306)

Cabe decir que para el Alexy (2001), si la injusticia producida por la norma es extrema y evidente, entonces la aplicación de la fórmula no supondría una retroactividad encubierta. Esto se debe a que la injusticia es identificable y cualquier sujeto puede

conocerla. De esta manera, la situación penal no se modifica de manera retroactiva, sino que simplemente se califica con adecuación la situación en el momento de hecho.

Seonae (2002), por su parte, identifica los rasgos de pensamiento de Alexy que se vieron influidos por la doctrina de Radbruch y determina que esta “se advierte en su condición de razón a favor de la conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral, de argumento de crítica y superación del positivismo y de elemento esencial para la construcción de su concepto no positivista de Derecho” (p. 772).

Tal y como ya se ha adelantado en el apartado destinado a la enunciación de la fórmula, Alexy (2001) diferencia dos partes o subfórmulas en la planteada por Radbruch: la subfórmula de la intolerancia y la subfórmula de la negación, cuyo contenido ya ha sido analizado. Contenidos en la subfórmula de la intolerancia, Alexy destaca dos aspectos:

- a) La **ponderación**, que se encuentra contenido en el siguiente fragmento de la subfórmula: el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse 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 (Radbruch, 1962, p. 89).
- b) El **umbral**, al cual hace referencia el último inciso de la primera parte de la fórmula, que dice así: 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 justicia (Radbruch, 1962, p. 89).

El doctor español destaca que la subfórmula de la intolerancia es considerada, en la práctica, como la fórmula de Radbruch y justifica tal identificación en que esta misma ha sido la parte que mayoritariamente han utilizado los tribunales alemanes (Seoane, 2002). La parte relativa a la parte de la negación –y que hace referencia al *animus nocendi*- no ha tenido tanta aplicación práctica dada la dificultad que plantea probar el dolo de vulnerar la justicia.

En relación al menor uso de la subfórmula de la negación, agrega Alexy que “cuando se trata de una injusticia insoportable, deberían coincidir resultado e intención” (2001, p. 76), lo que quiere decir que debe darse una total sincronía entre ambas partes de la fórmula.

Lejos de limitarse a respaldar la fórmula de Radbruch, Alexy actualiza la versión original partiendo del famoso caso de Los tiradores del Muro y no del paradigmático suceso de los Juicios de Núremberg –del cuál se derivó la fórmula primigenia de Radbruch- (Aguledo y Galán, 2015).

Así, Alexy propone una versión resumida, haciendo los ajustes terminológicos pertinentes, con el siguiente tenor literal:

“Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas” (2001, p. 76).

De manera adicional, presenta una interpretación aún más breve y contundente que alega que “la extrema injusticia no es Derecho” (Alexy, 2001, p. 76).

3.2 Observador y participante

Alexy (2001) considera necesario prestar atención a la diferencia entre la perspectiva del observador y la propia del participante, ambos en el contexto de sistema jurídico. El autor explica que la **perspectiva del observador** la adopta aquel individuo que no se interesa por saber cuál es la decisión correcta en un determinado ordenamiento, sino que se preocupa por cómo se desarrolla el proceso de decisión dentro del mismo.

Por el contrario, la **perspectiva del participante** conlleva la involucración por parte del sujeto en el debate sobre lo que está ordenado, prohibido, permitido y autorizado en el sistema jurídico. Como representante principal de este papel encontramos a la figura del juez. Este punto de vista es el que, según Seoane (2002), favorece de mayor manera al no positivista y brinda mejores apoyos a la fórmula de Radbruch.

Este discernimiento de perspectivas tiene cierta similitud, en palabras del propio Alexy, “con la distinción de Hart entre un "punto de vista externo" y otro "interno"” (2001, p. 82), aunque apunta Seoane que ambas son parecidas, pero “no coincidentes” (2002, p. 774).

3.3 Clasificación y cualificación

En la obra *Una defensa de la fórmula de Radbruch* (2001), Alexy incluye otra distinción, pero esta vez relacionada con dos tipos diferentes de conexiones entre el derecho y la moral: clasificante y cualificante.

El primer tipo –**clasificante**– defiende que aquellas normas que no cumplen con un determinado nivel moral no podrán ser entendidas como tales. El segundo tipo –**cualificante**–, por el contrario, no le arrebató la calificación de normas jurídicas a aquellas que no llegan a satisfacer un criterio moral concreto, sino que las califica de normas jurídicas defectuosas.

La fórmula de Radbruch establece una conexión entre el derecho y la moral de tipo clasificante al excluir como jurídica toda norma que, evitando el elemento moral requerido, supone una injusticia extrema (Seoane, 2002). A pesar de que la existencia de la conexión cualificante no implica la de la clasificante, Alexy afirma que “es más fácil fundamentar esta última cuando existe la primera que cuando no existe” (2001, p. 83). Es por esto mismo por lo que, a ojos de Alexy, los cimientos de la fórmula de Radbruch deben empezar por la fundamentación de la conexión cualificante.

3.4 El argumento de corrección

El requerimiento de una conexión cualificante entre el derecho y la moral pone el foco en la corrección material del propio derecho. De esta observancia al contenido de la propia norma surge el denominado argumento de corrección (Seoane, 2002), que, por tanto, también “constituye la base de la fundamentación de la fórmula de Radbruch” (Alexy, 2001, p. 85).

La exigencia de corrección material hace referencia a los derechos humanos básicos (Alexy, 2001), de tal manera que las normas jurídicas deben cumplir como mínimo con aquello que estos derechos contienen y que constituye el ya nombrado umbral de la extrema injusticia.

Este argumento, además, impide entender el derecho como una mera ordenación de la fuerza –idea que contempla Ferreyra (2013)- y destaca la relevancia del contenido del propio derecho (Alexy, 2001).

De forma paralela a la anterior clasificación del derecho en función de su relación con la moral, Alexy también distingue dos grandes grupos de conceptos del mismo en función del significado y la importancia que se le aporte a los siguientes tres elementos: legalidad conforme al ordenamiento, eficacia social y corrección material (Seoane, 2002).

El primer gran grupo, el positivista, solo tiene en cuenta los dos primeros elementos –la legalidad y la eficacia-. El grupo no positivista, en contraposición al anterior, requiere los tres elementos para hacer su definición del derecho. Los elementos positivistas conforman el aspecto real o institucional del derecho y el elemento que incluye el no positivista erige la dimensión ideal o discursiva, tal y como enuncia Seoane (2002).

Tal y como se adelantaba en el anterior apartado, Alexy considera que el “derecho formula necesariamente una pretensión de corrección” (2001, p. 85), lo cual permite clasificar su visión del concepto de derecho como no positivista. Reyes (2016) agrega que este requisito de corrección debe ser observado tanto por las decisiones jurídicas individuales y normas jurídicas aisladas, como por los sistemas jurídicos en general.

Seoane complementa lo expuesto previamente afirmando que “el criterio de corrección material es, en buena medida, el resultado de incorporar al concepto de Derecho una versión actualizada de la fórmula de Radbruch, en forma del llamado argumento de la injusticia” (2002, p. 773).

3.5 El argumento de la injusticia

El propio Alexy considera insuficiente el argumento de la corrección material para fundamentar la fórmula de Radbruch pues “el mero incumplimiento de la pretensión de corrección lleva a la deficiencia jurídica, pero todavía no niega el carácter jurídico o la validez jurídica a una norma o a un acto jurídico” (2001, p. 86).

Para alcanzar la fundamentación plena, el autor afirma que se han de plantear más argumentos y, en el proceso de creación de estos, surge el denominado argumento de la injusticia. Este, que ya ha sido introducido por Seoane en el apartado anterior, es planteado por el profesor español con el siguiente tenor literal: “quien traspase el límite de la extrema injusticia, rebasa la frontera de la validez y el carácter o naturaleza jurídicos” (2002, p. 773).

Se puede observar, tras la enunciación de Seoane, la conexión existente entre el argumento de la corrección material y el argumento de la injusticia, así como su utilidad empírica. El funcionamiento de ambos seguiría el orden que sigue: en primer lugar se pondría en práctica el propio de la corrección material y se observaría el contenido de la norma jurídica. Una vez que se ha identificado dicho contenido, se aplicaría el argumento de la injusticia, que nos llevaría a decidir si este es extremadamente injusto o no –umbral de injusticia-. En el supuesto de que la injusticia fuese intolerable, el argumento de la injusticia nos llevaría a excluir la norma en cuestión.

Si sintetizamos lo hasta aquí expuesto, se puede clamar que “se considera extremadamente injusta, contraria a la fórmula de Radbruch, y por tanto no jurídica, toda norma, aun legalmente promulgada y socialmente eficaz, que resulte incompatible con el núcleo de los derechos humanos fundamentales” (Seoane, 2002, p. 775).

4. SEOANE

En la obra *La doctrina clásica de la lex iniusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación* (2002), Seoane realiza un análisis de la fórmula en cuestión desde cuatro perspectivas diferentes:

- a) Comienza con una visión histórica y narra cómo era tratada la ley injusta en el iusnaturalismo clásico.
- b) A continuación, estudia la doctrina formulada por el propio Radbruch.
- c) Prosigue con la versión de la fórmula radbruchiana enunciada por Alexy.
- d) Por último, realiza una comparación entre lo marcado por el pensamiento iusnaturalista clásico y por Radbruch.

En tanto que las tres primeras perspectivas ya han sido consideradas en el presente trabajo, este apartado se centrará en presentar los paralelismos y diferencias apreciados por Seoane entre la doctrina clásica iusnaturalista de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch¹.

¹ Véanse las referencias bibliográficas del Capítulo II y III correspondientes a la doctrina clásica y de la

El catedrático español estima, en la citada obra, que existen grandes discordancias en términos generales entre las reflexiones contemporáneas y las propias del pensamiento clásico iusnaturalista, las cuales van a ser estudiadas a continuación.

Señala, en primer lugar, que en la tradición iusnaturalista no existe la visión del ordenamiento jurídico, de tal manera que la ley “es [el] elemento central de la realidad jurídica y en sí misma una unidad básica para el estudio del Derecho” (Seoane, 2002, p. 781). Por tanto, en la corriente clásica no se reflexionó acerca del concepto del derecho *per se*, así como tampoco se profundizó en el concepto de la validez jurídica en el sentido de pertenencia al sistema jurídico.

Por el contrario, tal y como se ha podido apreciar a lo largo del estudio de la fórmula de Radbruch y de los diversos pareceres que han emergido a su alrededor, la doctrina contemporánea sí que contempla en su realidad ambas ideas y examina el problema de la ley injusta tomándolas en su consideración.

Esta diferencia hace que Radbruch y Alexy, al adentrarse en la validez de las normas injustas y extremadamente injustas, tengan en cuenta la pertenencia de estas al ordenamiento jurídico. En cambio, en los casos de Tomás de Aquino o de San Agustín no hubo lugar para esta cuestión.

Como segunda diferencia, Seoane apunta a la importancia que ambos movimientos le otorgan a la validez como pertenencia. Tomás de Aquino (2001), por su parte, prescinde completamente de este concepto y de lo que representa en tanto que carece de sentido reflexionar sobre la pertenencia hacia algo que no existe para él –el ordenamiento jurídico–.

Radbruch y Alexy se pronuncian de manera expresa sobre este tipo de validez y afirman que la norma injusta y tolerable sí se encuentra contenida en el sistema jurídico mientras que, por el contrario, la norma extremadamente injusta e intolerable no pertenece al mismo.

En relación a la obligatoriedad de las normas también existe disparidad de pensamiento. La doctrina clásica iusnaturalista determina que únicamente la ley justa obliga por sí misma y en el plano moral. La ley injusta, en cambio, aunque no obligue por sí misma en un plano moral, sí que puede generar deberes morales de cumplimiento por razones

extrínsecas, como podrían ser apoyar el bien común y evitar la alteración del funcionamiento del derecho.

La corriente contemporánea, sobre la validez como normatividad o fuerza obligatoria, Seoane asevera que:

La adopción del punto de vista del participante y la propia inclusión de la validez en el concepto de Derecho por parte de Alexy como estrategia general de análisis del positivismo y de las relaciones entre el Derecho y la moral conducirían a entender la norma válida como obligatoria (2002, p. 782).

De forma paralela a las diferencias expuestas, también podemos encontrar consideraciones comunes presentes en el pensamiento tradicional de la *iux iniusta* y el pensamiento moderno. Ambas corrientes buscan dilucidar cómo responder y actuar ante una norma injusta.

Las respuestas a esta pregunta, según Seoane, son bastante similares en ambos casos, que hacen una diferenciación, por un lado, entre las normas injustas que deben obedecerse y las que no –en el caso de la tradición iusnaturalista- y, por otro, entre las leyes soportablemente injustas y las leyes injustas de manera extrema –para el supuesto de la fórmula de Radbruch-.

Tras la exposición de las disimilitudes y semejanzas, Seoane decreta que Radbruch erra al atribuirle a la doctrina clásica la negación del carácter jurídico a la ley injusta pues, tal y como se ha visto, la figura representativa de este pensamiento, Santo Tomás, dista de hacer tal negativa. Se puede considerar, razonablemente, que este desacuerdo del jurista alemán justifica su intento de separación del iusnaturalismo tradicional.

Por último, Seoane amplía el esquema dibujado por Alexy acerca de las partes que componen la fórmula de Radbruch. Las subfórmulas que Alexy detecta son, como ya se ha explicado:

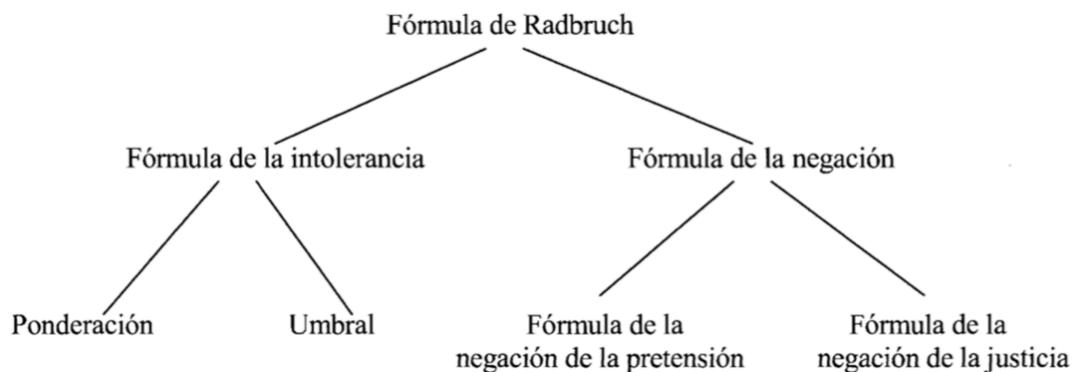
- a) La subfórmula de la intolerancia, de la cual se derivan, a su vez, dos elementos:
 - i. La ponderación
 - ii. El umbral de injusticia
- b) La subfórmula de la negación.

Partiendo de lo anterior, Seoane considera que la conexión clasificante –que niega la naturaleza jurídica a aquellas normas que repudian de forma consciente la justicia o la evitan- permite hallar dos subfórmulas contenidas en la subfórmula de la negación: la de la negación de la pretensión, entendida como una pretensión de corrección material, y la de la negación de la justicia.

Así, aunando las aportaciones de Alexy y Seoane en cuanto a la estructura de la fórmula de Radbruch, esta misma presentaría la siguiente forma:

Figura 1

Esquema de la fórmula de Radbruch



Fuente: Seoane (2002).

5. APLICACIÓN CASUÍSTICA

Tanto Seoane (2002) como Reyes (2016) declaran que la subfórmula de la intolerancia ha sido la más manejada jurisprudencialmente, llegando incluso a confundirse con la propia fórmula de Radbruch en su totalidad. En el presente apartado nos centraremos en los cinco supuestos reales más emblemáticos en los que se puso en práctica la doctrina ideada por el jurista alemán.

5.1 Juicios de Núremberg

Lo contenido por la fórmula de Radbruch fue expresado por primera vez en los juicios de Núremberg –cuyo nombre se debe a la ciudad alemana en la que tuvieron lugar durante los años 1945 y 1946-. En estos procesos judiciales se juzgaron las aplicaciones

de las leyes nacionalsocialistas que, tanto funcionarios como jueces, habían perpetuado durante el régimen (Reyes, 2016).

Entre otros muchos supuestos concretos, el pensamiento del que emergió la fórmula llevó a la atribución de responsabilidad penal a jueces por dictar sentencias condenatorias a muerte por motivos insignificantes. Si bien es cierto que en el momento de determinar la resolución por parte de los jueces existían leyes nacionales que les orientaban en tal sentido, el Tribunal decidió que, al estar completamente alejadas dichas leyes de los mandatos de la humanidad, estas mismas no servían de sustento justificatorio de sus acciones (Alexy, 2001).

El anterior razonamiento, aunque menos desarrollado que los existentes en los casos posteriores, sirvió de base para la creación por el propio Radbruch de su fórmula (Aguledo y Galán, 2015). Por tanto, aunque no supone una aplicación *per se* de la misma, sí que implica la aparición de la línea de pensamiento que impulsaría la doctrina de Radbruch que aparecería el mismo año en el que finalizaron los Juicios.

5.2 Caso de la nacionalidad del abogado judío

En el primer supuesto práctico, el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1968 tuvo que dilucidar si un abogado judío que había emigrado a Ámsterdam había perdido la nacionalidad en virtud del 11º Decreto de la Ley de ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941² –también conocida como una de las Leyes de Núremberg–, concretamente según su segundo párrafo, que indica lo siguiente:

Un judío pierde la nacionalidad alemana

a) Con la entrada en vigor de este Decreto, cuando tenga su residencia habitual en el extranjero a la entrada en vigor de este Decreto,

b) Cuando en fecha posterior tenga su residencia habitual en el extranjero, con el traslado de su residencia habitual al extranjero.”

² Puesto que no ha sido posible tener acceso a la resolución original ni al referido Decreto, se hace uso de los fragmentos de los mismos presentados por Alexy en su obra *Una defensa de la Fórmula de Radbruch*, pp. 77-78.

El individuo en cuestión había dejado de vivir en territorio alemán en 1941, de tal manera que al entrar en vigor el citado Decreto en 1942, este ya tenía su residencia habitual en el extranjero. A pesar de que se cumpliera la letra a) de la norma, el Tribunal Constitucional Federal estipuló que el abogado no había perdido su nacionalidad en momento alguno puesto que el Decreto que así lo determinaba era nulo *ex tunc* -desde su origen-.

Para tomar tal decisión, el Tribunal declaró lo siguiente en la resolución:

Por ello el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado la posibilidad de privar de la validez como Derecho a las disposiciones “jurídicas” nacionalsocialistas, porque contradicen de modo tan evidente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o reconocer sus consecuencias jurídicas pronunciaría no-Derecho en lugar de Derecho.

El 11º Decreto conculcaba estos principios fundamentales. En él la contradicción con la justicia ha alcanzado una medida tan insoportable que debe ser considerado nulo desde su origen.

Se pueden apreciar unas referencias claras a la fórmula de Radbruch en la anterior fundamentación del Tribunal al arrebatarle esta la validez jurídica a la norma que se aleja de los principios fundamentales de la justicia –el derecho supralegal enunciado por Radbruch- y que, además, lo hace de una manera intolerable, superando el umbral de injusticia. Tal y como apunta Alexy (2001), la resolución contiene expresiones literales de Radbruch, como son el caso de la “medida insoportable” y de la “contradicción con la justicia”.

5.3 Caso del patrimonio de la judía emigrante

Basándose en una lógica similar a la presentada en el supuesto anterior, la Sala Mayor de lo Civil del Tribunal Supremo Federal resolvió un asunto que versaba sobre la posible pérdida de la propiedad de unos valores depositados en un banco por una mujer judía alemana. Esta persona emigró a Suiza en 1939 y, como consecuencia de la norma expuesta en el caso anterior, perdió su nacionalidad alemana.

El procedimiento dependía de nuevo de la aplicación del 11º Decreto de la Ley de ciudadanía del Reich, esta vez del párrafo 3, apartado 1, párrafo 1, que concreta que “el patrimonio del judío que pierda la nacionalidad en virtud de este Decreto quedará confiscado por el Reich con la pérdida de la nacionalidad”.

La mujer regresó a la República Federal Alemana tras finalizar la guerra y reclamó los valores que había dejado allí antes de marcharse. La controversia se encontraba en decidir si había existido la pérdida de la propiedad de los mismos y la pérdida, en consecuencia, del derecho a reclamarlos.

El Tribunal Supremo Federal considera la norma nula desde su origen dado el ataque que supone a las exigencias básicas de cualquier ordenamiento de un Estado de derecho. A continuación de lo anterior, el Tribunal rechaza la lesión a la propiedad de la mujer y le concede el derecho al retorno de sus valores.

5.4 Caso de los tiradores del muro de Berlín

Otro ejemplo emblemático del significado práctico de la fórmula de Radbruch es el correspondiente al enjuiciamiento de los guardianes del muro *-Mauerschützen-* por la muerte de fugitivos en la frontera interna alemana.

Dos años más tarde de la reunificación alemana, esto es, en 1992, el Tribunal Supremo Federal emitió la primera resolución en relación a esta problemática. Este caso primitivo versaba sobre dos soldados centinelas que, amparados por la regulación legal de la República Democrática Alemana dispararon a un joven que pretendía traspasar la frontera que separaba las dos Alemanias.

La norma que amparaba el comportamiento de los soldados era la Ley de Fronteras de la República Democrática Alemana del año 1982, concretamente su párrafo 27, apartado 2, párrafo 1, que observa que “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”.

También el apartado 5 del citado párrafo 27, que determina que “al hacer uso de armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas”.

Apunta Alexy (2001) que:

Según las regulaciones del Tratado sobre el restablecimiento de la unidad de Alemania, para ambos soldados resulta válido el principio general de que su acción sólo puede ser sancionada si era punible según el Derecho vigente en el lugar y en el momento de los hechos (p. 79).

Si se atiende al contenido de los dos preceptos pertenecientes a la Ley de Fronteras, se puede afirmar que no es que la acción llevada a cabo por los soldados no fuese punible únicamente, sino que además estaba plenamente legitimada. Así, según el Tratado, dicho comportamiento no podría ser castigado.

No existía una ley retroactiva que permitiese declarar la responsabilidad penal de los soldados centinelas, de tal manera que la única posibilidad de lograr consecuencias jurídicas para estos individuos era hacer desaparecer la causa de justificación contenida en el parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1. Esto mismo fue lo que hizo el Tribunal Supremo Federal alemán.

Con el fin de quitarle validez a la causa de justificación, el Tribunal acudió a la fórmula de Radbruch y en la resolución exclamó lo expuesto a continuación:

Una causa de justificación aceptada en el momento de los hechos sólo podrá dejar de ser considerada a causa de la vulneración de un Derecho de mayor rango cuando en ella se exprese una vulneración notoriamente grave de las ideas básicas de justicia y humanidad: la vulneración debe tener tal peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano. La contradicción de la ley positiva con la justicia ha de ser tan insoportable que la ley deba ceder ante la justicia como Derecho injusto (Alexy, 2001, p. 81).

El Tribunal contempló que había un quebrantamiento intolerable de los derechos a la vida (artículo 6) y a la libertad de circulación (artículo 12) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y, como consecuencia, hizo decaer la causa de justificación recogida en la normativa alemana de la época afirmando la nulidad de la misma *ex tunc* y condenando la conducta puesta por los dos soldados que vigilaban la frontera.

Seoane (2002) infiere de este ejemplo que la fórmula de Radbruch tiene una efectividad y virtualidad *ad futurum* en tanto que se puede emplear a cualquier ámbito y momento temporal en el que pueda darse una extrema injusticia.

A partir del acontecimiento de este caso, Alexy (2001) asegura que la única manera de contestar a la pregunta acerca de si se está ante una extrema injusticia es basándose en argumentos y no en pruebas. En el supuesto que aquí concierne, no se está tratando de forma única la muerte de un ser humano. Alexy destaca la importancia de añadir que la muerte se produjo porque el individuo quería abandonar un país en el que estaba obligado a vivir en unas circunstancias nada favorables.

También, desde su perspectiva, hay que considerar que dichas circunstancias no podían ser alternadas mediante una discusión pública libre y una oposición política. Las realidades que rodean la muerte son las responsables de la extrema injusticia, según este autor.

5.5 Caso del delator rencoroso

Este conocido caso fue el eje central del debate entre Fuller y Hart (Agudelo y Galán, 2015) y trata sobre una mujer que, buscando librarse de su marido, lo denunció ante las autoridades nazis por haber vertido comentarios irrespetuosos contra la persona de Hitler. En 1944, fecha en la que se produce la denuncia, existían unas leyes de delación para los enemigos del régimen y en virtud de las cuales el marido fue arrestado y condenado a muerte, aunque finalmente sería enviado a luchar al frente (Farrell, 2015).

“La cuestión polémica, *a posteriori*, es si el comportamiento de la mujer debería ser sancionado y en base a qué concepción del Derecho” (Pérez de la Fuente, 2011). La esposa fue juzgada en 1949 y finalmente condenada por la privación de libertad de su marido. Para la argumentación de su decisión el Tribunal alegó que el precepto que respaldaba el comportamiento de la esposa “era contrario a la sólida conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos decentes” (Hart, 1958, p. 619)

6. INFLUENCIA EN LA CREACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Ferrajoli ubica un punto de inflexión en los casos de Los tiradores del muro de Berlín y del Delator rencoroso y determina, tras su ocurrencia, un cambio total de paradigma que “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” (2009, p.180).

Los distintos acontecimientos que atentaron gravemente contra la humanidad en esta época de la Historia provocaron el abandono de un sistema paleopositivista de validez (Portela, 2014) y el avance hacia un nuevo modelo en el que el contenido de las normas se considera un elemento fundamental para determinar la validez de las mismas (Agudelo y Galán, 2015). Es precisamente en el análisis del contenido en el que, según los dos autores anteriores, se encontrarán los derechos humanos como factor moral de positivización del derecho.

El jurista italiano y discípulo de Bobbio, Ferrajoli (2009), plantea el cambio de paradigma de validez en sentido formal a un sistema de validez en sentido sustancial. Añade que, en el proceso de transformación de un modelo a otro, podemos encontrar tres problemas:

- a) La crisis de la legalidad. Esta se localiza en la ausencia de controles sobre las decisiones tomadas por los funcionarios titulares del poder público, como son los jueces. La falta de revisión sobre los mismos deriva en lo que el autor denomina fenomenología de la ilegalidad del poder.
- b) La crisis del Estado social. Para el autor, el Estado social acaba con el Estado de derecho, donde las autoridades públicas estaban sujetas a limitaciones. Con el nuevo Estado social, dichas autoridades también se ven obligadas a satisfacer las necesidades presentes en la población. El problema desemboca en la falta de diligencia a la hora de delimitar cómo se ha de lograr la satisfacción de las necesidades, lo que deriva en un uso indiscrecional del poder.
- c) La crisis del Estado nacional, que tiene su origen en el “cambio de los lugares de la soberanía”, entendida esta como el poder de autogobernarse para cada uno de los pueblos o países dueños de un territorio. El surgimiento de comunidades

transfronterizas e inter países da lugar a la preferencia del Derecho Internacional sobre el Derecho nacional.

Ferrajoli (2009) propone un modelo de derecho garantista como solución a las tres contrariedades anteriores y cuyo núcleo suponga el cambio del tipo de validez de las normas jurídicas. En dicho modelo mejorado, se toman en consideración normas sustanciales, como las que conforman los derechos fundamentales, cuyo fin es restringir el poder de las autoridades públicas. Así, Ferrajoli entiende “los derechos fundamentales como limitantes en el ejercicio del poder y como elementos de inclusión moral para los ordenamientos jurídicos” (Agudelo y Galán, 2015, p. 128).

Junto a esta consideración de los derechos fundamentales, encontramos la propia erigida por Peces Barba, quien alega que “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” (1998, p. 15).

En la construcción del nuevo paradigma de validez, Ferrajoli (2009) diferencia dos dimensiones de legitimidad de las normas jurídicas:

- a) Vigencia o existencia, relacionada con la observancia de las reglas procedimentales para la creación de las normas jurídicas.
- b) Validez o constitucionalidad de las leyes, donde se considera el contenido y su significado a través de la obediencia de las normas sustanciales de producción.

CAPÍTULO IV. LA SITUACIÓN PANDÉMICA COMO PARADIGMA ACTUAL DEL DEBER DE OBEDIENCIA DE UNA LEY DE CONTENIDO CONTROVERTIDO

La gestión por parte del Gobierno nacional de la situación pandémica y la legislación producida con tal fin fueron objeto de controversia generalizada en la población y entre la clase política. Tal fue la polémica generada que el Grupo Parlamentario VOX del Congreso de los Diputados presentó el 18 de abril de 2020 un recurso de inconstitucionalidad³ al Tribunal Constitucional respecto de múltiples Reales Decretos⁴ y una Orden ministerial⁵.

Como consecuencia de tal recurso, el Tribunal Constitucional se manifestó el 14 de julio de 2021 y emitió una sentencia⁶ de la cual analizaremos aquello relativo al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y, en concreto, a su séptimo artículo, que limitaba la libertad de circulación de las personas.

Una vez analizada la literalidad del artículo 7 del Real Decreto objeto de recurso, el Tribunal Constitucional determinó que una “una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los casos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho, proscritos como se ha reiterado ya en el estado de alarma” (Fundamento Jurídico 8).

El Tribunal expone a continuación de lo anterior que, a pesar de que el fin último de tal artículo fuese la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes –tales como la salud y la vida-, su contenido extralimita claramente la frontera marcada por el artículo 55.1 de la Constitución Española y, como consecuencia, lo declara inconstitucional. Por tanto, puede considerarse que las personas residentes en España

³ Recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020.

⁴ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el Real Decreto 463/2020; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020.

⁵ Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio de 2021.

durante los meses que estuvo en vigor el Estado de alarma estuvimos obligados a observar una ley que se alejaba de la legalidad.

Esta limitación ilegítima al derecho de circulación -recogido en el artículo 19 de la Constitución Española- establecida por el Real Decreto que declaró el estado de alarma puede compararse, con prudencia, con la limitación del mismo derecho que ha sido analizada con anterioridad en el caso de Los guardianes del muro.

Si Alexy hiciese un estudio del contenido del artículo 7 del Real Decreto, aseveraría que la forma de responder a la pregunta de si se encuentra ante una norma injusta es analizando el contexto que rodea la promulgación normativa y las acciones que supongan su incumplimiento, tal y como hizo en el supuesto de los soldados centinelas.

Una vez que hubiese examinado las circunstancias de ambos acontecimientos –la promulgación y el incumplimiento-, Alexy ponderaría si la injusticia declarada por el artículo 7 ostenta el grado de extrema e intolerable. En el caso de que la respuesta fuese negativa, entonces admitiría la validez de pertenencia al sistema de la norma y, como consecuencia, su deber jurídico de cumplimiento. En cambio, si la respuesta fuese positiva, entonces no habría obligación de observancia de la norma en tanto que no la consideraría derecho. La misma respuesta sería la que obtendríamos de Radbruch si se enfrentase a esta problemática.

El despojo de validez jurídica al artículo 7 convertiría esta causa de justificación para la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en nula, de tal manera que los individuos que durante el estado de alarma pusieron acciones – como detenciones o multas económicas- en detrimento de personas que intentaban vulnerar la restricción de movimiento podrían ser penalmente responsables por ellas.

Sin embargo, en este escenario de inconstitucionalidad e injusticia del artículo 7, Santo Tomás sí que podría apreciar un deber de observancia de la ley injusta si estima que la desobediencia al mismo vendría sucedida por un mal mayor, como podría ser el empeoramiento de la situación pandémica por facilitar la propagación del virus.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

Como culminación del trabajo realizado, van a ser presentados sucintamente –y a modo de conclusiones- los posicionamientos de distintos defensores del iusnaturalismo y el positivismo jurídico ante las normas injustas y el deber de obediencia. A continuación, se expondrán los fundamentos de la fórmula de Radbruch, así como las principales críticas percibidas por la misma, el apoyo mostrado por Alexy y la comparación llevada a cabo por Seoane entre lo establecido por la doctrina de Radbruch y el iusnaturalismo clásico.

Por último, se va a mostrar un ejemplo contemporáneo de deber de observancia a una ley de contenido controvertido y va a ser propuesto un futuro campo de investigación.

Primera conclusión. Existen cuatro posturas posibles a adoptar en relación a las normas injustas:

- 1) No considerarlas derecho.
- 2) Sí calificarlas como tales.
- 3) Negar la consideración de derecho en el supuesto de que la injusticia fuese extrema.
- 4) Clasificar como derecho incluso el extremadamente injusto pero negar su aplicación por razones morales o prudenciales.

Segunda conclusión. El iusnaturalismo adopta la primera postura y niega que la norma injusta sea derecho. Como principales representantes de tal tesis, podemos encontrar a Platón, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás. La defensa de esta postura supone, adicionalmente, negar el deber de obediencia jurídico y moral para con las normas injustas. Sin embargo, Santo Tomás añade una excepción a esto último y afirma que sí habrá obligación de observancia de la ley injusta en los supuestos en los que la desobediencia suponga un escándalo o desorden.

Tercera conclusión. El positivismo, al abogar por la tesis de la separación entre el derecho y la moral, representa principalmente la segunda postura, que localiza a la norma injusta dentro del concepto de derecho. El autor Bobbio, a modo de uno de los líderes de esta tendencia, ostenta este tipo de pensamiento.

Cuarta conclusión. El positivismo encierra también otras posturas debido a la diversidad de inclinaciones concentradas bajo su paraguas. Radbruch, quien se posiciona como positivista al comienzo de su carrera como jurista aunque posteriormente se aleje de esta escuela, encabeza la tercera tesis en la que se niega el carácter jurídico a toda norma caracterizada como extremadamente injusta.

Quinta conclusión. La cuarta y última tesis es sostenida por autores como Peces Barba y Hart, quienes añaden la posibilidad de considerar aspectos morales en el momento de estudiar el contenido del derecho, de tal manera que estos puedan servir de fundamento para excluir la aplicación de una ley injusta.

Sexta conclusión. Con el fin de identificar las normas que conforman el sistema y que, por tanto, generan deber de obediencia Hart enuncia su regla de reconocimiento, la cual iguala el derecho válido al derecho empírico. Esta pauta es considerada la evolución necesaria de la *Grundnorm* de Kelsen. Además, El positivismo jurídico califica los motivos morales que determinan la obediencia de las normas como susceptibles de afectar al derecho, pero sin que exista posibilidad de confundirlos con este último.

Séptima conclusión. En relación a la obligatoriedad de las normas, pueden distinguirse dos posicionamientos: el enunciado por Kelsen y el de Hart. El primero considera la validez de la norma como *conditio sine qua non* para que esta despliegue obligatoriedad. El segundo desvincula la obligatoriedad de cualquier elemento moral, aunque admite razonamientos de esta moral siempre que estos hayan sido “juridificados” previamente.

Octava conclusión. La fórmula de Radbruch supone hacer una ponderación entre los tres valores que, desde el punto de vista del iusnaturalismo, debe procurar una ley: la seguridad jurídica, la justicia y la conveniencia. Hay un orden de preferencia que los sitúa conforme han sido enunciados. Sin embargo, dicho orden puede verse alterado en el supuesto de que el derecho sea extremadamente injusto, en cuyo caso la justicia prima sobre la seguridad jurídica. La consecuencia práctica de lo anterior es la no consideración de la norma injusta como válida ni como perteneciente al ordenamiento jurídico.

Novena conclusión. La fórmula está dividida en dos subfórmulas: la de la intolerancia y la de la negación. La primera de ellas es la que mayor aplicación jurisprudencial ha tenido, hasta el punto de llegar a confundirse con la totalidad de la fórmula. Se pueden observar multitud de casos notables en los que dicha subfórmula de la intolerancia ha sido utilizada, tales como en los Juicios de Núremberg –considerados el origen de la misma-, el caso de Los tiradores del muro o el del Relator rencoroso.

Décima conclusión. Multitud de pensadores en el mundo jurídico exponen su disconformidad en relación a lo planteado por Radbruch. Entre ellos podemos encontrar a Hart –quien emplea el argumento del relativismo como principal ataque-, Fuller –que critica el uso erróneo por parte de Radbruch del derecho supralegal- o Dreier –quien se opone robustamente a la teoría causal y a la de exoneración-. En el bando contrario a los objetores, podemos hallar a Alexy, quien es considerado el máximo defensor de la fórmula y el responsable de hacer una reinterpretación de la misma a partir del citado caso de Los tiradores del muro de Berlín.

Undécima conclusión. Los principales puntos de discordancia entre la fórmula de Radbruch y la doctrina iusnaturalista clásica son: la consideración del concepto de ordenamiento jurídico y de derecho, la importancia dada a la validez como pertenencia y la fuerza obligatoria de las normas injustas.

Duodécima conclusión. Pueden establecerse ciertos paralelismos entre la restricción al derecho de libertad de movimiento acontecida en el caso de Los tiradores del muro y la sucedida en España durante la pandemia en virtud del Real Decreto que declaró el estado de alarma.

En último lugar, cabe añadir como posible ámbito de investigación futura el estudio de las Leyes Fundamentales del Reino, creadas en España durante la dictadura franquista, e interpretarlas desde el punto de vista de la doctrina de la obediencia de la ley del tirano enunciada por Santo Tomás.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitución española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020).

Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 86, de 28 de marzo de 2020).

Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 101, de 11 de abril de 2020).

Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 115, de 25 de abril de 2020).

2. JURISPRUDENCIA

Recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020, contra los artículos 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo; el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; y la Orden

SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio de 2021.

3. OBRAS DOCTRINALES

AGULEDO GIRALDO, O.A. y GALÁN, A. R. (2015). Derecho injusto. Fórmula de universalización y derechos humanos. *NOVUM JUS*, 9. 111-136.

ALEXY, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. (Jorge Seña, Trad.). Gedisa

ALEXY, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. (José Antonio Seoane, Trad.). En Rodolfo Luis Vigo, *La injusticia extrema no es Derecho* (De Radbruch a Alexy) (227-251). La Ley.

ALEXY, R. (2010). *The argument from injustice. A reply to legal positivism*. Oxford University Press UK

BAYÓN MOHÍNO, J.C. (1996). Deber jurídico. En Garzón Valdés E. y Laporta, F. (eds.). *El derecho y la justicia* (313-332). Trotta/CSIC/BOE.

BEUCHOT PUENTE, M. (2004). *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*. San Esteban.

BOBBIO, N. (1993). *El positivismo jurídico*. (Rafael de Asís y Andrea Greppi, Trad.). Debate.

CARRILLO DE LA ROSA, Y. (2020). El problema del derecho injusto. *Revista Jurídica*, 17. 149-157.

CICERÓN, M.T. (1986). *Sobre la República; Sobre las Leyes*. (José Guillen, Trad.). Tecnos.

COLEMAN, J. (1982). Negative and Positive Positivism. *Journal of Legal Studies*, 11. 139-162

COTTA, S. (1987). *Justificación y obligatoriedad de las normas* (Antonio Fernández Galiano, Trad.). Ceura.

DE DOMINGO PÉREZ, T. (2022). Positivismo jurídico y cognitivismo ético. Valoración crítica y planteamiento alternativo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56. 71-96.

DELGADO PINTO, J. (1996). Normatividad del derecho. En Garzón Valdés E. y Laporta, F. (Eds.). *El derecho y la justicia*. Trotta/CSIC/BOE.

DREIER, H. (2015). *Derecho natural y positivismo jurídico. Juicios generales, prejuicios, juicios erróneos*. (Rafael Moreno González, Trad.). Externado

FARRELL MARTÍN, D. (2015). *Discusiones de Filosofía del Derecho*. Editorial Universidad de Palermo.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (2014). La obediencia al Derecho. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, 114-118. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2161>

FERRAJOLI, L. (2009). *Derechos y garantías. Ley del más débil*. Trotta

FERREYRA, R. G. (2013). *Fundamentos constitucionales*. Ediar

FINNIS, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot.

FULLER, L.L. (1964). The morality of law. *Journal of Church and State*, 8. 473-475.

GARCÍA AMADO, J.A. (2012). Positivismo jurídico. En A. Ollero (Ed.). *Derecho y moral: una relación desnaturalizada* (11-51). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

HART, H.L. (1958) Positivism and the separation of Law and morals. *Harvard Law Review*, 71. 593-629.

HART, H.L. (1961). *El Concepto de Derecho*. (Genaro Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot.

HART, H.L. (1980). El nuevo desafío del positivismo. *Sistema: revista de ciencias sociales*, 36. 3-18.

HART, H.L. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. (Rolando Tamayo, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.

KAUFMANN, A. (1989). Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho. En Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Gregorio Robles (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, 47-141. Debate.

KELSEN, H. (1981). *Teoría pura del derecho* (Roberto J. Vermengo, Trad.). Universidad Autónoma de México.

NINO, C.S. (1994). *Derecho, moral y política*. Ariel.

ORREGO SÁNCHEZ, C. (1997). *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*. Eunsa.

PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. (1984). *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PECES BARBA, G. (1998). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Eudema

PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2011). El caso de los tiradores del muro del Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la Filosofía del Derecho del siglo xx. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23. 453-487.

PLATÓN. (1872). *Las Leyes*. (Patricio Azcárate, Trad.). Medina y Navarro.

PORTELA, J. G. (2014) La relación entre moral y Derecho en el paleopositivismo y el positivismo jurídico. Aportes para una crónica. *Ius Humani*, 4. 116.

RADBRUCH, G. (1962). *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. (M. I. Azareto, Trad.). Abeledo-Perrot.

RADBRUCH, G. (2006a). Five Minutes of Legal Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. 13-15.

RADBRUCH, G. (2006b). Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. 1-11.

RAMOS PASCUA, J.A. (1989). *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*. Tecnos.

RAZ, J. (1984). Hart on Moral Rights and Legal Duties. *Oxford Journal of Legal Studies*, 4. 123-131

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (s.f). Justicia. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 1 de junio, 2022, de <https://dle.rae.es/justicia?m=form>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (s.f). Obedecer. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 1 de junio, 2022, de <https://dle.rae.es/obedecer>

REYES MOSSOS, M. (2016). La fórmula de Radbruch: una cuestión de iusnaturalismo. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, 7. 7-26

SAN AGUSTÍN. (1982). Obras de San Agustín III. Obras filosóficas. *El libre albedrío* (191-432). (Evaristo Seijas, Trad.). BAC.

SANTO TOMÁS, D. A. (2001). *Suma de Teología*. (José Martorell, Trad.). Biblioteca de Autores Cristianos.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (2002). 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*, 6. 761-790.