



FILOSOFÍA DEL DERECHO

GusTAV RADBRUCH

COLECCIÓN CLÁSICOS DEL DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

Filosofía del Derecho, *Gustav Radbruch* (2007).

COLECCIÓN CLÁSICOS DEL DERECHO

Directores:

JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES

GABRIEL GUILLÉN KALLE

FILOSOFÍA DEL DERECHO

GUSTAV RADBRUCH

Profesor de la Universidad de Heidelberg



Esta obra ha sido publicada con una subvención de la Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas del Ministerio de Cultura para su préstamo público en Bibliotecas Públicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.



Editorial Reus, S. A., para la presente edición
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

Traducida por José Medina Echavarría

Es propiedad.

Copyright by Editorial Revista de Derecho Privado

ISBN: 978-84-290-1485-3
Depósito Legal: Z. 4167-07
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación.

INTRODUCCIÓN

1

Para la mayoría de los juristas españoles que cursaron sus estudios universitarios en las décadas de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo (es decir, en esa muy amplia posguerra que se extendió hasta principios de los años setenta), la obra de Gustav Radbruch era conocida principal, y casi exclusivamente, por una sola circunstancia: se presentaba como el filósofo del Derecho que había expresado de manera más contundente el abandono del positivismo y la apertura del pensamiento jurídico hacia valores e, incluso, hacia una cierta forma de iusnaturalismo. Este supuesto tránsito desde una concepción positivista a la que, precisamente, se hacía responsable, en su momento, de la existencia misma del Derecho nacionalsocialista y de sus crímenes, hasta una concepción axiológica cercana al Derecho natural, no respondía propiamente a la realidad de la obra de Radbruch. Sin embargo, en la España de las indicadas décadas cumplía una función de destacada importancia: resultaba un ejemplo, muy autorizado además, de la necesidad de abjurar del condenable positivismo a favor de la corriente que se podía considerar oficial dentro de nuestros estudios de Derecho.

Aunque es probable que dicha concepción pudiera fundarse en algunas indicaciones de otros juristas alemanes (especialmente Hans Welzel), se trataba de una circunstancia que no respondía a la realidad. En primer lugar, Radbruch no había defendido un positivismo formalista de corte kelseniano, no obstante la existencia de una cierta familiaridad de fondo debida a los orí-

genes neokantianos (pero diferentes) de ambos, que era el positivismo que ejemplificaba los excesos del III Reich y era el decididamente rechazable en aquel momento. La atribución a Radbruch de dicha posición era, además incorrecta por otras razones: así, venía acompañada de la suposición de que tal positivismo era el dominante en el pensamiento iusfilosófico alemán de la época, lo que explicaba en cierto modo que las atrocidades del nazismo fueran más bien tolerables desde el punto de vista del Derecho.

En segundo lugar, tampoco es correcto que el Radbruch de la inmediata posguerra se consagrara, en los escasos años que le quedaban de vida, a la defensa de aquellos valores que el positivismo había despreciado y destruido. La verdad es que esta segunda parte de su obra no tenía necesidad de rescatar la importancia de los valores jurídicos, ni siquiera políticos, como la democracia, ya que sus primeros escritos se inscribían, precisamente, en la filosofía de los valores como Filosofía del Derecho.

¿Cómo ha sido posible, pues, esta confusión? Solamente una precipitada lectura de los textos de Radbruch (cuando se haya producido, por cierto), especialmente de la obra que ahora se presenta, así como de otros escritos menores, algunos artículos muy concretos, casi póstumos, puede explicar esta situación. Esta lectura precipitada y, sobre todo, interesada, transmitió la falsa impresión del positivista arrepentido que, insistamos, resultaba atractiva para ciertas corrientes predominantes en los estudios jurídicos españoles.

Ahora bien, que no se haya producido este cambio de óptica precisa en Radbruch no significa que estemos ante un autor de línea constante e inamovible.

Al contrario, Radbruch fue un jurista original y riguroso que hizo siempre explícita su posición jurídica, y en este sentido, no podía dejar de marcar distancias, tanto respecto de los supuestos principales de su propia escuela como respecto del Derecho nacionalsocialista. Tal vez haya sido esta sinceridad intelectual la que haya creado la impresión del jurista que sufre una radical conversión de posiciones. Por tanto, más que de arrepentimiento hay que hablar en Radbruch de cambios y transformaciones, de tránsitos y desplazamiento de posiciones en el conjunto de su obra, incluyendo en ellos la crítica del Derecho del Tercer Reich, desarrollada en fecha muy anterior, por lo demás, a su derrumbamiento. Este modo de abordar la cuestión, es decir, el de los desplazamientos y transformaciones, resulta mucho más prometedor para conocer el sentido de su obra. Ante todo ha de notarse que hablamos de cambios en plural, pues son varias, sobre todo dos, las transiciones localizables en sus textos. Y, desde luego, se trata de problemas algo más complejos de lo que a los estudiantes de mi generación se nos transmitió. En todo caso, merece la pena un examen cuidadoso de estos extremos. Veamos.

2

La primera transformación, o cambio importante operado en Radbruch tiene que ver con su formación, con el modo en que se instala en el panorama jurídico de la Alemania de finales del siglo XIX y principios del XX. Y, en cierto modo, su obra *Rechtsphilosophie*, que se presenta, constituye la más acabada expresión de este cambio. A este propósito hay que comenzar apuntando unos brevísimos datos biográficos. Nacido

en 1.878, en el seno de una acomodada familia burguesa, realizó sus primeros estudios en el *Gymnasium* de Lübeck, en el que destacó en lenguas clásicas, convirtiéndose en un temprano experto en textos griegos y latinos. En esta misma época hay que situar también las inquietudes sociales de Radbruch, su preocupación por lo que entonces se llamaba «el problema social».

Comenzó sus estudios superiores en Munich, donde cursó Derecho y Economía, para centrarse en seguida en la carrera jurídica, que pasa a desarrollar en Leipzig. Además de la influencia general que todavía ejercía Ihering sobre los jóvenes juristas alemanes, hay que añadir las influencias de Binding, cuyas lecciones seguía en la indicada universidad, y, más señaladamente, la de von Liszt, ya en Berlín, donde se doctoró y obtuvo un lectorado honorario. En todo caso, el panorama intelectual alemán de principios del siglo XX era lo suficientemente complejo y atractivo como para deslumbrar al joven Radbruch, razón por la cual, junto a su formación jurídica, predominantemente penalista como puede advertirse, hay que contabilizar otras inclinaciones, cuidadosamente señaladas por su biógrafo Eric Wolf: el psicologismo empírico de Bücher, la etnología psicológica de Lamprecht, la sociología de Max Weber, etc. En este mismo sentido ha de apuntarse la consolidación de sus incipientes preocupaciones sociales, que viene acompañada por la valoración muy positiva que otorga a diversos capítulos de *El Capital*, así como la admiración que siente por obras del estilo de *Los Tejedores* de Hauptmann, o *El canto del trabajador* de Delimel.

Puede decirse que su introducción en el panorama de los juristas germanos se llevó a cabo de la mano de

Kantorovicz. Sin haber llegado a pertenecer propiamente a la Escuela del Derecho Libre, Radbruch se dejó seducir por una ciencia jurídica sociológica y funcional, que le condujo al rechazo de la por entonces clásica jurisprudencia de conceptos y del formalismo positivista. En relación con estas últimas posiciones, criticará especialmente la idea del Derecho como cuerpo de normas aplicable a todo supuesto posible, independientemente de sus contenidos sociales.

En 1.914 es nombrado profesor de Derecho penal en Koenigsberg. Participa en la Gran Guerra en calidad de voluntario en el cuerpo de sanidad, una actividad con la que pretendía combinar de la manera más coherente posible su pacifismo, por un lado, y su consideración del ser vicio militar como una obligación moral, por otro lado. Una vez finalizada la contienda reanudó sus funciones docentes, esta vez en Kiel, iniciando ya decididamente algunas actividades políticas (concejal, interventor de prisiones,...), en el marco de las cuales hay que mencionar la fundación de un instituto de educación para adultos. Durante la revuelta del ejército de 1.920, el llamado «Putsch de Kapp», es amenazado y arrestado. Finalizado el intento de golpe y puesto en libertad, es elegido miembro del Reichstag alemán, desempeñando a lo largo de dos períodos la cartera de Justicia, ministerio desde el que se propuso acometer la reforma del Derecho penal.

Tras renunciar a todos sus cargos públicos, en 1.925 se retira a su cátedra de Derecho penal y Filosofía del Derecho de Kiel, pasando, nuevamente, a Heidelberg en 1.926. La importancia de esta última universidad en su vida intelectual y en el desarrollo de sus principales posiciones epistemológicas es de primer

orden. Pues en efecto, había sido en ella en la que, en el temprano cargo de Lector que ocupara tras su doctorado, entró en contacto, de la mano de Emil Lask, con la corriente del llamado neokantismo sudoccidental, representado por Windelband y Rickert, abandonando, en consecuencia, sus iniciales planteamientos psicologistas y etnológicos.

Este es el marco en el que hay que situar, precisamente, la primera de las transformaciones sufridas por Radbruch. Naturalmente, dar cuenta de la misma exige una previa información general de las propuestas del neokantismo en las que se inscribe, con el objeto de poder apreciar mejor el alcance y novedad de su posición personal. El problema desencadenante es de carácter gnoseológico; se había planteado por la presencia de dos partes susceptibles de clara diferenciación, una teórica y otra práctica, en la obra de Kant, y había sido solucionado de maneras diversas, principalmente de dos. Inicialmente, la Escuela de Marburgo había sostenido la existencia de dos objetos de conocimiento diferentes y de un único método aplicable a ambas. Esta solución, que tenía como consecuencia la implantación de un método rigurosamente formalista, ya que solamente vaciándolas de contenido se podían dar a conocer realidades distintas, no podía satisfacer a otros estudiosos de la obra de Kant, los cuales, además de denunciar la incorrección de una metodología capaz de transformar su propio objeto, advertían las consecuencias socio-políticas que implicaba, esto es, una conceptualización del conocimiento que abría la puerta a la conservación de las condiciones existentes, e incluso la atribución de un cierto carácter transeúnte a las decisiones políticas.

La Escuela sudoccidental, por el contrario, propone como solución del mismo problema la existencia de un solo objeto y de dos diferentes métodos para su tratamiento, es decir, para su conocimiento. Esta posición daba pie a una reacción antipositivista, tanto respecto del positivismo empírico, en cuanto que las ciencias naturales, basadas en la observación y la experimentación, no pueden abarcar toda la realidad experimentable, como respecto del positivismo formalista, que termina diluyendo en un conocimiento mutilado toda realidad. Windelband y Rickert pusieron así las bases cognoscitivas de un nuevo método, de una nueva ciencia histórica y cultural, diferente del método de las ciencias causales. El presupuesto de toda esta operación era el de que las ciencias empíricas no eran capaces de conocer toda la realidad en sí, dado que la naturaleza misma es un resultado de las propias estructuras de nuestro pensamiento. Por contra, centrando todo conocimiento en el proceso de conocimiento se llegaba a la conclusión de que toda la realidad no se podía reproducir de la misma manera. Pues en el mundo como naturaleza hay un aspecto uniforme que se repite de modo general y otro aspecto que es el de los acontecimientos individuales, que no puede captarse del mismo modo. Independientemente de que la prioridad concedida a la uniformidad sobre la representación sugiera en todo este planteamiento la presencia, en el fondo, de Schopenhauer, el caso es que el investigador se encontraba, inevitablemente, ante dos caminos, dos metodologías.

Mientras que el científico natural causal busca la relevancia de la repetición y de la comunidad de rasgos, el científico de la historia y de la cultura se cen-

tra en la selección de las particularidades constatables. Pero debe observarse que en ninguno de los dos casos el objeto se encuentra como algo «puesto» y acabado; en ambos, el investigador ha de atender a la selección de relevancias. Pues al histórico no le interesan en realidad todos los aspectos singulares en la misma medida; ocurre más bien que la determinación individualista requiere a su vez un especial nivel de conceptualización y abstracción: como muy bien había enseñado Kant, lo individual no puede ser expresado y comunicado, al ser, en cuanto tal, irrelevante. Lo específico aquí, pues, consiste en que dicho aparato lógico-conceptual converge en un objeto único y particular, orientándose a la representación de aquello que le distingue de todos los demás.

Aceptada esta cualidad del concepto, en cuanto capaz de formarse tanto individual como generalizadamente, el problema que surge en relación con los objetos particulares, y por tanto en relación con las ciencias históricas y de la cultura, reside en la determinación de los sucesos o acontecimientos que han de aislarse y considerarse esenciales. Según Rickert, para que dicha elección fuera posible se precisaba una conexión entre el hecho en cuestión y un valor relevante desde el punto de vista del investigador. Dicho de otra forma: la metodología individualista requiere un criterio valorativo, pues el acontecimiento singular merece atención por su referencia a un valor relevante, en sentido tanto positivo como negativo, al menos, desde la comunidad cultural a la que pertenece el investigador. Por consiguiente, el valor debe venir revestido de un interés general constatable, lo que, por cierto, permite distinguir entre valores fácticamente vigentes, vincula-

dos a la comunidad intelectual, y que se presentan como valores de validez absoluta, y valores de validez normativa, que son aquellos cuyo reconocimiento se exige. Por lo demás, y coherentemente con el conjunto de todo este planteamiento, el objeto referido a valores no es percibible, sino comprensible en su sentido; de ahí que tales acontecimientos se presenten como estructuras de sentido y que, sólo en esa medida, sean descriptibles.

Esta incorporación de la noción de valor a la metodología científica, aunque de modo limitado a las ciencias de la cultura, hizo posible su aplicación en el campo del Derecho; si bien el propio Rickert había advertido que la ciencia jurídica debía servirse también de la generalización. El primero en esbozar el Derecho como una rama de las ciencias culturales, presentando los conceptos jurídicos (así, el derecho subjetivo y otros) como conexiones de sentido, fue Lask, que, como se ha indicado, introdujo a Radbruch en esta problemática. Para él, todo elemento generalista, naturalista o causal, se pierde en el Derecho, que queda teleológicamente determinado, de modo que sus propios materiales, ley, costumbre, jurisprudencia, exigen del jurista un trabajo creador y no reproductor.

3

Pues bien, la primera transformación que estamos tratando de situar en Radbruch, consistió en trascender el planteamiento original de Lask, del que, por otra parte, se consideraba continuador. Mientras que originalmente el problema que había absorbido todos los esfuerzos era, como se ha dicho, el de la estructura formal de una ciencia referida a valores, Radbruch suscitará el problema del contenido de estos mismos valo-

res y de las estructuras de sentido que componen, con lo que abría la puerta a un pensamiento valorativo material. Efectivamente, supuesto que el Derecho es una realidad cultural peculiar por su conexión con valores, el interrogante que se impone sobre todos los demás posibles es el de cuáles son esos valores. Pero según la concepción de Radbruch, estos contenidos valorativos son incognoscibles. Un examen más detenido de esta cuestión mostrará que en realidad no hay contradicción en su posición. La imposibilidad de conocimiento de los valores se relaciona aquí con la propia concepción de Kant, para el que el valor es un *a priori* del conocimiento que no puede determinarse desde el conocimiento mismo.

Este es, pues, el punto fundamental de esta primera elaboración de Radbruch: el contenido es incognoscible porque, en el fondo, no puede ser sino una profesión de fe, una toma de posición personal. Sin embargo, semejante toma de posición no es arbitraria, ya que está condicionada por una toma de posición más general, esto es, una toma de posición frente al mundo. De esta manera, a una determinada concepción del mundo le corresponde una concepción del Derecho y del Estado a propósito. Y, dado que no es posible el conocimiento de los valores ni, en el mismo sentido, de las tomas de posición, tampoco es posible establecer la corrección o no de las diversas concepciones, al menos desde el punto de vista de su verdad, con lo que, por principio, todas ellas son válidas. En estas condiciones, siempre según Radbruch, la Filosofía del Derecho ha de limitarse a una tópica de estas tomas de posición. Por otra parte, este planteamiento es una consecuencia casi obligada del postulado de que la reali-

dad es un espacio libre de sentido y de valor, aspectos ambos que ha de añadir la conciencia. De ahí que la cultura se entienda como una «realización» de valores, ya que la realidad queda ordenada en atención a los valores que la significan. Ahora bien, de esta manera, también, la introducción del relativismo en el conocimiento, concretamente en la filosofía jurídica, resulta inevitable, y el objetivo del pensamiento iusfilosófico se ve constreñido a esta especie de «metaconcepción» del mundo y del Derecho.

Básicamente, Radbruch identifica tres grandes concepciones culturales y, correspondientemente, tres grandes sistemas de valores desde los que comprender el Derecho y el Estado. En primer lugar, el individualista, en el que el Estado y el Derecho se concretan en relaciones entre particulares; en segundo lugar, el sistema de la comunidad, que es supraindividual y conservador; y por último, el sistema de los valores objetivos de la cultura, en el que el Derecho y el Estado son producto del trabajo común y sus obras, lo que propicia una política corporativa. Naturalmente, al igual que no es posible establecer la corrección o no, la validez o invalidez, de las tomas de posición y de los valores, tampoco es posible establecer la corrección de cada sistema jurídico. Ni siquiera graduarlos o jerarquizarlos. Pues no se puede «valorar el valor». Por consiguiente, el relativismo, además de ser introducido en el pensamiento jurídico, se convierte en el rasgo más destacable de este, y, por supuesto, en la aportación más significativa de Radbruch. Pero adviértase que se trata de un relativismo extraordinariamente radical, de un relativismo que relativiza valores que son relativos por definición. Descartada toda posible solución dia-

léctica, impensable en Radbruch, los tres sistemas gozan de una misma razón interna, por lo que solamente cabe la elección entre ellos.

Consecuentemente, el primer cambio apreciable en la obra de Radbruch, es decir, el paso de la problemática formal de los valores a una problemática material, termina por fundamentar un escepticismo relativista en Filosofía del Derecho. Consciente de esta situación, los esfuerzos teóricos de Radbruch se dirigirán a controlar y compensar el resultado positivista, sorprendente en cierto modo, de su propia posición. Quiere decirse, que era preciso un mecanismo capaz de conjurar la contingencia de un Derecho indeseable pero válido como consecuencia de una toma de posición general. Para lograrlo, sus esfuerzos se movieron en dos direcciones. Una, que podría considerarse filosófica, parte de la consideración de que el valor del Derecho, que convierte a éste, precisamente, en una realidad cultural peculiar, no es relativo en el mismo sentido en que pueda serlo, por ejemplo, la utilidad. Por el contrario, dice, se trata de un valor absoluto, aunque su validez universal, sin embargo, no pueda conocerse, por la indicada imposibilidad lógica de valorar el valor. De esta manera, justifica el relativismo, no en atención a factores materiales, puesto que el Derecho representa un valor absoluto, sino en atención al conocimiento, pues es en este en el que se instala lo relativo (de manera inevitable), y no propiamente en el objeto. En el fondo de este planteamiento late la distinción de conocimiento y creencia, en el sentido de que mientras que la última es la que elige y decide, el conocimiento ha de conferir validez por igual a todo punto de vista posible. De esta manera, Radbruch recoge y expresa aquí la crisis del ra-

cionalismo moderno, punto final de un conocimiento que convierte en condición científica la rigurosa univocidad, abandonando todo pensamiento analógico. En términos neokantianos, más pertinentes aquí, Radbruch se mueve en un ambiente en el que se ha perdido la confianza en la unidad de sujeto y objeto. Así, llegado a este punto en el que el valor del Derecho es absoluto pero incognoscible, ¿cómo puede procederse a una defensa filosófica? Es precisa la afirmación de la existencia de valores últimos no deducibles, que serían las ideas. Por consiguiente, la idea del Derecho, que es la justicia, es precisamente lo que realiza el Derecho como fenómeno socio-cultural, de modo que el Derecho es una «realidad» cuyo «sentido» es servir a la justicia. Por esta razón, aunque haya Derechos positivos no justos, están igualmente bajo la «idea de justicia», ya que de otro modo carecerían de «sentido». Pero es necesario insistir en que, desde este punto de vista, la idea del Derecho no es un criterio de enjuiciamiento, sino un principio fundamental del sentido jurídico de todo Derecho positivo.

Para suavizar las conclusiones relativistas de su posición, Radbruch trabaja también en otra línea que podría denominarse técnica. Se trata aquí de subrayar que la mencionada idea del Derecho permite el desarrollo mismo del Derecho positivo y facilita su interpretación. Dicho con otras palabras, dota de una objetividad al Derecho que hace posible la construcción jurídica y la sistematización en un todo de las partes artificialmente separadas. Este recurso a una noción teleológica, destinada a establecer los fines de cada elemento jurídico, así como a la noción de construcción a la que conduce, son de la máxima importancia, pues

implica la reintroducción de las formas y de los principios de la construcción jurídico-formal en su planteamiento. Y aunque sea plausible el mantenimiento de la superioridad del factor teleológico sobre la formalidad, constituye la plataforma desde la que se puede reintroducir la noción de seguridad como valor esencial situado por encima de las diferentes concepciones del mundo, de los valores y del Derecho. No debe llamar la atención una operación de este tipo, en la que la materialidad, inicialmente afirmada, requiere de la abstracción formal, necesaria para conferir objetividad a las propias relaciones materiales, existentes pero incognoscibles. En definitiva, seguimos en la órbita de Kant.

Radbruch lleva a cabo así una especie de «cambio dentro del cambio» en relación con su escuela matriz, aunque sin trascenderla. Con todo, la transformación que comentamos tiene consecuencias un tanto insospechas. Pues, si por un lado el relativismo es la «base espiritual de la democracia», en la que sólo cabe un Estado neutral, es decir, formal, ordenado, por otro lado, la prioridad otorgada a la seguridad jurídica le obligará a sostener que quien logra imponer dicha seguridad jurídica es quien logra imponer el Derecho. La conjunción, pues, de Estado formal y seguridad ofrece un panorama muy preciso, aunque en otro punto de vista, del «sentido» del Derecho como fenómeno cultural.

A parte de que esta conclusión nos permita tomar mejor conciencia de la complejidad presente en el primero de los tránsitos llevados a cabo por Radbruch, al pasar de la forma a la materia (para volver de nuevo a la forma), nos facilitará también el análisis del segundo

de los tránsitos operados en su obra, según se indicó al principio.

4

En 1.933, excluido de toda actividad pública por el régimen nacionalsocialista, Radbruch inicia un camino de vejaciones que comprendieron desde los registros periódicos hasta la confiscación sistemática de bienes. Solamente con el final de la contienda es rehabilitado en sus cargos, aunque, con una salud muy debilitada, moriría pocos años después, en 1.949. Es difícil presentar a un hombre que ha padecido semejantes humillaciones como un «arrepentido» respecto del Derecho y del Estado que fue teorizado y practicado a lo largo del Tercer Reich. La tesis de una adhesión al Derecho del régimen, o incluso de un simple reconocimiento del mismo, es más que dudosa, toda vez que, como se advirtió al principio, nunca llegó a defender un positivismo legalista que pudiera sugerir un postura semejante. Por consiguiente, si puede hablarse de un cambio en sus concepciones, como efectivamente se ha hecho, éste ha de tener un sentido diferente del que consiste en condenar el ordenamiento jurídico que inicialmente él mismo habría defendido. En concreto, y en este caso, la reconsideración de algunos postulados que lleva a cabo tiene que ver con el lugar que el relativismo y la seguridad jurídica ocupan en su sistema; y, por cierto, con un alcance es más bien limitado. En todo caso, encontramos aquí que, nuevamente, Radbruch está dialogando en el marco de su propia obra.

En realidad, la transición que se considera ahora tiene su origen en un momento muy anterior al del final de la contienda. Se sitúa más bien en su conferencia

de 1.934 en Lyon, sobre el relativismo en Filosofía del Derecho. En ella sostuvo la importancia de las diferentes ideologías jurídicas y su concurrencia, afirmando que el legislador tenía como función la de potenciar dichas ideas neutralizando las fuerzas irracionales, tanto del capital como de la masa. En este contexto, justamente, se inscribe la confrontación con lo que entiende como la gran traición de Hitler y su falta de sentido de la verdad. Late ya en este escrito el cuestionamiento radical del totalitarismo que se irá consolidando en escritos posteriores, como su *Arten der interpretation*, del año siguiente, y que alcanza una expresión acabada en su artículo *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes* (también traducido a nuestra lengua como *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, de 1.946). Se trata de un de los escritos más significativos de la inmediata posguerra (quizás junto con *La renovación del Derecho*, del mismo año), el que ha sugerido más decididamente la idea del «arrepentimiento». En él recoge Radbruch los tres requisitos de la justicia que había desarrollado en el conjunto de su obra anterior: legalidad, aspiración a la justicia y seguridad jurídica. En su opinión, el problema principal es el de la posibilidad de falsear estas exigencias, haciendo que la administración de justicia actúe como instrumento de la ilegalidad, de un «crimen», en sus propias palabras. Este fue el caso de las falsas denuncias de traición interpuestas por algunos ciudadanos durante el Tercer Reich, en las que, aun cuando los tribunales actuaron formalmente conforme a Derecho, las sentencias a que dieron lugar eran nulas. Pues en realidad, apunta, el equipaje jurídico no es sino un instrumento que «el jurista responsable» utiliza para alcan-

zar una conclusión jurídicamente «aceptable», ya que de otra manera, los juristas actúan contra el Derecho y la razón.

Hay aquí una indudable presencia de factores extralegales que sugieren la ida de la superioridad del Derecho sobre la ley en sentido estricto. La apelación, que acaba de recogerse, a los juristas consecuentes o a la «sana razón» así como la denuncia de leyes (como la de Plenos Poderes) que carecen de validez, o la falsa legitimidad de leyes injustas y «delictivas» desemboca directamente en la invocación de los derechos humanos, «que están por encima de las leyes escritas», así como de un Derecho «inextirpable y eterno» que priva de validez a los mandatos ilegítimos de los tiranos. Aunque de este modo parece confirmarse la tesis de un último Radbruch iusnaturalista (que se reafirma si consideramos su artículo *La «naturaleza de la cosa» como forma del pensamiento jurídico*, de 1.948, que, sin embargo es revisión y ampliación de otro anterior publicado en Italia en 1.941), el cambio operado es más sutil. En efecto, si bien las vejaciones a que fue sometido tuvieron como efecto una profundización de su fe luterana, esta afirmación relativa a la existencia de un Derecho situado por encima de las leyes se desarrolla a partir de su particular concepción del Derecho positivo, precisamente. En este sentido, como hemos visto, la validez de una ley descansa en el hecho de que tenga fuerza suficiente para imponerse. Pues bien, en contra de esta concepción defendida años atrás, sostiene ahora que la fuerza sólo puede fundar la necesidad, y no el deber ni la validez. La validez, considera, únicamente puede fundarse en «un valor inherente a la ley». Es cierto que toda ley conlleva un valor, puesto que es

mejor que la arbitrariedad en que consiste la ausencia de la misma. Pero, insiste, junto a la seguridad existen otros dos valores, la justicia y la utilidad, jerarquizados de modo que el escalón más bajo es ocupado por la utilidad, ya que no todo lo que es útil al pueblo puede considerarse Derecho, siendo al contrario, que lo que le es útil es el Derecho; y la justicia, a su vez, se coloca en el rango más alto, ocupando, pues, la seguridad una posición intermedia.

Ahora bien, que el Derecho sea seguro es una exigencia de la justicia misma. La circunstancia de que no siempre se satisfaga esta exigencia es indicativa de la existencia de conflictos entre seguridad y justicia, conflictos que pueden ser de dos clases: o bien el consistente en leyes positivas de contenido injusto, o bien el de un Derecho justo que no alcanza la consistencia de la ley. En la medida en que Radbruch ha procedido ya anteriormente a separar la fuerza de la seguridad, elevando esta última a la cualidad de valor, estos conflictos no son, en realidad, sino conflictos de la justicia consigo misma, concretamente, enfrentamientos entre deber y virtud. Por eso puede mantener (en 1.946, obsérvese) que en principio la solución pasa por conferir prioridad a la ley positiva, esto es, al deber sobre la virtud, ya que goza de firmeza transmitida por la promulgación y la coacción, aunque, añade, sea injusta y perjudicial. Sólo en el caso de que «la contradicción de la ley positiva alcance un grado insoportable», dice, debería ceder la ley como «Derecho defectuoso, frente a la justicia».

La prudencia, tanto del planteamiento como de la solución, confirma que no estamos simplemente ante un positivista arrepentido (si todavía era precisa esta

confirmación). En efecto, el propio Radbruch añade, en esta misma línea, que la distinción entre leyes injustas que conservan su validez y leyes que no son Derecho «no puede trazarse con precisión». A lo más que puede llegarse es a negar la cualidad de Derecho cuando se deja de lado conscientemente la igualdad que constituye el núcleo de la justicia, lo que quedaba claro en los proyectos jurídicos nacionalsocialistas, que privaron al Derecho de la exigencia de tratar igual a los iguales. Pero, bien mirado, esto significa que a lo más que puede llegarse es a denunciar como no Derecho la total arbitrariedad, el desprecio por la verdad y del Derecho (algo de lo que el Führer contagió a lodo el ámbito jurídico alemán).

Este planteamiento de Radbruch suscita al menos dos órdenes de consideraciones. La primera es la idea, recogida en el citado texto *Leyes que no son Derecho...* etc., según la cual los casos de no Derecho lo son en la medida en que falta su propia «naturaleza jurídica». La defensa de algo semejante a una «naturaleza del Derecho» puede justificar el supuesto iusnaturalismo de Radbruch, ya mencionado al comienzo de estas líneas. A pesar de las dudas que pueda suscitar este punto, ante una posición como la indicada podría admitirse la presencia, sea de un Derecho natural de contenido variable (al estilo de Welzel), sea un mínimo de Derecho natural (en la línea de Hart). La segunda observación se refiere a que las leyes que carecen de la naturaleza de Derecho plantean severos problemas en cuanto al desarrollo técnico de la seguridad, entre ellos, el de su derogación. En este aspecto las dudas acerca del supuesto iusnaturalismo de Radbruch se hacen más profundas, en la medida en que tales leyes, si bien no son

Derecho, exigen sin embargo un tratamiento y una solución jurídica. Su falta de naturaleza jurídica no se traduce, pues, en inexistencia jurídica, siendo precisa su derogación, confiada a los altos tribunales o incluso al legislador.

Por consiguiente, a pesar de las reiteradas manifestaciones acerca de una superación del positivismo, Radbruch termina recurriendo a elementos jurídico-formales, propios de ciertas versiones del positivismo jurídico, con el objeto de evitar la tentación de sustituir, por ejemplo, la independencia judicial (cuyo fundamento es la sumisión a la ley —y al Derecho—), por la defensa de intereses ideológicos. La falta de orientación a la justicia supone, efectivamente, la objetiva violación del Derecho. Sin embargo, como advierte expresamente Radbruch, junto a la búsqueda de la justicia es necesario el mantenimiento de la seguridad jurídica, puesto que la introducción de criterios extrajurídicos, aun de carácter humanitario, puede suponer también la violación de otras leyes o aun del Derecho mismo.

5

No parece necesario insistir más sobre la riqueza de los planteamientos de Radbruch, la parte más importante de los cuales se contiene en el libro que se recoge a continuación. No obstante, es necesario concluir con unas breves indicaciones relativas al texto y a la traducción.

La primera edición de *Rechtphilosophie* es de 1914. En 1932 se publica una tercera edición considerablemente ampliada y cuidada por el propio Gustav Radbruch. Y, finalmente, en 1973 se publica una úl-

tima edición, preparada por sus discípulos Eric Wolf y Peter Schneider, que es la recogida en el tomo III de su *Gesamtausgabe* de 1.990. La que ahora se ofrece al lector en editoriales de tan amplia tradición en los estudios jurídicos como son REUS y REVISTA DE DERECHO PRIVADO, es la correspondiente a 1.932 en la excelente traducción castellana que un año después, en 1.933, realizara Medina Echavarría para la segunda de las mencionadas editoriales. Además de las correcciones y ampliaciones que, como se ha dicho, introdujo personalmente Radbruch, éste escribió un prólogo específico para dicha edición, dedicando la obra, por cierto a Hermann Kantorovicz, como consecuencia de la influencia ejercida por los estudios de la Escuela del Derecho Libre sobre nuestro autor, como ya se ha señalado.

En nuestro idioma, la publicación conoció una segunda edición para la misma editorial en 1.944. En ella, sin embargo, aunque se recoge fielmente el texto anterior, no figura el traductor, siendo notorio que se trata del mismo Medina Echavarría. Pueden ensayarse dos explicaciones a propósito de este, en cierto modo sorprendente silencio del traductor. La primera es que, posiblemente, la editorial Revista de Derecho Privado había comprado la traducción a Medina Echavarría, de manera que al ser de su propiedad no consideró necesario hacer constar su nombre. Si esta explicación resulta, efectivamente, poco elegante y científicamente reprochable, la segunda posible razón es aún más censurable: se trata de que es igualmente probable que en 1.944 no fuera oportuno ni conveniente citar a un intelectual republicano exiliado en México (donde, por cierto, llegó a ser asesor de la no menos prestigiosa

editorial Fondo de Cultura Económica), como era Medina, al que su amigo Francisco Ayala dedicaría una sentida semblanza en 1.981, cuatro años después de su fallecimiento.

En definitiva, parece que la significación del texto que se presenta debe situarse más allá de toda duda. Es más, la recuperación, tres cuartos de siglo después de su publicación en castellano, de un texto capital para la reflexión jurídica, como es éste, debería ser celebrada como un acontecimiento de innegable relevancia, así como, lo que es más importante, una promesa sobre la reedición de los más significativos estudios del Derecho contemporáneo que se ha iniciado ya.

Joaquín Almuquera Carreres
Madrid, octubre de 2.007

Introducción	5
Prólogo	35
1. Realidad y valor	39
Las cuatro actitudes fundamentales: la actitud ciega para el valor, la valorativa, la referida a valores y la superadora del valor. Lugar del Derecho en el sistema de las ciencias.	
2. La Filosofía del Derecho como consideración valorativa del Derecho	47
Dualismo metódico. Relativismo.	
3. Las direcciones de la Filosofía del Derecho	59
Derecho Natural; Escuela Histórica; HEGEL; Concepción materialista de la Historia; Teoría general del Derecho; JHERING; STAMMLER; Relativismo; Filosofía de la Cultura; otras direcciones.	
4. El concepto del Derecho	81
Derecho: la realidad referida a la idea del Derecho; La Justicia como idea del Derecho; La Equidad; Deducción del concepto del Derecho; Conceptos jurídicos a priori.	
5. Derecho y Moral	91
Exterioridad-interioridad según el objeto; según el sujeto de fines; según el modo de obligar; según la fuente de validez. La moral como fundamento de validez del derecho; y como fin del Derecho.	
6. Derecho y decoro social	107
Carácter contradictorio del decoro social; su función social.	

7. El fin del Derecho	113
Las concepciones individualista, supraindividualista. y transpersonal del derecho. Relación dialéctica entre ellas; la concepción transpersonal en particular.	
8. La teoría filosófico-jurídica de los partidos	125
Significación de las ideologías de partido. Individualismo. Liberalismo y Democracia en particular. Concepto social del derecho y socialismo. Catolicismo político.	
9. Las antinomias de la idea del Derecho	143
Justicia, finalidad, seguridad jurídica. Tensión existente entre ellas.	
10. La validez del Derecho	151
Teoría jurídica de la validez. Teoría sociológica. (Teoría de la fuerza, teoría del reconocimiento o aceptación). Teoría filosófica. Antinomias.	
11. La Filosofía de la Historia del Derecho	165
Forma y materia del Derecho. Formación consciente e inconsciente del Derecho. Teoría de la legitimidad y teoría catastrófica.	
12. La filosofía religiosa del derecho	175
Cristianismo primitivo. TOLSTOI. Catolicismo. LUTERO.	
13. La psicología del hombre de derecho	183
El derecho objetivo como forma de vida. El derecho subjetivo como forma de vida.	
14. Estética del derecho	195
Estética de las formas de expresión del Derecho. El Derecho como objeto del Arte.	
15. La lógica de la Ciencia del Derecho.....	201
La Ciencia del Derecho y las diversas ciencias jurídicas. Interpretación. Construcción y Sistemá-	

	tica. La ciencia del Derecho como ciencia cultural «comprensiva». Transición a la parte especial.	
16. Derecho público y privado	Aprioridad de estos conceptos. Sus relaciones recíprocas en las concepciones liberal, conservadora y social. Derecho social.	223
17. La Persona	La persona como concepto de igualdad. Interpretación teleológica del problema de la persona social. Individualismo: teoría de la ficción; supraindividualismo: persona colectiva real; transpersonalismo: el patrimonio afecto a un fin.	231
18. La Propiedad	Aprioridad de este concepto. Teorías de la ocupación y de la especificación. Teorías individualistas de la propiedad. (GOETHE, FICHTE). Teorías sociales. (Encíclica «Quadragesimo anno». Constitución de Weimar).	239
19. El Contrato	Estática y dinámica de la vida jurídica. El contrato social y el contrato de derecho privado. Teorías de la voluntad y de la declaración.	253
20. El Matrimonio	El problema. La concepción supraindividualista del matrimonio. (Encíclica «Casto Connubii». Constitución de Weimar). La concepción individualista. El derecho soviético.	261
21. El Derecho hereditario	Libertad de testar, sucesión abintestato, herencia forzosa y aglomeración forzosa de herencia, en sus relaciones con las concepciones individualista, supraindividualista y transpersonal.	275

22. El Derecho penal	283
Teorías sobre el fundamento de la pena. (Teorías del consentimiento y de la retribución). Teorías sobre el fin de la pena. Justicia (igualitaria, distributiva). Finalidad. Teorías individualistas (prevención general-prevención especial). Derecho penal fascista. Derecho penal soviético. Seguridad jurídica.	
23. La pena de muerte	295
Justificación supraindividualista. La pena de muerte y el pacto social. La pena de muerte y el estado de necesidad.	
24. La Gracia	303
La Gracia como institución jurídica. La Gracia ante el Derecho.	
25. El Proceso	309
La independencia judicial. La relación jurídica procesal. La cosa juzgada.	
26. El Estado de derecho	315
¿Prioridad del Derecho o del Estado? Teoría de la identidad. Teoría de la autovinculación. Solución del problema. Valor del Estado de derecho formal.	
27. El Derecho eclesiástico	325
Catolicismo. RODOLFO SOHM. LUTERO. La constitución de la Iglesia Evangélica.	
28. El Derecho Internacional	335
El problema. Individualismo: el Estado cosmopolita. Supraindividualismo: el dogma de la Soberanía y la negación del Derecho Internacional. Transpersonalismo; Derecho Internacional. La realidad del Derecho Internacional.	

29. La Guerra	349
La Guerra ante la Ética, la Filosofía del Derecho, la Filosofía de la Historia y la Filosofía de la Re- ligión.	

Ver en editorialreus.es