

## CAPÍTULO QUINTO

### LA VÍA DE ACCESO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO A LA FILOSOFÍA DE LOS VALORES: EL NEOKANTISMO SUD-OCCIDENTAL ALEMÁN . . . . . 137

#### I. El primer encuentro: Georg Jellinek y su teoría del Estado . . . . . 138

##### 1. El problema metodológico de las ciencias del Estado . . . . . 140

##### 2. El problema del valor en la justificación y en los fines del Estado . . . . . 146

#### II. Abriendo una ancha vía por un estrecho sendero: Emil Lask y la filosofía del derecho como filosofía de los valores . . . . . 151

##### 1. El dualismo metódico . . . . . 153

##### 2. Derecho natural y filosofía crítica de los valores . . . . . 155

##### 3. Las distintas concepciones del valor en el derecho . . . . . 157

##### 4. La ciencia del derecho como ciencia cultural . . . . . 158

#### III. Relativismo de valores y antinomia de valores: Gustav Radbruch . . . . . 160

##### 1. Las cuatro actitudes ante el valor . . . . . 161

##### 2. El dualismo metódico . . . . . 164

##### 3. Las direcciones de la filosofía del derecho . . . . . 165

##### 4. La idea y el concepto de derecho . . . . . 169

##### 5. El derecho y la moral . . . . . 171

##### 6. El relativismo de los valores . . . . . 173

##### 7. Las antinomias de la idea del derecho . . . . . 178

##### 8. La validez del derecho . . . . . 180

#### IV. La crítica al relativismo jurídico-filosófico: Carl August Emge . . . . . 185

#### V. Entre neokantismo y neohegelismo: Max Ernst Mayer . . . . . 191

## CAPÍTULO QUINTO

### LA VÍA DE ACCESO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO A LA FILOSOFÍA DE LOS VALORES: EL NEOKANTISMO SUODOCCIDENTAL ALEMÁN

La filosofía de los valores penetró en el pensamiento jurídico de la mano del llamado neokantismo de Baden ya a comienzos del siglo XX, es decir, pocos años después de haber conseguido libre circulación y prestigio en el campo puramente filosófico. A esta corriente de pensamiento se le denominó “neokantismo de Baden”, por haber surgido y haberse desarrollado en esta pequeña región del suroeste de Alemania, unida contra la voluntad mayoritaria de su población a la región de Württemberg al organizarse territorialmente la República Federal Alemana, con el fin de formar un solo *Land* o país. Geográficamente, esta singular región ocupa una franja que se extiende de norte a sur a lo largo de la frontera occidental con Francia y termina al sur con la frontera meridional con Suiza. Por eso se le denomina también “Escuela sudoccidental alemana”, siendo su centro neurálgico la Universidad de Heidelberg. Se le conoce también como neokantismo cultural o de los valores, en oposición al neokantismo formalista o de Marburgo.

Para enjuiciar debidamente este hecho incontrovertible, que atañe directamente a la recepción de la filosofía de los valores en el pensamiento jurídico, es preciso resaltar que la Universidad de Heidelberg fue en los quince primeros años del siglo XX una de las universidades más prestigiosas del mundo y la primera de Alemania. Esta condición envidiable se quebró al estallar la Primera Guerra Mundial. En todos los campos del saber, en particular en aquellas áreas que al comenzar el siglo gozaban de un gran prestigio, Heidelberg tenía representantes de primera magnitud. Baste recordar a los muchos seguidores del científico Max Plank en el campo de las ciencias físicas, o de Roentgen, el descubridor de los rayos X, en el campo de las ciencias médicas. Y por lo que se refiere al campo de las que precisamente allí comenzaron a llamarse *ciencias de la*

*cultura o ciencias del espíritu*, contaba con figuras que hicieron exclamar a Gustav Radbruch que “no había conocimiento humano importante que no estuviera allí representado”.<sup>1</sup> Así lo recuerda él mismo cuando, al llegar a Heidelberg en 1903, se encontró con maestros de la talla de Max Weber, Georg Jellinek, Wilhelm Windelband, Ernst Troeltsch, Heinrich Rickert, y los todavía jóvenes Heinrich Levy, Hermann Kantorowicz, Emil Lask y Karl Jaspers, además de las esposas de algunos de ellos, quienes dieron una de las primeras muestras de la futura presencia de las mujeres en la vida intelectual, como Camila Jellinek, Mariana Weber, Dorotea Kantorowicz y Gertrudis Jaspers. Todo un emporio de figuras intelectuales, que suscitaban la admiración y la envidia de las universidades del mundo.<sup>2</sup>

Es precisamente en este contexto histórico y académico del que debemos partir para comprender y calibrar la importancia de la recepción de la filosofía de los valores en el pensamiento jurídico, pues fue justamente una de estas grandes figuras, el eminente jurista Georg Jellinek, quien propició el primer acercamiento a ella, como veremos a continuación.

## I. EL PRIMER ENCUENTRO: GEORG JELLINEK Y SU TEORÍA DEL ESTADO

Según el acreditado juicio de Carl A. Emge, el primer contacto del pensamiento jurídico con la filosofía de los valores tuvo como protagonista al gran tratadista de derecho público Georg Jellinek (1851-1911), una de las grandes figuras que, junto con Max Weber, fuera artífice de la etapa de mayor esplendor de Heidelberg. El testimonio de Emge es tanto más estimable cuanto procede del primer autor que se enfrentó críticamente al relativismo de los valores de los grandes maestros de esta prestigiosa universidad. Para mejor credibilidad citamos textualmente a Emge:

En Jellinek se encuentra por primera vez el tratamiento específico consciente de los denominados *juicios de valor*, que caracterizan al relativismo. Éstos desempeñan en la investigación del derecho y del Estado el pa-

<sup>1</sup> Radbruch, Gustav, *Der innere Weg* en *Gesamtausgabe*, ed. Arthur Kaufmann, Heidelberg, C. F. Müller, 1988, vol. XVI, pp. 167-297.

<sup>2</sup> Rodríguez Molinero, Marcelino, “Gustav Radbruch visto por Arthur Kaufmann”, en el homenaje a este último de *Persona y Derecho*, vol. 47, 2002, pp. 17-104.

pel de un cuerpo extraño, de una cosa con hechura estable, que se coloca como una rara antítesis insalvable frente a los restantes juicios. Los juicios de valor son aceptados como un hecho, como simples datos, que anulan cualquier pregunta sobre la rectitud. Esto no ocurre involuntariamente, sino expresamente, en cuanto responde a una concepción determinada.<sup>3</sup>

Ciertamente que Emge indica también que esta concepción empírica de los juicios de valor no es original de Jellinek, y que éste la recibe de su colega y amigo Max Weber, quien, como ya hemos tenido oportunidad de explicar, la puso como base de su teoría sobre la neutralidad de la ciencia ante los valores. Escribe, en efecto, Emge:

El aislamiento nominal de los juicios de valor, precontrados en la multiplicidad fáctica real y en su interna diversidad, se halla ya en Max Weber. También aquí son tratados como formaciones teóricas, cuyo sentido radica en cierto modo en su ser especial. En un artículo escrito muy claramente, propone Weber el programa de una dirección de la economía nacional, que parece deberse a una consideración especialmente científica introducida por la discusión partidaria.<sup>4</sup>

Pero es al tratar la cuestión metodológica cuando Emge reafirma con mucha mayor claridad la prioridad de G. Jellinek y su teoría del Estado de acercarse a la filosofía de los valores. Escribe al efecto: “Ya Jellinek reflexionó mucho sobre el método. La creación debe a sus investigaciones metodológicas el que fundamentalmente él fuera el primero que acercara los trabajos de Rickert, Windelband y Simmel, que también se encuentran siempre citados en los demás relativistas”.<sup>5</sup>

Este reflejo de la filosofía de los valores en el pensamiento jurídico de G. Jellinek es ya visible en algunos de sus más célebres escritos, especialmente en el dedicado a la objetividad del conocimiento social<sup>6</sup> y en

<sup>3</sup> Emge, Carl August, *Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus*, Berlin-Leipzig, Walter Rothschild, 1916, p. 3.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4. El artículo de Max Weber al que alude Emge es ni más ni menos que el artículo fundacional de la primera serie del *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 3, en “Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Berlin, 1901, pp. 22 y ss.

<sup>6</sup> “Die Sozialethische Bedeutung von Recht; Unrecht und Strafe” (La significación ético-social del derecho; de la injuria y de la pena), en *Ausgewählte Schriften und Reden*, Alen, Scientia Verlag, 1970, vol. I.

su conciso estudio sobre la significación ético-social de los derechos subjetivos públicos.<sup>7</sup> Pero es en su obra maestra, la *Allgemeine Staatslehre*, publicada en 1903,<sup>8</sup> donde el contacto con la filosofía de los valores se hace claro y notorio. Y es que en esa obra realiza una clara recepción de algunos de los elementos fundamentales que ya encontrábamos tratados por la filosofía de los valores desarrollada particularmente por W. Windelband y H. Rickert. En concreto, se trata de la importante distinción entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias de la cultura, que lleva a Jellinek a distinguir una esfera del ser y una esfera del deber ser, así como la referencia al elemento del valor, que aparece como la característica principal de la esfera del deber ser y como punto esencial de su concepción teleológica del Estado. Aunque hay que resaltar, ya desde ahora, que Jellinek, por influencia directa de Weber, presenta una concepción meridianamente relativista de los juicios de valor o juicios valorativos (*Werturteile*). Estos elementos se presentan principalmente en dos momentos claves de su *Teoría general del Estado*: en sus consideraciones metodológicas sobre la teoría general Estado y, en la parte sustantiva, al ocuparse de la problemática de la justificación y los fines del Estado.

### 1. El problema metodológico de las ciencias del Estado

El punto de partida que sirve a Jellinek para esclarecer el problema de la ubicación de la teoría del Estado dentro del amplio arco de las ciencias consiste en considerar al hombre como un ser psíquico y social, de lo que deriva que tanto el hombre como todas sus creaciones y proyecciones deben ser estudiados desde una doble perspectiva: una correspondiente a las ciencias de la naturaleza y otra correspondiente a las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*).<sup>9</sup> Aunque aquí vemos cómo Jellinek en un primer momento adopta la terminología que había acuñado W. Dilthey, a lo largo del desarrollo de su obra se ve claramente que abandona esta denominación para adoptar la de ciencias de la cultura, o, co-

<sup>7</sup> *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aelen, Scientia Verlag, 1964.

<sup>8</sup> “Allgemeine Staatslehre”, en *Ausgewählte Schriften und Reden*, Aelen, Scientia Verlag, 1970, vol. II, pp.153-319; hay traducción al español de la segunda edición alemana a cargo de Fernando de los Ríos Urruti, *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2000.

<sup>9</sup> *Teoría general del Estado*, cit., nota 8, p. 23.

mo él prefiere denominarlas, *ciencias sociales*. Pero, independientemente de la discusión terminológica, Jellinek adopta claramente en sus distinciones metodológicas los planteamientos que H. Rickert había establecido en su gran obra *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*.<sup>10</sup> De esta manera, asume que mientras los hechos de la naturaleza, al presentarse de manera uniforme en la realidad, permiten que el conocimiento los someta a leyes generales, pudiendo ser probados mediante ellas y, además, ser considerados en cada caso particular como representación de un determinado género, los hechos sociales, en cambio, al ser manifestaciones de la actuación humana, presentan una variedad inagotable, que impide el que se les someta a leyes generales o que puedan ser explicados a través de ellas. En los hechos sociales —señala Jellinek— se destaca el carácter individual e irrepetible que impide hacer generalizaciones o explicar sus actos con base en leyes generales necesarias.<sup>11</sup> En este sentido, y una vez que ha resaltado el objeto cambiante de las ciencias sociales, afirma que el ejemplo más claro de estas ciencias es la historia, pues su objeto es el de exponer y definir los hechos sociales, describiendo su evolución y mostrando el enlace externo e interno que existe entre ellos; aunque, por otro lado, advierte también que dada la naturaleza de la investigación histórica, tan sólo se podrán obtener relaciones concretas de causalidad, pero jamás leyes o tipos abstractos, por lo que concluye que la explicación causal en las ciencias sociales tiene límites más estrechos que los de las ciencias de la naturaleza, pues nunca podrían llegar a someter el enlace causal a leyes de valor universal.<sup>12</sup> Tomando en cuenta esto, establece que la teoría general del Estado, en cuanto ciencia social, se propone como objetivo hallar el principio fundamental del Estado y someter a la investigación científica los fenómenos generales de éste, así como sus determinaciones fundamentales.

El segundo elemento que Jellinek recibe de la filosofía de los valores, y que aplica al problema metodológico de la teoría del Estado, se refiere a la distinción del ser y el deber ser, que —como hemos visto ya— el neokantismo sudoccidental reconducía a la oposición entre realidad y va-

<sup>10</sup> La primera vez que Rickert elabora su distinción de ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura es en su obra titulada *Die Grezen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung: Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, publicada en 1902.

<sup>11</sup> *Teoría general del Estado*, cit., nota 8, pp. 26 y 27.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 6 y 7.

lor. Esta distinción le permite considerar al Estado en una triple dimensión. En primer lugar, la del ser del Estado, que se refiere a su realidad sociológica en cuanto construcción social. De esta dimensión se ocupa la teoría social general del Estado —*Allgemeine Sozallehre des Staates*—, y tiene como objeto determinar empíricamente la estructura del Estado, así como sus elementos y fuerzas sociales. La segunda dimensión muestra que el Estado, además de ser una construcción social, es una institución jurídica, por lo que se hace necesario estudiar también su naturaleza jurídica. De ello se encarga la teoría jurídica general del Estado —*Allegemeine Staatsrechtslehre*—, también denominada por él teoría del derecho público, que tiene por objeto el estudio de la estructura normativa del Estado. Por último, reconoce una dimensión axiológica, que pregunta por los fines del Estado. De ella se ocupa la teoría política, y tiene como objeto estudiar lo que debe ser (*Seinsollenden*) el Estado, así como los últimos fines o valores a los que debe referirse.<sup>13</sup> Jellinek llega al reconocimiento de la dimensión axiológica del Estado, en cuanto señala que el problema de los fines del Estado en cierto modo trasciende los juicios de conocimiento (*Erkenntnisurteile*) y requiere juicios valorativos o juicios de valor (*Werturteile*). El problema es que la teoría política, al estar estructurada con base en juicios de valor referentes a los fines últimos del Estado, carece, según Jellinek, de toda validez científica, pues afirma que sus planteamientos abandonan el campo empírico para adoptar formas metafísicas.<sup>14</sup> Tan sólo llega a reconocer un carácter científico a la

<sup>13</sup> Para Jellinek, la política, al igual que el derecho, trata de las normas del deber ser; sin embargo, la gran diferencia es que mientras las normas jurídicas tienen validez plena en tanto están provistas de una fuerza que sirve en parte para garantizar su cumplimiento, las normas políticas no tienen otra fuerza que la que les presta su libre reconocimiento, porque el único poder que puede darles un valor generalizado es la convicción personal de cada individuo, convicción que les lleva a someterse a ellas por considerarlas necesarias, pero no pueden ser impuestas a nadie. *Ibidem*, pp. 10-18.

<sup>14</sup> Siguiendo en este punto al positivismo filosófico, Jellinek también califica toda actitud o pensamiento metafísico como no científico o irracional. Como he anotado en la primera parte, también en esta segunda parte intentaré demostrar que la superación del relativismo axiológico fue posible en gran parte gracias a la superación del concepto positivista de ciencia, que niega todo tipo de conocimiento que trasciende el conocimiento empírico. En esta labor el neokantismo sudoccidental realizó una importante aportación y un gran avance; pero, debido a sus postulados neokantianos, anclados en la *Crítica de la razón pura*, se quedó a medio camino, o por lo menos en la frontera de un planteamiento metafísico. Tan sólo cuando a través de la fenomenología, por ejemplo, se pudo demostrar que el conocimiento objetivo no se limitaba a lo empíricamente razonable, o a

teoría política que se limita a estudiar aquellos fines empíricos y particulares que tienen validez para un Estado concreto. Sin embargo, aunque niega el valor científico de las consideraciones sobre el fin último del Estado, reconoce que tanto el orden social del Estado como las reglas jurídicas por las que se rige necesitan, para ser comprendidas plenamente, la consideración axiológica que aporta la teoría política del Estado. Si se hace abstracción de la política, afirma expresamente “se llega a resultados vacíos de sentido o, a lo más, al conocimiento del esqueleto del Estado, al que habría de faltar, naturalmente, todo el elemento vital”.<sup>15</sup> Con ello observamos que, al igual que el neokantismo de la Escuela de Baden, reconoce que las obras humanas, en este caso el Estado, cobran pleno sentido al estar referidas a valores.<sup>16</sup> Aunque en su caso sea aún más patente que estos valores, al depender de la subjetividad humana, tengan que situarse más allá del campo de la investigación científica.<sup>17</sup>

La última referencia que podemos encontrar del elemento axiológico, dentro de la parte metodológica de la obra de Jellinek, concierne a su teoría de la construcción de los “tipos” en las ciencias sociales. Sobre este punto explica que, a pesar de las grandes diferencias y particularidades que las ciencias sociales encuentran en su objeto, a saber: el ser humano y sus producciones, estas diferencias no pueden ser tan grandes como para impedir que se detecten ciertas semejanzas que sirven de referente al conocimiento científico, pues junto a los elementos individuales se encuentran caracteres comunes: impulsos, facultades, disposiciones, que, en cierta medida, son comunes a todos los hombres o a determinadas categorías humanas. Si estos elementos comunes faltasen, no habría posibi-

lo meramente formal, sino que era posible un a priori material, como en el caso de Max Scheler, la filosofía de los valores pudo abandonar una concepción subjetivista o relativista de los valores. Así también veremos cómo, a medida que la filosofía del derecho va ofreciendo nuevos planteamientos filosóficos en las primeras décadas del siglo XX, se adoptan nuevos planteamientos objetivistas respecto de los valores en el derecho.

<sup>15</sup> *Teoría general del Estado*, cit., nota 8, p. 14.

<sup>16</sup> Lo mismo sucede para Jellinek en el caso del derecho, pues dice expresamente que “toda investigación sobre Derecho público adquiere contenido y finalidad sólo mediante su referencia a posibilidades políticas, pues, de no relacionar las investigaciones jurídicas con la Política, el derecho se convertiría en una disciplina puramente escolástica, ajena a la vida y al conocimiento real”. *Ibidem*, p. 14.

<sup>17</sup> Al igual que Max Weber, Jellinek sostiene que todo juicio de valor proviene de lo más hondo de la subjetividad humana, que en ellos se expresa la concepción del mundo que cada persona sostiene, por lo que todo planteamiento axiológico sobre los fines del hombre o del Estado no pueden ser objeto de una investigación científica rigurosa.

lidad de hacer afirmación alguna sobre los asuntos humanos.<sup>18</sup> Este conocimiento es lo que muestra a las ciencias sociales su camino y su objetivo, pues aunque éstas no puedan explicar jamás los casos particulares por medio de leyes generales, sí pueden recurrir a la analogía y a la formación de tipos.

Jellinek profundiza en el análisis del concepto de “tipo” al distinguir, siguiendo literalmente a M. Weber, dos formas posibles: los tipos ideales y los tipos empíricos. El “tipo ideal” tiene una gran similitud con el valor, hasta el punto de haberlo entendido al modo platónico “como la idea que vive más allá y que sólo de un modo imperfecto puede realizarse en el individuo”. De esta manera, el “tipo ideal” apunta a un valor esencialmente teleológico, en tanto que el *ethos* pugna por traer a la realidad todas las cosas y todos los fenómenos humanos; “no es algo que es —advierte Jellinek— sino que debe ser”. El “tipo ideal” constituye la medida del valor de lo dado, en el sentido de que sólo aquello que sea conforme a él debe considerarse bueno y tiene derecho a existir, en tanto que lo que no concuerde con él debe ser rechazado y superado. Jellinek ve que la aplicación del “tipo ideal” a la teoría del Estado implica la imitación al Estado ideal, a la vez que sirve de pauta para medir los diversos Estados históricos. De esta manera, la teoría del Estado, en cuanto su planteamiento no es ya sociológico, sino teleológico y se reduce a la historia de los diversos ensayos para conocer el Estado ideal, se convierte más bien en teoría política.<sup>19</sup> Desde esta perspectiva sigue vigente la pretensión platónica de que el fin de toda especulación política es la búsqueda del “tipo ideal” de Estado. Y es que la búsqueda de los tipos ideales corresponde a una necesidad íntima e inevitable de la naturaleza humana y tiene además una gran significación práctica, pues las grandes transforma-

<sup>18</sup> En este sentido, afirma Jellinek que “toda la experiencia de la vida descansa precisamente en el conocimiento de lo que es común a la naturaleza humana, y nuestros cuidados y preocupaciones por un futuro próximo o remoto, basándose igualmente en la convicción de que, dentro de la variedad de las cosas humanas, hay algo permanente e independiente de las particularidades individuales”. *Ibidem*, p. 28.

<sup>19</sup> “Toda investigación acerca de los fines del Estado y del fundamento jurídico del mismo, toda deducción hecha en nombre del derecho natural para fundamentar el absolutismo del príncipe o la soberanía popular, toda descripción de los Estados constitucionales partiendo de la doctrina de la división de poderes, toda teoría del Estado cristiano, nacional o de Derecho de la que se ha hablado en nuestros siglo —afirma contundentemente Jellinek— no son otra cosa que ensayos orientados a fijar de un modo definitivo el ‘tipo ideal’, del Estado”. *Ibidem*, p. 32.

ciones de la historia reciben su esfuerzo y su firmeza en no escasa medida de la convicción de que debe ser realizado un “tipo” determinado de Estado. Sin embargo, considera que, a pesar del gran valor que tiene para la historia y para la acción, el “tipo ideal” tiene muy poco valor científico, pues la especulación acerca de él, como toda especulación de corte metafísico, descansa en último término en convicciones subjetivas; responde en definitiva a expresiones profundas de las más hondas luchas políticas de una época y de sus partidos. “Los tipos ideales —concluye Jellinek— no son objeto de un saber científico, sino de una creencia personal”.<sup>20</sup>

El “tipo empírico”, en cambio, se abstrae de la realidad dada mediante la inducción, es decir, el método por el cual de la comparación de un gran número de casos individuales se abstrae lo que es común a todos ellos, obteniendo así una imagen típica. Este “tipo empírico” lo define como “la abstracción que en la mente del investigador se perfecciona y frente a la pluralidad indefinida de fenómenos permanece como lo real”.<sup>21</sup> Por lo que su diferencia fundamental con el “tipo ideal” consiste en que de él no surge la exigencia de expresar un deber ser que trascienda la experiencia, pues el “tipo empírico” significa tan sólo la unificación de notas entre los fenómenos, unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. En este sentido, y desde su perspectiva empírica, Jellinek considera que el problema de la ciencia del Estado se resume en buscar los elementos típicos en los fenómenos del Estado y las relaciones típicas que en él se encuentran.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 33. Es sorprendente que todos los rasgos y problemas que Jellinek encuentra en el concepto del tipo ideal coinciden plenamente con los rasgos que presenta la problemática de los valores, hasta el punto que podemos afirmar que en el fondo del concepto de “tipo” ideal de Jellinek está planteado el problema del valor. Por lo menos así parecen entenderlo algunos filósofos del derecho que, formados en el mismo ambiente de Heidelberg, pudieron verse influenciados tanto por Jellinek como por Windelband y Rickert; tal es el caso, como veremos más adelante, de Emil Lask y Gustav Radbruch, que siguieron las huellas magistrales dejadas por Max Weber.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>22</sup> Con el “tipo empírico” Jellinek hace alusión a la forma en que ya Max Weber había descrito el “tipo ideal” (*Idealtyp*) en sus escritos metodológicos. Dice Weber: “Se pueden observar en la acción social regularidades de hecho, es decir, el desarrollo de una acción repetida por los mismos agentes o extendida a muchos, cuyo sentido mentado es típicamente homogéneo. La sociología se ocupa de estos tipos del desarrollo de la acción, en oposición a la historia, interesada en las conexiones singulares, más importantes para la imputación causal, esto es, más cargadas de sentido”. Weber, Max, *Economía y*

## 2. *El problema del valor en la justificación y en los fines del Estado*

Ya en la parte sustantiva de su obra, Jellinek parece referirse al problema del valor cuando se pregunta por los fines últimos del Estado, que, por una parte, determinan el ser del Estado y, por otra, fundamentan su validez. A lo largo de casi toda su obra expone que es esencial a la conducta humana orientarse a un fin, y que de esta finalidad participan también todas sus obras y creaciones.<sup>23</sup> Esto le permite afirmar que la voluntad humana jamás obra meramente como una fuerza de la naturaleza, lo que implica que nunca se presente exclusivamente bajo la categoría de lo que tiene que ser (*musst*), sino de lo que debe ser (*sollt*). Este carácter deontológico, que impregna tanto los actos del hombre como las instituciones por él creadas, permite ubicar la pregunta por la validez del Estado en la dimensión del deber ser (*sollen*) y no simplemente en la esfera del ser (*sein*), lo que implica que al hombre no le basta la mera existencia fáctica del Estado para reconocer su validez, sino que exige una justificación racional, que conteste a la pregunta de por qué debe existir el Estado o, lo que es lo mismo, por qué debemos someter nuestra voluntad a la voluntad de otro.<sup>24</sup> A este respecto, tras examinar las distintas teorías que se han elaborado en torno al problema de la justificación del Estado, que agrupa en cinco grupos —teoría religiosa, física, jurídica, moral y psicológica—, propone su propia teoría.

Parte de la innata sociabilidad del hombre; además, resalta que, para poder realizar sus propios fines, el hombre necesita irremediablemente establecer en la sociedad un orden que indique a cada uno los límites de

*sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de Eugenio Imaz, García Maynez, Medina Echevarría, Ferreter Mora y Roura Farella, México, FCE, 1993, p. 23. Cfr. Martínez Lázaro, U. “Tipo ideal”, *Diccionario de Ciencias Sociales*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, vol. II, pp. 1055 y 1056.

<sup>23</sup> A este respecto, Jellinek considera que toda institución es creada con base en un fin, que el hombre se plantea conscientemente, sin que por otra parte niegue que el hombre, al no poder prever todas las consecuencias que se derivan de su conducta, pueda producir ciertos efectos, que derivan en situaciones o instituciones que no se proyectaron tal cual como se esperaba. Éste, para Jellinek, constituye el elemento de irracionalidad en la construcción de la historia del hombre. Al adoptar esta posición contrarresta las dos doctrinas dominantes sobre el origen de las instituciones históricas; la primera, que afirma que todas éstas son productos conscientes del hombre, y la segunda, que afirma que las instituciones históricas son productos de fuerzas ciegas e irracionales en las que los hombres no pueden intervenir. Cfr. *Teoría general del Estado*, cit., nota 8, pp. 60 y 61.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 178.

sus acciones y oriente, a través de direcciones determinadas de antemano, la voluntad de cada uno hacia el interés común de la sociedad. De lo cual resulta que este orden normativo debe apoyarse en una figura que pueda hacerlo obligatorio, es decir, que pueda ejercer la coacción sobre los integrantes de la sociedad, a fin de hacerlo eficaz. De esta manera, Jellinek fundamenta la justificación del Estado en que éste, como potestad con *imperium*, puede establecer y garantizar el cumplimiento de un orden normativo (derecho), que ordene las acciones de cada persona que pertenezca al Estado, con el fin de que pueda cumplir sus fines propios. Así entendido, reconoce que “la cuestión del fundamento del Estado coincide plenamente con la cuestión del fundamento del derecho”.<sup>25</sup> Hasta aquí Jellinek es consciente de que tan sólo ha aportado una justificación básica de los elementos esenciales del Estado, pero que no ha avanzado en la justificación de una forma de Estado concreta; y es que —como ya hemos apuntado— para él es imposible que una ciencia rigurosa pueda determinar la forma ideal del Estado.

Un tipo ideal de Estado, con valor universal —insiste—, sólo puede encontrarse partiendo de principios con fundamento metafísico, acerca de los cuales precisamente jamás existe conformidad. Una ciencia que concediera un valor especial a la exigencia de los partidos y racionalizase cualquier tipo empírico de Estado y le atribuyese un valor universal, faltaría a su objetivo.<sup>26</sup>

Sin embargo, da un paso adelante y afirma que si es verdad que la ciencia no puede proponer un Estado ideal con valor universal, no se puede negar, por otro lado, que el Estado en su forma concreta, en la variedad de sus manifestaciones históricas, sólo aparece justificado plenamente mediante los fines que ejecuta. “Si el Estado está justificado para hoy y para el futuro —afirma Jellinek—, es que existe en él la exigencia de que ha de acompañarle en su vida un contenido material justificado”.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 220. Jellinek insiste en que imaginar una sociedad sin orden jurídico es una falta de conocimiento de la naturaleza humana, una utopía, que además acarrea serias consecuencias reales y un sinnúmero de injusticias. Advierte que no hay situación más injusta que aquella en la que no existe un orden jurídico vinculante, y añade que “sólo el orden jurídico, por muchos que sean sus defectos en los casos concretos y eleve a unos y a otros, abata con exceso, ayude a los poderosos y desapare a los débiles, con todo ello es la única posibilidad de una vida social garantizada”. *Ibidem*, p. 219.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 221.

Con lo cual el problema de la legitimación del Estado está íntimamente vinculado al problema de sus fines.

Tratando de esclarecer el problema de los fines del Estado, Jellinek formula tres preguntas. La primera de ellas plantea el problema de los fines del Estado con relación a las últimas determinaciones del hombre; la segunda se pregunta por el fin de un Estado concreto en la historia, y la tercera se refiere al fin que tiene un Estado histórico determinado para los que viven en él o forman su comunidad. Las dos primeras preguntas, al referirse a los fines objetivos y universales del Estado, nos sitúan dentro de la especulación metafísica, mientras que la tercera, al referirse tan sólo a los fines relativos de un Estado histórico concreto, es apta para la ciencia empírica. La primera pregunta, que se refiere a los fines universales del Estado, ha sido el eje de la especulación política y filosófica a lo largo de toda la historia del pensamiento, desde Platón, pasando por San Agustín y la escolástica hasta la época moderna. No obstante, cree que la respuesta a esta pregunta depende siempre de la concepción filosófica que se tenga de la historia y, por consiguiente, de la concepción del mundo que cada hombre tenga, por lo que es preciso concluir que no podemos dar una respuesta científica a la pregunta de los fines últimos del Estado.

Respecto a la segunda pregunta, adopta una misma postura escéptica, al opinar que los supuestos fines objetivos, asignados por la “historia” a ciertos Estados, que ciertas teorías pretenden demostrar como si hubiera un poder trascendente que asignara a cada Estado su propia función en la historia, no son más que los intereses particulares, reales o imaginarios de cada Estado concreto, creados por la situación histórica de los mismos.<sup>27</sup> Donde sí se puede avanzar es en la tercera pregunta, la que se refiere a los fines que los miembros de una comunidad asignan a un Estado en particular, pues —como ya hemos apuntado— al ser éstos particulares y relativos a un Estado histórico, pueden entrar dentro de una consideración científica. Jellinek parte de la afirmación de que el Estado “es una unidad de fin”, es decir, se entiende y se explica por el fin a que tiende<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>28</sup> Jellinek otorga gran importancia al elemento teleológico, pues considera que el fin actúa como *principium individuationis* para todos los actos y cosas humanas. También establece que el fin, en cuanto logra dar unidad a una determinada comunidad de hombres, es un elemento esencial en la conformación del Estado. A este respecto, escribe: “Una pluralidad de hombres aparecen unidos ante una conciencia cuando lo están por fi-

Explica que si todo acto de voluntad lleva como guía o se encuentra motivado por un fin, así también el Estado, como obra humana, está determinado por el fin que los hombres le han asignado. Pero también reconoce que, desde una consideración histórica, es inútil buscar un fin objetivo permanente del Estado, pues más bien los fines del Estado se han sucedido en un fluir constante y con base en las determinaciones particulares de los fines de los individuos de las distintas épocas históricas, con lo cual rechaza todas las teorías que han intentado fijar fines absolutos al Estado y se decanta por lo que él mismo denomina una teoría de los fines relativos del Estado. Esta teoría considera que el fin del Estado depende de la conciencia que en cada momento poseen un pueblo y una época y, por lo tanto, es tributaria de una concepción historicista del Estado. Sin embargo, hay dos objetivos esenciales: el primero consiste en determinar los límites que la naturaleza misma impone a la actividad del Estado, y el segundo, en investigar la concepción de fin implícitamente contenido en las instituciones y funciones modernas del Estado. En cuanto al primer objetivo, opina que el Estado choca con tres límites: el primero consiste en el hecho de que no puede intervenir en aquello que pertenece exclusivamente a la conciencia de los individuos, como la moralidad, la religión, el arte o la ciencia, pues el Estado se debe limitar a establecer las condiciones exteriores favorables para que cada individuo pueda desarrollar sus derechos inalienables; el segundo consiste en que el Estado no puede intervenir en el estado físico de los individuos; tan sólo puede fomentar su correcto desarrollo. Por último, tampoco debe intervenir directamente en la producción de bienes económicos, tan sólo fomentar que se produzcan, o en el caso de una economía socialista, ordenar y planear su producción. Estas limitaciones conducen a Jellinek a una primera afirmación sobre el fin del Estado, en cuanto determinan que el Estado sólo se pueda dirigir a aquello que atañe a las acciones humanas externas y en común. Lo peculiar y propio del Estado son las manifestaciones sistemáticas de la vida solidaria de los hombres.

Respecto del segundo objetivo, Jellinek afirma que, para fijar los fines particulares del Estado, se requiere una investigación teleológica de sus

nes constantes y coherentes entre sí. Cuanto más intensos son estos fines, tanto mayor es la unidad entre ellos; y esta unidad se exterioriza mediante la organización, esto es, mediante personas que se mantienen en la unidad de fines y que constituyen una Sociedad determinada". *Ibidem*, p. 171.

diferentes instituciones y actividades, a las que divide en aquellas que corresponden exclusivamente al Estado, y aquellas que tienen como objetivo fomentar y ordenar las manifestaciones de la vida individual y social; las primeras tienen como fin preservar, proteger y dar seguridad a la comunidad y a sus miembros, así como proteger y asegurar la existencia del propio Estado; mientras que las segundas se dirigen a la formación y mantenimiento del orden jurídico. Con ello, una vez más, identifica los fines básicos del Estado con la preservación de la comunidad mediante el orden jurídico y la preservación del poder del propio Estado. Sin embargo, considera que estos fines son tan sólo condiciones para alcanzar y poseer otros bienes, así como para proponer la consecución de fines más altos. Ahora bien, el relativismo axiológico que late en el fondo de este pensamiento le conduce a afirmar que para determinar los fines más altos no queda otra alternativa que interrogar a la dirección espiritual dominante en el Estado concreto, es decir, excluir la búsqueda de los fines últimos del Estado a toda consideración científica y dejar el problema a la teoría política, con lo cual se traslada el problema de los fines últimos del Estado a la lucha de los diversos partidos políticos históricos, que pugnan por imponer su propia concepción del derecho y del Estado y, por lo tanto, a los juicios de valor (*Werturteile*) que —como ya hemos apuntado repetidas veces— tanto para Max Weber como para él quedan excluidos de cualquier consideración científica.<sup>29</sup> A pesar de que ésta es la conclusión lógica a la que debe llegar todo planteamiento que se inspire en un relativismo axiológico, parece que Jellinek no queda muy conforme con su propia conclusión, por lo que en el apartado que dedica a los fines del Estado indica que la ciencia empírica del Estado puede al menos alcanzar un principio formal sobre la actividad última del Estado, que le obliga a cooperar en la evolución progresiva, en primer lugar de sus miembros, no sólo actuales, sino futuros, y, además, a colaborar en la evolución de la especie, esto es, hacer más y más viva la conciencia de solidaridad en los pueblos y hacer que esta realidad supere al Estado. Este principio de la actividad del Estado tiene además una triple repercusión en los individuos, pues en primer lugar se compromete con sus

<sup>29</sup> Esta posición de Jellinek respecto de los fines últimos del Estado, en la que —como hemos visto— se refleja claramente su relativismo axiológico, será desarrollada y adecuada al problema de los fines del derecho posteriormente, tanto por Emil Lask como por Gustav Radbruch (véase *infra*, pp. 157 y 173).

miembros, en segundo con la cultura que de ellos emana, y en tercer lugar con la especie humana.<sup>30</sup>

De todo lo anterior se desprende que, tal y como afirmara Emge en su momento, Georg Jellinek es el primero que introdujo la referencia a valores en el estudio del Estado y del derecho. Más en concreto, cabe decir que fue el primero en aplicar la distinción entre realidad y valor, que caracteriza la filosofía de los valores desarrollada por W. Windelband y H. Rickert. Esta distinción le permite considerar al Estado desde tres dimensiones distintas: la del ser, la del deber ser o dimensión normativa y la del valor o dimensión axiológica, que ciertamente vincula con el problema de los fines y la justificación del Estado y del derecho. Es de advertir, no obstante, que en el trato específico que hace del problema del valor se acerca mucho más a los postulados de Max Weber que a los de Windelband y Rickert, defendiendo así un relativismo axiológico en la concepción última del Estado y del derecho.

## II. ABRIENDO UNA ANCHA VÍA POR UN ESTRECHO SENDERO: EMIL LASK Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA DE LOS VALORES

No obstante el importante precedente que significó la aplicación que Georg Jellinek hizo de la filosofía de los valores al pensamiento jurídico, muchos han reconocido a Emil Lask como el primer filósofo del derecho del neokantismo de Baden, es decir, el primero que aplicó decididamente los principales postulados de la filosofía de los valores, en particular la elaborada por W. Windelband y H. Rickert, a los problemas capitales de la filosofía del derecho.<sup>31</sup> Emil Lask (1875-1915) fue, desde muy joven,

<sup>30</sup> *Teoría general del Estado*, cit., nota 8, p. 257.

<sup>31</sup> Así lo afirma explícitamente Karl Larenz: “Emil Lask fue el primero en aplicar las tesis del neokantismo sudoccidental a la ciencia del derecho, aunque sólo en forma de esbozo”. Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, p. 118. Igualmente lo afirma F. González Vicén: “El primer filósofo del neokantismo jurídico de Baden, y ello no sólo cronológicamente, fue Emil Lask”. Cfr. González Vicén, Felipe, “El neokantismo jurídico axiológico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, p. 257. Mientras que A. Verdross afirma que Lask fue el primer pensador que aplicó la filosofía de los valores de la Escuela sudoccidental alemana a la filosofía del derecho. Véase Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNA M, 1983, p. 323.

discípulo de Heinrich Rickert, y ocupó la cátedra de filosofía de la Universidad de Heidelberg, que había quedado vacante tras la muerte de Kuno Fischer. Su genio filosófico se puso ya de manifiesto en las dos obras que dedicó a los problemas de la lógica kantiana;<sup>32</sup> sin embargo, su gran aportación a la filosofía del derecho se contiene en su pequeña obra titulada *Rechtsphilosophie*, publicada por primera vez en 1905 como una monografía incluida en la obra colectiva en homenaje a Kuno Fischer, en la que también participaron otros conocidos filósofos, como Th. Lipps, B. Bauch, H. Rickert, E. Troeltsch y W. Windelband.<sup>33</sup> En esta obra, Lask no desarrolla un sistema propio y acabado de filosofía del derecho, como podría ser el caso de las obras de R. Stammler, de G. del Vecchio o posteriormente de G. Radbruch; su obra más bien tiene un carácter programático, por lo que en ella se contienen tan sólo algunas ideas y postulados, que, pese a no estar del todo desarrollados y acabados, sino más bien encontrarse en una fase germinal, cobraron una gran importancia en el desarrollo de la filosofía del derecho de la primera mitad del siglo XX. Pero sobre todo trazaron un camino luminoso, cuyo sendero seguirían con grandes frutos otros filósofos del derecho, como G. Radbruch, F. Münch y M. E. Mayer.<sup>34</sup> El contenido de esta obra se puede resumir como el intento de aplicar o “recibir” los principios y conclusiones que la filosofía de los valores de Rickert y Windelband establecieron en el campo de la filosofía al estudio y a la problemática que presenta en concreto la filosofía del derecho y en general la ciencia jurídica. Un intento que, al tener que enfrentarse a nuevas situaciones, no dejó de ser creativo y,

<sup>32</sup> “Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre” (La lógica de la filosofía y la teoría de las categorías) y “Die Lehre vom Urteil” (La teoría del juicio), en *Gesammelte Schriften*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1923, vol. II. Sobre estas dos obras véase Gurvith, Georges, *Las tendencias actuales de la filosofía alemana*; E. Husserl, M. Scheler, E. Lask, N. Hartmann, M. Heidegger, trad. de Francisco Almela y Vives, Madrid, Aguilar, 1931.

<sup>33</sup> “Rechtsphilosophie”, en *Die Philosophie im Beginn des Zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer*, Heidelberg, Carl Winter’s Universitätsbuchhandlung, 1905, pp. 269-320. Véase también en *Gesammelte Schriften*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1923, vol. I, pp. 275-331; hay traducción al español por Roberto Goldschmidt, *Filosofía jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1946.

<sup>34</sup> Sobre la influencia de la obra de Lask en la filosofía del derecho, algunos autores, como F. González Vicén, han llegado a comparar su influencia con la que la obra de Max Weber ejerció en el ámbito de las ciencias sociales. *Cfr. El neokantismo jurídico axiológico, cit.*, nota 31, p. 257.

por lo tanto, de aportar ciertas conclusiones y resultados propios que serán después continuados por el neokantismo jurídico culturalista.

Para recoger y exponer de una manera a la vez sencilla y sintética, sin por ello traicionar su rico contenido, todo lo que E. Lask significa para nuestro objetivo central, que no es otro que mostrar clara y ordenadamente la recepción explícita de la filosofía de los valores en el pensamiento jurídico occidental, estimamos necesario hacer referencia a los siguientes puntos por él preferentemente tratados y esmeradamente definidos: el dualismo metódico, la doctrina del derecho natural vista desde una perspectiva científico-valorativa, las diversas concepciones del valor en el derecho y la consideración de la ciencia del derecho como ciencia cultural.

### 1. *El dualismo metódico*

Al igual que Jellinek, tal vez el elemento más importante que Lask recibe de la filosofía de los valores, y que introduce en su pensamiento jurídico, es precisamente la distinción de realidad y valor, que, como ya hemos constatado en la primera parte del presente trabajo, es esencial a la moderna filosofía de los valores. Lask reconoce una sola realidad empírica e histórica; sin embargo, reconoce que esta realidad sirve a la vez de “escena o substrato de valores supraempíricos de validez universal”.<sup>35</sup> De esta distinción del valor y el “sustrato empírico del valor”, Lask deduce varias consecuencias de primer orden; pero la que sin lugar a dudas cobra mayor relevancia en su pensamiento es que esta distinción supone una bidimensionalidad fundamental en el modo de considerar la realidad o, lo que es lo mismo, un concepto dualista de ciencia, según el cual

<sup>35</sup> Lask resalta que el primero en recuperar la ya antigua división de “realidad” (ser) y “significación” (valor) fue Lotze, y explica que esta fructífera distinción es crucial en la metodología de la ciencia jurídica, pues permite distinguir el derecho en sentido social, que vale como un factor cultural “real”, y el derecho en sentido jurídico, que vale como complejo de significaciones meramente pensadas. *Cfr. Filosofía jurídica, cit.*, nota 33, p. 65. Véase Rodríguez Molinero, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1973, p. 318. Por otra parte, Eustaquio Galán admite que, si bien Lask recibe del neokantismo cultural la distinción entre ser y valor, también recibe de esa corriente su actitud antimetafísica. *Cfr. Galán, Eustaquio, La filosofía del derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y con el clásico*, Madrid, Reus, 1944, p. 32.

existen dos métodos distintos de considerar la realidad: el primero de ellos considera la realidad desde el punto de vista de su manifestación empírica; mientras que el segundo considera la realidad desde el punto de vista de su contenido valorativo.<sup>36</sup> Este dualismo metódico constituye la base de lo que él denomina *filosofía crítica del valor*.

Al aplicar al derecho la filosofía crítica del valor, Lask puede concluir, en primer lugar, que sólo existe un derecho como realidad cultural empírico-histórica; pero, además, que esa realidad admite una doble consideración, pues, si por una parte el derecho puede ser explicado en su pura existencia fáctica y en su realidad histórica, también permite ser esclarecido, juzgado o examinado en su relación con los valores. Así, el derecho puede ser estudiado tanto por la ciencia jurídica empírica, que realiza una consideración puramente empírica e histórica del derecho, como por la filosofía jurídica, que efectúa una consideración axiológica de él, sin que ambas puedan entrecruzarse.<sup>37</sup> Esta distinción le permite además superar el concepto positivista de ciencia, que culmina elevando la teoría general del derecho a filosofía jurídica, para rehabilitar una reflexión del derecho estrictamente filosófica, pues al reconocer la relación que existe entre la realidad jurídica y los valores o significaciones absolutas del derecho, señala una nueva dimensión que trasciende la consideración empírica del derecho. Así vemos que, al igual que hicieran Windelband y Rickert respecto al positivismo filosófico, que negaba el carácter científico de las denominadas ciencias de la cultura, al introducir una consideración axiológica del derecho logra distinguir con claridad dos formas de estudiar el derecho: la ciencia del derecho propiamente dicha, que estudia al derecho como realidad empírica en su dimensión histórica, y la filosofía del derecho, que presenta tres enfoques o versiones: la doctrina del valor científico de la filosofía del derecho; la doctrina del valor en el derecho, y, por último, la doctrina del valor científico de la ciencia del derecho.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> “El dualismo metódico de la ciencia jurídica se basa en el hecho de que el derecho, o puede ser considerado como un factor real de la cultura, como un suceso de la vida social (teoría social del derecho), o puede ser examinado como un complejo de significaciones, más exactamente de significaciones normativas, acerca de su contenido dogmático (jurisprudencia dogmática)”. *Cfr. Filosofía jurídica, cit.*, nota 33, p. 63.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 56.

## 2. *Derecho natural y filosofía crítica de los valores*

Por otra parte, la consideración axiológica que Lask introduce en la reflexión del derecho le lleva a plantearse un nuevo problema: el de la relación que existe entre el derecho natural y la filosofía crítica del valor. Advierte que, tal como se encuentra la ciencia del derecho de su época, “cualquiera que pretenda exigir a la filosofía del derecho el examen a fondo de una significación absoluta del derecho y de sus relaciones con los demás valores incondicionados incurrirá desde un principio en la grave sospecha de la «herejía iusnaturalista»”.<sup>39</sup> En su opinión, el derecho natural supuso una respuesta a la pregunta por el sentido absoluto del derecho y de la justicia, por lo que toda especulación valorativa pensable, incluso toda especulación “crítica”, tiene en común con el derecho natural esta preocupación trascendental. De hecho, reconoce que esta aspiración por el sentido absoluto es lo que de ninguna manera se le puede recriminar a la doctrina del derecho natural. Ahora bien, la diferencia entre esta doctrina y la filosofía crítica del valor la encuentra Lask principalmente en la distinta forma que cada una tiene de entender la relación que existe entre los valores y la realidad. Si —como ya antes vimos— para la filosofía crítica del valor la realidad empírica y, por ende, también la de la vida histórica, vale como la única realidad, dentro de la cual se puede establecer una referencia a significaciones absolutas, es decir, a valores,<sup>40</sup> el derecho natural, que —a su juicio— parte de la teoría platonizante dualista sobre el ser y el valor, aspira a una hipostatización de los valores supraempíricos, es decir, a una identificación o fusión de valor y realidad. Para los “metafísicos —afirma Lask— el valor vale, no sólo como lo que da sentido y significación a los hechos empíricos psicológi-

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>40</sup> Es necesario apuntar que Lask en ningún momento define el concepto de valor; tan sólo se refiere a los valores como realidades suprahistóricas o absolutas, sin que se preocupe realmente por el problema de su naturaleza. Esta posición la vemos también —como ya hemos señalado— en Windelband y Rickert, quienes más que dedicarse a estudiar el concepto de valor echan mano de él para solucionar los problemas a los que se enfrentan. Por otra parte, la relación que establece Lask entre la realidad y el valor es muy vaga, pues se contenta con decir que la realidad sirve de escenario o sustrato al valor, sin que determine cómo es que los valores se refieren a la realidad, dónde residen aquéllos, si es el hombre el que los introduce en la realidad subjetivamente o si éstos se encuentran implícitos en las cosas mismas.

cos-históricos, sino como algo que es investido de una eficiencia real, que contraría las tendencias de las relaciones históricas”.<sup>41</sup>

Lask distingue un derecho natural formal y un derecho natural material, y dice que mientras el primero pretende situar la fuente del derecho en una instancia suprahistórica y absoluta, ya sea la naturaleza, Dios o la razón, el segundo pretende derivar de un principio suprahistórico y absoluto todo el contenido del derecho hasta sus últimos preceptos. Pone además de manifiesto que en estas dos versiones del derecho natural se está hipostasiando la dimensión axiológica sobre la realidad histórica, de manera que “lo que empezó siendo una tendencia *suprahistórica*, terminó siendo una tendencia *ahistórica*, en la que se elimina toda consideración a la realidad empírica”.<sup>42</sup> Por ello no ha de extrañar —apunta Lask— que el derecho natural termine erigiendo un derecho absoluto ajeno e independiente del derecho histórico. Este equívoco del derecho natural se debe —según él— a que el iusnaturalismo, en vez de reconocer las exigencias de la razón como elementos de valor formales, que para su realización e integración concreta necesitan un sustrato empírico a cuya autodinámica, a menudo resistente, tiene primeramente que adherirse, hipostasió esas exigencias de la razón en realidades existentes en sí mismas. “La razón pura —puntualiza—, en vez de someter toda la realidad, pretende erigirse a sí misma como la realidad plenaria y, sin más, se coloca en lugar de lo existente”.<sup>43</sup> Frente a la ahistoricidad iusnaturalista, que quiere eliminar la multiplicidad de lo histórico mediante esquemas jurídicos racionales, luchó precisamente la Escuela Histórica del derecho. Sin embargo, Lask es consciente de que este historicismo incurre en otra reducción del dualismo metodológico propio de la filosofía crítica del valor, pues, al negar toda instancia suprahistórica y absolutizar la realidad empírica, destruye toda filosofía y concepción del mundo. “El historicismo —sentencia—, al nivelar todos los valores, constituye la forma moderna más difundida y más peligrosa del relativismo”.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> *Filosofía jurídica, cit.*, nota 33, p. 9.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 16. Sobre esta concepción del derecho natural me parece que Eustaquio Galán afirma con justicia que las críticas que Lask hace al derecho natural están pensadas exclusivamente para el derecho natural racionalista, y sólo a éste se pueden aplicar. “El fallo de Lask, es el no haber distinguido entre el derecho natural racionalista y el derecho natural escolástico”. Véase Galán, Eustaquio, *La filosofía del derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y con el clásico, cit.*, 35, p. 92.

<sup>43</sup> *Filosofía jurídica, cit.*, nota 33, p. 16.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 28.

De esta manera, el derecho natural y el historicismo son el anverso y el reverso de una misma moneda; puesto que el derecho natural, al querer sacar mágicamente de la absolutez del valor el sustrato empírico, niega la realidad empírica e histórica; mientras que el historicismo, al querer sacar mágicamente del sustrato empírico lo absoluto del valor, niega toda norma o valor intemporal y universal. Ante este doble equívoco, la filosofía crítica del valor reconoce en primera instancia la separación entre realidad y valor; pero, además, sostiene la imposibilidad de derivar una dimensión de la otra, tanto el valor del ser como el ser del valor. Lo que implica tanto la imposibilidad de deducir de un principio de valor el contenido material del derecho como la posibilidad de inducir valores absolutos del acontecer histórico. Por ello, la filosofía crítica del valor debe limitar su objetivo frente a los excesos del derecho natural e investigar los valores últimos, a los que se refieren los derechos históricos, analizando las consecuencias lógicas que se derivan de ellos, así como determinar la posición que tiene el derecho en el reino de los valores culturales. Mientras que, frente a la negación que hace el historicismo del elemento axiológico, la filosofía crítica del valor no debe claudicar en su deber de presentar aquellos valores que, aunque sean formales, pueden servirnos para contrastar o confrontar el derecho particular con los fines a los que debe tender todo derecho.<sup>45</sup>

### 3. *Las distintas concepciones del valor en el derecho*

Lask dedica la segunda parte de su *Rechtsphilosophie* a analizar el problema del valor en el derecho, labor que —como ya antes vimos— asignaba a la filosofía del derecho. Lo que se debe destacar del desarrollo que ahora hace de esta iniciativa es que tanto la clasificación de las distintas soluciones que encuentra como el trato final que les otorga influyeron en el pensamiento de Gustav Radbruch, como éste reconoce va-

<sup>45</sup> En este sentido, opina que quien más se ha acercado a este planteamiento ha sido Rudolf Stammler, con su doctrina de que la legalidad formal o la rectitud lógica puede significar simplemente una pauta para el derecho o una exigencia incondicional del derecho, una finalidad para el legislador, pero no una forma exteriormente obligatoria para la convivencia humana. *Cfr. Filosofía jurídica, cit*, nota 33, p. 23. Por otra parte, en este punto queda claro que Lask no llegó a fijar un contenido material de los valores, contentándose con derivar de ellos exigencias meramente formales.

rias veces.<sup>46</sup> Lask distingue dos formas fundamentales de entender el valor en el derecho: la primera forma, que denomina *personalista*, consiste en entender que el fin último de la comunidad humana es exclusivamente la perfección de la personalidad ética, por lo que el derecho se entiende como un simple medio para ese fin; mientras que la segunda forma, a la que denomina *transpersonalista*, reconoce, más allá del valor personal de los individuos, una excelencia propia y un valor específico inherente al orden jurídico y a las instituciones de la existencia humana en común, es decir, reconoce al derecho su valor propio. La primera concepción la vincula al individualismo ético de Kant, en el que se reconoce únicamente valor a la personalidad ética, destruyendo con ello toda idea de comunidad entre las personas, con lo cual acaba por concebir a la sociedad como un mero agregado de intereses individuales, cuyo único sustento puede ser expresado mediante el “contrato social”. Por el contrario, a la concepción transpersonalista la identifica con el pensamiento de Hegel, para el que la humanidad tiene cometidos que sólo el género humano y no los individuos aislados pueden realizar, con lo cual reconoce que hay valores últimos exclusivamente sociales, que solamente pueden ser realizados por el derecho. Ahora bien, aunque Lask parece inclinarse en su exposición por la segunda forma de concebir el valor en el derecho, en tanto éste asigna un valor originario y propio al derecho, mientras que la forma personalista le asigna un valor meramente secundario o derivado, realmente no aporta una solución al problema, es decir, se limita a describir ambas concepciones sin decidirse por ninguna de ellas. González Vicén ha visto en esta “no respuesta de Lask” el germen de un relativismo axiológico, que Lask hereda de Jellinek y que después —como veremos— Gustav Radbruch desarrollará más ampliamente.<sup>47</sup>

#### 4. *La ciencia del derecho como ciencia cultural*

Lask dedica la última parte de su *Rechtsphilosophie* a la tercera función que asignaba a la filosofía crítica del valor, es decir, al análisis crítico del valor científico de la ciencia del derecho. Explica que la metodología de la ciencia empírica del derecho no pertenece a la filosofía del

<sup>46</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de Luis Recaséns Siches, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, p. 19.

<sup>47</sup> González Vicén, Felipe, *El neokantismo jurídico axiológico*, cit., nota 31, p. 260.

derecho, sino a la filosofía de la ciencia, en cuanto ella no trata inmediatamente del valor “derecho”, sino del valor “ciencia”. En este sentido, estima que la ciencia del derecho es una rama de las denominadas ciencias culturales, tal y como las definiera H. Rickert, pues tiene como fundamento la consideración que éste hizo de la cultura en lo referente a su relación entre la realidad inmediata y las significaciones o valores culturales. No obstante, da un paso más y divide las ciencias culturales en ciencias sistematizadoras y ciencias históricas. Las primeras tienen por objeto extraer de la complejidad de lo dado los momentos culturales típicos, para elevarlos en su estructura formal a conceptos directivos de las distintas disciplinas culturales; mientras que las segundas se proponen mostrar las individualidades de la complejidad de lo dado, con el fin de exponerlas como significaciones incomparables o indescomponibles de lo individual, que se desenvuelven en un único proceso cultural.<sup>48</sup> Entre las disciplinas sistematizadoras menciona a la ciencia del derecho, que se propone precisamente extraer, de la complejidad de lo dado y, más en concreto, de la realidad cultural referida a valores, el concepto de derecho. A este respecto, Lask reconoce en el derecho un amplio y eficaz espíritu de concepción científica. Por ello, afirma que la ciencia jurídica tiene como objetivo, en el más amplio sentido, dos temas fundamentales: investigar, en primer término, la toma de posición propia y unitaria del derecho en relación con el sustrato prejurídico de la vida y de la cultura, es decir, con la transmutación del material prejurídico en conceptos jurídicos, que correspondería a la denominada “teoría social del derecho”; y, en segundo lugar, la correlación sistemática del complejo de significaciones entre sí, es decir, de las normas de deber ser, que son reconocidas como derecho en virtud de un juicio teórico-social previo, y que correspondería a la “jurisprudencia dogmática”. Pero, en general, la tarea de la ciencia del derecho consiste en analizar la formación del concepto de derecho, que abarca las dos consideraciones antes referidas, esto es, analizar la génesis de los conceptos jurídicos, que se resume en el complejo paso del ser al deber ser.<sup>49</sup> Para ello estima fundamental considerar que “todo lo que incide en el ámbito del derecho, pierde su carácter naturalista ajeno a las referencias a valores”, es decir, que toda realidad, que es esencial o relevante para el derecho, se encuentra ya penetrada por la

<sup>48</sup> *Filosofía jurídica, cit.*, nota 33, pp. 56-58.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 68-71.

noción de fin.<sup>50</sup> Con estas consideraciones, Lask realiza una última aportación, que tendrá mucho eco en la filosofía del derecho y en concreto en la vertiente neokantiana que toma como base teórica la filosofía de los valores, pues al afirmar que la totalidad de los objetos captables por el derecho se cubren de un manto teleológico, está presentando al elemento teleológico como principio de selección necesario para conformar el concepto de derecho.

### III. RELATIVISMO DE VALORES Y ANTINOMIA DE VALORES: GUSTAV RADBRUCH

La filosofía del derecho de Gustav Radbruch (1878-1949) gira en torno a dos ejes principales: el dualismo metódico y el relativismo de valores. Es preciso, por ello, partir de estos dos elementos para analizar su pensamiento filosófico-jurídico y, en concreto, para estudiar la aplicación que hace de la filosofía de los valores al derecho. Mediante este análisis, es preciso ocuparse de las siguientes cuestiones capitales: cuál es la función que los valores tienen en su filosofía del derecho; de qué forma los integra en su concepción del derecho, y, por último, qué importancia asigna al problema de los valores en la filosofía del derecho. Sin embargo, conviene advertir también que Radbruch no trata estas cuestiones ocupándose de ellas directamente, sino que lo hace dentro de algunos de los principales capítulos de su gran obra *Filosofía del derecho*,<sup>51</sup> en concreto, en los que se refieren a las direcciones de la filosofía

<sup>50</sup> Karl Larenz reconoce que el criterio teleológico en la consideración del derecho es la aportación más importante que ha hecho Lask a la ciencia jurídica. *Cfr. Metodología de la ciencia del derecho, cit.*, nota 31, p. 118.

<sup>51</sup> Radbruch, Gustav, "Rechtsphilosophie", en *Gesamtausgabe*, Arthur Kaufmann (comp.), Heidelberg, C. F. Müller, 1993, vol. II, pp. 206-451. Esta obra se editó por primera vez en 1914 con el título *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. La segunda edición apareció en 1922 como simple reimposición de la primera, pero fechada también en 1914. Radbruch explica que la finalidad de fechar la segunda edición en el mismo año de la primera se debió a que intentaba expresar que sus ideas pertenecían a 1914, y que en 1922 ya no pensaba de la misma manera. En 1932, Radbruch revisa a fondo su obra y la edita con el título simple de *Rechtsphilosophie*. Advierte en el prólogo que en esta tercera edición se trata "más que de una nueva edición, de un nuevo libro", que quiere permanecer a un lado del primero, mas no sustituirlo. Entre las cosas específicas que se han modificado, además de la supresión del capítulo sobre la teoría del Estado, la adición de los capítulos de la parte especial, y la modificación en el tono de la narración, ha conce-

del derecho, al concepto del derecho, derecho y moral, las antinomias de la idea del derecho y la validez del derecho. Combinando estos elementos con las cuestiones en que son tratados, me propongo exponer su doctrina sobre los valores en el derecho, distinguiendo los puntos siguientes: las cuatro actitudes ante el valor, el dualismo metódico, la idea y el concepto del derecho, derecho y moral, el relativismo de valores, las antinomias de la idea del derecho y el problema de la validez del derecho.

### 1. *Las cuatro actitudes ante el valor*

Radbruch considera que en la realidad, en lo dado, “en la materia informe y tosca de nuestras vivencias” aparecen entremezclados realidad y valor. Pero mediante el proceso cognoscitivo podemos separar y distinguir el valor de la realidad. Esta acción del sujeto cognoscente, por la que se separa el ser del valor, la entiende como una actividad consciente, en el sentido de que es el hombre el que a fin de cuentas puede, o bien tomar una actitud ciega frente los valores, o bien una actitud positiva, que acaba reconociendo un reino de los valores por encima de la realidad. La primera actitud tiene como resultado el reino de la naturaleza, que para Radbruch no es otra cosa más que lo dado, depurado de toda valoración, que se convierte en objeto y esencia del método científico-natural. Mientras que la segunda actitud descubre más bien un ámbito normativo, que se refiere al deber ser, y que, en último término, se apoya en el mundo de los valores. Esta actitud es propia de la filosofía, a la que identifica plenamente con la filosofía de los valores, recordándonos la definición que ya Windelband y Rickert hacían de la filosofía como ciencia crítica de los valores.<sup>52</sup> En este sentido, Radbruch describe la filosofía, en la primera edición de su *Filosofía del derecho*, del modo siguiente: “La filosofía en su aspecto más importante, persigue no el conocimiento del ser, sino el del deber ser; no el de la realidad, sino el del *valor*; no el del conocimiento de las causas, sino el de los fines; no el de

dido mayor importancia a la justicia frente a la finalidad del derecho y la seguridad jurídica. No obstante, Radbruch reconoce que su tendencia ideológica sigue siendo la misma. Citamos por la tercera edición, traducida al español por J. Medina Echevarría en 1933 y reeditada en 1999, *Filosofía del derecho*, Granada, Comares, 1999.

<sup>52</sup> Véase *supra*, pp. 199 y 113.

la Naturaleza, sino el del *sentido* de todas las cosas”.<sup>53</sup> Resulta muy interesante contrastar esta descripción con la que ofrece en la *Vorschule der Rechtsphilosophie*, publicada en 1948:

Ante el estremecimiento de nuestro sistema de valores se comprende que nos sintamos, hoy, especialmente inclinados a concebir a la filosofía como la ciencia de los valores, como la ciencia del deber ser. Es esta clase de Filosofía la que en la Lógica nos enseña a pensar correctamente, en la Ética a obrar bien y en la Estética a sentir como es debido. A tono con esta concepción, se ha considerado a la filosofía del derecho como la teoría del derecho justo. La filosofía del derecho, por tanto, trata de los valores y las metas del derecho, de la idea del derecho y del derecho ideal, encontrando su complemento en la Política jurídica, la cual versa sobre las posibilidades de convertir ese Derecho ideal en realidad.<sup>54</sup>

Con esta interpretación se pone de manifiesto que el punto de partida de su pensamiento es el mismo del que partía el neokantismo de la Escuela de Baden, a saber: la separación de la realidad y el valor, del ser y el deber ser. Sin embargo, al igual que Lask, Radbruch no habla de dos dimensiones o realidades distintas, sino que se refiere a una sola realidad, frente a la cual los hombres en principio podemos adoptar dos actitudes distintas: la de la ceguera ante el valor o la del reconocimiento pleno de los valores. Sin embargo, indica que entre la realidad y los valores existe un puente, lo que significa una tercera actitud, que sirve de punto de intersección del ser y el valor. Este punto de conexión lo llama también la referencia a valores, y es propio del mundo de la cultura,<sup>55</sup> pues

<sup>53</sup> Radbruch, Gustav, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914, p. 3; citado por Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, p. 228.

<sup>54</sup> “Vorschule der Rechtsphilosophie”, en Kaufmann, Arthur (comp.), *Gesamtausgabe*, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, vol. III, pp. 121-229; hay traducción al español de Wenceslao Roces, con el título de *Introducción a la filosofía del derecho*, 4a. ed., Madrid, FCE, 1974, p. 23.

<sup>55</sup> Me parece que con esto Radbruch logra recoger una de las aportaciones más importantes que el neokantismo cultural hace a las ciencias sociales, pues —como ya hemos podido constatar— Rickert reconocía tres dimensiones en la realidad: una primera, que constituye la del ser de la realidad, y que corresponde al mundo de la naturaleza; una segunda, que se refiere a los valores abstractos o universales, y que corresponde al campo de la filosofía, y una tercera, la dimensión del sentido, que constituye precisamente la conexión entre los objetos de la realidad y los valores, constituyendo así el

para él la cultura no es en manera alguna valor puro, “sino una mezcla de humanidad y barbarie, de refinamiento y mal gusto, de verdad y error, pero sin que ninguno de sus fenómenos pueda pensarse sin referencia al valor, ya lo promuevan o lo impidan, ya lo malogren o lo realicen”.<sup>56</sup> La cultura, por tanto, no es la realización plena de los valores, pero sí el conjunto de datos que consiguen sentido y razón de ser sólo en cuanto se orientan y se esfuerzan por realizar los valores.

Radbruch reconoce además una última actitud ante los valores, una actitud que no consiste en la negación o afirmación del valor, sino en su superación, es decir, en su pleno reconocimiento y en la completa superación del valor y del desvalor. Esta actitud es la propia de la religión, que para Radbruch significa “afirmación de todo lo que es, a pesar de todo”.

La Religión, —escribe literalmente— brota de la insoportabilidad del contraste entre valor y realidad, y debe brotar de continuo en cada momento, sin convertirse en estado permanente, sin rebajarse a conducta ciega ante el valor, la que debe superar. No es un claustro en el que se entra para no salir jamás, sino capilla de peregrino en la que, por corto tiempo, han de colgarse los báculos como si fueran exvotos.<sup>57</sup>

Una vez que Radbruch ha establecido las cuatro actitudes que podemos tomar ante el valor y la realidad, procede a ubicar el derecho en uno de esos cuatro modos de considerar las cosas. Lo primero que advierte es que el derecho es una obra humana y, como tal, un fenómeno cultural, que sólo puede comprenderse a través y con relación a su referencia a un valor (*Wert*) o idea (*Idee*). Por lo tanto, el derecho, como realidad, como producto del hombre y la cultura, sólo adquiere sentido y puede ser comprendido en su consideración como realidad referida a valores. En este mismo sentido, afirma que ante una obra humana es imposible una con-

mundo de la cultura (véase *supra*, p. 113). Otro neokantiano de la Escuela de Baden, R. Kroner, logra sintetizar la perspectiva que el neokantismo aporta sobre la cultura, en el siguiente enunciado: “El concepto de cultura no significa sólo una realidad, algo que esté ahí o que acontezca, sino que significa también, a la vez, el sentido de esta realidad; cultura no es algo dado, existente o acontecente como la Naturaleza, sino algo que nosotros los hombres producimos, en tanto que seres capaces de dar sentido a las cosas y de percibirlo en ellas”. Cfr. *Die Selbstverwirklichung des Geistes: Prolegomena zur Kulturphilosophie*, Tübingen, 1928, p. 3, citado por González Vicén, Felipe, “El neokantismo jurídico axiológico”, *cit.*, nota 31, p. 254.

<sup>56</sup> *Filosofía del derecho*, *cit.*, nota 5, p. 3.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 4.

sideración ciega respecto al valor; por tanto, en el derecho, o en cualquier fenómeno jurídico, es imposible querer prescindir de los valores a los que está referido, lo cual implica, por otra parte, que el valor al que se refiere el derecho, su idea, es su principio constitutivo; es decir, que el concepto de derecho sólo puede ser determinado como conjunto de datos, cuyo sentido estriba en la realización de su valor. “El derecho —escribe textualmente— puede ser injusto (*summum ius-summa iniuria*), pero es derecho en tanto que su sentido es ser justo”.<sup>58</sup> Esta relación del concepto de derecho y su idea le llevará, a lo largo de casi toda su vida intelectual, a plantearse de diversa manera el problema que se suscita al querer determinar la relación concreta entre ser y deber ser, entre realidad y valor.

## 2. *El dualismo metódico*

La segunda cuestión que es ineludible afrontar es la del dualismo metódico. Pues bien, su justificación última la encuentra en la distinción kantiana de ser y deber ser, así como en la afirmación de que es imposible derivar el deber ser del ser. A este respecto escribe: “Las proposiciones de deber, los juicios axiológicos, las valoraciones, no pueden fundamentarse inductivamente sobre aseveraciones del ser, sino sólo deductivamente sobre otras proposiciones de la misma naturaleza”.<sup>59</sup> La esencia de todo dualismo metódico consiste precisamente en que ser y deber ser aparecen como círculos independientes y cerrados, como esferas autónomas que no se rozan entre sí, lo que implica la imposibilidad de derivar el valor de la realidad, de obtener lo justo de una situación de hecho.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>60</sup> Es por todos conocido que la teoría pura del derecho de Kelsen tiene también como punto de partida el dualismo metódico. Sin embargo, es necesario apuntar algunas de las diferencias esenciales entre el dualismo metódico de Kelsen y el de Radbruch. En primer lugar, la separación que hace Kelsen del ser y el deber ser establece un abismo insuperable entre las dimensiones de realidad e idealidad. La separación es absoluta, de tal manera que no se puede establecer ningún tipo de relación o comunicación entre ellas. No existe ninguna instancia intermedia que sirva de puente. Pero además, Kelsen reduce toda la dimensión del deber ser a la dimensión normativa, calificándola además de formal, lo que implica la exclusión de todos los valores y de su contenido material. De esta manera, Kelsen considera que la esfera normativa se puede entender solamente desde

Ahora bien, Radbruch especifica que esta independencia de ser y deber ser, y esta incapacidad de derivar el deber del ser, se refieren más bien a la imposibilidad de establecer una relación lógica entre el ser y el deber o, lo que es lo mismo, a la pretensión de fundar el deber sobre el ser. Mas no excluye la posibilidad de establecer una relación causal, en el sentido de que ciertos juicios de valor son de hecho causados o motivados por ciertos acontecimientos y circunstancias. Ya desde la tercera edición de su *Rechtsphilosophie*, como en un artículo de 1923 que se intitula “Rechtsidee und Rechtsstoff” (Idea y materia del derecho),<sup>61</sup> Radbruch reconoce la determinabilidad material de la idea en un doble sentido: en el sentido de que la idea vale para una determinada materia, y, a su vez, en el sentido de que la materia que pretende dominar actúa sobre ella.

### 3. Las direcciones de la filosofía del derecho

La tensión que Radbruch encuentra en la relación de realidad y valor, de ser y deber ser, se muestra especialmente clara y evidente al ser utilizada como hilo conductor de su análisis de las distintas direcciones seguidas por la filosofía del derecho. Hasta antes del siglo XIX —expli-

una perspectiva lógica, por lo que excluye, además, la consideración teleológica de la esfera normativa. Estos supuestos metodológicos le llevan a entender al derecho como una ciencia normativa, cuyo método lógico, al no tener contacto alguno con el ser, es decir, con la materia, es estrictamente formal. Radbruch, como veremos más adelante, admite un dualismo metódico sustancialmente distinto al de Kelsen; primero porque reconoce la instancia de valores dentro de la dimensión del deber ser, lo que implica reconocer un elemento material, su método es teleológico y no meramente lógico; pero, además, la diferencia esencial consiste en que Radbruch, al reconocer en la cultura una instancia intermedia entre la realidad y el valor, termina aceptando un trialismo jurídico. Véase de Kelsen especialmente su *Teoría general del derecho y del Estado*, 5a. ed., trad. de E. García Maynez, México, UNAM, 1949, 1995, esp. pp. 3-16. Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., nota 31, pp. 90-103, y Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La filosofía del derecho en el siglo XX* (México, Editora Nacional, 1974), pp. 114-160 (véase *infra*, pp. 236-239).

<sup>61</sup> “Rechtsidee und Rechtsstoff”, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, núm. 17 (1923-1924), pp. 343-350. Sobre este artículo de Radbruch véase Martínez Bretones, Ma. Virginia, *La filosofía del derecho de Gustavo Radbruch* (Madrid, Fragua, 1994), pp. 117-124. Sobre la vida y obra de Gustav Radbruch también puede verse de la misma autora: *Gustav Radbruch. Vida y obra*, 2a. ed., México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

ca— toda filosofía del derecho era identificada con la doctrina del derecho natural. Aunque reconoce que en torno a este concepto se han presentado y desarrollado varias manifestaciones y consideraciones diferentes, considera que todo derecho natural parte de la proposición de que la realidad misma es valiosa y, por lo tanto, que del ser de la realidad podemos desprender el deber ser de las cosas.<sup>62</sup> Cuatro rasgos esenciales caracterizan —según él— al derecho natural; a saber: que ofrece juicios de valor con contenido determinado; que estos juicios al corresponder y derivarse de sus fuentes —naturaleza, Dios, razón—, son inmutables y de validez general; que los valores son accesibles al conocimiento, y, por último, que tienen primacía sobre las leyes de derecho positivo. Por ello, estima que al pretender reducir el ser por el deber ser, el derecho positivo por el derecho *justo*, el derecho natural hace “quebrar el derecho positivo”.<sup>63</sup> Justo lo contrario sucede en la Escuela Histórica del derecho, pues, al reconocer como derecho tan sólo el derecho que es producido por el pueblo, absorbe el deber ser en el ser del derecho, el valor jurídico por la realidad desnuda del derecho. Al otorgar el mismo valor a toda manifestación jurídica que proceda del “espíritu del pueblo” (*Volkgeist*), la concepción historicista del derecho abandona el carácter crítico e identifica plenamente al derecho vigente de un determinado mo-

<sup>62</sup> Más adelante, al analizar la posición iusnaturalista de J. Messner y A. Verdross respecto de la filosofía de los valores, podremos constatar que un elemento esencial de la doctrina del derecho natural es su consideración de la realidad como valiosa en sí misma (véase *infra*, pp. 247-257).

<sup>63</sup> Radbruch afirma también que el argumento en contra del derecho natural, que se refiere a la historicidad del derecho, no es en verdad un argumento definitivo, y que bien se puede refutar aludiendo a que el error en la concepción del derecho natural en sí no merma o ensombrea su plena verdad. Pero añade que el golpe definitivo que sufrió el derecho natural proviene más bien de la teoría del conocimiento, es decir, de Kant, y no de Savigny, en el sentido de que la razón humana no es un arsenal de conocimientos teóricos acabados, de normas éticas que se van aplicando a la realidad, sino que la razón contiene un conjunto de categorías que van tomando del material dado su contenido. Así que, al ser imposible afirmar que el contenido de los juicios que proviene del material dado empíricamente es universal e invariable, lo único que nos queda es un contenido que puede ser válido para un momento histórico y un lugar determinado. *Cfr. Filosofía del derecho, cit.*, nota 51, p. 18. Cabe destacar que el argumento al cual se enfrenta Max Scheler para demostrar que es posible un conocimiento ético material fundado en valores absolutos e inmutables es precisamente el argumento kantiano, que aquí opone Radbruch al derecho natural. Más adelante veremos cómo H. Coing, apoyándose en la filosofía de los valores de Scheler, intenta basar la idea del derecho en valores objetivos de contenido material (véase *infra*, pp. 199-221).

mento histórico con el derecho justo.<sup>64</sup> Pero en donde con más riqueza de consecuencias ha operado la tensión entre el valor y la realidad es en la concepción materialista de la historia, que hace depender el deber del ser, pues al someter el desarrollo histórico a las fuerzas de la economía acepta la absoluta determinación de todo valor y de toda idea por el ser de la realidad. Por ello, el materialismo histórico pretende explicar, a partir de la estructura económica de una sociedad determinada, la totalidad de las instituciones políticas y jurídicas, así como todas las ideas filosóficas y religiosas de una determinada época histórica. En este sentido, es clarificadora la definición que K. Marx da sobre lo ideal como “lo real transportado y traducido a la mente humana”.<sup>65</sup>

A pesar de que Radbruch considera que las anteriores direcciones de la filosofía del derecho cometen un equívoco al poner un mayor énfasis en alguno de los dos elementos, ya sea en el valor o en la realidad, subsumiendo el uno en el otro, con lo que se diluye la tensión entre el ser y el deber, acepta que mientras estas direcciones lograron expresar esa tensión el fuego de la filosofía del derecho se mantuvo vivo; pero que, una vez que el positivismo hizo su entrada en la historia condenando de antemano toda investigación sobre el valor, la llama de la filosofía del derecho se extinguió por completo. “Entramos en la centuria del positivismo jurídico —se lamenta Radbruch—, no se investiga ya más en la realidad del derecho el valor jurídico, antes bien, se declara anticientífica toda consideración valorativa del derecho, por lo que hay que limitarse a una consideración empírica del mismo”.<sup>66</sup> Radbruch ve en el positivismo jurídico una consideración monista del derecho, pues la negación de todo juicio de valor le lleva a estructurar una ciencia empírica, que intenta sustituir la filosofía del derecho por la teoría general del derecho, la cual, de no ser porque en su interior y contra su voluntad late inextirpablemente la apetencia filosófica, habría que considerarla como una verdadera eutanasia de la filosofía jurídica.

De la concepción positivista del derecho emerge Rudolf von Jhering, del que Radbruch reconoce que, aunque en el fondo de su propuesta de que el “fin” es el verdadero creador del derecho late la superación del positivismo, realmente nunca llegó a concebir la idea del fin como una

<sup>64</sup> Véase Rodríguez Molinero, M., *Derecho natural e historia*, cit., nota 35, pp. 83-104.

<sup>65</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, p. 24.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 26.

idea supraempírica, que pudiera servir para medir la justicia del derecho positivo, sino más bien como el hecho empírico que refleja la posición de los distintos intereses humanos. Jhering, por lo tanto, nunca alcanzó a distinguir el ser y el valor. Su concepto positivista de ciencia le llevó a conservar un método monista que le impidió reconstruir las bases de la filosofía del derecho.<sup>67</sup> Ante el fracaso de Jhering, fue Stammler —dice Radbruch—, quien, al restaurar la independencia de una consideración valorativa del derecho al lado de la investigación de la realidad jurídica en el terreno del dualismo metódico de la filosofía kantiana, logra dar una nueva fundamentación a la filosofía del derecho. Destaca en Stammler dos ideas fundamentales: que junto a la investigación del derecho positivo debe siempre desenvolverse con plena independencia la “Teoría del derecho recto”; y que esta teoría no desarrolla ni pretende desarrollar ningún sistema de filosofía del derecho, sino tan sólo constituirse en un método crítico del derecho. Sin embargo, advierte que Stammler tan sólo planteó, mas no resolvió, los problemas de la filosofía del derecho, y además estima que se limitó a desarrollar una teoría del conocimiento jurídico, una “crítica de la razón jurídica”, que fue capaz de llevar los postulados de la *Crítica de la razón pura* kantiana al derecho. No obstante, la principal crítica que Radbruch hace a Stammler consiste en señalar que su dualismo metódico le llevó a proponer el concepto de derecho con radical independencia de la idea del derecho, siendo que, como ya hemos apuntado, él sostiene que ninguna obra humana puede ser comprendida sin relación a una idea. Es decir, entiende que la filosofía no puede conformarse con una separación absoluta del ser y el deber ser, de la realidad y el valor, sino que entre el juicio de valor y el juicio de la realidad es preciso reconocer la existencia de un tercer estadio, que sirva de intermediario. Este estadio —como ya hemos constatado— corresponde a la cultura,<sup>68</sup> en el que se sustancia la referencia del ser al valor y

<sup>67</sup> Sobre Ihering afirma textualmente: “Si no hubiera visto sólo la existencia de fines de hecho, sino también ante sí la exigencia del *fin*, y hubiera vivido la confrontación de la realidad jurídica como una medida normativa del derecho, hubiera percibido el dualismo entre la consideración de la realidad jurídica y la del valor jurídico, y superado el utilitarismo de las parciales posiciones de fines en una absoluta y suprema idea de fin”. *Ibidem*, p. 29.

<sup>68</sup> En su obra *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Radbruch define la cultura como “un reino intermedio entre el polvo y las estrellas, el reino del humano anhelar y crear, que se halla situado entre el reino natural del ser y el reino ideal de los valores puros”. El derecho, pues, “se encuentra entre la calma inocente de la naturaleza y la calma sublime

en el que se sitúa el derecho. El derecho, por lo tanto, es para Radbruch una realidad referida a valores, un hecho cultural, en el que la idea constituye el valor al que se dirige y pretende realizar. Con ello es consciente de que supera el dualismo metódico del que en un principio parte, para adoptar un “trialismo” en la consideración del derecho. Este tránsito convierte a la filosofía del derecho en una filosofía cultural del derecho, tal como la diseñara E. Lask.<sup>69</sup>

#### 4. *La idea y el concepto de derecho*

Si ya se ha establecido que el derecho, como obra humana que se inserta en el mundo de la cultura, sólo puede comprenderse en relación con el valor al que se refiere y en función a la idea que pretende realizar, es imprescindible preguntar: ¿Cuál es ese valor o idea a la que sirve el derecho? Para Radbruch, la respuesta es muy clara, pues apoyado en la glosa del primer párrafo del Digesto: “Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius”, responde que el valor al que sirve el derecho no puede ser otro que el de la justicia. Lo justo, como lo bello, lo bueno y lo verdadero, constituye un valor absoluto, un valor que no puede derivarse de ningún otro.<sup>70</sup>

Una vez establecido que la justicia es el valor o la idea a la que se orienta el derecho, es necesario ver cómo se deriva el concepto del derecho precisamente del valor de justicia a la que sirve. Como antes apuntamos, Radbruch recriminaba a Stammler el haber construido el concepto de derecho al margen de su idea, pues, como es sabido, el concepto de derecho para Stammler constituye tan sólo un principio de ordenación

del ideal, se halla en el mundo de nuestros afanes, luchas y obras, colmado de deberes y responsabilidades, pletórico de anhelos e inquietudes, lleno de esperanza y de fe. El derecho participa de nuestros impulsos ascensionales hacia las supremas alturas”. Cfr. Radbruch, Gustav, “Einführung in die Rechtswissenschaft”, en Kaufmann, Arthur (comp.), *Gesamtausgabe*, Heidelberg, C. F. Müller, 1987, vol. I, pp. 91-211; hay traducción al español a cargo de L. Recaséns Siches, *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, pp. 9 y 10.

<sup>69</sup> Radbruch también reconoce como cultivadores de esta filosofía cultural del derecho, basados en un trialismo metódico, a Max Ernst Mayer, con su *Filosofía del derecho* (1922), a Wilhelm Sauer, con su *Filosofía jurídica y social* (1929), al filósofo italiano Ravá, con su *Introduzione alla filosofia del diritto* (1919) y a Hermann Kantorowicz, con su *Ciencia del derecho y sociología* (1911).

<sup>70</sup> *Filosofía del derecho, cit.*, nota 51, p. 38.

racional, es decir, una pura forma mental, la cual, por no contener materia alguna perceptible, pretende gozar de validez universal.<sup>71</sup> Pero, además de esto y de que la idea del derecho es una forma pura,<sup>72</sup> propuso un concepto de derecho también meramente formal, al definirlo como un “querer social vinculante, autárquico e inviolable”, sin que importe a la definición del derecho el que éste sea justo o no lo sea. Esta separación es precisamente la que Radbruch critica, advirtiendo que si toda obra humana tan sólo se puede entender en función del valor que pretende realizar, no podríamos definir lo que es derecho prescindiendo de su finalidad; por eso concluye que el concepto de derecho no sólo debe contemplar el valor que realiza o al que sirve, sino que debe derivarse de él.

En lo que sí concuerda con Stammler es en que el concepto de derecho tiene que ser a priori, en el sentido de que no puede ser obtenido por el método inductivo partiendo de la observación de los hechos jurídicos, pues aunque fuera posible por esta vía alcanzar un concepto de lo que en un determinado grupo o conjunto de órdenes jurídicos se entiende generalmente por derecho, nunca se podría obtener un concepto universal y necesario. En el mejor de los casos se alcanzará un concepto causal válido en un momento y en un lugar determinados, pero no un concepto de validez universal y necesaria, el cual sólo puede ser obtenido de la referencia a la justicia como idea de derecho. Al expresar lo que esta referencia a la justicia conlleva, Radbruch indica lo siguiente: en primer lugar, la justicia significa lo reglado, lo recto; hace referencia a una ordenación; en segundo término, el derecho, al estar referido a la justicia y constituir por lo tanto una exigencia, se coloca en un punto intermedio entre la realidad y la idea, constituyéndose como una entidad normativa; en tercer lugar; el valor de la justicia, al que se orienta el derecho, tiene la cualidad esencial de versar sobre las relaciones humanas, de lo que se deduce

<sup>71</sup> Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. W. Rocas, Madrid, Reus, 1930, pp. 63-73.

<sup>72</sup> Recaséns Siches afirma que Stammler recibe de la Escuela histórica la concepción de que todo lo particular está en constante cambio; por lo tanto, no vale establecer un precepto jurídico con contenido concreto como algo perenne. El criterio de justicia como idea del derecho, por lo tanto, no puede albergar dentro de sí ningún contenido histórico, ninguna referencia a situaciones concretas, ninguna mención de materia especial. En suma, para que el criterio de justicia pueda ser universal e incondicionalmente válido, deberá ser puramente formal. Así, Stammler entiende a la justicia como una forma universalmente válida para ordenar todos los contenidos habidos y por haber. *Cfr. Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX, cit.*, nota 53, p. 61.

el carácter eminentemente social del derecho; finalmente, la esencia de la justicia consiste en dar forma a estas relaciones en el sentido de la igualdad, por lo que el derecho implica el carácter de generalidad, se erige en pretensión de generalidad.<sup>73</sup> De esta manera, Radbruch deriva del valor de la justicia el concepto mismo del derecho.

Si recordamos el significado que tanto H. Rickert como M. Weber asignaban a los conceptos en el proceso de racionalización de la realidad, comprenderemos mejor la importancia que otorga Radbruch al concepto de derecho.<sup>74</sup> Como ya hemos apuntado, tanto para Rickert como para Weber, toda realidad, todo lo simplemente dado tiene un sello de continuidad y movimiento, de heterogeneidad e individualidad, de manera que sólo a través de la actividad conceptualizadora se puede “transformar” la continuidad y heterogeneidad de la realidad en conceptos homogéneos y estables; es decir, sólo a través del concepto se racionaliza la realidad, se hace inteligible para el conocimiento humano. Para esto es necesario —apuntaba Rickert— un principio de selección a priori de carácter formal, que pueda distinguir entre lo esencial e inessential de una realidad determinada. Pues bien, ésta es la labor que compete —según Radbruch— al concepto de derecho, ya que, al ser un concepto a priori de validez universal y necesario, es capaz de hacer inteligible una la realidad jurídica. “Sólo cuando contemplamos el caos de los datos desde el punto de vista del derecho —escribe— se separan, como tierra y agua por la palabra del Creador, lo esencial jurídico de lo inessential jurídico”.<sup>75</sup>

### 5. *El derecho y la moral*

La función lógica primordial que otorga Radbruch al concepto de derecho se hace patente al distinguir las normas que pertenecen específicamente al derecho de aquellas otras normas que pertenecen a otro ámbito, como pueden ser las normas de la moral, de la costumbre y del decoro social. Sobre este problema, limitándonos a lo que constituye nuestro tema de investigación, que es simplemente el de los valores, podemos decir ante todo que Radbruch tiene muy claro que no todo es diferencia entre moral y derecho, sino que también existe una relación entre ellos.

<sup>73</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, p. 41.

<sup>74</sup> Véase *supra*, pp. 109 y 123.

<sup>75</sup> *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., nota 54, p. 43.

Esta relación no consiste, como lo observaba Jellinek, en que el derecho sea el “mínimo ético”, debido a que ambos coinciden en su contenido sólo en parte y causalmente. Su relación más bien estriba en que la moral es a la vez fin del derecho y fundamento de su validez.

Al entender la moral como fundamento de validez del derecho, Radbruch quiere indicar que una norma jurídica sólo puede considerarse un deber ser en el momento en que realiza un valor, es decir, en el momento en que vale por sí misma. “Tan sólo puede hablarse de normas jurídicas de deber ser jurídico, de validez jurídica, de deberes jurídicos, cuando el imperativo jurídico ha sido investido, en la propia conciencia, de la fuerza moral de obligar”. Ahora bien, esta referencia de la validez del derecho a un valor moral no implica convertirlo en una simple parte de la moral y a la norma jurídica en una norma moral con un contenido determinado, pues este fenómeno —explica— es similar al que se suscita en el caso de los valores de la belleza o la verdad, los cuales, al ser considerados en la perspectiva del deber, en el deber a la veracidad, por ejemplo, adquieren un carácter ético, convirtiéndose en un bien moral. De manera que el valor de la justicia, al constituirse en un deber a ser justo, a actuar conforme a la justicia, se transforma en un valor ético, en bien moral.

Por otra parte, sostiene que el derecho tiene como fin la moral, pues estima que, como ordenación normativa para la vida humana en común, el derecho posibilita el ejercicio de los derechos subjetivos y la realización de los deberes morales, es decir, permite al hombre la posibilidad de cumplir o incumplir con las normas morales. En este sentido, Radbruch advierte que “el derecho puede únicamente posibilitar la moral, y no forzarla, porque el hecho moral, por necesidad conceptual, sólo puede ser un hecho de la libertad; pero, porque sólo puede posibilitar la moral, tiene también, de modo ineludible, que posibilitar lo inmoral”. Por todo ello estima que el derecho es imprescindible para hacer posible que cada uno de los hombres, al luchar por su derecho, luchan, a su vez, por el deber de realizar su personalidad moral, con lo cual admite sin duda la fecunda relación de tensión que existe entre moral y derecho, como existe en otros aspectos de lo jurídico, cuestión que es una constante en su pensamiento.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, pp. 45-57. En estos mismos términos trata el problema de las normas morales y las normas jurídicas en su *Einführung in die Rechtswissenschaft*. Cfr. *Introducción a la ciencia del derecho*, cit., nota 68, pp. 9-11.

## 6. *El relativismo de los valores*

Como ya hemos visto, la justicia para Radbruch constituye un valor, al cual todo orden normativo que pretenda constituirse como derecho tiene que orientarse. Pero por el momento tan sólo ha descrito a la justicia en su generalidad, siendo su esencia la igualdad, y su mandato, el de tratar a los iguales como iguales y a los desiguales de forma distinta según la medida de su desigualdad, sin resolver aún el problema de a quién hay que considerar igual y a quién desigual. De manera que el valor de la justicia, tal y como lo presenta Radbruch, determina tan sólo la forma de lo jurídico, sin que de ella podamos derivar un criterio material que nos permita determinar qué es lo justo, qué criterio emplear para considerar a alguien como igual o como desigual. En términos aristotélicos, podemos afirmar que proporciona tan sólo el mandato formal de dar a cada uno lo suyo, sin que nos señale el criterio para delimitar que es lo suyo de cada uno. Consciente de este problema, indica que el valor de la justicia no puede agotar toda la idea del derecho, por lo que habrá que recurrir a un segundo elemento constitutivo del derecho. Este elemento es el fin o la finalidad. Ahora bien, por fin, al contrario que Ihering y tratando de superarlo, no se refiere a un fin empíricamente perseguido, sino a la idea de fin en su dimensión axiológica, es decir, a un valor último, al que el derecho debe adecuar su contenido. Esta idea de fin es tomada por tanto de la ética, la cual divide en dos secciones: la teoría de los bienes y la teoría de los deberes, que a su vez encuentran su punto de intersección en la teoría de los valores, en tanto que considera a los bienes morales como los valores que forman el contenido de los deberes impuestos por la moral. Así, el fin del derecho, al dirigirse tanto a los bienes como a los deberes, se refiere, en último término, a los valores que dotan de contenido y determinan el fin que pretende realizar el orden jurídico.<sup>77</sup>

Así, al ser la justicia tan sólo un valor formal para el derecho, es necesario hallar un valor concreto, un valor material que pueda determinar el fin al que el derecho debe orientarse. Ahora bien, Radbruch tan sólo admite que el derecho puede servir a los tradicionalmente denominados valores absolutos o últimos: la bondad, la belleza y la verdad. En este estrato de valor, y buscando en el amplio dominio de la experiencia, tan sólo podemos encontrar tres valores éticos absolutos a los que el derecho se

<sup>77</sup> *Introducción a la filosofía del derecho, cit.*, nota 54, p. 35.

puede orientar: los valores individuales o de la personalidad humana, los valores colectivos o comunitarios y los valores de las obras o del trabajo humano (*Werkwerte*). Estos tres grupos de valores originan a su vez tres sistemas de valores: el individualista, que aprecia ante todo los valores de la persona individual; el superindividualista, que prefiere los valores de las personas colectivas, y el transpersonalista, que considera bienes supremos a los valores de la cultura.<sup>78</sup> Las formas de convivencia que respectivamente les corresponden son: la sociedad, que se representa como una relación contractual; la colectividad, que se presenta como un todo orgánico, y la comunidad, que se concibe como un edificio en construcción en el que los miembros no se relacionan directamente sino a través de la obra común. Los ideales de cada uno de estos sistemas de valores se expresan mediante tres tópicos: la libertad, en el que los valores de la colectividad y de la cultura, incluyendo al derecho, están sometidos al valor de la persona individual; el poder, en el que tanto el valor de la persona como el de las obras culturales se subordinan al valor del Estado, y la cultura, en el que tanto el valor personal como los valores colectivos se supeditan al valor de la obra común, y que Radbruch ve expresado en frases como la de Treitschke: “Una estatua de Fidias vale por toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad”.<sup>79</sup> Estas tres formas de convivencia toman cuerpo político y luchan por subsistir a través de los partidos políticos. El sistema de valores individualista corresponde a la mentalidad liberal, para la cual el valor de la persona humana individual es primordial, y no hay nada que lo pueda limitar; dentro de ésta, para los partidos democráticos, el valor individual cede ante el valor de la mayoría de los individuos; mientras que los partidos socialistas, sin dejar de sostener el valor de la persona individual, postulan una igualdad material, es decir, exigen una libertad no sólo jurídica, sino también económica y social. Los ideales colectivistas son defendidos por los partidos totalitarios, para los que el Estado, el todo, no existe gracias a sus miembros, sino que éstos son los que existen en función de aquél. Finalmente,

<sup>78</sup> En su *Einführung in die Rechtswissenschaft* Radbruch admite expresamente que esta teoría sobre los tres grupos de valores la toma directamente de Emil Lask. Cfr. *Introducción a la ciencia del derecho*, cit., nota 68, p. 19. Pero también influye en esta clasificación la gran obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* de Ferdinand Tönnies, tal y como él mismo lo reconoce expresamente. Cfr. Tönnies, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, 1935; hay traducción al español de Salvador Gines, *Comunidad y asociación*, Barcelona, Península, 1979.

<sup>79</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, p. 69.

Radbruch dice que la visión transpersonalista no se ha materializado aún en ningún partido en concreto, sino que más bien ha servido de criterio para evaluar el desarrollo de los pueblos.<sup>80</sup>

Una vez descritos los distintos valores en los que se puede basar el fin del derecho, nos encontramos irremediabilmente con un nuevo problema, el cual abre paso a lo que antes denominábamos la segunda columna sobre la que se apoya el pensamiento jurídico de Radbruch. Este problema consiste en que, ante la pluralidad de valores, cada orden jurídico tiene que elegir tan sólo uno, puesto que, precisamente por su naturaleza de valores últimos, la elección de uno de ellos implica la exclusión del resto de valores. Ahora bien, el fondo del problema consiste para Radbruch en que, al ser los valores supremos preceptos del deber ser, no son susceptibles de conocimiento o fundamentación científica, es decir, que ni la ciencia ni la filosofía, en última instancia, pueden establecer qué valor debe prevalecer sobre otro, por lo que tampoco se podrá discernir objetivamente qué valor debe ser el fundamento del fin del derecho. En última instancia reconoce que esta elección supone una decisión personal, una decisión que sólo puede anidar en la conciencia de cada individuo y que pertenece a su personal concepción del mundo y de la vida (*Welthanschauung*).<sup>81</sup>

Ahora bien, aunque la ciencia y, más en concreto, la filosofía del derecho, no pueden determinar cuál es el valor último en el que se basa el fin del derecho, Radbruch les reconoce una triple función ante el problema del valor:<sup>82</sup>

1. Exponer los medios necesarios para la realización del valor, así como las consecuencias que ésta conlleva.

<sup>80</sup> *Introducción a la filosofía del derecho, cit.*, nota 68, pp. 35-38.

<sup>81</sup> Sobre esto dice textualmente Radbruch: "Allí donde se enfrentan, combatiéndose, preceptos contrapuestos y supremos del deber ser, concepciones contrapuestas del valor, del mundo y de la vida, no cabe entre ellas una decisión científica de carácter unívoco". *Cfr. Filosofía del derecho, cit.*, nota 51, p. 11.

<sup>82</sup> En este punto se hace patente la influencia que Radbruch recibe del relativismo axiológico de Weber. Como hemos mencionado en la primera parte del presente trabajo, Weber adopta también una actitud relativista ante los valores, reconociendo que la ciencia no puede determinar la preeminencia de un valor sobre otro. Incluso asigna a la filosofía la misma función que Radbruch, a saber: el esclarecimiento del valor, la delimitación de las consecuencias que la aceptación de un determinado valor conlleva, los medios necesarios para su realización, e incluso desentrañar el significado último de dicho valor (véase *supra*, p. 83).

2. Develar la concepción del mundo que está detrás de toda valoración, así como explicar el valor con base en los supuestos que su propia realización exige.
3. Desarrollar de un modo sistemático las posibles valoraciones existentes.

Esto implica desarrollar sistemáticamente todos los supuestos últimos que puedan pensarse y, con ello, todos los puntos de partida para la valoración jurídica, así como exponer de modo exhaustivo todos los sistemas de valores jurídicos en sus contrastes y parentescos, así como bosquejar, dentro de los límites de una tópica de todas las concepciones posibles del mundo y de la vida, una tópica de todas las concepciones posibles del derecho, dando de esta manera, no el sistema de la filosofía del derecho, sino una descripción de todos los sistemas posibles.

Así pues, la función que la filosofía del derecho realiza en lo referente al discernimiento personal del valor se limita a esclarecer el valor, a proyectarlo según sus últimas consecuencias, a extraer su significado último según la concepción del mundo en el que se sostiene; pero en ningún momento podrá determinar la elección del individuo o pretender presentar un valor determinado como el único verdadero y adecuado para servir de fundamento al fin del derecho. Esta postura ante el valor es precisamente la que el mismo Radbruch denomina relativismo axiológico.<sup>83</sup> Pero hay que aclarar, como él mismo lo hace, que su relativismo pertenece exclusivamente a la razón teórica, y no a la razón práctica: lo que implica que, si bien, por un lado, renuncia a la fundamentación científica de las actitudes supremas del valor, no renuncia a la toma de posición misma. Para Radbruch, el relativismo no tiene nada que ver con la actitud agnóstica característica del hombre escéptico que termina aceptándolo y

<sup>83</sup> Sería un error pensar que el relativismo de Radbruch también es heredado de Windelband y Rickert, pues, como ya hemos intentado demostrar, éstos se esforzaron considerablemente en demostrar la objetividad de los valores y vieron la necesidad de asignar a los valores una validez universal, aunque, por otro lado, tan sólo hayan conseguido asignarles una validez formal y no una validez material. Pero incluso no podríamos afirmar tajantemente que el relativismo haya sido aceptado del todo por Emil Lask, pues, como ya hemos visto, aunque no nos da una respuesta sobre qué sistema axiológico (personalista o transpersonalista) otorga un valor al derecho, él mismo califica al historicismo como la forma más peligrosa de relativismo (véase *supra*, p. 156). Por otra parte, es el mismo Radbruch el que reconoce que debe su posición relativista a pensadores como Max Weber, Georg Jellinek y Hermann Kantorowicz. *Cfr. Filosofía del derecho, cit.*, nota 51, p. 13.

justificándolo todo, al no poder justificar nada. Presenta al relativismo, más bien, como una actitud crítica, una convicción moral capaz de servir como fundamento de un conocimiento objetivo, del que incluso se pueden derivar exigencias absolutas.<sup>84</sup> La “verdad” del relativismo estriba en que es imposible poder demostrar científicamente la existencia y validez de una verdad moral absoluta, de lo que se deriva que todas las convicciones morales tienen el mismo valor, sin que ninguna de ellas pueda erigirse en verdadera excluyendo las pretensiones de las demás. Este principio lo traslada al derecho, por lo que todo contenido de derecho justo se establece como tal con relación a un determinado sistema de valores, que sólo puede tener validez en una determinada situación social, pero nunca puede tener validez absoluta o inmutable, pues es imposible demostrar científicamente la idoneidad de un sistema de valores sobre otro. “En la diversidad de los hombres —dice Radbruch citando a Goethe— se fundan diversos modos de pensar; por ello, una convicción general y uniforme es imposible. Cuando se sabe en qué lado se está, se ha hecho bastante; sólo así se está tranquilo y se es justo para con los demás”.<sup>85</sup>

Radbruch presenta además al relativismo como el presupuesto ideológico de la democracia, pues al considerar que ninguna ideología es demostrable ni refutable y que, por lo tanto, cada una de ellas merece respeto, posibilita la actividad política de los distintos partidos políticos, que representan la diversidad de valores que buscan prevalecer en una sociedad plural, permitiendo conceder la dirección del Estado a toda concepción que sepa ganarse la mayoría. Pero además permite tomar una actitud crítica ante la concepción del mundo que se haya hecho desde el poder, pues al considerarlas todas del mismo valor, es decir, todas imperfectas y refutables, impide que éstas, una vez que se han encumbrado en el poder, intenten sacralizarse y erigirse en absolutas y verdaderas.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Radbruch profundiza sobre la relación entre relativismo y derecho en un artículo de 1934, escrito originalmente en francés y publicado también en alemán con el título “Der Relativismus in der Rechtsphilosophie”, en *Der Mensch in Recht.*, Göttingen, 1957, pp. 80-87; hay traducción al español por Luis Villar Borda, *Relativismo y derecho*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992, pp. 1-11.

<sup>85</sup> Esta cita la extrae Radbruch de una carta que Goethe escribe a Reinhard el 22 de enero de 1811, tras la lectura de su obra *Historia comparada de los sistemas filosóficos*. Cfr. *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, p. 16.

<sup>86</sup> El fundamentar el sistema democrático sobre un relativismo filosófico permite a Radbruch abrir dos frentes: por una parte defender el sistema de partidos de la República de Weimar, y por el otro lado, ya una vez que el nacionalsocialismo empezaba a absolu-

### 7. *Las antinomias de la idea del derecho*

Hasta aquí Radbruch ha dejado claro que el derecho, como fenómeno cultural, se encuentra referido a un valor, en concreto al valor de la justicia. Pero el valor de la justicia, al ser formal, no nos dice nada acerca del criterio para identificar lo que es igual y lo que es desigual. Esta cuestión remite al problema del fin del derecho como su elemento material. Ahora bien, el problema del fin, que se traduce en un problema de valores, se mueve en el ámbito de las concepciones de la vida, que son relativas y, por lo tanto, dependen de una decisión personal. Pero el relativismo no puede ser la última palabra del derecho, pues “como ordenación de la vida común, por ser ante todo un orden, no puede ser abandonado a la diversidad de opiniones de los individuos, a la irresoluble batalla de las ideologías políticas”.<sup>87</sup> Surge, pues, la necesidad de reconocer un tercer elemento constitutivo del derecho, que pueda establecer orden y paz en la lucha por “el fin del derecho”. Así accede Radbruch al valor de la seguridad jurídica como tercer elemento de la idea del derecho. La seguridad jurídica —explica— exige la positividad del derecho, subsume en ella misma los valores de orden y paz. Ésta, como la justicia, no se mueve en un ámbito relativista, pues se eleva sobre el conflicto suscitado por las concepciones en torno al derecho y al Estado y por encima de la lucha de los partidos. Con lo que resulta ser tan propio del concepto de derecho justo el ser positivo, como es tarea del derecho positivo el ser justo en sus contenidos.

Existe, por último, otra cuestión muy importante relativa al orden jerárquico entre los tres valores o elementos del derecho: la finalidad u oportunidad, la justicia y la seguridad jurídica. Esto se debe a que Radbruch considera que, aun a pesar de que se podría dividir la función que cada uno de los tres elementos de la idea del derecho desempeñan sobre una orden normativo determinado, de tal modo que la justicia midiera si ese orden se estructura bajo la forma de lo jurídico, la oportunidad o finalidad indicará si sus contenidos son adecuados o no, y la seguridad jurídica juzgará sobre la posibilidad de validez o vigencia de tal orden, al

tizarse en el poder destruyendo a la República de Weimar desde sus propios cimientos, adoptar una actitud crítica ante un régimen que pretendía poseer la verdad absoluta de la realidad.

<sup>87</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, p. 90.

estar los tres elementos íntimamente relacionados, y al referirse, aunque de distinta manera, a la misma realidad jurídica y exigirse mutuamente, los tres elementos del derecho establecen una relación de contradicción y de tensión, a la que denomina “las antinomias de la idea del derecho”.<sup>88</sup> Así, justicia y finalidad u oportunidad se contradicen en cuanto que la justicia significa igualdad, universalidad y generalidad del precepto jurídico, mientras que la finalidad u oportunidad implica un esfuerzo constante por individualizar y concretizar los preceptos jurídicos en orden a obtener los fines que se quieren alcanzar. A su vez, la seguridad se opone tanto a la justicia como a la finalidad, en cuanto que —como hemos visto— exige la positividad, es decir, pretende que el orden jurídico vigente valga sin consideración de su justicia y de sus fines. “Pues la positividad como *factum*, como fuerza que se impone, puede no tomar en cuenta las exigencias de la justicia, puede sacrificar los fines ajenos al orden jurídico, cuando su positividad y su validez se constituyen en un fin en sí mismo”.<sup>89</sup>

La tensión que existe entre estos tres elementos del derecho, las antinomias de la idea del derecho, como ahora la denomina Radbruch, aparentemente se ha ido resolviendo a lo largo de la historia, en la medida en que una determinada época histórica o corriente del derecho se inclina o pone el acento en uno u otros de los tres elementos. Así, explica que si bien el Estado-policía intentaba hipostasiar el elemento de la finalidad, a saber: el desarrollo de la personalidad individual, la época del derecho natural intentó derivar de la idea de justicia todos los contenidos jurídicos para su vigencia, mientras que el positivismo, al estimar sólo necesaria la positividad y la seguridad jurídica, abandonó cualquier intento de introducir las exigencias del valor de justicia y del elemento teleológico en el derecho positivo. Basado en este argumento historicista, propugna la relatividad de la jerarquía de los tres elementos de la idea del derecho, una relatividad que en sí misma es irresoluble, pues la filosofía del dere-

<sup>88</sup> Radbruch también aborda el problema de las antinomias en su artículo “Die Problematik der Rechtsidee” (Problemática de la idea del derecho), *Die Dioskuren Jahrbuch für Geisteswissenschaften*, München, 1924, vol. 3, pp. 43-50.

<sup>89</sup> Radbruch ofrece dos ejemplos de esta antinomia: el primero es la santidad de la cosa juzgada, pues, aun cuando se logra demostrar que la sentencia es injusta, en función de la seguridad jurídica se debe reconocer plena validez a la sentencia; y el segundo, la prescripción positiva o usucapión, que reconoce la validez de una situación antijurídica con el fin de proporcionar firmeza y seguridad a la vida jurídica.

cho no puede indicarnos cuál de los tres elementos debe ser preferido sobre los otros. “La filosofía no debe proporcionar decisiones, sino situarnos ante la decisión; no debe hacer la vida fácil, sino, precisamente, problemática. Un sistema filosófico —ejemplifica— debe asemejarse a una catedral gótica, en donde las masas se sostienen al pugnar unas con otras”.<sup>90</sup>

### 8. *La validez del derecho*

Íntimamente vinculado al problema de las antinomias se encuentra en Radbruch el problema de la validez del derecho, pues considera que la validez del derecho a lo largo de la historia se ha fundamentado en alguno de los tres valores o elementos que conforman la idea del derecho: la justicia, la finalidad u oportunidad y la seguridad jurídica. Estima que el núcleo de este problema se encuentra, a su vez, en lo que Jellinek llamó “normatividad de lo fáctico”, es decir, ¿cómo es posible que surja una norma o deber ser, de un hecho, del ser? Para empezar, considera que la ciencia del derecho es incapaz de resolver este nuevo problema, pues sólo puede demostrar la validez normativa de un precepto jurídico en relación con otro precepto normativo, pero nunca podrá demostrar la validez de los preceptos jurídicos supremos, los llamados principios fundamentales, como tampoco la validez de un precepto jurídico en sí mismo sin hacer referencia a otras normas. Frente a esta incapacidad de la ciencia del derecho, un intento de fundamentar la validez del derecho sería el que desarrolló la teoría histórico-sociológica, que recurre al mundo del ser para fundamentar el deber ser. Esta teoría afirma que un orden jurídico tiene validez si ha sido capaz de lograr un cumplimiento efectivo, ya sea por convencimiento o reconocimiento de los individuos, o por medio de coacción y castigo.<sup>91</sup> Sobre esta teoría, y en particular sobre la teoría de la fuerza, la *Machttheorie*, Radbruch afirma que la fuerza, es decir, un poder coactivo, a lo más puede provocar una necesidad ineludible de cumplimiento, un *müssen* o tener que, pero no un *sollen* o deber ser, quizá la obediencia y sumisión, pero nunca un deber de obedecer.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, p. 95.

<sup>91</sup> Como referencia a esta teoría, Radbruch cita directamente a Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1926, p. 368.

<sup>92</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, pp. 99-101.

La otra teoría de la validez que examina Radbruch es la teoría del reconocimiento. Señala que su error consiste en hacer depender el deber de un precepto, del reconocimiento de la voluntad arbitraria de la persona, cuando el reconocimiento no es una obra de la voluntad, sino del sentimiento. Explica que no está en manos del hombre el reconocer o no el deber, ni tampoco juzgar si su aceptación del deber es correcta; sólo le queda el reconocerlo aunque después no lo realice. “Lejos de nuestro arbitrio —afirma textualmente— está encontrar algo justo o injusto, como encontrar algo hermoso o feo, bueno o malo, verdadero o falso, y aun menos podemos eliminar a capricho el gusto, la conciencia y la razón”.<sup>93</sup> Lo que quiere decir que el deber de una norma procede de la norma misma, es decir, es objetivo, y no depende de la conciencia subjetiva de la persona, lo cual implica que el hecho de que seamos obligados a cumplir una norma quiere decir que esa norma tenga validez, como tampoco esa calidad normativa se deriva del reconocimiento que el sujeto hace de un precepto. En este punto vuelve a aparecer el dualismo metodológico que sustenta su pensamiento, en el sentido de que el deber es independiente del ser, y que el primero de ninguna manera se puede derivar del segundo. Esto implica en definitiva que para Radbruch la validez de la norma jurídica sólo se pueda fundamentar en valores, en tanto éstos comparten la misma naturaleza normativa y se deriva de ellos un deber ser.<sup>94</sup> Con esta afirmación inicia el tránsito a la teoría filosófica de la validez del derecho.

Pero a continuación Radbruch pregunta —y aquí es donde parece dar marcha atrás— si una teoría filosófica de la validez, fundada en valores objetivos, no conduce necesariamente a la equiparación del derecho justo con el derecho positivo y, por lo tanto, a un retorno a la doctrina del derecho natural. A lo que responde que si los fines o valores del derecho fuesen científica y claramente determinables, es decir, si el problema de

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>94</sup> En este punto parece que Radbruch coincide, aunque no lo reconozca expresamente, con la idea fundamental de la *Ética de los valores* de Max Scheler, en el sentido de que, al estar el deber fundado en el valor, éste tiene que reconocerse por el hombre, y que ese reconocimiento corresponde al sentimiento, a esa lógica del corazón que nos permite aprehender los valores y el deber objetivamente. Esta relación con el pensamiento de Max Scheler es posible, pues Radbruch publicó la reelaboración de su *Filosofía del derecho* en 1932, es decir, cuatro años después de la muerte de Scheler y casi catorce años después de la publicación de su obra cumbre *Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik* (véase *supra*, p. 104).

los fines del derecho no fuera un asunto de decisión personal, esto es, relativo, y la ciencia del derecho pudiera mostrarnos con todo rigor cuál es el primer valor al que el derecho tiene que servir, tal como se “desenmascara el error ante la verdad descubierta”, se tendría que anular todo derecho positivo que no coincidiera con el derecho natural científicamente conocido. Pero, como hemos visto ya, para Radbruch el problema del fin del derecho es esencialmente relativo, lo que implica que nadie puede demostrar objetivamente el valor supremo al que debe orientarse el derecho.<sup>95</sup> De esta posición relativista saca una consecuencia más respecto de la validez del derecho, que consiste en que, al no poderse demostrar objetivamente en qué valor supremo debe basarse el derecho, el problema de la validez del derecho se convierte en un enfrentamiento de las distintas concepciones de vida y del derecho y, por lo tanto, en un problema científicamente irresoluble.<sup>96</sup>

A pesar de esto, Radbruch ofrece una base más segura, en cuanto sugiere que el derecho, como orden de vida en común, no puede quedar abandonado a las distintas concepciones de la vida y del mundo y, por lo tanto, ese enfrentamiento debe ser solucionado por una posición supraindividual, por una voluntad y una fuerza que sean capaces de poner término a la lucha de concepciones jurídicas contrapuestas. “Si nadie es capaz de fijar lo que es justo —escribe—, alguien tiene que establecer lo que debe ser derecho”. Y ese alguien tan sólo puede ser aquel que es capaz

<sup>95</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 51, p. 103.

<sup>96</sup> En pocos problemas como en el de la validez del derecho se ve tan claro que el relativismo de Radbruch se refiere al conocimiento de los valores, es decir, a su dimensión gnoseológica, y no a su dimensión ontológica, pues ciertamente reconoce un reino de valores objetivos, que se erige por encima del ser, y que no comparte su elemento histórico ni contingente. Sin embargo, afirma que el conocimiento que tenemos de los valores no es absoluto, sino relativo, en tanto depende de la situación histórica y de la capacidad cognoscitiva de cada sujeto. La distinción de un objetivismo ontológico y un relativismo gnoseológico, aquí patente, es importante para comprender en su justa medida su relativismo, pues con ello se pone de manifiesto que no renuncia a la verdad objetiva. Su relativismo, por tanto, no es escepticismo o nihilismo aniquilador, como el de Nietzsche, sino un relativismo crítico, que le sirve como instrumento para poner en evidencia todo intento de imposición de una verdad unilateral. Su relativismo exige, para “acariciar” la verdad, la participación de las distintas concepciones de vida y del mundo de todas y cada una de las personas. En este mismo sentido realiza C. A. Emge su análisis del pensamiento axiológico de Radbruch en Emge, Carl August, *Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus*, Berlín, Walter Rothschild, 1916 (véase *infra*, pp. 185-191).

de hacerlo cumplir, por lo que resuelve el problema de la validez del derecho mediante la siguiente sentencia: “Aquel que es capaz de hacer cumplir el derecho, demuestra que está llamado a establecerlo”. O en palabras de Goethe: “Señor es quien nos proporciona tranquilidad”,<sup>97</sup> con lo cual la validez del derecho positivo se basa, en último término, en el valor de la seguridad jurídica o, si se prefiere, en la paz que ésta establece entre las concepciones jurídicas en pugna, en el orden que pone término a la lucha de todos contra todos.<sup>98</sup> Con ello, la validez del derecho se basa en una situación de hecho, cuando un determinado grupo o partido logra imponer una determinada concepción del mundo. Esto, sin embargo, no rompe su dualismo metódico, pues no basa el deber en el hecho de la imposición de un orden jurídico, sino que fundamenta la validez del derecho en el valor de la seguridad jurídica.

Tres consecuencias se derivan de este planteamiento: primera, que el derecho, para tener plena validez, no requiere ni el elemento o valor de la justicia ni el fin del derecho; de lo que se deduce que el derecho positivo no se identifica necesariamente con el derecho justo; segunda, que ningún orden jurídico tiene validez absoluta, pues al no coincidir necesariamente el valor de la seguridad jurídica con el valor de la justicia, pueden existir, como han existido a lo largo de la historia, “leyes vergonzosas” (*Schandgesetze*), que la conciencia moral puede negarse a obedecer; y tercera, que el deber de cumplir el derecho basado en el valor de la seguridad jurídica frente a la exigencia del no acatamiento o no imposición de una norma injusta basada en el valor de la justicia constituyen precisamente la antinomia entre el valor de la seguridad jurídica y el valor de la justicia.

Sobre la cuestión decisiva de qué valor debe prevalecer, si la seguridad jurídica o la justicia, el pensamiento de Radbruch se fue modificando con el paso del tiempo. En su *Introducción a la ciencia del derecho* parece adoptar una posición más decidida en favor de la seguridad jurídica, al afirmar que el preferir generalmente el valor de la justicia sobre el

<sup>97</sup> Goethe, Johann Wolfgang, *Fausto*, trad. de Pedro Gálvez, Madrid, Unidad Editorial, 1999, parte II, acto IV.

<sup>98</sup> Ya en su *Introducción a la ciencia del derecho*, Radbruch estimaba que el argumento más poderoso que se podía encontrar para dotar de validez al derecho se podía expresar en la siguiente sentencia: “Si nadie puede conocer unívocamente y con validez universal lo que es justo, debe haber alguien que ordene lo que ha de ser derecho”. *Cf. Introducción a la ciencia del derecho, cit.*, nota 68, p. 30.

de la seguridad jurídica acarrearía una situación de anarquismo.<sup>99</sup> En su *Filosofía del derecho* apela a la virtud de la prudencia, en el sentido de que el valor de la seguridad jurídica siempre se tiene que preferir como norma general, menos en aquellos casos en que la injusticia que se comete o se permite sea de tal magnitud que sea preferente quebrantar la seguridad jurídica para salvaguardar, en ese caso concreto, el valor de la justicia. Posteriormente, sobre todo en la última etapa de su vida y en concreto en su *Introducción a la filosofía del derecho*, editada en 1948, llega a colocar en el mismo nivel de preferencia la seguridad jurídica y la justicia, sosteniendo incluso que aquel derecho que no se proponga servir a la justicia no debe ni siquiera considerarse como derecho.

Nos queda todavía una pregunta marginal referente a la actitud del jurista, y en concreto del juez, ante el valor de la justicia y el valor de la seguridad jurídica. A este respecto, entiende que la única profesión que siempre debe preferir el valor de la seguridad jurídica es la de jurista. Ésta es —afirma Radbruch— la tragedia del jurista, pues debiendo practicar el amor a la justicia tiene que sacrificar el propio sentimiento jurídico al precepto autoritario; preguntar únicamente lo que es derecho y nunca si, además, es justo,

Y es que el jurista —dice textualmente— es el único que, merced a su visión de conjunto respecto de la totalidad de la vida jurídica, comprende que es más importante que se ponga un final a la contienda a la lucha por la ley, mediante una ley, y —a la lucha en torno al caso jurídico singular, mediante una sentencia— que el que se le ponga un final justo, pues es más importante la existencia del orden jurídico que su justicia, ya que la justicia es la segunda gran misión del derecho, siendo la primera la seguridad jurídica, la paz.<sup>100</sup>

Todavía en la filosofía *del derecho*, Radbruch considera que todo juez, ante una norma injusta, debe ofrecer un *sacrificium intellectus*, es decir, sacrificar su sentimiento de justicia en orden a aplicar el derecho positivo y, con ello, servir a otro valor esencial del derecho: el de la seguridad jurídica.<sup>101</sup> Pero, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, sus escritos ponen ya claramente el acento en el valor de la justicia. En

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 32-34.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>101</sup> *Filosofía del derecho*, *cit.*, nota 51, pp. 107 y 108.

uno de los más notables, el titulado *Derecho legal injusto y derecho suprallegal*, afirma sin titubeos que “el *ethos* del juez debe estar orientado a la justicia a toda costa, aun ante el peligro de la propia vida”. Y añade que se debería procesar a aquellos jueces que durante el régimen nacional-socialista dictaron sentencias claramente injustas.<sup>102</sup>

#### IV. LA CRÍTICA AL RELATIVISMO JURÍDICO-FILOSÓFICO: CARL AUGUST EMGE

La primera crítica severa y, tal vez, completa del relativismo ético-jurídico basado en la teoría de los valores la hizo C. A. Emge. Y la hizo precisamente en su trabajo de habilitación para la docencia universitaria, titulado justamente *El dogma fundamental del relativismo jurídico-filosófico*,<sup>103</sup> publicado en 1916, todavía en plena guerra mundial. Presentado en la Universidad de Giessen, no es un trabajo muy extenso, como es costumbre en las universidades alemanas en este tipo de trabajos, teniendo en cuenta su finalidad. Pero es un trabajo completo y perfectamente ordenado, uno de esos trabajos en los que el hilo conductor es rectilíneo y fácilmente seguible de principio a fin. Veamos una aportación directa al tema que nos ocupa.

Emge distingue tres especies o formas de relativismo jurídico: el relativismo empírico-normativo o ético-normativo, cuyas cabezas visibles serían G. Jellinek y M. Weber; el relativismo psicociológico, representado principalmente por H. Kantorowicz y Félix Somló, y el relativismo estrictamente ético-jurídico, cuyos representantes son E. Lask y sobre todo G. Radbruch. Todos ellos coinciden, sin embargo, a salvo de sus notorias diferencias, en un dogma fundamental, caracterizado por una concepción de los valores, e incluso de la verdad y de la justicia, como entidades inestables, variables, contingentes, en definitiva, carentes de la cualidad de lo absoluto y, por tanto, relativos, al menos en su aspecto cognitivo. Esta diferenciación de formas concretas del relativismo jurídico por parte de C. A. Emge tiene la gran ventaja de permitirnos ver una

<sup>102</sup> Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht”, incluido en *Gesamtausgabe*, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, vol. III, pp. 83 y ss.; hay traducción de José María Rodríguez Paniagua, con el título “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 19.

<sup>103</sup> Emge, Carl August, *Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus*, Berlin-Leipzig, Walter Rothschild, 1916.

crítica de conjunto a las primeras muestras de recepción de la filosofía de los valores en el pensamiento jurídico, que es lo que hemos tratado en este capítulo. Aunque obviamente la crítica de Emge está dirigida en su mayor parte al relativismo ético-jurídico de Radbruch, del que hemos tratado en el último apartado, y que supone hasta este momento la recepción más amplia y también más notoria de la filosofía de los valores en el pensamiento jurídico. Es a esta tercera especie de relativismo al que también aquí damos preferencia. Antes de pasar a la crítica, Emge pone de manifiesto la gran innovación y la singular relevancia que ha supuesto para el pensamiento contemporáneo la Escuela sudoccidental alemana y su insustituible labor en orden al desarrollo inicial y a la posterior consolidación de la filosofía de los valores. En particular, señala que el mayor mérito de la Escuela sudoccidental alemana es el haber colocado en contraposición constante dos conceptos claves del pensamiento filosófico contemporáneo, que son: los conceptos de realidad y valor, y el haber despertado el interés creciente por ellos y su confrontación. Aunque para ello hubo de apoyarse en la filosofía crítica, tanto teórica como práctica, de Kant. Partiendo de esa base, el neokantismo sudoccidental —nos dice Emge—, logró construir un maravilloso edificio, al que todos vuelven hoy su mirada. Fue también mérito singular de esa Escuela el no haberse quedado dentro de los estrechos linderos de la filosofía pura, sino que supo abrirse a otros campos más prácticos, como son la filosofía del derecho y la filosofía del arte, entre otros.

Para calibrar debidamente hasta dónde llega el mérito de la Escuela sudoccidental alemana, advierte Emge que es imprescindible desvelar lo que entiende por realidad y por valor, y cuál es su interna y necesaria relación mutua. Por realidad entienden y entendemos —dice Emge— lo que “es”, lo práctico en el sentido amplio de la palabra; en cambio, por valor hacemos referencia a la “meta”, al “sentido” del mundo, “lo que no es, pero debiera ser”. La correlación entre ambos conceptos claves es un presupuesto necesario del pensamiento humano. La dificultad consiste en la manera de entender esa relación recíproca. Aquí es donde comienzan las divergencias y donde se distingue con matices muy propios la posición relativista en sus diversas formas. Emge reconduce tanto el planteamiento como la crítica del relativismo, en sus tres formas concretas, a un problema fundamentalmente epistemológico. No es que esto quiera decir que el relativismo ignore o se desentienda de la cuestión ontológica, pero la considera implícitamente resuelta con la contraposición de

realidad y valor y con la simple determinación de lo que uno y otro significan. Por eso Emge elige como categoría básica del relativismo, tanto en el planteamiento como en la crítica, el concepto de *Werturteile*, que literalmente significa “juicios de valor”, expresión que en su uso ordinario podría ocasionar equívocos y una interpretación equivocada. Por eso conviene traducirlo aquí como juicios valorativos o, mejor dicho, “enunciados sobre valores”.

La manera de entender la conexión entre realidad y valor por parte de cada una de las tres formas de relativismo depende de cómo se fundamentan esos “enunciados o juicios sobre el valor”. Para el llamado relativismo empírico-fáctico, preferentemente de Jellinek, los enunciados o juicios de valor dependerían siempre de la realidad fáctica. De ahí su famoso lema sobre la fuerza normativa de lo fáctico, pues para Jellinek el derecho sólo es norma, en el sentido de que actúa mostrando y determinando la voluntad. Su único fundamento es, por tanto, la convicción fáctica de que estamos obligados a obedecer al derecho y a asumir las consecuencias de su incumplimiento. Que la convicción sea un hecho psicológico y la norma jurídica sea un hecho real u objetivo no parece preocuparle a Jellinek lo más mínimo, al menos en la apreciación de Emge.

Para el relativismo sociopsicológico de Kantorowicz, por ejemplo, los juicios o enunciados de valor se enraizan en las afirmaciones colectivas predominantes en el pueblo. Son, por tanto, “hechos reales de la vida social” (*Tatsachen der Sozialenlebens*).<sup>104</sup> Los fines que el derecho persigue son aquellos que los grupos sociales dominantes determinan. Son resultado de un principio específico de relación: el de la “relevancia cultural”. Por eso su contenido lo determina la ciencia social, y no otra ciencia abstracta.<sup>105</sup> A lo sumo cabría pensar en una especie de psicología, como única ciencia competente en esta materia. De todos modos, lo que es incuestionable es que, para el relativismo sociopsicológico el deber ser se reduce al ser. Kantorowicz lo expresa en una fórmula concisa y precisa: “Todo lo que *debe ser* es lo que es” (*alles Sollende ist Seiend*).<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Kantorowicz, Hermann, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1962.

<sup>105</sup> Kantorowicz, Hermann, *Zur Lehre von richtigen Recht*, Berlín, Rothschild, 1909, p. 23.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 9.

La crítica de Emge a estas dos formas de relativismo gira casi toda ella en torno al consabido argumento, tan grato al neokantismo, consistente en que del ser nunca puede deducirse, ni tampoco inducirse, un deber ser. Y apura hasta tal punto este argumento que aduce varios ejemplos muy significativos, en los que se comprueba que la diversidad, y con bastante frecuencia la contrariedad fáctica, hacen inviable, por no decir imposible, cualquier intento de conseguir una norma de comportamiento que tenga carácter general y uniforme. En particular, por lo que se refiere a la segunda forma de relativismo, la que ve el fundamento de las normas de conducta, incluidas las normas jurídicas, en las convicciones culturales predominantes en una sociedad dada, aduce varios ejemplos, en los que las diferencias de los participantes en una acción determinada, como puede ser un robo, hacen imposible señalar un mínimo consenso, del cual pudiera extraerse el sentido de la norma general vinculante.

Y es que, como indica con razón Emge, el deber ser no puede tener carácter empírico, además de que es inconcebible al margen de la ética. El único relativismo que reconoce este carácter fundamentalmente ético del deber ser es la tercera forma de relativismo mencionada; en concreto, aquella cuyo principal protagonista es G. Radbruch. Es este relativismo ético-jurídico el que por tanto debe ser examinado con más atención y cuidado. Brevemente resumidos, su examen y su crítica se concretan en lo que sigue.

Al reconocer un mundo de valores, distinto y superior cualitativamente al mundo de la realidad, Radbruch da un paso de gigante frente a las otras dos formas de relativismo. Revela además que es quien mejor ha captado el verdadero sentido de la filosofía de los valores de la Escuela sudoccidental alemana. Para él, los valores no son reductibles ni a lo puramente fáctico y normativo ni mucho menos a las convicciones culturales dominantes en cada tipo de sociedad. Son algo trascendente a lo puramente empírico y fáctico, contrapuestos como tales a lo que la realidad presenta en cada tiempo y lugar. Esto se manifiesta paulatinamente en las tres preguntas claves de la filosofía jurídica, que para Radbruch pueden reducirse al concepto de derecho, a la idea del derecho, y a su sentido y finalidad. Con ello, el deber ser se despegaba de la realidad fáctica para ubicarse en algo que la trasciende, que son precisamente los valores.

No obstante este gran acierto inicial de Radbruch, que salva claramente la cuestión ontológica de los valores, su pensamiento axiológico —señala Emge— se cae todo por la borda cuando plantea la cuestión gnoseológica, es decir, la solución a la gran cuestión de en qué medida la realidad fáctica es conformada por los valores a los que por naturaleza se orienta.<sup>107</sup> Aquí Radbruch recurre a su famosa distinción del conocer (*erkennen*) y el confesar (*bekennen*). Esto provoca inevitablemente la posible antinomia de valores en el derecho. Y es que, si bien Radbruch admite que todo derecho está o debe estar entitativamente orientado al valor que como realidad representa, de su relativismo gnoseológico se infiere que no existe coincidencia ni puede tampoco existir, sobre cuál debe ser el contenido concreto de ese valor, es decir, de la justicia, por la sencilla razón de que los valores no son objeto de conocimiento, sino de confesión, de convicción o de asentimiento. Por eso —apunta Emge— que, según el pensamiento de Radbruch, puede ser derecho indiscutiblemente válido y vigente un derecho que sólo refleja equívocamente el valor de la justicia o incluso que lo contradiga abiertamente.<sup>108</sup> Es la consecuencia lógica del relativismo cognoscitivo o de apreciación de los valores, que al propio tiempo demuestra por sí sola la radical insuficiencia que lo acompaña. Es lo que él mismo llamó reiterativamente *relativismo de valores*. Algo que —según Emge— es totalmente inaceptable y mucho más peligroso que el relativismo empírico-normativo y que el relativismo psicosociológico, por la simple razón de que se sitúa conscientemente en el plano ético.

<sup>107</sup> Emge confirma nuestra afirmación de que el relativismo de Radbruch es meramente gnoseológico y no ontológico. Esto parece indicar que Radbruch reconoce la existencia de valores independientes y trascendentes a la realidad empírica, a diferencia de Mayer, por ejemplo, que afirmaba que los valores eran relativos a una cultura determinada. El que Radbruch reconociera que los valores en sí mismos son objetivos, pero que los hombres no los podemos conocer en toda su plenitud, tan sólo implica que ninguna persona puede ser el dueño único de la verdad, pero no niega que exista una sola verdad, y que los hombres de forma conjunta podamos aspirar a ella.

<sup>108</sup> En el momento en que Emge escribe su trabajo esta aseveración sobre el pensamiento de Radbruch es verdadera. Pero con el paso del tiempo la posición de Radbruch a este respecto se va modificando, hasta que en su *Introducción a la filosofía del derecho*, de 1948, afirma textualmente lo siguiente: “No podemos definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como un orden o estatuto, que, de acuerdo con su sentido, está determinado a servir a la justicia, de tal forma que si ésta faltara del todo, no sería digno de presentarse como derecho, si no tan sólo como una voluntad de poder carente de toda legitimidad”. *Cfr. Introducción a la filosofía del derecho, cit.*, nota 68, p. 36.

El núcleo de la crítica de Emge a este relativismo ético-jurídico, que propugna la filosofía jurídica de Radbruch, no puede centrarse en la definición de realidad y valor, o la equivalente de ser y deber ser, que el maestro de Heidelberg acepta como base de su sistema. Tiene que centrarse necesariamente entre la conexión de realidad y valor a que se orienta, y entre ser y deber ser. Convertir el valor y el deber ser en objeto de confesión o asentimiento y no en objeto de conocimiento racional y objetivo entraña —según Emge— una inseguridad ética extrema, que filosóficamente se sitúa en la línea de toda tradición escéptica desde sus orígenes griegos. Incluso la aventaja negativamente, pues el escepticismo se queda en la duda y se mantiene sosegadamente en ella. En este sentido dice Emge, a modo de sentencia firme, que “el relativismo no es escepticismo sino dogmatismo negativo”, con lo cual se coloca a un paso del nihilismo de F. Nietzsche y a menos de dos pasos del anarquismo de Stirner.

Tratando de adelantar la solución de la cuestión planteada por el relativismo ético-jurídico, Emge advierte que es preciso dar un paso al frente e intentar descifrar el contenido del valor, una vez que la reducción de éste a pura forma del pensar, como postulaba el neokantismo formalista, ha sido totalmente superada por el neokantismo sudoccidental, al que Radbruch se adhiere plenamente. Este supuesto es lo primero que encontramos al tratar de determinar el contenido material de los valores, que remite a otros dos conceptos claves, muy gratos al neokantismo cultural: los conceptos de sentido y de fin u objetivo (*Zweck*) —con un concepto afín al de meta (*Ziel*)—. Son conceptos cuya expresión en el derecho, y en particular en el derecho penal, tienen una importancia insuperable, algo que el propio Radbruch reconoce más de una vez. Pues bien, lo que Emge censura a Radbruch al mostrar los fallos de un relativismo ético-jurídico es el preferir o ignorar lo que estos dos conceptos de sentido y de fin, directamente ligados al concepto de valor, transportan como contenido material o carga conceptual. Esto no quiere decir que Emge menosprecie los grandes méritos de Radbruch al aceptar la filosofía de los valores, como savia renovadora y vivificadora de la filosofía del derecho. Aquí ciertamente no escatima ni disimula sus elogios, algo que, por otra parte, es muy de agradecer, para no errar en la estimación definitiva. Tres son, en su opinión, sus grandes logros: haber colocado en primer plano la filosofía del derecho como disciplina jurídica; haber resaltado su

calidad jurídica, situándola por encima de las ciencias jurídicas particulares, y haberla conectado con la filosofía de los valores, superando de una vez por todas el formalismo jurídico. Pero en este último punto se quedó a medio camino, al caer apresado en las garras del relativismo ético-jurídico, sin lograr reconocer la objetividad de los valores que informan y conforman el derecho.

Tratemos, finalmente, de presentar su postura personal ante el problema de los valores en el derecho. Emge estima que no existe mejor camino que seguir los pasos dados por Radbruch, rectificando su gran fallo: la caída en el relativismo ético-jurídico. En consecuencia, propone una nueva concepción de la filosofía del derecho frente a la representada por Radbruch. En esta concepción se distinguen los siguientes puntos básicos. Primero, la filosofía del derecho trata de problemas cuya solución determina y condiciona lógicamente a todas las ciencias jurídicas particulares, lo cual implica que la verdad que la filosofía descubre es superior y más valiosa que la de las ciencias jurídicas particulares. Segundo, esta superioridad lógica de los enunciados y verdades filosófico-jurídicas frente a los enunciados científico-jurídicos es, además, comprobable y constatable. En consecuencia, los enunciados y verdades científico-jurídicas están subordinados a los enunciados y verdades filosófico-jurídicas, y de esa subordinación y dependencia es impensable sustraerse. Tercero, como resultado de estos dos presupuestos, no es posible condicionar la objetividad de los valores, que informan y conforman el derecho vigente, por lo que la realidad fáctica demuestre o presente, sino a la inversa, son los valores, cuya objetividad no cabe poner en duda, los que determinan cómo debe ser el derecho y cada norma jurídica concreta. Sólo así —concluye Emge— la filosofía del derecho habrá cumplido su tarea propia, enraizada en la filosofía de los valores, y lo hará además necesariamente.

## V. ENTRE NEOKANTISMO Y NEOHEGELISMO:

MAX ERNST MAYER

Atendiendo al objetivo concreto de este trabajo, se pueden distinguir dos etapas en el pensamiento filosófico-jurídico de Max Ernst Mayer (1875-1924): una primera, correspondiente a su obra titulada *Rechtssnor-*

*men und Kulturnormen*, de 1902;<sup>109</sup> y una segunda, a la que corresponde su obra principal, titulada *Rechtsphilosophie*, de 1922.<sup>110</sup> La primera etapa queda fuera de nuestro particular interés, pues aunque el sugestivo título de la obra correspondiente a esta etapa parece hacer alusión a los postulados filosóficos del neokantismo sudoccidental y, más en concreto, a la distinción de H. Rickert entre las *ciencias de la naturaleza* y las *ciencias de la cultura*, tal obra se apoya más bien en el concepto de interés tal como lo concibiera Rudolf von Ihering. En ella sostiene, desde una perspectiva meramente empírica, que el elemento condicionante que particulariza a cada cultura y que, a la vez, permite afirmar la existencia de diversas culturas, es el “interés común”, en torno al cual se va determinando la cultura de una sociedad concreta. Pero además destaca que las normas culturales, así como las normas jurídicas de una sociedad, se encuentran determinadas por ese mismo elemento. Esto último, en razón de que, a su juicio, los valores culturales de cada sociedad se ordenan jerárquicamente de acuerdo con el interés que une a sus miembros. De esta manera, entiende que las normas culturales son la expresión de las valoraciones de cada cultura, las exigencias que se derivan del “interés común”, que agrupa a una sociedad determinada. Siendo ellas, además, el parámetro que fija lo que una sociedad entiende por conducta social y por conducta antisocial. Tomando esto como base, Mayer explica, por último, que el paso de las normas de la cultura a las normas jurídicas se inicia cuando una autoridad reconoce ciertas normas culturales y rechaza otras, para concluir en el momento en que el Estado goza del poder coactivo suficiente para exigir el cumplimiento de estas normas. La evolución de las normas de la cultura a las normas jurídicas —puntualiza— es el resultado de tres tendencias: la monopolización de la fuerza coactiva por el Estado, la regulación de la propia fuerza del Estado, y, por último, la fuerza coactiva de la norma jurídica.<sup>111</sup>

La influencia del neokantismo sudoccidental, así como un planteamiento directo al problema de los valores, no se percibe claramente hasta que en su obra titulada *Rechtsphilosophie*, que constituye la mejor expresión de su segunda etapa, Mayer adopta el dualismo metódico tal y como

<sup>109</sup> *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.

<sup>110</sup> *Rechtsphilosophie*, Berlín, Julius Springer, 1922; hay traducción al español a cargo de L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Labor, 1937.

<sup>111</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 110, pp. 81-91.

lo propusiera la Escuela de Baden. Este punto de partida le lleva a reconocer que, frente al concepto de sociedad que se enraiza en el mundo del ser, el concepto de cultura lleva implícita una dimensión axiológica. En la cultura —explica— se entrelazan, en una sola unidad, la realidad y el valor, pues si por un lado la sociedad siempre se refiere a una realidad histórica y a un interés concreto, por otro lado, la cultura siempre imprime a la realidad un acento de valor.<sup>112</sup> Desde esta nueva perspectiva, Mayer conecta con Lask y Radbruch, al entender que el derecho, como realidad cultural, cobra sentido en su orientación a valores. En esta obra además reflexiona sobre casi todos los temas principales que Radbruch trata en su *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, editada por vez primera en 1914. Así, los problemas sobre el concepto, la idea y la validez del derecho, la relación entre derecho y moral, los distintos sistemas de valores, e incluso un tema tan típico de Radbruch como es el de las antinomias en la idea del derecho, son capitales en su obra. Sin embargo, no podemos afirmar que Mayer, aunque haya seguido el camino trazado por Radbruch, lo haya andado del mismo modo, pues el trato que le da a los problemas es singular y distinto, incluso llega a separarse de él en dos puntos fundamentales: en desvincular el concepto del derecho de la idea del derecho y en su intento por superar el relativismo. También es necesario mencionar que, a pesar de la clara influencia que recibe del neokantismo sudoccidental, se puede percibir en algunos aspectos de su obra una cierta influencia de algunos elementos propios del idealismo alemán y, más en concreto, de la corriente neohegeliana. En este sentido, K. Larenz afirma que la filosofía del derecho de Mayer termina rebasando notablemente los postulados de la filosofía neokantiana, pero que, aunque se encuentran en el claras invocaciones al pensamiento de Hegel, no llega a ser completamente neohegeliano, debido principalmente a que no reconoce el método dialéctico, sino que permanece anclado en el dualismo metódico del neokantismo sudoccidental.<sup>113</sup> Este tenue “giro” de su pensamiento, que en algunas ocasiones resulta confuso e inconstante, se puede percibir especialmente en que, apartándose del neokantismo, considera que la reflexión sobre el derecho exige la inclusión de una pers-

<sup>112</sup> Mayer define la cultura de la siguiente manera: “La realidad transformada en realidad valiosa, o bien, un valor convertido en realidad”. *Ibidem*, pp. 81 y 82.

<sup>113</sup> Larenz, Karl, *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*, cit., nota 6, pp. 92 y 93.

pectiva metafísica, que permita reconocer una dimensión suprahistórica frente a la realidad empírica. Dicha perspectiva se reflejará principalmente en su concepción de la idea del derecho y en su “débil” consideración de los valores, ya no como simples elementos adheridos a la realidad, sino más bien como idealidades supraempíricas, que se plasman en la realidad.

Es necesario advertir que este giro hacia el neohegelismo ya había sido preconizado por Fritz Münch en su obra *Kultur und Rect*,<sup>114</sup> publicada en 1918, es decir, dos años antes de la obra de Mayer. En esa obra Münch recurre a la “idea”, ya no como contenido de conciencia en el sentido kantiano, sino tal y como se entiende en el neohegelismo. Mediante el término “idea” o “razón absoluta”, como también la denomina, Münch intenta expresar un sistema de valores absolutos e intemporales, que, mediante el método dialéctico, van realizándose en la historia a través de la cultura. “La cultura —afirma textualmente— en virtud de su posibilidad, descansa en valores supraindividuales y surpaempíricos, en ideas, es la concreción histórica de la razón por medio de los sujetos racionales”<sup>115</sup>

De hecho, Mayer, en la última parte de su obra, concibe la idea del derecho de forma sensiblemente distinta a como lo hiciera Radbruch en su *Rechtsphilosophie*. Sin embargo, esto no le impide ocuparse del problema de la naturaleza de los valores. Distingue al respecto dos categorías fundamentales: los valores absolutos y los valores relativos, asignando a cada categoría distintas propiedades. Además, identifica el absolutismo de los valores material con el formal, como también el relativismo escéptico y el crítico. A los primeros los caracteriza por su validez universal, su incondicionalidad y su obligatoriedad ilimitada, reconociendo su validez incondicional y su independencia respecto de la conciencia subjetiva. Sin embargo, afirma, con cierta ironía, que, precisamente por su condición, los valores absolutos sólo pueden ser conocidos por “aquel

<sup>114</sup> Münch, Fritz, *Kultur und Recht*, Leipzig, 1918.

<sup>115</sup> Citado por Karl Larenz en *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*, cit., nota 6, p. 93. También González Vicén afirma textualmente que “F. Münch es el primero de los pensadores neokantianos sudoccidentales que da expresión filosófica al sentimiento de frustración e insuficiencia provocado por la filosofía de los valores neokantiana”. Explica que sustituye las consideraciones psicológicas e immanentes del concepto de valor por una consideración trascendente y absoluta de los mismos, que le lleva a conectar con la noción de “idea” hegeliana. Cfr. *El neokantismo jurídico axiológico*, cit., nota 31, pp. 249-280, esp. pp. 267-272.

que pueda pensar la eternidad”, lo que implica que no puedan ser conocidos por la inteligencia humana. Y de los valores absolutos formales, de los que no se puede desprender ninguna exigencia material, afirma que no tienen ningún sentido, pues de “un principio vacío no se puede derivar ninguna valoración o ninguna idea de rectitud que sirva como elemento crítico al Derecho”.<sup>116</sup>

Sobre los valores relativos, apunta que su característica principal es su condicionalidad, que alude a la mayor o menor relatividad de los valores, pudiendo presentarse de dos maneras distintas: una condicionalidad personal y otra material. La primera se refiere al reconocimiento subjetivo que cada persona hace de los valores, mientras que la relatividad material se refiere a la condicionalidad de los valores respecto una cultura determinada. Señala que el relativismo de Radbruch tan sólo toma en cuenta la condicionalidad personal de los valores: el reconocimiento o no reconocimiento del sujeto, sin percatarse que los valores, al existir tan sólo en y para un determinado contexto cultural, son esencialmente relativos. El relativismo de Radbruch —que Mayer califica de escéptico— renuncia a un conocimiento racional de los valores, pues antes de intentar su fundamentación niega toda validez universal y objetiva de los valores, admitiendo tan sólo una validez subjetiva, en la que cada cual puede indicar lo que le parece personalmente valioso.<sup>117</sup> Frente a este relativismo presenta lo que él mismo denomina *relativismo crítico*, que consiste en reconocer una condicionalidad material de los valores, en el sentido de que solamente valen para el contexto cultural en el que surgen, lo cual, aunque implica el reconocimiento de una relatividad ontológica de los valores, tal y como afirma el historicismo, permite, desde la perspectiva de Mayer, la posibilidad de determinar la rectitud de ciertas determinaciones de valor respecto del contexto cultural al que pertenecen. Pero además, el reconocer la condicionalidad cultural de los valores implica que su relatividad sea gradual, es decir, que puedan existir valores más o menos condicionados. Esta actitud ante los valores le permite, por tanto, afirmar que si tomamos el menor y mayor grado de condicionalidad de un valor respecto a la cultura que se orienta, es posible ordenar los diversos valores según el grado de su relatividad, con el fin de identificar el valor más alto, o, lo que es lo mismo, el valor menos condicionado. Esta es la tarea que Mayer denomina “crítica del valor”.

<sup>116</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 110, p. 150.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 153.

En la búsqueda del valor supremo del derecho, Mayer considera que la idea del derecho sólo puede basarse en aquel valor supremo que sea menos condicionado; por ello, la “crítica del valor” ha de preguntar por el valor que se encuentre culturalmente menos condicionado. Con este objetivo, y siguiendo la forma en que Lask y Radbruch presentaron los distintos sistemas de valores, contraponen los tres valores, que, a su juicio, pueden apuntar a la idea del derecho: el valor de la justicia, que se realiza en el derecho y constituye el ideal de los partidos democráticos tradicionales; el valor del poder, que se realiza en el Estado, y cuya consecución interesa a los partidos conservadores; y, por último, el valor de la humanidad, que se realiza en la cultura y constituye el ideal de los partidos liberales.<sup>118</sup> Sobre el valor del poder como base de la idea del derecho, afirma que el poder sólo puede tener vida y razón de ser puesto al servicio de un fin lícito; por lo tanto, no puede considerarse un ideal en sí mismo; más bien es un medio que busca otra clase de valores, como la justicia, la libertad o la humanidad. Respecto del valor de la justicia, indica que el único elemento que se puede obtener de él es el de una idea formal absoluta sin ningún tipo de contenido material, por lo que estima que ese valor no puede representar un verdadero saber sobre el derecho. Una vez descartados el valor del poder y de la justicia como soportes de la idea del derecho, Mayer afirma que el único valor que puede ocupar ese lugar es la humanidad. Y es que, si se entiende el derecho como fenómeno cultural, su idea no puede encontrarse más que en el supremo valor cultural; pero si, además, consideramos que todo valor cultural va unido indisociablemente a una sociedad determinada, tenemos que el supremo valor tendrá que vincularse con la sociedad más alta, es decir, la menos condicionada de todas, que no es otra que la humanidad.<sup>119</sup>

Una vez propuesto el valor de humanidad como base de la idea del derecho, queda aún por determinar qué es lo que se entiende por idea y qué implica ésta para el derecho. En este punto es en el que Mayer se aleja más del neokantismo para acercarse a la filosofía de Hegel, pues se ad-

<sup>118</sup> Esta última relación la explica en tanto que la concepción del mundo del liberalismo, en última instancia, aspira a superar al Estado, lo que sólo puede conseguir mediante la idea de la sociedad humana general, es decir, de “aquello que le es propio al hombre en sí, dejando atrás todas las diferencias accidentales como nacionalidad, religión, raza, para no tener en cuenta más que aquello que hace al hombre, hombre”. *Ibidem*, pp. 156-168.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 192.

vierte con claridad que se distancia de la manera en que Radbruch la entiende el término *idea*, para acercarse al neohegelismo de Fritz Münch.<sup>120</sup> En este sentido, explica que la *idea* es un juicio valorativo, que pone en relación una materia determinada con un valor, principalmente con un valor supremo, cuyo significado se encuentra en la síntesis de realidad y valor, y que aspira a realizarse en la cultura. Es aquello que ya Hegel intentaba esclarecer cuando afirmaba que pensar la *idea* es

reconocer la sustancia que es inmanente, así como lo eterno que es actual en las apariencias de lo temporal y pasajero; pues lo racional, que es sinónimo de la *idea*..., se manifiesta en abundante riqueza de formas, fenómenos y estructuras, ocultando su sustancia bajo una corteza que ha de romper el concepto, para percibir sus latidos internos aún en aquellas formas puramente externas.<sup>121</sup>

En consonancia con esto, Mayer concluye que la “*idea*” es “tratar de reconocer lo eterno en lo temporal y comprender así la humanidad como la *idea* que se manifiesta a través de la infinita riqueza de valores culturales, y de apreciarla como el pulso que late aún en los peores productos de la cultura, pero que marca el ritmo de la vida”.<sup>122</sup>

Queda aún una última pregunta pendiente, que se refiere a las consecuencias que se desprenden de admitir el valor de la humanidad como *idea* del derecho. A este respecto, Mayer se percata de que al asignar a la *idea* del derecho —tal y como la ha formulado él mismo—, una pretensión de realización, estaría inclinándose hacia un absolutismo axiológico, pues al reconocer que toda cultura pretende realizar, de la forma más perfecta, el valor de la humanidad, implícitamente estaría reconociendo que no todas las culturas merecen un mismo respeto y consideración, y que sólo aquellas que se acercasen en mayor medida a la *idea*

<sup>120</sup> Como ya hemos tenido oportunidad de explicar, Radbruch identifica la *idea* del derecho con el valor de la justicia, distinguiéndola de los fines del derecho, que son esencialmente relativos. Por ello, sería un error afirmar que el sentido que tiene la *idea* del derecho en Radbruch es el de finalidad, más bien adquiere el sentido de un principio constitutivo, lo que, en el pensamiento neokantiano, implica entender la *idea* del derecho como el *a priori* del derecho, entorno al cual se estructura el concepto de derecho (véase *supra*, p. 249). En cambio, Münch entiende la *idea* en términos hegelianos de razón objetiva o *logos*, que se refieren al sistema de valores absolutos y trascendentes, que se realizan en la historia a través de la cultura.

<sup>121</sup> *Filosofía del derecho*, cit., nota 110, p. 194.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 198.

de humanidad podrían ser consideradas valiosas. Con el fin de evitar esta consecuencia, que a su juicio supondría retornar al derecho natural, priva a la idea del derecho de toda consecuencia práctica y de toda pretensión de realización, por lo que niega que pueda ser empleada como un principio crítico de la cultura y el derecho, como un criterio para solucionar los conflictos jurídicos concretos, o como pauta de orientación para la legislación.<sup>123</sup> En cambio, señala que la pretensión de realización corresponde a los ideales del derecho, los cuales, a diferencia de la idea del derecho, son principios éticos y prácticos, que, aunque en último término se orientan al valor de la humanidad como valor supremo, están determinados por el contexto cultural en el que son engendrados. En este sentido, el derecho —concluye Mayer— admite tan sólo ideales condicionados, pues está ubicado en el centro de la lucha social, y no sobre ella, como sí lo está la ética. El derecho tan sólo puede aspirar a dar al destino humano la forma exigida por la cultura; por eso, en el dominio jurídico la validez universal no puede vincularse más que a una idea, que carece de la pretensión de realizarse plenamente.<sup>124</sup>

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 206 y 207.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 196.