

STANLEY L. PAULSON

LA FILOSOFÍA
DEL DERECHO DE
GUSTAV RADBRUCH

Y tres ensayos de posguerra
de Gustav Radbruch

Traducción e introducción crítica de
Alejandro Nava Tovar

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN CRÍTICA: EL REGRESO DE GUSTAV RADBRUCH , por <i>Alejandro Nava Tovar</i>	13
1. INTRODUCCIÓN	13
2. EL NO-POSITIVISMO DE ALEXY Y EL RETORNO DE RADBRUCH	14
3. ORÍGENES DE ESTA TRADUCCIÓN: EL SALÓN KANTOROWICZ	18
4. LA IMPORTANCIA DE LOS ENSAYOS DE PAULSON	19
5. LOS ESCRITOS DE POSGUERRA DE RADBRUCH	23
6. CONCLUSIONES	25
7. ADENDA BIBLIOGRÁFICA SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE GUSTAV RADBRUCH.....	27
7.1. Obras completas de Gustav Radbruch	27
7.2. Obras de Gustav Radbruch traducidas al español.....	28
7.3. Bibliografía del estudio introductorio	30
PRÓLOGO , por <i>Stanley L. Paulson</i>	33
ENSAYOS DE STANLEY L. PAULSON	
CAPÍTULO I. BIOGRAFÍA DE GUSTAV RADBRUCH	41
BIBLIOGRAFÍA	49

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO II. LON L. FULLER, GUSTAV RADBRUCH Y LAS TESIS «POSITIVISTAS»	53
1. INTRODUCCIÓN	53
2. LAS TESIS «POSITIVISTAS».....	63
3. RADBRUCH SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA TESIS DE LA EXONERACIÓN	65
3.1. La visión estrecha y restrictiva: el positivismo jurídico legalista	66
3.2. La visión amplia y abierta: el positivismo jurídico abierto ...	70
3.3. Reflexiones generales sobre la exoneración de Radbruch...	74
4. FULLER SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA TESIS CAUSAL.....	78
4.1. El estatus de los positivistas de Weimar	80
4.2. El debate en Weimar sobre el control de constitucionalidad	84
4.3. La práctica jurídica de Weimar: cortes conservadoras	88
4.4. Reflexiones sobre la tesis causal de Fuller.....	89
5. OBSERVACIONES FINALES: APOLOGISTAS ALEMANES.....	91
BIBLIOGRAFÍA	94
CAPÍTULO III. GUSTAV RADBRUCH EN TORNO A LAS LEYES INJUSTAS: ¿QUÉ TAN CONTRAPUESTAS RESULTAN SUS POSTURAS PREVIAS Y POSTERIORES? ...	101
1. INTRODUCCIÓN	101
2. LA TESIS DE LA UNIDAD	108
BIBLIOGRAFÍA	118
CAPÍTULO IV. LA ACTUALIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE GUSTAV RADBRUCH	123
BIBLIOGRAFÍA	131

CAPÍTULO V. EL TRASFONDO Y SIGNIFICADO DE LOS ESCRITOS DE POSGUERRA DE GUSTAV RADBRUCH.	135
1. INTRODUCCIÓN	135
2. LA FÓRMULA DE RADBRUCH	139
3. EL NEOKANTISMO DE RADBRUCH.....	144
4. LA CUESTIÓN HISTÓRICA	148
5. CONCLUSIONES	156
BIBLIOGRAFÍA	159
CAPÍTULO VI. SOBRE LA CONTINUIDAD DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA NO-POSITIVISTA DE GUSTAV RADBRUCH	163
1. INTRODUCCIÓN	163
2. SOBRE LAS VARIANTES COMUNES DE POSITIVISMO JURÍDICO	168
3. LA CRÍTICA DE RADBRUCH AL POSITIVISMO JURÍDICO COMO NATURALISMO	170
3.1. Pruebas textuales de la crítica de Radbruch.....	171
3.2. El desarrollo ulterior de la argumentación de Radbruch .	176
4. LA CRÍTICA DE RADBRUCH AL POSITIVISMO KELSENIANO.....	178
5. LA CRÍTICA DE RADBRUCH AL POSITIVISMO LEGALISTA Y SU RESPECTIVA CARACTERIZACIÓN	181
5.1. La «fuerza de expansión lógica» del derecho de Bergbohm	183
5.2. El dogma de la identidad de los defensores del movimiento del derecho libre.....	185
5.3. El dogma de la identidad como criterio del positivismo legalista radical	187
5.4. Categóricamente imposible: Radbruch como positivista legalista radical	190
6. EL ENIGMA PERSISTENTE.....	192
AGREGADO: SOBRE EL NEOKANTISMO DE RADBRUCH ...	194
BIBLIOGRAFÍA	199

ENSAYOS DE POSGUERRA DE GUSTAV RADBRUCH

CAPÍTULO VII. CINCO MINUTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	209
CAPITULO VIII. ARBITRARIEDAD LEGAL Y DERECHO SUPRALEGAL	213
CAPÍTULO IX. LEY Y DERECHO	227

INTRODUCCIÓN CRÍTICA

EL REGRESO DE GUSTAV RADBRUCH

Alejandro NAVA TOVAR*

1. INTRODUCCIÓN

En 1865, Otto LIEBMANN anunciaba la necesidad de volver a KANT y lo hacía de una peculiar forma. Al final de cada capítulo de la obra *KANT und die Epigonen*¹ escribía la frase «*Also muss auf KANT zurückgegangen werden*», es decir, «Tenemos, pues, que volver a KANT». La presente obra en torno a la filosofía jurídica de Gustav RADBRUCH, filósofo, jurista y socialdemócrata alemán, cuyas reflexiones posteriores al periodo nacionalsocialista ya son parte fundamental de la filosofía del derecho, bien puede dar motivo a cambiar el sujeto de la expresión de LIEBMANN de la siguiente forma: «*Also muss auf RADBRUCH zurückgegangen werden*», es decir, «Tenemos, pues, que volver a RADBRUCH». El autor de la presente obra sobre RADBRUCH es el profesor Stanley L. PAULSON, prolífico

* Doctor en Filosofía por la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM-Iztapalapa) y ex becario del Departamento de Intercambio Académico de Alemania (DAAD). Profesor-Investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

¹ LIEBMANN [1865].

especialista del pensamiento jurídico de Hans Kelsen y de la filosofía jurídica europea. Las contribuciones de Paulson a la filosofía del derecho de Kelsen han sido reconocidas mundialmente por su profundo rigor, originalidad y erudición. De hecho, actualmente Paulson está por terminar el más completo y profundo estudio que se haya escrito hasta ahora sobre la filosofía del derecho de Kelsen, el jurista más importante del siglo XX. La importancia de las investigaciones de Paulson sobre las raíces neokantianas del proyecto kelseniano ha motivado la publicación de un reciente y espléndido homenaje en su paso a profesor emérito, *Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson*². No obstante, el profesor Paulson también ha dedicado buena parte de sus investigaciones a la filosofía jurídica alemana, en especial a la obra de Radbruch, la otra gran cumbre de la filosofía jurídica alemana de la primera mitad del siglo XX. Este presente estudio introductorio explicará la importancia de los ensayos de Paulson sobre la filosofía jurídica de Radbruch y de los escritos de posguerra de Radbruch incluidos en este volumen. Pero antes me referiré a lo que llamo el regreso Radbruch, relacionado con el auge del no-positivismo alexyano.

2. EL NO-POSITIVISMO DE ALEXY Y EL RETORNO DE RADBRUCH

La publicación de *El concepto y la validez del derecho*³ de Robert Alexy no solamente presentó en forma más o menos acabada sus reflexiones en torno a su teoría no-positivista del derecho —las cuales serían complementadas en diversos artículos posteriores en torno a la doble naturaleza del derecho—⁴, sino que contribuyó de forma decisiva a rehabilitar el pensamiento de Gustav Radbruch de una manera un tanto peculiar, mediante el *argumento de la injusticia extrema*, asociado a la *Fórmula de Radbruch*, uno de los estandartes fundamentales de la filosofía jurídica no-positivista de Alexy. Incluso, podría decirse que a partir de la revaloración de

² Porciuncula y Bernal, 2017.

³ Alexy, 1992.

⁴ Sobre estos artículos en torno a la tesis de la naturaleza dual, véanse los ensayos traducidos por Carlos Bernal en Alexy, 2008.

RADBRUCH por parte de ALEXY la cuestión de la injusticia extrema ha sido retomada con gran interés por parte de diversos filósofos del derecho de casi todas las tradiciones⁵. En efecto, la ahora famosa fórmula de RADBRUCH ha sido parte de críticas recientes a la teoría alexyana del derecho, tanto de filósofos positivistas, como Eugenio BULYGIN y Joseph RAZ⁶, como de filósofos no-positivistas, como John FINNIS⁷. Los diversos usos de la fórmula de RADBRUCH también han dado lugar a reflexiones recientes en torno a la vinculación entre la fórmula de RADBRUCH y la injusticia⁸, así como a plantear la relación entre el derecho, la moral y la punibilidad (*Strafbarkeit*)⁹.

Aunque RADBRUCH todavía no es muy conocido en el ámbito anglófono, a tal grado que filósofos del derecho de habla inglesa como H. L. A. HART —quien en *El concepto de derecho* menciona la fórmula de RADBRUCH en una nota a pie—¹⁰, Joseph RAZ y Ronald DWORKIN lo han omitido u olvidado¹¹, en el ámbito hispanoamericano su pensamiento filosófico-jurídico ha tenido un impacto notorio mayor, incluso hasta nuestros días. Este impacto no se limita a sus escritos de posguerra, sino a su obra en general, la cual contó con traducciones tempranas y bien logradas. En el ámbito hispanoparlante, la recepción de la obra de RADBRUCH fue bien recibida, tanto en el ámbito de la filosofía del derecho como en el ámbito del derecho penal, así como otros escritos vinculados a las raíces humanísticas y culturales del derecho. Si bien la obra completa de RADBRUCH fue compilada en Alemania en veinte tomos gracias a un proyecto liderado por su discípulo Arthur KAUFMANN, la *Gustav RADBRUCH Gesamtausgabe*, es posible encontrar en nuestro idioma buena parte de sus escritos sobre filosofía del derecho, derecho

⁵ Para la más reciente valoración de ALEXY en torno a la filosofía del derecho de RADBRUCH, dividida en tres tríadas, véase ALEXY, 2018.

⁶ BULYGIN, 1993; RAZ, 2007. Sobre las críticas de BULYGIN y RAZ, véase NAVA, 2017a.

⁷ FINNIS, 2014. Sobre el debate entre FINNIS y ALEXY, véase NAVA, 2017b.

⁸ Algunas reflexiones sugerentes se encuentran en SIECKMANN, 2001; SEOANE, 2004; SODERO, 2004; BIX, 2008 y 2011; DE OLIVEIRA, 2015; ROTTLEUTHNER, 2015; DREIER, 2015; TRIVISONNO, 2017, y ALLAN, 2017.

⁹ Véase HOYER, 2017 y JOERDEN, 2017. La referencia al trabajo de ALEXY sobre derecho, moral y punibilidad se encuentra en ALEXY, 1993.

¹⁰ HART, 1998: 303.

¹¹ Véase VON DER PFORDTEN, 2008: 387. En contra de esta afirmación, véase SPAAK, 2009: 261.

penal y hasta sobre derecho y temas culturales. Muchos de estos trabajos de RADBRUCH fueron traducidos por reconocidos juristas y filósofos latinoamericanos.

No obstante, a pesar del impacto que en nuestro idioma tuvieron sus obras clásicas, la obra de posguerra de RADBRUCH ha tenido una importancia todavía más notable en el ámbito de la filosofía del derecho moderna, en virtud de la *tesis de la conversión*, según la cual, al término de la Segunda Guerra Mundial, RADBRUCH terminó alejándose del dualismo metodológico y del relativismo moral, característicos del estudio de las ciencias sociales y del positivismo jurídico de su tiempo, y terminó por adoptar una postura cercana al derecho natural, al mismo tiempo que se convirtió en una figura clave de la renovación del derecho de la Alemania de posguerra. Esta renovación provocó un movimiento asociado tanto al renacimiento del derecho natural como a un intento jurídico de hacerle frente al pasado nacionalsocialista, sintetizado con la expresión «*juristische Vergangenheitsbewältigung*», en palabras de Ralf DREIER¹². La tesis de la conversión está basada en el ensayo de posguerra más famoso de RADBRUCH, que en su sección tercera contiene un párrafo del cual ha sido extraída la fórmula de RADBRUCH. El núcleo de este párrafo reza lo siguiente:

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 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 injusto», sino que carece por completo de la naturaleza del derecho¹³.

Así, de este párrafo de RADBRUCH ha sido extraída, mediante una reconstrucción teórica, una fórmula compuesta de dos sub-

¹² DREIER, 1995.

¹³ RADBRUCH, 1961a: 119. Este ensayo se encuentra traducido en el capítulo VIII de esta obra.

fórmulas: la primera es la *fórmula de la intolerabilidad* (*die Unerträglichkeitsformel*) y la segunda es la *fórmula de la negación* (*die Verleugnungsformel*). Según ALEXY, la fórmula de la intolerabilidad tiene un carácter objetivo, ya que está vinculada al grado de injusticia de la ley, mientras que la fórmula de la negación tiene un carácter subjetivo, ya que está vinculada con las intenciones del legislador al momento de negar la mera pretensión de justicia o corrección¹⁴. No obstante, al tomar estas fórmulas como un todo, puede afirmarse que esta fórmula da origen a la siguiente expresión, la cual ha tenido un significado teórico y práctico en la Alemania de posguerra:

La injusticia extrema no es derecho¹⁵.

Las diversas interpretaciones de esta fórmula han dado lugar a un debate interminable, un eterno mito, sobre la verdadera postura de RADBRUCH. El significado que esta fórmula posee es de gran importancia para comprender al no-positivismo jurídico alemán moderno, representado por ALEXY, así como la posibilidad que tiene de conectar al derecho con la moral y sus efectos posteriores en el concepto, naturaleza y validez del derecho. El debate ha girado en torno a si después de la guerra el pensamiento de RADBRUCH sufrió un cambio drástico, consiguió plantear una especie de tercer camino en la filosofía del derecho o si, después de todo, RADBRUCH permaneció siempre unido a un pensamiento no-positivista.

La primera postura, la del cambio dramático, ha sido históricamente la dominante entre casi todos los estudiosos de la filosofía jurídica de RADBRUCH, a tal grado que ya es un lugar común afirmar que antes de 1945 RADBRUCH era un positivista, pero que al concluir la Segunda Guerra Mundial se volvió un representante del derecho natural. La segunda postura, la del *tercer camino* (*dritte Weg*), tuvo un eco fuerte en la obra de su alumno, Arthur KAUFMANN, quien se ha referido a la obra de su mentor como un tercer camino «más allá del positivismo jurídico y del derecho natural»¹⁶, si bien hay referencias en el análisis de KAUFMANN a la tesis de la unidad del

¹⁴ Véase ALEXY, 1993: 4.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ KAUFMANN, 1997:40.

pensamiento de RADBRUCH. Finalmente, la tercera postura, la de la continuidad en el pensamiento de RADBRUCH y la menos usual, es la defendida por PAULSON en esta obra, quien sostiene que RADBRUCH jamás fue un positivista, y que esto puede verse desde sus primeros escritos y lecciones. La postura de PAULSON, objeto de estos ensayos, será defendida con el mismo rigor y objetividad con la que ha hecho sus investigaciones sobre la obra kelseniana, con lo cual ofrece un camino poco explorado en la filosofía jurídica de RADBRUCH. A continuación expondré los orígenes de la traducción de los escritos de PAULSON y RADBRUCH.

3. ORÍGENES DE ESTA TRADUCCIÓN. EL SALÓN KANTOROWICZ

Esta obra tiene su origen en el final de una conversación con el profesor PAULSON en el ahora extinto salón Hermann Kantorowicz en la Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania. El nombre de este salón, donde llevaban a cabo sus investigaciones los doctorandos del profesor ALEXY, corresponde al del mejor amigo de RADBRUCH, salón que se ubicaba justo en la misma universidad donde ambos dieron clase en algún momento de sus vidas. Durante diversas ocasiones PAULSON y quien escribe esta introducción hablamos sobre la importancia del pensamiento de RADBRUCH para el no-positivismo jurídico contemporáneo, sobre todo a partir de los artículos que PAULSON ha publicado a lo largo de casi veinte años y de la traducción que PAULSON y Bonnie LITSCHESKI PAULSON, su esposa, hicieron de los dos escritos de posguerra más famosos de RADBRUCH en 2006. No obstante, fue hasta una ocasión en la que PAULSON me buscó en el salón Kantorowicz que concluimos en llevar a cabo esta traducción.

Después de acordar la traducción de sus ensayos sobre RADBRUCH, PAULSON consideró que sería de gran apoyo para la lectura de sus ensayos traducir una vez más los dos ensayos más famosos del RADBRUCH de posguerra, acompañados, esta vez, de un tercer ensayo al que él le ha dado una notable importancia en sus reflexiones sobre RADBRUCH. Fue así como PAULSON me convenció de traducir los tres ensayos de posguerra de RADBRUCH incluidos en esta obra,

además de que, en última instancia, el interés por el pensamiento de RADBRUCH ha crecido en el ámbito de la filosofía jurídica alemana. Mencionaré con mayor detalle tres momentos importantes de este renovado interés por RADBRUCH.

En primer lugar, en 2015 PAULSON y Martin BOROWSKI publicaron *La naturaleza del derecho en Gustav Radbruch*¹⁷, obra que contiene ensayos de diversos especialistas en el pensamiento de RADBRUCH. Esta obra fue editada bajo el sello de la prestigiada editorial Mohr Siebeck. En segundo lugar, en 2016, bajo la coordinación de BOROWSKI, se llevó a cabo en la Universidad Karl-Ruprecht de Heidelberg el simposio «El no-positivismo alemán moderno de RADBRUCH a ALEXY», en el cual quedó clara la continuidad y paralelos de las pretensiones morales del derecho en el pensamiento de ambos, a saber, mediante el argumento de la corrección de ALEXY y el concepto material de derecho de RADBRUCH. En tercer lugar, se dio a conocer en este simposio, del que pronto surgirá un volumen con los ensayos de los ponentes, que la *Filosofía del derecho (Rechtsphilosophie)* de RADBRUCH de 1932 pronto verá una traducción al inglés de la mano de Julian RIVERS. Esta traducción será publicada en la editorial Oxford University Press.

A pesar de que el salón Kantorowicz ya solo forma parte de los recuerdos de quienes estuvieron ahí en algún momento, las pláticas de las que surgió la idea de traducir los ensayos de PAULSON y RADBRUCH llegaron a un buen fin.

A continuación voy a referirme a la importancia de los seis ensayos de PAULSON y la adición de los tres escritos de posguerra de RADBRUCH. No haré un resumen detallado de cada ensayo, pues guardan una notable riqueza que el lector seguramente encontrará, sino más bien proporcionaré algunos rasgos fundamentales de cada ensayo.

4. LA IMPORTANCIA DE LOS ENSAYOS DE PAULSON

Esta obra está compuesta de seis ensayos del profesor PAULSON, publicados en diversas revistas y compilaciones especializa-

¹⁷ BOROWSKI y PAULSON, 2015.

das a lo largo de más de veinte años. El primer capítulo, «Biografía de Gustav Radbruch», formaba parte del quinto capítulo, pero decidimos presentarlo de forma autónoma, pues consideramos que al considerar información relevante de la biografía intelectual de RADBRUCH podía fungir como una excelente presentación de RADBRUCH. Este ensayo complementa la espléndida biografía de Virginia MARTÍNEZ¹⁸. El segundo ensayo, «Lon Fuller, Gustav Radbruch y las tesis positivistas», desarrolla la interpretación que FULLER, destacado filósofo del derecho estadounidense, hizo de RADBRUCH y del positivismo jurídico. Una de las falacias más recurrentes en el campo de la filosofía del derecho ha consistido en atribuirle a los positivistas alemanes los horrores del nacionalsocialismo, y con esto en mente PAULSON analiza con detalle esta «tesis causal» y las diversas formas de positivismo jurídico, con el fin de mostrar que la apreciación de RADBRUCH sobre los «positivistas» del periodo de Weimar no era correcta. Por tanto, FULLER, al seguir los argumentos de RADBRUCH, terminó por reproducir este mismo entendimiento erróneo.

El tercer ensayo, «Gustav Radbruch en torno a las leyes injustas», comienza a delinear la interpretación de PAULSON sobre RADBRUCH. Frente a la ampliamente aceptada tesis de la transformación del pensamiento de RADBRUCH, PAULSON, después de ofrecer argumentos basados en los escritos de los dos periodos de RADBRUCH, propone la tesis de la unidad, según la cual la postura tardía de RADBRUCH es compatible con la postura previa. El cuarto ensayo, «La actualidad de la filosofía del derecho de Gustav Radbruch», es una reseña respecto a la publicación de *Preguntas filosófico-jurídicas diarias*, las lecciones que RADBRUCH impartió en el verano de 1919 en la Universidad de Kiel. Incluimos esta reseña porque ALEXY consideró que en su momento esta reseña proporcionaba una visión integral del estado de la investigación sobre el pensamiento de RADBRUCH y porque estas lecciones muestran a un RADBRUCH que ya desde 1919 era crítico del positivismo jurídico, lo cual contribuye a refutar la idea de que RADBRUCH era antes de 1945 un positivista, y, en consecuencia, también refuta la tesis de la transformación del pensamiento de RADBRUCH.

¹⁸ BRETONES, 2003.

El quinto ensayo, «El trasfondo y significado de los escritos de posguerra de Gustav Radbruch», del cual el primer ensayo formaba parte, presenta los usos que ha tenido la fórmula de RADBRUCH y las dos formulaciones que pueden extraerse de esta. Después PAULSON analiza la influencia que el neokantismo tuvo en RADBRUCH, en tanto esta doctrina filosófica impacta en su concepción relativista y en la idea de los fines del derecho, a saber, adecuación conforme a fines, seguridad jurídica y justicia. Posteriormente, al entrar de nuevo a la cuestión sobre si los positivistas allanaron el camino para la idea nacionalsocialista, PAULSON arremete de nuevo contra el argumento falaz que culpó al positivismo jurídico de la devastación del nacionalsocialismo y concluye que el valor de los escritos de posguerra reside en que en ellos RADBRUCH incluye la apelación a un criterio fundamental, que va más allá de la dimensión relativista.

El sexto y último ensayo, «Sobre la continuidad del pensamiento no-positivista de Gustav Radbruch», sintetiza los puntos principales de los demás ensayos y da respuesta definitiva a la tesis de la conversión, mediante la tesis del no-positivismo de RADBRUCH, el cual recorre desde sus primeros escritos hasta sus ensayos de posguerra. En virtud de su adhesión a la doctrina neokantiana de los valores, RADBRUCH propuso un concepto no-positivista de derecho, además de criticar a las variantes de positivismo jurídico de su tiempo, a saber, el que es visto como una especie de naturalismo, el que separa el derecho de la moral, el kelseniano, que rechaza al naturalismo y también separa al derecho de la moral y, por último, el legalista, que equipara al derecho con la ley. Con argumentos filosófico-jurídicos como histórico-jurídicos PAULSON desmiente la idea de que RADBRUCH pudo ser un positivista —mucho menos un positivista legalista radical—, aun cuando RADBRUCH se hizo llamar a sí mismo «positivista». ¿Entonces, por qué RADBRUCH se llamó a sí mismo positivista? PAULSON concluye que RADBRUCH quería llevar a cabo un programa político-pedagógico como parte de la renovación del derecho, y que para convencer a sus colegas él mismo se incluyó como uno más de aquellos juristas que no tuvieron la valentía suficiente para negarle la validez jurídica a esas normas de contenido arbitrario y criminal.

Los ensayos de PAULSON poseen una profundidad tal que contribuirán al ámbito filosófico-jurídico y al ámbito histórico-jurídico.

En el ámbito filosófico-jurídico estos ensayos reanimarán el interés por el pensamiento de RADBRUCH, la filosofía jurídica alemana de posguerra y el no-positivismo de ALEXY. Seguramente, para quienes se formaron con la idea de que RADBRUCH primero fue un positivista y después un partidario del derecho natural estos ensayos parecerán provocadores. No obstante, el análisis de PAULSON de los escritos previos de RADBRUCH —como las lecciones de Kiel de 1919— y de su adhesión a la doctrina neokantiana de los valores —de donde deriva la idea del derecho— ofrece pruebas sólidas de que RADBRUCH jamás fue un positivista. Además, en estos ensayos el lector notará que PAULSON dialoga con los más variados especialistas en RADBRUCH, como Arthur KAUFMANN, Ernst VON HIPPEL, Erik WOLF, Horst DREIER, Ralf DREIER y Robert ALEXY. En el ámbito jurídico-histórico estos ensayos están en el mismo tenor de obras que analizan de modo crítico la relación entre el derecho y el poder político en la era nacionalsocialista, más allá del argumento falaz que culpó al positivismo jurídico de la devastación del nacionalsocialismo. Por ello, estos ensayos de PAULSON sobre RADBRUCH pueden leerse al lado de las importantes contribuciones de Michael STOLLEIS, Ingo MÜLLER y Bernd RÜTHERS. La contribución de STOLLEIS ya cuenta con una edición en inglés¹⁹, mientras que las de MÜLLER²⁰ y RÜTHERS²¹ ya cuentan con excelentes traducciones al castellano.

Ahora bien, para llevar a cabo la traducción de los ensayos de PAULSON revisé las traducciones al castellano de muchas de las principales obras de RADBRUCH, pues PAULSON hace referencia constante a diversas secciones de la *Introducción a la ciencia del derecho*, la *Filosofía del derecho*, la *Introducción a la filosofía del derecho* y a sus escritos de posguerra, escritos a los que me referiré en el siguiente apartado. Sin embargo, durante la traducción de esta obra he preferido traducir algunos pasajes de estas obras, pues algunas cuestiones de estilo e incluso errores de traducción provocarían que el lector se lleve una idea errónea o imprecisa de lo que RADBRUCH quería decir. Todo esto de ninguna forma afecta la loable labor de muchos de los traductores de RADBRUCH. Pienso, por ejemplo, en el notable esfuerzo del sociólogo español José MEDINA ECHAVARRÍA,

¹⁹ STOLLEIS, 1998.

²⁰ MÜLLER, 2009

²¹ RÜTHERS, 2016.

quien además de ser parte fundamental del equipo que logró la titánica labor de traducción de *Economía y sociedad* (*Wirtschaft und Gesellschaft*)²² de Max WEBER —uno de los mentores intelectuales de RADBRUCH—²³, consiguió traducir la *Filosofía del derecho* de 1932 en 1933, un año después, logro verdaderamente admirable para cualquier época.

5. LOS ESCRITOS DE POSGUERRA DE RADBRUCH

Los ensayos de posguerra de RADBRUCH publicados en esta obra son «Cinco minutos de filosofía del derecho» (*«Fünf Minuten Rechtsphilosophie»*), «Arbitrariedad legal y derecho supralegal» (*«Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht»*) y «Ley y derecho» (*«Gesetz und Recht»*). Los primeros dos ensayos ya han sido traducidos previamente en español en varias ocasiones, en virtud de su influencia en las reflexiones de la filosofía jurídica alemana de posguerra. Para esta edición tomé en consideración la redacción de las traducciones previas de «Cinco minutos de filosofía del derecho» y «Arbitrariedad legal y derecho supralegal»; sin embargo, para el segundo ensayo tomé como base el formato de la traducción de los PAULSON al inglés para la revista *Oxford Journal of Legal Studies*; asimismo, agregué las interesantes y esclarecedoras notas que los PAULSON hicieron para esta traducción. En traducciones previas, a veces era confuso saber en qué momento RADBRUCH se refería a una cita larga y cuándo comenzaba el comentario propio, pero al seguir ahora el formato de la traducción de los PAULSON al inglés de «Arbitrariedad legal y derecho supralegal» ya es claro este punto.

²² MEDINA ECHAVARRÍA coordinó al equipo de traductores de *Economía y sociedad* para la edición de 1944. Este equipo estuvo conformado por Juan ROURA PARELLA, Eugenio ÍMAZ, Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, José FERRATER MORA y ECHAVARRÍA mismo. Para la nueva edición en español, publicada en 2014, se integraría Francisco GIL VILLEGAS como parte de los traductores.

²³ De hecho, tanto en la autobiografía de RADBRUCH como en la biografía de KAUFMANN, es mencionado el primer encuentro entre WEBER y RADBRUCH, en el que WEBER le confiesa a RADBRUCH haber leído su tesis e invitarlo posteriormente a «escribir algo filosófico-jurídico» (*«etwas Rechtsphilosophisches zu schreiben»*) para su revista de ciencias sociales. Véase RADBRUCH, 1961b: 63, y KAUFMANN, 1987: 48.

En cuanto al ensayo «Ley y derecho», se trata de un escrito de posguerra de RADBRUCH que complementa de forma íntegra a los dos ensayos previos, en virtud de que es un ensayo crítico hacia el positivismo jurídico y la pretendida equiparación de la idea del derecho con la mera ley positiva, es decir, el «dogma de la identidad». En la búsqueda de una adecuada interpretación de los escritos de posguerra de RADBRUCH, PAULSON no solamente se ha apoyado en los dos ensayos ya canónicos, sino que le ha dado una especial importancia a este tercer ensayo, considerándolo esencial para dar cuenta del no-positivismo de RADBRUCH. Por ello, su incorporación no era solo valiosa para esta obra, sino necesaria para conseguir un panorama más completo del pensamiento jurídico de RADBRUCH, quien, según KAUFMANN y ENGISCH, fue un «buen jurista» porque *no solo* fue un jurista, sino también un filósofo, político socialdemócrata, historiador y artista²⁴. De esta manera tendremos una vez más estos famosos ensayos de posguerra de RADBRUCH junto con este ensayo hasta ahora inédito en español, los cuales serán un importante material de consulta tanto para los ensayos mismos de PAULSON sobre RADBRUCH, como para los estudiosos de cualquier corriente de la filosofía jurídica.

Sin duda, RADBRUCH fue hijo de su tiempo. El *Zeitgeist* de RADBRUCH estuvo marcado por el dualismo metodológico y acaso también pudo haber compartido la visión de un mundo desencantado en un sentido histórico-científico, ambas posturas de corte weberiano²⁵, pero también RADBRUCH se adhirió a la doctrina neokantiana de los valores de la Escuela de Baden, y es a partir de esta influencia que RADBRUCH critica a las diversas variantes de positivismo jurídi-

²⁴ KAUFMANN, 1987: 196.

²⁵ Según Wolfgang SCHLUCHTER, al lado de la tesis del desencantamiento del mundo como proceso histórico-religioso, se encuentra un segundo proceso, el desencantamiento del mundo como proceso histórico-científico, caracterizado por el surgimiento de la ciencia moderna y la renuncia a que la vida humana sea regida por poderes ocultos o imprevisibles. Véase SCHLUCHTER, 2017: 79-83. En este sentido, creo que RADBRUCH también compartiría con WEBER esta visión del mundo, sin que ello afecte su idea, de naturaleza neokantiana, de que hay valores dependientes de la época que rigen al derecho, de ahí que RADBRUCH hable del individualismo, supraindividualismo y transpersonalismo como visiones del mundo. Curiosamente, en su autobiografía RADBRUCH señala que WEBER practicaba la neutralidad valorativa como postulado teórico-científico, pero que en su comportamiento práctico WEBER era un «rigorista y absolutista ético» (RADBRUCH, 1961b: 65).

co de su tiempo e incluye a la idea de la justicia como el fundamento de la idea del derecho. Este valor ya estaba en sus obras previas, pero fue acentuado al término de los horrores del nacionalsocialismo. Este punto es importante, pues a menos de que estemos frente a un fanático del nacionalsocialismo, ningún escéptico moral podría negar el valor de los derechos humanos y la pretensión de que el derecho sea justo después de presenciar y vivir en carne propia una tragedia como lo fue la era nacionalsocialista.

Precisamente, en tiempos como el nuestro, oscilantes entre el relativismo y el absolutismo en el pensamiento moral, político y jurídico, el pensamiento de RADBRUCH nos sirve de guía para buscar una salida a estas posturas, inaceptables en sus extremos y que todavía hoy amenazan la conformación de una sociedad plural y respetuosa de los derechos humanos. Más bien, la fórmula de RADBRUCH, corolario de la idea no-positivista del derecho, señala que no toda injusticia priva al derecho de la seguridad jurídica en nombre de la justicia, y no toda injusticia puede ser tolerada en nombre de la seguridad jurídica. Incluso, la idea de la dimensión fáctica y la dimensión ideal del derecho de ALEXY está representada por el equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia al que apunta RADBRUCH en sus ensayos de posguerra. Por ello, los ensayos de PAULSON y RADBRUCH, en conjunto, serán de gran interés para los estudiosos de la filosofía del derecho y de la filosofía política, pues de la corrección moral de las leyes, desde su fundamentación hasta su aplicación, depende en buena parte la validez del derecho y la legitimidad de la autoridad política. Por estas razones, pues, tenemos que volver a RADBRUCH.

6. CONCLUSIONES

Esta obra tiene una dedicatoria especial para el profesor Ralf DREIER, quien falleció a inicios de enero de 2018. DREIER fue un destacado filósofo del derecho, mentor de ALEXY al final de sus estudios en la Universidad de Gotinga y profundo conocedor de la obra de RADBRUCH. Sin duda, las reflexiones de DREIER sobre la teoría del derecho contemporánea y la filosofía jurídica de RADBRUCH han tenido una importancia fundamental en el ámbito académico

alemán. Después de estas palabras sobre DREIER quisiera mencionar que esta edición representa un homenaje bien merecido para RADBRUCH y PAULSON. Como lo he mencionado antes, el pensamiento de RADBRUCH pasa actualmente por un gran momento en Alemania, y la traducción de la *Filosofía del derecho* al inglés lo pondrá al alza en diversas reflexiones filosófico-jurídicas que antes lo ignoraban o desconocían. Espero que esta traducción motive a los jóvenes filósofos del derecho a releer a RADBRUCH.

En cuanto a PAULSON, profesor admirado y querido aquí y allá, junto a su esposa Bonnie, puede afirmarse que sus investigaciones han tenido tal impacto internacional en los estudios sobre KELSEN que el homenaje *Kelsen para erizos* es un fiel testimonio de esto. En algún momento, Marcial Pons publicará la versión en español de *La filosofía del derecho de Hans Kelsen*, una obra que ya se espera con gran expectativa por todos los interesados en la *œuvre* kelseniana en todo el mundo. Por ello, mientras esperamos la conclusión de este gran estudio sobre KELSEN —y su respectiva traducción al español—, estos ensayos de PAULSON servirán de excelente guía para nuestras reflexiones filosóficas en torno al importante pensamiento de RADBRUCH, relacionado con la idea del derecho, que no es otra que la de servir a la justicia. También, esta traducción constituye una manera más de agradecerles a Stanley y Bonnie PAULSON, en nombre de la *Kieler Bande*, por el conocimiento y afecto que generosamente nos han otorgado.

Para terminar el estudio introductorio agradezco en primer lugar a Carlos HERNÁNDEZ MERCADO por su gran apoyo en la minuciosa revisión de estilo de cada capítulo de esta obra. La revisión de Carlos del manuscrito confirmó la noción de ALEXY acerca de que «la traducción es esencialmente interpretación»²⁶. En segundo lugar, a Gerardo LAVEAGA, Director General del Instituto Nacional de Ciencias Penales, por darme el espacio institucional para concluir esta traducción. En tercer lugar, a todo el equipo de la casa editorial Marcial Pons, por darme la oportunidad de llevar a cabo esta traducción bajo su prestigioso sello. Mejor apoyo, espacio y casa editorial para terminar esta obra de PAULSON no podría haber imaginado.

Kiel, verano de 2018.

²⁶ ALEXY, 2002: XVII.