

Radbruch y el valor de la seguridad jurídica

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universidad de Barcelona

SUMARIO: Radbruch ha sido el último gran teórico de la seguridad jurídica y el análisis de su obra permite comprender mejor el sentido en el que cabe afirmar que la seguridad jurídica es un valor. En este artículo se defienden cuatro ideas principales: (1) la seguridad jurídica no es un valor autónomo, sino la expresión de la garantía jurídica de ciertos valores materiales; (2) estos valores materiales se resumen en el respeto de la naturaleza moral de los seres humanos y, por tanto, de la libertad individual; (3) decir que la obligatoriedad del Derecho se basa en la seguridad jurídica es lo mismo que decir que la obligatoriedad del Derecho se basa en el hecho de que éste constituye una garantía de la libertad individual, y (4) la defensa del valor de la seguridad jurídica, en el caso de Radbruch, no está asociada con la defensa del positivismo jurídico. Por último, se argumenta que Radbruch no cambió su concepción de la seguridad jurídica en sus conocidos textos de posguerra.

Para todos aquellos que se interesan por la consideración axiológica de la seguridad jurídica, la obra de Gustav Radbruch, su «último gran teórico», es una referencia ineludible¹. Sin embargo, su lectura suscita una cierta perplejidad, que se traduce en preguntas cuya respuesta no es fácil de encontrar: ¿en qué sentido puede considerarse a

¹ GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al derecho» (incluido en ídem, *Estudios de filosofía del derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365-398), p. 381. La inspiración principal de las ideas que desarrollo aquí proviene de la lectura de este texto; el previo interés por la seguridad jurídica y por la obra de Radbruch me fue suscitado por las muy estimulantes clases del profesor Norberto Álvarez, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Debo, también, agradecer la colaboración de Isabel Köpcke en la traducción e interpretación de algunos textos alemanes.

la seguridad jurídica como un «valor»? ¿Lo es en el mismo sentido en el que lo son la justicia o la libertad, por ejemplo? ¿Con qué otros valores está conectada? En particular, ¿cuál es su relación con la justicia? Además, ¿cómo se vio afectado todo ello por el supuesto giro iusnaturalista de Radbruch tras la experiencia del nazismo? ¿Cabe hablar de dos etapas en su concepción de la seguridad jurídica? ¿Está asociada su defensa del valor de la seguridad jurídica con el positivismo jurídico? De éstas y otras cuestiones cercanas me ocuparé en las páginas que siguen. No es Radbruch un autor muy celebrado en las últimas décadas, pero en los últimos años parece que el interés por su obra ha despertado a raíz de la consideración que le dispensa Robert Alexy, cuya influyente concepción del Derecho se halla, a su vez, influida por la del que fue profesor de la universidad de Heidelberg². Por lo tanto, el estudio de la obra de éste posee el aliciente adicional de ayudar a comprender mejor las ideas de aquél. He utilizado básicamente dos libros: la *Filosofía del derecho* y la *Introducción a la filosofía del derecho*, en adelante citados como *Filosofía* e *Introducción*³; entre uno y otro media el nazismo y la guerra mundial; sin embargo, los utilizaré indistintamente porque creo que contienen un tratamiento similar de la seguridad jurídica, con lo cual anticipo algo que trataré de mostrar con algún detalle más adelante: hasta donde puedo alcanzar, no veo que Radbruch modificase sustancialmente sus planteamientos iusfilosóficos durante los últimos años de su vida o, en todo caso, no veo que los cambios que sí es posible detectar en su obra afectasen de manera significativa a su concepción de la seguridad jurídica⁴.

Las ideas básicas que sostendré acerca de la concepción de Radbruch de la seguridad jurídica son: (1) la seguridad jurídica no es un valor autónomo, sino la expresión de la garantía jurídica de ciertos valores materiales; (2) estos valores materiales se resumen en el respeto de la naturaleza moral de los seres humanos y, por tanto, de la libertad individual; (3) decir que la obligatoriedad del Derecho se

² Véase ATIENZA, M., «Entrevista a Robert Alexy» (*Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 671-687), p. 680, sobre la importancia que Alexy atribuye a la obra de Radbruch.

³ RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho* (trad. J. Medina Echavarría, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933; hay reimpresión en Granada, Comares, 1999). Es la traducción de la 3.^a y definitiva edición de la *Rechtsphilosophie*, de 1932; y RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del Derecho* (trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1974). Es la traducción de *Vorschule der Rechtsphilosophie*, de 1948.

⁴ Sobre la relación entre los dos libros, véase WOLF, E., «Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy» (*Natural Law Forum*, vol. 3/1, 1958, pp. 1-23), p. 3: «La *Vorschule* no es más que una introducción complementaria que ofrece una mejor comprensión del desarrollo de sus ideas filosóficas y los postulados de política jurídica derivados de ellas». La opinión del propio Radbruch era la siguiente: «Este libro (...) pienso que debe reflejar (...) el desarrollo de mi *Filosofía del Derecho* (3.^a ed., 1932). Algunas contradicciones aparentes que puedan encontrarse aquí [en la *Vorschule*] encontrarán allí su solución» (RADBRUCH, G., *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 3.^a ed., 1965, «Vorwort», p. 3; este prólogo no figura en la edición en castellano).

basa en la seguridad jurídica es lo mismo que decir que la obligatoriedad del Derecho se basa en el hecho de que éste constituye una garantía de la libertad individual, y (4) la defensa del valor de la seguridad jurídica, en el caso de Radbruch, no está asociada con la defensa del positivismo jurídico. La secuencia del trabajo es la siguiente: en primer lugar (secciones 1 y 2) exploraré el tratamiento de la seguridad jurídica en la obra de Radbruch, sin evitar posibles oscuridades y contradicciones; en segundo lugar (sección 3) trataré de reconstruir coherentemente su concepción de la seguridad jurídica, ahora sí destacando las oscuridades y las contradicciones e intentando, en lo posible, ilustrar las primeras y disolver las segundas; por último (sección 4), me ocuparé de dos cuestiones puntuales vinculadas con la última fase de la obra de Radbruch: el sentido de su giro iusnaturalista y el sentido de su crítica al positivismo. En cuanto a la intención del artículo, no es la de enjuiciar en todo o en parte la obra de Radbruch, sino esclarecer, a través del análisis de la misma, el sentido que tiene considerar la seguridad jurídica como un valor.

1. IDEA DEL DERECHO Y RELATIVISMO

González Vicén sintetiza el itinerario recorrido por Radbruch para afirmar el valor de la seguridad jurídica con estas palabras: «Partiendo de un relativismo axiológico de principio, elevará (...) la seguridad jurídica a valor supremo del Derecho»⁵; cómo es posible ese tránsito, y qué sentido tiene, es lo que corresponde averiguar. Para ello hemos de buscar el momento y las condiciones en las que la seguridad jurídica aparece en la construcción de su filosofía jurídica; dado que lo hace como tercer componente de la *idea* del Derecho, tras la justicia y la adecuación a fin, previamente tendremos que ocuparnos de la elaboración de la idea del Derecho y de la función que desempeña el relativismo axiológico en ella, cuestiones a las que se dedica esta primera sección.

En el principio se encuentra la justicia.—La idea del Derecho es lo que el Derecho *debe ser*, por contraposición con el concepto del Derecho, que es lo que el Derecho *es* o, con palabras de Radbruch, «el concepto del derecho es a la idea del Derecho lo que el ser al deber ser» (*Introducción*, 46). El concepto de Derecho no puede extraerse inductiva, sino deductivamente, a partir de la precedente idea del derecho, en la medida en que «el Derecho es obra humana, y como toda obra humana, sólo puede ser comprendida a través de su idea (...). El Derecho sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor. El Derecho es un hecho cultural, es decir, un hecho relacionado con un valor. El concepto del Derecho sólo puede

⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., *La obediencia al derecho*, cit., p. 381.

determinarse como conjunto de datos cuyo sentido estriba en la realización de la idea del Derecho» (*Filosofía*, 10-11), o «el Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho» (*Filosofía*, 44). En consecuencia, la idea del Derecho debe estar constituida por un valor, que, dice, no puede ser otro que el de la justicia, de manera que «Derecho es la realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia» (*Filosofía*, 47). La justicia es considerada como un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza, esto es, un valor que no descansa en uno superior o que no puede derivarse de ningún otro (*Introducción*, 31; *Filosofía*, 44), y caracterizada como la propiedad de aquellas relaciones humanas basadas en la igualdad, bien sea absoluta, dando lugar a la justicia conmutativa, bien sea proporcional, originando la justicia distributiva. Radbruch asume una concepción formal de la justicia, lo que significa que «la justicia nos indica, ciertamente, tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales; nada nos dice, empero [por tratarse de una idea formal], respecto del punto de vista desde el cual primeramente se calificquen a unos como iguales y a otros como desiguales; determina, además, sólo la relación, pero no el modo de tratamiento. Ambas cuestiones sólo pueden responderse con relación a los fines del Derecho» (*Filosofía*, 95); o, con otras palabras, «[la justicia] presupone que la igualdad y desigualdad ha sido ya fijada desde una perspectiva que no puede lograrse desde ella misma» (*Filosofía*, 46)⁶.

La adecuación a fin.—El carácter formal de la justicia hace necesaria, pues, la introducción de un segundo elemento en la idea del Derecho: su «adecuación a fin» (*Zweckmäßigkeit*), también llamado, según pasajes, «finalidad», «utilidad» o «bien común», y que hoy podríamos traducir libremente como «justicia material» (de hecho, en muchos pasajes de su obra Radbruch se refiere a la justicia como englobando los dos elementos, el de la justicia formal y el de la adecuación a fin). Este segundo elemento alude a los fines sustantivos que el Derecho debe realizar, y que, una vez determinados, permitirían dotar de contenido a la forma de la justicia. Es, en este momento, donde aparece el relativismo axiológico al que se refería González Vicén como punto de partida de Radbruch, un relativismo cuyo sentido conviene precisar porque resultará del todo necesario tenerlo en cuenta más adelante, a la hora de aclarar el modo en que justifica el valor de la seguridad jurídica.

El relativismo.—Al comienzo de su obra principal, Radbruch señala explícitamente los dos rasgos de su filosofía jurídica, entendida como «consideración valorativa del Derecho»: el dualismo metódico y el relativismo. El dualismo metódico, de reconocida inspiración kantiana, consiste en la separación tajante entre los dominios del ser y del deber

⁶ El hecho de que la justicia sea concebida como una idea formal no significa que de ella no se deriven concretas exigencias para el Derecho, si bien sólo en relación con su estructura y funcionamiento, tales como la igualdad ante la Ley, la prohibición de tribunales extraordinarios, la independencia del poder judicial, etc. No nos detendremos en este punto, pero véanse *Filosofía*, 100, e *Introducción*, 35.

ser, entendida aquí como «la imposibilidad de deducir de lo que *es*, lo *valioso*, lo *justo*, lo que *debe ser*» (*Filosofía*, 13); por tanto, «los preceptos del deber se pueden sólo fundar y ser demostrados por medio de otros preceptos del deber ser. Precisamente por esto, los supremos preceptos del deber son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de creencia. Allí donde se enfrentan, combatiéndose, preceptos contrapuestos y supremos del deber ser, concepciones contrapuestas del valor, el mundo y la vida, no cabe entre ellas una decisión científica de carácter unívoco» (*Filosofía*, 17). He aquí la raíz y el sentido del relativismo axiológico, o moral, cuyo resultado es una filosofía del Derecho «incapaz de determinar al individuo la elección entre concepciones jurídicas sistemáticamente desenvueltas de supuestos últimos y contrarios» (*Filosofía*, 19), y relativista en tanto que «su tarea es precisar la justeza de cada juicio sólo en relación con otro juicio de valor determinado y superior, es decir, sólo en los límites de una concepción determinada del valor y del mundo, pero no se hace problema de la fijación misma de esa concepción» (*ibidem*).

El limitado alcance del relativismo.—Sentados la raíz y el sentido del relativismo, queda por establecer su alcance, que va a resultar mucho más corto de lo que podría imaginarse o de lo que suele creerse. Radbruch señala los límites de su relativismo en varios lugares, pero donde quizá lo hace con mayor claridad es en un texto breve de 1934, titulado *El relativismo en la filosofía del derecho*⁷; sin embargo conviene aclarar primero cuál es su fundamento común. Éste aparece enunciado a la hora de establecer las relaciones entre el Derecho y la Moral, donde, de nuevo, se nota la influencia kantiana. Las relaciones entre Derecho y Moral son dos: por una parte, la moral es el fundamento de validez del Derecho (volveremos sobre esto); por otra parte, y es lo que ahora interesa, la Moral es el *fin* del derecho, en el sentido de que el fin del Derecho es permitir a los individuos la realización de sus deberes morales, mediante la garantía de la necesaria libertad individual: «el Derecho sirve a la Moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza (...). Garantiza derechos a los individuos para que puedan cumplir mejor sus deberes morales» (*Filosofía*, 63) o, con otras palabras, «el derecho es (...) la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir la libertad interior necesaria para las decisiones éticas» (*Introducción*, 38)⁸. Pues bien, si el Derecho tiene el sentido

⁷ RADBRUCH, G., «El relativismo en la filosofía del Derecho» (incluido en RADBRUCH, G., *Relativismo y Derecho*, trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 1992, pp. 1-10; publicado originalmente en francés en *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, vol. 1/2, 1934).

⁸ Recuérdese la definición kantiana del Derecho como «conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una Ley universal de la libertad» (KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, trad. cast. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989, p. 39); y aclara Adela Cortina que «no existe, pues, contradicción entre Moral y Derecho, en el sentido de que la coacción externa que acompaña al Derecho se oponga a la libertad trascendental, porque

de permitir el libre cumplimiento de los deberes morales individuales, entonces debe reunir ciertas características necesarias, entre las que Radbruch consigna, en 1934, el liberalismo, un Derecho Penal especial para los delincuentes por convicción, el estado de Derecho (incluyendo el imperio de la Ley y la división de poderes), la tolerancia, la democracia e incluso el socialismo en tanto extensión de la democracia a las relaciones económicas⁹. Más tarde añadirá expresamente los derechos humanos, que tienen un «carácter absoluto», dado que «son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales» (*Introducción*, 38-39)¹⁰. Una vez conocidos los límites o exigencias del relativismo, podemos entender por qué, en la Alemania de 1934, Radbruch recalca que el relativismo «expresa una fuerte y aún agresiva convicción»¹¹. Quizá no esté de más recordar aquí que Radbruch fue desposeído de su cátedra por el gobierno alemán en 1933, seguramente no tanto por causa de su relativismo como por su firme defensa de los que hemos denominado «sus límites»¹².

2. IDEA DEL DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica entra en escena.—Si el principio de adecuación a fin figura en la idea del Derecho como complemento necesario

tal coacción está al servicio de la realización de la autonomía personal, en cuanto defiende la libertad externa (p. XLII del volumen citado).

⁹ RADBRUCH, G., *El relativismo en la filosofía del Derecho*, cit., pp. 4-9.

¹⁰ Estas exigencias se encuentran también en su *Filosofía* por ejemplo, en las pp. 4-5 (democracia y tolerancia), 87 (socialismo) o 244 (estado de Derecho). No discutiré aquí la supuesta conexión lógica entre el relativismo y las consecuencias que Radbruch deriva de él, pero véase, respecto del similar caso de Kelsen, RUIZ MANERO, J., «Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen», incluido en KELSEN, H., *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (Madrid, Debate, 1988, varios traductores), pp. 14-25. La tesis kelseniana de la conexión entre relativismo y democracia aparece en muchos lugares de su obra; por ejemplo, en «Los fundamentos de la democracia» (de 1955; incluido en el volumen citado; en particular, las secciones «Absolutismo y relativismo filosóficos», pp. 225-230, y «La democracia como relativismo político», pp. 258-259); en *Forma de Estado y filosofía* (de 1933; incluido en ídem, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadarrama, 1977, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, pp. 131-159; en especial, su sección VIII, «La oposición de criterios filosóficos») y en «Absolutismo y relativismo en filosofía y en política» (de 1948; incluido en ídem, *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, trad. A. Calsamiglia, 1991, pp. 113-125). Kelsen es, junto con Jellinek y Weber, uno de los autores a los que Radbruch atribuye su misma posición relativista (*Filosofía*, 19).

¹¹ RADBRUCH, G., *El relativismo en la filosofía del Derecho*, cit., p. 1. Véase, también, con el mismo sentido, el prólogo de 1932 a la *Rechtsphilosophie* (*Filosofía*, 3-5).

¹² Sobre ésta y otras vicisitudes, véase MARTÍNEZ BRETONES, M. V., *Gustav Radbruch: vida y obra* (México, UNAM, 2.ª ed., 2003), cap. tercero. Para combatir la imagen de un Radbruch escéptico (como la que ofrece; por ejemplo, FRIEDRICH, C. J., *La filosofía del Derecho*, trad. M. Álvarez Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 238 ss.) es muy saludable la lectura de WOLF, E., *Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy*, citado.

de una justicia definida en términos formales, resulta que el relativismo impide determinar su contenido, vale decir, impide determinar la justicia sustantiva, porque es imposible determinar si una concepción axiológica es superior o preferible objetivamente a otra¹³. No obstante, ahora ya sabemos que eso no significa que el Derecho pueda tener cualquier contenido, porque la democracia, el estado de Derecho o incluso los derechos individuales básicos no son discutibles. Pues bien, es la imposibilidad de determinar el contenido del principio de adecuación a fin más allá de ahí la que exige la introducción de un tercer elemento en la idea del Derecho: la seguridad jurídica. El análisis de las razones de esta entrada merece epígrafe aparte, pero antes recordemos cómo define Radbruch la seguridad jurídica y cuáles son sus exigencias: la seguridad jurídica es definida, breve pero inequívocamente, como «la *seguridad del Derecho mismo*», que no debe confundirse con la «*seguridad por medio del Derecho*», la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc. —pues ésta va ya implícita en el concepto de la adecuación a fin» (*Introducción*, 40; cursiva del autor). En esta formulación, la seguridad jurídica encuentra su concepto más depurado: en apariencia, se trata de un tipo especial de seguridad, relativa al propio Derecho, e independiente de su contenido concreto; diferente, por tanto, de la seguridad que el Derecho pueda, a su vez, garantizar a las personas respecto de ciertos estados de cosas que no sean el conocimiento y la aplicación de las normas jurídicas.

Exigencias de la seguridad jurídica.—La seguridad jurídica, así definida, implica determinadas exigencias, que conforman (junto con otros caracteres que ahora no son relevantes) el concepto de Derecho, a saber: el Derecho debe ser «positivo», lo que para Radbruch equivale a que «se halle estatuido en leyes»; en segundo lugar, el Derecho debe ser «preciso», es decir, tiene que estar «basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la «buena fe» o el de las «buenas costumbres»»; en tercer lugar, los hechos en que debe basarse el Derecho deben ser «practicables»; en cuarto lugar, por último, el Derecho debe ser «estable», esto es, «no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes» (*Introducción*, 40). Conviene observar que todas las exigencias de la seguridad jurídica se traducen en cualidades formales del derecho, de manera que la seguridad jurídica es aparentemente compatible con cualquier contenido que las normas jurídicas puedan tener, a salvo de las que, precisamente, establecen la forma del propio Derecho mediante la regulación de sus procesos de creación, interpretación y aplicación. Sin duda, esta enunciación de las cualidades que el Derecho debe reunir para garantizar la seguridad

¹³ Radbruch se refiere a tres grandes concepciones axiológicas: individualista, supraindividualista y transpersonalista, de las que no procede ocuparse aquí, a salvo de alguna observación posterior; están expuestas en *Filosofía*, § 7, e *Introducción*, § 8.

jurídica causa una cierta insatisfacción, si la comparamos con la que en su día propuso Bentham o con la que más adelante propondrá Fuller, por poner sólo un par de ejemplos conocidos¹⁴. Pérez Luño, quizá con excesivo rigor, ha acusado a Radbruch de basar la seguridad jurídica exclusivamente en la positividad del Derecho¹⁵; Norberto Álvarez hace notar la ausencia de referencias a los principios de jerarquía normativa, no retroactividad o fuerza de cosa juzgada, aunque más benévolamente opina que «Radbruch no elude estos requisitos. Ocurre, simplemente, que no se refiere a ellos de forma explícita. Lo hace, sin embargo, implícitamente»¹⁶. Ambos, en todo caso, consideran insuficiente el tratamiento de la cuestión que ofrece Radbruch; siendo cierto habrá que pensar que no estaba interesado tanto en listar exhaustivamente los elementos del Derecho que favorecen la seguridad jurídica (tarea harto difícil, por cierto), cuanto en afirmar su cualidad de valor del Derecho. También puede ser que Radbruch se halle limitado por la forma en que entiende el *concepto* de Derecho. Recuérdese que el concepto de Derecho identifica «lo que el Derecho es», de manera que un sistema normativo que no reúna los elementos del concepto de Derecho no puede ser calificado como jurídico; quizá por esta razón Radbruch renuncie a extender demasiado esa lista de elementos.

El carácter axiológico de la seguridad jurídica.—Volvamos ahora a las razones que justifican la entrada de la seguridad jurídica en la idea del Derecho o, lo que es lo mismo, a las razones que justifican su consideración como valor jurídico. Que es un valor del Derecho se colige del hecho mismo de su incorporación a la idea del Derecho que, como sabemos, expresa «lo que el derecho debe ser». En cuanto a la razón aducida por Radbruch en favor de esta incorporación y consiguiente consideración axiológica, es precisamente el relativismo axiológico, que impide determinar fines jurídico-materiales o elegir entre ellos; sin embargo, la conexión entre causa (relativismo axiológico) y efecto (incorporación de la seguridad jurídica a la idea del Derecho) no es fácil de ver. Radbruch la expresa así en 1932: «El Derecho, como ordenación de la vida común, no puede ser abandonado a las diversidades de opinión de los individuos, pues por encima de todo tiene que ser una ordenación, un *Orden*», y también: «Si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser Derecho» (*Filosofía*, 96 y 109); después, en 1948: «En la imposibilidad de *definir* el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con *estatuirlo*, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para *imponer* lo estatuido. No es otra la justificación

¹⁴ BENTHAM, J., *Principios del Código civil* (en *Tratados de legislación civil y penal*, trad. R. Salas, Madrid, Editora Nacional, 1981), cap. XVII; y FULLER, L. L., *The Morality of Law* (New Haven, Yale University Press, 1969), cap. II.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica* (Madrid; Tecnos, 1991; 2.ª ed., 1994), p. 22.

¹⁶ ÁLVAREZ, N., *Jalones para una teoría crítica de la seguridad jurídica* (Madrid, 1995), p. 12.

del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho» (*Introducción*, 39-40). La inclusión de la seguridad jurídica en la idea del Derecho viene a significar la afirmación de la necesidad del Derecho positivo, una necesidad que deriva de la imposibilidad de determinar objetivamente los fines del Derecho (*lo justo* en un sentido material); pues la positividad del Derecho, explica Radbruch, no sería necesaria si fuese posible identificar sin dudas el contenido sustantivo del Derecho natural. Dado el relativismo, esta identificación no es posible, luego el Derecho positivo se torna necesario y la seguridad jurídica pasa a formar parte de los valores del Derecho expresados en su idea. Ahora bien: si no estamos en condiciones de determinar lo materialmente justo, ¿qué beneficio podemos obtener del Derecho positivo? O, en otros términos, ¿qué beneficio podemos obtener de un Derecho del que sabemos que es seguro pero del que no sabemos si es materialmente justo? Ésta es la pregunta clave.

Las razones de la seguridad jurídica.—Procede, por tanto, indagar qué beneficios pueden obtenerse a través de la garantía de la seguridad jurídica o, lo que es lo mismo, a través de la vigencia de cualquier Derecho positivo. Vaya por delante que no parece posible abordar la cuestión del valor de la seguridad jurídica en los mismos términos en que lo es la cuestión del valor de la justicia; recordemos que, para Radbruch, la justicia es un valor absoluto, que no descansa en otro superior y que, por tanto, no permite justificación ulterior, sino que ha de asumirse axiomáticamente o, *a priori*, como primer elemento de la idea del Derecho; por el contrario, la seguridad jurídica aparece, *a posteriori*, como un derivado de la imposibilidad de precisar el contenido del principio de adecuación a fin. Es cierto que algunos pasajes en los que Radbruch trata de los conflictos o antinomias entre los distintos elementos de la idea del Derecho oscurecen esta distinta posición de la justicia y la seguridad; por ejemplo, al establecer que «de estos tres elementos de la idea del Derecho, sólo para el segundo [la adecuación a fin o finalidad] vale la autolimitación del relativismo, los otros dos, justicia y seguridad, están sobre la oposición de las concepciones en torno al Derecho y al Estado, por encima de la lucha de partidos (...). Elementos de validez universal en la idea del Derecho son la justicia y la seguridad; de validez relativa, empero, no sólo la finalidad misma, sino también la relación jerárquica de los tres elementos entre sí» (*Filosofía*, 97). Más adelante, al tratar de la validez del Derecho, precisamente al negar el valor absoluto de la seguridad jurídica en un sentido (en el sentido de que esté por encima de cualquier otro valor, tal la justicia o la finalidad), lo afirma implícitamente en otro (en el sentido de que tampoco está por debajo): «Se ha demostrado, tan sólo, que la seguridad jurídica es un valor y que la seguridad garantizada por el Derecho positivo puede justificar hasta el Derecho injusto o que sea inadecuado a un fin. Pero no se ha demostrado la primacía absoluta de esta exigencia que todo Derecho cumple de la seguridad ante las exi-

gencias quizá incumplidas o abandonadas de la justicia y la finalidad. Los tres aspectos de la idea del Derecho son todos de igual valor» (*Filosofía*, 111). Volveremos sobre estos conflictos, pero ahora es suficiente observar lo siguiente: una cosa es que tales conflictos existan y que sea difícil resolverlos y otra cosa es afirmar que la seguridad jurídica tiene *el mismo valor* que la justicia, al menos sin antes haber aclarado para qué sirve la seguridad jurídica. A este respecto son ilustrativos algunos pasajes dispersos en los que Radbruch sí da cuenta explícita de los beneficios que ésta reporta. Son, por lo menos, éstos: la justicia, los derechos humanos y el orden o paz sociales.

La seguridad jurídica como forma de la justicia.—También a la hora de abordar los conflictos entre justicia y seguridad, Radbruch se refiere a la segunda como una forma de la primera, y a tales conflictos como «conflictos de la justicia consigo misma», añadiendo que «la aplicación uniforme de un Derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y a otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia» (*Introducción*, 44). Antes, en su *Filosofía del Derecho*, aparece un texto que, indirectamente, refleja también esta conexión entre justicia y seguridad jurídica: «Despreciamos nosotros al sacerdote que predica contra su convicción, pero honramos al juez que no se deja perturbar en su fidelidad a la Ley por la pugna de su propio sentimiento jurídico; pues el dogma tiene únicamente valor como expresión de la fe, mas la Ley no lo tiene sólo como precipitado de la justicia, sino como garantía de la seguridad jurídica»; pero Radbruch apostilla: «No solemos hablar de un juez «legalista», sino de un juez justo, puesto que todo juez atenido a la Ley, es por eso, y sólo por eso, también al mismo tiempo un juez justo» (*Filosofía*, 112-113); lo cual quiere decir, me parece, que la seguridad jurídica garantizada por el juez vinculado a la Ley es una forma de hacer realidad la justicia. A mayor abundamiento, el mismo argumento se encuentra a la hora de analizar la «psicología del hombre de Derecho», para quien «la justicia (...) es decisiva (...) en un doble sentido: como justicia ideal y como positiva, es decir, en este último caso como seguridad jurídica» (*Filosofía*, 130); y también en el momento de defender el valor de la legalidad incluso en situaciones sociales de enfrentamiento o desigualdad: «Precisamente, por causa de esta propia legalidad, es por lo que la clase sometida puede tener interés en la realización del Derecho establecido por la clase dominante. Por eso, muchas veces en las luchas por el Derecho la clase oprimida se convierte en defensora del orden jurídico con el que se ha cubierto la clase dominante, y esto porque este Derecho, aunque es un Derecho *de clase* es, a su pesar, un *Derecho* de clase, porque con él no surge con plena desnudez el interés de la clase dominante sino cubierto con el ropaje del Derecho, y porque la forma del Derecho [esto es, la forma justa, si no lo entiendo mal], cualquiera que sea su contenido, favorece cabalmente siempre a los oprimidos» (*Filosofía*, 245). Lo que Radbruch parece ponderar

aquí es el valor que cabe atribuir a los principios del imperio de la Ley, el *rule of law* o la fulleriana moral interna del Derecho; no sé si lleva razón en este punto pero, en todo caso, de acuerdo con estas citas, la seguridad jurídica sería una forma de justicia y, por tanto, obtendría su valor de la propia justicia; no se trataría, estrictamente, de *otro* valor, sino de la misma justicia¹⁷.

Seguridad jurídica y derechos humanos.—Un segundo beneficio que se obtiene mediante la seguridad jurídica es la vigencia de los derechos humanos. Ya tuvimos ocasión de comprobar que uno de los límites del relativismo axiológico es el respeto de los «derechos del hombre», que constituyen una «exigencia absoluta» para el derecho (como la democracia o el estado de derecho, pero basta referirse a los derechos para desarrollar el argumento que ahora importa), de manera que «sería un derecho absolutamente injusto la total negación de los derechos del hombre» (*Introducción*, 39). Que los derechos del hombre constituyen una exigencia absoluta para el derecho significa que un sistema normativo no puede ser calificado como derecho si no los reconoce o garantiza. Así lo sostiene Radbruch en particular cuando se refiere al sistema normativo de la Alemania nacionalsocialista: «El carácter de derecho está ausente además en todas las leyes que trataban a los seres humanos como bestias y les negaban los derechos humanos»¹⁸. Siendo así, resultaría que la seguridad jurídica lo sería siempre de un derecho *no absolutamente* injusto (pues en este caso no procedería hablar de derecho ni tampoco, claro, de seguridad jurídica) sino, cuando menos, *parcialmente* justo (como mínimo en la medida en que incorpora los derechos humanos, y la democracia, y los principios del estado de derecho) y, por tanto, podría sostenerse que la seguridad jurídica recibe su valor moral del que, en su caso, quepa atribuir a los derechos humanos, pues cualquier grado de realización de la seguridad jurídica supondría algún grado de garantía de los mismos.

¹⁷ Hernández Marín sostiene que la concepción de la seguridad jurídica como una «especie de justicia» es una novedad en las últimas obras de Radbruch y supone una modificación de tesis anteriores (R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 212-213). Sin duda, en este punto Radbruch se expresa con mayor claridad en la *Introducción* que en la *Filosofía*, pero creo que la tesis de que la seguridad jurídica es una forma de la justicia puede deducirse de las citas de la *Filosofía* que he transcrito.

¹⁸ G. RADBRUCH, «Arbitrariedad legal y Derecho supralegal» (en ídem, *Relativismo y Derecho*, cit., pp. 25-42), p. 37. La misma idea se avanza en sus «Cinco minutos de filosofía del Derecho» (incluido en el mismo volumen, pp. 71-74). El primer trabajo ha sido traducido también por M. I. Azareto de Vásquez (*Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962), por A. del Campo, en G. RADBRUCH, *El hombre en el derecho* (Depalma, Buenos Aires, 1980), y por J. M. Rodríguez Paniagua, en este caso con el título «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en el volumen colectivo *Derecho injusto y derecho nulo* (Aguilar, Madrid, 1971). El título original es «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», y fue publicado en 1946. El contenido de este trabajo está sustancialmente incorporado a la *Introducción a la filosofía del derecho* y figura también como anexo en las reediciones de la *Rechtsphilosophie* (aunque no en las ediciones castellanas).

De paso, encontraríamos aquí una regla que parecía no haber, que permitiría dilucidar alguno de los conflictos entre los valores que conforman la idea del derecho, y que puede formularse así: en el caso de que los derechos humanos no sean respetados por el derecho positivo, el conflicto entre justicia y seguridad jurídica se resuelve en favor de la primera. Bien es verdad que se trataría de una regla que no resuelve conflictos *jurídicos*, puesto que, en el caso al que se refiere la regla, el derecho positivo no sería en realidad derecho y, por tanto, el conflicto entre justicia y seguridad no sería un conflicto jurídico o un conflicto entre justicia y seguridad «jurídica». En la práctica, Radbruch aplicó esta regla para resolver algunos conflictos surgidos tras la caída del régimen nacionalsocialista, como veremos más adelante. De momento, basta observar que si el derecho positivo siempre ha de garantizar los derechos humanos, entonces el valor de la seguridad jurídica queda suficientemente acreditado.

Seguridad jurídica, orden social y validez jurídica.—Un tercer beneficio que proporciona la seguridad jurídica es el del orden social, al que Radbruch se refiere a la hora de abordar el problema de la validez jurídica y optar por un criterio positivista frente a uno iusnaturalista. Hay una razón para rechazar el segundo, y es que no es posible afirmar con certeza la corrección de norma alguna (desde el punto de vista de su adecuación a fin o justicia material); luego, por tanto, el criterio iusnaturalista de validez jurídica es impracticable. Hay, además, una razón para aceptar el primero, y es la función de seguridad que realiza el derecho positivo, expresada en estos términos: «diríamos que aquella validez [la validez positivista] está fundada en la paz que instituye entre todas las concepciones jurídicas en pugna, en el orden con que finaliza la guerra de todos contra todos» (*Filosofía*, 110; la cursiva es mía). Las palabras resaltadas permiten entender que el valor que cabe atribuir a la seguridad jurídica deriva del valor que cabe atribuir al orden o paz social garantizados por ella; de nuevo, pues, la seguridad jurídica aparece como un valor subordinado o justificado por otros. Por supuesto, la pregunta que hay que plantear inmediatamente es la de cuál es el contenido de ese orden o paz social, una pregunta que no es respondida por Radbruch en ese lugar, aunque cabe imaginar su respuesta a partir de lo visto en párrafos anteriores y de otros textos, como haré en la sección siguiente.

¿Qué significa «validez positivista»?—Antes, no obstante, conviene aclarar el sentido en el que usa la expresión «validez positivista» o «criterio positivista de validez». La validez (*Geltung*) de una norma es entendida como obligatoriedad moral y no como mera existencia, vigencia, efectividad, pertenencia, aplicabilidad o cualquier otra cosa¹⁹. No es que Radbruch ignore otras concepciones de la «validez

¹⁹ El traductor castellano (Medina Echavarría) parece dudar sobre cómo traducir «*Geltung*» entre vigencia y validez (véase *Filosofía*, 102 y 104 donde recurre a la disyuntiva «vigencia o validez» y «está vigente o vale» para traducir *Geltung* y *gilt* (G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Koehler, Stuttgart, 1973, pp. 170 y 172).

jurídica» pero, dice, no permiten elaborar una teoría iusfilosófica de la misma, es decir, no permiten fundar la obligatoriedad del derecho; por ejemplo, en relación con algunas teorías sociológicas de la validez, escribe: «imperativo o mandato y fuerza, significan sólo un querer y un poder, que por parte de los destinatarios pueden producir, en todo caso, una necesidad ineludible de cumplimiento (*müssen*), pero no un deber ser (*sollen*), es decir, quizá una obediencia, pero nunca un deber de obedecer» (*Filosofía*, 105-106). Esto es, Radbruch entiende que la validez desde un punto de vista iusfilosófico es, por decirlo con palabras de Ross, «una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también la «fuerza obligatoria» del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente»²⁰. Esto es claro, pero quizá lo oscurece ante nuestros ojos el hecho de que Radbruch no distingue, en contra de lo que ahora suele ser habitual, entre la validez (en el sentido establecido de obligatoriedad moral) y la mera existencia del derecho, por esta razón: si el derecho existe, esto sólo puede querer decir que es obligatorio, pues la obligatoriedad está inscrita en la idea del derecho y, más allá de eso, en la misma idea de norma; esto es: no tendría sentido pensar en una norma no obligatoria, pero la obligatoriedad sólo puede ser moral, luego no cabe pensar en un derecho que no sea moralmente obligatorio. Esclarecido el sentido que se atribuye a la *validez*, hay que precisar ahora qué se entiende por *validez positivista*. Como Radbruch rechaza la teoría iusnaturalista de la validez (*Filosofía*, 23-25 y 108-109), llama *validez positivista* o *criterio positivista* de validez al que él propone, por oponerse al iusnaturalista y por basarse en la relevancia moral que cabe atribuir a la existencia de un sistema jurídico positivo: la *validez positivista* es, pues, una forma de explicar la obligatoriedad moral del derecho basada en el valor que cabe atribuir al derecho positivo como tal y no en la consistencia del contenido de sus normas con las normas del derecho natural. En síntesis, la asunción del relativismo axiológico exige un criterio de validez jurídica distinto del de la justicia de las normas, basado en el orden social que éstas garantizan (o, lo que es lo mismo, en la seguridad que proporcionan) y, por tanto, independiente de su contenido concreto, pero en la medida en que dicho orden o dicha seguridad queden garantizados.

Un iusnaturalismo de corte hobbesiano.—Ahora bien, el rechazo del llamado criterio iusnaturalista de validez no significa el rechazo del iusnaturalismo como tal; Radbruch es plenamente consciente de que su modo de plantear la validez jurídica exige trascender el límite del derecho positivo, y lo expresa con claridad a la hora de fundamentar la idea del estado de derecho cuando escribe lo siguiente: «Nunca de un ser puede surgir un deber ser, un hecho [...] sólo puede ser normativo en el caso de que una norma le haya conferido a él esa norma-

²⁰ A. Ross, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural» (en ídem, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G. R. Carrió y O. Paschero, Fontamara, México, 1991), p. 26. La lectura de este trabajo puede ayudar a comprender la posición de Radbruch en este punto.

tividad. Nos vemos, pues, obligados a marchar por encima tanto del derecho positivo como del estado, hacia un mundo no de hechos, sino de normas, que no son ya estatales y positivas, sino que *sólo pueden ser de derecho natural* [...] El estado está, pues, sujeto a su derecho positivo por un derecho suprapositivo, natural, *por el mismo precepto del derecho natural con el que únicamente puede fundamentarse la vigencia del derecho positivo*» (*Filosofía*, 242-244; las cursivas son mías). Esto es: la opción por un criterio positivista de validez, aunque distinta de la basada en la concordancia material entre derecho natural y derecho positivo, sigue siendo una opción iusnaturalista, porque sólo desde el derecho natural (o, si se quiere, desde una instancia suprapositiva de función equivalente) piensa Radbruch que puede fundarse la obligatoriedad del derecho. Se trata, acaso, de un iusnaturalismo al estilo hobbesiano, en el que el derecho natural no es considerado *derecho* sino sólo fundamento de validez del derecho y, por tanto, pertenece al ámbito de lo moral y no al ámbito de lo jurídico (y es, en este sentido, un iusnaturalismo positivista como el de Hobbes)²¹. Que la posición de Radbruch sea consistente y, en particular, que su interpretación del criterio tradicional de validez iusnaturalista en la que se apoya, sea correcta, son cuestiones distintas. Respecto de la primera, diremos algo en la última parte de este trabajo; respecto de la segunda, para no remontarnos hasta Santo Tomás, valga recordar la denuncia de Finnis: la cultura jurídica contemporánea parece haber olvidado aquella parte de la doctrina iusnaturalista escolástica en la que se justifica la necesidad del derecho positivo y, en consecuencia, ha malinterpretado reiteradamente la doctrina iusnaturalista sobre la obligatoriedad de las normas injustas, pues no es cierto que esta doctrina haya sostenido alguna vez que ninguna norma positiva injusta obliga²².

3. EL LIMITADO VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Hasta aquí espero haber resumido todos los elementos relevantes para articular el relato radbruchiano de la seguridad jurídica, y eso es lo que trataré de hacer ahora, haciendo hincapie en las contradicciones, reales o aparentes, que parecen deducirse del conjunto de esos elementos. A mi juicio, la idea central del relato es la siguiente: la seguridad jurídica es la expresión de la garantía jurídica de ciertos

²¹ No parece correcto, por tanto, calificar a Radbruch como positivista a secas, tal como hace H. L. A. HART, «El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral» (en R. M. DWORKIN, comp., *La filosofía del derecho*, trad. J. Sainz de los Terreros, 1980, pp. 35-74), p. 60 (el original inglés está incluido en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983). Volveremos sobre este punto.

²² J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1980), pp. 351-366.

contenidos materiales del derecho, y sólo es valiosa en la medida en que expresa tal garantía. Estos contenidos han sido identificados previamente como «límites del relativismo», esto es, como aquellos valores respecto de los que no cabe duda de que deben ser garantizados jurídicamente, hasta el punto de que, si no lo son, no nos hallaremos ante un orden *jurídico*; esto es así porque sólo un orden normativo que los garantice permite concebirlo como expresión de la idea de derecho, luego podemos decir, con Alexy, que tales valores tienen una relevancia clasificante: su no reconocimiento impide la juridicidad²³. Así se deduce del conjunto de la obra de Radbruch, donde este mínimo jurídico aparece en varios lugares aunque, en detrimento de la claridad de su construcción teórica, no siempre con el mismo nombre ni siempre en toda su extensión. Ya señalé que donde son más clara y extensamente identificados es en el lugar en el que se señalan los límites del relativismo, pero también se observan bajo la capa del «orden» o «paz» sociales, términos que tienen que referirse necesariamente a la efectividad social de ciertos valores materiales, sean éstos cuales sean, y lo más lógico es pensar que son precisamente aquéllos que no pueden quedar al arbitrio de la voluntad legislativa, porque están *más allá* del relativismo. De este modo, todo orden jurídico realiza un mínimo de moralidad, y es este mínimo el que la seguridad jurídica designa. Ésta es la razón de ser de la validez positivista: cualquier derecho positivo *vale*, es decir, existe normativamente, porque cualquier derecho positivo se ajusta parcialmente a las exigencias de la moral. En consecuencia, la seguridad jurídica no es valiosa sólo, ni principalmente, por garantizar un *procedimiento* moral de ordenación social (aunque también) sino, sobre todo, por garantizar un *contenido* moral a tal ordenación.

Esta configuración material de la seguridad jurídica puede contrastarse con una afirmación como ésta: «La justicia es el segundo gran tema del derecho, el primero, empero, la seguridad jurídica, la paz, el orden» (*Filosofía*, 111); ¿no son acaso la seguridad jurídica, la paz o el orden manifestaciones de la justicia? ¿No son, por tanto, *el mismo tema*? Un texto de Welzel en el que analiza la posición de los relativistas alemanes (Rickert, Weber, Kelsen, Radbruch) puede ayudarnos a responder²⁴. Éstos, explica, son relativistas en cuanto al contenido de las normas del deber ser, pero no cuestionan la dicotomía ser-deber ser, sino que, kantianamente, la presuponen como axioma, «y lo que niegan es tan sólo la posibilidad de afirmar algo sobre su contenido»; esto es, no dudan de la existencia de una dimensión moral en la acción humana²⁵; pero, continúa Welzel, la mera presuposición de la existen-

²³ R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997), p. 32.

²⁴ H. WELZEL, «El problema de la validez del derecho» (en J. M. Rodríguez Paniagua, ed. y trad., *Derecho injusto y derecho nulo*, cit., pp. 71-128), pp. 106-109, de donde se extraen los pasajes citados a continuación.

²⁵ Véase también H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (trad. R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986), p. 32: «La distinción

cia de esta dimensión moral conlleva la consecuencia social de que «todo hombre tiene que respetar a los demás hombres como personas igualmente responsables que él mismo», lo cual, en lo que al derecho se refiere, se traduce en que «el reconocimiento del hombre como persona responsable [...] es el presupuesto mínimo de un orden jurídico, esto es, de un orden social de mando que no sólo pretende imponerse por medio de la fuerza triunfante, sino que quiere también obligar como un orden de deber ser». Este reconocimiento de la responsabilidad individual es previo a cualquier elección de fines, e incluso a la justicia, porque está vinculado sólo con la existencia del deber ser, no con su contenido concreto y, por tanto, queda fuera de los márgenes del relativismo. No otra cosa, me parece, es la que expresa Radbruch cuando afirma que «una ordenación jurídica que sólo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, no sería derecho, sino arbitrariedad» (*Filosofía*, 244). Así podemos entender que Radbruch otorgue prioridad a la seguridad, paz u orden garantizados por el derecho, si entendemos que con esos términos está aludiendo a las condiciones a priori de un orden normativo, las condiciones que garantizan que tal orden será consistente con la naturaleza moral de sus destinatarios. Siendo así, y recordando cuáles son estas condiciones (igualdad jurídica de todos los seres humanos, derechos básicos, democracia, estado de derecho e incluso socialismo), lo que ahora queda oscurecido es el sentido lógico de los conflictos entre los tres elementos de la idea del derecho (justicia, adecuación a fin, seguridad jurídica), porque no acaba de entenderse cómo podrían entrar en conflicto unos con otros si es cierto que la seguridad jurídica es expresión resumida de todas esas condiciones de posibilidad de una sociedad que garantice el ejercicio de la responsabilidad moral; esto es, si la seguridad jurídica tiene este contenido y es valiosa por esta razón, difícilmente podría colisionar con exigencia alguna de los principios de justicia y adecuación a fin; y si no tiene este contenido, entonces no es valiosa y no puede oponerse en forma de conflicto axiológico a la justicia ni a la adecuación a fin²⁶.

Otras dos piezas de su modelo que no acaban tampoco de encajar ahora son éstas: una, la definición *formal* de la seguridad jurídica, cuando resulta que la única manera de entender su consideración como valor es refiriéndola a un derecho lleno de contenidos muy significativos desde un punto de vista moral; otra, la inclusión del que llama «sistema individualista de valores» entre los contenidos discutibles del derecho, sujetos al relativismo axiológico, cuando resulta que los que considera contenidos mínimos de todo sistema jurídico inclu-

entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia».

²⁶ Escribe Henkel al respecto que «su concepción [de Radbruch] de la relación entre justicia y seguridad jurídica estuvo sometida a fuertes vacilaciones, no libres de contradicciones, acudiendo a distintas fundamentaciones según que se tratase del establecimiento o de la aplicación del Derecho»; en H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. E. Gimbernat, Madrid, Taurus, 1968), p. 560.

yen prácticamente todas las exigencias básicas del liberalismo y cuando los otros dos sistemas de valores (el supraindividualista y el transpersonalista) son más bien incompatibles con tales contenidos. En todo caso, lo que a nosotros más nos interesa y debe quedar claro es cuál es el último fundamento de la consideración axiológica de la seguridad jurídica: el respeto de los seres humanos como agentes morales o, si se quiere, el respeto de la libertad individual.

En suma, lo que cabe apreciar en la obra de Radbruch es lo que González Vicén afirmó en su día respecto de la teoría de la seguridad jurídica en general, a saber, que «no es que la seguridad jurídica fundamente la obligatoriedad del derecho, sino que la seguridad jurídica hace posible la realidad de ciertos valores que, ellos sí, son tenidos por esenciales para la vida en sociedad»²⁷. Sucede, sin embargo, que muchos de los defensores del valor de la seguridad jurídica y de su capacidad para fundar la legitimidad del derecho parecen haber olvidado que la seguridad jurídica no vale por sí misma, sino por aquello que garantiza. No es el caso de Radbruch, a pesar de que no siempre lo exprese con claridad. En todo caso, como veremos a continuación y como nota el propio González Vicén, hizo un esfuerzo en este sentido en sus últimos trabajos.

4. EL «GIRO IUSNATURALISTA» Y LA CRÍTICA DEL POSITIVISMO

El giro iusnaturalista de Radbruch tras los años del nazismo y la II Guerra Mundial es un lugar común de la historia de la filosofía del derecho del siglo xx. Trataré ahora de precisar el sentido y alcance de dicho giro y de determinar hasta qué punto afecta a su concepción de la seguridad jurídica. En síntesis, creo que la evolución del pensamiento de Radbruch no debe ser entendida como un viraje del positivismo al iusnaturalismo sino, más bien, como una redefinición de su iusnaturalismo, y que su concepción de la seguridad jurídica no varía sustancialmente.

Tras la caída del nazismo en Alemania, Radbruch publicó algunos trabajos breves, de los cuales el más significativo es quizá «Arbitrariedad legal y derecho supralegal» (o «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes»)²⁸. El texto es una reflexión sobre los problemas de legalidad y justicia que surgían en algunos procesos judiciales que se ocupaban de hechos acaecidos durante los años de vigencia del totalitarismo nacionalsocialista, y en él Radbruch vuelve a plantearse, como ya había hecho antes en su *Filosofía del derecho*, la forma en que deben resolverse los conflictos entre seguridad jurídica y justicia. En uno de esos procesos, un tribunal de Wiesbaden

²⁷ F. GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al derecho», cit., p. 383.

²⁸ Manejo la ya citada traducción de Luis Villar Borda.

declaraba contrarias al derecho natural, y por tanto nulas desde su promulgación, las leyes que declaraban la caducidad de la propiedad de los judíos; en otro, un tribunal de Nordhausen, en Turingia, condenaba a cadena perpetua a un funcionario judicial que había denunciado a un hombre por haber escrito en unos lavabos «Hitler es un genocida y culpable de la guerra», y que después fue condenado a muerte y ejecutado; en un tercer proceso, en Halle, dos verdugos que habían participado en numerosas ejecuciones durante la vigencia del nazismo fueron condenados a muerte; en otro más, en Sajonia, se suspendió el procedimiento iniciado contra un soldado que había desertado del ejército alemán en 1943 y que había matado de un tiro en la espalda a un sargento que lo había descubierto y amenazaba con detenerlo; el sobreseimiento se basó en que el hecho de desertar del ejército alemán en 1943 no debía ser considerado como delito y en que la detención podía acarrearle la muerte, de modo que el fiscal apreció la eximente de estado de necesidad. Estos procesos planteaban conflictos prácticos y concretos entre la seguridad jurídica y la justicia, puesto que la primera orientaba a una decisión conforme con el derecho vigente al tiempo de producirse los sucesos en tanto que la segunda promovía una solución distinta²⁹. Algo similar pasó durante los años noventa cuando tribunales alemanes se encargaron de juzgar ciertas conductas llevadas a cabo por funcionarios y miembros del ejército de la hoy extinta República Democrática Alemana, por ejemplo, la de algunos soldados que disparaban contra los que querían franquear el muro de Berlín; en las argumentaciones de los tribunales y en las discusiones doctrinales al respecto las ideas expresadas por Radbruch en sus últimos trabajos han ocupado un lugar importante³⁰. Lo que a nosotros nos interesa ahora es saber si esas ideas a las que ahora nos referiremos suponen un cambio significativo en la filosofía jurídica de Radbruch y, en particular, si este cambio afecta a la seguridad jurídica.

Unidad o transformación.—De acuerdo con la que Paulson ha denominado «tesis de la transformación»³¹, hasta los años treinta Radbruch había defendido que, en los conflictos entre justicia y seguridad, debía primar la seguridad, pero después, influido por los excesos del nazismo, optó por la primacía de la justicia, expresada en el recurso al dere-

²⁹ Acerca de estos procesos comentados por Radbruch, de algunos más posteriores, y del debate que suscitaron, véase J. FINCH, *Introducción a la teoría del Derecho* (trad. F. Laporta, Labor, Barcelona, 1977), cap. III, «La dicotomía [positivismo-iusnaturalismo] en la práctica», pp. 67-95, con atención especial al debate Hart-Fuller en la *Harvard Law Review* de 1958 (se trata del ya citado trabajo de Hart y de la respuesta de Fuller, «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart»).

³⁰ Sobre esto puede verse R. ALEXI, «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín» (trad. A. D. Oliver-Lalana), *Doxa* núm. 23, 2000, pp. 197-230.

³¹ S. L. PAULSON, «Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15/4, 1995, pp. 489-500, p. 490.

cho natural³². Por el contrario, de acuerdo con la «tesis de la unidad», Radbruch no habría modificado su opinión respecto de la forma de resolver estos conflictos, y su opinión, antes y después, sería que no existe un criterio unívoco al respecto³³. A mi juicio, la primera tesis, tal como la he formulado, no es correcta, aunque sí es cierto que su pensamiento experimentó alguna variación, pero en otro aspecto; en cuanto a la segunda, la considero básicamente correcta, porque el pensamiento de Radbruch se mantuvo básicamente unitario, aunque debe ser matizada para dar cuenta de esa variación. La primera tesis no es correcta porque Radbruch nunca sostuvo, ni antes ni después, que en los conflictos entre seguridad y justicia, a la hora de decidir si una norma injusta debe considerarse aplicable o no, hubiese un criterio *unívoco* de decisión, si por tal se entiende un criterio que permita resolver todos los conflictos *en el mismo sentido*, luego, por tanto, no puede afirmarse que la prioridad se atribuyese primero a la seguridad jurídica y luego a la justicia. En cambio, tanto antes como después, puede encontrarse un criterio que permite resolver tales conflictos *en un sentido u otro*, y ese criterio es el del nivel de adecuación del derecho positivo a la idea del derecho; sucede, eso sí, que no se trata de un criterio capaz de dirimir sin vacilaciones todos los conflictos. En efecto, en textos anteriores, coetáneos y posteriores al nazismo, Radbruch insistió en la existencia de ese criterio, pero nunca lo consideró unívoco. Empezando por el final, tras la guerra siguió insistiendo en la necesidad de defender la seguridad jurídica, previniendo de la, en ese momento, quizá más fácil, pero peligrosa, opción por la justicia. En 1948 escribía: «[El conflicto entre justicia y seguridad jurídica] no puede ser resuelto de manera unívoca. Trátase de una cuestión de grado»; pero también, y esto es lo que quiero resaltar, que «por regla general, la seguridad jurídica que el derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del derecho positivo en cierta medida injusto», de manera que «sólo en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes, por razón de su injusticia» (*Introducción*, 44 y 52). Ya señalé que en este texto Radbruch recoge las ideas expuestas poco antes en su artículo «Arbitrariedad legal y derecho supralegal», del cual quiero ahora destacar un fragmento de su párrafo final, que dice así: «Somos más bien de la opinión de que luego de doce años de negación de la seguridad jurídica, es más necesario que nunca esgrimir consideraciones «jurídico-formales» contra las tentaciones que, como se comprende, pueden fácilmente darse en todo aquel que haya presenciado los doce años de peligro y opresión. Noso-

³² Ésta es la opinión sostenida por H. L. A. HART en «El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral», cit., pp. 60 y ss., donde emplea el término «conversión» y otros similares para referirse al cambio de actitud de Radbruch.

³³ La tesis de la unidad fue sostenida, por ejemplo, por E. WOLF, en «Revolution and Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy», cit., *passim*. Otros partidarios de la tesis son citados en S. L. Paulson, loc. cit., p. 493.

tros tenemos que buscar la justicia, al mismo tiempo que respetar la seguridad jurídica...»³⁴; es decir, ni siquiera en 1946 renunció Radbruch a la defensa del valor de la seguridad jurídica. Ya en 1938, escribía en un sentido muy parecido que «la preeminencia de uno u otro de estos valores frente a otros no puede ser determinada por otra norma superior –tal norma no existe–, sino únicamente por la decisión responsable de la época», y que en ese momento era el «estado autoritario» el que ponía el bien común en el primer plano, pero «la historia nos enseña que el contrgolpe dialéctico no dejará de producirse, y que nuevas épocas, al lado del bien común reconocerán a la justicia y a la seguridad un valor más grande que el que les atribuye el tiempo presente»³⁵. Igualmente, antes hemos visto que en la *Filosofía del derecho* de 1932 Radbruch negaba la existencia de un criterio capaz de solventar decisivamente las contradicciones entre justicia y seguridad jurídica, calificando la relación jerárquica entre ambas como de «validez relativa», para añadir que «la pasada época del positivismo, con fatal unilateralidad, sólo vio la positividad y la seguridad del derecho y ocasionó que por largo tiempo quedara silenciosa la investigación metódica de los fines y hasta de la justicia del derecho establecido» (*Filosofía*, 97 y 101). En definitiva, no puede sostenerse que antes del nazismo Radbruch optase siempre por la seguridad jurídica frente a la justicia a la hora de resolver los conflictos entre ambas, ni que después del nazismo optase siempre por la justicia (es decir, la tesis de la transformación, en estos términos, no es correcta). Ahora bien, tampoco puede sostenerse que Radbruch no cambiase en absoluto, pues el recurso a un derecho natural material le va a permitir perfeccionar el criterio previamente hilvanado.

Recurso al derecho natural.—Radbruch recurre sin duda al derecho natural en sus últimos escritos, y lo hace reiteradamente. En el quinto minuto de «Cinco minutos de filosofía del derecho», de 1945, alude a ciertos «principios de derecho fundamentales que son más fuertes que toda disposición jurídica», que se llaman «derecho natural o derecho racional», y que están recogidos en las declaraciones de derechos del hombre³⁶. En «La renovación del derecho», de 1946, escribe que «hay un derecho más alto que la ley, un derecho natural; un derecho divino, un derecho racional, en una palabra, un derecho suprallegal»³⁷; por último, su *Introducción a la filosofía del derecho* termina proponiendo el derecho natural como camino para solucionar los conflictos entre

³⁴ G. RADBRUCH, «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», cit., p. 42.

³⁵ G. RADBRUCH, «El fin del derecho», en varios autores, *Los fines del derecho. Bien común, justicia, seguridad* (trad. D. Kuri Breña, UNAM, México, 1975), p. 70 (existe otra traducción, de A. del Campo, en G. RADBRUCH, *El hombre en el derecho*, cit., pp. 103-120). El texto es su comunicación ante el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, celebrado en Roma entre 1937 y 1938.

³⁶ G. RADBRUCH, «Cinco minutos de filosofía del Derecho», cit., p. 73.

³⁷ G. RADBRUCH, «La renovación del derecho» (incluido en *Relativismo y Derecho*, cit., p. 11-24), p. 13.

justicia y seguridad jurídica: «el camino para llegar a la solución de estos problemas va ya implícito en el nombre que la filosofía del derecho ostentaba en las antiguas Universidades y que, tras muchos años en desuso, vuelve a resurgir hoy: en el nombre y en el concepto de *Derecho natural*» (*Introducción*, 180). Sin embargo, esta apelación al derecho natural no puede significar que Radbruch girase del positivismo al iusnaturalismo por la sencilla razón de que Radbruch nunca sostuvo una concepción positivista del derecho, o al menos ya no en 1932. Su *Filosofía del derecho* enuncia, como hemos visto ya, un fundamento de validez jurídica de carácter iusnaturalista; es cierto que esta obra contiene algunas observaciones críticas con el iusnaturalismo clásico, pero éstas no suponen la negación de la idea misma del derecho natural sino, más precisamente, otras dos cosas: una, el rechazo de la pretensión iusnaturalista de la posibilidad de enunciar preceptos jurídicos con contenido sustantivo de validez suprapositiva («la pretensión del derecho natural de poder derivar preceptos jurídicos de contenido determinado, invariables y con validez universal», *Filosofía*, 24); y dos, consecuentemente, el rechazo de la tesis iusnaturalista de la validez jurídica, a saber, que tal validez se funda en la consistencia entre el contenido sustantivo del derecho positivo y el contenido sustantivo del derecho natural (por eso se refiere a la «errónea doctrina del derecho natural que al derecho injusto, sólo por eso, le negaba la vigencia, y al derecho justo, tan sólo por serlo, se la reconocía»; *Filosofía*, 108). Sin embargo, ni uno ni otro rechazo suponen la negación de la idea del derecho natural en sí, puesto que es a ella a la que Radbruch se remonta para fundar la obligación de obedecer el derecho positivo (su «validez»). Entonces, ¿en qué consiste su giro iusnaturalista, si es que se produjo? A mi juicio, en la aceptación, siquiera parcial, de las dos tesis iusnaturalistas que antes rechazó: una, que el derecho natural sí tiene un contenido material concreto, el constituido por los derechos humanos; y la otra, que estos derechos sí constituyen un criterio material de validez, que funciona al menos negativamente: si el derecho positivo no los respeta, entonces deja de ser derecho. La consecuencia práctica es que el criterio de resolución de conflictos entre justicia y seguridad jurídica se concreta para los casos en que los derechos humanos estén afectados: en estos casos debe prevalecer la justicia. La relevancia que cabe atribuir al giro de Radbruch depende del modo en que interpretemos su iusnaturalismo anterior. Podemos pensar que éste no era del todo consistente y que el giro le proporcionó al menos una parte de la consistencia que le faltaba; así sería si aceptamos que tras su recurso al orden social que fundaba el valor de la seguridad jurídica y, por tanto, la validez de cualquier derecho positivo, se encontraban valores materiales, de modo que el recurso inicial al derecho natural tenía que serlo a un derecho al menos parcialmente determinado en su contenido por los que hemos denominado «límites del relativismo»; ¿no serían éstos, al fin y al cabo, el contenido del derecho natural? ¿No cabría asociar sus viejas referencias a la igual-

dad jurídica de todos los seres humanos, la tolerancia, la democracia, el estado de derecho, etc., con su nueva referencia a los derechos humanos? ¿No cabe afirmar que si el derecho positivo se aleja radicalmente de la idea del derecho, entonces no es derecho en absoluto? Y si la idea del derecho incluye a los derechos humanos, ¿no cabe afirmar que si el derecho positivo no respeta estos derechos, entonces no es derecho? Si creemos que la respuesta a estas preguntas puede ser afirmativa sobre la sola base de sus textos anteriores a la guerra, entonces el giro de posguerra aportó coherencia interna más que otra cosa y, de paso, para bien o para mal, lo alejó un poco de Hobbes.

Balance de los cambios.—Podemos ahora resumir el resultado de la comparación entre los textos anteriores y posteriores al nazismo y la guerra en los términos que siguen. El pensamiento de Radbruch se mantiene constante en varios aspectos sustanciales: primero, el recurso al derecho natural; segundo, la presencia necesaria de ciertos contenidos sustantivos en la idea del derecho, derivados explícita o implícitamente del derecho natural; tercero, el planteamiento de la relación entre justicia y seguridad jurídica en términos de conflicto; cuarto, la existencia de un criterio para dirimir los supuestos concretos de ese conflicto, que sería la adecuación del derecho positivo a la idea del derecho, y quinto, la concepción de la seguridad jurídica como forma o especie de la justicia. En cambio, los textos de la posguerra contienen los siguientes cambios o novedades: primero, Radbruch modifica el alcance de su iusnaturalismo enunciando con más precisión una parte del contenido del derecho natural (los derechos humanos) y cuál es el efecto de su ausencia en el derecho positivo (la no juridicidad de una norma o de un sistema normativo que no los reconozca); segundo, como consecuencia de lo anterior, aparece formulada una regla para dirimir algunos de los conflictos entre justicia y seguridad: en el caso de que el derecho viole gravemente los derechos humanos, deja de ser derecho y la justicia debe prevalecer sobre la seguridad jurídica, para evitar la «extrema injusticia»; además, en el resto de casos, parece que debería prevalecer la seguridad jurídica; por tanto, habría un criterio más preciso que antes; tercero, encontramos un juicio concreto de valor sobre determinadas normas nacional-socialistas, juicio que establece su «extrema injusticia», lo cual le conduce a negar su carácter jurídico y la consiguiente prevalencia de la justicia sobre la seguridad, y cuarto, la concepción de la seguridad jurídica como forma o especie de la justicia es enunciada con mayor claridad. De todo ello, quizá lo más destacable sea el recurso explícito a la idea de derechos humanos, pero más por constituir un modo distinto, y probablemente más eficaz, de expresar sus creencias liberales y democráticas que porque estas creencias constituyesen una novedad en su pensamiento o porque les atribuyese otra función en su modelo iusfilosófico.

Más que ruptura, pequeña reforma.—Si se acepta el resumen precedente, Alexy estaría en lo cierto cuando sostiene que la «fórmula de

Radbruch» («el derecho extremadamente injusto no es derecho») ³⁸ no es del todo nueva, sino que es el resultado de un «pequeño ajuste» en su «sistema». Con «sistema», Alexy se refiere a la ya aludida *idea del derecho* y a la presencia en ella de tres elementos independientes y en tensión entre sí; el «pequeño ajuste» consiste en que Radbruch sólo tenía que precisar que, cuando existe un conflicto entre justicia y seguridad jurídica, la preferencia por la seguridad jurídica no puede llegar nunca hasta el punto de permitir una injusticia «extrema» ³⁹. El juicio de Paulson es similar y parece también razonable: la tesis de la unidad, incorrecta en sus términos más estrictos, puede aceptarse con una modificación; decir que Radbruch sólo «cambió el acento» desde la seguridad jurídica a la justicia no es suficiente, puesto que hubo de hacer algo más, hubo de «enmendar un error», que consistía en haber asignado un peso excesivo a la seguridad jurídica a expensas de la justicia, lo cual habría de conducir al juez a tener que aplicar incluso la ley extremadamente injusta; la enmienda, obviamente, consistió en redistribuir los pesos y sacar las consecuencias prácticas necesarias, lo cual sería consistente con el resto de sus ideas anteriores ⁴⁰. No cabría desde luego, hablar de «transformación» ni mucho menos, como hace Hart, de «conversión» o de «sorprendente palinodia de su doctrina anterior», porque en su planteamiento inicial se encontraban ya todos los elementos (toda la maquinaria, dice Paulson) necesarios para la corrección del error. Es más, es dudoso que Radbruch cometiese el error que le imputa Paulson, pues incluso el famoso fragmento al que éste recurre (el de la comparación entre el juez y el sacerdote, ya transcrito) permite una lectura compatible con los textos de posguerra. La verdad es que no puede sorprender a nadie que un sistema de filosofía del derecho elaborado en la Alemania del primer tercio del siglo xx hubiese de adaptarse después a un fenómeno tan extraordinario como fue el del estado y el derecho nacionalsocialistas; lo sorprendente es, más bien, que pudiese adaptarse con tan escasa contorsión.

La crítica del positivismo.—Para terminar, consideraremos brevemente la crítica que Radbruch dirigió al «positivismo jurídico» en sus trabajos de posguerra, acusándolo de haber contribuido, siquiera por omisión, al triunfo y vigencia del nazismo, pues «el positivismo, con su convicción de que *ley es ley*, dejó a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal» ⁴¹. Esta crítica abo-

³⁸ La más clara expresión de la fórmula se encuentra en la sección III de «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», cit., pp. 34-37.

³⁹ R. ALEXY, «A Defence of Radbruch's Formula» (en D. Dyzenhaus, ed., *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, Hart, Oxford, 1999, pp. 15-39), pp. 17 y 32-33.

⁴⁰ S. L. PAULSON, «Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?», cit., pp. 493-494 y 500.

⁴¹ G. RADBRUCH, «Arbitrariedad legal y derecho suprallegal», cit., p. 34; y un poco antes (p. 25), «el principio *ley es ley* [...] fue la expresión del pensamiento jurídico positivista, que dominó casi sin discusión entre los juristas alemanes a lo largo de muchas décadas».

naría la tesis de la transformación de su pensamiento si es una autocrítica, consciente o inconsciente; por otra parte, a menudo se la ha juzgado desencaminada⁴². Podemos, pues, distinguir dos cuestiones: una, si Radbruch llevaba razón en su crítica, y otra, si su crítica implica la modificación de sus ideas anteriores. La tesis crítica de Radbruch («el positivismo ayudó al nazismo») es falsa si por positivismo se entiende «positivismo jurídico metodológico» (sólo el derecho positivo, y todo el derecho positivo, es derecho) y verdadera si por positivismo se entiende «positivismo jurídico ideológico» (el derecho positivo debe ser obedecido). En el primer caso, la tesis es falsa porque, primero, el pensamiento jurídico alemán de los años treinta no sostenía generalmente el positivismo jurídico metodológico y, segundo, porque sostener el positivismo jurídico metodológico no supone de por sí ayuda alguna para un régimen político. En el segundo caso, la tesis es verdadera porque, primero, el pensamiento jurídico alemán de los años treinta (sobre todo el vinculado con el nazismo) sostuvo frecuentemente una concepción del derecho que puede considerarse incluida en el positivismo jurídico ideológico, y, segundo, porque el positivismo jurídico ideológico sí supone una ayuda para los regímenes políticos⁴³.

La pertinencia de la censura de Radbruch al positivismo depende, pues, del sentido que se le deba atribuir, esto es, si se dirige al positivismo metodológico o al ideológico. Sin embargo, parece que Radbruch no se dirige a uno u otro, sino a ambos a la vez, identificando el positivismo con una doctrina que contiene, primero, una tesis sobre el concepto de derecho y, segundo, una tesis sobre la obligatoriedad del

⁴² Véase, sobre todo, H. L. A. HART, «El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral», cit., pp. 60 y ss. Aquí se encuentra seguramente el juicio más conocido, y más duro, que recibieron los trabajos de posguerra de Radbruch. En relación con esta valoración, la réplica de Fuller me parece más atinada en varios aspectos (L. L. FULLER, «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», en *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630-672; en especial, pp. 655 y ss.).

⁴³ Véase N. BOBBIO, *El positivismo jurídico* (trad. R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993), pp. 227 y ss., sobre las concepciones totalitarias del derecho como manifestaciones de positivismo jurídico ideológico. Véanse E. GARZÓN VALDÉS, «Derecho natural e ideología» y «Notas sobre la filosofía del derecho alemana actual» (ambos incluidos en ídem, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 145-156 y 235-264, respectivamente); J. A. GARCÍA AMADO, «Nazismo, Derecho y filosofía del Derecho» (*Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1991, pp. 341-364); y W. OTT y F. BUOB, «Did Legal Positivism Render German Jurists Defenceless during the Third Reich?», *Social & Legal Studies*, vol. 2, 1993, pp. 91-104, entre otros, para descartar que el pensamiento jurídico alemán de los años treinta pueda ser considerado como positivista jurídico metodológico; buena parte de él puede ser considerado como positivista jurídico ideológico e incluso como iusnaturalista. Sobre la crisis del positivismo jurídico en la Alemania de la época puede consultarse el libro de J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 92-122, donde se muestra cómo el positivismo jurídico, al menos en el campo del derecho público, entró en crisis ya antes de la subida de Hitler al poder.

derecho⁴⁴. Obviamente, es posible sostener ambas doctrinas y, de hecho, sostener el positivismo ideológico implica sostener también el positivismo metodológico; sin embargo, la implicación inversa no es correcta, pues muchos positivistas metodológicos no sostienen el positivismo ideológico⁴⁵. El error de Radbruch habría sido, pues, no distinguir conceptualmente entre ambas doctrinas y, por tanto, no distinguir entre las distintas consecuencias prácticas de sostener una u otra. Sin embargo, parece claro que lo que le preocupaba no era tanto el problema de la determinación del concepto de derecho cuanto el problema de la determinación de las condiciones en las que el derecho debe ser obedecido⁴⁶. Era el positivismo ideológico absoluto el que reprochaba, y no hay duda de que llevaba razón en este sentido: si se sostiene el positivismo ideológico absoluto, se está favoreciendo la eficacia de un régimen político⁴⁷. En definitiva, Radbruch observaba correctamente que el nazismo había resultado favorecido por la creencia de muchos juristas de que el derecho positivo debía ser obedecido por el hecho de serlo. Lo que no es correcto es haber confundido tal creencia con otra distinta, la de que el derecho debe ser identificado por sus cualidades formales y no por su concordancia con la justicia⁴⁸.

La segunda cuestión es la de si la crítica de Radbruch al positivismo supone una transformación de su pensamiento, es decir, si se trataba de una autocrítica. Desde luego, no fue una autocrítica consciente y, me parece, tampoco inconsciente, porque Radbruch no puede ser considerado como positivista ni metodológico ni ideológico. Además

⁴⁴ Si no me equivoco, Radbruch se refiere siempre al «positivismo jurídico» o al «positivismo», en singular, tanto en sus textos anteriores a la guerra como en los posteriores.

⁴⁵ Véase N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, cit., p. 238.

⁴⁶ Así lo acreditan textos como éstos: «El jurista no conoce, desde hace cien años que murió el último jusnaturalista entre los juristas, excepción alguna a la validez de la ley y a la obediencia del súbdito frente a ella» («Cinco minutos de filosofía del derecho», cit., p. 71); «[El positivismo] cree haber demostrado ya la validez de una ley cuando el legislador tiene el poder de imponerla. Con el poder podrá quizás fundarse una obligación, pero jamás un deber y una validez» («Arbitrariedad legal y derecho supralegal», cit., p. 34).

⁴⁷ Sin embargo, Hart escribe: «Radbruch había inferido [...] que el «positivismo» (entendiendo por tal la insistencia en la separación entre el Derecho real y el ideal) había contribuido poderosamente a esos horrores [del nazismo]» (H. L. A. HART, «El positivismo...», cit., p. 62). Esta afirmación, sin otros matices, es una descripción distorsionada de lo que Radbruch había inferido realmente.

⁴⁸ Francisco Laporta imputa a Radbruch haber cometido dos errores: uno, creer que el pensamiento jurídico alemán de preguerra sostenía el positivismo jurídico metodológico, y dos, creer que el positivismo metodológico puede ayudar a sostener un régimen jurídico (como ha quedado dicho, ambas tesis son falsas), y parece atribuirlos a una confusión entre positivismo metodológico e ideológico (véase F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, pp. 26-27). Creo que tal confusión existe, se basa en una concepción de la validez jurídica como existencia y obligatoriedad a un tiempo, y explica ambos errores; además, permite apreciar el verdadero alcance de los mismos. Si Radbruch hubiese sido interpelado acerca de la conexión entre el positivismo metodológico estricto y el sostén de un régimen político injusto es de suponer que la habría negado.

de todo lo que llevamos dicho ya en este sentido, cabe recordar ahora lo siguiente: no era un positivista metodológico porque su aproximación al derecho no es empírica; en su *Filosofía del derecho* opta explícitamente por una vía deductiva (desde la idea) y no inductiva (desde los fenómenos jurídicos singulares) para construir el concepto de derecho (*Filosofía*, 43-49); además, la negación del carácter jurídico de las normas extremadamente injustas, que podía deducirse ya de su sistema antes de la guerra, tampoco es compatible con el positivismo metodológico. Tampoco era partidario del positivismo ideológico absoluto, puesto que no lo era del metodológico, y particularmente porque invoca la conciencia individual como única sede en la cual se puede decidir si, y en qué casos, el derecho obliga moralmente o no (*Filosofía*, 113). Sí podría ser calificado como una especie de positivista ideológico moderado (obviando, eso sí, el hecho de su no positivismo metodológico), puesto que siempre insistió en que la seguridad jurídica garantizada por el derecho es una razón para obedecerlo, pero sólo una razón *prima facie*, puesto que puede ser superada por otra, a saber, la extrema injusticia del derecho, y esto hemos visto que no debe ser considerado como una novedad de sus escritos de posguerra. Por lo tanto, su ataque al positivismo ideológico absoluto no supone una autocrítica ni tampoco, pues, requería ninguna transformación de su pensamiento. Acaso Radbruch creyó que para censurar el positivismo ideológico absoluto había que enunciar más rotundamente la verdad del derecho natural o el carácter sustantivo de sus normas; no era lógicamente necesario, pero probablemente sí desde un punto de vista pragmático.