

“LEX IUSTA”, “LEX INIUSTA”, “LEX INIUSTISSIMA”*

JOSÉ ANTONIO SEOANE**

Resumen. La relación entre la ley y la justicia, elemento esencial de cualquier concepción del derecho, ha merecido la atención de numerosos autores a lo largo de la historia. Aquí expondremos tres respuestas destacadas a la pregunta sobre el significado de la ley justa, analizando sus consecuencias teóricas y prácticas y su idoneidad para definir la justicia y la injusticia en el derecho contemporáneo.

La fórmula de RADBRUCH fue la aportación iusfilosófica más relevante de los juicios de Núremberg y renovó las respuestas sobre el significado de las leyes justas e injustas. Décadas después, tras la caída del Muro de Berlín, el Tribunal Constitucional Federal alemán y autores como ROBERT ALEXY actualizaron la mencionada fórmula para el Estado constitucional de derecho. Siglos antes, la tradición iusnaturalista clásica elaboró su doctrina sobre la ley injusta en un contexto y con una finalidad diferentes.

El examen crítico de estas tres propuestas permitirá, a modo de conclusión, evaluar la vigencia de la fórmula de RADBRUCH setenta y cinco años después y sugerir algunas vías de superación y complemento.

Palabras clave: fórmula de Radbruch, justicia, Robert Alexy, Tomás de Aquino, validez.

“JUST LEX”, “UNJUST LEX”, “EXTREMELY UNJUST LEX”

Abstract. The relationship between law and justice is a key element of any conception of Law that has deserved the at-

* Recepción: 15/2/2021; evaluación: 2/4/2021; aceptación: 11/6/2021.

** Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidade da Coruña (España). Doctor en Derecho, Universidade da Coruña. Correo electrónico: jose.antonio.seoane@udc.es.

tention of numerous authors throughout history. In this paper, I present three outstanding answers to the question of the meaning of just law, analyzing their theoretical and practical consequences and their suitability for defining justice and injustice in contemporary law.

RADBRUCH’S formula was the most relevant iusphilosophical contribution of the Nuremberg Trials and renewed the answers on the meaning of just and unjust laws. Decades later, after the fall of the Berlin Wall, the German Federal Constitutional Court and authors such as ROBERT ALEXY updated the aforementioned formula for the constitutional rule of law. Centuries earlier, the classical natural-law tradition elaborated its doctrine of unjust law in a different context and with a different purpose.

The critical assessment of these three proposals allows us, as a conclusion, to evaluate the validity of Radbruch’s formula seventy-five years later and to suggest some ways of overcoming and complementing it.

Keywords: Aquinas, justice, legal validity, Radbruch formula, Robert Alexy.

“*LEX JUSTA*”, “*LEX INJUSTA*”, “*LEX EXTREMAMENTE INJUSTA*”

Resumo. A relação entre a lei e a justiça é um elemento essencial de qualquer concepção de direito que tem merecido a atenção de numerosos autores ao longo da história. Apresentarei aqui três notáveis respostas à questão do significado do direito justo, analisando as suas consequências teóricas e práticas e a sua adequação para definir a justiça e a injustiça no direito contemporâneo.

A fórmula de RADBRUCH foi a contribuição jusfilosófica mais relevante dos Julgamentos de Nuremberga e renovou as respostas sobre o significado das leis justas e injustas. Décadas mais tarde, após a queda do Muro de Berlim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão e autores como ROBERT ALEXY atualizaram a fórmula mencionada para o Estado de direito constitucional. Séculos antes, a tradição do direito natural clássico desenvolveu a sua doutrina da lei injusta num contexto e com um propósito diferentes.

O exame crítico destas três propostas permitirá, em conclusão, avaliar a vigência da fórmula de Radbruch setenta e cinco anos depois e sugerir algumas formas de a ultrapassar e complementar.

Palabras clave: fórmula de Radbruch, justiça, Robert Alexy, Tomás de Aquino, Validez jurídica.

INTRODUCCIÓN

Setenta y cinco años después de los juicios de Núremberg resulta pertinente analizar su influencia en la filosofía del derecho y preguntarse si las aportaciones jurídicas derivadas de ellos siguen siendo válidas para analizar nuestro tiempo; es decir, qué perdura y qué debe descartarse o renovarse para responder a los problemas jurídicos actuales. Este artículo propone algunas respuestas a tales interrogantes, que afectan al concepto de derecho y sus elementos; a las relaciones entre derecho, moral y política; y a conceptos e instituciones clave como la validez, la positividad, el sistema jurídico o la obediencia al derecho.

El texto está ordenado en cuatro secciones: A) el punto de partida es la fórmula de RADBRUCH, que constituye la aportación iusfilosófica más relevante de los juicios de Núremberg y que proporciona una primera respuesta sobre el significado de las tres manifestaciones de la ley que aparecen en el título; B) el valor y la utilidad de la fórmula de RADBRUCH fueron revalidados en una situación histórica análoga tras la caída del Muro de Berlín a través de la jurisprudencia y la doctrina alemanas, señaladas por ROBERT ALEXY, actualizando la mencionada fórmula. A partir de ambas aportaciones ofreceremos una segunda respuesta al significado del título; C) no se debe a GUSTAV RADBRUCH la primera respuesta a las cuestiones debatidas en este artículo. Para comprender y justificar el análisis de las dos secciones anteriores es conveniente examinar la historia del pensamiento jurídico y retroceder unos 750 años con el objetivo de conocer la doctrina clásica de la ley injusta legada por la tradición iusnaturalista, en concreto la formulación más acabada y matizada de TOMÁS DE AQUINO, y D) finalmente, de acuerdo con las valoraciones expuestas en las secciones previas, concluiré identificando tres cuestiones importantes para determinar qué concepción del derecho y la filosofía del derecho, y qué interpretación de los conceptos iusfilosóficos y teórico-jurídicos deberían seguirse para responder con acierto, eficacia y justicia al significado de los tres elementos del título.

A) 1945-1946: LOS JUICIOS DE NÚREMBERG Y GUSTAV RADBRUCH

La respuesta de GUSTAV RADBRUCH a los excesos del régimen nacionalsocialista fue la fórmula de RADBRUCH, desarrollada en su célebre artículo *Injusticia legal y derecho suprallegal* (1946)¹. La fórmula pretende resolver las tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia originadas por un derecho positivo legalmente promulgado, pero de contenido injustísimo. Dice así: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el derecho positivo, afianzado por la promulgación y la fuerza, 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. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no es solo ‘derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”².

La fórmula de RADBRUCH ejemplifica el cambio en el pensamiento del iusfilósofo alemán³. Antes del nacionalsocialismo⁴, RADBRUCH señalaba tres valores en la idea de derecho en situación de paridad: justicia, seguridad y adecuación a fin. En cambio, tras el impacto de la

¹ RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 83 a 93. Hemos traducido la expresión “gesetzliches Unrecht” como “injusticia legal”, que es una opción menos literal pero más respetuosa con el contenido semántico y el uso de “*Unrecht*”. Además, se ajusta a la utilización de la fórmula por parte de los autores estudiados y a la interpretación de su pensamiento.

² RADBRUCH, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 89.

³ ADACHI, *Die Radbruchsche Formel*, *passim*.

⁴ RADBRUCH, “Rechtsphilosophie (3. Auflage, 1932)”, en KAUFMANN, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 2. *Rechtsphilosophie II*, p. 306.

injusticia nazi⁵, estos valores se ordenan de otro modo. El derecho tiene el sentido de realizar la justicia, lo haga o no; esto es, la idea de derecho puede ser imperfectamente realizada por el derecho realmente existente, y la ausencia de justicia no implica, sin más, que no sea derecho. Sin embargo, si el grado de injusticia es insoportable o se niega la justicia, las leyes acaban perdiendo su condición de jurídicas. Un año antes de morir (1948)⁶ revisa su concepción y revaloriza la justicia, que se convierte en un valor *per se*. La justicia es el valor del derecho o de lo jurídico, frente a la condición de valor ético subordinado a lo bueno en la etapa previa a la guerra.

Esta reordenación axiológica se proyecta sobre la noción de validez y muestra cómo la fórmula de RADBRUCH no restringe sus efectos al plano jurídico, pues el concepto de derecho cobra sentido a partir de la idea de derecho, en el marco más amplio de una teoría política: el Estado de derecho. En cuanto a los contenidos, se remite a principios jurídicos más fuertes que cualquier disposición jurídica, a un derecho supralegal superador de la injusticia y pauta para enjuiciar las leyes positivas: un derecho divino, un derecho de la naturaleza o un derecho de la razón, o los derechos humanos⁷ o, con mayor rotundidad al final de su *Vorschule der Rechtsphilosophie*, el “derecho natural”⁸.

De este modo, RADBRUCH respondería así a las tres categorías de ley, con una subdivisión en la tercera en razón de la distinción de dos subfórmulas⁹:

⁵ RADBRUCH, “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 78; “Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 80; “Die Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 107 a 109.

⁶ RADBRUCH, “Vorschule der Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 150.

⁷ RADBRUCH, “Vorschule der Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 226; “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 78 a 79; “Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 80.

⁸ RADBRUCH, “Vorschule der Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN - HASSEMER, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, p. 227.

⁹ Cfr. *infra* apdo. B.2.

1. “*Lex iusta*”. El derecho legal válido y correcto tiene un mínimo de contenido de justicia y satisface las exigencias de la seguridad jurídica y de la adecuación a fin.

2. “*Lex iniusta*”. La norma injusta, pero no excesivamente injusta, realiza de modo imperfecto la idea de derecho. Es derecho incorrecto, pero conserva validez jurídica –como pertenencia–: es derecho legal válido.

3.1. “*Lex iniustissima*”. Cuando la norma es insoportablemente injusta (fórmula de la intolerabilidad), *la ley positiva cede ante la justicia, pero sigue siendo derecho, aunque incorrecto –e injusto– y carece de validez*. Es derecho legal injusto o incorrecto, que pertenece al sistema jurídico, pero no obliga.

3.2. “*Lex iniustissima*”. La negación consciente de la justicia (fórmula de la negación) *implica que la ley no es solo derecho injusto, sino que carece totalmente de naturaleza jurídica de derecho legalmente no válido*.

B) 1989-1996: EL MURO DE BERLÍN, LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ROBERT ALEXY

El desmoronamiento del régimen comunista de la República Democrática Alemana revitalizó la fórmula de RADBRUCH a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) y de un *corpus* doctrinal integrado, entre otros, por ROBERT ALEXY¹⁰, a quien le ha servido para afirmar la conexión conceptual o necesaria entre derecho y moral, criticar el positivismo y construir su concepto no positivista de derecho¹¹. La doble vía jurisprudencial y doctrinal revela dos factores de transformación contemporánea de los sistemas jurídicos que, a su vez, influyen en la actualización de la fórmula y en la definición de la justicia e injusticia de las normas jurídicas: la superación del marco del Estado y la constitucionalización.

¹⁰ ALEXY, “Mauerschützen”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 167 a 195; “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 197 a 225.

¹¹ ALEXY, *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 67 a 84.

§ 1. **LOS GUARDIANES DEL MURO: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Al analizar la interdicción de la retroactividad desde la perspectiva de los criterios de validez en la sentencia de los tiradores del Muro, el TCFA establece que la causa de justificación sería ineficaz al implicar una agresión intolerable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos basados en el derecho internacional, y que por ello el derecho positivo ha de ceder ante la justicia¹².

No obstante, a diferencia de los criterios indeterminados de la fórmula de RADBRUCH, los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ofrecen criterios concretos para definir, dentro del margen de discrecionalidad ofrecido por la Ley Fundamental, cuándo el Estado conculca los derechos humanos. Por tanto, en la medida en que se trata de derecho positivo, alude a un derecho supranacional y no a un derecho suprapositivo, de modo que, a pesar de recurrir a la fórmula de RADBRUCH e invocar ese derecho suprapositivo, el TCFA no necesitaba conceder prioridad a la justicia suprapositiva frente a la ley, sino a los derechos humanos garantizados por el derecho internacional frente al derecho nacional.

En tal sentido, la posición del TCFA resulta contradictoria: por un lado, subraya su adhesión a la fórmula de RADBRUCH y, por otro, concreta el criterio de la justicia material refiriéndose a los derechos humanos¹³. En la medida en que el Tribunal no recurre al Derecho internacional de los derechos humanos únicamente para afianzar la validez jurídica de los derechos humanos, sino para obtener criterios concretos que eviten la indeterminación de la fórmula de RADBRUCH, se deduce que el Tribunal los considera como derechos humanos positizados y no meros derechos morales¹⁴.

¹² Bundesverfassungsgericht 95, 96 - Mauerschützen (BVerfGE 95, 96), p. 135.

¹³ SODERO, “Reflexiones iusfilosóficas sobre el caso de los Guardianes del Muro”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es Derecho*, p. 323 ss.

¹⁴ BÄCKER, “Recht, Sprache und Kultur”, en BÄCKER - KLATT - ZUCCA-SOEST (eds.), *Sprache-Recht-Gesellschaft*, p. 264 a 269; “Ley y justicia en conflicto”, en ELÓSEGUI ITXASO (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, p. 208 a 227.

§ 2. LA FÓRMULA DE ALEXY

Para ROBERT ALEXY todo concepto de derecho deriva de la interpretación y ponderación de tres elementos¹⁵: a) promulgación autoritativa o legalidad conforme al ordenamiento; b) eficacia social, y c) corrección material, cuya exigencia mínima son los derechos humanos básicos¹⁶. Lo legal (1) y lo eficaz (2) constituyen el aspecto real o institucional del derecho; lo correcto (3), la dimensión ideal o discursiva¹⁷. Su concepto de derecho es un ejemplo de concepto no positivista de derecho¹⁸: comparte los dos primeros elementos con los conceptos positivistas, siendo el tercero el que fija el umbral del no positivismo. La combinación de estos elementos para la formación de un adecuado concepto de derecho solo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico, en concreto la teoría del discurso del Estado democrático constitucional. De este modo, ALEXY ha constitucionalizado la fórmula de RADBRUCH; esto es, ha desarrollado su significado en los Estados constitucionales de derecho, conectando la dimensión jurídica con la forma política del constitucionalismo democrático o discursivo, cuyos elementos principales son la democracia y los derechos constitucionales¹⁹.

ALEXY no se ha limitado a recuperar la fórmula de RADBRUCH, sino que ha acabado elaborando su propia fórmula, distinguiendo dos subfórmulas –negación e intolerabilidad– y dividiendo a su vez la última

¹⁵ ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, p. 21 ss.; *La institucionalización de la razón*, “Persona y Derecho”, vol. 43, 2000, p. 217 a 219; *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 67.

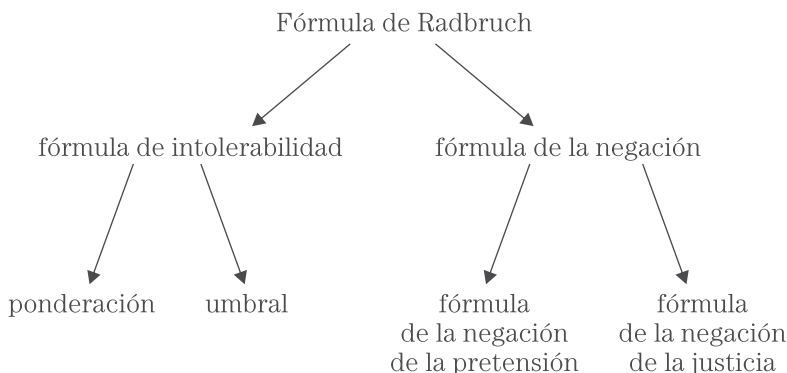
¹⁶ ALEXY, “Derecho, discurso y tiempo”, en *La institucionalización de la justicia*, p. 64 a 70; “La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales”, en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, p. 299 y 300.

¹⁷ ALEXY, “The ideal dimension of law”, en *Law’s ideal dimension*, p. 83 a 117.

¹⁸ ALEXY, “El concepto y la validez del derecho”, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos, passim*; *El no positivismo incluyente*, “Doxa”, n° 36, 2013, p. 15 a 24; “La doble naturaleza del derecho”, en BERNAL PULIDO (ed.), *La doble dimensión del derecho*, p. 29 a 58.

¹⁹ ALEXY, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derechos y Libertades”, n° 8, 2000, p. 21 a 41; “La doble naturaleza del derecho”, en BERNAL PULIDO (ed.), *La doble dimensión del derecho*, p. 49 a 51; *Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 78 a 80.

–ponderación y umbral²⁰. No obstante, por sus repercusiones teóricas, es necesaria una nueva diferenciación dentro de la fórmula de la negación: la fórmula de la negación de la pretensión o fórmula de la no pretensión y la fórmula de la negación de la justicia o fórmula de la negación *stricto sensu*. Por tanto, la fórmula de RADBRUCH quedaría articulada así en la concepción alexyana²¹:



Al margen de esta descomposición analítica de la fórmula de RADBRUCH, es posible expresarla de forma resumida y actualizada: “Las normas promulgadas autoritativamente conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”²².

Incluso una versión más breve y rotunda, que es la que ALEXY acuña de forma definitiva: “La extrema injusticia no es derecho”²³ (*extremes Unrecht ist kein Recht*).

En la concepción de ALEXY, la fórmula de RADBRUCH no define únicamente el núcleo del argumento de la injusticia, sino también la pretensión de corrección, o argumento de la corrección, tesis central de su concepto no positivista de derecho y sustento de la conexión con-

²⁰ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 228.

²¹ SEOANE, “La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 284.

²² ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 228.

²³ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 228.

ceptual entre derecho y moral²⁴. La fórmula no exige una coincidencia completa entre derecho y moral y permite la validez de cierto derecho injusto, negándosela únicamente al derecho injustísimo²⁵. Es un modelo de conexión *clasificante* entre el derecho y la moral: las normas o sistemas normativos que no satisfagan un determinado criterio moral (en este caso, la extrema injusticia) no son normas o sistemas jurídicos, no son normas o sistemas jurídicos válidos. Junto a este, existe otro tipo de conexión entre derecho y moral, la conexión *cualificante*: las normas o sistemas de normas que no satisfacen determinado criterio moral pueden ser normas o sistemas jurídicos, pero jurídicamente defectuosos.

En consecuencia, la fórmula de RADBRUCH da lugar tanto a una conexión clasificante como a una cualificante, a través de la pretensión de corrección –de justicia– de las normas jurídicas. El problema es que la conexión clasificante priva de relevancia a los elementos institucionales en la configuración de lo jurídico. Por ello, aunque la propuesta de ALEXY supera al positivismo al introducir un elemento de corrección material y admitir la conexión necesaria entre derecho y moral, en los casos excepcionales de extrema injusticia minora tanto el papel de los elementos institucionales o reales que el derecho quedaría reducido a corrección material.

En suma, tiene sentido revisar la caracterización de la concepción de ROBERT ALEXY, pues la anulación práctica de la dimensión institucional o real (legalidad y eficacia) equivale a que la determinación de lo jurídico se asiente únicamente en la corrección material. Por tanto, pese a que considera su teoría una forma o expresión de no positivismo incluyente²⁶, en los casos de injusticia extrema –respecto de la fórmula de la negación, en particular la subfórmula de la negación de la pretensión– su teoría se comportaría como un no positivismo supra-incluyente o aun excluyente. De modo más detallado:

1. “*Lex iusta*”. La ley justa, que satisface la corrección material además de la promulgación autoritativa y la eficacia social, es Derecho correcto y legalmente válido.

²⁴ ALEXY, *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 68 a 72 y 75 a 78.

²⁵ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 229, 230, 236 y 237.

²⁶ ALEXY, *El no positivismo incluyente*, “Doxa”, n° 36, 2013, p. 16 a 18.

2. “*Lex iniusta*”. La ley injusta conserva su carácter jurídico y es Derecho legalmente válido, aunque debería considerarse –conceptualmente– derecho incorrecto. Es un ejemplo de conexión cualificante.

3. “*Lex iniustissima*”. La ley injustísima o extremadamente injusta carece de carácter jurídico: “la extrema injusticia no es derecho”. Es un ejemplo de conexión clasificante y de derecho no válido.

C) 1265-1274: LA TRADICIÓN IUSNATURALISTA CLÁSICA Y TOMÁS DE AQUINO

A diferencia de las respuestas de las dos secciones anteriores, la doctrina clásica de la ley injusta no es el resultado de una preocupación conceptual –la definición y caracterización de un concepto de derecho–, sino de un problema práctico –cómo comportarse o actuar ante una ley injusta–. Su formulación más precisa y matizada se debe a TOMÁS DE AQUINO²⁷: “La ley positiva humana [...], si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley [*non est lex sed legis corruptio*]”²⁸.

La ley injusta no es ley en sentido propio, en sentido central o pleno (*simpliciter*), sino que es ley de manera imperfecta, en sentido análogo o derivado (*secundum quid*). Esta posición se confirma en otros lugares de su obra, identificando la ley injusta con la ley del tirano: “La ley tiránica, por lo mismo que no se conforma a la razón, no es propiamente ley, sino más bien una perversión de la ley”²⁹.

La injusticia de la ley tiene repercusiones en el deber de obediencia al derecho, que no es una cuestión dilemática de todo o nada, sino de grado. Solo la ley justa y adecuadamente promulgada, esto es, la ley *simpliciter*, tiene fuerza obligatoria *per se*. En cambio, las leyes injustas, opuestas al bien humano, no son ley en sentido estricto o pleno, pero tampoco carecen por completo de relevancia jurídica:

²⁷ Con predecesores como PLATÓN (*Las Leyes* IV, 715b), CICERÓN (*De legibus* II, 5, 11) o AGUSTÍN DE HIPONA (*De libero arbitrio* I, v 11).

²⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II, q. 95 a. 2c. En sentido semejante, *Summa Theologiae* II-II, q. 60, a. 5 ad. 2.

²⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II, q. 92, a. 1 ad. 4: “*lex tyrannica, cum not sit simpliciter lex, sed magis est quaedam perversitas legis*”.

“tienen más de violencia que de ley [...], y no obligan en el foro de la conciencia, a no ser que se trate de evitar el escándalo o el desorden, pues para esto el ciudadano está obligado a ceder de su derecho”³⁰.

Al hablar de *leyes* injustas, la tradición central del pensamiento iusnaturalista les otorga explícitamente validez jurídica³¹; la ley injusta sigue siendo ley, aunque imperfecta; no pierde la validez jurídica. Y al exigir reflexionar y deliberar sobre el alcance de la ley injusta en el comportamiento del ciudadano, se adopta un modo diferente de acercamiento al problema de la justicia, de la validez y de la relevancia jurídica: el punto de vista moral o del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica³².

Las consideraciones de TOMÁS DE AQUINO acerca de las leyes injustas y su obligatoriedad pueden sintetizarse diciendo que una ley injusta no es ley en sentido central o pleno (*simpliciter*), pero sí lo es, de modo imperfecto, en el sentido secundario o analógico (*secundum quid*) del término.

1. “*Lex iusta*”. La ley justa y adecuadamente promulgada es la ley en sentido propio (*simpliciter*). Se trata del caso central o focal de la ley, compuesto por elementos materiales o sustantivos y de elementos formales o institucionales. Ambos son relevantes para determinar el carácter jurídico de las normas y el alcance de la obligación de obediencia a la ley.

2. “*Lex iniusta*”. La ley injusta es ley en cierto sentido, analógico o derivado (*secundum quid*). Conserva relevancia jurídica: es una norma jurídica, pero defectuosa. Se trata de un caso periférico del derecho, ejemplo de conexión cualificante en la terminología de ALEXI.

3. “*Lex iniustissima*”. No se plantea la distinción entre ley injusta y ley extremadamente injusta.

D) 2022: RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN

Este panorama, que revela la pluralidad y la riqueza de las respuestas a la noción de justicia e injusticia en el derecho, revalida el

³⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II q. 96, a. 4c.

³¹ FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 379 a 395.

³² FINNIS, *Aquinas*, p. 47 ss.; *Ley natural y derechos naturales*, p. 43 a 51.

carácter histórico del pensamiento jurídico y permite evaluar la vigencia de la fórmula de RADBRUCH, así como sugerir tres vías para su actualización.

§ 3. **MÁS ALLÁ DEL LEGALISMO: CONSTITUCIONALIZACIÓN Y SUPERACIÓN DEL MARCO DEL ESTADO**

Hace 75 años, RADBRUCH hablaba de derecho supralegal porque aún vivía en el modelo legalista, en el que apenas asomaban los derechos fundamentales –luego elemento nuclear de los sistemas jurídicos constitucionalizados– y en el que los derechos humanos con validez universal comparecían como normas programáticas. RADBRUCH carecía de herramientas metodológicas para explicarlo de otro modo.

En cambio, el TCFA y ROBERT ALEXY sí estaban en condiciones de ofrecer una traducción constitucionalizada de lo que pretendía RADBRUCH con su fórmula. ALEXY ha desarrollado el modelo del constitucionalismo³³ y mostrado la omnipresencia de los derechos y la Constitución, la primacía de esta frente a la ley o la consideración de los órganos de adjudicación, en particular los tribunales constitucionales, como órganos primarios³⁴. Por su parte, el TCFA amplió el ámbito territorial de acción a la esfera supranacional, donde los derechos humanos y la democracia sirven de zona común o de intersección.

§ 4. **LA POSITIVIDAD DEL DERECHO**

La actualización de la fórmula de RADBRUCH exige añadir otro argumento, pues sus comentaristas suelen concebir y referirse a la positividad de modo objetivista, como si el derecho fuese algo “dado”. En cambio, la positividad puede ser concebida de modo relacional, tomando en consideración el carácter procesual de la argumentación y el razonamiento jurídicos. El derecho no es un producto objetivable sino una actividad o práctica social interpretativa³⁵,

³³ ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, trad. J. M. SEÑA, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, p. 159 a 161.

³⁴ RAZ, *El concepto de sistema jurídico*, p. 229 a 236; “La naturaleza institucional del Derecho”, en *La autoridad del derecho*, p. 138 a 143; *Razón práctica y normas*, p. 152 a 157.

³⁵ VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, p. 87.

argumentativa³⁶ o discursiva³⁷ que, como sucede con la jurisprudencia del TCFA aquí comentada, configura su identidad. Queda descartado así el criterio positivista del origen y puede ser explicado el reconocimiento autoritativo de los derechos humanos. En esta sede no sería necesario acudir a un derecho suprapositivo, porque la invocación y utilización de los derechos humanos por parte de los órganos de adjudicación positivizaría dichas disposiciones y las convertiría en criterios jurídicos positivos y aplicables, admisibles tanto en concepciones no positivistas como positivistas.

§ 5. **VALIDEZ, VIGENCIA Y EFICACIA**

Las referencias a la validez o naturaleza jurídica en la versión original de la fórmula de RADBRUCH, a la validez jurídica o el carácter jurídico en la versión de ROBERT ALEXY, o al nivel de la validez del derecho positivo en la versión del TCFA remiten a una noción de validez como pertenencia. La norma injusta, aun siendo materialmente incorrecta, forma parte del sistema jurídico, en tanto que la norma injustísima o extremadamente injusta pierde su naturaleza o carácter jurídico y ya no pertenece al sistema jurídico. Este concepto de validez como pertenencia va más allá de la noción kelseniana de validez como existencia³⁸. No obstante, a diferencia de KELSEN, que equiparó existencia y fuerza obligatoria³⁹, y de la tradición clásica de la *lex iniusta*, que se ocupa precisamente de la obligatoriedad –y no de la validez como pertenencia, al ser la ley su objeto de análisis y no existir algo semejante al sistema jurídico como realidad autónoma–⁴⁰, nada afirma expresamente sobre su fuerza normativa u obligatoriedad.

Por consiguiente, la actualización de la fórmula de RADBRUCH exigiría añadir a la validez (*Geltung*) otro criterio diferenciador entre las normas injustas: la vigencia (*Gültigkeit*), e incluso un tercer criterio,

³⁶ ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, *passim*; “Una visión iusfilosófica del derecho”, en LARIGUET - GONZÁLEZ LAGIER, *Filosofía. Una introducción para juristas*, p. 257 ss.

³⁷ ALEXY, *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, “Doxa”, n° 32, 2009, p. 72 a 75.

³⁸ KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 35; *Teoría pura del derecho*, p. 23 y siguientes.

³⁹ KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 35 a 46.

⁴⁰ SEOANE, “La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch”, en VIGO (comp.), *La injusticia extrema no es derecho*, p. 277 a 282.

la eficacia (*Wirksamkeit*)⁴¹. La propia jurisprudencia del TCFA oscila entre estos criterios al analizar y evaluar la fórmula de RADBRUCH no solo en clave de validez (*Geltung*) sino también en razón de la validez sociológica (“*soziologische*” *Geltung*⁴²; “*soziologische*” *Geltungskraft*⁴³), o de la efectividad (*Effektivität*) y la eficacia constitucional (*verfassungsrechtlichen Wirksamkeit*)⁴⁴.

Esta tarea requiere introducir nuevos elementos metodológicos referidos a la praxis jurídica y al funcionamiento del derecho, y examinar la influencia de las normas en el comportamiento de los destinatarios y su grado de obligatoriedad. La distinción entre la perspectiva del participante y la perspectiva del observador⁴⁵, entre el punto de vista interno y externo⁴⁶, o la noción de las normas jurídicas como razones para la acción⁴⁷ son categorías que pueden iluminar este análisis, que sobrepasa los límites de la ciencia jurídica y se dirige al más amplio dominio de la filosofía del derecho y de la Filosofía práctica.

BIBLIOGRAFÍA

- ADACHI, HIDEHIKO, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Baden-Baden, Nomos, 2006.
- AGUSTÍN DE HIPONA, “El libre albedrío”, trad. E. SELJAS, rev. S. SANTAMARTE DEL RÍO, en *Obras de San Agustín III. Obras filosóficas*, 5ª ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1982, p. 191 a 432.
- ALEX, ROBERT, “Derecho, discurso y tiempo”, trad. P. RODRÍGUEZ y J. A. SEOANE, en *La institucionalización de la justicia*, 3ª ed., Granada, Comares, 2016.
- “El concepto y la validez del derecho”, trad. J. M. SENA, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- *El no positivismo incluyente*, trad. M. C. QUIMBAYO DUARTE, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, nº 36, 2013, p. 15 a 24.
- *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, 2019.

⁴¹ SEOANE, “Todo exceso es insano”, en ELÓSEGUI ITXASO (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*, p. 243 a 245.

⁴² Cfr. BVerfGE 3, 58, 118.

⁴³ Cfr. BVerfGE 6, 132, 199.

⁴⁴ Cfr. BVerfGE 6, 132, 198.

⁴⁵ ALEX, *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. M. SENA, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, p. 31 a 32.

⁴⁶ HART, *El concepto de derecho*, p. 110 a 113.

⁴⁷ RAZ, *Razón práctica y normas*, *passim*.

- “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, trad. A. D. OLIVER LALANA, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.
 - “La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales”, trad. G. VILLA ROSAS, en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, 2019.
 - “La doble naturaleza del derecho”, trad. J. A. PORTOCARRERO QUISPE; rev. C. BERNAL PULIDO, en BERNAL PULIDO, CARLOS (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011.
 - *La institucionalización de la razón*, trad. J. A. SEOANE, “Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos”, vol. 43, 2000, p. 217 a 249.
 - *La institucionalización de la justicia*, 3ª ed., Granada, Comares, 2016.
 - *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, trad. M. C. AÑANOS MEZA, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid”, n° 8, 2000, p. 21 a 41.
 - *Law’s ideal dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
 - *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*, trad. A. D. OLIVER-LALANA, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 32, 2009, p. 67 a 84.
 - “Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad” (1993), trad. E. R. SODERO, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.
 - “Sistema jurídico y razón práctica”, trad. J. M. SEÑA, en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa, 1997.
 - “The ideal dimension of law”, en *Law’s ideal dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
 - “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, trad. J. A. SEOANE, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 227 a 251.
- ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012.
- “Una visión iusfilosófica del derecho”, en LARIGUET, GUILLERMO - GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (ed.), *Filosofía. Una introducción para juristas*, Madrid, Trotta, 2022.
- BÄCKER, CARSTEN, “Ley y justicia en conflicto. La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”, en ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad-Marcial Pons, 2016.
- “Recht, Sprache und Kultur”, en BÄCKER, CARSTEN-KLATT - MATTHIAS-ZUCCA-SOEST, SABRINA (ed.), *Sprache-Recht-Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- BÄCKER, CARSTEN-KLATT - MATTHIAS-ZUCCA-SOEST, SABRINA (ed.), *Sprache-Recht-Gesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- BERNAL PULIDO, CARLOS (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011.
- CICERÓN, MARCO T., *Sobre la República. Sobre las leyes*, Madrid, Tecnos, 1986.
- “Sobre las leyes”, trad. J. GUILLÉN, en *Sobre la República. Sobre las leyes*, Madrid, Tecnos, 1986.

- ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad-Marcial Pons, 2016.
- FINNIS, JOHN, *Aquinas. Moral, political, and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- *Ley natural y derechos naturales*, trad. C. ORREGO SÁNCHEZ, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
- HART, HERBERT L. A., *El concepto de derecho*, trad. G. R. CARRÍO, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963.
- KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- KELSEN, HANS, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. E. GARCÍA MÁYNEZ, México, UNAM, 1995.
- *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. R. J. VERNENGO, México, Porrúa, 1979.
- LARIGUET, GUILLERMO - GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL (ed.), *Filosofía. Una introducción para juristas*, Madrid, Trotta, 2022.
- PLATÓN, *Las leyes*, 3ª ed., trad. J. M. PABÓN y M. FERNÁNDEZ-GALIANO, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- RADBRUCH, GUSTAV, “Die Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- “Erneuerung des Rechts”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- “Fünf Minuten Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- “Rechtsphilosophie (3. Auflage, 1932)”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 2. *Rechtsphilosophie II*, Heidelberg, Müller, 1993.
- “Vorschule der Rechtstphilosophie”, en KAUFMANN, ARTHUR (ed.) - HASSEMER, WINFRIED (rev.), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3. *Rechtsphilosophie III*, Heidelberg, Müller, 1990.
- RAZ, JOSEPH, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, 2ª ed., trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 1986.
- *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 1982.
- “La naturaleza institucional del derecho”, en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, UNAM, 1982.
- *Razón práctica y normas*, 2ª ed., trad. J. RUIZ MANERO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SEOANE, JOSÉ-A., “La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación”, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.
- “Todo exceso es insano, también para el derecho”, en ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos funda-*

mentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad-Marcial Pons, 2016.

SODERO, EDUARDO R., “Reflexiones iusfilosóficas sobre el caso de los Guardianes del Muro”, en VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.

TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teología* II. *Parte I-II*, 2ª ed., trad. J. M. RODRÍGUEZ ARIAS *et al.*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.

— *Suma de Teología* III. *Parte II-II (a)*, trad. E. GARCÍA ESTÉBANEZ, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

VIGO, RODOLFO L. (comp.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Bs. As., La Ley, 2004.

VIOLA, FRANCESCO - ZACCARIA, GIUSEPPE, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoría ermeneutica del diritto*, 3ª ed., Roma, Laterza, 2001.