

Stoa

Vol. 16, no. 30, 2024, pp. 67-83

ISSN 2007-1868

DOI: <https://doi.org/10.25009/st.15.30.2795>

LA FORMACIÓN DEL CAMPO FILOSÓFICO-JURÍDICO EN BRASIL:
LECTURAS E INFLUENCIAS DESDE ARGENTINA SOBRE
ROBERT ALEXY Y EL CASO “MAUERSCHÜTZEN”
 (“GUARDIANES DEL MURO” DE BERLÍN)

The formation of the philosophical-legal field in Brazil:

Visions and influences from Argentina on
Robert Alexy and the “Mauerschützen” case on
 (“Guardians of the Berlin Wall”)

ALFREDO DE J. FLORES

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)
ajdmf@yahoo.com.br

ESTÉFANO E. RISSO

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil)
estefano.risso@outlook.com

RESUMEN: El presente trabajo buscará presentar, en síntesis, una propuesta de lectura sobre la recepción de textos y del debate filosófico-jurídico en Brasil, sus límites, lagunas y apropiaciones, distinguiéndolos de lo ocurrido en Argentina. Para tales fines, se intentará mostrar la peculiaridad de la producción de obras brasileñas en las últimas décadas tratando de usos del pensamiento de Robert Alexy, en particular sobre el caso de los “Mauerschützen”, en que dicha producción brasileña se vincula a lo sucedido en Argentina, debido a publicación allí de obra de referencia.

PALABRAS CLAVE: Robert Alexy · caso “Mauerschützen” · circulación de impresos jurídicos.

ABSTRACT: The present work seeks to present, in summary, a proposed vision of the process of reception of texts and the philosophical-legal debate in Brazil, its limits, gaps and appropriations, distinguishing them from what happened in Argentina. For these purposes, an attempt will be made to show the particularity of the production

Recibido el 2 de julio de 2024
Aceptado el 31 de julio de 2024

of Brazilian works in recent decades, those that deal with the uses of Robert Alexy's thought, especially on the case of the "Mauerschützen". It will be perceived that said Brazilian production is linked to the publication in Argentina of a reference work in the area.

KEYWORDS: Robert Alexy · "Mauerschützen" case · circulation of legal books.

1. Introducción

Después de casi ocho décadas de los juicios de Núremberg, es posible apuntar que fueron muchas las repercusiones directas e indirectas de esos reconocidos casos de juicios de guerra en Europa. Se puede comprender que todavía más fue en decisiones posteriores en Alemania, de donde generó efectos en el mundo durante el período de posguerra. En particular, nos interesa apuntar hacia lo sucedido durante el final del régimen comunista en Alemania Oriental, con el caso que se conoció como de los "guardianes/soldados del Muro" ("Mauerschützen") de Berlín. De hecho, se puede afirmar que hay una conexión entre el juicio del Tribunal Supremo Federal alemán ("Bundesgerichtshof"), ocurrido el 3 de noviembre de 1992, y aquel del Tribunal Militar Internacional de Núremberg – esto porque trataban de hechos y crímenes cometidos por los guardianes del Muro de Berlín, por un lado, y por los nazis, por el otro.

Así, la perspectiva que se trabajará en este artículo está relacionada en esencia con la recepción de este caso de los soldados alemanes en Brasil y en Argentina. Una vez que se puede decir que esos textos son paradigmáticos para una discusión iusfilosófica sobre los límites de la argumentación jurídica a finales del siglo XX, se percibe que el "tópico" de la fórmula de Gustav Radbruch vuelve a la escena –es decir, la pregunta sobre qué hacer cuando la extrema injusticia se hace presente en el derecho positivo. Tal cuestión siempre fue importante: no por acaso, entre los defensores del derecho natural –siguiendo a la fórmula de Santo Tomás de Aquino– siempre se ha afirmado que las "leyes injustas son más violencia que ley". A través del análisis sobre parte de la producción intelectual que trata del caso, se buscará presentar la forma de recepción de los textos vinculados al caso de los guardianes del Muro de Berlín, así como sus límites, lagunas y apropiaciones, distinguiendo, de ese modo, la recepción brasileña de la argentina, donde se intentará demostrar la peculiaridad de la producción de conocimiento filosófico-jurídico en Brasil (en contacto con Argentina) y la forma de uso del pensamiento de Alexy en

esos países en las últimas décadas, en particular en lo que atañe al mencionado caso de los guardianes, los “Mauerschützen”.

2. Aproximación al tema

Una de las cuestiones iusfilosóficas más inquietantes, y propiamente perteneciente al discurso metajurídico, es la pregunta sobre aquello que efectivamente no hace parte o no pertenece al derecho. Al fin y al cabo, se podría hacer una pregunta: “¿puede aceptarse un enorme contraste entre los valores del ordenamiento jurídico positivo y el sentimiento de justicia predominante en la sociedad”? De hecho, los positivismos en sus diversos matices acaban por causar tal contraste, en especial cuando toman como dogma filosófico la separación absoluta entre la moral y el derecho, olvidando que el ser humano es por naturaleza un ser moral.

Además de eso, se debe recordar que esa idea de una separación entre el derecho y la moral, cuando combinada con una dosis de relativismo, puede generar un problema todavía más grande de lo que sería una falta de sensibilidad ante los problemas de las generaciones presente y futura: la infiltración de la inmoralidad y de lo injusto dentro del propio sistema jurídico. Son fenómenos que constituyen realidades que el derecho debería combatir y evitar, pero que a vueltas se ve involucrado con tales problemas.

Por eso, recordando a los juicios del tribunal de Núremberg, que han enfrentado de frente a los males del nazismo, manifestación de la banalidad del mal (Arendt 1999), de cierto mal existencial (Rosenfield 2021), presentamos ese texto como una reflexión respecto a las repercusiones directas e indirectas de esos juicios de excepción ocurridos en 1946 en un caso posterior, este ocurrido al final del régimen comunista en Alemania Oriental y que quedó reconocido como el caso de los “guardianes/soldados del Muro” (“Mauerschützen”) de Berlín.

Es necesario aclarar que la mencionada relación entre los juzgados será presentada teniendo en cuenta la diferencia de perspectivas de lectura del caso en América Latina. Así, se verá que la recepción tanto abarcó debates que se encuadraron más en la línea del iusnaturalismo, sobre la existencia de una ley injusta, en general, como se presentaron otros desde una perspectiva más hermenéutica, en los que se ha realizado la conexión propiamente dicha entre el caso de los guardianes del Muro y el juicio de Núremberg, como sucedió con la divulgación del caso en Brasil y en Argentina a través de la lectura

y exposición que el iusfilósofo alemán Robert Alexy ha producido sobre la cuestión.

Es decir, la propuesta de este trabajo es presentar la cuestión general incluyendo además un análisis a partir de una visión histórica y sociológica de la circulación de textos e ideas. Haremos eso presentando la manera con que la misma problemática filosófica fue discutida desde diferentes perspectivas, logrando llegar a una solución común, aunque no necesariamente hubiesen recibido mutua referencia o hayan compartido los mismos supuestos.

La repercusión de la perspectiva iusnaturalista, por ejemplo, fue mucho más fuerte en Argentina que en Brasil. Se puede proponer una suposición que así ha ocurrido porque posiblemente hay adherencia directa a tal perspectiva por parte de autores argentinos, en virtud de sus circuitos de debate en la Filosofía del Derecho. En cuanto al escenario brasileño, se nota que se sucedió de manera más difusa, desde trabajos de índole más dogmática jurídica o aún en tesis doctorales o trabajos monográficos.

Ya respecto al proceso de elaborar un análisis objetivo de los juicios realizados en los tribunales alemanes, se percibe que eso solamente ha llegado a América Latina a partir de la recepción de un autor como Robert Alexy. Está claro que la circulación de las ideas de un autor de un país central en el debate iusfilosófico del siglo XX, como es Alemania, se da de diferentes formas en diferentes países. De ahí que se percibe que la recepción de los textos sobre la temática aquí retratada fue diferente de la recepción de sus trabajos que son más conocidos, como son aquellos que tratan de la argumentación jurídica y derechos fundamentales. Con eso, se puede percibir que esos esquemas argumentativos no siempre fueron comprendidos y asimilados en otros países –y justo se puede decir que es el caso de Brasil–, pues en el momento en que se reproducían o se discutían los textos de Alexy sobre los “guardianes/soldados del Muro de Berlín” en fines del siglo XX, eso dentro del contexto alemán, no hay repercusión inmediata en Brasil, a pesar de toda la relevancia de las obras iusfilosóficas alemanas en el circuito editorial y librero de Latinoamérica.

En esa discusión iusfilosófica a finales del siglo XX, conforme hemos recordado, se ha mostrado que la fórmula de Radbruch volvió a ser discutida en esos juicios (Freitas 1989, p. 81), porque plantea la cuestión de lo que se debe hacer ante la extrema injusticia presente en el derecho positivo. En el fondo, la cuestión que se plantea es si el derecho puede incorporar a la propia injusticia, por mayor o menor que sea.

A través de la elaboración de una cartografía de fuentes bibliográficas de los años 2000 hasta 2020, se busca presentar panorámicamente la forma de recepción de los textos y del debate sobre el caso de los guardianes del Muro de Berlín en Brasil, haciendo aun mención a lo sucedido en Argentina. El objetivo es reflejar sobre la producción del campo filosófico-jurídico en Brasil y la forma de los usos del pensamiento de Robert Alexy en el país en las últimas décadas, en particular sobre el caso de los “Mauerschützen”.

3. El caso “Mauerschützen”

En primer lugar, es preciso presentar sumariamente algunos detalles más respecto del caso de los “guardianes/soldados del Muro” de Berlín, que ocasionaron tal reflexión filosófica y existencial.

Con la construcción del Muro de Berlín, la Alemania quedó físicamente dividida en dos partes, como nos recuerdan los libros de historia del siglo XX. Desde la división inicial del territorio por las fuerzas victoriosas contra el régimen nazi (post 1945), hubo un cambio en ese momento para dos países ocupados: la República Democrática Alemana (RDA) y la República Federal de Alemania (RFA). El objetivo de esta construcción, en 1961, era impedir las constantes huidas que ocurrían de parte de los habitantes de la RDA hacia la RFA, causadas por el intento de escapar del régimen autoritario que se vinculaba a la Unión soviética.

Tras la caída del Muro en 1989, se realizaron investigaciones sobre el número de muertos en la frontera interna, llegando al asombroso número de 125 muertes confirmadas en el año 2005. De hecho, los soldados que vigilaban el Muro del lado de la RDA recibían órdenes directas de disparar indiscriminadamente contra los fugitivos, eso porque eran considerados “traidores de la patria”.

Uno de esos casos, que ganó notoriedad con el nombre de “Mauerschützen”, ocurrió el 1 de diciembre de 1984, cuando el joven Michael-Horst Schmidt, de veinte años, al intentar saltar el Muro de Berlín con el uso de una escalera durante la madrugada, fue avistado por dos soldados de la misma edad, que estaban en una torre de vigilancia a 130 metros del lugar. Después de atravesar el primer muro y dirigirse al segundo (el Muro de Berlín estaba compuesto, en realidad, por dos muros, con una distancia de unos 29 metros entre ellos), al ignorar los avisos para que se detuviera por parte de los guardias, fue alcanzado por los soldados, que dispararon 25 tiros uno y 27 el otro (Alexy 2004a, pp. 167-173).

Alcanzado en la espalda y en las rodillas, logró atravesar al otro lado del muro, donde permaneció herido por más de dos horas, sin recibir ayuda médica, ya que al estar del otro lado la RDA se eximía de cualquier responsabilidad sobre él. Cuando los oficiales de la RFA descubrieron su presencia, lo llevaron al hospital; sin embargo, el joven no resistió a las heridas y a la hemorragia y terminó falleciendo.

El 5 de febrero de 1992, en el contexto de la reunificación de Alemania, estos dos soldados implicados fueron juzgados por el Tribunal Territorial de Berlín. El juicio fue al final por considerarlos culpables, de donde fueron condenados por el tipo penal homicidio en coautoría, bajo la justificación (de cierto modo legalista) de que la Ley de Fronteras de la RDA, que autorizaba el uso de armas de fuego para impedir la comisión de crímenes, no autorizaba, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, su uso en el caso específico de fuga, ya que la pena para este crimen sería solo la privación de libertad. Una vez que no se quedaron satisfechos con la sentencia dada, los dos soldados recurrieron al Tribunal Supremo Alemán (“Bundesgerichtshof”), el que llegó a emitir su sentencia el 3 de noviembre de 1993, considerando improcedente el recurso.

La *ratio decidendi* de la decisión, sin embargo, consideró que el tribunal berlinés, al considerar como válidas y aplicables las leyes de la RDA a tal caso, aplicando después de ellas el principio de proporcionalidad para realizar la condena, terminó escapando a las consideraciones efectivamente relevantes que deberían haberse hecho sobre el caso, como sería la cuestión de la injusticia patente en una ley que criminalizaba la huida del antiguo territorio de RDA, equiparándola a una “traición a la patria”.

En verdad, al texto legislativo de la Ley de Fronteras no se leía como si fuese una defensa de la absoluta preservación de la vida; de hecho, solo hablaba de su preservación cuando eso fuera considerado “posible”. La interpretación vigente de la Constitución de la RDA, en su entorno autoritario, era la de que, a pesar de que la Constitución preveía la inviolabilidad de la personalidad y de la libertad de los ciudadanos, habría excepciones para eso, entre las cuales las “previstas en ley” y aquellas concernientes a las “razones de Estado”, sin previsión de una “libertad de salida” (Alexy 2004a, p. 173-174).

No habiendo en sus consideraciones, por lo tanto, la posibilidad de juzgar a los soldados de la RDA según la ley vigente en la época, o aún a través de la aplicación de principios— que seguramente no eran utilizados en la RDA en ese período— los jueces se han preguntado entonces sobre la posibilidad de

juzgar a los soldados por medio de un derecho suprapositivo (“überpositives Recht”). En ese caso, lo harían aplicando a aquella que se quedó conocida como la “fórmula” que fue expuesta por Gustav Radbruch en un pequeño artículo publicado en 1946 – que ha expresado que “la injusticia extrema no es derecho”, utilizada en la época de los juicios de Nuremberg, en reacción a la injusticia presente en el régimen nazi (Radbruch, 1946).

La conclusión del Tribunal Supremo Alemán fue que la fórmula sería aplicable, ya que la injusticia no se encontraría solo en regímenes como el nazi, sino también en otros regímenes (Alexy 2004a, p. 183-185).

Siguiendo esta línea, el Tribunal consideró improcedente el recurso, ya que el principio de justicia llevaría al reconocimiento racional de que existen ciertos derechos fundamentales y que había una concreta injusticia en el caso concreto. De ese modo, aún mismo que los soldados se sintieran justificados por la ley de la época, cuando disparan al fugitivo, causando su muerte, la injusticia no deja de ser evidente a la luz de la razón.

4. Como comprender una regla suprapositiva

En tiempos de positivismo y de post-positivismo, quizás sea difícil comprender una noción de derecho que trascienda los límites estrictamente legales. Incluso el recurso a la mediación de ciertos principios, muchas veces, acaba reducido a su previsión anterior en el propio cuerpo normativo, como en el ejemplo del tribunal de primera instancia de Berlín.

La noción de ciertos principios válidos universalmente y que dirigen el propio ordenamiento jurídico, dándole a este una eficacia lógico-ética interna, como se percibe, es muy atractiva. Incluso los acérrimos positivistas, si son llevados a la posición de jueces, terminan teniendo que hacer concesiones, en algún último punto, a ella. Al fin y al cabo, un derecho que aceptase la posibilidad de poseer normas válidas en su sistema con un contenido material injusto entraría en contradicción interna con cualquiera finalidad que se imagine poseer el derecho.

No por casualidad, el rescate de los principios, ocurrido desde Perelman, nos indica que las fórmulas positivistas de la primera mitad del siglo XX no podrían servir de guía para la enseñanza, formación y actuación del jurista del período de posguerra.

Aquí retoma cierta fuerza la concepción jusnaturalista (en especial tomista), para la cual el derecho por naturaleza proviene de una relación simbiótica,

analógica, con la justicia, entendida aquí como la virtud moral en la cual se da a cada uno lo que le es debido:

Así también este nombre “derecho” se empleó originariamente para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien “comparece a derecho”; finalmente, es llamada también derecho la sentencia dada por aquél a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo. Santo Tomás descubre cuatro aplicaciones analógicas del nombre “derecho”: la obra justa, el arte de conocer lo justo, el tribunal y la sentencia del magistrado. Pero esta enumeración no es, en Santo Tomás, exhaustiva, ya que varias veces aplica el término “derecho” a la norma que determina y prescribe lo que es justo. (...) La vinculación analógica que permite denominar “derecho” tanto a un cierto modo de conducta humana como a la regla de esa conducta (Massini 1987, p. 41-42).

Mientras el derecho sea entendido, por lo tanto, como un análogo directo de la justicia, las propias leyes, mientras conducen la sociedad hacia al bien común anhelado políticamente, incluso en sociedades plurales, pueden ser llamadas de “derecho”. ¿Cómo, entonces, una ley que no conduce al bien común –sino que intenta obligar a los súbditos a actuar de un modo injusto– podrá ser parte del derecho?

El derecho, entendido como objeto de la justicia, no sería una cosa, o un objeto comprendido sin referencia a un agente concreto y a su comportamiento en sociedad. Al contrario: es “una acción por la cual el hombre que la realiza entra en relación determinada con otro hombre, y es esa acción la que la iguala o no a determinada medida, siendo por ello justa o injusta” (Massini 1987, p. 43-44).

Lo mismo ya afirmaba Santo Tomás, al exponer que las acciones propias del ser humano respecto a otro ser humano necesitan de una rectificación especial por una virtud propia, que es la justicia, ya que las otras virtudes hacen referencia a la relación del hombre consigo mismo y sus pasiones (S.T., II-IIae, q.58, a.2).

Las relaciones en sociedad, sin embargo, no ocurren reguladas solo a partir de una ley interna al hombre, aunque se reconozcan ciertas reglas morales básicas, como “dar a cada uno lo que le es debido” o “no hacer al otro lo que no deseas que te hagan a ti”, expresadas también en los países de cultura judeocristiana en la forma del decálogo, o en la Regla de Oro, clave de lectura en el debate de filosofía ética occidental.

Tales relaciones necesitan de una regla externa, capaz de solucionar los problemas y conflictos, regla que poco a poco en la historia suscitó en todas las civilizaciones la elaboración de un derecho positivo, así como de cierto sistema judicial, que fuera capaz de resolver los problemas entre los individuos y *administrar la justicia*.

Como el derecho es visto aquí como una relación de justicia entre las personas, la conclusión es lógica: la injusticia puede asumir diversas formas, pero no será derecho. La ley injusta es, aunque se intente negar, un claro fruto de la tiranía (S.T., I-IIae, q. 96, a. 4). Por eso, la justicia no puede ser entendida como una simple metáfora a la que las leyes aluden, un ideal vacío y simplemente formal que el derecho teóricamente siempre vendría a realizar, sino como una justicia real que debe ser concretada, sea en el derecho positivo o en el judicial.

Partiendo de esta tradición interpretativa, una regla suprapositiva de derecho no es más que un primer principio de la razón práctica, que dirige razonablemente la acción humana, una medida última capaz de fundamentar la validez de cualquier norma que pertenece a un sistema jurídico (Kalinowski, 1982-83). En este sentido, el fundamento del caso de los guardianes del Muro tiene gran relevancia para la Filosofía del Derecho de fines del siglo XX. Entre tanto, la forma de problematizar dicho tema en Alemania por obvio no se daría de la misma manera en otros países. Por esa razón, se hará una muestra de eso observando al trayecto de la recepción y circulación de tal debate todavía dentro de esa tradición del derecho occidental, pero sin la profunda repercusión que solamente se podría percibir en el lugar de origen.

5. Circulación del caso “Mauerschützen” en Argentina

Una de las características de un análisis adecuado sobre la recepción y circulación de ideas, textos y autores es saber delimitar a los espacios. Eso porque ellos se encuentran sumergidos en circuitos académicos, donde se nota la relevancia de los medios de difusión y producción del conocimiento jurídico en las redes en las que se trabaja.

Esos circuitos determinan y son determinados por convicciones compartidas entre los integrantes de la élite intelectual jurídica de un país o región, donde ciertas figuras se consolidan como autoridades centrales en la construcción de narrativas jurídicas, que a veces son empleadas tanto en ámbitos académicos como corporativos por los juristas. La circulación de estas narrativas ocurre principalmente a través de conexiones internas, como aquellas que

se establecieron entre los fallos nacionales en Alemania, tanto por el Tribunal Supremo Federal (“Bundesgerichtshof”) como por el Tribunal Constitucional Federal (“Bundesverfassungsgericht”), en comparación con los fallos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Una vez que las citadas decisiones trataban de casos relacionados a una “injusticia extrema” permitida y autorizada por el sistema jurídico – ya sea en el caso de los soldados del Muro de Berlín o de los nazis – la conexión entre ellos se concretó en el debate de una manera que se puede decir que fue casi espontánea en Alemania. Hechos como la caída del Muro de Berlín y del régimen soviético solo aceleraron esa comparación entre los sucesos en ambos regímenes.

Es dentro de ese contexto que se sitúa la figura de Robert Alexy, un autor que fue ampliamente reconocido en eventos y galardonado con títulos de Doctor “*honoris causa*” en Brasil y Argentina en las últimas décadas. Se puede decir que su obra tiene todavía en los días actuales una fuerte presencia en el mercado editorial de países latinoamericanos, sea a partir de traducciones o la reproducción de sus ideas, que posibilitaron la recepción local de su construcción narrativa sobre la argumentación jurídica, desde un punto de vista del derecho constitucional hasta a la iusfilosofía.

Por ejemplo, el caso del fallo de los “Mauerschützen” adquirió relevancia en la discusión iusfilosófica gracias a la circulación en América Latina de su artículo sobre el caso. Un fallo que inicialmente solo podría interesar a juristas alemanes, al final, terminó generando repercusiones en América al percibirse que contenía elementos que se saben que son muy inquietantes desde el punto de vista jurídico y moral, especialmente respecto al estatus de la ley injusta ante el derecho.

Dentro de América Latina, fue en Argentina y Brasil donde se recibió a sus textos con mayor interés. Sin embargo, existen algunas diferencias a relatar, siendo la principal la publicación en Argentina de una obra que hace una composición de traducciones de trabajos del autor y textos de decisiones judiciales sobre el tema emitidas tanto por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Vigo 2004).

El rescate de la fórmula de Radbruch propuesto por Alexy necesariamente pasa por sus estudios sobre los guardianes, como nos recuerda Rodolfo Vigo, iusfilósofo argentino que precisamente publicó en esa recopilación de 2004

las traducciones de los textos al español en el libro “La injusticia extrema no es derecho”.

En el “Prólogo” de la obra, Vigo (2004) hace señal a la problemática de las leyes injustas y a lo que su libro intenta abordar:

Retomándose muchas de las cuestiones que en la misma geografía nacional se habían juzgado en los Tribunales de Nuremberg, aparecen argumentos y contraargumentos que reflotan –explícita o implícitamente– la vieja polémica entre positivismo y no-positivismo. En esa disputa pueden identificarse dos autores que con sus teorías confrontan crítica y paradigmáticamente vicisitudes históricas vividas por el pueblo alemán, pero que por sobre ese enclave se proyectan con valor universal. Gustav Radbruch, desde la Universidad de Heidelberg, como testigo y víctima de la barbarie nazi, despeja dudas sobre sus convicciones acerca de límites indisponibles para el derecho positivo; y Robert Alexy, desde la Universidad de Kiel, se atreve a impugnar al iuspositivismo sosteniendo conexiones conceptuales y necesarias entre derecho y moral, y advierte a las autoridades que asumen el ‘riesgo’ jurídico futuro cuando aplican normas ‘extremadamente injustas’ (p. IX). (...) reflexionar en torno del fallo ‘Mauerschützen’ del Tribunal Constitucional Federal alemán, en donde se confirmara la condena penal de jefes político-militares que habían dado órdenes de matar a los ciudadanos de Alemania Oriental que quisieran atravesar la frontera hacia Alemania Occidental (con su punto más destacado y tristemente célebre en el Muro de Berlín), y de los soldados que habían cumplido con tales órdenes (p. X).

En la misma obra colectiva, se presentaron tres artículos de Alexy escritos después de las decisiones judiciales sobre el caso de los “Mauerschützen” en 1994, artículos que han servido, además, como criterio de interpretación de dichas decisiones en el contexto de recepción en América. Son ellos: (a) “Mauerschützen: Sobre la relación entre Derecho, Moral y punibilidad” (Alexy 2004a); (b) “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los guardias del Muro de Berlín” (Alexy 2004b); y (c) “Una defensa de la fórmula de Radbruch” (Alexy 2004c).

Superando la barrera lingüística, se podría decir que ese caso fue presentado por primera vez en su totalidad a los hablantes de la lengua castellana. Es evidente, al menos desde la matriz jusnaturalista de discusión sobre derecho, moral y principios, que esos textos reflejan parte del pensamiento de Alexy que no estaba presente en sus obras más difundidas.

Es común en el debate del campo categorizar a ese autor como post-positivista, y hay numerosos textos que respaldan tal percepción genérica. Sin embargo, la relevancia de ese tipo de problemática, muy cercana a los

jusnaturalistas del siglo XX, hace que esas posturas no positivistas, tanto en el caso inicial de Radbruch como en el de Alexy, sirvan para reflexionar sobre los límites del discurso positivista.

Así, basándonos en lo presentado anteriormente, se puede afirmar un aspecto particular de la recepción de Alexy en Argentina: el debate iusfilosófico en el país se ha profundizado hasta el punto en que la discusión sobre el pensamiento de un autor muy relevante en el circuito internacional a finales del siglo XX ha llegado a circular y resonar entre los jusnaturalistas.

Rodolfo Vigo es el mejor ejemplo de eso, ya que establece contacto y busca un diálogo con Alexy. De hecho, no se limita a los confines de la producción y al control discursivo de los seguidores del post-positivismo alexyano, ya que por obvio no sería ni pretende ser precisamente un discípulo del autor alemán. De otro lado, tampoco presenta un iusnaturalismo cerrado, blindado a los debates contemporáneos y a los instrumentos de mediación y diálogo intelectual.

Con el ejemplo mencionado, de un autor iusnaturalista reflejar el tema del punto de vista de Alexy sobre el caso de los soldados, en que hay un diálogo con el autor alemán, queda claro que el circuito argentino consigue trabajar los grandes temas de la Filosofía del Derecho y mediante las traducciones pone los elementos del debate a la exposición.

6. Circulación del caso “Mauerschützen” en Brasil

De otro lado, la entrada de Alexy en Brasil comenzó a partir de una propuesta más dogmática que iusfilosófica. El post-positivismo que domina el debate nacional en las últimas décadas se ha desarrollado en autores de Derecho Tributario (como Humberto Ávila) y Derecho Constitucional (por ejemplo, Lenio Streck, Luis Afonso Heck), quienes también intentaron llevar el debate hacia la filosofía del derecho.

Sin embargo, parece que el resultado no puede compararse con el que se observa desde la estrategia adoptada en Argentina. En ese punto, debemos tener en cuenta las diferentes formas de organización del campo de la filosofía del derecho en ambos países. En Argentina, la AAFD (Asociación Argentina de Filosofía del Derecho) tiene una relación singular con las universidades y las corporaciones jurídicas, ya establecida en una tradición arraigada. En contraste, en Brasil, debido a sus dimensiones continentales, ABRAFI tiene una forma diferente de establecerse, lo que repercute en la forma de definir las agendas del debate filosófico-jurídico.

Esto se refleja ya en el caso estudiado: en Brasil, la producción en especial de tesis doctorales y artículos sobre Alexy y el caso “Mauerschützen” indica que la filosofía del derecho en el país sigue su propio camino, con un modo muy particular de producción y circulación de conocimiento. En cuanto a la repercusión directa del caso en Brasil, no hemos identificado traducciones al portugués de los tres textos de Alexy mencionados anteriormente. Sin embargo, se puede afirmar que esos textos de Alexy han sido utilizados en varios trabajos, pero siempre a partir del original en alemán o de sus traducciones al español (de hecho, haciendo referencia a la compilación de Vigo en *La injusticia extrema no es derecho*). Es decir, la publicación argentina tuvo un impacto en Brasil. Es por eso que el caso solo fue mencionado por primera vez en 2006, dos años después de la publicación de la traducción argentina de Vigo.

Veamos los textos brasileños: el primer trabajo es una disertación de maestría de 2006, de Roberta Magalhães Gubert, dirigida por el constitucionalista Lenio Streck, por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinós) con el título *Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral*, en que se critica a una supuesta apertura de Alexy hacia la utilización de criterios morales que no son institucionalizados.

El segundo trabajo es un artículo, publicado en el volumen 105, de 2010, de la *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, por un autor argentino, Andrés Falcone (es hoy profesor adjunto en la Universidad de Buenos Aires), con el título “Algunas consideraciones acerca de la ley aplicable en la superación del pasado de la república democrática alemana”, donde se limitó a analizar al impacto de los diferentes argumentos (como el de Alexy) en la jurisdicción del caso y en la elección de la ley que fuese aplicable de acuerdo con algunos principios del derecho penal, como la selección de la ley más benigna.

A su vez, hay un tercer artículo de 2011, de Fabio Henrique Araujo Martins, que emplea el análisis del caso “Mauerschützen” analógicamente para estudiar una decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil sobre la amnistía concedida durante el período de la dictadura militar brasileña. Su título es *Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos*.

El cuarto trabajo es una disertación de Maestría, de Edna Torres Felício Câmara, de la Universidade Federal do Paraná, que fue defendida en 2013. Su título es *Robert Alexy e o argumento de injustiça: teoria, aplicação e debate*. La autora busca analizar si Robert Alexy, en su análisis del caso Mauerschützen, fue fiel a su concepto de derecho y si las críticas planteadas en el debate con Eugenio Bulygin fueron satisfactoriamente respondidas.

El quinto trabajo es un paper, “A injustiça extrema e o conceito de Direito” presentado por Júlio Aguiar de Oliveira, profesor de la Universidade Federal de Ouro Preto. Fue presentado en el *Special Workshop Alexy’s Theory of Law* que ocurrió en el vigésimo sexto Congreso Mundial de la IVR (la Asociación Internacional de Filosofía y Sociología del Derecho), en Belo Horizonte, Brasil, en 2013, publicado después como capítulo de libro en 2014.

El sexto es un artículo de 2016, de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, de la Universidade Federal de Minas Gerais y de la Universidade Católica de Minas Gerais, con el título “O que significa ‘a injustiça extrema não é direito’? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy”, en que se analiza la posición de Alexy en el debate sobre el no-positivismo incluyente y excluyente.

Hay además una tesis doctoral, defendida en 2016 en la Universidad Católica de Minas Gerais, y publicada como libro en 2017, que recibió el título de *Injustiça extrema: uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch*, de Cristian Kiefer da Silva, que tuvo como director el ya referido Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

Por último, un libro de septiembre de 2020, de título *As decisões contrárias às leis na teoria de Robert Alexy*, de Mhardoquee Geraldo Lima França, que dedica un capítulo al análisis de casos estudiados por Alexy (incluso el Mauerschützen), como una versión actual de su disertación de 2015, bajo la dirección de Alexandre Trivisonno.

De este material publicado en Brasil, examinado preliminarmente (siendo uno de ellos en español), exceptuando a los artículos de Júlio Oliveira y Alexandre Trivisonno, que hicieron referencia a los textos de Alexy en inglés y alemán respectivamente, seis de ellos utilizaron las traducciones al español publicadas por Vigo. Por lo tanto, desde 2006, con la mencionada disertación de Unisinos, se observa que la publicación en español fue fundamental para la introducción del tema en Brasil.

7. Conclusión

La forma en que se recibió el caso en el mundo de habla hispana es ciertamente distinta de la ocurrida en Brasil, especialmente cuando se perciben detalles como la importancia de la traducción para la circulación del material de Alexy, que inició las referencias iusfilosóficas al debate sobre los guardianes/soldados del Muro de Berlín en el país desde los años 2000.

Un tema impactante en Alemania en los años 1990 (recordemos que el artículo de Alexy fue publicado en 1994, poco después del primer juicio del Tribunal) tuvo muy poca –por no decir nula– repercusión en Brasil durante el mismo período, llegando aquí y también en Argentina alrededor de 10 años o más después del debate “original”.

Además del desarrollo dado a la cuestión por Alexy, cabe destacar que las resoluciones de los tribunales alemanes, como ejemplos prácticos de análisis filosófico aplicado por los tribunales, también fueron de especial interés, justificando su traducción en la mencionada colección.

En especial desde el tribunal de excepción de Núremberg, quedó claro que los tribunales tendrían que enfrentar casos que efectivamente sobrepasan los límites del derecho, actos criminales (que se contraponen a cualquier regla moralmente aceptable) cometidos bajo la aparente protección de la ley.

Estas diferencias señalan algo muy claro: la circulación internacional de un debate a menudo ocurre de manera autónoma respecto al original, a veces impulsada por motivos diferentes. Incluso en países vecinos, el debate puede ramificarse de maneras diversas.

En Argentina, el debate parece haber interesado principalmente en razón de su impacto en un tema central para la filosofía del derecho: la cuestión de si la ley injusta puede o no ser considerada derecho, un tema que atraviesa el debate desde la Edad Media, con el iusnaturalismo de Santo Tomás de Aquino, hasta el siglo XX, por ejemplo, con la formulación de Radbruch.

En Brasil, el debate parece haber surgido a partir de la preocupación de ciertos investigadores, en sus disertaciones y tesis, por la creciente influencia del pensamiento de Robert Alexy en el pensamiento jusfilosófico y dogmático brasileño. Esta primera mirada sobre su figura llevó al descubrimiento —y en especial a partir de la traducción al español de sus textos —y desarrollo del debate sobre la justicia y la injusticia en el caso “Mauerschützen”.

A pesar de esas diferencias, el caso “Mauerschützen” mantuvo su atractivo por una razón común: sin importar el tiempo o la ubicación, la cuestión sobre

si una ley injusta sigue siendo derecho, y la búsqueda de un fundamento objetivo para las normas jurídicas, sigue siendo central en el debate iusfilosófico. Después de todo, los jueces desean saber cómo deben decidir si se enfrentan a una situación similar. Y como dice el refrán: “el juez ‘sólo aplica la ley injusta si quiere’” (Freitas 1989, p. 89).

La difusión del caso y del debate en los dos países, por lo tanto, cumplió una función similar, a pesar de los contextos bastante diferentes: proporcionar a los juristas condiciones teóricas suficientes para enfrentar mejor situaciones de clara excepción al debido fin del derecho.

Referencias

- Alexy, R., (2004a), “Mauerschützen: Acerca de la relación entre Derecho, Moral y punibilidad”, en R. Vigo 2004, pp. 167-195.
- , (2004b), “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, en R. Vigo 2004, pp. 197-225.
- , (2004c), “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en R. Vigo 2004, pp. 227-251.
- Arendt, H., (1999), *Eichmann em Jerusalém*, Cia das Letras, São Paulo.
- Câmara, E. T. F., (2013), *Robert Alexy e o argumento de injustiça: teoria, aplicação e debate*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 179f.
- Cruz Cruz, J., (2009), *Fragilidad humana y Ley natural: cuestiones disputadas en el Siglo de Oro*, Eunsa, Pamplona.
- França, M. G. L., (2020), *As decisões contrárias às leis na teoria de Robert Alexy*, Dialética, Belo Horizonte.
- Freitas, J., (1989), *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*, Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro.
- Gubert, R. M., (2006), *Mauerschützen (o caso dos atiradores do Muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 173f.
- Kalinowski, G., (1982-1983), “Obligaciones, permisiones y normas. Reflexiones sobre el fundamento metafísico del derecho”, *Idearium*, n. 8/9, Mendoza, Universidad de Mendoza, pp. 77-91.
- Martins, F. H. A., (2011), “Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, João Pessoa, n. 9, pp. 43-53.
- Massini, C. I., (1987), *Derecho y ley según Georges Kalinowski*, *Idearium*, Mendoza.
- Oliveira, J. A. (2014), “A injustiça extrema e o conceito de Direito”, en A. T. G. Trivisonno et alii 2014, pp. 139-171.

- Radbruch, G., (1946), “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, v. 1, n. 5, pp. 105-108.
- Rosenfield, D., (2021), *Jerusalém, Atenas e Auschwitz: Pensar a existência do Mal*, Topbooks, Rio de Janeiro.
- Silva, C. K., (2017), *Injustiça extrema: uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- Tribunal Constitucional Federal, Alemanha, Guardianes del Muro – “Mauerschützen”: [BVerfGE 95, 96], (traducción de Eduardo R. Soderó), en R. Vigo 2004, pp. 73-99.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso K.-H. W. v. Alemania: [Presentación n. 37201/97], (traducción de Maximiliano Marzetti, revisión de Eduardo R. Soderó), en R. Vigo 2004, pp. 135-166.
- , *Caso Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania: [Presentaciones n. 34044/96, 35532/97 y 44801/98]*, (traducción de Eduardo R. Soderó), en R. Vigo 2004, pp. 101-133.
- Trivisonno, A. T. G., (2016), “O que significa ‘a injustiça extrema não é direito’? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy”, *Espaço Jurídico*, v. 16, pp. 97-122.
- Trivisonno, A. T. G.; Saliba, A. T.; Lopes, M. S. (org.), (2014), *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, v. 1, Forense Universitária, Rio de Janeiro.
- Vigo, R. L., (2004), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires.