

LA ELIMINACIÓN DEL DERECHO POR LA MORAL*

MARTIN BOROWSKI**

Resumen. En este trabajo se aborda la discusión entre las teorías iusnaturalistas o no-positivistas y las positivistas acerca de la relación entre el derecho y la moral. Las teorías iusnaturalistas o no-positivistas parten de una conexión necesaria del derecho con la moral, mientras que las teorías positivistas niegan una tal conexión necesaria. En particular, las teorías iusnaturalistas aceptan típicamente que la conexión necesaria entre el derecho y la moral implicaría que, al atravesar un determinado umbral de injusticia, el derecho positivo pierde su carácter jurídico o su validez jurídica.

Palabras clave: derecho, moral, iusnaturalismo, no positivismo, positivismo.

THE ELIMINATION OF LAW BY MORALITY

Abstract. This paper deals with the discussion between natural law or non-positivist theories and positivists about the relationship between law and morality. Natural law or non-positivist theories start from a necessary connection between law and morality, while positivist theories deny such a necessary connection. In particular, natural law theories typically accept that the necessary

* Traducción del artículo original alemán “Die Vernichtung des Rechts durch Moral”, promanuscripto por EDUARDO R. SODERO (artículo de próxima aparición en libro colectivo conformado con otros trabajos de ROBERT ALEXI, JOHN FINNIS y ROBERT P. GEORGE, editado por el traductor). El texto también fue publicado en “Rechtsstaatliches Strafrecht: Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag”, FRANK SALIGER *et al.* (eds.), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2017, p. 71 a 84.

** Profesor en Derecho Público, Teoría Constitucional y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Karl-Ruprecht de Heidelberg (Alemania). Correo electrónico: borowski@jurs.uni-heidelberg.de.

connection between law and morality would imply that, upon crossing a certain threshold of injustice, positive law loses its legal character or its legal validity.

Keywords: right-moral, natural law, not positivism, positivism.

A ELIMINAÇÃO DA LEI PELA MORALIDADE

Resumo. Este artigo trata da discussão entre teorias do direito natural ou não positivistas e positivistas sobre a relação entre direito e moralidade. O direito natural ou as teorias não positivistas partem de uma conexão necessária entre direito e moral, enquanto as teorias positivistas negam tal conexão necessária. Em particular, as teorias do direito natural tipicamente aceitam que a conexão necessária entre direito e moral implicaria que, ao cruzar um certo limiar de injustiça, o direito positivo perde seu caráter jurídico ou sua validade jurídica.

Palavras-chave: direito, moral- lei natural, não positivismo-positivismo.

A) INTRODUCCIÓN

Según la usual contraposición en clave entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, las teorías iusnaturalistas o no-positivistas parten de una conexión necesaria del derecho con la moral³, mientras que las teorías positivistas niegan una conexión necesaria⁴. Las teorías iusnaturalistas aceptan típicamente⁵ que la conexión necesaria entre el derecho y la moral implicaría que, al atravesar un determinado umbral de injusticia, el derecho positivo pierde su carácter jurídico o su validez jurídica. Ejemplos famosos son la “fórmula de RADBRUCH” y el “argumento de la injusticia” (*Unrechtsargument*) de ALEXY. Querríamos: 1) investigar en esta contribución acerca de ese papel negativo de la moral para la existencia y la validez del derecho (“casación”), y luego ampliar la mirada desde una doble perspectiva:

³ KOLLER, *Theorie des rechts*, p. 31; ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 17.

⁴ KOLLER, *Theorie des rechts*, p. 24; ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 15. También, HART, *Positivism and the separation of law and morals*, “Harvard Law Review”, n° 74, p. 593 a 625; HART, *The concept of law*, p. 185.

⁵ Aunque por cierto no necesariamente, ver al respecto, sección III. 2.

tanto 2) acerca de la idea de un posible rol positivo de la moral para el derecho, como también 3) sobre la pregunta de para cuál de las teorías iusfilosóficas se plantea la cuestión de la casación del derecho por la moral.

§ 1. *LA CASACIÓN DEL DERECHO POR LA MORAL*

Ejemplar para una conexión negativa entre el derecho y la moral es la fórmula de RADBRUCH. Ella manifiesta: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría ser solucionado a través de que el derecho positivo, asegurado por la promulgación y la fuerza, también tenga prelación cuando sea injusto e inadecuado en su contenido, a menos que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que la ley en cuanto ‘derecho incorrecto’ (*unrichtiges Recht*) tenga que retroceder ante la justicia [...] donde la justicia ni siquiera ha sido buscada, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, ha sido conscientemente negada en el establecimiento del derecho positivo, entonces la ley no solo es ‘derecho incorrecto’, sino que más bien carece totalmente de la naturaleza de derecho”⁶.

Esta fórmula se compone de dos fórmulas parciales: la fórmula de la insoportabilidad (*Unerträglichkeitsformel*) y la fórmula de la negación (*Verleugnungsformel*)⁷. Ella ha de examinarse con el trasfondo del concepto formal del derecho de RADBRUCH, que expresa: “nosotros resumimos la esencia del orden jurídico en que este es de naturaleza positiva y al mismo tiempo, normativa, social y general”⁸. La pregunta acerca de una contradicción “insoportable” entre el derecho positivo y la justicia o sobre una “negación consciente” de la justicia al promulgarse el derecho se encuentra desde el vamos referida solamente al derecho positivo.

⁶ RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en WOLF - SCHNEIDER, *Rechtsphilosophie*, p. 339 a 350. Reimpresión: RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, p. 89.

⁷ No es nada claro cómo se relacionan entre sí los presupuestos de ambas fórmulas parciales, mas ello no puede ser examinado en el marco de esta investigación. Sobre la fórmula de la insoportabilidad, conf. en particular, ALEXY, “A defence of Radbruch’s Formula”, en DYZENHAUS (ed.), *Recrafting the rule of law-The limits of legal order*, p. 15 a 17; sobre la fórmula de la negación conf. en particular Funke, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs Verleugnungsformel*, p. 1 a 16.

⁸ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 124. Reimpresión: RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, p. 261.

Lo mismo vale para el argumento de la injusticia de ALEXY, que afirma: “la extrema injusticia no es derecho”⁹. Pues esta es la fórmula abreviada de ALEXY para una síntesis de la fórmula de RADBRUCH, que él elabora así: “las normas promulgadas correctamente y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”¹⁰.

Si una concepción tal del concepto del derecho y de la naturaleza del derecho puede convencer se encuentra discutido, mas ello puede no ser desarrollado en esta contribución. Antes bien son las consecuencias de las distintas teorías iusfilosóficas para la existencia y la validez del derecho las que deben permanecer en primer plano.

§ 2. **PÉRDIDA DEL CARÁCTER DE DERECHO O PÉRDIDA DE LA VALIDEZ JURÍDICA**

En la fórmula de RADBRUCH las dos fórmulas parciales tienen consecuencias jurídicas diferentes. Una contradicción insoportable entre el derecho positivo y la justicia conduce a la pérdida de validez, una negación consciente de la justicia –por el contrario– a una pérdida del carácter de derecho.

En ALEXY esa ordenación de las distintas consecuencias jurídicas se desdibuja significativamente. En su reconstrucción de la fórmula de RADBRUCH, luego de un breve análisis y de una interpretación subjetiva de la fórmula de la negación, explica que se va a referir sobre todo a la objetivamente elaborada fórmula de la insoportabilidad¹¹. En la síntesis ya citada de la fórmula de RADBRUCH por ALEXY son mencionados los presupuestos de la fórmula de la insoportabilidad, pero son sintetizadas las consecuencias jurídicas de ambas fórmulas parciales: “pierden su carácter de derecho o su validez jurídica” (*lose their legal character or their legal validity*)¹². Esto va a ser nuevamente expresado más brevemente a través del “no es derecho” (“*is no law*”)¹³.

⁹ ALEXY, *Die Doppelnatur des Rechts*, p. 398; conf. también, ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, p. 17; asimismo, del mismo, *On the concept and the nature of law*, “Ratio Juris”, n° 21, p. 282. Con mayor amplitud, sobre el argumento de la injusticia, ALEXY, *Begriff und Geltung*, p. 70.

¹⁰ ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, p. 17.

¹¹ ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, p. 16.

¹² ALEXY, *A defence of Radbruch's Formula*, p. 17.

¹³ ALEXY, *Even shorter: Extreme injustice is no law*.

En sus explicaciones referidas al argumento de la injusticia (*Unrechtsargument*), ALEXY se apoya por lo común de manera estrecha en la fórmula de RADBRUCH. Eso oculta fácilmente que, con respecto a las consecuencias jurídicas de los defectos morales, existe una diferencia fundamental entre ambas; ALEXY se funda en un concepto del derecho no libre de validez y RADBRUCH –por el contrario– en un concepto del derecho libre de validez.

a) *CONCEPTOS DEL DERECHO LIBRE Y NO LIBRE DE VALIDEZ*. Con un concepto del derecho no-libre de validez, la validez jurídica es incluida *per definitionem* en el concepto de derecho o de norma jurídica¹⁴. Solo las normas jurídicamente válidas pueden ser “normas jurídicas”; en caso de carecer de validez, esas normas conceptualmente ya no serían “derecho”. Según un concepto del derecho libre de validez, la validez es una propiedad de las normas jurídicas que no es necesaria, sino posible. Las normas que *ya no* son válidas o que *todavía no* son válidas, son conceptualmente “normas jurídicas”. Conforme a ese concepto del derecho, el derecho válido supone, en primer lugar, los criterios del carácter jurídico de la norma en cuestión; y en segundo lugar, que la norma en cuestión satisfaga los criterios de la validez jurídica. Si la norma satisface los criterios del carácter jurídico, pero no los criterios de validez, se trata de una norma jurídica que empero no vale (actualmente). Si no satisface los criterios del carácter jurídico, la pregunta acerca de los criterios de validez jurídica –por el contrario– carece de sentido desde el arranque, pues solo una norma con carácter jurídico puede, a través de la satisfacción de los criterios de validez jurídica, llegar a ser derecho válido¹⁵.

b) *EL CONCEPTO DEL DERECHO LIBRE DE VALIDEZ DE RADBRUCH*. En sus obras principales RADBRUCH siempre había distinguido con claridad entre el “concepto” y la “validez” del derecho¹⁶. Decisivo para el concepto del derecho es su ya mencionado concepto formal del

¹⁴ Sobre la diferencia entre conceptos del derecho libres de validez y no-libres de validez, ver ALEXY, *Begriff und Geltung*, p. 44 y ss.; BOROWSKI, “Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch”, en BOROWSKI - PAULSON (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, p. 238.

¹⁵ RADBRUCH parece ir contra esta visión cuando le niega el carácter jurídico a actos individuales, pero a pesar de ello los considera “lícitos” (*zulässig*) es decir, “válidos” (*gültig*). Conf. al respecto BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 255.

¹⁶ En las obras principales se encuentra un capítulo respectivo referido al concepto y la validez del derecho, ver BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 239.

derecho. Solo las normas positivas, generales y sociales tienen carácter jurídico. Con ello los “criterios de validez” positivistas de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social ya son en RADBRUCH criterios para el carácter jurídico. Una exigencia adicional existe con el concepto material del derecho, que reza: “el derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de derecho. El concepto del derecho está así orientado a la idea de derecho”¹⁷. Central para la idea de derecho es la justicia: “en realidad decidimos únicamente según el criterio de la justicia como fin (*bezweckte Gerechtigkeit*) si un mandato verdaderamente tiene naturaleza jurídica, si se corresponde con el *concepto* del derecho”¹⁸.

La “justicia como fin” está ausente en el caso de “negación consciente” de la justicia, por lo cual la consecuencia jurídica de la fórmula de la negación consiste en la ausencia de carácter jurídico. En contraposición, la fórmula de la insoportabilidad tiene su raíz en la teoría de la validez de RADBRUCH. Según la teoría desdoblada de la validez de RADBRUCH en la *Filosofía del derecho* del año 1932, el juez tenía que aplicar también las leyes extremadamente injustas, mientras que tales leyes perdían su validez para el ciudadano (incluso cuando este debía soportar la sanción jurídica)¹⁹. La modificación luego de la guerra consiste en que ahora las leyes extremadamente injustas pierden la validez también para el juez. Con ello, RADBRUCH defiende un concepto del derecho libre de validez, que tanto en el concepto del derecho (“la justicia como fin”) como también en el concepto de validez (no extremadamente injusto) establece una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

c) *EL CONCEPTO DEL DERECHO NO-LIBRE DE VALIDEZ DE ALEXY*. Este, por el contrario, explícitamente declara utilizar un concepto del derecho no-libre de validez: “para la explicación del positivismo es aconsejable elegir un concepto del derecho que incluya el concepto de validez”²⁰. Él fundamenta esto en esencia diciendo que de otra manera existiría el riesgo de una trivialización²¹. Ello acierta en

¹⁷ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 119.

¹⁸ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 168.

¹⁹ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 168. Conf. al respecto, BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 259 y siguientes.

²⁰ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 45.

²¹ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 45.

algo, pues de hecho puede pasarse por alto una relación necesaria entre el derecho y la moral, si esa relación radica en los criterios de la validez, pero el carácter jurídico de las normas es definido de manera “positivista”²².

d) **VALORACIÓN.** En principio se puede utilizar tanto un concepto del derecho libre de validez como uno no-libre de validez²³. El concepto del derecho no-libre de validez ciertamente plantea el problema de que –por ejemplo– “derecho romano” no puede ser caracterizado en un verdadero sentido como “derecho”, pues ciertamente sus normas, que ya no valen más, conceptualmente no son (más) “derecho”²⁴. Este problema lingüístico puede empero ser solucionado si se habla de un derecho antiguo, futuro o potencial, etcétera. Para el concepto del derecho libre de validez aparece el aludido peligro de no advertir la relación necesaria entre el derecho y la moral en los criterios de validez. Pero si se es consciente del peligro, el mismo queda conjurado. En la medida que apenas pueden darse argumentos concluyentes a favor o en contra de ambos conceptos del derecho, en definitiva existen dos posibles reconstrucciones de los criterios para la existencia de derecho válido.

RADBRUCH distinguía dos relaciones diferentes entre el derecho y la moral: por un lado, los criterios del carácter jurídico y, por otro lado, los criterios de validez, lo que para él hacía recomendable el concepto del derecho libre de validez. En contraposición, el argumento de la injusticia de ALEXY tiene una estructura más simple: el derecho positivo extremadamente injusto no es derecho vigente. Él puede dejar sin responder si ello se debe a la carencia de carácter jurídico o a la carencia de validez. Desde el punto de vista práctico esa diferencia no tiene ninguna importancia: el juez está vinculado al derecho válido. Si una norma no es derecho válido, él no está vinculado a ella –si la norma carece de carácter jurídico o de validez jurídica no tiene aquí ninguna importancia–.

²² O a la inversa, si desde una teoría “positivista” de la validez es inferida una completa concepción positivista, a pesar de presuponerse una conexión necesaria del derecho con la moral en los criterios del carácter jurídico –dicho en pocas palabras–, aquí radica el error decisivo de la “tesis de la conversión” acerca de la filosofía jurídica de RADBRUCH (conf. BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 240).

²³ Además de ALEXY utilizan un concepto del derecho no-libre de validez de Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 9; Ross, *Directives and norms*, p. 79; KOLLER, *Theorie des Rechts*, p. 109.

²⁴ En esa dirección ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 47 y 48.

§ 2. LA NECESIDAD DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA “CASACIÓN”

Quien con un concepto del derecho iusnaturalista según la fórmula de RADBRUCH o según el argumento de la injusticia, niega el carácter jurídico o la validez jurídica a determinadas normas del derecho positivo se encuentra con preguntas adicionales. ¿Está habilitado sin más cualquier ciudadano (*Rechtsunterworfen*) a ignorar normas de derecho positivo sancionadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces que él considere “extremadamente injustas”? ¿Está habilitada al respecto la Administración a pesar de su vinculación a la ley? ¿O la determinación está reservada a los tribunales o incluso a un único tribunal? Estas preguntas son bien conocidas a partir de la reconstrucción del control constitucional judicial de las leyes del Parlamento²⁵ y también se plantean para el derecho positivo extremadamente inmoral (*extrem moralwidriges positives Recht*).

Por cierto que existen dos diferencias: en primer lugar, que en el control de constitucionalidad de las leyes del Parlamento se trata de un conflicto entre dos distintos tipos de derecho positivo, y no de un conflicto entre el derecho positivo y la moral. En segundo lugar, una Constitución no solo contiene normas que transforman en derecho exigencias centrales de la moral. Por ello es que no en toda inconstitucionalidad existe necesariamente una injusticia extrema. Si una Constitución –como la *Grundgesetz*– protege adecuadamente la libertad y la igualdad jurídica y fáctica de los súbditos, en toda extrema injusticia también existirá una violación a un mandato constitucional. En la medida en que una extrema injusticia configura una “inconstitucionalidad”, una “casación” de una ley positiva extremadamente injusta puede llegar a tener lugar por la vía del control de constitucionalidad y de la declaración de nulidad.

Con ello el problema de la institucionalización de la casación del derecho extremadamente injusto no estará, sin embargo, completamente solucionado. No en todo sistema jurídico tiene que estar institucionalizado un efectivo control judicial de constitucionalidad para

²⁵ Sobre la visión alemana de la nulidad *ipso iure* y *ex tunc*, ver Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 72 y ss.; SCHLAICH - KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 288 y ss.; *La teoría de la anulabilidad ex nunc corresponde a la tradición austriaca fundada por Hans Kelsen y Adolf Julius Merkl*, p. 278.

la extrema injusticia, e incluso si lo está, puede fracasar tras la caída del sistema injusto²⁶.

En RADBRUCH se encuentran dos puntos de partida respecto de la cuestión de la competencia para la apelación a la extrema injusticia del derecho positivo. El primero se encuentra en su teoría de la validez, en la *Filosofía del derecho* del año 1932: “por lo general la conciencia individual considerará como más preocupante una violación del derecho positivo que el sacrificio de la propia convicción jurídica, pero pueden existir ‘leyes infames’ (*Schandgesetze*) a las cuales la conciencia les niegue obediencia”²⁷. Y poco antes: “la completa validez de todo el derecho positivo [...] puede afirmarse frente a todo individuo”²⁸. Estas formulaciones significan que todo ciudadano conforme a su decisión de conciencia está habilitado a calificar al derecho positivo como extremadamente injusto –con la consecuencia de que para él queda suprimida la validez de ese derecho–. Ello conduciría a una enorme inseguridad jurídica, que no puede ser aceptada²⁹. Las formulaciones citadas provienen de los fragmentos del concepto de validez desdoblado de RADBRUCH en su *Filosofía del derecho* de 1932, conforme al cual el juez también debe aplicar leyes positivas extremadamente injustas. Incluso cuando esas mismas leyes no tengan ninguna validez para el ciudadano, ellas “prueban” su “fuerza” frente a aquél³⁰. De esa manera, la pérdida de validez para el ciudadano, en RADBRUCH, se queda extrañamente sin consecuencias³¹.

²⁶ Esto lo ilustran en Alemania la decisión sobre ciudadanía (*Staatsangehörigkeitsbeschluss*) (BVerfGE 23, 98 y ss.) tras la caída del régimen nacionalsocialista, y las sentencias sobre los guardianes del Muro (*Mauerschützen*) (BGHSt 39, 1, ss.; 41, 101 y ss.; BVerfGE 95 y ss.; EGMR, EuGRZ 2001, 210 y ss.) tras la caída de la “República Democrática Alemana”.

²⁷ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 177 (RGA 2, 315; destacado omitido).

²⁸ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 177 (RGA 2, 315; destacado omitido).

²⁹ Conf. BOROWSKI, *Die Glaubens-und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, p. 554 y siguientes.

³⁰ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 178 y ss. (RGA 2, 316; destacado omitido).

³¹ Esta construcción por cierto que plantea interrogantes. Si la norma del derecho positivo en cuestión no tiene validez jurídica para el ciudadano, entonces ella no genera para él ningún deber jurídico. Cuando el Estado impone esa norma coercitivamente, ello se presenta desde la perspectiva del ciudadano como un ataque antijurídico contral el cual él podría hacer ejercicio de legítima defensa, etc.. Si se parte de un deber de aceptación del ciudadano, se plantea la cuestión de desde dónde ha de provenir ese deber, si la norma en cuestión no vale para él. Acerca del concepto del derecho desdoblado de RADBRUCH, ver también BOROWSKI, *Begriff und Geltung*, p. 259 y siguientes.

Completamente en la otra dirección se orienta la observación de RADBRUCH en su artículo de posguerra *Injusticia legal y derecho supralegal*: “No todo juez debería poder dejar de lado leyes por su cuenta, esa tarea debería antes bien quedar reservada a un tribunal superior o a la legislación”³². Dado que la legislación puede permanecer en la pasividad³³, en definitiva ello depende de un tribunal de máxima jerarquía en el cual esté centralizada la competencia para declaración de nulidad del derecho positivo extremadamente injusto.

Esa centralización tiene la ventaja de que con ella puede lograrse un máximo de seguridad jurídica. Se evitarían decisiones contradictorias de distintos tribunales acerca del problema de la extrema injusticia. La seguridad jurídica ya es un argumento decisivo para la determinación del umbral más allá del cual estamos en el campo de la extrema injusticia³⁴. De esa manera a través de la implementación de la casación de la extrema injusticia también se reducen al mínimo posible los costos para la seguridad jurídica. Una jurisdicción centralizada para la declaración de nulidad de la extrema injusticia requiere por cierto de la institucionalización en el respectivo sistema jurídico: la centralización determina que a los otros tribunales y órganos se los priva de la competencia en cuestión y que ellos en los casos de duda deben suspender el proceso y someter la cuestión al tribunal supremo. Esas cuestiones procesales, por su parte, necesitan una vez más la determinación a través del derecho positivo. La institucionalización de la competencia para la declaración de nulidad del derecho positivo extremadamente injusto como la forma que representa la menor pérdida de seguridad jurídica, se presenta así en definitiva como exigida por los mismos fundamentos que hablan en favor de la fórmula de RADBRUCH o del argumento de la injusticia.

§ 3. **LA CREACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA MORAL**

Aunque la relación negativa entre el derecho y la moral, en el sentido de la casación, se ubica en el centro de la discusión iusfilosófica, también se puede plantear el interrogante acerca de una posible relación positiva. Sorprendentemente, esta pregunta no ha sido

³² RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, p. 347 (RGA 3, 90).

³³ Conf. al respecto, ALEX, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 100.

³⁴ ALEX, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 90 a 92.

considerada hasta ahora en ningún lado³⁵. En el marco de una contribución referida al positivismo incluyente, KENNETH EINAR HIMMA distingue ciertamente dos componentes de la tesis de la incorporación³⁶, que implican distintas clases de la dependencia de la validez jurídica de una norma de su corrección de contenido, a saber: el "componente de suficiencia" (*Sufficiency component*) y el "componente de necesidad" (*Necessity component*). El "componente de suficiencia" se corresponde con la ya expuesta relación negativa entre el derecho y la moral: "conforme al componente de necesidad, son conceptualmente posibles sistemas jurídicos en los cuales es una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida, que su contenido sea compatible con algún conjunto de normas morales. Así, el componente de necesidad le permite a la moral funcionar como un límite para el derecho promulgado"³⁷.

En contraposición puede pensarse en una relación positiva entre el derecho y la moral, que puede describirse como "creación" del derecho a través de la moral. En palabras de HIMMA: "de acuerdo al componente de suficiencia, son conceptualmente posibles sistemas jurídicos en los cuales es una condición suficiente para que una norma sea jurídicamente válida el que ella reproduzca el contenido de algún principio moral. El componente de suficiencia permite, entonces, que una norma no promulgada pueda ser jurídicamente válida en virtud de su contenido moral"³⁸.

³⁵ Fuera de las ciertamente escasas observaciones de KENNETH EINAR HIMMA, a cuya distinción ya se ha hecho referencia en el texto, la cuestión ha sido recientemente sometida a una amplia revisión por MICHAEL HERBERT en su tesis doctoral "Radbruchsche Formel und gesetzgeberisches Unterlassen. Eine philosophische und methodische Untersuchung". Dicho brevemente, HERBERT argumenta en favor de que la fórmula de RADBRUCH sea desarrollada en el sentido de que también pueda quedar comprendida la abstención extremadamente injusta. Metodológicamente esto debería ser elaborado a partir del concepto de laguna legislativa. Un tratamiento más detenido de esta concepción excedería del presente marco.

³⁶ Según la tesis de la incorporación, característica del positivismo jurídico incluyente, pueden existir sistemas jurídicos en los cuales la validez jurídica de las normas sea independiente de su corrección de contenido: "Inclusive positivists subscribe to the Incorporation thesis, according to which there are conceptually possible legal systems in which the validity criteria include substantive moral norms" [HIMMA, "Inclusive legal positivism", en COLEMAN - SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, p. 136].

³⁷ HIMMA, *Inclusive legal positivism*, p. 136 (se omite la anotación).

³⁸ HIMMA, *Inclusive legal positivism*, p. 136.

La pregunta acerca de una creación del derecho por la moral plantea toda una cantidad de interrogantes que en parte son bien complejos. En este marco solo pueden ofrecerse algunas observaciones para una primera orientación.

En primer lugar, es conveniente ubicar la distinción que hace HIMMA en el marco del positivismo jurídico incluyente, en el contexto de la iusnaturalista fórmula de RADBRUCH. Que la cuestión de la abstención extremadamente injusta del legislador en el contexto de la fórmula de RADBRUCH hasta ahora no haya encontrado ninguna consideración obedece a que una discusión de esa cuestión no ha sido planteada adecuadamente a través de los correspondientes casos.

En segundo lugar, la fórmula de RADBRUCH no permite comprender el “componente de suficiencia” en el sentido de HIMMA. Una “norma no-promulgada” no es derecho positivo, y según el concepto del derecho formal de RADBRUCH, que constituye el *background* (HINTERGRUND) de su fórmula, solo las normas positivas pueden ser “derecho”. Quien quiera comprender la abstención del legislador a través de la fórmula de RADBRUCH, debe para eso ampliar la fórmula.

En tercer lugar, si y bajo qué condiciones la abstención del legislador resulta extremadamente injusta depende de la teoría de la justicia mejor justificada. En el centro de esa teoría se encuentran los derechos humanos. La discusión de dogmática de los derechos fundamentales acerca de los derechos fundamentales de protección y de los derechos sociales fundamentales ha demostrado que los derechos fundamentales también tienen un aspecto positivo, que bajo determinadas circunstancias impone en todo caso deberes de legislar. Dado que los derechos fundamentales pretenden objetivamente transformar en derecho los derechos humanos en cuanto derechos morales³⁹, la faz positiva de los derechos fundamentales indica que en los casos más extremos siempre existe un deber moral de proteger los derechos fundamentales a bienes de protección y de prestar ayuda social. Por cierto que el Estado típicamente tiene una facultad amplia acerca de si, cómo, cuánto y de qué forma ha de proporcionar protección o una prestación especial, con lo cual los deberes de acción son comparativamente raros. En vista de esto es que la abstención de una determinada acción de promoción solo puede ser considerada como extremadamente injusta bajo muy especiales circunstancias.

³⁹ ALEXY, “Grundrechte”, en *Enzyklopädie Philosophie*, p. 950; BOROWSKI, *Gewissensfreiheit*, p. 94.

En cuarto lugar, la distinción entre hacer y dejar de hacer se presenta como compleja y ambigua, por mencionar aquí solo la distinción formal y material entre hacer y dejar de hacer⁴⁰. Esto se volverá más complicado con los derechos de igualdad, que pueden dar pie a pretensiones de otorgamiento de trato preferente que ocultan violaciones a la igualdad, y de defensa de cargas impuestas de manera desigual.

En quinto lugar, la cuestión de la igualdad, que tiene especial importancia para la concepción radbruchiana de la justicia⁴¹, demuestra precisamente que una reconstrucción completa del problema de la creación del derecho a través de un mandato extremadamente injusto también exige una reconstrucción completa de la fórmula de la negación –la negación de la justicia en RADBRUCH es esencialmente la negación de la igualdad–.

§ 4. **CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O LA VALIDEZ DEL DERECHO EN EL IUSNATURALISMO Y EN EL IUSPOSITIVISMO**

La eliminación del derecho positivo a través de la extrema injusticia ha sido vista, en la discusión acerca del concepto del derecho, como característica de la fórmula de RADBRUCH o del argumento de la injusticia. En vista de ello podría surgir la impresión de que una teoría iusnaturalista debería partir de una relación así, y que a los iuspositivistas nunca se les plantearía tal problema. En una mirada más certera, ambas suposiciones se presentan como falsas.

§ 5. **EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LOS CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O VALIDEZ DEL DERECHO**

Dentro del positivismo jurídico son defendidas distintas posiciones básicas, el positivismo jurídico excluyente y el incluyente.

a) *POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE*. Según el positivismo jurídico excluyente, los criterios morales para la existencia o la validez del derecho no son necesarios ni posibles. La imposibilidad de criterios morales se deriva de que el derecho, conforme a su naturaleza

⁴⁰ Acerca de esta distinción, conf. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 210 y siguientes.

⁴¹ Conf., solamente, RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 120 (RGA 2, 258): "justicia [...] significa igualdad".

—en cuanto fenómeno fundado a través de hechos sociales— no puede hacerse depender⁴² de la moral crítica⁴³. Para esta variante del positivismo jurídico, el planteo de la pregunta de esta contribución, la eliminación o la creación del derecho por criterios morales es irrelevante desde el principio.

b) *POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE*. Distinto se ve esto desde la perspectiva del positivismo jurídico incluyente, según el cual los criterios morales para la existencia o la validez del derecho, si bien no son necesarios, son sin embargo posibles⁴⁴. No es por casualidad que HIMMA haya desarrollado su diferenciación entre “componente de necesidad” y “componente de suficiencia” en el marco de su exposición del positivismo jurídico incluyente. Si esta relación entre el derecho y la moral existe en un determinado sistema jurídico, y qué forma y fuerza asume, se determina conforme a las contingentes decisiones correspondientes a los criterios de validez en ese sistema jurídico.

§ 6. *EL IUSNATURALISMO Y LOS CRITERIOS MORALES PARA LA EXISTENCIA O VALIDEZ DEL DERECHO*

No es raro que las teorías iusnaturalistas o no-positivistas sean caracterizadas señalándose que ellas necesariamente niegan la validez o existencia al derecho positivo en el caso de un defecto moral relevante⁴⁵. Esta caracterización es demasiado estrecha.

a) *FORMAS DE RELACIÓN NECESARIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL*. Como se dijo al comienzo de este trabajo, una teoría iusnaturalista se caracteriza a través de la vinculación necesaria del derecho con la

⁴² RAZ, *The authority of law*, p. 47; MARMOR, “Exclusive legal positivism”, en COLEMAN - SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, p. 104 a 124.

⁴³ La distinción entre iusnaturalismo y positivismo sería trivializada si una vinculación necesaria en el sentido de la tesis iusnaturalista de la vinculación significase una relación entre el derecho y la moral positiva. Por “moral positiva” se entiende las concepciones morales que de hecho imperan en un grupo determinado en un tiempo determinado (también un hecho social), mientras que la moral crítica solo se caracteriza por su fundamentabilidad y porque puede ser invocada contra las concepciones morales realmente imperantes en cada grupo. Sobre la diferencia entre moral positiva y crítica, ver en particular, HART, *Law, liberty and morality*, p. 17 y siguientes.

⁴⁴ COLEMAN, *The practice of principle*, p. 103 ss.; conf. HART, “Postscript”, en HART, *The concept of law*, p. 250 y siguientes.

⁴⁵ Conf., por ejemplo, Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, p. 442.

moral. Una posición según la cual los criterios morales son necesarios para la identificación del derecho válido, parte de esa vinculación. Ciertamente que existen otras formas de vinculación necesaria relevante entre el derecho y la moral, que no se ajustan a los criterios morales para determinar la existencia o la validez del derecho.

Así, por ejemplo, ALEXY parte de que la pretensión de corrección del derecho justificaría una "conexión calificante" entre derecho y moral, según la cual el derecho inmoral sería jurídicamente defectuoso, sin perder la existencia o validez⁴⁶. Él ha precisado⁴⁷ la tesis iusnaturalista de la vinculación por la vía de señalar que también la conexión meramente calificante conduce a una posición iusnaturalista⁴⁸. Emparentada con la conexión calificante de ALEXY se encuentra la distinción de FINNIS entre "casos centrales del derecho" (*central cases of law*) y "casos periféricos del derecho" (*peripheral cases of law*), es decir, el "significado focal" (*focal meaning*) y el "significado secundario" (*secondary meaning*)⁴⁹.

Por lo demás, una conexión necesaria entre el derecho y la moral puede anclarse en la naturaleza del derecho. Si se ve en el derecho un medio para la satisfacción de la moral, y se considera a la seguridad jurídica como una exigencia de la moral⁵⁰, entonces con la seguridad jurídica existe un argumento moral para hacer que la existencia o validez del derecho no dependa de la corrección de su contenido. En esa medida puede existir una relación necesaria relevante entre el derecho y la moral incluso más allá de los criterios morales para la corrección o la validez del derecho⁵¹.

⁴⁶ ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 49; "The nature of arguments about the nature of law", en MEYER - PAULSON - POGGE (eds.), *Rights, culture, and the law. Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*, p. 15; *Some reflections on the ideal dimension of law and on the legal philosophy of John Finnis*, "American Journal of Jurisprudence", n° 58, p. 104.

⁴⁷ ALEXY, *Some reflections*, p. 98.

⁴⁸ There is no necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other (ALEXY, *Some reflections*, p. 98).

⁴⁹ Conf., en particular, FINNIS, *Natural law and natural rights*, p. 364.

⁵⁰ Conf. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 178, reimpreso en RGA 2, 9-204 (170): "Sería indispensable poner en relación a la seguridad jurídica con la justicia, integrarla en un ideal omnicomprendivo de la justicia, entenderla a ella misma como exigencia de la justicia en un sentido amplio".

⁵¹ Conf. también, ELLScheid, "Strukturen naturrechtlichen Denkens", en HASSEMER - NEUMANN - SALIGER (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechts-*

b) *LA CONEXIÓN CALIFICANTE Y LA VALIDEZ JURÍDICA*. Para concluir debe mirarse más detenidamente la conexión calificante. Ya se ha dicho que Alexy destaca que la conexión calificante no afecta la validez del derecho calificado como defectuoso. Para las normas que son moral –y con ello, también jurídicamente– defectuosas, esto significa que el defecto no obsta a su validez: “no afecta su validez”⁵². Esto podría ser entendido entonces en el sentido de que un defecto moral –en el sentido de la conexión calificante– nunca puede conducir a la eliminación del derecho positivo, y con ello no detenta ninguna significación para la existencia y la validez del derecho.

c) *LA SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA DEL DEFECTO JURÍDICO MORALMENTE JUSTIFICADO*. ALEXY postula no solo una significación teórica de la conexión calificante, sino también una práctica: esa conexión sería “de la mayor importancia para la relación entre la dimensión real y la dimensión ideal del derecho, y ello no solo por razones teóricas, sino también *por razones prácticas por su naturaleza*”⁵³. La significación práctica la ilustra con ayuda del siguiente argumento: “Si el defecto fuese meramente moral, sería difícil explicar por qué un tribunal superior –independientemente de lo que diga el derecho positivo– tiene la competencia jurídica para dejar sin efecto la decisión injusta de un tribunal inferior en un caso en el cual esa decisión injusta es tan compatible en todas sus partes con el derecho positivo como lo sería una decisión justa”⁵⁴.

Esa argumentación apunta al ámbito de apertura⁵⁵ del derecho positivo. Ese es el ámbito de las interpretaciones posibles que quedan luego de la aplicación de los cánones de la interpretación. Todas esas interpretaciones son compatibles con el material positivizado. Con la conexión calificante ahora se puede –tal podría ser la idea de ALEXY– decidir dentro de la clase de las interpretaciones posibles según el derecho positivo, entre las interpretaciones moralmente defec-

theorie der Gegenwart, p. 147. El “pensamiento iusnaturalista no estaría limitado al problema de la nulidad de las normas legisladas, como quizás era típico en la época de la posguerra, en el cual el problema de la injusticia legal estaba arriba de la mesa”.

⁵² ALEXY, *Some reflections*, p. 104. Concordantemente se dice en otras publicaciones que las normas defectuosas “pueden ser normas jurídicas” (ALEXY, *Begriff und Geltung*, p. 49), es decir, *might well nevertheless count as legal norms*” (ALEXY, *Nature*, p. 15).

⁵³ ALEXY, *Some reflections*, p. 104.

⁵⁴ ALEXY, *Some reflections*, p. 104.

⁵⁵ *Comp. open texture of law* de HART, *The concept of law*, p. 124 y siguientes.

tuosas y las que no lo son. Dado que, según la conexión calificante, las normas o decisiones moralmente defectuosas también son jurídicamente defectuosas, las interpretaciones compatibles con el material positivizado pueden considerarse antijurídicas por la sola razón de su “defectuosidad” (*Fehlerhaftigkeit*) moral. Esta interesante reconstrucción permite de hecho la diferenciación entre “antijuridicidad por falta de compatibilidad con el material positivizado” y “antijuridicidad por la sola razón de la defectuosidad moral”. El argumento ahora dice: sin la conexión calificante sería difícil de explicar que consideremos habilitado a un tribunal superior a dejar sin efecto una decisión injusta de un tribunal inferior a pesar de que su decisión injusta sea tan compatible con el material positivizado como una decisión justa.

d) *EL ARGUMENTO DE LA DECISIÓN INICIAL ANTIJURÍDICA POR LA SOLA RAZÓN DE SU INJUSTICIA Y EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE*. Este argumento, ante todo, se apoya sobre una serie de presupuestos. En primer lugar la significación práctica presupone que exista un tribunal superior. La existencia de instancias sucesivas es una característica típica de los modernos sistemas jurídicos, pero no es sin más una nota necesaria para la existencia de sistemas jurídicos. Las instancias sucesivas son institucionalizadas a través del derecho positivo, y con ello su existencia es en rigor contingente.

En segundo lugar, que también se encuentre establecido en el derecho positivo bajo qué condiciones los tribunales superiores están habilitados a dejar sin efecto decisiones de tribunales inferiores. Eso puede ser la revocación en casos de *antijuridicidad* de la decisión anterior (a lo cual apunta ALEXY con el argumento de la decisión anterior que es antijurídica por la sola razón de su injusticia), pero el derecho positivo también podría limitar la habilitación a la *antijuridicidad fundada sobre una incompatibilidad con el material positivizado*. Tampoco quedaría excluida una habilitación para el caso de *antijuridicidad o injusticia*. Si la existencia de un tribunal superior, al igual que su poder jurídico, es una cuestión contingente de derecho positivo, esto también podría valer para la cuestión de qué rol juega la injusticia en ese poder jurídico. Entonces el poder jurídico de un tribunal superior, de revocar decisiones injustas de tribunales inferiores, podría ser explicado tanto sobre la base del positivismo incluyente como sobre la base de la teoría iusnaturalista de ALEXY⁵⁶.

⁵⁶ En esa medida sería ciertamente no “difícil de explicar” (ver *supra*, sección aa) sin la iusnaturalista conexión calificante..

e) *LA REVOCACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL Y LA VALIDEZ JURÍDICA.*

En la revocación de una decisión judicial se encuentra necesariamente, además, la revocación de una norma individual. La teoría pura del derecho ha expuesto que también los actos individuales de la Administración y de la jurisprudencia son objetos normativos en el sentido de normas individuales⁵⁷. Esto significa que ALEXY no puede pretender al mismo tiempo que los tribunales superiores estén necesariamente habilitados a revocar las decisiones de los tribunales inferiores por la sola razón de su injusticia, y que ello no afecte la validez de las normas. Siguiendo su argumentación relativa al necesario poder jurídico de los tribunales superiores para revocar las decisiones de los tribunales inferiores, ello implica la habilitación de tribunales superiores, que invalidan las normas individuales establecidas por los tribunales inferiores y en su lugar establecen nuevas normas individuales. Ello es una conexión más débil que, por ejemplo, una nulidad de pleno derecho de normas positivas según el argumento de la injusticia, pero es una conexión –necesaria, según ALEXY– que relativiza la validez jurídica de las normas jurídicas al habilitarse a un órgano para que, bajo determinadas circunstancias, elimine esas normas jurídicas.

Esta conexión tampoco está necesariamente limitada a normas individuales. El argumento de la decisión inferior antijurídica por la sola razón de su injusticia puede ser extendido a las normas generales, pues por lo común los tribunales están habilitados bajo determinadas circunstancias al control de normas conforme al criterio de la antijuridicidad. Entonces el argumento de ALEXY puede ser extendido a las normas generales antijurídicas por la sola razón de su injusticia. Aparecería así una habilitación necesaria de los respectivos tribunales para eliminar normas injustas (que se entienda bien: no solo extremadamente injustas), siempre en el ámbito de apertura del derecho positivo, que conforma el criterio de control.

Todo esto puede ser investigado más exhaustivamente. Pero incluso así debería quedar en claro que a la significación práctica que ALEXY pretende para la conexión calificante, está vinculada una habilitación para la eliminación del derecho. En vista de eso, la tesis de que esa conexión no afectaría la validez jurídica resultaría difícil de ser mantenida.

⁵⁷ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 242.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, ROBERT, "A defence of Radbruch's Formula", en DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the rule of law-the limits of legal order*, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon, 1999.
- *Begriff und Geltung*, n° 1, "Aufl. der Studienausg", 2011.
- *Die Doppelnatur des Rechts*, "Der Staat", n° 50, 2011, p. 389 a 404.
- "Grundrechte", en *Enzyklopädie Philosophie*, 2ª ed., H.-J. Sandkühler (Hg.), Hamburg, 2010.
- *On the concept and the nature of law*, "Ratio Juris", n° 21, 2008, p. 281 a 299.
- *Some reflections on the ideal dimension of law and on the legal philosophy of John Finnis*, "American Journal of Jurisprudence", n° 58, 2013, p. 97 a 110.
- *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1996.
- "The nature of arguments about the nature of law", en MEYER, LUKAS H. - PAULSON, STANLEY L. - POGGE, THOMAS W. (eds.), *Rights, culture, and the law. Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- BOROWSKI, MARTIN, "Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch", en BOROWSKI, MARTIN - PAULSON, STANLEY L. (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Mohr Siebeck, 2015.
- *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen 2006.
- BOROWSKI, MARTIN - PAULSON, STANLEY L. (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Mohr Siebeck, 2015.
- COLEMAN, JULES, *The practice of principle*, Oxford 2001.
- COLEMAN, J. - SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, 2002.
- DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the rule of law-the limits of legal order*, Hart Publishing, Oxford - Portland Oregon, 1999.
- ELLSCHIED, GÜNTER, "Strukturen naturrechtlichen Denkens", en HASSEMER, W. - NEUMANN, U. - SALIGER, F. (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., Heidelberg, 2016.
- FINNIS, JOHN, *Natural law and natural rights*, 2ª ed., Oxford, 2011.
- FUNKE, ANDREAS, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs Verleugnungsformel*, ARSP, n° 89, 2003, p. 1 a 16.
- HART, HEBERT, *Positivism and the separation of law and morals*, "Harvard Law Review", n° 74, 1958, p. 593 a 625.
- *The concept of law*, 3ª ed., Oxford, 2012.
- *Law, liberty, and morality*, Oxford, 1963.
- HASSEMER, W. - NEUMANN, U. - SALIGER, F. (eds.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., Heidelberg, 2016.
- HIMMA, KENNETH E., "Inclusive legal positivism", en COLEMAN, J. - SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford 2002.
- IPSEN JÖRN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden 1980.
- KELSEN, HANS, "Das Problem der Gerechtigkeit", en *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien 1960.
- *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960.

- KOLLER, PETER, *Theorie des Rechts*, 2ª ed., Wien - Köln - Weimar, 1997.
- MARMOR ANDREI, “Exclusive legal positivism”, en COLEMAN, J. - SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, 2002.
- MEYER, LUKAS H. - PAULSON, STANLEY L. - POGGE, THOMAS W. (eds.), *Rights, culture, and the law. Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en WOLF, ERIK - SCHNEIDER, HANS-PETER (eds.), *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., Stuttgart, K. F. Koehler, 1973.
- RAZ, JOSEPH, *The authority of law*, 2ª ed., Oxford, 2009.
- ROSS, ALF, *Directives and norms*, London 1968.
- SCHLAICH, KLAUS - KORIOTH, STEFAN, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10ª ed., München, 2015.
- WOLF, ERIK - SCHNEIDER, HANS-PETER (eds.), *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., K. F. Koehler, Stuttgart, 1973.