

EL DERECHO Y LA INJUSTICIA EXTREMA EN HANS KELSEN Y GUSTAV RADBRUCH

Law and Extreme Injustice in Hans Kelsen and Gustav Radbruch

Dr. Alejandro NAVA TOVAR*

Profesor de Tiempo Completo
UAM Azcapotzalco (México)
<https://orcid.org/0000-0002-5770-5998>
alnato@azc.uam.mx

Resumen

En este ensayo ofrezco una visión sintética de los postulados en torno al Derecho y la justicia expuestos en la teoría positivista del Derecho de Hans Kelsen y la filosofía jurídica no-positivista de Gustav Radbruch. Para llevar a cabo esta labor, explicaré los principios fundamentales de la teoría kelseniana y su visión sobre la relación entre el Derecho y la justicia, así como los principios fundamentales de la visión radbruchniana del Derecho y su crítica al Derecho extremadamente injusto. Finalmente, ofreceré una visión integral y contrastante acerca de la importancia de estos dos grandes filósofos del Derecho para los debates contemporáneos de la filosofía jurídica.

Palabras claves: Hans Kelsen; Gustav Radbruch; Derecho; moral; justicia.

Abstract

In this essay I offer a synthetic view of the postulates on law and justice outlined in Hans Kelsen's positivist theory of law and Gustav Radbruch's non-positivist legal philosophy. In order to carry out this task, I will explain the basic tenets of Kelsen's theory and his view of the relationship between law and justice, as well as the main tenets of Radbruch's view of law and his critique of extremely unjust law. Finally, I will offer a comprehensive and contrasting view of the

* Agradezco al profesor Alejandro GONZÁLEZ MONZÓN y al equipo editorial de la *Revista Cubana de Derecho* por el espléndido apoyo brindado para publicar este ensayo. También agradezco al profesor Stanley L. PAULSON por proporcionarme algunas referencias bibliográficas e ideas para este ensayo.

importance of these two great philosophers of law for contemporary debates in legal philosophy.

Keywords: Hans Kelsen; Gustav Radbruch; Law; Morality; Justice; Justice.

Sumario

1. Introducción. Dos clásicos de la filosofía del Derecho. 2. La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. 2.1. El contexto de la *teoría pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*. 2.2. La teoría pura del Derecho y la pretensión de cientificidad. 2.3. La teoría pura del Derecho y la justicia. 3. La teoría no-positivista de Gustav Radbruch. 3.1. La *Filosofía del derecho (Rechtsphilosophie)* de 1932. 3.2. La narrativa todavía dominante y su desmantelamiento. El eterno mito de Radbruch como positivista jurídico. 3.3. Los escritos de posguerra. 4. Consideraciones finales. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, Robert ALEXY ha señalado que en Alemania dos filósofos del Derecho dominaron los debates durante el siglo XX y sus respectivas filosofías permanecen como tópicos de un estimulante debate en la discusión global actual: Hans KELSEN y Gustav RADBRUCH.¹ Esta opinión es compartida por Ulfrid NEUMANN –distinguido conocedor de KELSEN y RADBRUCH– en un libro recientemente publicado en español.² KELSEN y RADBRUCH fueron destacados profesores de Derecho, estuvieron influidos por el neokantismo y anhelaban crear una reflexión sistemática sobre el Derecho. Sin duda, podría decirse que ambos son dos clásicos de la filosofía del Derecho, en virtud de que, en primer lugar, lo que escribieron y reflexionaron en su momento fue valioso y, en segundo lugar, porque todavía hoy son citados en la mayoría de los debates actuales sobre la filosofía del Derecho. Pero también entre ambos hay diferencias debido a su comprensión sobre la relación entre el Derecho y la justicia.

En este ensayo no me es posible presentar de forma completa los presupuestos teóricos y los alcances de sus planteamientos para la teoría y filosofía del Derecho. Ni siquiera en muchas obras de notable volumen y profunda bibliografía es posible desarrollar tal proyecto, debido a que la producción intelectual, tanto de KELSEN como de RADBRUCH es enorme. Sobre todo, pienso en la

¹ ALEXY, R., "Gustav Radbruch's Concept of Law", en *Law's Ideal Dimension*, p. 107.

² Véase, NEUMANN, U., *Filosofía del derecho ante el espejo del tiempo. Contribuciones sobre el pensamiento de Gustav Radbruch (1878-1949)*, p. 31.

obra de KELSEN, quien tuvo una trayectoria académica prolífica desde muy joven. Sin duda, las reflexiones de KELSEN en torno al Derecho, la democracia, las relaciones internacionales y la política siguen siendo relevantes en muy diversos campos. De la misma manera, el pensamiento de KELSEN en Latinoamérica ha dejado hasta ahora un enorme legado, como lo muestra la reciente e impresionante biografía de Thomas OLECHOWSKI.³ Sin embargo, RADBRUCH no se queda atrás. De hecho, muchas de sus obras gozaron de diversas traducciones tempranas al idioma castellano. También existen puntos de vista comunes en ambos filósofos del Derecho. En primer lugar está un anhelo propio de la filosofía alemana propiamente dicha (el idealismo alemán): “el anhelo de un sistema”.⁴ En segundo lugar está en la obra de ambos la huella de Immanuel KANT. Pero mientras que en KELSEN dicha huella está presente en la epistemología neokantiana, en RADBRUCH está la filosofía neokantiana de los valores. Esto marcará una diferencia notoria en sus proyectos jurídicos respectivamente positivistas y no positivistas.

No obstante, a pesar de sus semejanzas y diferencias, es posible señalar algunos puntos fundamentales y controvertidos de la obra de ambos filósofos del Derecho respecto a la relación entre el Derecho y la moral, también entendida como la cuestión entre el Derecho y la justicia. Pienso, respecto a KELSEN, en la pretensión, acaso fundamental, de su teoría pura del Derecho, mientras que en RADBRUCH lo hago en su crítica al Derecho extremadamente injusto, que se encuentra en sus escritos de posguerra. Precisamente en estos supuestos puede encontrarse una conexión pertinente para la filosofía del Derecho, pues, siguiendo a Frank HALDEMANN, “la obra de posguerra de Radbruch puede considerarse como una crítica implícita de la visión de Kelsen de la ‘pureza positivista’. Al integrar criterios fundamentales de justicia en el concepto de derecho, Radbruch rechazó la idea de Kelsen de que todo lo que pueda manifestarse en forma jurídica (incluso los decretos de los nazis) es derecho válido, independientemente de su contenido”.⁵ Comienzo con la exposición de la teoría pura del derecho de KELSEN.

³ Véase, OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, pp. 804-814. Sobre el viaje de KELSEN a México, véase pp. 873 y 874. Para una visión más detallada sobre este viaje de KELSEN y la recepción de su obra, véase, FLORES, I. B., “Una visita a Hans Kelsen en México”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 53-94.

⁴ HÖSLE, V., *A Short History of German Philosophy*, p. 97.

⁵ HALDEMANN, F., “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*. Vol. 18, No. 2, June 2005, p. 163.

2. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

La obra de KELSEN, considerado casi de forma unánime como “el pensador más estimulante en la teoría analítica del Derecho de nuestros días”,⁶ es considerable y vasta. El pensamiento de KELSEN estuvo comprometido en nueve campos: primero, la filosofía y la teoría del Derecho; segundo, la teoría del Derecho público; tercero, la teoría de las normas jurídicas; cuarto, el diseño constitucional; quinto, la revisión constitucional; sexto, el Derecho internacional público; séptimo, investigaciones en veta antropológica; octavo, la filosofía griega clásica; y, noveno, la teoría y filosofía política, que consta de su tratado temprano de Derecho electoral, hasta su contundente crítica del austromarxismo,⁷ en paralelo a una defensa del liberalismo democrático.⁸ Estos nueve campos fueron elaborados durante más de seis décadas, en las cuales pueden advertirse diversos cambios en su comprensión. La cantidad de obras y las transformaciones del pensamiento de KELSEN han dado lugar a proyectos de periodización de este.⁹ Empero, el campo que le proporcionó relevancia internacional acaso es el primero, dedicado a la filosofía y teoría del Derecho, en el cual la teoría pura del Derecho aparece como su epicentro teórico. La teoría pura del Derecho es hija de su tiempo. El *Zeitgeist* de dicha teoría está marcado por la transición de la filosofía del Derecho a la teoría del Derecho, es decir, de la *Rechtsphilosophie* a la *Rechtstheorie*. Este contexto histórico y filosófico de la teoría pura kelseniana merece explicación.

A finales del siglo XIX comienza a gestarse en Alemania un cambio epocal en la comprensión de la filosofía del Derecho. La caída del hegelianismo

⁶ HART, H. L. A., “Kelsen Visited”, *UCLA Law Review*, 10, 1962/1963, p. 728.

⁷ La crítica de KELSEN a algunas ideas marxistas sobre el Estado constituye uno de los mejores momentos de su pensamiento político. Esto lo he desarrollado en otro ensayo. Véase, NAVA, A., “Karl Marx y el problema de la existencia del Estado. La crítica de Hans Kelsen a algunas ideas de Marx sobre el Estado”, en Gustavo Leyva, Jorge Rendón y Sergio Pérez (eds.), *Karl Marx: El Hombre, el Revolucionario y el Teórico – II. Recepción, conexiones, desdoblamientos auto(crítica)*, pp. 157-172.

⁸ Véase, PAULSON, S.L., “La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica”, en Jan-Reinhard Sieckmann y Laura Clérico, *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, pp. 12 y 13.

⁹ Para el análisis de una periodización del pensamiento de KELSEN en tres fases, a saber, una fase constructivista, una fase clásica y una fase tardía, véase, PAULSON, S.L., “Una periodización de la teoría jurídica de Hans Kelsen. Tres fases”, traducción de Alejandro Nava Tovar, *Revista Cubana de Derecho*, Vol. 1, No. 2, julio-diciembre, 2022. Para una periodización de la epistemología jurídica de KELSEN en cuatro fases, también con un fuerte componente neokantiano, véase, CHIASSONI, P., “Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen”, en Carlos Bernal y Marcelo Porciuncula (eds.), *Kelsen para erizos*, pp. 85-125.

y la insuficiencia de los discursos filosóficos para fundamentar y explicar al Derecho en términos estrictamente jurídicos fueron haciéndose cada vez más notorias. El terreno que ganaba el discurso científico en otros campos para explicar los problemas sociales llevó a desestimar en el ámbito del Derecho, reflexiones basadas únicamente en la idea del Derecho justo, y, con ello, a expresar “el divorcio del mundo del valor del mundo de los hechos”.¹⁰ Sin duda, lo “que se perdió con la separación del *logos* del *mythos*”¹¹ tendría repercusiones en la reflexión sobre lo que es y debe ser el Derecho. A partir de inicios del siglo xx, la filosofía del Derecho todavía reflexionará sobre el problema de los valores y la realidad del Derecho, pero se tratará de obras que irán cediendo espacio frente a la dicotomía entre el mundo de los hechos y el mundo del valor y, con ello, frente a la naciente teoría y ciencia del Derecho.

2.1. EL CONTEXTO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO (REINE RECHTSLEHRE)

La ciencia del Derecho es una disciplina más reciente que la filosofía del Derecho. Esta alcanza su apogeo en el siglo xx en tanto se entiende como teoría o ciencia del Derecho. Sobre la cuestión en torno al origen y carácter de la ciencia del Derecho, pueden decirse algunas cuestiones preliminares, suficientes para explicar mis argumentos. Ha sido acaso Pierluigi CHIASSONI quien, partiendo de las dos tradiciones clásicas –la inglesa y la alemana– e integrando a su propia tradición –la italiana, que tuvo en Norberto BOBBIO a un importante cultor–,¹² ofrece tanto una descripción de su carácter como de su formación histórica.

En cuanto a su carácter, la ciencia del Derecho, entendida como una reflexión filosófica sobre el *Derecho positivo*, tiene la finalidad de “construir redes de conceptos”, “elaborar tipologías de objetos” y “formular tesis explicativas, cuyo valor consiste en su utilidad para una (mejor) comprensión de las experiencias jurídicas y para una (mejor) capacidad para trabajar con ellas en calidad de juristas”.¹³ En cuanto a su historicidad, CHIASSONI establece que las ciencias jurídicas, en tanto sector de investigación propio, distinto de otros sectores, se remonta a dos modelos de disciplinas del siglo xix. El primer modelo es el

¹⁰ KOYRÉ, A., *Del mundo cerrado al universo infinito*, p. 6.

¹¹ JAY, M., *Reason after Its Eclipse. On Late Critical Theory*, p. 14.

¹² Para un panorama general del positivismo jurídico italiano, que desde BOBBIO hasta FERRAJOLI nos ha brindado importantes obras de referencia para la cultura latinoamericana, véase GUASTINI, R., “The Italian Tradition of Legal Positivism”, en Torben Spaak y Patricia Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to legal Positivism*, pp. 152-175.

¹³ CHIASSONI, P., *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*, p. 15.

de la llamada “*general Jurisprudence*” (“jurisprudencia general”) o “*analytical Jurisprudence*” (“jurisprudencia analítica”), cuyo origen reside en la cultura jurídica inglesa, mientras que el segundo está constituido por la “*Allgemeine Rechtslehre*” (“teoría general del Derecho”, “doctrina general del Derecho”) y tiene su origen en la cultura jurídica alemana.¹⁴

Si bien tanto la tradición inglesa¹⁵ como la tradición alemana¹⁶ tienen orígenes históricos distintos, puede verse en ellas un empeño ilustrado por separar al Derecho de todo esfuerzo mítico o teológico de comprenderlo. No obstante, el modelo de la teoría del Derecho alemana hizo más explícito su compromiso con la idea de “ciencia del Derecho”. Como señala Arthur KAUFMANN, la teoría general del Derecho alemana, desde sus inicios, estuvo asociada a diversas concepciones del estudio del Derecho, pero, entre estas concepciones, puede resaltarse la de asociarse a la llamada “teoría de la ciencia del Derecho” (*Wissenschaftstheorie des Rechts*).¹⁷

A pesar de que podrían advertirse todavía paralelismos y coincidencias nucleares entre la ciencia jurídica y la teología,¹⁸ el estudio autónomo del Derecho comenzó a ganar terreno propio como *ciencia del Derecho* (*Rechtswissenschaft*). Pero ahora surge la duda con referencia a qué tipo de ciencia alude esta denominación. A partir de la obra *La construcción del mundo histórico en las ciencias del espíritu*, de Wilhelm DILTHEY, es bien conocida la distinción entre las ciencias naturales (*Naturwissenschaften*) y las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*). Para DILTHEY, el objeto de las ciencias naturales es la explicación causal, mientras que el objeto de las ciencias del espíritu es la comprensión. De hecho, en esta obra, DILTHEY hace referencia al Derecho, en tanto ciencia del espíritu, como ciencia del Derecho (*Rechtswissenschaft*).¹⁹ Así, el primer lugar en el cual es ubicada la ciencia del Derecho es en el de las ciencias espirituales o culturales, esto es, el

¹⁴ *Ibidem*, pp. 21-22.

¹⁵ Para una visión más general del positivismo jurídico inglés, véase POSTEMA, G. J., “The British Tradition of Legal Philosophy”, en Torben Spaak y Patricia Mindus (eds.), *The Cambridge Companion...*, *cit.*, pp. 176-200.

¹⁶ Para una visión más general del positivismo jurídico alemán, véase, KIRSTE, S., “The German Tradition of Legal Philosophy”, en Torben Spaak y Patricia Mindus (eds.), *The Cambridge Companion...*, *cit.*, pp. 105-132.

¹⁷ KAUFMANN, A., *Rechtsphilosophie*, p. 13.

¹⁸ Véase, NEUMANN, U., *El derecho como estructura y argumentación. Contribuciones a la teoría del derecho y la filosofía de la ciencia jurídica*, p. 341.

¹⁹ DILTHEY, W., *Der Aufbau der Geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, p. 96.

lugar de fenómenos sociales en tanto se conciben como expresiones de intenciones por comprender.²⁰ En consecuencia, si se busca comprender al Derecho como una ciencia, entonces, como toda ciencia debe poseer al menos tres elementos. Según Dietmar VON DER PFORDTEN, son los siguientes:

- (1) un *objeto (Gegenstand)*, es decir, un *objeto* en sentido *teórico-epistemológico formal*;
- (2) una *meta de búsqueda según el conocimiento* y
- (3) determinado *medio* para conocer el objeto, esto es, también un *método*.²¹

Para fines de este ensayo, es de interés la idea del *medio* o *método* para conocer al objeto *científicamente* estudiado, pues esto dará lugar a que, en el intento de dar un tránsito definitivo de la filosofía del Derecho a la ciencia del Derecho, surja la teoría pura del Derecho de KELSEN, quien buscará en todo momento darle al Derecho su carácter científico. En virtud de la brevedad y objetivos de este ensayo, solamente quiero mencionar la pretensión fundamental de científicidad de la teoría pura del Derecho de KELSEN. Esta es la pretensión que marcará el programa filosófico-jurídico kelseniano desde sus inicios en los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* y encontrará su expresión más acabada en ambas ediciones de la *Teoría pura del derecho*, obra en la que intentará ir más allá de los paradigmas naturalistas o psicologistas. Cito a PAULSON:

[e]l proyecto de Kelsen a lo largo de muchos años fue, por encima de todo, un intento ambicioso y de largo alcance, primero, para mostrar que el naturalismo de *fin de siècle* de la ciencia jurídica era erróneo, y, segundo, para desarrollar los fundamentos de una teoría alternativa que pudiera asegurar la autonomía [*Eigengesetzlichkeit*] del derecho y, por la misma vía, la pureza [*Reinheit*] de la ciencia jurídica.²²

Este contexto que va de la filosofía a la teoría del Derecho permite entender mejor el intento kelseniano de asegurar el estudio autónomo y científico del Derecho respecto a otros fenómenos sociales como el Derecho natural y el psicologismo, que predominaban en el campo de las ciencias sociales en su

²⁰ Véase, KIRSTE, S., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, pp. 34-35.

²¹ VON DER PFORDTEN, D., *Rechtsphilosophie*, p. 8.

²² PAULSON, S.L., "La idea misma del positivismo jurídico", traducción de Francisco M. Mora Si-fuentes, *Revista derecho del Estado*, 45 (diciembre 2019), pp. 29-53, p. 42.

momento. Precisamente, la teoría pura del Derecho desarrollará su más ambicioso programa de fundamentación.

2.2. LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA PRETENSIÓN DE CIENTIFICIDAD

La primera edición de la *Teoría pura del derecho* se encuentra dentro de la fase clásica del pensamiento de KELSEN, donde presenta su programa de fundamentación del Derecho. Por un lado, KELSEN quiere liberar al Derecho de entidades metafísicas en las que se inscriben corrientes del Derecho natural, como la moral o la religión y, por otro lado, de cuestiones políticas que le resten al Derecho su autonomía. Merece destacarse cómo en el inicio de esta obra KELSEN enfatiza en el carácter de la ciencia del Derecho y su finalidad concerniente a conocer su objeto. Así comienza KELSEN su primera edición de la *Teoría pura del derecho*:

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo. Del derecho positivo simplemente, y no de un ordenamiento jurídico determinado. Es teoría general del derecho, y no interpretación de normas jurídicas concretas, nacionales o internacionales.

Como teoría se propone única y exclusivamente conocer su objeto. Esta intenta responder a la pregunta de qué es y cómo se forma el derecho, no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe formarse. Esta es ciencia del derecho (*Rechtswissenschaft*) y no política jurídica (*Rechtspolitik*).²³

Puede advertirse que desde el inicio KELSEN distingue a la ciencia del Derecho de lo que él llama "política jurídica" (*Rechtspolitik*), y asocia esta segunda a la formulación de juicios de valor. Con base en su pensamiento, la ciencia genuina no debe referirse a "cómo debe ser o cómo debe formarse" un fenómeno, sino conocer su objeto con sus propios recursos. Pero hay más, KELSEN insiste en la tendencia científicista de su teoría, con especial referencia a su ubicación dentro de las ciencias del espíritu –como DILTHEY lo suponía– y su carácter antiideológico. Esto puede verse en los apartados siguientes:

La teoría pura del Derecho delimita el Derecho frente a la naturaleza, y de esta manera busca establecer el límite que contrapone esta última al espíritu. La ciencia jurídica es una ciencia del espíritu, no una ciencia de la naturaleza (*Geistes-, nicht Naturwissenschaft*).²⁴

²³ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, p. 15.

²⁴ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (1934), *cit.*, p. 25.

Las mencionadas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y efectos en relación con el poder político resultan evidentes, dominan aún hoy en la ciencia jurídica, a pesar de la aparente superación de la teoría del Derecho natural. Contra ellas se dirige la teoría pura del Derecho. Esta se propone describir el Derecho tal y como es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto; esta se pregunta por el Derecho real y posible, no por el Derecho correcto. [...] Precisamente en virtud de su tendencia antiideológica, la teoría pura del derecho demuestra ser verdadera ciencia jurídica; pues la ciencia, en cuanto mero conocimiento, tiene como aspiración inmanente mostrar al descubierto el objeto (*Gegenstand*) que conoce. La ideología, por el contrario, encubre la realidad, desfigurándola con el propósito de conservarla y defenderla, o desenfocándola con la intención de destruirla y sustituirla por otra.²⁵

Estos dos párrafos aclaran mejor el programa kelseniano y por eso los cito con detalle. Por un lado, KELSEN reafirma el carácter de la ciencia del Derecho en tanto ciencia del espíritu. Por otro lado, entiende a la ciencia como opuesta a la ideología. Mientras que la ciencia intenta mostrar al descubierto su objeto, la ideología encubre la realidad. La ciencia aparece como algo objetivo y racional, mientras que la ideología como algo subjetivo e irracional. KELSEN entiende a las doctrinas del Derecho natural como una manifestación y continuidad de las tendencias ideológicas.

Pero, cabe preguntarse, ¿cuál es el método científico del Derecho en un sentido estricto? ¿Cómo aspira KELSEN a liberar a la ciencia jurídica de valoraciones y apelaciones a entidades que están más allá de la razón humana? Su respuesta al fundamento de la ciencia del Derecho reside en apelar a lo que Stanley L. PAULSON llama “un argumento trascendental kantiano en la ciencia jurídica”.²⁶ En la segunda edición de la *Teoría Pura del derecho*, KELSEN ofrece el argumento siguiente:

Así como KANT se pregunta cómo es posible una interpretación libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del Derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas como Dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un

²⁵ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

²⁶ PAULSON, S.L., “A ‘Justified Normativity’ Thesis in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz”, en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, p. 71.

sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos?²⁷

La alternativa de KELSEN para interpretar al Derecho, objetivamente es apelar a un argumento trascendental de corte kantiano, el cual presupone condiciones necesarias para que sea posible el conocimiento jurídico. Este argumento trascendental estará representado por la norma fundante o fundamental (*Grundnorm*), la cual habilita la posibilidad de juicios de imputación. La *Grundnorm* es uno de los conceptos básicos de la teoría kelseniana, y de la misma manera es uno de los conceptos más problemáticos en cuanto a su interpretación. No le falta razón a Matthias JESTAEDT al sostener que la norma fundamental “provoca más preocupación que alegría entre los filósofos del derecho”.²⁸ Sobre este concepto, usado de muy diversas maneras, existen ensayos altamente especializados, por lo cual no me detendré en esta cuestión.²⁹ Basta señalar que suele aceptarse que la *Grundnorm* es una hipótesis o presupuesto que, como tal, tiene la función de habilitar o facultar la expedición de normas jurídicas de modo meramente formal. El argumento trascendental, en su forma regresiva, presupone el tránsito de algo dado a la condición o condiciones de posibilidad sin las cuales lo dado no sería posible. En consecuencia, puede decirse que KELSEN utiliza un argumento filosófico kantiano para darle a la ciencia del Derecho su carácter científico.

Sin embargo, sobre el uso de este argumento trascendental en la ciencia del Derecho, existen dudas respecto a su utilización y plausibilidad en la ciencia del Derecho. En torno a su uso, Eugenio BULYGIN sostiene que una de las dificultades para entender la teoría del Derecho de KELSEN consiste en que en su obra el pensamiento positivista y el pensamiento kantiano están presentes, y al ser “incompatibles, algunas de las ideas provenientes de una de estas tradiciones tienen que ser eliminadas para que la teoría pura del Derecho se mantenga coherente”.³⁰ Este argumento es problemático porque omite considerar que la influencia de KANT en KELSEN no proviene de su filosofía moral, sino de su epis-

²⁷ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, p. 361.

²⁸ JESTAEDT, M., “Validez del sistema y validez en el sistema. ¿Para qué se necesita la norma fundamental y para qué no?”, en Carlos Bernal y Marcelo Porciuncula (eds.), *Kelsen para erizos*, *cit.*, p. 178.

²⁹ Sobre este tema, véase, GOMES TRIVISSONO, A. T., “On the continuity of the doctrine of the basic norm in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*, Vol. 12, 2021, pp. 321-346.

³⁰ BULYGIN, E., *Essays in Legal Philosophy*, p. 236.

temología. El argumento trascendental no es una cuestión de fundamentación moral del Derecho, sino sobre cómo es posible el conocimiento del Derecho en cuanto ciencia. Esto permite comprender la crítica que KELSEN le hizo a RADBRUCH en 1916 en su artículo "La ciencia del derecho como ciencia de la norma o de la cultura" (*Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*),³¹ artículo al que RADBRUCH jamás respondió.³² Por esta razón en KELSEN el pensamiento positivista es compatible con la epistemología de KANT.

Pero en cuanto a su plausibilidad, PAULSON considera que el argumento trascendental kantiano fracasa. Para PAULSON la norma fundamental de KELSEN no es un principio normativo, sino un principio regulativo en términos epistemológicos, tal y como aparece en la *lógica trascendental*. Este principio está vinculado al sentido de la sistematicidad. Si esto es correcto, entonces KELSEN concibe a la norma fundante como un principio regulativo que posee una función sistematizadora del Derecho. Así, el Derecho puede crearse y sistematizarse sin apelar a presupuestos morales o metafísicos, por lo que puede alcanzar el genuino estatus de ciencia. Pero este tipo de argumentos trascendentales son problemáticos. De acuerdo con PAULSON, un argumento trascendental es válido si no es posible otra explicación o justificación teórica de un fenómeno. KELSEN, en este sentido, "no está en posición de descartar otras alternativas a su propia teoría pura del derecho".³³

A pesar de que este argumento fracasa al no descartar otras alternativas para pretender fundamentar al Derecho, al menos permite aclarar una pretensión fundamental de la teoría de KELSEN. Diversos especialistas han buscado interpretar a la teoría de KELSEN como su "respuesta a la pregunta clásica de la filosofía política y del Derecho: ¿cómo se justifica nuestra obligación de obedecer al derecho? Pero Kelsen tiene otra idea en mente. [...] Su programa, quiere hacernos creer, proporciona la fundamentación para la autonomía del derecho y, por la misma razón, para la pureza de la ciencia del derecho".³⁴

³¹ Véase, KELSEN, H., "Die Rechtswissenschaft als Norm - oder als Kulturwissenschaft", en *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 40, 1916, pp. 1181-1239 (cuaderno 3), pp. 95-151. Ulfrid NEUMANN se ha referido a esta crítica de KELSEN a RADBRUCH en NEUMANN, U., *Filosofía del derecho ante el espejo...*, cit., pp. 136-139.

³² Estoy agradecido con el profesor Stanley L. PAULSON por informarme sobre este ensayo de KELSEN sobre RADBRUCH.

³³ PAULSON, S.L., "A 'Justified Normativity'...", cit., p. 75.

³⁴ PAULSON, S.L., "A 'Justified Normativity'...", cit., p. 111.

2.3. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y LA JUSTICIA

Para KELSEN, la pureza del Derecho se puede lograr si se desvincula al Derecho de ideales irracionales, como el de la justicia, entendida por KELSEN como una idea absoluta. KELSEN se refiere al problema de la justicia al aludir a la relación entre Derecho y moral en el párrafo 8, titulado "Derecho y justicia" (*Recht und Gerechtigkeit*), en el capítulo segundo de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, titulado "Derecho y moral" (*Recht und Moral*). En virtud de que KELSEN no busca justificar la obligación de obedecer al Derecho es que tampoco busca dotar al Derecho de un contenido moral específico, pues esta es una pretensión no fundamentable en términos científicos. A diferencia de las normas morales que valen en virtud de su *contenido (Inhalt)*, las normas jurídicas valen en virtud de haberse creado de cierta manera. Este es el punto decisivo del positivismo jurídico. La estructura jerárquica y validez de las normas jurídicas no reside en un presupuesto moral-material estático, sino en un presupuesto legal-formal dinámico. Así, "cualquier contenido puede ser derecho":

Diferente es el caso de las normas jurídicas. Estas no valen en razón de su propio contenido. Cualquier contenido puede ser derecho. [...] Una norma es válida como norma jurídica únicamente porque se ha originado de un determinado modo, porque ha sido creada en conformidad con cierta regla, porque ha sido establecida de acuerdo con un método específico. El derecho vale solo como derecho positivo, esto es, como derecho impuesto. [...] Por el contrario, la norma fundamental de un ordenamiento positivo no es más que la regla básica conforme a la cual se crean las normas del ordenamiento, la imposición del hecho básico de creación del derecho. Es el punto de partida de un procedimiento; tiene un carácter absolutamente dinámico-formal.³⁵

De esta manera, KELSEN responde de forma categórica al problema del contenido del Derecho de acuerdo con su propia teoría. Este argumento se repetirá del mismo modo en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* al referirse KELSEN a la razón de validez del ordenamiento jurídico: "de ahí que cualquier contenido que sea pueda ser derecho".³⁶ No importa si se trata de un contenido cruel o discriminatorio. Tampoco de si el Derecho puede provocar una injusticia extrema. Desde el punto de vista de la nomodinámica, cualquier contenido puede ser Derecho si es producido de cierta manera. El grito de guerra del

³⁵ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (1934), *cit.*, pp. 74 y 75.

³⁶ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (1960), *cit.*, p. 354.

positivismo jurídico kelseniano evita toda evaluación jurídica del Derecho con un contenido injusto o muy injusto, en tanto el término justicia (*Gerechtigkeit*), según KELSEN, “tiene el significado de un valor absoluto”.³⁷ KELSEN reconoce diversos intentos de fundamentar la justicia, pero le parecen esfuerzos inútiles o fórmulas vacías, incapaces de dar una respuesta convincente para vincular al Derecho con esta exigencia: Hasta el presente, todos los intentos de contestar a esta cuestión han conducido a fórmulas absolutamente vacías, tales como “haz el bien y evita el mal”, “a cada uno lo suyo”, “mantén el justo medio”, y otras parecidas. Incluso el “imperativo categórico” carece totalmente de contenido.³⁸

En este párrafo, KELSEN sintetiza la crítica que hace a dichas fórmulas sobre la justicia en su famoso *¿Qué es la justicia?*,³⁹ en el cual expone con mayor detalle por qué no cree que la justicia, acaso el bello sueño de la humanidad por excelencia, pueda tener un fundamento racional. En este sentido, KELSEN va todavía más lejos y considera que detrás de la indeterminación del contenido de la justicia hay el “encubrimiento de una situación en verdad demasiado dolorosa. La justicia es un ideal irracional”.⁴⁰ Esta es una posición escéptica respecto a la justicia que KELSEN no cambiará en toda su obra, ni siquiera tratándose de una injusticia extrema.

La pregunta en torno a la cientificidad del Derecho formulada por KELSEN, si bien no pudo ser respondida con sus propios recursos, llevó a una ampliación de su pretensión en el campo del Derecho. La ciencia jurídica continuó con su avance y diversas ramas del Derecho empezaron a especializarse más. Sin embargo, según Luigi FERRAJOLI, en esto también hay una cuestión de responsabilidad: la ciencia y la teoría del Derecho tienen la característica “de contribuir a construir, y no sólo de representar o reconstruir, su objeto de indagación”.⁴¹ ¿Acaso esta responsabilidad de construir su objeto puede ser posible sin apelar a valoraciones en torno al Derecho injusto? ¿Son los valores un estorbo para las pretensiones científicas? ¿Puede darse una ciencia del Derecho que recupere lo que se perdió con el abandono de la especulación sobre lo que debe ser el Derecho? El positivismo jurídico kelseniano no dirá más sobre la relación entre Derecho y justicia, por considerar a esta última como un ideal

³⁷ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (1934), *cit.*, p. 26.

³⁸ *Ibidem*, p. 27.

³⁹ Véase, KELSEN, H., *Was ist Gerechtigkeit?*

⁴⁰ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (1934), *cit.*, p. 28.

⁴¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 51.

irracional, que trasciende toda experiencia y pretensión de objetividad, y más en sus últimos años, en los cuales KELSEN se dedicó a la relación entre Derecho y lógica.⁴² Aquí donde no dice más el proyecto kelseniano comienza la reflexión radbruchniana sobre la relación entre el Derecho y la justicia.

3. LA TEORÍA NO POSITIVISTA DE GUSTAV RADBRUCH

A diferencia de la imponente y sistemática obra de KELSEN, la de RADBRUCH es más modesta. RADBRUCH, además de filósofo del Derecho y penalista fue, en palabras de Arthur KAUFMANN, un “político socialdemócrata, historiador y artista”.⁴³ En diversos pasajes de sus obras, compiladas en veinte tomos, puede verse un notorio talante humanístico. RADBRUCH mostró tempranamente una preocupación genuina por vincular al Derecho con el arte,⁴⁴ la poesía⁴⁵ y la literatura.⁴⁶ También en el caso del pensamiento de RADBRUCH se habla de una periodización, como la propuesta por Martin BOROWSKI.⁴⁷ Empero, para efectos de este ensayo sobre el pensamiento de RADBRUCH respecto al Derecho y la justicia, me basaré en dos etapas fundamentales de su obra: el periodo de su *Filosofía del derecho* y el periodo de sus *ensayos de posguerra*.

3.1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO (RECHTSPHILOSOPHIE) DE 1932

La *Filosofía del Derecho* de RADBRUCH es publicada en 1932. Desde el inicio asume como presupuesto filosófico el neokantismo alemán sudoccidental. Esta corriente tuvo como representantes a Heinrich RICKERT, Wilhelm WINDELBAND y Emil LASK, y estará reflejada en el fundamento de la *Filosofía del derecho*. El neokantismo presupone el dualismo metodológico (*Methodendualismus*) y el relativismo. Este dualismo se expresa en el primer párrafo (§) de su obra

⁴² Véase, OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen. Biographie...*, cit., p. 927.

⁴³ KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, p. 196.

⁴⁴ Véase, RADBRUCH, G., *Caricaturas de la justicia. Litografías de Honoré Daumier*.

⁴⁵ Véase, RADBRUCH, G., *Lyrisches Lebensgeleit. Von Eichendorff bis Rilke*.

⁴⁶ Véase, RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, pp. 144-152.

⁴⁷ BOROWSKI ha señalado cuatro periodos en el pensamiento de RADBRUCH, a saber, el periodo remoto (hasta 1923), el periodo temprano (hasta 1932), el periodo intermedio (de 1934 hasta el final de la guerra) y el periodo tardío (de 1945 a 1948). Véase, BOROWSKI, M., “Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho de Gustav Radbruch”, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, en König, José Luis Guzmán Dalbora (coords.), *Gustav Radbruch: Penalista, filósofo, humanista*, pp. 20-21.

entre realidad (*Wirklichkeit*) y valor (*Wert*).⁴⁸ El dualismo entre la realidad y el valor lleva a RADBRUCH a concebir el Derecho como un fenómeno cultural, que existe en todas las sociedades y que solamente puede comprenderse a través de su idea. De ahí que en un primer momento, RADBRUCH defina al Derecho de la manera siguiente: “[E]l derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho. El concepto de derecho está, pues, pre-dibujado en la idea del derecho. La idea del derecho no puede ser otra que la justicia”.⁴⁹

Esta expresión de RADBRUCH, afirma ALEXY, “conecta tres elementos: realidad, la idea del Derecho y el sentido”.⁵⁰ La realidad del Derecho y la idea y sentido del Derecho son otra forma de comprender la doble dimensión del Derecho. Pero hay más. Según RADBRUCH, el Derecho “erige, por su esencia, una pretensión de justicia (*Anspruch auf Gerechtigkeit*)”.⁵¹ Esta pretensión será erigida posteriormente por ALEXY⁵² e incluso por el filósofo latinoamericano Enrique DUSSEL.⁵³ Sin embargo, la idea del Derecho no se reduce meramente a la justicia. De acuerdo con CHIASSONI, la “reflexión iusfilosófica de RADBRUCH sobre el valor de la justicia lleva a RADBRUCH a delinear una concepción tripartita de la idea del derecho”.⁵⁴ Esto me lleva a exponer la famosa tríada de las antinomias de la idea del Derecho.

⁴⁸ RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, p. 8.

⁴⁹ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophische Tagesfragen...*, cit., p. 34.

⁵⁰ ALEXY, R., “Gustav Radbruch’s Concept of Law”, cit., p. 108.

⁵¹ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophische Tagesfragen...*, cit., pp. 25-26.

⁵² “El argumento de la corrección [...] [A]firma que tanto las normas aisladas y decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia clasificatoria. Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión, pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia cualificante”. ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 64.

⁵³ “Del que honestamente intenta cumplir esas condiciones se dice que tiene ‘pretensión’ de justicia. La palabra ‘pretensión’ indica, exactamente, que el que realiza una acción puede justificarla dando razones de haber intentado afirmar la vida, con el consenso del afectado, factiblemente. Los tres principios críticos son las condiciones de la ‘pretensión de justicia política”. DUSSEL, E., *20 tesis de política*, pp. 108 y 109.

⁵⁴ CHIASSONI, P., “Introduzione. Due enigmi per l’ispettore Paulson”, en Stanley L. Paulson, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, p. 19.

En el capítulo noveno de la *Filosofía del derecho*, RADBRUCH expone la concepción tripartita del Derecho. Esta concepción consta de la justicia (*Gerechtigkeit*), la adecuación conforme a fines (*Zweckmäßigkeit*) y la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*). La justicia la entiende RADBRUCH en esta obra en sentido formal, referida a la justicia como igualdad. La adecuación conforme a fines se refiere a objetos susceptibles de ser medidos con valores absolutos, a saber, valores individuales, valores colectivos y valores de las obras o de trabajo moral. Finalmente, la seguridad jurídica está referida a la positividad del Derecho, esto es, la validez del Derecho sin considerar si las normas o sus fines son justos. Estos elementos de la idea tripartita de RADBRUCH pueden llegar a colisionar. En caso de colisión, muchas veces se decide sobre la prioridad de uno de esos principios en cierto momento histórico. En algún momento la prioridad fue hacia la adecuación conforme a fines, en otro hacia la justicia y en el momento previo a la Segunda Guerra Mundial hacia la seguridad jurídica. Precisamente la seguridad jurídica es uno de los elementos necesarios del positivismo jurídico.

RADBRUCH reconoce que la filosofía del Derecho que estaba en boga en Alemania durante los momentos previos a la guerra era la teoría pura del Derecho. Si bien ya señalé antes que RADBRUCH no le respondió a KELSEN en 1916, en la *Filosofía del derecho* RADBRUCH realiza una dura crítica a la teoría pura del Derecho de KELSEN:

De igual modo, filosofía jurídica del derecho positivo, más que filosofía del derecho en absoluto, es la llamada teoría pura del derecho, una singular unión del positivismo jurídico con su aparentemente opuesta "teoría nomológica del deber ser", que en su inexorable desenmascaramiento de hipóstasis y ficciones parece aceptar de nuevo el viejo lema de un original filósofo de la escuela de Ludwig Feuerbach: como "una alta policía del saber" que deshace "todos los fantasmas jurídicos" para finalmente "aniquilarse a sí misma".⁵⁵

En esta crítica temprana a KELSEN, RADBRUCH deja entrever su crítica al positivismo jurídico. En esta obra RADBRUCH remarca en diversos capítulos la necesidad de comprender a la justicia como un elemento fundamental de la tríada de la idea del Derecho. Hay, sin duda, elementos relativistas en la obra de RADBRUCH, pero también hay una crítica temprana al positivismo jurídico y a la idea general de equiparar la *validez del Derecho* (*Geltung des Rechts*) con la fuerza (*Machttheorie*). Estas son, en síntesis, las ideas de RADBRUCH sobre el Derecho y la justicia en su obra de 1932. Pero antes de pasar a sus escritos de posguerra, es necesario

⁵⁵ RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophische Tagesfragen...*, cit., p. 32.

hacer una parada en la todavía dominante narrativa del mito de RADBRUCH como un positivista jurídico.

3.2. LA NARRATIVA TODAVÍA DOMINANTE Y SU DESMANTELAMIENTO. EL ETERNO MITO DE RADBRUCH COMO POSITIVISTA JURÍDICO

Aunque en las últimas décadas parece obvio afirmar, al menos en Alemania (ALEXY, BOROWSKI y NEUMANN), que RADBRUCH nunca fue positivista, o que su crítica al positivismo no es del todo correcta, lo cierto es que todavía en muchos países y tradiciones suele creerse que RADBRUCH fue un positivista que al final de la Segunda Guerra Mundial y sus horrores cambió de opinión y se convirtió en un defensor del Derecho natural. Esta es la tesis de la conversión de RADBRUCH.

La tesis de la conversión de RADBRUCH todavía se lee con frecuencia en muy diversas e importantes obras de la filosofía jurídica española, en las cuales puede leerse la idea de que antes de 1945, RADBRUCH era positivista.⁵⁶ Esta tesis de la conversión puede entenderse como una narrativa. En las ciencias sociales, las narraciones se utilizan con frecuencia como método y punto de partida para explicar coherentemente ciertas ideas de acuerdo con alguna explicación sistemática o cronológica. Esta exploración cronológica o sistemática pretende establecer una idea o visión teórica como válida o dominante. Hay ocasiones en las que algunas narrativas se vuelven incuestionables. En este sentido, la narrativa de un RADBRUCH positivista tiene una función muy específica: criticar al positivismo jurídico. Pensemos por un momento en el potencial crítico e incluso emocional de esta narrativa. Antes de la guerra, RADBRUCH era positivista y relativista. Dado que el Derecho es un producto cultural, cualquier contenido podía ser válido. Pero RADBRUCH, después de la guerra, sufrió una transformación radical. De positivista pasó a ser defensor del Derecho natural. De relativista se convirtió en universalista. De afirmar una concepción cultural del Derecho transitó a ser un defensor de principios morales que ni siquiera un escéptico convencido puede negar.

A estas alturas me resulta difícil imaginar otra narrativa que tenga más potencial que esta para desacreditar una teoría rival. Al fin y al cabo, esta narrativa pretende señalar a la teoría rival de ser cómplice de una de las peores tragedias de toda la historia. La crítica, además de categórica, apunta con el dedo de la moral. Pronto, esta narrativa se convirtió en un mito que, como cualquier otro, se hizo eterno. Cuestionar un mito, creído por tanta gente distinguida, es difícil.

⁵⁶ Véase, ATIENZA, M., *Curso de Argumentación jurídica*, p. 77.

Hasta que en diversos ensayos de PAULSON sobre RADBRUCH, escritos entre 1994 y 2015, esta narrativa dominante encontró una oposición minoritaria, pero finalmente argumentada. El rigor argumentativo de los ensayos de PAULSON sobre RADBRUCH me llevó a traducirlos en 2019 a nuestro idioma español.⁵⁷ PAULSON estudia con cautela estos momentos importantes del pensamiento de RADBRUCH, pero lo hace integrando otros elementos que nos permiten profundizar en la construcción teórica realizada por RADBRUCH. Estos elementos son varios. Por un lado, consisten en analizar en detalle los argumentos de la visión dominante, y confrontarla con los argumentos textuales de RADBRUCH, tanto de su tratado de 1932 como de sus escritos de posguerra.

En primer lugar, PAULSON analiza si hubo un cambio o una continuidad de su pensamiento a partir de un análisis exhaustivo de su obra, lo que le llevó a estudiar las lecciones que RADBRUCH pronunció en Kiel en el semestre de verano de 1919,⁵⁸ en las que asume una posición crítica hacia el positivismo jurídico. No se trata de una cuestión menor, pues si desde 1919 RADBRUCH había criticado al positivismo jurídico en varias ocasiones y lo equiparó a una ideología del poder, entonces la narrativa dominante tendría problemas para argumentar que el propio RADBRUCH era un positivista en todos los sentidos. La discusión de PAULSON sobre las críticas tempranas de RADBRUCH al positivismo jurídico permite cuestionar a quienes afirman que RADBRUCH era un defensor del positivismo jurídico.

En segundo lugar, y vinculado a esto, está la cuestión de la crítica de lo que RADBRUCH entiende por positivismo jurídico. Este punto del pensamiento jurídico de RADBRUCH no debe pasarse por alto, ya que es crucial para determinar si la crítica de RADBRUCH al positivismo jurídico es correcta. Como señala Martin BOROWSKI, durante toda su carrera RADBRUCH criticó el positivismo jurídico, aunque esta crítica “se basaba, sin embargo, en una comprensión del positivismo jurídico como positivismo legal (*Gesetzespositivismus*) o como naturalismo, dos movimientos familiares dentro del positivismo en el debate alemán de la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, esta crítica no es especialmente reveladora en el contexto de la concepción moderna del ‘positivismo jurídico’ como

⁵⁷ Véase, PAULSON, S.L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, traducción de Alejandro Nava Tovar.

⁵⁸ PAULSON, S.L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch...*, cit., pp. 123-133. La obra de RADBRUCH a la que hace referencia PAULSON es la siguiente: RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophische Tagesfragen. Vorlesungsmanuskript: Kiel, Sommersemester 1919*.

tesis de la separación”.⁵⁹ PAULSON, en su libro, también argumenta en contra de la concepción de RADBRUCH del positivismo jurídico como positivismo legalista, que también puede verse en la crítica de Lon FULLER al positivismo jurídico, a saber, la tesis de la exoneración.⁶⁰

En tercer lugar, y este es un argumento muy importante para comprender el legado de RADBRUCH para la filosofía del Derecho, está la confesión de RADBRUCH como un positivista jurídico y la respuesta a este enigma. PAULSON busca dar respuesta al enigma creado por el propio RADBRUCH, quien en sus escritos de posguerra se refería a sí mismo como un positivista, quien, después de ver con sus ojos la injusticia extrema, hizo la conversión a un no positivismo jurídico. PAULSON ofrece la respuesta siguiente:

Para ello vuelvo de nuevo a la pregunta planteada inicialmente: si Radbruch nunca fue un positivista, entonces, ¿por qué Radbruch mismo afirmaba que fue un positivista? Puede plantearse una solución a este enigma si se consideran aspectos histórico-contemporáneos y biográficos. Después de la Segunda Guerra Mundial, Radbruch llevó a cabo un programa político-pedagógico. Él quería convencer a sus compatriotas de empezar de nuevo, y esto era válido para el gremio de los juristas. Esto puede verse con claridad en las siguientes declaraciones en “Cinco minutos de filosofía del derecho”:

Cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando los derechos humanos son arbitrariamente negados, entonces tales leyes carecen de validez, entonces el pueblo no está obligado a obedecerlas y los juristas deben encontrar la valentía para negarles el carácter de derecho.

RADBRUCH habló en 1947 como uno de estos juristas que tenían que encontrar el valor, pero que no lo tuvieron. Si RADBRUCH hubiese apuntado su dedo hacia otros como si fuese inocente y con valentía, su programa político-pedagógico habría sido acaso menos exitoso. RADBRUCH pudo haber reconocido esto y por tanto esta pudo haber sido la razón para incluirse después de modo contrafáctico en el ámbito de los juristas positivistas-legalistas en los años posteriores.⁶¹

⁵⁹ BOROWSKI, M., “Gustav Radbruch’s Critique of Legal Positivism”, en Torben Spaak y Patricia Min dus, (eds.), *The Cambridge Companion...*, cit., p. 646.

⁶⁰ PAULSON, S.L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch...*, cit., pp. 53-100.

⁶¹ PAULSON, S.L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch...*, cit., p. 194.

Esta pretensión de llevar a cabo un programa político-pedagógico fue la razón por la cual RADBRUCH se autodenominó positivista y a partir de ahí todavía se repite el mito del positivismo jurídico de RADBRUCH, un mito tan extendido como el de la "pirámide" kelseniana. Lo cierto es que este "síndrome de culpa del superviviente"⁶² que sufrió RADBRUCH no está libre de problemas. CHIASSONI señala, con certeza, que la defensa de la tesis de la exoneración podría terminar por conceder la exoneración por el pasado a cualquier esbirro de un dictador, es decir, una especie de huida "positivista" de sus responsabilidades.⁶³ No obstante, estos argumentos son suficientes para señalar que RADBRUCH no fue un positivista jurídico. Así, este mito puede considerarse superado.

3.3. LOS ESCRITOS DE POSGUERRA

El pensamiento jurídico de RADBRUCH no solo tiene importancia teórica, sino también práctica. En un ensayo sobre la filosofía jurídica alemana contemporánea afirmé que "en los años que siguieron al colapso del nacionalsocialismo, la filosofía jurídica en Alemania experimentó una profunda transformación reflexiva. De hecho, parte de la literatura relativa a la 'filosofía jurídica después de 1945' ofrece una visión de conjunto de esta brusca ruptura".⁶⁴ Esta ruptura produjo un cambio fundamental en Alemania, hasta tal punto que, a diferencia de otras tradiciones, hoy en día en ese país quedan pocos positivistas entre los juristas. Los escritos de posguerra de RADBRUCH son parte importante de este cambio.

La filosofía del Derecho de RADBRUCH, posterior a 1945, suele verse como un pensamiento de corte neokantiano que hizo una transformación del relativismo al universalismo moral después de 1945, año en que termina la Segunda Guerra Mundial y aparecen sus escritos de posguerra. De estos ensayos los más conocidos son "Cinco minutos de filosofía del derecho" y "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", el cual contiene la llamada "fórmula de Radbruch" (*Radbrusche Formel*), expresión que permite que los defectos morales de las normas se vuelvan defectos jurídicos, negándoles así validez a las normas y autorizando con ello a las personas juezas y a la sociedad misma a resistir al Derecho pervertido. Para fines de este ensayo transcribiré partes de los minu-

⁶² BOROWSKI, M., "Gustav Radbruch's Critique...", *cit.*, p. 647.

⁶³ CHIASSONI, P., "Introduzione. Due enigmi...", *cit.*, p. 44.

⁶⁴ NAVA, A., "Contemporary German Non-Positivism. Robert Alexy and the Rehabilitation of Moral Correctness", en Martin Borowski (ed.), *Modern German Non-Positivism. From Radbruch to Alexy*, p. 129.

tos uno, dos y tres, y posteriormente explicaré algunas tesis relevantes para la filosofía del Derecho.

Primer minuto: “una orden es una orden”, se le dice al soldado. “La ley es la ley”, dice el jurista. Mientras que para el soldado el deber y el derecho de obediencia cesan cuando él sabe que la orden persigue un crimen o un delito, el jurista, desde que el último de los teóricos del Derecho natural falleció, no reconoce excepciones a la validez de la ley o al deber de obediencia por parte de todos aquellos sujetos a ella. La ley es válida porque es una ley y es una ley si en la mayoría de los casos tiene la fuerza para ser establecida.⁶⁵

De este fragmento extraigo la *tesis de la indefensión*. RADBRUCH considera que el positivismo jurídico, al no establecer márgenes morales al Derecho, deja a los juristas indefensos ante leyes criminales. La fuerza y no el deber ser, es la que impone la obediencia al Derecho. Por lo tanto, la fuerza de la ley es suficiente para ser obedecida, sin mediar excepción alguna. Es por esta razón que RADBRUCH rechaza al positivismo jurídico, si bien es criticable el argumento de RADBRUCH de que el positivismo jurídico justifique obedecer al Derecho, pues, en el caso del positivismo kelseniano, sería poco factible justificar tal obediencia al Derecho.

Tercer minuto: cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando los derechos humanos son arbitrariamente negados, entonces tales leyes carecen de validez, entonces el pueblo no está obligado a obedecerlas y los juristas deben encontrar la valentía para negarles el carácter de derecho.⁶⁶

De este fragmento extraigo la *tesis de la obligación de la desobediencia*. RADBRUCH estima que si las leyes niegan la voluntad de justicia, poniendo como ejemplo la negación de los derechos humanos, entonces el pueblo puede desobedecerlas. Esta desobediencia no es una cuestión meramente *moral*, sino una cuestión *jurídica*, y por tanto los juristas deben negarle la validez jurídica a las leyes injustas. Este tema vincula las ideas de RADBRUCH al

⁶⁵ RADBRUCH, G., “Cinco minutos de filosofía del derecho”, traducción de Alejandro Nava Tovar, en S.L., Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, p. 209.

⁶⁶ RADBRUCH, “Cinco minutos de filosofía...”, *cit.*, p. 210.

llamado derecho de resistencia y a la desobediencia civil, algo sobre lo que me he ocupado en un ensayo reciente.⁶⁷

Quinto minuto: por ello existen principios fundamentales de Derecho que son más fuertes que toda disposición jurídica, de modo tal que una ley que los contradiga carecerá de validez. Estos principios fundamentales son conocidos como Derecho natural o Derecho racional. Es cierto que los detalles de estos principios están llenos de dudas, pero el trabajo de los siglos ha establecido un núcleo sólido en ellos y han sido acogidos en las llamadas declaraciones de los derechos humanos y del ciudadano con un consenso tan grande que solo un escéptico dogmático podría plantear todavía dudas respecto a algunos de ellos.⁶⁸

Finalmente, de este fragmento extraigo *la tesis de los principios fundamentales*. Según RADBRUCH, existen principios fundamentales de Derecho a los que toda ley debe subordinarse. Ante las dudas que puedan surgir sobre estos principios, RADBRUCH pone como ejemplo a los derechos humanos, los cuales solamente podrían ser puestos en duda por un escéptico dogmático. Es cierto que puede debatirse sobre el contenido y alcance de los derechos humanos, pero existe un núcleo mínimo que es universalmente aceptado. Pienso, por ejemplo, en el principio de presunción de inocencia o el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Cualquier crítico de la cultura occidental defendería el principio de presunción de inocencia acusado y una feminista decolonial no sostendrá que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia es un derecho inválido por haber sido formulado por teóricas occidentales, y menos en el actual contexto de violencia hacia las mujeres.

Estas reflexiones preparan el camino para el siguiente ensayo, en el cual la resistencia al Derecho extremadamente injusto está justificada en nombre de la justicia, pues si la seguridad jurídica llega a una contradicción tan grande con la justicia, entonces pierde su naturaleza jurídica. Una vez más, el defecto moral de una ley cruel, inhumana, se vuelve un defecto jurídico. Extraigo a continuación el fragmento clave de "Arbitrariedad legal y derecho supralegal":

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se resolvió con la primacía del Derecho positivo sancionado, aun cuando por su contenido sea injusto e

⁶⁷ Véase, NAVA, A., "Derecho de resistencia y desobediencia al orden jurídico", en Pablo Lazo Briones (coord.), *Anarquía, resistencia y subversión. Debates contemporáneos*, pp. 99-122.

⁶⁸ RADBRUCH, G., "Cinco minutos de filosofía...", *cit.*, p. 211.

inadecuado para beneficiar al pueblo, hasta que la contradicción entre la seguridad jurídica y la justicia alcance una medida tan intolerable que el Derecho, en tanto “Derecho injusto”, deba ceder a la justicia. Es imposible trazar una línea nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de contenido incorrecto; no obstante, otro límite puede distinguirse con mayor claridad: donde no hay siquiera una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra el núcleo de la justicia, fue negada conscientemente en beneficio de la regulación del Derecho, allí la ley no es solo “Derecho incorrecto”, sino que carece por completo de la naturaleza del Derecho.⁶⁹

Este párrafo contiene en su interior el núcleo de la *fórmula de Radbruch*, la cual tiene un significado tanto teórico y práctico en términos jurídicos para resistir al Derecho extremadamente injusto negándole su validez. En realidad, esta fórmula se compone de dos subfórmulas distintas, a saber, la *fórmula de la intolerabilidad* (*Unerträglichkeitsformel*), referida al grado objetivo de injusticia, y la *fórmula de la negación* (*Verleugnungsformel*), referida a las intenciones subjetivas del legislador.⁷⁰ Esta fórmula, en su expresión más corta, afirma lo siguiente: la injusticia extrema no es Derecho.⁷¹

Esta fórmula, que no fue creada por RADBRUCH mismo, está referida a casos extremos de injusticia legal en los cuales la *seguridad jurídica* (*Rechtssicherheit*) cede frente a la *justicia* (*Gerechtigkeit*), es decir, cuando el sistema jurídico niega o contradice la necesaria pretensión de justicia del Derecho, entonces el Derecho pierde su naturaleza legal. El uso de esta fórmula no está libre de problemas. El significado de lo “extremo” no es fácil de definir, pues ¿cuál es el umbral que distingue entre lo injusto y lo extremadamente injusto? La apelación a los derechos humanos puede ser de ayuda, pero de nuevo, se presentaría el problema de distinguir entre una violación a los derechos humanos y una violación extrema a los derechos humanos.⁷² De la misma manera, el reconocimiento institucional de la injusticia extrema, aun teniendo

⁶⁹ RADBRUCH, G., “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, traducción de Alejandro Nava Tovar, en S.L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, p. 220.

⁷⁰ Sobre ambas fórmulas, véase, PAULSON, S.L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch...*, cit., pp. 140 y 141, y MONEREO PÉREZ, J. L., *El derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, pp. 172-173; BOROWSKI, M., “Gustav Radbruch’s Critique...”, cit., pp. 630-635.

⁷¹ ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, p. 4.

⁷² Para un análisis más detallado del significado de lo extremo y su relación con las escalas en el Derecho, la teoría principalista de ALEXY y el problema del conocimiento, véase, GOMES TRIVISSONO, A. T., “Der Begriff des extremen Unrechts und der subinklusive Nichtpositivismus”, en M. Borowski (ed.), *Modern German Non-Positivism...*, cit., pp. 156-166.

una definición de lo que constituye lo “extremo”, tampoco es fácil. La injusticia extrema del régimen nazi no fue reconocida de inmediato por las autoridades y la sociedad. Este tipo de reflexiones sobre las leyes extremadamente injustas “tomó tiempo y un cambio político radical para que se pudiera tener en cuenta la injusticia extrema de este decreto”.⁷³

Pero no solamente se trata de dejar de reconocer el carácter legal o autoritativo de ciertas leyes o instituciones, sino que esta fórmula “reconoce como jurídicamente justificada la resistencia contra ellas”.⁷⁴ El Derecho nazi constituyó un ejemplo brutal de perversión del Derecho en contra de su propio pueblo y los demás. Por esta razón, RADBRUCH buscó estándares universales en su pensamiento y se alejó del relativismo moral ante casos extremos de injusticia. RADBRUCH vio en los derechos humanos un estándar universal mínimo y justificable para negar cualquier contenido como Derecho y así resistir a los abusos de poder, un estándar que ni siquiera un crítico de la razón occidental podría negar, pues ninguna posición relativista, decolonial o escéptica podría justificar el asesinato masivo de personas con tal de mostrar su disidencia ante el “colonialismo occidental”.

Es cierto que RADBRUCH pensaba en el régimen nazi al referirse al problema de la injusticia extrema, pero esta reflexión es válida más allá de esta noción. El problema de la injusticia extrema es un problema universal, en el cual diversas leyes, decisiones judiciales y actos de autoridad violan los derechos humanos de personas y grupos. Leyes discriminatorias contra las mujeres, decisiones judiciales que condenan a personas inocentes y bombardeos que, en nombre del combate al terrorismo, terminan en la muerte de civiles constituyen ejemplos de injusticias extremas. No le faltaba razón a Walter BENJAMIN al vincular al Derecho con la violencia, ya sea instauradora o conservadora del poder político.⁷⁵ Es por esta razón que cuando la sociedad protesta de muy diversas formas contra este tipo de leyes, decisiones judiciales y actos de autoridad, se les invoque o no, las reflexiones de RADBRUCH estarán presentes, pues, en el fondo, se trata también acerca de un problema sobre la naturaleza del Derecho y de su relación con la sociedad. Si esto es correcto, entonces vale la pena pensar con

⁷³ AGUIAR DE OLIVEIRA, J., “El derecho y la injusticia extrema”, traducción de Alejandro Nava Tovar, *Revista del Posgrado de la Facultad de derecho de la UNAM*, agosto de 2019, p. 243.

⁷⁴ DREIER, R., *Derecho y justicia*, p. 38.

⁷⁵ BENJAMIN, W., “Zur Kritik der Gewalt [Para una crítica de la violencia]’ (1920/21)”, traducción de Pablo Oyarzún R., en Gustavo Leyva (ed.), *Walter Benjamin. Hacia la crítica de la violencia*, p. 669.

RADBRUCH el estado actual de las leyes, decisiones judiciales y actos de autoridad injustos y extremadamente injustos, en tanto constituyen violaciones de derechos humanos. Por estas y otras razones puede decirse que fue un gran jurista e intelectual público que merece ser leído más allá de las lecturas tradicionales en torno a su pensamiento jurídico.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Con el paso del tiempo, diversas teorías y pensadores suelen perder vigencia. Esto es cierto en muchos casos, pero no en el de KELSEN y RADBRUCH. KELSEN es y seguirá siendo un clásico de la teoría y filosofía del Derecho. A pesar de los diversos cambios en su obra y de la multiplicidad de interpretaciones de sus seguidores y críticos, siempre será una referencia en los estudios en Derecho. En 2021 salió en idioma alemán la biografía de OLECHOWSKI sobre KELSEN, y su futura traducción a cargo de Gonzalo VILLA-ROSAS seguramente revitalizará los estudios sobre la vida y obra de este jurista. De la misma manera, en algún momento PAULSON terminará su obra sobre la filosofía del Derecho de KELSEN, la cual tendrá con toda seguridad una inmediata y destacada recepción en el mundo anglosajón, y esto repercutirá en el mundo latino, sobre todo entre las nuevas generaciones interesadas en la filosofía del Derecho. En México, KELSEN siempre ha sido un autor fundamental. Desde su visita a México hemos tenido, en palabras de Imer B. FLORES, cinco visiones de KELSEN, a saber: 1) la de “los anti-kelsenianos”; 2) la de “los kelsenianos”; 3) la de “los discípulos críticos”; 4) la de “los seudokelsenianos”; y 5) la de “los otros”.⁷⁶

Con respecto a RADBRUCH, puede decirse que su impacto es evidentemente menor, pero no por ello irrelevante. Mientras que en idioma alemán hay obras que retoman el pensamiento de RADBRUCH,⁷⁷ en otros idiomas pueden encontrarse trabajos igualmente interesantes. Recientemente, en idioma castellano han salido obras de José MONEREO⁷⁸ y Ulfrid NEUMANN,⁷⁹ así como una obra editada por José Luis GUZMÁN DALBORA y Peter KÖNIG,⁸⁰ mientras que en idioma

⁷⁶ FLORES, I. B., “Una visita a Hans Kelsen...”, *cit.*, p. 85.

⁷⁷ Véase, BOROWSKI, M. y S.L. PAULSON (coords.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*; BOROWSKI, M. (ed.), *Modern German Non-Positivism...*, *cit.*; NEUMANN, Ulfrid, *Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit Beiträge zum Rechtsdenken Gustav Radbruchs (1878-1949)*.

⁷⁸ MONEREO Pérez, J.S., *El derecho en la democracia constitucional...*, *cit.*

⁷⁹ NEUMANN, U., *Filosofía del derecho ante el espejo del tiempo...*, *cit.*

⁸⁰ KÖNIG, P. y GUZMÁN DALBORA, J.L. (coords.), *Gustav Radbruch: Penalista, filósofo...*, *cit.*

italiano se han publicado dos obras de notoria relevancia: por una parte, la *Filosofía del derecho* fue traducida por Gaetano CARLIZZI y Vincenzo OMAGGIO;⁸¹ por otra parte, el libro de PAULSON sobre RADBRUCH que tradujo fue cuidadosamente traducido por Alessio SARDO y cuenta con un detallado prólogo de Pierluigi CHIASSONI,⁸² quien, a partir de las tesis contrapuestas de CARLIZZI y PAULSON, analiza la cuestión de si RADBRUCH fue un positivista o no positivista y plantea dos enigmas para el “inspector PAULSON”. De este modo puede verse que hay una exploración vigente de la filosofía de RADBRUCH en diversos frentes e idiomas.

Así, todavía hay mucho que puede explorarse en la obra de ambos filósofos del Derecho. Sus presuposiciones jurídicas y filosóficas todavía sirven para profundizar en muchos de los grandes problemas de la filosofía del Derecho, tales como el fundamento del Derecho, la posibilidad o el respectivo rechazo de la comprensión del Derecho desde el punto de vista normativo, la objetividad en el Derecho y la relación del Derecho con la justicia. De ambos filósofos del Derecho pueden extraerse importantes lecciones, independientemente de si se asumen dichas presuposiciones. De hecho, quien tenga interés en la filosofía del Derecho puede tomar en consideración diversos postulados de KELSEN y RADBRUCH. Quien pretenda estudiar al Derecho como una ciencia social objetiva y criticar los usos ideológicos del Derecho, encontrará en KELSEN a un aliado importante. Del mismo modo, quien pretenda estudiar al Derecho como un conjunto de valores universales y criticar a la injusticia extrema provocada por el Derecho, encontrará en RADBRUCH a un aliado igual de importante. Habrá quienes, motivados por ambos ideales de objetividad y justicia, intenten reconciliar las pretensiones de KELSEN y RADBRUCH, y habrá quienes encontrarán en ambos proyectos una genuina oposición e irreconciliable. *Tertium non datur*.

Al llegar al final de este ensayo reflexiono sobre la importancia de RADBRUCH y KELSEN en mi forma de ver a la filosofía del Derecho. Ciertamente, no soy el único ni el último que destaca la importancia de ambos. Alejándome de los fanatismos teóricos a ciertas escuelas, filósofos del Derecho y corrientes de pensamiento, que suelen presentarse en el campo académico, considero que vale la pena seguir reflexionando con ambos en torno a la idea del Derecho. De ambos he aprendido el valor de la objetividad y el rigor de quien desea darle al Derecho bases sólidas, pero también de la necesidad y dificultad de fundamentar las evaluaciones morales en el Derecho. Es cierto que la filosofía del Derecho se ha vuelto más compleja y que necesitamos de más elementos

⁸¹ RADBRUCH, G., *Filosofía del diritto*.

⁸² PAULSON, S.L., *La filosofía del diritto di Gustav Radbruch*.

filosófico-jurídicos para comprender la relación entre el Derecho y la justicia, pero no es posible hacer este tránsito si dejamos de lado sus reflexiones. El Derecho como institución social seguirá ahí, y la pretensión de estudiarlo con igual rigurosidad y sensibilidad es igual de urgente que en los tiempos de ambos. Como lo señalé, existen clásicos de las ciencias sociales que con el paso del tiempo dejan de tener importancia, pero este no es el caso de KELSEN y RADBRUCH. Incluso, en estos años parece que son el complemento ideal el uno del otro. Por esta razón, lejos de decretar la despedida de KELSEN y RADBRUCH, como alguna vez lo hizo Ulrich KLUG respecto a KANT y HEGEL,⁸³ es momento de reconocer su importancia y releerles, una y otra vez más.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DE OLIVEIRA, J., "El derecho y la injusticia extrema", traducción de Alejandro Nava Tovar, en *Revista del Posgrado de la Facultad de derecho de la UNAM*, agosto de 2019, pp. 229-252.
- ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber Verlag, Friburgo/Múnich, 1992.
- ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Hamburgo, 1993.
- ALEXY, R., "Gustav Radbruch's Concept of Law", en *Law's Ideal Dimension*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- ATIENZA, M., *Curso de Argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- BENJAMIN, W., "'Zur Kritik der Gewalt [Para una crítica de la violencia]' (1920/21)", traducción de Pablo Oyarzún R., en Gustavo Leyva (ed.), *Walter Benjamin. Hacia la crítica de la violencia*, Ciudad de México.
- BOROWSKI, M. y S. L. PAULSON (coords.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015.
- BOROWSKI, M., "Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho de Gustav Radbruch", traducción de José Luis Guzmán Dalbora, en König, P. Y José Luis Guzmán Dalbora (coords.), *Gustav Radbruch: Penalista, filósofo, humanista*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019.
- BOROWSKI, M. (coord.), *Modern German Non-Positivism. From Radbruch to Alexy*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2020.

⁸³ Véase, KLUG, U., "Abschied von Kant und Hegel", en Jürgen Baumann (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, pp. 36-41.

El Derecho y la injusticia extrema en Hans Kelsen y Gustav Radbruch

- BOROWSKI, M., "Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism", en Torben Spaak y Patricia Mindus, (eds.), *The Cambridge Companion to legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- BULYGIN, E., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- CHIASSONI, P., *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*, Pa-lestra, Lima, 2017.
- CHIASSONI, P., "Cuatro etapas en la epistemología jurídica de Hans Kelsen", en Carlos Bernal y Marcelo Porciuncula (eds.), *Kelsen para erizos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.
- CHIASSONI, P., "Introduzione. Due enigmi per l'ispettore Paulson", en Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho di Gustav Radbruch (a cura di Nicoletta Bersier Ladavac, Pierluigi Chiassoni e Alessio Sardo)*, Mimesis, Milán, 2023.
- DILTHEY, W., *Der Aufbau der Geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1970.
- DREIER, R., *Derecho y justicia*, traducción de Oswaldo Quijano, Temis, Bogotá, 2018.
- DUSSEL, E., *20 Tesis de política*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2006.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FLORES, I. B., "Una visita a Hans Kelsen en México", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 53-94.
- GOMES TRIVISSONO, A. T., "Der Begriff des extremen Unrechts und der subinklusive Nichtpositivismus", en Martin Borowski (ed.), *Modern German Non-Positivism. From Radbruch to Alexy*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020.
- GOMES TRIVISSONO, A. T., "On the continuity of the doctrine of the basic norm in Kelsen's Pure Theory of Law", *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*, Vol. 12, 2021 - Issue 3, pp. 321-346.
- GUASTINI, R., "The Italian Tradition of Legal Positivism", en Torben Spaak y Patricia Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- HALDEMANN, F., "Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law", *Ratio Juris*, Vol. 18, No. 2, June 2005, pp. 162-78.
- HART, H. L. A., "Kelsen Visited", *UCLA Law Review*, 10, 1962/1963, pp. 709-728.
- HÖSLE, V., *A Short History of German Philosophy*, Princeton University Press, Princeton, 2017.
- JAY, M., *Reason after Its Eclipse. On Late Critical Theory*, University of Wisconsin Press, Wisconsin, 2016.

- JESTAEDT, M., "Validez del sistema y validez en el sistema. ¿Para qué se necesita la norma fundamental y para qué no?", en Carlos Bernal y Marcelo Porciuncula (eds.), *Kelsen para arizos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.
- KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, Piper, Múnich, 1987.
- KAUFMANN, A., *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, Múnich, 1997.
- KELSEN, H., "Die Rechtswissenschaft als Norm - oder als Kulturwissenschaft", en *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 40, 1916, pp. 1181-1239 (cuaderno 3), pp. 95-151.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Studiaausgabe der 1. Auflage 1934, edición de M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008.
- KELSEN, H., *Was ist Gerechtigkeit?*, Reclam, Stuttgart, 2016.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Studiaausgabe der 2. Auflage 1960, edición de M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübinga, 2017.
- KIRSTE, S., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, WBG, Darmstadt, 2010.
- KIRSTE, S., "The German Tradition of Legal Philosophy", en Torben Spaak y Patricia Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- KLUG, U., "Abschied von Kant und Hegel", en Jürgen Baumann (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Fischer-Bücherei, Fráncfort del Meno/Hamburgo, 1968.
- KÖNIG, P. y J. L. GUZMÁN DALBORA (coords.), *Gustav Radbruch: Penalista, filósofo, humanista*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019.
- KOYRÉ, A., *Del mundo cerrado al universo infinito*, Siglo XXI, Ciudad de México, 1979.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *El derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, El Viejo Topo, Barcelona, 2020.
- NAVA, A., "Contemporary German Non-Positivism. Robert Alexy and the Rehabilitation of Moral Correctness", en Martin Borowski (ed.), *Modern German Non-Positivism. From Radbruch to Alexy*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020.
- NAVA, A., "Karl Marx y el problema de la existencia del Estado. La crítica de Hans Kelsen a algunas ideas de Marx sobre el Estado", en Gustavo Leyva, Jorge Rendón y Sergio Pérez (eds.), *Karl Marx: El Hombre, el Revolucionario y el Teórico – II. Recepción, conexiones, desdoblamientos auto(crítica)*, UAM Iztapalapa/Anthropos/Siglo XXI Editores, Ciudad de México, 2021.

- NAVA, A., "Derecho de resistencia y desobediencia al orden jurídico", en Pablo Lazo Briones (coord.), *Anarquía, resistencia y subversión. Debates contemporáneos*, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2023.
- NEUMANN, U., *Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit. Beiträge zum Rechtsdenken Gustav Radbruchs (1878-1949)*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021.
- NEUMANN, U., *El derecho como estructura y argumentación. Contribuciones a la teoría del derecho y la filosofía de la ciencia jurídica*, edición de Jorge Fernando Perdomo Torres y Luis Eduardo Montealegre Lynett, tirant lo blanch, Bogotá, 2022.
- NEUMANN, U., *Filosofía del derecho ante el espejo del tiempo. Contribuciones sobre el pensamiento de Gustav Radbruch (1878-1949)*, edición de Carmen Eloísa Ruíz López, Harmut Rank y Luis Felipe Vergara Peña, traducción de Luis Felipe Vergara Peña, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2022.
- OLECHOWSKI, T., *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020.
- PAULSON, S.L., "La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica", en Jan-Reinhard Sieckmann y Laura Clérico, *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- PAULSON, S.L., "A 'Justified Normativity' Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz", en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- PAULSON, S.L., "Una periodización de la teoría jurídica de Hans Kelsen. Tres fases", traducción de Alejandro Nava Tovar, *Revista Cubana de Derecho*, Vol. 1, No. 2, julio-diciembre, 2022, pp. 53-86.
- PAULSON, S.L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, traducción de Alejandro Nava Tovar, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- PAULSON, S.L., "La idea misma del positivismo jurídico", traducción de Francisco M. Mora Sifuentes, *Revista derecho del Estado*, 45 (diciembre 2019), pp. 29-53.
- PAULSON, S.L., *La filosofía del diritto di Gustav Radbruch*. A cura di Nicoletta Bersier Ladavac, Pierluigi Chiassoni e Alessio Sardo, Mimesis, Milán, 2023.
- POSTEMA, G. J., "The British Tradition of Legal Philosophy", en Torben Spaak y Patricia Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- RADBRUCH, G., *Lyrisches Lebensgeleite. Von Eichendorff bis Rilke*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1958.

- RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 2a ed., edición de Stanley L. Paulson y Ralf Dreier, C. F. Müller, Heidelberg, 2003.
- RADBRUCH, G., *Caricaturas de la justicia. Litografías de Honoré Daumier*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophische Tagesfragen. Vorlesungsmanuskript: Kiel, Sommersemester 1919*, Nomos, Baden-Baden, 2004.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2005.
- RADBRUCH, G., "Cinco minutos de filosofía del derecho", traducción de Alejandro Nava Tovar, en Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- RADBRUCH, G., "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", traducción de Alejandro Nava Tovar, en Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del diritto*, traducción de Gaetano Carlizzi y Vincenzo Omaggio, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2021.
- VON DER PFORDTEN, D., *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, Múnich, 2013.
- ZHAO, J., *Die Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs unter dem Einfluss von Emil Lask: Eine Studie zur neukantianischen Begründung des Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

Recibido: 1/12/2023

Aprobado: 3/2/2024