

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>

Artículos

Robert Alexy: <i>El No Positivismo Incluyente</i> <i>Inclusive Non-Positivism</i>	15
Mauro Barberis: <i>Los derechos humanos como adquisición evolutiva</i> <i>Human Rights as an Evolutionary Acquisition</i>	25
Hans Friedrich Fulda: <i>La necesidad del derecho bajo el presupuesto del imperativo categórico de la moralidad</i> <i>Law's Necessity under the Assumption of the Categorical Imperative of Morality</i> ...	41
Isabel Lifante Vidal: <i>Seguridad jurídica y previsibilidad</i> <i>Legal Certainty and Predictability</i>	85
Guillermo Lariguet: <i>El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces</i> <i>Aristophanes' Sting and the Morality of Judges</i>	107
Juan Daniel Elorza Saravia: <i>Cuatro argumentos sobre la falacia cognoscitivista</i> <i>Four arguments on Cognitivist Fallacy</i>	127
Fabrizio Mastromartino: <i>Sobre la interpretación evolutiva de la constitución. Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo</i> <i>On Evolutionary Constitutional Interpretation. Some Notes around a Recent Spanish Constitutional Court's Decision on Same-Sex Marriage</i>	153

	<u>Pág.</u>
Axel Gosseries: ¿Puede la propiedad justificar la primacía accionarial? <i>Can Ownership Justify Shareholding Primacy?</i>	177
Alejandra Zúñiga Fajuri: De los derechos humanos al derecho al aborto <i>From Human Rights to Abortion Rights</i>	197
Josep Aguiló Regla: Cuatro modos de debatir <i>Four Types of Debating</i>	211
Jesús Vega López: La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica <i>Ferrajoli's Equity and Aristotle's Equity: A Critical Comparison</i>	229
Jorge F. Málem Seña y Hugo O. Seleme: Patologías de la división de poderes <i>The Pathologies of Separation of Powers</i>	275
Félix Ovejero: Religiones, democracias y verdades <i>Religions, Democracies, and Truths</i>	297
Aurelio Arteta: Lo mayoritario y lo democrático <i>The Majoritarian and the Democratic</i>	329
 XVIII Seminario hispano-franco-italiano de Teoría del Derecho	
Juan Pablo Alonso: Principios jurídicos implícitos y coherencia <i>Implicit Legal Principles and Coherence</i>	357
Silvia Zorzetto: La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio lex specialis <i>Linguistic redundances and special rules. Some uses of the lex specialis principle...</i>	387
Federico José Arena: Una alternativa para el escepticismo interpretativo: convenciones y cuasirrealismo en la interpretación jurídica <i>An Alternative to Rule Skepticism: Conventions and Quasi-realism in Legal Interpretation</i>	417

	Pág.
Pau Luque: Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía <i>Legal Disagreements Viewed from Philosophy</i>	439
Jorge Rodríguez: Lógica deóntica, mundos ideales y mundos perfectos <i>Deontic Logic, Ideal Worlds, and Perfect Worlds</i>	461
Adrian Sgarbi: La hipótesis de la libertad frente al desafío de la Neurociencia <i>The Free Will Hypothesis against the Challenge of Neuroscience</i>	479

Notas

Enrique P. Haba: La opción capital para los discursos jurídicos: ¿novelas de conceptos o una tecnología social? <i>The Chief Option for Legal Discourses-Novels of Concepts or a Social Technology?</i>	509
José Ramón Cossío Díaz: Argumentación y derechos en la administración de justicia <i>Legal Reasoning and Rights Discourse in Judicial Adjudication</i>	555
Luigi Ferrajoli: Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero <i>Two Conceptions of Principles. A Response to Juan Ruiz Manero</i>	563

Entrevista

Carmen Vázquez: Entrevista a Susan Haack <i>Interview to Susan Haack</i>	577
---	-----

EL NO POSITIVISMO INCLUYENTE *

Robert Alexy

Universidad de Kiel

RESUMEN. Partiendo de la distinción entre las dos formas de positivismo y las tres de no-positivismo, sostengo que sólo uno de estos cinco conceptos de derecho es defendible: el no-positivismo incluyente. En el centro de mi argumentación está la tesis de la corrección, la cual establece que el derecho necesariamente formula una pretensión de corrección. Esta tesis implica a su vez la tesis de la naturaleza dual, según la cual el derecho comprende tanto una dimensión real o autoritativa como una dimensión ideal o crítica. La idea de la naturaleza dual del derecho es el fundamento de la fórmula de Radbruch. Ésta señala, en su formulación más simple, que la injusticia extrema no es derecho.

Palabras clave: positivismo, no-positivismo, no-positivismo incluyente, tesis de la corrección, fórmula de Radbruch.

Inclusive Non-Positivism

ABSTRACT. On the basis of the distinction between two forms of positivism and three forms of non-positivism, I argue that only one of these five concepts of law is defensible: inclusive non-positivism. The basis of my argument is the correctness thesis, which says that law necessarily makes a claim to correctness. The doctrine of correctness implies the dual nature thesis, which says that law comprises a real or authoritative dimension as well as an ideal or critical dimension. The dual nature of law is the basis of the Radbruch formula. It says, in its shortest form, that extreme injustice is not law.

Keywords: positivism, non-positivism, inclusive non-positivism, correctness thesis, Radbruch formula.

* Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Bajo el rótulo general del concepto y la naturaleza del derecho, uno de los problemas fundamentales es la relación entre el derecho y la moral. En este contexto dos tendencias han competido por el dominio teórico por más de dos milenios: el positivismo y el no-positivismo.

1. TESIS DE LA SEPARACIÓN Y TESIS DE LA CONEXIÓN

Todos los positivistas defienden la tesis de la separación. En su forma más general, ésta dice que no hay una conexión necesaria entre el derecho tal como es y el derecho como debe ser. O, en una formulación más precisa, afirma que no hay una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y el mérito moral o la corrección moral por el otro. Por el contrario, todos los no positivistas defienden la tesis de la conexión, según la cual hay una vinculación necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y el mérito moral o corrección moral, por el otro (ALEXY, 2008b, 284-285). Esto implica que, con el fin de determinar el concepto y la naturaleza del derecho, todas las teorías positivistas están limitadas a dos elementos, específicamente, a la expedición autoritativa y a la eficacia social. La caracterización de las teorías no positivistas, en cambio, incluye un tercer elemento: la corrección del contenido (ALEXY, 2002a, 3-4).

2. LAS FORMAS DE POSITIVISMO Y NO-POSITIVISMO

¿Cuál tesis es más defendible? ¿La de la separación o la de la conexión? Ambas se prestan a una variedad de interpretaciones. La respuesta a nuestra pregunta principal gira en torno a esas diversas interpretaciones.

Dentro del positivismo, la distinción entre el positivismo jurídico incluyente y excluyente es la diferencia más importante en lo que respecta a la relación entre el derecho y la moral. El positivismo excluyente, que ha defendido prominentemente J. RAZ, sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho (RAZ, 2009, 47). El positivismo incluyente, defendido, por ejemplo, por J. COLEMAN, dice que la moral no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida. La inclusión se considera entonces como una cuestión contingente o convencional dependiendo de lo que el derecho positivo, de hecho, establece (COLEMAN, 1996, 316). Esto trae implícito que la relación entre el derecho y la moral, tanto en el positivismo incluyente como en el positivismo excluyente, está determinada únicamente por lo que es expedido autoritativamente y es socialmente eficaz, es decir, por hechos sociales. El positivismo incluyente es una forma de positivismo, porque afirma que la decisión inicial, en un sistema jurídico particular, de incluir la moralidad en el derecho es contingente o convencional (ALEXY, 2012, 4). El no-positivismo sostiene no sólo, en contra del positivismo excluyente, que la moralidad no está necesariamente excluida, sino que también se sitúa en contra del positivismo incluyente al señalar que está necesariamente incluida, por lo tanto el no-positivismo es contrario a ambas formas de positivismo.

Las diferencias dentro del no-positivismo no son menos importantes que las diferencias dentro del positivismo. De especial importancia para el debate sobre el concepto y la naturaleza del derecho son las diferencias que surgen de los diferentes efectos que en la validez jurídica son atribuibles a los defectos morales. El no-positivismo puede determinar el efecto sobre la validez jurídica que se deriva de los defectos morales de tres maneras diferentes. Podría darse la circunstancia de que la validez jurídica se pierda en todos los casos, o que la validez jurídica se pierda en algunos casos y en otros no, o por último, que la validez jurídica no se vea afectada de ninguna manera en absoluto (ALEXY, 2008b, 287).

La primera posición, de acuerdo con la cual todo defecto moral produce invalidez jurídica, es la versión más radical del no-positivismo. Esta posición puede ser caracterizada como «no-positivismo excluyente» a fin de expresar la idea de que todos y cada uno de los defectos morales excluyen la validez jurídica. Con esto, en los casos en los que surgen defectos morales, se da como consecuencia la exclusión de los hechos sociales de las fuentes del derecho. Agustín nos da una declaración clásica de esta opinión cuando dice que «una ley que no es justa no me parecería que sea una ley» (AUGUSTINUS, 2006, 86). Un ejemplo reciente es la tesis propuesta por D. BEYLEVELD y R. BROWNSWORDEN la cual «las normas inmorales no son jurídicamente válidas» (BEYLEVELD y BROWNSWORD, 2001, 76).

La contraparte radical del no-positivismo excluyente es el no-positivismo súper-incluyente. El no-positivismo súper-incluyente va hacia el otro extremo, es decir, esta corriente teórica sostiene que la validez jurídica no se ve afectada de ninguna manera por cualquier defecto moral. A primera vista, esta parece ser una versión del positivismo, y no del no-positivismo (WALDRON, 1996, 1566). Esta primera impresión, sin embargo, es reconocida como engañosa, tan pronto como se ve que existen dos tipos diferentes de conexión entre el derecho y la moral: una clasificatoria y otra calificatoria (ALEXY, 2002a, 26). Estos dos tipos de conexión se distinguen entre sí a partir de los efectos derivados de los defectos morales. El efecto de una conexión clasificatoria es la pérdida de validez jurídica. Por el contrario, el efecto de una conexión calificatoria es la deficiencia jurídica, el cual no llega sin embargo, al punto de socavar la validez jurídica, pero sí crea una obligación legal o, al menos, un empoderamiento por parte de las cortes de apelación para anular las sentencias injustas expedidas por los tribunales inferiores. La conexión del postulado de «sumisión incondicional» al derecho positivo de I. KANT (KANT, 1996, 506) con la idea de una necesaria dominación del derecho no-positivo sobre el derecho positivo puede leerse como una versión del no-positivismo súper-incluyente (ALEXY, 2008b, 289; ALEXY, 2010, 176). Lo mismo es cierto para la tesis de TOMÁS DE AQUINO que enuncia que una ley tiránica es la ley, pero «no ley simpliciter¹» (TOMÁS DE AQUINO, 1962, 947) o, como J. FINNIS señala «no es ley en el sentido focal del término «ley» (FINNIS, 1980, 364).

La tercera versión del no-positivismo, es la del no-positivismo incluyente, la cual se encuentra entre los extremos del no-positivismo excluyente y el no-positivismo súper-incluyente. Los planteamientos del no-positivismo incluyente se circunscriben a una

¹ Se refiere a la ley en sentido central o pleno, es decir, la ley justa y adecuadamente promulgada, ver Tomás de Aquino, «Summa Theologiae» I-II q. 92, a. 1 ad 4: «Lex tyrannica cum not sit simpliciter lex (Ö). Nota del Traductor.

posición intermedia de modo que se centran en decir acerca de los defectos morales que: ni siempre socavan la validez jurídica —postura representada por el no-positivismo excluyente, ni que nunca lo hacen, según lo expone el no-positivismo súper-incluyente—. En consecuencia, se afirma que los defectos morales socavan la validez jurídica sólo bajo ciertas condiciones.

El no-positivismo incluyente está dado en su expresión más destacada en la fórmula de RADBRUCH, la cual en su forma más comprimida, es la siguiente: la injusticia extrema no es derecho (RADBRUCH, 2006, 7; ALEXY, 2008a, 427-428). De acuerdo con esta fórmula, los defectos morales socavan la validez jurídica si y sólo si el umbral de la extrema injusticia se transgrede. La injusticia por debajo de este umbral se considera parte del concepto de derecho, se acepta como derecho válido pero defectuoso. Esto significa que el no-positivismo incluyente abarca un grado considerable de positividad, es decir, entraña un compromiso con aquello que ha sido expedido autoritativamente y es socialmente eficaz. El no-positivismo del no-positivismo incluyente consiste, primero, en el establecimiento de una frontera exterior del derecho y, en segundo lugar, en la calificación del derecho inmoral o injusto no sólo, como moralmente sino también como jurídicamente defectuoso. Las consecuencias prácticas del establecimiento de una frontera exterior se hacen evidentes cuando se observa la aplicación de la fórmula de RADBRUCH por los Tribunales Alemanes después de la derrota del Nacional Socialismo en 1945, y tras el colapso de la República Democrática Alemana en 1989 (ALEXY, 2008a, 428-432). Una consecuencia práctica de calificar al derecho inmoral o injusto como defectuoso no sólo desde el punto de vista moral, sino también desde el punto de vista jurídico es que los tribunales de apelación adquieren la facultad de anular las sentencias injustas de los jueces inferiores debido a su deficiencia jurídica.

3. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN

La existencia de dos formas de positivismo y tres de no-positivismo muestra que el debate entre el positivismo y el no-positivismo se refiere más que a una simple disputa entre dos posiciones monolíticas, a menudo presentada como la oposición entre el «positivismo jurídico» y el «derecho natural». Pero, eso no es todo. Las cosas se complican aún más, tan pronto como se tiene en cuenta el hecho de que no sólo el positivismo así como el no-positivismo son complejos en sí mismos, sino que la complejidad se manifiesta también en la estructura de los argumentos a favor y en contra de cada una de estas corrientes teóricas. El punto arquimédico de esta estructura es el argumento de la corrección. Todos los demás argumentos giran en torno a este punto.

El argumento de la corrección enuncia que tanto las normas jurídicas individuales así como las decisiones judiciales individuales, al igual que los sistemas jurídicos como un todo necesariamente formulan una pretensión de corrección. R. DWORKIN ha objetado la cuestión acerca de si los operadores jurídicos al elevar o formular alguna pretensión es más una cuestión de hecho que una cuestión de necesidad (DWORKIN, 2006, 200). Esta objeción puede ser rechazada si es posible demostrar que la pretensión de corrección está necesariamente implícita en el derecho, independientemente de las intenciones de sus operadores. Aquí la idea es mostrar que la negación explícita de la pretensión de corrección conduce a una contradicción (ALEXY, 2002a, 35-39).