

LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA EN EL PENSAMIENTO DE GUSTAVO RADBRUCH

Por Leandro AZUARA PÉREZ

Director del Seminario de Sociología de la
Facultad de Derecho de la UNAM.

Para entender cabalmente cuáles son los problemas que según Radbruch debe tratar la filosofía jurídica debemos percatarnos de que su pensamiento se encuentra inserto dentro de la concepción de la llamada escuela sudoccidental alemana, que es una de las tantas direcciones del neokantismo. Dentro de esta escuela se puede mencionar de manera destacada a los filósofos Rickert, Windelband y Lask. Esta corriente de pensamiento consideró como la reflexión central de la filosofía aquella que se lleva a cabo sobre los valores y, además se preocupó por una lógica y una gonoseología especial para las ciencias de la cultura.

El neokantismo de la escuela suboccidental alemana debe ser cuidadosamente distinguido del neokantismo de Marburgo cuyos principales representantes son Herman Cohen y Pablo Natorp, y en Filosofía Jurídica Rodolfo Stammler. Es conveniente tener una idea de la concepción de la filosofía de la escuela de Marburgo, la cual nos la ofrece Natorp de acuerdo con la siguiente brillante exposición:

“El fundamento creador de todo hecho tal de objetivación es la ley; en el fondo, aquella ley primitiva, que se designa de una manera bastante clara, como la de *Logos* de la razón, de la *Ratio*. Y esta es la segunda, la decisiva exigencia del método transcendental: indicar para el hecho (*Faktum*) el fundamento de la posibilidad, y con esto el “fundamento de derecho” (*Rechtsgrund*); esto es, indicar y hallar en su pureza el fundamento nómico, la unidad del logos, de la razón en todo hecho creador de la cultura. Pues si bien el hecho de la creación (*Gestaltung*) es lo primero, no garantiza por sí mismo y sin más su propia pureza, esto es, la estricta regularidad de su creación, que jamás se desvía de su camino. Dirigiéndose el método, en el que consiste la filosofía, siempre exclusiva y rigurosamente al hecho creador de la producción del objeto de cada tipo, pero conociendo éste sólo en su puro fundamento nómico y asegurándolo en este conocimiento, se eleva, en verdad, en cuanto al punto de vista, sobre él, “trasciende” de él en este puro sentido metódico. Sin embargo, esta elevación metódica a un punto de

vista superior, al que indica la palabra transcendental, no está reñido con la inmanencia del auténtico punto de vista de la experiencia, sino que coincide con él; ya que no quiere ni imponer leyes desde fuera al hecho de la experiencia, ni marcarle anticipadamente su camino, en el que ha de marchar, sino precisamente exponer en su pureza la ley, por la que como problema mismo "es posible" para confirmarlo en segura conciencia, de esta su propia ley, y en su independencia, también para su ulterior progreso, y defenderla de toda extraña desviación. Así se convierte el método transcendental en "crítico": crítico, contra intromisiones metafísicas; crítico, contra un empirismo anómico, aborrecedor de la ley. Hace valer la autonomía de la experiencia, tanto contra la heteronomía de un metafisicismo que quiera apoderarse de ella, como contra la "anomia" de un empirismo sin ley, aún más, de un empirismo enemigo de toda ley".¹

Radbruch sostiene que el aspecto más importante de la filosofía no es aquel que se refiere al conocimiento del ser, sino al del deber ser, no al de la realidad sino al del valor no a la casualidad sino a la finalidad. Indudablemente que estamos en presencia de una filosofía valorativa, cuya preocupación fundamental estriba en el conocimiento de los valores y en su fundamentación.

La filosofía puede asumir dos actitudes diversas, a saber: I. El método monista según el cual se niegan los problemas relativos al valor, al bien; valor y bien pueden ser conceptuados tomando en cuenta de manera exclusiva el conocimiento de la realidad; realidad y valor, ser y deber ser son idénticos, y II. El método dualista para el cual el estudio de los valores se debe llevar a cabo con total independencia del conocimiento de la realidad.

Por otra parte, cabe advertir que preferir el método dualista frente al monista no implica una fundamentación racional de la elección, sino que ésta ha de ser alcanzada por medio de la intuición. Valor y realidad se presentan para un espíritu crítico como términos independientes, sin que en contra de esto se puede argumentar válidamente que las cosas se nos ofrecen impregnadas de valores. De cualquier manera hemos de distinguir siempre en los objetos reales que encarnan valores entre la categoría de la realidad y la del valor.

En esencia la filosofía jurídica no trata del derecho que es el que ha sido en la historia, del Derecho positivo, sino del Derecho justo, del valor del Derecho, del sentido y del fin del Derecho.

Con este problema fundamental se relacionan otros dos que son: el del concepto genérico del Derecho y el de la validez del Derecho.

¹ Paul NATORP. *Em. Kant y la Escuela Filosófica de Marburgo*. Traducción del alemán y notas por J. V. Viqueira. Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera. Príncipe 16, Madrid, pp. 119, 120 y 121.

En conclusión, la filosofía del Derecho trata de los tres problemas siguientes: I. De lo que es Derecho puro y simplemente, sin tomar en cuenta si es justo o injusto, de lo que llamamos Derecho prescindiendo de toda crítica. II. Del fin del Derecho, de la idea de Derecho. III. De la validez del derecho, clases y acepciones que recibe la misma; cuándo, cómo y por qué obliga el Derecho.

El Derecho natural no trata más que del segundo de estos problemas y al darle respuesta, la utilizó como respuesta a las otras dos cuestiones. El Derecho injusto no es Derecho, ni obliga.

No obstante que se da una conexión de los tres problemas mencionados y de que no se pueden resolver los problemas primero y tercero sin la ayuda que presta la solución del segundo, es necesario percatarse de que se trata de tres cuestiones diferentes que reclaman tres soluciones distintas.

A pesar de que Radbruch le da una gran importancia al problema del valor del Derecho, del Derecho justo, distingue críticamente entre el Derecho que es y el que debe ser, y esto lo aleja de las soluciones jusnaturalistas en torno al concepto del derecho, y consecuentemente de la concepción que esta corriente de la filosofía jurídica tiene de los problemas de esta disciplina. A continuación nos ocuparemos del problema del concepto del derecho.

El concepto del Derecho. Radbruch rechaza la inducción como vía metódica para encontrar el concepto del Derecho, en virtud de que por este camino no es posible arribar a su fundamentación, y al respecto expresa: "Pueden obtenerse de la experiencia tantos conceptos generales como se quiera, por ejemplo, todos los hombres con una determinada letra inicial o una cierta fecha de nacimiento, pero la generalidad de tales conceptos para un círculo mayor o menor de hechos singulares no es garantía de su valor. Ahora bien, no puede demostrarse nunca por el camino de la inducción generalizadora que aquellos conceptos no son casuales, sino conceptos universales necesarios; es decir, eficientes y fecundos".²

El concepto del Derecho es un concepto universal, pero es necesario advertir que no es a través de la inducción como se puede arribar a él, sino a través de la deducción como se puede lograr aprehenderlo. El concepto del derecho es de carácter cultural, es un concepto de una realidad referida a valores. El derecho es una realidad cuyo sentido es el de servir a la idea de derecho.

"El concepto del Derecho, está pues, predibujado en la idea del Derecho".³

El sostener que el concepto del Derecho es de carácter cultural, esto

² GUSTAVO RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 43 y 44.

³ *Ibidem*, p. 44.

es que es el concepto de una realidad referida a valores, plantea una serie de problemas en los cuales es necesario reparar: el primero sería el de si el derecho es un medio para realizar los valores éticos, entonces cabe cuestionar si es la relación de medio a fin el fundamento metodológico para su conceptualización, o bien si es la imputación entendida como ley normativa —Kelsen— la legalidad propia de lo jurídico. El segundo, vendría a ser aquél según el cual si el derecho es una realidad con el sentido de realizar los valores éticos, cómo se podría hablar de que el derecho sea al mismo tiempo real y válido, ya que si la validez se fundamenta en valores, entonces se basa en un deber ser axiológico, con lo cual se niega la distinción crítica entre realidad y valor, entre ser y deber ser, que Radbruch siguiendo a Rickert había considerado como punto de partida de su construcción filosófico-jurídica.

La idea de Derecho es la justicia. La justicia viene a ser un fin final, un último punto de partida para el Derecho, en virtud de que lo justo como lo bueno, lo verdadero y lo bello, es un absoluto, es decir un valor que no es susceptible de ser derivado de otro.

La justicia puede ser considerada como una manifestación de lo moralmente bueno. Así, presenta esta característica cuando se la expone como propiedad humana, como virtud, afirmando con la célebre fórmula de Ulpiano: "constans ac perpetuas voluntas ius suum cuique tribuendi". Afirma Radbruch que la justicia en sentido subjetivo se puede definir solamente como el estado de conciencia que se encamina a la justicia objetiva, de manera paralela a como se relaciona la veracidad con la verdad. Pero aquí sólo se trata de la justicia objetiva.

La justicia puede asumir dos aspectos: la obediencia de una norma o su aplicación se pueden llamar justas.

La justicia significa igualdad, pero ésta tiene diversa significación: según su objeto se puede referir a bienes o a hombres: se dice que es justo el salario que corresponde al valor del trabajo, asimismo se afirma de la pena que es justa en relación con los hombres.

Por otra parte, la justicia puede ser, según su medida, igualdad absoluta o relativa: a trabajo igual salario igual, o bien la pena de varios hombres en relación con su culpa. La primera clase de justicia es la justicia niveladora o igualitaria; la segunda, se refiere a la igualdad proporcionada. Esta última se puede entender mejor tomando en cuenta los siguientes ejemplos: la tributación según capacidad y la ayuda de acuerdo con las necesidades. La justicia igualitaria se presenta en las relaciones de coordinación y la distributiva es la que se manifiesta en las relaciones de subordinación y supraordinación. Por ser la justicia igualitaria aquella que se da entre equiparados, supone un acto de justicia distributiva según el cual los participantes han sido equiparados y, por lo tanto que tengan el mismo *status*.

Por lo expuesto anteriormente, se puede concluir —según Radbruch— que el Derecho debe orientarse hacia la realización de la justicia distributiva.

Afirma el autor mencionado, que la construcción del Derecho no se agota en la justicia. La fórmula de la justicia distributiva no nos enseña nada en relación a quién debe ser tratado como igual y quién debe ser tratado como desigual; presupone que la igualdad y la desigualdad han sido determinadas desde una perspectiva que se encuentra allende aquella fórmula. No se necesita mucha perspicacia para darse cuenta que la fórmula abstracta de la justicia nada nos puede enseñar sobre cuestiones que se refieren a lo que podría llamarse justicia material o de contenido. Esta sí puede ilustrarnos en torno a cuestiones cualitativas concretas como es aquella a la que se ha venido haciendo referencia. Con esto se aclara que el decir que el derecho es una realidad cuyo sentido consiste en servir a la justicia no es penetrar en la significación de ese tipo de realidad, en virtud de que dado el carácter abstracto de la justicia ello impide comprender plenamente el sentido del medio que está a su servicio.

De otro lado, de la justicia distributiva se puede deducir solamente la relación pero no la manera de tratar a personas diversas: se puede deducir la penalidad atenuada del robo en relación con el homicidio.

Si la justicia misma es una relación no se ve con claridad, cómo se puede, a partir de ella deducir la relación. Quizás lo que se quiere decir es que determinada cualitativamente la pena, se puede llevar a cabo una determinación cuantitativa de la misma a partir de la justicia. Lo que según Radbruch no se puede deducir es si el ladrón debe ir a presidio y al asesino se le debe imponer la pena de muerte.

De acuerdo con el sentido de la justicia anteriormente analizado, ésta no es el principio exhaustivo, sino el específico del derecho que nos suministra la pauta para su determinación conceptual.

Por otra parte, por lo que toca a la equidad, desde Aristóteles se sabe que justicia y equidad no son distintos valores, sino caminos diversos para llegar al valor del Derecho que es uno. La justicia contempla el caso singular desde el punto de vista de la norma general; la equidad intenta encontrar en el caso general su propia ley, que al mismo tiempo debe convertirse en ley general.

Tanto la justicia como la equidad —afirma Radbruch— tienen carácter generalizador. Pienso que la equidad no tiene un carácter generalizador per se, ya que viene a ser la justicia del caso concreto. Ahora bien, que a través de la equidad se llegue a obtener una ley general, ello no implica, en manera alguna, que tenga un carácter generalizador.

Sostiene Radbruch que como la equidad es la justicia del caso concreto, su existencia no obliga a variar la definición conceptual del Dere-

cho, y al respecto expresa: "La equidad es la justicia del caso concreto y por eso su consideración no nos obliga a variar nuestra fórmula; el Derecho es la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia".⁴

Una cosa es el camino para la determinación conceptual del Derecho y otra la indagación de la clase de realidad que es aquella que está destinada a servir a la justicia. "Exigimos saber qué especie de realidad sea ésta que está destinada a servir a la justicia; y para ello, en efecto, podemos desde aquel sentido de la realidad jurídica tornar la mirada hacia su esencia. La justicia en su adecuación al Derecho significa lo regalado, lo recto, y merced a esta determinación de la idea por la materia estamos en situación de deducir de la idea consecuencias con respecto a la materia para que vale".⁵

En esta determinación de la idea por la materia se puede advertir una desviación del método crítico —que dice profesar Radbruch— en virtud de que en Kant la idea tiene una función regulativa del conocimiento, esto es, orienta la experiencia y consecuentemente no está determinada por ella.

Hay una serie de realidades cuyo sentido estriba en estar al servicio de ideas; su naturaleza psicológica consiste en ser valoraciones y exigencias y presentan una especie peculiar de realidad, es decir, una estructura que se mantiene en un lugar intermedio entre la idea y las demás realidades. Es conveniente reflexionar sobre lo anterior. Hay dos mundos, el de la realidad y el del valor, y es pertinente distinguirlos críticamente, pero existe en la realidad un sector de ésta que presenta una contextura especial consistente en que se encuentra al servicio de las ideas; mas si se ha de ser consecuente propiamente hablando no se encuentra un sector intermedio entre las realidades y las ideas, ya que de admitir esto se rompería con el dualismo crítico mencionado, y se llegaría a la conclusión de que esta casta de realidades participan de las características del mundo fáctico y del de las ideas, de la realidad y del valor, lo cual traería como consecuencia una serie de problemas que conducirían a impedir una construcción conceptual congruente del concepto del derecho. Estos problemas se evitan si se hace un manejo crítico de la distinción de realidad y valor referida al derecho. El Derecho positivo es realidad si se le contrapone el derecho natural que aparece como valor, pero es valor si se le contrasta con la realidad social la cual pretende regular. Así los conceptos de realidad y valor referidos al Derecho se relativizan, y no es necesario pensar en un sector peculiar de la realidad colocado en medio de la realidad y de la idea, evitándose con ello los problemas metódicos que se siguen de la introducción de este sector

⁴ Ibidem, p. 48.

⁵ Ibidem, p. 48.

peculiar de la realidad colocado en el lugar intermedio a que se ha hecho referencia.

Afirma Radbruch, que este tipo de realidades reconocen pautas y postulan exigencias. Como ejemplo de este tipo de realidades encontramos, la conciencia, el gusto y la razón, que se relacionan respectivamente con la idea de lo moral, de lo estético y de lo lógico. En este orden de ideas la situación de hecho que en esta relación corresponde a la idea de derecho es la de ordenación. De esta se puede predicar —afirma Radbruch— el carácter particular de toda realidad, a saber: positividad y normatividad.

Por otra parte, aquella ordenación entendida como una realidad especial dirigida intencionalmente a la justicia, participa con la propia justicia en el objeto a que se refiere ésta, a saber: las relaciones interhumanas de carácter recíproco, por lo cual se puede afirmar válidamente que tiene un carácter social. Además, como la justicia le da forma a estas relaciones en el sentido de la igualdad, paralelamente la ordenación jurídica está orientada hacia la igualdad; lleva insito el carácter de lo general, postulando la existencia de la generalidad. En relación con el concepto del derecho expresa Radbruch: "Podemos resumir diciendo que la esencia de la ordenación jurídica reside en su doble naturaleza, a la par positiva y normativa, social y general, y determinamos en este sentido al derecho como el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común. Esta determinación conceptual no se ha obtenido inductivamente de los fenómenos jurídicos singulares, sino que ha sido derivada deductivamente de la idea del Derecho. Por tanto, no es de naturaleza jurídica, sino prejurídica, es decir, de carácter a priori en su relación con la ciencia jurídica".⁶

Radbruch admite que la esencia del Derecho tiene una doble naturaleza a saber: positiva y normativa, social y general; y que la determinación conceptual del derecho ha sido derivada de la idea de derecho; pero cabe preguntarse: ¿los elementos de positividad y normatividad, que son predicados del carácter particular de la realidad consistente en estar al servicio de ideas; cuya naturaleza es la de integrar una estructura intermedia entre la idea y las otras realidades, se han obtenido deduciéndolos de la idea de derecho? Parece evidente que no, ya que Radbruch declara, como hemos visto, que son predicados de un *jaz* muy particular, por lo tanto son predicados de una realidad, que aunque particular tiene carácter empírico. Por lo menos parece claro que una parte del concepto del Derecho, no ha sido deducida de la idea de Derecho, o sea, los elementos de positividad y normatividad de la ordenación jurídica.

Por otra parte, las características de la ordenación jurídica, consisten-

⁶ Ibidem, p. 49.

tes en referirse a las relaciones recíprocas entre los hombres y en la generalidad participa de ellas con la idea de justicia, pero esta participación no es una deducción como operación lógica.

A continuación se tratará el problema denominado, el fin del Derecho, por ser un problema de carácter filosófico jurídico.

El Fin del Derecho.

Para alcanzar el contenido del Derecho hay que agregar una segunda consideración: La de su adecuación a un fin. Afirma Radbruch que el problema de la justicia él lo puede plantear y resolver con independencia, de la cuestión relativa a los fines. Y en consecuencia, con independencia de los fines del estado. Ahora va a aparecer el estado en el ámbito o esfera del problema del fin del derecho esto es así, en virtud de que el derecho es en su parte fundamental, voluntad del estado, y éste en su parte esencial, institución jurídica. Los problemas de los fines del Derecho y del Estado se encuentran en una relación inseparable. Aquí cabe hacer dos reflexiones: I. La justicia no es el fin del Derecho, es decir, se encuentra ajena a toda consideración teleológica del mismo. Posteriormente se verá cuáles son los valores que entran en cuestión en relación con esta consideración. II. Radbruch mantiene un dualismo entre Estado y Derecho, en contra de lo que piensa Kelsen, en el sentido de que forman uno y un mismo objeto, y ello nos induce a considerar que el manejo que hace del método crítico en la filosofía jurídica no lo lleva a sus últimas consecuencias.

Si se plantea el problema de los fines del Derecho no están en cuestión los fines de carácter empírico que pudieron haberlo originado, sino la idea de fin meta-empírica que ha de servir de pauta el Derecho. La respuesta que se ofrezca a semejante problema sólo se puede obtener a través de la convicción que se sostenga de cuál sea el valor —al que debe atribuírsele una validez absoluta como la que se atribuye a lo justo— a cuyo servicio se adecúe o destine el Derecho.

Los tres valores supremos que tradicionalmente se han considerado son el ético, el lógico y el estético, los ideales de lo bueno, de lo verdadero y de lo bello. Ahora bien, en relación con el tema que nos ocupa, salta a la vista que el derecho solamente está en condiciones de servir inmediatamente a uno de estos valores, el valor ético de lo bueno.

Lo que puede ser carente de armonía es que el fin metaempírico a que se ha aludido no lo toma el Derecho de la filosofía jurídica sino de la ética, y al respecto expresa Radbruch: "Podemos contentarnos con la el lógico y el estético, los ideales de lo bueno, de lo verdadero y de lo referencia a la tradicional trinidad de los valores supremos, el ético, bello, pues enseguida aparece claro que el Derecho sólo puede estar des-

tinado a servir inmediatamente a uno de estos valores, al valor ético de lo bueno.

Cierto es que el valor ético de lo bueno absorbe en sí los demás valores absolutos del modo antes descrito: el valor lógico de lo verdadero, el estético de lo bello, aparecen revestidos de carácter ético al insertarse en la doctrina de los bienes morales, como finalidades o metas de la conducta ética. La doctrina de los bienes éticos y la de los deberes éticos están en relación de recíproca dependencia, pues, de un lado, el cumplimiento de los deberes éticos produce un bien; la personalidad moral y, por otro, bienes éticos, como la verdad, invocan, a su vez, el cumplimiento de deberes morales, tal en este caso, la veracidad".⁷

Los bienes éticos no se pueden alcanzar todos al mismo tiempo. Solamente se está en condiciones de lograr uno a costa de descuidar o hasta de conculcar a los demás. Esto se entiende muy claramente desde el momento en que nos representamos el sustrato de los diferentes bienes morales.

De acuerdo con sus sustratos se pueden distinguir tres clases de valores: valores individuales, valores colectivos y valores de obras de trabajo. Como exponente del primer grupo de valores tenemos la personalidad individual, del segundo, la personalidad colectiva y del tercero la obra cultural.

Los valores de referencia no pueden ser servidos en igual medida. La personalidad, tratándose del dominio científico, sólo la llega a adquirir quien se entrega fervorosamente a cultivar el objeto.

Por otra parte, los valores de las obras exigen algo diverso a los valores individuales, la objetividad a diferencia de la personalidad postulada por estos últimos.

En el campo de los valores individuales de la personalidad moral está en vigor una ética de la conciencia, mientras que en el dominio de los valores colectivos se exige una ética de la responsabilidad. Los valores colectivos exigen lo contrario de quello que requieren los valores individuales.

Por último, afirma Radbruch que existe entre el fin de poder de las personalidades totales y el fin cultural tensiones que difícilmente pueden resolverse. Siguiendo a Jacob Burckhardt sostiene el autor mencionado que la fuerza es mala, independientemente de quien la ejerza va uno a parar a potencias menos adecuadas para el florecimiento de la cultura. Los valores colectivos exigen lo contrario de lo que exigen los valores de las obras.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que hay que decidirse respecto a qué valores de los expuestos se los considera como los de más alta jerarquía. La decisión que recaiga sobre los valores a los que se les

⁷ Ibidem, p. 71.

atribuye la más alta dignidad va a dar lugar a las concepciones individualista, supraindividualista y transpersonalista. El orden de jerarquía que guardan las tres clases de valores no se puede determinar inequívocamente y no es susceptible de ser probado.

El relativismo de Radbruch se pone de manifiesto de acuerdo con el siguiente orden de ideas: "Los fines y valores supremos del Derecho no sólo varían con arreglo a los estados sociales de los distintos tiempos y los distintos pueblos, sino que son enjuiciados, además, subjetivamente, de diferente modo según las personas, con arreglo a su sentimiento del Derecho, a su manera de concebir el Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepción del mundo. La decisión tiene que tomarla el individuo, descendiendo hasta la entraña de su propia personalidad, como un asunto privativo de su conciencia. La ciencia tiene que limitarse a presentar ante el hombre estos tres grupos de valores, para que él tome una decisión. Y contribuye a esta decisión de tres maneras: 1) desarrollando de un modo sistemático y completo las posibles valoraciones; 2) exponiendo los medios para su realización e, indirectamente, las consecuencias a que conducen; 3) poniendo al descubierto las particulares concepciones del mundo que sirven de base a toda actitud valoradora. Este relativismo enseña al individuo, por tres caminos, si no a conocer lo que debe hacer, sí a saber lo que realmente quiere, es decir, lo que consecuentemente debe querer, siempre y cuando que se someta a la ley de la consecuencia en sus actos".⁸

En resumen, se pueden presentar las siguientes relaciones entre las concepciones individualista, supraindividualista y transpersonalista: según la concepción individualista los valores colectivos y de las obras se encuentran al servicio de la personalidad. El estado y el derecho son instituciones al servicio tanto de la seguridad como del progreso del individuo y la cultura es un vehículo para la formación del hombre.

Según la concepción supraindividualista los valores de la personalidad y los de las obras se encuentran al servicio de los valores colectivos. Personalidad moral y cultura como meros medios al servicio del Estado y del Derecho.

Para el transpersonalismo los valores de la personalidad y los colectivos al servicio de los valores del trabajo y de las obras. La moralidad, el Derecho y el Estado como medios al servicio de la cultura.

Las diversas concepciones a las que se ha aludido tienen distintas metas, a saber: la concepción individualista, la libertad; la supraindividualista, la Nación y la transpersonalista, la cultura.

Para la concepción individualista Derecho y Estado consisten en relaciones entre los individuos; para la supraindividualista, un todo que se

⁸ GUSTAVO RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México Buenos Aires, pp. 36 y 37.

levanta por encima de los individuos, y para la transpersonalista, relaciones comunes entre los individuos con algo que se encuentra fuera de ellos, esto es, con su obra común.

Las formas de la convivencia que corresponden a los tres soportes de valores mencionados son: la sociedad, individualista, la colectividad, supraindividualista, y la comunidad, transpersonalista. Una ilustración plástica de estas ideas nos conduciría a representarnos la sociedad, individualista, bajo la figura del contrato. La teoría del contrato no postula que los estados existentes se hayan originado empíricamente en un contrato, sino solamente que el estado justo para ser tal hay que imaginarlo como nacido en un contrato entre sus miembros. En resumen, se trata de una ficción cuya función reside en justificar, en mi opinión, el estado liberal burgués tal y como se ha presentado en la historia. "La teoría del contrato considera justificado al Estado, no porque haya surgido del contrato, sino cuando permita pensársele como originado por él, esto es, porque sólo entonces puede ser contemplado como puesto en interés de todos sus miembros. Por eso, allí donde la teoría del contrato emplea la expresión "voluntad" debe introducirse la expresión por aquélla simbolizada, de "interés", si se quiere entender rectamente la teoría del contrato".⁹

La colectividad, supraindividualista, se representa plásticamente en la figura del organismo: a semejanza del cuerpo humano el Estado no existe por causa de sus miembros, sino a la inversa, los miembros por causa del Estado. Aquí se advierte que en la relación entre el todo y las partes el *prius* lógico lo tiene el todo, mientras que en la teoría del contrato el *prius* lógico lo tienen las partes.

Finalmente, la comunidad, transpersonalista, encuentra su representación plástica en la figura de un edificio en el cual los que lo construyen no se mantienen unidos ni por las relaciones inmediatas en que se encuentran, ni por un todo que los comprende, sino por el trabajo común que llevan a cabo y por la obra común que es resultado del propio trabajo.

Sociedad, colectividad y comunidad se encuentran recíprocamente en una relación de carácter dialéctico. Cada una de estas formas de la convivencia se transforma en las otras. Sólo se puede alcanzar una de ellas cuando uno se ha consagrado a la consecución de la otra.

El término final de la sociedad, que es vida en común estructurada sobre base individualista es la personalidad, pero ésta pertenece a aquella casta de valores que se alcanzan cuando uno se propone a obtenerlos: la personalidad es una consecuencia no esperada que se obtiene por la entrega plena y fervorosa a la tarea, pertenece al dominio de lo espontá-

⁹ Gustavo RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*... p. 102.

neo, es como una gracia que se concede al que eventualmente llega a poseerla.

La personalidad solamente se alcanza, cuando el individuo se olvida de sí mismo y al hacerlo se entrega a su tarea, a su objetivo. Aquel que dirige su esfuerzo inmediato a ganar personalidad fracasará en su intento, podrá sorprender a unos cuantos pero el cuidado que pone en ganar personalidad lo lleva a descuidar la tarea objetiva y por ello no logrará adquirirla.

Tratándose de la totalidad de la nación, sucede lo mismo que cuando nos referimos a la personalidad, la verdadera nacionalidad no se logra por un esfuerzo del espíritu directamente encaminado hacia, ello, sino que a semejanza de la personalidad es donación y gracia. El arte patrio y la poesía regional hechos con el propósito de alcanzar rasgos característicos nacionales se reducen siempre a algo secundario, intrascendente. El arte que tomando en cuenta a la Humanidad se propone la realización de grandes temas, es al propio tiempo indudablemente nacional. Esto se puede decir de las grandes obras del dramaturgo inglés William Shakespeare quien es incomparablemente inglés. En opinión de Radbruch la nación y la personalidad son categorías históricas que posteriormente la historia aplica, pero no son ideales de la tarea cultural.

En esta forma la sociedad y la totalidad nos impulsan a la comunidad y a las obras. Pero, a su vez, tarea y comunidad nos impulsan hacia la sociedad y la totalidad en una permanente acción recíproca.

Si la personalidad logra su cabal desarrollo por la entrega a la tarea, por su parte, la obra verdaderamente extraordinaria se logra como manifestación desbordada de una personalidad fecunda. Ahora bien, al igual que la personalidad, la nación constituye el supuesto de una comunidad de trabajo. El fin de la comunidad de trabajo no es la obra aislada sino la cultura entera considerada como un todo sistemáticamente articulado. Esta unidad no radica en las obras mismas sino en la conciencia que las comprende, no en la conciencia individual sino en la conciencia de la nación, que comprende a todos los individuos que vincula a las generaciones. Radbruch en su afán de encontrar una relación recíproca entre la nación y la comunidad de trabajo llega al extremo de declarar como hemos visto, que la unidad cultural es de carácter extrasistemático, es decir, que radica no en un principio inmanente a la cultura sino en la conciencia nacional que abarca la cultura entera. No es difícil percatarse de que en toda disciplina que se ocupa de una obra cultural se da una articulación sistemática de los juicios que integran su esfera u objeto.

Una vez hecha la aclaración anterior es necesario subrayar, siguiendo a Radbruch, que cuando se postula como fundamento de la vida colectiva e individual ya sea la personalidad individual, bien la personalidad

total o la cultura de trabajo, no se hace sino poner el acento en el segmento de un círculo cerrado y no se rompe por ello este círculo. Las tres posibles concepciones del Derecho y del Estado que son: la individualista, la transindividualista y la transpersonalista se producen como consecuencia de darle una mayor importancia a alguno de los diversos elementos de un todo.

Según Erich Kaufmann, en su libro *Crítica de la Filosofía Neokantiana del Derecho*, este todo, en Radbruch, es una hipóstasis de los diversos elementos mencionados como partes del círculo cerrado al que se ha aludido. Parece claro que se trata de una relación funcional entre dichos elementos o como dice Radbruch de una oposición relativa entre los mismos.

Pasemos a ocuparnos del problema de la validez del Derecho.

El problema de la validez del Derecho. Estrictamente hablando se puede plantear el problema de la validez del Derecho en los siguientes términos: ¿Cuál es el fundamento del carácter obligatorio del Derecho? Sin embargo en el planteamiento que de este problema hace Radbruch, se confunde la cuestión relativa al fundamento de la obligatoriedad del derecho con el problema que se refiere al origen de una norma, esta confusión se pone de manifiesto cuando el autor mencionado expresa: "El problema de la validez del derecho es el problema de la "normatividad de la fáctico" (George Jellinek); ¿cómo es posible que surja una norma de un hecho? ¿De qué manera la voluntad jurídica del Estado o de la sociedad puede producir un deber ser? Ya que sabemos que un querer que se acompañe de la fuerza, puede originar un cumplimiento necesario ("müssen"), pero nunca un deber ser".¹⁰

El problema de la validez del Derecho es muy complicado si se toma en cuenta que hay que atender a los tres sentidos diversos que el mismo asume. El problema de referencia cobra una significación distinta según se lo plantee el jurista técnico, el sociólogo o el filósofo del Derecho. Para el jurista técnico la razón de la validez u obligatoriedad de un precepto jurídico se encuentra en el orden jurídico al cual pertenece; para él es Derecho válido aquel que reúne las características establecidas en el ordenamiento jurídico vigente para ser tal. Agregó, dichas características están establecidas en las normas que estatuyen el procedimiento para la creación de normas jurídicas válidas.

A la pregunta sobre el fundamento de validez de las normas jurídicas, el sociólogo contesta de manera diversa a como lo hace el jurista técnico; para aquél sólo es derecho válido el que obtiene eficacia en la conducta de los hombres, y no el que se encuentra simplemente plasmado en un ordenamiento legal.

Para el filósofo del Derecho la pregunta de referencia debe formularse

¹⁰ Ibidem, p. 102

en los siguientes términos: ¿por qué un Derecho determinado debe ser considerado como válido?

Se puede advertir en Radbruch, en la cuestión que nos ocupa, tres respuestas diferentes y consecuentemente la formulación de tres preguntas distintas en virtud de que tiene que haber una correlación entre pregunta y respuesta. Uno es el fundamento de la validez de las normas jurídicas para el jurista técnico, y otro es el fundamento de la validez de dichas normas para el sociólogo y para el filósofo del Derecho, y con ello la cuestión no se plantea de manera unívoca y al no hacer esto, los métodos para responder a la pregunta en cuestión son diversos. No estamos en presencia de un sincretismo metódico, ni de una invasión metodológica de un método peculiar de un determinado territorio en otro territorio, sino de diversos métodos para dar respuesta, como hemos visto, a tres preguntas diferentes, aún en la hipótesis de que se planteara la pregunta en la misma forma lingüística, porque la respuesta daría el sentido a la pregunta, o sea, establecería la posición y el significado de la misma, con lo cual se revelaría, en la cuestión de que se trata, la existencia de diversas preguntas.

Para el jurista técnico, cultivador de la ciencia jurídica, lo que tiene interés no es el acto psíquico de querer en el que se manifiesta un contenido significativo, sino este contenido mismo. Aquí se advierte una distinción entre el acto psíquico y su sentido, la ciencia jurídica habrá de ocuparse del sentido del acto psíquico del querer. La correlación entre ambos términos la expresa Radbruch de la manera siguiente: "Ahora bien, para la ciencia jurídica en este caso sólo viene en cuestión aquel querer por el significado de su contenido, pero no en su aspecto de hecho psíquico. Empero, el puro contenido de un mandato sin tener en cuenta el hecho de su imperatividad, sólo puede expresarse con estas palabras: ¡Esto debe ser! El sentido de un querer desprendido de su fundamento psicológico es un deber ser; el contenido de un imperativo limpiamente separado del proceso efectivo del acto de mandar, es una norma".¹¹

Es conveniente advertir que se da un paralelismo entre el pensamiento de Radbruch y el de Kelsen en esta materia. Para Kelsen también existe una distinción entre el acto y su sentido, según se puede advertir, en la siguiente manifestación de su pensamiento: "Si analizamos uno cualesquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inhe-

¹¹ Ibidem, pp. 102 y 103.

rente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él; este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro; esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte".¹²

En la búsqueda del fundamento de la validez de las normas jurídicas, la teoría jurídica de la validez tropieza siempre con la existencia del hecho de un querer autoritario, el cual ya no se puede derivar de otro.

La ciencia jurídica deduce la validez de un precepto jurídico de la de otro, en una serie escalonada hasta llegar a los preceptos constitucionales; pero la constitución misma concebida en una teoría puramente jurídica de la validez ha de ser entendida como una causa sui. Por lo tanto, la teoría que nos ocupa podrá demostrar la validez de un precepto jurídico en relación con otros preceptos jurídicos, pero jamás la validez de los preceptos jurídicos supremos y, en consecuencia, jamás podrá demostrar la validez de la ordenación jurídica considerada como un todo. Aquí se puede advertir que Radbruch deja inconclusa la pirámide jurídica al darla por terminada en los preceptos jurídicos constitucionales cuya validez no puede ser fundamentada, por tratarse de los preceptos jurídicos supremos, en otros preceptos jurídicos si no como dice Kelsen, el orden jurídico en su totalidad ha de encontrar su fundamento de validez en una norma fundamental hipotética, la cual en su carácter de norma supuesta sí permite fundamentar teoréticamente la validez de la ordenación jurídica considerada en su totalidad.

El Derecho entendido como un sistema escalonado de normas encuentra su fundamento de validez en una norma supuesta, no en una norma puesta, y esto es así, en virtud de que el acto de creación de normas jurídicas es un acto que se da en el tiempo y en el espacio y consecuentemente tiene que haber empíricamente un último acto de este jaez, el cual exigiría para sí un fundamento de validez, por lo que no es posible buscar dicho fundamento de validez de la ordenación jurídica considerada en su totalidad en preceptos de carácter positivo, y de ahí la necesidad de buscar un fundamento hipotético de la validez de la totalidad de las normas que integran un orden jurídico histórico.

Para nuestro pensamiento es suficiente, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, una teoría jurídica de la validez de las normas jurídi-

¹² HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, pp. 36 y 37.

cas, porque impide las fundamentaciones extrañas de la validez de dichas normas, evitando con ello la intromisión de otros métodos en la fundamentación de la validez de las normas jurídicas consideradas como un todo. Ni la sociología, ni la filosofía jurídica han de ofrecer una respuesta a la cuestión que nos ocupa, sino es la teoría de la ciencia jurídica la que ha de brindárnosla, mostrando así su propia suficiencia metodológica.

La ciencia jurídica —afirma Radbruch— ha de mantenerse dentro de los límites de una determinada ordenación jurídica cuyo sentido ha de interpretar; puede establecer solamente una medición de la validez de la ordenación jurídica por la propia pretensión de la vigencia de ésta, pero jamás estará en condiciones de resolver imparcialmente sobre la pretensión de vigencia de una ordenación en relación con la pretensión de vigencia de otra u otras ordenaciones; por lo anteriormente expuesto se puede afirmar, que cuando se presenta una colisión de normas que pertenecen a diversos órdenes normativos tales como el decoro social, la moral y el Derecho, el científico del Derecho únicamente puede tomar partido por el derecho que tiene por objeto de estudio, pero jamás podrá ser un juez imparcial que decida la cuestión que se controvierte entre esos órdenes normativos.

La ciencia jurídica sólo está en condiciones de criticar la pretensión de validez de otros órdenes normativos diversos al que toma como punto de partida, pero nunca podrá ofrecer una fundamentación de por qué admitió el punto de vista del orden jurídico de referencia. En conclusión, dicha disciplina no está en condiciones de justificar por ella misma la selección del objeto de su tarea. Aquí estamos en presencia de una decisión previa, que implica una toma de posición respecto al contenido del objeto de la elección de la tarea de la ciencia jurídica. Para ilustrar lo anterior recurramos a un ejemplo, si se elige como punto de partida para la reflexión de la ciencia jurídica el Derecho soviético en lugar del Derecho mexicano, no se podrá justificar científicamente esta elección, opinión que comparto con Radbruch, pero al llevarla a cabo estamos eligiendo, mediante una toma de posición que implica esta elección, un determinado contenido ideológico sobre el que vamos a trabajar en relación con otro u otros contenidos ideológicos.

Es conveniente advertir que existe una diferencia entre elegir el objeto de la ciencia jurídica dogmática y elegir el objeto de la teoría jurídica, ya que en el primer caso la elección del objeto de la tarea se va a reflejar en el contenido de la ciencia jurídica de una manera directa, y, en el segundo, no se va a advertir, en lo que toca a los conceptos jurídicos fundamentales, objeto de la construcción de la teoría jurídica, una influencia que determine su formulación precisa.

Como hemos visto, la ciencia jurídica es incapaz de justificar con sus

propios medios la elección del ámbito de su tarea, de aquí concluye Radbruch que: "Hay, pues, que asignar a la ciencia del Derecho el objeto de su labor por medio de una consideración metajurídica. Parece, pues, indispensable para el fallo de todas aquellas colisiones de normas, saltar del mundo de los significados al mundo del ser".¹³

El salto del mundo del ser, como veremos, al mundo del deber ser, en contra de lo que piensa Radbruch, no permite pronunciar un fallo en el caso de conflicto de normas dentro del pensamiento de este autor.

Desde el punto de vista sociológico está vigente el orden jurídico que ha logrado que sus normas se cumplan, sea porque se ha conseguido la adhesión a ellas por parte de los sometidos lo cual se manifiesta en un comportamiento reiterado logrado a través de la persuasión durante un período de tiempo considerable, o bien porque aquel cumplimiento se logre por la fuerza.

Para la validez del orden jurídico se requiere su cumplimiento en un término medio de casos, no es necesario que las normas jurídicas muestren su eficacia en todos los casos concretos. Eso equivale al *minimum* de eficacia que exige Kelsen como condición de la validez de un orden jurídico. En esta consideración tipificada se advierte que se trata de una teoría histórico-sociológica de la validez y no de una teoría normativa de carácter jurídico o de carácter filosófico sobre la validez de un conjunto de normas jurídicas que en su totalidad forman el orden jurídico.

Hay otro rasgo que permite que nos percatemos de que estamos en presencia de una teoría histórico-sociológica sobre la validez del orden jurídico, en virtud de que dicho rasgo manifiesta la naturaleza descriptiva de la teoría de referencia, a saber: "se ve obligada a reconocer grados distintos de validez según los grados de efectividad y, por tanto, a reconocer una vigencia o validez gradualmente diversa a dos ordenaciones jurídicas contemporáneamente en lucha. Mientras que una teoría normativa se propone cabalmente en semejante pugna de órdenes jurídicos, pronunciarse por la validez de uno de ellos".¹⁴

De la transcripción anterior se desprende que cuando la teoría histórico-sociológica reconoce grados de validez distintos según los grados de efectividad de dos ordenamientos jurídicos en conflicto actual, no está pronunciando un fallo sobre sistemas de normas en colisión, con lo cual se concluye que el paso del mundo de las significaciones normativas al mundo del ser no permite obtener, en contra de la opinión de Radbruch, una resolución sobre el conflicto normativo de que se trata, a menos que se tome posición en relación con uno de ellos, pero ello supone el abandono de una teoría normativa.

La teoría histórico-sociológica aparece en dos formas: I. La teoría

¹³ Gustavo RADBRUCH, *Filosofía del Derecho...* p. 104.

¹⁴ *Ibidem*, p. 105.

de la fuerza y II. La teoría del reconocimiento. Según la primera el Derecho vale porque dispone de un aparato de fuerza por medio del cual se puede hacerlo cumplir. Pero el imperativo y la fuerza significan sólo un querer y un poder respectivamente, que en relación con los destinatarios puede producir solamente una necesidad inexorable de cumplimiento, pero no un deber ser, esto es, acaso una obediencia, pero no el deber de obedecer. Con un ejemplo se puede entender lo anterior: la prescripción produciría no sólo el que se borrara la penalidad, sino también la misma ilegalidad cometida.

A la superación de la teoría de la fuerza conduce su propio análisis. La fuerza es espíritu: toda fuerza es en último extremo fuerza sobre las almas. Toda fuerza se apoya en la aceptación ya sea voluntaria o involuntaria de los sometidos a ella. La teoría de la fuerza se transforma, en consecuencia, en la teoría del reconocimiento. Aquí se advierte el tránsito de una teoría sociológica a otra teoría sociológica de la validez del orden jurídico: de la teoría de la fuerza a la teoría del reconocimiento.

La transformación de la teoría histórico-sociológica del poder en la teoría del reconocimiento de acuerdo con el razonamiento expuesto por Radbruch permitiría explicar, como hemos visto, el tránsito de una teoría sociológica a otra teoría sociológica de la validez del derecho, para dar así un paso más que habrá de conducirnos al tránsito de la teoría histórico-sociológica del reconocimiento a la teoría filosófica de la validez del derecho, y con ello se mostraría que se da una cadena en la que las sucesivas transformaciones de unas teorías de la validez en otras producen sus respectivos eslabones. Pero cabe advertir, en contra de aquellos que piensan que es posible que este encadenamiento dialéctico se produce en un orden irreversible de sucesivas transformaciones, que la teoría del reconocimiento, derivada según Radbruch de la teoría del poder, se puede convertir a su vez en la teoría del poder, con lo cual se pondría en crisis la tesis del pensador mencionado, formulada en el sentido de que una teoría de la validez del Derecho se transforma en otra en un proceso que parece ser irreversible.

La teoría del reconocimiento se transforma en la teoría del poder según el siguiente orden de ideas. La teoría del reconocimiento consiste en que la validez del Derecho se explica en función de que las normas que lo integran son aceptadas por los destinatarios de las mismas.

Ahora bien, esta aceptación puede ser expresa o tácita. En el primer caso, cuando se lleva a cabo a través de manifestaciones externas de conducta que revelan dicha aceptación; y en el segundo, cuando los destinatarios de las normas jurídicas no las rechazan mediante actos

externos de conducta. Pero cuando dichas normas no son aceptadas entonces aparece el poder, la fuerza institucionalizada, o sea, el aparato coactivo en que se apoya el Derecho para hacer cumplir las normas jurídicas aún en contra de la voluntad de los destinatarios de las mismas. El tránsito de la teoría histórico-sociológica del poder a la teoría de la misma naturaleza del reconocimiento sólo se puede dar cuando las normas jurídicas son aceptadas; pero cuando no son aceptadas se da el tránsito inverso, o sea de la teoría histórico-sociológica del reconocimiento a la teoría, del mismo carácter, del poder.

Contra la teoría del reconocimiento, que hace descansar el fundamento de validez de las normas jurídicas en su aceptación por parte de los destinatarios de las mismas, se argumenta que hace depender el vínculo jurídico precisamente del arbitrio de aquellos a quienes debe unir.

Si el Derecho es un orden coactivo de la conducta humana y tiene en sí mismo su validez, la cual está fundada en una norma básica, es decir, si es un orden supraindividual de la conducta humana, entonces su validez no descansa en el reconocimiento de la validez de las normas jurídicas que integran dicho orden, por parte de sus destinatarios.

Esta es nuestra objeción a la teoría del reconocimiento el cual pretende explicar el fundamento de la validez de las normas jurídicas a partir de una adhesión psicológica al contenido de las mismas.

Radbruch responde a la primera objeción utilizando dos argumentos, que enseguida se exponen: I. El reconocimiento no es una función de la voluntad sino del sentimiento, esto es, pertenece al campo de la pasividad del alma y no al de su espontaneidad, y II. Se encuentra muy lejos de nuestro arbitrio hallar algo bueno o malo, verdadero o falso, hermoso o feo, justo o injusto; y aún menos se puede eliminar caprichosamente el gusto, la conciencia y la razón, por ello el propio criminal no se puede desembarazar del sentimiento jurídico que lo liga a la norma por el hecho de la violación de ésta. El delincuente manifiesta con su delito el reconocimiento del derecho que transgrede: el ladrón viola la norma que prohíbe el robo de un determinado bien, pero quiere con su conducta delictiva apropiarse de él, y con ello reconoce la institución jurídica de la propiedad; más aun, cuando ha logrado su fin entonces reconoce la sanción que trae como consecuencia la comisión del delito de robo.

Este ejemplo muestra claramente que la teoría del reconocimiento no puede quedar confinada al ámbito psicológico de la aceptación del contenido de las normas jurídicas, "sino que, más bien supone como inmediatamente reconocido lo que de un modo consecuente no puede dejar de ser reconocido".¹⁵ Se finge que el individuo quiere aquello en

¹⁵ Ibidem, p. 107.

lo que consiste su verdadero interés. Esta ficción presenta un paralelismo con la ficción del contrato social, según la cual se finge como querido lo que interesa a los individuos cuya manifestación de voluntad es formar el pacto social.

El tránsito de la teoría histórico-sociológica del reconocimiento a la teoría filosófica sobre la validez del Derecho lo expone Radbruch en los siguientes términos: "Si nos despojamos de esta ficción, fundamos la validez del derecho no en el reconocimiento fingido de su validez por los sometidos a él, sino en el verdadero interés que los sometidos al derecho tienen en su validez; y de esta manera realizamos el tránsito de la teoría histórico-sociológica de la validez a la filosófica".¹⁶

La teoría filosófica de la validez del Derecho no conduce de manera necesaria a la identificación del Derecho positivo con el Derecho justo, a la equiparación de la vigencia del Derecho positivo con la validez absoluta, jusnaturalista, al retorno al derecho natural que negaba vigencia al Derecho injusto por el hecho de serlo.

La posición de Radbruch frente al Derecho natural queda precisada de acuerdo con el siguiente razonamiento: "Sin duda alguna: si el fin del derecho y los medios necesarios para lograrlo fuesen científicos y claramente determinables, se produciría como inevitable consecuencia que habría de anularse la validez o vigencia de todo Derecho positivo que disintiera de aquel Derecho natural una vez científicamente conocido, como el error enmascarado ante la verdad descubierta".¹⁷

Al problema del fin del Derecho sólo se puede responder con una enumeración de las diversas opiniones que se han formulado acerca de él. El Derecho natural es imposible y por esta razón se puede fundamentar la vigencia del Derecho positivo.

Como es necesario establecer un orden en la sociedad y éste no puede lograrse en virtud de que existen diversas concepciones jurídicas de los individuos, las cuales se encuentran en pugna, es necesario para poder establecerlo recurrir a una instancia superindividual, y como según el relativismo la razón y la ciencia no son idóneos para establecer el anhelado orden de la vida en común, esta tarea ha de ser emprendida por la voluntad y la fuerza. Alguien tiene que crear el derecho y si éste ha de poner término a las concepciones jurídicas en pugna por medio de un fallo investido de autoridad, hay que delegar el establecimiento del Derecho a una voluntad que se encuentra en aptitud de hacerlo cumplir, aún en contra de cualquiera concepción jurídica que se le oponga. Hay que hacer esta delegación a aquel que pueda hacer que el Derecho se cumpla.

El Derecho vale porque al obtener un cumplimiento en la conducta

¹⁶ Ibidem, pp. 107 y 108.

¹⁷ Ibidem, p. 108.

efectiva de los hombres permite alcanzar la seguridad jurídica. En última instancia y de manera más sencilla se puede afirmar que el derecho vale porque es capaz de establecer la paz entre las diversas concepciones jurídicas en pugna, porque muestra su idoneidad para terminar la lucha de todos contra todos a través del establecimiento del orden. La concepción filosófica de la validez del derecho se funda en un concepto teleológico del mismo, o sea, finalista: si el derecho se muestra idóneo para lograr su fin: la seguridad jurídica, entonces es válido.

La justicia afirma Radbruch es el segundo tema de la filosofía jurídica, el primero, a no dudarlo, es el de la seguridad jurídica, la paz y el orden. Goethe dijo: "es preferible que se te haga una injusticia a que el mundo esté sin ley".

Lo hasta aquí expuesto no puede ser en manera alguna un pronunciamiento definitivo de la filosofía jurídica sobre el problema de la vigencia del derecho. Se ha demostrado que la seguridad jurídica que está garantizada por el derecho injusto, puede justificarlo. Pero no se ha demostrado la primacía absoluta de este requerimiento que todo derecho positivo cumple por el solo hecho de existir frente a los postulados probablemente no realizados de la justicia y la finalidad. "Los tres aspectos de la idea del derecho son todos de igual valor y, en caso de una pugna entre ellos, el fallo sólo puede pronunciarlo la conciencia individual".¹⁸

Aquí se advierte el carácter relativista de la concepción de Radbruch ya que no considera que un valor jurídico pueda demostrarse definitivamente superior a otro, dentro de una escala de valores jurídicos jerárquicamente estructurada.

Por otra parte, es conveniente percatarse de que en Radbruch los tres enfoques sobre la validez del Derecho se encuentran dialécticamente conectados, en el sentido de que uno se transforma en otro: así, el del jurista técnico se transforma en el sociólogo; a su vez una concepción histórico-sociológica de la validez se transforma en otra, a saber la teoría del poder (*Machtheorie*) se transforma en la teoría del reconocimiento y esta última en la teoría filosófica de la validez. Pero cuando se habla de estas sucesivas transformaciones de unas teorías de la validez en otras, pienso que se trata de una dialéctica de la implicación derivativa y no de una dialéctica de la contradicción o de la polaridad.

Perspectiva y comentario final sobre la problemática filosófico jurídica de Radbruch.

La historia de la filosofía es al mismo tiempo la historia de sus problemas afirma Radbruch. Más aún, es conveniente advertir que lo que

¹⁸ Ibidem, p. 111.

le dé unidad a la historia de la filosofía es precisamente un núcleo de problemas fundamentales que persisten desde sus orígenes hasta nuestros días.

Considera Radbruch que es una nota común de los problemas de la historia de la filosofía: "La de que todos ellos versan en torno a lo que los hombres, con arreglo al espíritu de cada época, consideran como sus preocupaciones más serias, más profundas y más altas".¹⁹

En realidad el saber filosófico se caracteriza no como piensa Radbruch en función o una serie de preocupaciones de índole psicológica, por serias, profundas y altas que sean, sino en función de que el saber filosófico es un saber fundamental en el sentido de que no recibe la fundamentación de ningún otro tipo de saber y el mismo es el fundamento de cualquier conocimiento que históricamente tenga la pretensión de ser válido.

Parece que Radbruch quiere hacer depender los problemas de la filosofía del Derecho de lo que él y otros pensadores han dado en designar como el espíritu de la época y en éste orden de ideas expresa: "en la época del positivismo, asignábase a la filosofía, por tanto, la misión de armonizar en un sistema único y exento de contradicciones los últimos conocimientos de las ciencias empíricas. De aquí que la teoría general del Derecho, la historia universal del Derecho y la sociología jurídica pasaran por ser, a la sazón, las llamadas a sustituir a la filosofía, cuando no se las consideraba como la filosofía misma. Ante el estremecimiento de nuestro sistema de los valores, se comprende que nos sintamos, hoy, especialmente inclinados a concebir la filosofía como la ciencia de los valores, como la ciencia del deber ser. Es esta clase de filosofía la que en la lógica nos enseña a pensar concretamente, en la ética a obrar bien y en la estética a sentir como es debido. A tono con esta concepción, se ha considerado la filosofía del Derecho como "la teoría del Derecho justo" (Rudolf Stammler)".²⁰

De lo anteriormente transcrito se desprende que Radbruch quiere justificar su propia posición filosófico jurídico de acuerdo con el espíritu de su época. Y en este sentido llega a considerar, de acuerdo con Stammler que la filosofía del Derecho es la doctrina del Derecho justo. Es conveniente percatarse de que es en esta temática de la filosofía del Derecho Radbruch coincide con Emil Lask, según se puede advertir de la siguiente exposición que Kelsen hace del pensamiento del filósofo jurista mencionado en último término: "Lask afirma, la filosofía jurídica busca los valores jurídico formales de validez general, el fin absoluto de cada uno de los derechos históricos particulares, la totalidad sistemática de los postulados los cuales se dan a conocer en la

¹⁹ Gustavo RADBRUCH. Introducción a la Filosofía del Derecho... p. 23.

²⁰ Ibidem, p. 23.

realidad empírica o como dice Stammler: el derecho del Derecho, el Derecho justo"²¹

En Radbruch la filosofía del Derecho trata de los valores y los objetivos y metas del Derecho, de la idea de Derecho que tiene para él una significación diversa de la que le asigna Stammler, ya que para este pensador la idea de derecho se limita a la justicia, mientras que para Radbruch la justicia es tan solo una parte de la idea de Derecho, la cual se integra en su totalidad, además de la justicia, con los bienes éticos como fines del Derecho. Por último, al ocuparse la filosofía jurídica del Derecho ideal encuentra en la política jurídica un complemento, puesto que esta disciplina trata de convertir ese Derecho ideal en una auténtica realidad.

La filosofía del Derecho investiga las leyes valorativas, las normas que postulan el deber ser, aún cuando nunca haya sido, sea o será.

La rectitud de una conducta puede derivarse inductivamente de la empirie, sino deductivamente de los valores superiores, de los valores últimos y supremos. El reino de los valores y el mundo de los hechos coexisten en órbitas paralelas sin estructurar. A la relación entre valor y realidad se le ha denominado dualismo metodológico, que es precisamente uno de los rasgos esenciales del método de la filosofía jurídica que emplea Radbruch; el otro rasgo de ese método es el relativismo.

La relación teleológica se puede contemplar de dos maneras, a saber: I. Si se contempla el medio desde el fin, estamos en presencia de la política del derecho, y II. Si se parte del medio hasta llegar al fin, de tal suerte que se adquiera plena conciencia del fin mostrando el medio que le es necesario y los efectos que produce el medio, conexos en relación con el fin que se pretende alcanzar a través de su utilización, esta consideración del medio encaminada a la iluminación del fin, forma parte de la filosofía jurídica.

La filosofía jurídica se propone también aclarar el juicio de valor jurídico hasta sus últimos supuestos dentro de una concepción del mundo y de la vida. La filosofía jurídica se pregunta a la manera Kantiana: ¿cuáles son los supuestos que es necesario admitir para que se pueda pronunciar consecuentemente un juicio de valor jurídico? En última instancia se trata de desarrollar, a partir de una valoración jurídica, todo el sistema valorativo que la condiciona. Aquí la valoración jurídica está vinculada necesariamente a un determinado tipo de concepción del mundo y de la vida. También esta vinculación de los juicios del valor del Derecho con una concepción del mundo la señala Lask, según la siguiente exposición que de su pensamiento a este res-

²¹ HANS Kelsen. *Die Rechtswissenschaft als Norm-order als Kulturwissenschaft. Die Wiener Rechtstheoretische Schule.* Europa Verlag Wien. Herausgegeben von, Hans Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck. Tomo I. p. 66.

pecto, hace Kelsen: "La filosofía jurídica es la investigación de los lugares trascendentales del derecho o de las relaciones de valor de típicas del Derecho; investiga la cuestión de su ajuste en relación con una concepción del mundo".²²

En último término, las investigaciones de Radbruch van a desembocar en el desarrollo de todos los supuestos últimos que pueden pensarse y con esto se alcanzan los diversos puntos de partida de la valoración jurídica. Esto implica una presentación de los diversos sistemas de valores jurídicos en sus semejanzas y oposiciones creando una típica de todas las posibles concepciones del derecho, exponiendo en esta forma no el sistema de la filosofía del derecho, sino la total sistemática de sus sistemas posibles.

La filosofía jurídica concibe el derecho en el pensamiento filosófico jurídico de la escuela de Baden, a la que pertenece Radbruch, "como sustrato o escenario de la realización de los valores, mientras que como objeto de la ciencia jurídica es una realidad empírica".²³

En Radbruch, Lask y Stammler la filosofía jurídica es la doctrina del Derecho justo, y por ello cualquier consideración de los problemas jurídicos tendrá que ser de naturaleza filosófico-jurídica si es una consideración valorativa, vinculada consecuentemente a los últimos fines axiológicos del Derecho y, como hemos visto, a una concepción del mundo.

²² Ibidem, p. 66.

²³ Ibidem, p. 66.