

## | ARTÍCULO

## La Introducción a la ciencia del derecho de Radbruch como síntoma de una época

### Radbruch's Introduction to the Science of Law as the Spirit of a Time

Federico Fernández Crehuet  
Departamento de Filosofía del derecho  
Universidad de Granada

Fecha de recepción 16/05/2021 | De aceptación: 08/10/2021 | De publicación: 23/12/2021

#### RESUMEN.

En este artículo comparo la primera y última edición de la *Introducción de la ciencia del derecho* de Gustav Radbruch. Me centro en aquellos aspectos que bosquejan su concepto de derecho, a saber, la relación entre derecho y moral, su modelo de Estado y la creación judicial del derecho. El resultado está determinado por la circunstancia vital e histórica de las dos ediciones: la primera publicada antes de la IGM, siendo Radbruch un joven docente en Heidelberg; la última fue redactada ya en la República de Weimar, habiendo ocupado la cartera de Justicia y siendo un reconocido jurista.

#### PALABRAS CLAVE.

Estado, derecho penal, derecho y moral, República de Weimar, *Freirechtsbewegung*

#### ABSTRACT.

In this article I compare the first and last edition of the Introduction to the Science of Law, written by Gustav Radbruch. I focus on those aspects that delineate his concept of law, the relationship between law and moral, model of State, judicial creation of law, etc. The result is determined by the historical and vital circumstances of the two editions; the first was written before the First World War, while Radbruch was a young teacher. The second was published during the Weimar Republic, at a time at which our author had been Minister of Justice and had become a well-known jurist and professor.

#### KEY WORDS.

Rule of Law, penal law, law and morality, Weimar Republic, *Freirechtsbewegung*, Radbruch

**Sumario.** 1. Introducción. 2. La primera edición: de material de clase a *bestseller* 2.1. Acerca de la moral y el derecho. 2.2 Dos cosmovisiones acerca del derecho y del Estado. 2.3. El derecho penal a la luz de los modelos individualista y supraindividualista. 2.4. Jueces y derecho. 3. Última edición: más democrata que socialista. 3.1 A vueltas con la moral y el derecho. 3.2 Más sobre el modelo individualista y supraindividualista del Estado y del derecho. 3.3 Políticas sociales frente al viejo derecho penal. 3.4 En relación a la posición del juez. 4. A modo de conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. Introducción

La finalidad de este trabajo está circunscrita a un objeto muy concreto. Analizaré el “concepto de derecho” que se maneja en la primera y última edición (1910 y 1929 respectivamente) de la *Introducción a la ciencia del derecho* de Gustav Radbruch. Una posible justificación de tal empeño reside en las fechas que jalonan las dos ediciones elegidas: la primera, antes de la IGM; la octava, en el ocaso de la República de Weimar.

Además, las circunstancias vitales de Radbruch son igualmente diversas. Cuando aparece por primera vez su obra es un joven docente, atraído por el ambiente intelectual de un Heidelberg académicamente exuberante, mientras que cuando publica la edición de 1929 ya había sido ministro de justicia dos veces, parlamentario y, en definitiva, por expresarlo brevemente, un científico que había regalado a la política sus mejores años de vida. Esta tensión entre el político y el científico –por emplear la expresión de la conocida obra de Max Weber– estructura, a mi juicio, la obra de Gustav Radbruch<sup>1</sup>. No hay en este sentido novedad. Algo similar había sucedido ya anteriormente con otros juristas como es el caso de F. C. Savigny<sup>2</sup>. La obra de Radbruch, me parece, ha devenido reducida a una serie de tópicos y lugares comunes (la famosa fórmula Radbruch, el giro iusnaturalista o el eterno retorno del derecho natural entre otros), que son insostenibles si uno se toma la molestia de leer las fuentes primarias que, en el caso de nuestro autor, han sido editadas por C.F. Müller Juristischer Verlag con una extensión de tres volúmenes dedicados a la filosofía del derecho. Es un acto de probidad intelectual no escribir de oídas, echando mano a traducciones de hace casi un siglo que, a pesar de su calidad, solo nos ofrecen una ínfima parte de las obras de los autores a los que nos enfrentamos.

<sup>1</sup> En sentido similar, SPENDEL, G; “Einleitung” en *Gustav Radbruch Briefe II (1919-1949) Gesamtausgabe*, volumen 18, C. F. Müller Juristische Verlag, Heidelberg, p. 2

<sup>2</sup> La tesis es pieza fundamental del análisis que hace Rückert sobre la obra de Savigny, RÜCKERT, J.; *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1986. También en el mismo sentido mi texto *La idea de sistema en la vida y obra de F. C. Savigny*, Comares, 2008.

## 2. La primera edición: de material de clase a *bestseller*

El origen de la *Introducción a la ciencia del derecho* son las lecciones que Radbruch impartió en la *Handelshochschule* de Mannheim; una hora en el semestre de invierno sobre derecho penal, otra en el semestre de verano sobre ciencia jurídica en general, cobrando por ello 750 marcos anuales<sup>3</sup>. Las clases, en un principio, no eran muy visitadas, contaba solo con 20 alumnos<sup>4</sup>. Sin embargo, al año siguiente, la cifra de oyentes se duplica generosamente alcanzando los 50, recibiendo una oferta de la editorial von Quelle & Meyer de Leipzig para su publicación: 5000 ejemplares y unos honorarios de 750 marcos<sup>5</sup>. La acogida entre sus colegas es bastante positiva: von Liszt, Endemann, Hippel, Dohna y R. Schmidt están entusiasmados<sup>6</sup>. En cambio Josef Kohler afirma en una reseña: “El trabajito de Radbruch, *Introducción a la ciencia del derecho*, muestra una exposición inmadura, con tales trivialidades superficiales y nimiedades que es mejor que no se mencione”<sup>7</sup>. Independientemente de los juicios de unos y otros, lo cierto es que el “librito” tuvo cierto impacto, ya en 1913 estaba en marcha una traducción al ruso y otra española realizada por Recasens<sup>8</sup> que, con prólogo de Fernando de los Ríos, vería la luz mucho después, en 1930<sup>9</sup>.

### 2.1. Acerca de la moral y el derecho

Desde el prólogo de la primera edición se advierte al lector que no se encuentra ante una *allgemeine Rechtslehre* (una teoría general del derecho), sino, más bien, ante una “plasmación político filosófica de las ideas fundamentales” del derecho<sup>10</sup>. Argumentos con tono similar, que tratan de imbricar el derecho en una cosmovisión concreta de la vida y del Estado, alejándose de una mera teoría general del

<sup>3</sup> RADBRUCH, G.; *Briefe I* (1898-1918) al cuidado de Günter Spengel, en KAUFMANN, A. (Ed) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, carta a su padre (7 de agosto de 1907) pp. 115-116.

<sup>4</sup> RADBRUCH, G.; *Briefe I, cit.*, carta a sus padres (27 de octubre 1907) p. 118.

<sup>5</sup> RADBRUCH, G.; *Briefe I, cit.*, carta a sus padres (13 mayo de 1908) p. 121.

<sup>6</sup> RADBRUCH, G.; *Briefe I, cit.*, carta a Kantorowicz (4 febrero de 1910) p. 127 y a sus padres (25 de marzo de 1910) p. 129.

<sup>7</sup> RADBRUCH, G.; *Briefe I, cit.*, carta a Kantorowicz (27 de julio de 1910) p. 133.

<sup>8</sup> SPENDEL, G. (ED.); *Briefe I, cit.*, carta a Kantorowicz (25 de noviembre de 1913) p. 165.

<sup>9</sup> RADBRUCH, G.; *Introducción a la ciencia del derecho*, traducción de Luis Recasens Siches, prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930.

<sup>10</sup> RADBRUCH, G.; *Einführung in die Rechtswissenschaft* 1. Aufl. 1910 (a partir de ahora, *ERwI*), Vorwort, Verlag von Quelle & Meyer, Leipzig, 1910, ahora recogida en RADBRUCH, G.; *Gesamtausgabe* volumen 1, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 2

derecho abstracta, fría y, en definitiva, poco cercana a la filosofía de los valores, tan cara a Radbruch, principian, en igual sede, la última edición. Allí nos encontramos igualmente líneas laudatorias y casi con carácter hagiográfico respecto a la figura de su maestro, Franz von Liszt<sup>11</sup>.

La primera edición posee un arranque eminentemente neokantiano al diferenciar entre las normas que nos dicen o explican algo de aquellas otras que contienen un mandato; a estas últimas pertenecen las que regulan el comportamiento humano. Es, me parece, el planteamiento de la *Metaphisica de las costumbres* que, al amparo de un mismo volumen, afronta temas de moral y de filosofía jurídica (recuérdese una *Rechtslehre* y una *Tugendlehre*), pero que, a la par, trata de separarlas<sup>12</sup>. Como es sabido, el neokantismo procedía de este modo, sobre todo aquel profesado por Radbruch, incluyendo al derecho en el mundo de los valores frente a los hechos que serían objeto de estudio de las ciencias naturales. En un mismo taxón se engloba *Sitte*, *Sittlichkeit* y *Recht* (costumbre, ética y derecho), porque son órdenes normativos que regulan nuestro comportamiento. La diferencia es, insisto en ello, puramente metodológica: el derecho y la costumbre están al servicio de la paz entre los hombres, la ética procura la paz del hombre consigo mismo; la vieja separación kantiana entre el derecho, que regula acciones externas, y la ética que ordena nuestro fuero interno –“por pensar no se puede ahorcar a nadie”<sup>13</sup>–. Hasta aquí ninguna originalidad y poca sorpresa, pues los estereotipos se cumplen: el filósofo neokantiano. Pero el simplismo del esquema se resquebraja apenas se avanza en la lectura, pues la secante escisión metodológica no conlleva asepsia valorativa ni desvinculación de un campo para con el otro. Si tras el derecho reside la voluntad del legislador, la *rechtliche Geltung*, la validez jurídica, solo se puede crear “cuando este no deja demasiado atrás la facticidad de la vida del pueblo”, una ley solo es válida cuando, en la mayoría de los casos, cuenta con la aprobación popular; el derecho no es un mero querer y deber (*Wollen und Sollen*), sino un poder real que actúa en la vida del pueblo. Es más, el derecho aquí es calificado como *Überbau* (superestructura), y nuestro filósofo reconoce abiertamente la procedencia de la terminología: “para decirlo con las palabras de la teoría marxista el derecho forma la superestructura de la realidad social”<sup>14</sup>. En la última edición no hay rastro de estas

<sup>11</sup> RADBRUCH, G.; *Einführung in die Rechtswissenschaft* 7/8. Aufl. 1929 (a partir de ahora, ERw7/8), Vorwort, Verlag von Quelle & Meyer, Leipzig, 1929, ahora recogida en RADRUCH, G.; *Gesamtausgabe volumen 1*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, pp. 5-8.

<sup>12</sup> KANT, I.; *Metaphisik der Sitten*, Verlag L. Heimann, Berlin 1870, Vorrede, p. 3

<sup>13</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, p. 10.

<sup>14</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, p. 8.

reflexiones y el enfoque parece haberse modificado. Sin embargo, aquí queda ya bien clara una idea que será fundamental en su pensamiento, a saber, que las diferencias conceptuales entre derecho y moral no tienen por qué ser contrarias a la idea de que la validez del derecho pueda residir bien en una cuestión puramente fáctica o bien en una moral socialmente mayoritaria. Consecuencia de todo ello es que se plantea abiertamente y como problema los conflictos entre derecho y moral (atención, no nos encontramos en 1945 sino en 1910). En tales conflictos de constelaciones normativas, apunta Radbruch, no se puede ser juez sino tan solo parte, es decir, reconoce que la colisión no ha de encontrar un resolución a favor del derecho sino que, en algunos casos, la moral, objetivada jurídicamente, puede ser superada por la moral individual<sup>15</sup>. Se independiza la validez de las normas jurídicas y su nacimiento de cualquier aspecto moral: el derecho reivindica cualquier legitimación para sí mismo excluyendo la moral<sup>16</sup>.

## 2.2 Dos cosmovisiones acerca del derecho y del Estado

Existe un eje vertebrador, pues recorre buena parte de la obra de Radbruch, en relación con su concepción del derecho, del Estado y de muchos otros asuntos que se podría calificar como “cosmovisión jurídica”. En esta primera edición menciona dos que, en principio, son esbozadas antagónicamente: la individualista y la supraindividualista. Insistirá en ello en la última edición y también en sus *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1916)<sup>17</sup>. Empleo a propósito el término “cosmovisión”, porque no se trata de un sistema cerrado de ideas o creencias sobre el derecho, más bien, nos encontramos ante una perspectiva de acercamiento al fenómeno jurídico cuyos perfiles se dibujan de forma bastante difuminada e imprecisa. No solo el punto de fuga es borroso, sino también el objeto que se observa desde él; a veces se hace alusión al derecho, otras al Estado, como si los términos fueran intercambiables.

---

<sup>15</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, p. 12.

<sup>16</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, p. 12.

<sup>17</sup> RADBRUCH, G.; *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Verlag von Quelle & Meyer in Leipzig, 1914, ahora en RADRUCH, G.; *Gesamtausgabe* volumen 2, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993. En esta obra la terminología ya se ha modificado y se habla de personalismo y transpersonalismo, pp. 97 y ss. Y también, igualmente alterado en su *Rechtsphilosophie* de 1932, en esta última se emplean los términos individualismo, supraindividualismo y transpersonalismo para adjetivar las diferentes concepciones del derecho. RADBRUCH, G.; *Rechtsphilosophie*, Verlag von Quelle und Meyer in Leipzig, *Gesamtausgabe* volumen 2, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, para lo que nos ocupa pp. 50 y ss.

El planteamiento de Radbruch está traído –y así se reconoce en oportuna nota a pie–, quizá con demasiada libertad, del texto que, bajo el lacónico título *Rechtsphilosophie*, redactó Emil Lask para el libro colectivo animado por Windelband con motivo del octogésimo cumpleaños de Kuno Fischer, *Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhundert*<sup>18</sup>. Los planteamientos de Lask se conducen por un plano filosófico y con una complejidad mucho mayor que los defendidos por Radbruch. Se parte del concepto de derecho kantiano como regulación del comportamiento humano externo en aras a la construcción de un estado valioso, a saber, alcanzar la convivencia. Y entonces se abren dos perspectivas, dos modos de concebir el derecho –y solo el derecho–, bien como si su finalidad fuera la realización de la persona ética y, por tanto, el sentido de la vida colectiva se alcanzara solo por medio de aquella. En segundo lugar, se adopta la postura según la cual el orden y el establecimiento de la vida colectiva poseen un valor propio más allá de ser algo derivado del elemento individualista. A juicio de Lask, “sin lugar a dudas, el derecho pertenece, debido a su faceta empírica, a las instituciones sociales”<sup>19</sup>. Tras este contundente comienzo sigue una lista de autores y explicaciones que se reparten entre esos dos taxones: del lado individualista, se cita a Stammler, quien sería el paladín de una filosofía jurídica modulada y legitimada por la idea de contrato como coincidencia de voluntades individuales. La diferencia entre una estructura empírica del derecho y una estructura de valor es la que ha dado pie, continua Lask, a que el socialismo actual, en clave kantiana, pueda poseer una idea que sobrepasa el pensamiento individualista, ya que para Kant la humanidad no es una mera suma de hombres sino el valor abstracto de la humanidad. De esta forma, no habría una controversia entre un punto de vista individualista y el supraindividualista, pues este último sería una mera cuestión interna de la perspectiva individualista.

Para ilustrar el otro extremo de la disyuntiva se apela a Hegel, Schleiermacher, Stahl, Trendelenburg y a la tan apreciada entre nosotros escuela krausista, quienes representarían aquella corriente supraindividualista, otorgando valor propio a “las condiciones vitales de la comunidad humana” y defendiendo una suerte de “organismo” o de “totalidad orgánica”. Para Lask, no existiría una contradicción entre el kantismo y el hegelianismo porque, a su juicio, “la idea de la personalidad constituye el *telos* más elevado del orden jurídico” o, expresado en jerga hegeliana, lo individual es un

<sup>18</sup> LASK, E.; *Rechtsphilosophie* en WINDELBAND, W; *Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1907, digitalizado y accesible en <https://archive.org/details/diephilosophie00wind/page/n3/mode/2up>. La influencia de Lask, Windelband y Rickert se reconoce explícitamente en el propio diario de Radbruch, *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1951, pp. 85 y 86.

<sup>19</sup> LASK, E.; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 283.

momento del espíritu objetivo<sup>20</sup>. Esto no implica una equiparación entre los planteamientos individualistas y supraindividualistas. La diferencia estriba en que ningún individualista niega la función social del derecho y su dependencia de los intereses sociales desde un punto de vista empírico; sin embargo, lo que sí se rechaza es una correspondencia con el campo filosófico de los valores<sup>21</sup>. Finalmente, Lask toma distancia de aquellos que comprenden el derecho como un mero sucedáneo del sistema social y como una absolutización de lo colectivo, tal y como, por ejemplo, hicieron Tönnies o Simmel<sup>22</sup>.

Radbruch retoma estos motivos, quizá con poco rigor, y las utiliza reiteradamente en distintos momentos de su obra y en diversos sectores de la realidad jurídica. A su juicio, el primer modelo se conforma por la idea de que el Estado y el derecho son un medio para un fin y no un fin en sí mismo; políticamente, tal argumento sería fundamental para el liberalismo y el socialismo que Radbruch entiende unido al primero. Desde un punto de vista filosófico, está representado por el pensamiento de Goethe y de Nietzsche así como, en la filosofía del derecho, por la construcción teórica del contrato social que se desvincula acertadamente de un momento histórico concreto. Por último, religiosamente, se ejemplifica con el protestantismo.

De otra parte, y presentado de forma antagónica, el modelo supraindividualista se encarnaría en el romanticismo y en la Escuela Histórica, cuyos principales defensores serían Julius Stahl y Friedrich C. von Savigny. Filosóficamente las teorías organicistas sobre el Estado abundarían en este paradigma. A pesar de que entre líneas se nota cierta tendencia a las teorías de carácter individualista, entre las que insisto, se encontraría el socialismo<sup>23</sup>, al que se opone el partido conservador representado por Julius Stahl, no existe una apuesta directa y decidida por ninguno de los dos extremos, pues “la ciencia jurídica actual habría visto felizmente la luz a partir de estos dos modelos tan distintos pero igualmente valiosos” –y continúa– “no sin nostalgia miramos hacia el pasado, hacia un tiempo en el que los juristas podía ser comparados con los poetas”<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> LASK, E.; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 286.

<sup>21</sup> LASK, E.; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 289.

<sup>22</sup> LASK, E.; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 289.

<sup>23</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, p. 16

<sup>24</sup> La comparación con los poetas hace referencia a la pareja Schiller-Goethe de un lado y Savigny-F Feuerbach de otro, representado los primeros componentes de los binomios el modelo supraindividualista y los segundos al individualismo. RADBRUCH, G.; *ERwI*, p. 16

Especialmente relevante para entender estas dos concepciones y el uso que de ellas hace Radbruch es la exposición del concepto de derecho subjetivo que funciona como un punto de intersección y de crítica de ambos modelos. Si en la versión germanista el individuo está sometido a la totalidad, sus derechos están al servicio de la generalidad y su contenido queda determinado por ésta, en tal constelación el derecho privado constituye tan solo “una emanación, solo una pieza del derecho público”. En cambio, para la concepción opuesta, para la individualista de ascendencia romanista, la “comunidad existe por la voluntad del individuo, el derecho público existe solo para la protección del derecho privado”<sup>25</sup>.

### 2.3. El derecho penal a la luz de los modelos individualista y supraindividualista

Estos dos modelos, el individualista y el supraindividualista, que igualmente se encuentran en la obra de su amigo y colega Hermann Kantorowicz, *La lucha por la ciencia del derecho*<sup>26</sup>, articulan, junto con la idea de derecho subjetivo ya citada, su cosmovisión del derecho penal, la relación entre el derecho legislado y la labor judicial y muchos otros ámbitos fundamentales del derecho –propiedad privada, derecho mercantil, derecho laboral–, que no puedo afrontar en estas breves líneas. Por lo que respecta al derecho penal, temática central en los intereses de Radbruch, quizá incluso más que los temas de índole filosófica, se enfoca precisamente teniendo en mente las dos cosmovisiones expuestas anteriormente. Las reflexiones sobre el derecho penal, que no son disquisiciones filosóficas, tratan de responder a una pregunta relativamente prosaica: “¿Qué finalidad queremos atribuir a la pena?”<sup>27</sup> Tal interrogante no se afronta desde una compleja teoría filosófica, como en buena medida puede suceder en el caso hegeliano o kantiano, sino que el propio autor subraya que depende de las concepciones subjetivas que se tengan respecto del Estado y del derecho, a saber, si se adoptan las ya citadas perspectivas individualista y supraindividualista.

A juicio de Radbruch, aquellas concepciones del Estado que otorgan un importante peso a la idea de autoridad, que conciben la aplicación del derecho penal como una suerte de “sacramento estatal”, son de carácter supraindividualista, contrarias, por tanto, a cualquier tipo de utilidad individual. Estas serían aquellas que, de ordinario, se suelen englobar bajo la etiqueta de “teorías retributivas” y que fueron

---

<sup>25</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, cit., p. 36. Me avisa amablemente Daniel García López que planteamientos similares eran realizados por Gerber. DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ Hans Kelsen y la "traditionelle Rechtslehre" los antecedentes de la pureza metodológica en el pensamiento de Carl Friedrich von Gerber en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, N° 33, 2015, págs. 197-222

<sup>26</sup> KANTOROWICZ, H.; *La lucha por la ciencia del derecho*, Olejnik, 2019, p. 39

<sup>27</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, cit., p. 36

defendidas por autores tan dispares como Kant, Hegel o Stahl. Frente a ellas, la concepción individualista del derecho se concretaría en la teoría de la seguridad que a nuestro autor parece más adecuada por ser compatible con la negación de la libertad volitiva, pues, a su entender, la libertad es difícilmente demostrable<sup>28</sup>. Pero aquí parece acabar toda la teoría y las ideas abstractas. Radbruch no escoge entre estos modelos por criterios filosóficos penales sino, más bien, por cuestiones de política penalista, para ello se ayuda de los argumentos de Franz von Listz, quien dirigió su tesis doctoral, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, y al que reconoce “como el hombre que más ha determinado mi visión del derecho penal”<sup>29</sup>. Importantes pistas para comprender con justeza y en su contexto tales planteamientos las encontramos en el diario de Radbruch. Efectivamente, en el capítulo dedicado a su época de *Refredariat*, doctor y docente (1901-1903), nos relata como su acercamiento pragmático al derecho penal se intensifica en los años anteriores a la redacción a esta obra. También como refleja en su correspondencia, realizó una estancia en el centro penitenciario de Bruchsal durante el mes de marzo de 1906. En las cartas dirigidas tanto a sus padres como a su primera mujer informa de ello y, en ambos casos, se muestra convencido de la “capacidad de mejoramiento de la pena” y de que la reincidencia de los penados tiene su principal causa “en los tristes prejuicios de la sociedad contra los penados”<sup>30</sup>. Esta experiencia marcaría definitivamente su visión del derecho penal. Parece que la visión práctica se impone, tal y como advertía, a las disquisiciones filosóficas. Cabalmente, Kaufmann ha sostenido que no hay un solo artículo de Radbruch dedicado en su totalidad a la dogmática penal, todos tienen una finalidad política, con el punto de mira siempre puesto en la reforma<sup>31</sup>.

## 2.4. Jueces y derecho

Otro tema fundamental en la filosofía jurídica de Radbruch, que también está articulado por la contraposición entre el modelo individualista y supraindividualista, es la relación entre la labor judicial

<sup>28</sup> Aquí si que se entra en una reflexión bastante filosófica, pues presuponer la responsabilidad supondría construir una cadena interminable que nos llevaría a nuestros padres y antepasados más lejanos hasta el infinito por lo que, siguiendo a Meyer, Radbruch sostiene que estamos determinados a la indeterminación. Llama la atención que no trate de romper tal idea por medio de la teoría de la imputación. Todo ello en RADBRUCH, G., *ERwI*, cit., p. 52-53.

<sup>29</sup> RADBRUCH, G.; *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens*, cit. p. 72. Lo califica como un hombre de “hechos y no solo en una ciencia práctica como la criminalística sino también en la dogmática penalista”. Junto a las enseñanzas de Listz visitó “el seminario de criminalística situado en la calle Schlüterstrasse no lejos de la Hardenbergerstrasse donde Listz tenía su residencia”. Sería precisamente el importante penalista el que le facilitó la obra de Max Rümelin sobre la teoría de la causalidad sobre la que primero realizó un ensayo y posteriormente su disertación.

<sup>30</sup> SPENDEL, G. (ED.); *Gustav Radbruch. Briefe I* (1898-1918), cit., carta 81 y 82 (de 6 y 8 de marzo respectivamente) a Lina Götz y 83 dirigida a sus padre (11 de marzo de 1906), pp. 84 y ss.

<sup>31</sup> KAUFMANN, A; “Leben und Werk” en *Gustav Radbruch Gesamte Ausgabe*, volumen 1, cit., p. 65

y la legislativa. Ya en el escrito programático de la *Freirechtsbewegung*, publicado bajo el pseudónimo Gnaeus Flavius, tras el que se ocultaba, como es sabido, su buen amigo Hermann Kantorowicz, se afronta de modo muy similar a como Radbruch lo haría apenas tres años después la función del juez<sup>32</sup>. No en balde, nuestro autor auspició y apoyó con gran ahínco la publicación de este texto<sup>33</sup>. Además, en 1906, año de la publicación del “Gnaeus Flavius”, Radbruch publicó un artículo con el descriptivo título *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung* (Ciencia del derecho como creación del derecho)<sup>34</sup>. Me parece que esta conexión intelectual tiene mucho que decir respecto al supuesto giro intelectual que Radbruch imprimiría, posteriormente, a su filosofía a partir de 1945, asunto que, en los limitados objetivos de este texto, no puedo afrontar. El texto que analizo junto con el intercambio epistolar y el diario de Radbruch ofrecen, de nuevo, importantes indicios de tal relación.

Los dos amigos reflexionan sobre el famoso artículo 4 del *Code* para desmontar el binomio legislador-creador y juez-aplicador<sup>35</sup>. Ello supone que se realiza un enfoque eminentemente histórico de la creación judicial del derecho, partiendo de la separación tajante entre la labor del legislador y la del juez que se reflejaría en *El espíritu de las leyes*. Tal época pensaba en un derecho completo y sin antinomias, un derecho que era reflejo de una clase social dominante, donde la subsunción automática aun era sostenible, al menos teóricamente<sup>36</sup>, donde el redactor de la ley habría pensado con claridad y sin contradicciones cada hecho social y su respuesta jurídica. “Nuestra época no cree ya en esto”, sostiene Radbruch<sup>37</sup>. Su época son “años de vértigo”<sup>38</sup>, por emplear la expresión de Blom, un tiempo

<sup>32</sup> Sobre este asunto y mostrándose de forma más reticente a lo que yo expongo, KAUFMANN, A; “Leben und Werk”, cit., 76. No puedo entrar a discutir aquí la posición de Kaufmann, pero esta tiene que ver con la obligación del juez de aplicar el derecho injusto, lo que Radbruch defendía aludiendo al principio de seguridad jurídica. No obstante aquí no se agota la discusión, pues queda abierta la cuestión de las lagunas del derecho.

<sup>33</sup> Al respecto, SPENDEL, G (ED.); *Briefe I* (1898-1918), cit., carta nº 80 a Hermann Kantorowicz (21 de febrero de 1906) donde se relatan las mediaciones con el editor Winter para publicar la obra del amigo, a pesar del antisemitismo galopante que existía en el ambiente académico de Heidelberg y carta nº 76 a Kantorowicz (de 10 de noviembre de 1905) donde relata sus charlas con Llienthal para obtener una posibilidad de habilitación para Kantorowicz, pp. 83 y 77 respectivamente. En estos años la relación entre los dos juristas es muy intensa y así se recoge en el intercambio epistolar.

<sup>34</sup> RADBRUCH, G., “Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung” en *AfS*, 22 (1906), pp. 355 y ss ahora en RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe* volumen 1, pp. 409 y ss. Al respecto sobre este relación y el nacimiento de la obra de Kantorowicz, KANTOROWICZ CARTER, F.; “Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book-Reflections on Gnaeus Flavius Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)” en *German Law Journal*, vol 7. Núm 7, 2006, pp. 657-700

<sup>35</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, 65. KANTOROWICZ, H., La lucha por la ciencia del derecho, Olejnik, p. 41

<sup>36</sup> OGOREK, R.; *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, 1986

<sup>37</sup> RADBRUCH, G., *ERwI*, 65

<sup>38</sup> BLOM, P., *Años de vértigo, Cultura y cambio en Occidente 1900-1914*, Anagrama, p. 17. El propio Radbruch arranca su diario ofreciéndonos noticia de tal velocidad tecnológica: “Cuando en el año 1878 comenzó mi vida, accedí a un mundo que, desde hacia tiempo, existía sin coches, sin cine ni radio, sin dirigibles ni aeroplanos, sin teléfono ni gramófono, sin luz ni tranvías eléctricos, y, por supuesto, sin bicicleta ni máquina de escribir, sin estilográfica ni reloj de muñeca e, incluso, (salvo en el *Palais* del káiser) sin baño ni

tan acelerado a causa de las innovaciones tecnológicas que era impensable que una ley pudiera prever los hechos que el futuro depararía, de ahí la necesidad y la importancia de la labor judicial como elemento renovador y creador del derecho.

Por tanto, existe una reivindicación clara del juez como creador del derecho (*Rechtsschöpfer*; el término alemán no deja lugar a dudas) que se justifica por medio del sentimiento jurídico que es característico del pueblo y, usualmente, desconocido o ignorado por los juristas académicos. Precisamente en este contexto se ha de traer a colación el modelo supraindividual, que vertebra esta idea de un derecho más allá de la voluntad del legislador; una idea que es traslación de una suerte de *Volkgeist* y que sería plasmado por medio de la figura del juez. El derecho, en ese sentido supraindividual, es decir con carácter colectivo, es aquel que se fundamenta en una suerte de “moralidad nacional” que alimenta, por ejemplo, las actuaciones de los jueces ingleses, a los que Radbruch sitúa como modelo de esta nueva forma de entender la realidad jurídica. Frente a ellos, el jurista alemán sería profundamente individualista y confiaría su buen hacer en una supuesta genialidad.

“*Ist die Rechtssprechung zu einen guten Teil Rechtsschöpfung gleich der Gesetzgebung*”; tal afirmación tiene como corolario la idea proveniente del derecho político de que el pueblo ha de participar en la creación del derecho, en este caso, consecuentemente, se procede a una reivindicación y explicación histórica de los jurados<sup>39</sup>. Sea como fuere el nexo entre constitucionalismo y jurado queda subrayado. No acepta, en cambio, el jurado en el ámbito penal, pues puede conllevar su utilización torticera en cuestiones de calado político. El lugar de honor otorgado al juez y la ampliación de sus funciones más allá de la mera aplicación de la ley son clarísimas en la primera edición de la *Introducción a la ciencia del derecho*.

---

inodoro. Por la mañana, de camino a la escuela, podía ver a los llamados “labriegos de la basura” que vaciaban las cubas hediondas y rebosantes en sus carros, entre cuyo suelo y los laterales goteaba al adoquinado de la calle el oro semilíquido de la agricultura. Desde entonces el mundo ha devenido más rápido, más luminoso y deslumbrante. Viví la llegada de las primeras bicicletas, llamadas *Velociped*, adoptaban la grotesca forma de jirafa, con una rueda muy grande y otra muy pequeña. Con versos infantiles, di la bienvenida a las primeras máquinas automáticas de chocolate y sostuve en la mano, sorprendiéndome su ligereza, las primeras cajas de cerillas de aluminio. El acontecimiento tecnológico más notable para mí y para mis contemporáneos fue la conquista del aire. Presencé lágrimas en muchos ojos cuando, desde el Nuevo Puente de Heidelberg, contemplaban por primera vez el vuelo del zepelín. En aquella época nadie podía barruntar que este y otros inventos no hacen a los hombres ni mejores ni más felices, sino que, más bien, conducirían a la pérdida de la humanidad”, RADBRUCH, R.; *Der innere Weg*, cit., p. 7.

<sup>39</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, 70. “La labor judicial es, en buena medida, al igual que la legislación creación del derecho”. Un análisis histórico constitucional en clave comparada de tal conexión en CLAVERO, B., *Happy Constitution, Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, 1997, pp. 41 y ss.

### 3. Última edición: más demócrata que socialista

Volviendo desde el frente francés, en una carta dirigida a su esposa y fechada el 18 de noviembre de 1918, escribe:

*Ciertamente, en el seno del nuevo gobierno habrá que decidirse sobre un nuevo problema, esperemos que sin una nueva guerra civil: gobierno provisional, cuyo mandato será cedido con prontitud a una asamblea nacional, que ha de ser elegida sin presiones y cuya mayoría determinará cómo seguir, o bien dictadura de una minoría, que siguiendo el modelo bolchevique sin asamblea nacional y sin consideración de la mayoría de la opinión pública, lleve a cabo sus reformas radicales. Yo mismo, que soy más demócrata que socialista, estoy de acuerdo con la primera posición. Mi “Introducción” ha quedado obsoleta y no se puede salvar de una sola tacada, por ahora no puedo volver a escribirla<sup>40</sup>.*

Efectivamente, había quedado sin mucha utilidad su librito que tan positivas críticas había recibido. Por ello, en la séptima/octava edición se introducen numerosos cambios que son respuesta a la nueva situación republicana; un sistema político que transitará, como Radbruch ya atisba y propone, no por el camino de la revolución, excepción hecha del breve experimento bávaro, si no por los cauces democráticos –no sin importantes déficits desde luego–. Asunto distinto es si, a la postre, no fue también una minoría dirigente la que lo defenestró.

#### 3.1 A vueltas con la moral y el derecho

Por seguir con el esquema utilizado anteriormente, describiré qué modificaciones se producen en la concepción del derecho, en el derecho penal y en la relación entre derecho legislado y juez. Pasemos revista a este elenco de cuestiones. En primer lugar, detengámonos en la concepción del derecho que se maneja en la octava edición de esta obra, e insisto en ello, ya no nos encontramos antes de la I Guerra Mundial, sino al final de la República de Weimar donde Radbruch había ocupado en dos momentos distintos la cartera de Justicia.

Kaufmann lo ha señalado palmariamente: para Radbruch, el concepto de derecho está unido a la idea de derecho<sup>41</sup>. El punto de partida es comprender el derecho como un ideal que, por tanto, pertenece a la idea de cultura. La reflexión aparece ya en la primera edición y está fuertemente influida, desde un punto de vista filosófico, por la obra del autor neokantiano H. Rickert, quien trata de superar la vieja

<sup>40</sup> SPENDEL.G.; *Briefe I* (1898-1918) cit., carta a Lydia Radbruch (18 de noviembre de 1918) pp. 285-6

<sup>41</sup> KAUFMANN, A; “Leben und Werk” en *Gustav Radbruch Gesamte Ausgabe*, volumen 1, cit., p 72. También el propio Radbruch en *Rechtsphilosophie* cit., p. 29 *in fine*.

escisión humboldtiana entre *Geisteswissenschaften* y *Naturwissenschaften*, subrayando que tal separación se fundamenta en los objetos que tratan y no en el método que emplean las ciencias. La propuesta sería distinguir entre ciencias empíricas naturales y ciencias empíricas culturales, pero no se parte de una separación sino de una unidad: “solo existiría una ciencia empírica, puesto que no hay más que una realidad empírica”<sup>42</sup> y porque entre estos dos ámbitos “existe un nexo, por cuanto para todos los objetos de la cultura es una consideración necesaria su exposición según el método histórico”<sup>43</sup>. Por ende, tanto derecho como Estado son reconocidos como cultura<sup>44</sup>.

Kaufmann ha apuntado que dos son los paradigmas filosóficos que influyen en Radbruch, uno el ya citado neokantismo de Lask y Rickert, que trata de distinguir formalmente los valores y, por tanto, entre ciencia explicativa y comprensiva. En segundo lugar, aquel dualismo metodológico que recibe de Heinrich Levy y que lo hace preguntarse por el hiato *Sein/Sollen*<sup>45</sup>. Este último asunto, me parece, lo ocupa, casi obsesivamente, aun en 1929, con la distinción derecho/moral. El punto de vista kantiano, según el cual el derecho juzga acciones externas (*äusserliche Handlungen*), mientras que la moral se ocupa del fuero interno: “El reino propio de la moral es el alma humana”, sostiene Radbruch con clara inspiración kantiana<sup>46</sup>. Ahora bien, en esta última edición se aprecia, aun más si cabe, que nos encontramos ante un jurista con experiencia práctica, y no con un filósofo que contempla el derecho de forma abstracta y teórica. Efectivamente, se matiza que la vieja distinción kantiana entre exterioridad del derecho y e interioridad de la moral no es válida, pues, en no pocos ámbitos, sí que se tiene presente el fuero interno. Así por ejemplo en la tutela de los menores se ha de ponderar el bienestar espiritual (*geistige Wohl*). De tal modo, afirma Radbruch, que la supuesta exterioridad del derecho no sirve cuando por medio de ella se quiere delimitar el campo de acción del derecho, sí que es de utilidad para señalar la dirección de los intereses que están tras un juicio jurídico. Sin embargo, y en esto se sigue manteniendo el dictado kantiano, las relaciones que no se expresan en acción, sino que residen en convicciones, no pueden ser abordadas por el derecho. Exterioridad de los intereses, exterioridad del modo de juzgar y exterioridad del sujeto al que se le imputa la acción; estas tres matizaciones, que no se encuentran en la primera edición, hacen más dulcificada la escisión entre derecho y moral, pero no

<sup>42</sup> RICKERT, H.; *Ciencia cultural y ciencia natural*, Espasa Calpe, Madrid, 1965. p. 41

<sup>43</sup> RICKERT, H.; *op. cit.*, p. 43

<sup>44</sup> RICKERT, H.; *op. cit.*, p. 48

<sup>45</sup> KAUFMANN, A; “Leben und Werk” en *Gustav Radbruch Gesamte Ausgabe*, volumen 1, cit., p. 73

<sup>46</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, pp. 15 y 16.

suponen, a pesar de lo que pudiera parecer, un desmantelamiento ni una matización de tal separación. Buena prueba de ello es que, en esta edición, existe una acerada crítica a Jellinek y a su contenido ético mínimo del derecho. Tal corriente confundiría claramente el punto de vista moral con el jurídico, excluyendo los conflictos trágicos entre una moral personal y una punto de vista jurídico más colectivo<sup>47</sup>. En definitiva, contemplada desde un punto de vista más sociológico, Radbruch tiene ante los ojos una sociedad y una época éticamente poliédricas que le hacen renunciar a cualquier tipo de reducción supuestamente objetiva y a cualquier determinación de la moral respecto del derecho. En realidad, como vengo sosteniendo, su posicionamiento sobre las relaciones entre derecho y moral y sobre su concepción del derecho tienen bastante que ver con su aproximación cultural al derecho que parece acentuarse en esta última edición; siguiendo las ideas de Rickert, Radbruch sostiene que tanto la ética como el derecho son productos culturales.

Esta aseveración no supone ni mucho menos que nuestro autor se encuentre, como muchos han sostenido, cercano a los planteamientos del derecho natural: “La idea del derecho natural fue un error; pero el error más fructífero”<sup>48</sup>. El pecado del derecho natural tiene que ver, de un lado, y esto aquí puede interesar aparentemente menos, con su falta de historicidad; y digo aparentemente porque el enfoque de las ciencias culturales reivindica, como ya he señalado, el método histórico. La refutación que de ello se desprende es, por tanto, fundamental. De otro lado, existe una aseveración de la contingencia del valor justicia, que apuntala esa separación conceptual entre derecho y moral, que ya se recoge en la primera edición y en la que se abunda en esta última con más detalle. La justicia es un valor altamente subjetivo, un valor que, en no pocas ocasiones, es utilizado para acabar con el ordenamiento jurídico establecido; más esencial es que la disputa entre dos partes tenga un final establecido por normas jurídicas, pues “la existencia del ordenamiento jurídico es más importante que su justicia, que la justicia es la segunda más notable tarea del derecho, la primera, es la seguridad jurídica, la paz”<sup>49</sup>. Este argumento puede ser mal interpretado, y así ha sucedido, si se entienden la

---

<sup>47</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p- 19-21. JELLINEK, G., *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* 1878, p. 46 “Das Recht ist nichts anderes, als das ethische Minimum. Objektiv sind es die Erhaltungs- bedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjektiv ist es das Minimum sittlicher Lebens- betätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschafts- gliedern gefordert wird. Ahora se puede consultar cómodamente el ejemplar digitalizado de la universidad de Harvard en Archive. Org: <https://archive.org/details/diesozialetisc00jellgoog/page/n56/mode/2up>, visitada el 5.02.2021

<sup>48</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 32.

<sup>49</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 34-35.

justicia y la seguridad jurídica como ideas contrapuestas, ello daría pie a construir un “segundo Radbruch”, aquel más conocido entre nosotros, limitado a su “derecho supralegal” y a sus “cinco minutos de filosofía del derecho”, que se enfrentaría a los planteamientos nacionalsocialistas tachándolos de positivistas y defendiendo una suerte de iusnaturalismo.

Esta trivialización de la obra de Radbruch, que se queda en lo superficial y desconoce su obra —muchas veces por la mera falta de lectura—, desenfoca y desubica sus razonamientos al no comprender que se habla de valores que pueden colisionar entre sí y, dependiendo de las circunstancias históricas, desplazar una a otro. En este sentido Stanley Paulson, Erich Kaufmann, Erik Wolf y otros han sostenido que se trata más bien de un cambio de énfasis entre los valores con los que Radbruch construye el derecho (justicia, certeza legal, propósito, etc.). En la época postbélica se enfatizaría, por tanto, sobre la idea de justicia<sup>50</sup>. Además el eterno retorno del derecho natural fue concepto acuñado mucho antes del nacionalsocialismo, en 1924, a causa de la obra de un fascista como Giorgio del Vecchio<sup>51</sup>. Sea como fuere, y eso es lo que ahora nos interesa, en la obra que estamos analizando se apuesta claramente como valor más importante por la certeza jurídica y por el mantenimiento de la seguridad jurídica y del ordenamiento jurídico. Es más, se afirma que tal ascetismo metodológico, defendido por Ludwig Knapp, resulta extraño a los juristas actuales que frente a las leyes supuestamente injustas no se pueda apelar a un concepto de justicia claro como el sol<sup>52</sup>.

### 3.2 Más sobre el modelo individualista y supraindividualista del Estado y del derecho

---

<sup>50</sup> PAULSON, S., “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the positivist Theses” en *Law and Philosophy*, Aug. 1994, vol 13, pp. 313-339. También, en sentido contrario, mi compañero A. Peña, quien aun hoy sigue defendiendo la vieja idea del “Damaskus” de Radbruch, PEÑA A., “Legalidad y justicia: cuestiones iusfilosóficas abiertas a la luz de la experiencia nacionalsocialista”, en MARTIN, S., FERNÁNDEZ-CREHUET F. y ARAGONESES, A; *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Athenaica, 2021, p. 587 y ss. No es exótica la opinión del compañero Peña, una imagen estereotipada de Radbruch ofrece Atienza en *Curso de argumentación jurídica*, una obra que por su extensión y su carácter no puede ser calificada, a mi modo de ver, de mero manual, al respecto p. 77. Ambos autores eluden no solo la tesis de Paulson, sino también la del discípulo más importante de Radbruch, A. Kaufmann, editor de la obra completa del filósofo alemán publicada a partir de 1987 en Mohr Siebeck, quien también sostiene tal cambio de acentos en vez de una revolución en el pensamiento de Radbruch (*Leben und Werk*, cit., p. 47). Ya desde hacía tiempo E. Wolff en su monumental *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, (4ª ed. 1963, pp. 751) se enfrenta, siguiendo a Baratta, a tales planteamientos.

<sup>51</sup> LANDSBERG, E; Zum ewigen Wiederkehr des Naturrechts, en ARWP, 1924/25 vol. 18, núm. 3 pp. 347-376. El lamentable *ritornello* del “eterno retorno del derecho natural” ha sido, sin embargo, popularizado por la obra de Rommen “Die ewige Wiederkehr des Naturrecht” que se publica ya en 1936 mucho antes de la Segunda Guerra Mundial, para completar la cuadratura del círculo se suele citar la segunda edición o sus trabajos posteriores. También en este sentido, Peña, A., op. cit, p. 588 nota 4.

<sup>52</sup> RADBRUCH, G., *ERw7/8*, p. 34-35.

En esta última edición se reproduce, con cierta fidelidad, la idea de las grandes concepciones que, a su juicio, han vertebrado el derecho y el Estado. En esta ocasión el modelo supraindividualista y el individualista se concretan en las teorías organicistas y en las contractualistas, situando a Platón y Rousseau como sus corifeos. Se opone a las teorías contractualistas al sostener que el nacimiento de los Estados no depende de la voluntad de los individuos, sino de “un desarrollo histórico y que la vida colectiva como en la vida de un organismo el todo es más antiguo que sus partes”<sup>53</sup>. Con este ingenuo historicismo de cuño casi biologicista, zanja el debate sobre el nacimiento del Estado a favor de las teorías supraindividualistas y organicistas.

Esto es curioso si se tienen en cuenta sus vivencias como testigo privilegiado en el surgimiento de la República de Weimar. Los argumentos y contra-argumentos entre estos dos extremos colman varias páginas, porque, en buena medida, lo que se ventila es la propia cosmovisión del derecho. Se busca una salida de emergencia a este debate entre individualismo y supraindividualismo en el ámbito político y con un relativismo romo y un tanto ramplón se solventa el asunto: “solo por medio de la voluntad proveniente de una introspección de la profundidad de la personalidad, y que es distinta en cada hombre, se puede tomar tal decisión<sup>54</sup>” o, expresado más brevemente, es una cuestión política, casi psicológica. Así, aquellos que defienden posiciones supraindividualistas (con Julius Stahl a la cabeza) forman parte del partido conservador, que entronizaría el Estado, la autoridad y fundamentaría la legitimidad del Estado en la voluntad divina o de proceso históricos. De otro lado, la transposición política del modelo individualista se hace coincidir con el liberalismo, que hace depender la dignidad del Estado de la individual, defendiendo los intereses individuales siempre frente a la máquina totalizadora estatal. En esta dicotomía política, que disuelve y soluciona límpida y simplistamente la complejidad filosófica del problema, el liberalismo habría sido el principal defensor del individuo frente al *Polizeistaat*, mientras aquel quería emanciparlo, este simplemente quería hacerlo feliz incluso a su costa. No es de extrañar, aunque pueda sorprender, que junto al alabado y loado liberalismo, emancipador y liberador de la voluntad individual, Radbruch también defienda la democracia por la que apuesta como defensora de la diversidad, echando mano de versos gnósticos del Peregrino Errante de Angelus Silesio (“cuánto más diversas son las voces, más bello será el canto”<sup>55</sup>), mientras que el

<sup>53</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 25-26.

<sup>54</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 25 *in fine*.

<sup>55</sup> Ahora también en Projekt Gutenberg.de <https://www.projekt-gutenberg.org/angelus/cherub/cheru001.html>

liberalismo partiría de un concepto de individuo mucho más plano y formal, como el defendido por las corrientes kantianas. El punto intermedio, que recoge tanto las ventajas de la democracia como del liberalismo, resulta ser el socialismo, un socialismo liberal y antirrevolucionario<sup>56</sup>, el cual, en cierto sentido, es apartado de esta diatriba y ubicado fuera de los dos extremos, pues este “no poseería una teoría sobre el Estado sino solo sobre la economía y la sociedad”<sup>57</sup>. Tal afirmación posee un fondo más marxista de lo que en un primero momento pudiera parecer, porque se subraya que el “materialismo histórico ha reconocido que ni el derecho ni el Estado son determinantes”<sup>58</sup>. En cualquier caso –al margen de lo acertado de la opinión–, y en esto no es una interpretación, sino la literalidad del texto, nuestro filósofo concluye sus consideraciones sobre el socialismo como corriente liberal citando el manifiesto comunista y sosteniendo que este pretende no solo la igualdad formal, que es la predicada por el liberalismo y que nunca llegó a cumplir, sino la material<sup>59</sup>.

En definitiva, los términos de la oposición individualismo/liberalismo de un lado y socialismo/supraindividualismo se liman convenientemente para construir una suerte de punto intermedio, una posición socialdemócrata que no abraza tanto el liberalismo como un fuerte estatismo con el que se aúna políticamente bajo la idea de la democracia. Frente a la supuesta igualdad formal del liberalismo se propone un sujeto diverso, frente a la dictadura del proletariado comunista, una democracia pluralista. A modo de conclusión provisional, se puede sostener que comparado con lo expuesto por su amigo Emil Lask, los argumentos de Radbruch son enormemente confusos, pues se emplea indistintamente los sustantivos Estado y derecho, lo que desde luego es síntoma de una visión legalista-estatal donde el único centro de producción jurídica es el Estado. Matizadas parecen quedar, por tanto, las influencias de la *Lucha por la ciencia jurídica* de Kantorowicz. Pero además en este capítulo sobre el derecho poco, muy poco, hay de filosofía jurídica en general y más aún si se compara este texto con aquel otro de Emil Lask que ya hemos comentado.

---

<sup>56</sup> Llama la atención la reacción frente al ajusticiamiento de Karl Liebknecht, que califica de irremediable y al que critica por haberse hecho el mismo un mártir SPENDEL, G. (ED.); *Briefe II (1919-1949)* en KAUFMANN, A.; *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, volumen 18, carta al padre (de 17 de junio de 1919), pp. 13-14

<sup>57</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 29.

<sup>58</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 29.

<sup>59</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 29 “Así concluye el manifiesto comunista (Karl Marx y Friedr. Engels, 1848) con la apelación muy liberal a una asociación donde el desarrollo de cada uno sea condición para el libre desarrollo de todos – y también el Programa de Erfurt (1891) culmina en expresiones tan individualistas como libertad, el mayor bienestar o la realización armónica de todos. El socialismo económico está unido con una cosmovisión y una idea del Estado liberal”.

Por último, en la última edición, el término “transpersonalismo” es un mero residuo filosófico destinado a explicar la producción cultural. El transpersonalismo deviene un vago “sentimiento vital” que no admite transcripción política –no habría sido defendido por ningún partido– si bien, filosóficamente, se cita a Tönnies como uno de los principales representantes de esta corriente. Lask, sin embargo, encontraba la base tal transpersonalismo en el neokantismo de Windelband<sup>60</sup>.

La confusión entre el derecho y el Estado a los que se aplica las dos (tres en la última edición) concepciones que he citado ponen de manifiesto también que toda reflexión sobre el derecho conlleva inescindiblemente unido a ella otra sobre el Estado. Esto es más palmario en la edición de 1929, pues ya se ha vivido el nacimiento y desarrollo de la República de Weimar y, tras ella, en contraste, se observa el Estado decimonónico. Por tanto, la pregunta por el Estado es el interrogante sobre estos dos modelos de Estados concretos y, a su luz, se obtienen algunas reflexiones de carácter filosófico jurídico. El primer aspecto, la realidad política concreta, prima sobre el segundo, las cuestiones iusfilosóficas. Se contraponen el viejo Estado regido por el principio monárquico y que se concretó en el Wiener Schlussakt (1819-20), con el modelo de Weimar, que está estructurado en torno a la idea de soberanía popular y supone la constitución de un nuevo Estado. No se elude la existencia de ciertas continuidades entre estos dos momentos históricos como, por ejemplo, cuando se analiza el *Reichsrat* que, a su juicio, era el heredero del *Bundesrat* bismarckiano, un “órgano común de los Länder”, un “freno” de la unidad. Tal ejemplo simboliza una reflexión central de esta obra que no aparece, por una cuestión temporal en la primera edición: la República de Weimar y su Constitución en particular son contempladas como creación de un Estado unitario frente al particularismo decimonónico que aún seguía manteniendo la existencia de veinticinco Estados que ahora ya se denominan *Ländern*, entre ellos el particularismo más peligroso era la mera existencia de Prusia. Es un tema, por tanto, clásico, el debate entre *Grossdeutschland* oder *Kleindeutschland* que ya venía del XIX y que ahora, constitución por medio, se resuelve en el primer sentido. Expresado de otro modo, se trata de la creación de un Estado-nación por medio de constitución<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Curiosamente, Lask, en su ya citado escrito, trata a Tönnies, lo que parece más adecuado no como un representante de la metodología jurídica, sino, más bien, como un sociólogo que frente a la abstracción del término *Gesellschaft* emplea otro que, a su juicio, está más teñido de connotaciones naturalistas como *Gemeinschaft*, es una posición colectiva que Lask encuentra superada por la posición de Windelband que sería un punto intermedio, ya que defendería un complejidad de valores transpersonales pero que, al mismo tiempo, no niegan la individualidad sino que la poseen como fundamento. LASK, E.; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 296

<sup>61</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, pp. 67-68

Sin embargo, esa tensión entre parlamentarismo y principio monárquico está resuelta de antemano. Se apuesta por un parlamentarismo donde los partidos políticos son “el órgano más importante de la vida constitucional”<sup>62</sup>. Se declara contrario al bipartidismo que, en Alemania, estaría formado por un partido burgués y otro proletario, y a favor de las coaliciones. Se queja amargamente de que la causa de la supuesta crisis parlamentaria no es la diversidad de partidos sino su hieratismo y falta de flexibilidad, por ser partidos de cosmovisión y con un programa cerrado<sup>63</sup>. Hasta aquí todas estas afirmaciones se compadecen bien con un socialdemócrata convencido. Sin embargo, en estas páginas sobre el derecho político resuenan ecos profundamente elitistas que, en principio, pudieran chocar con el ideal democrático, pero que no son más que la constatación de que nuestro autor cree en una democracia organizada por el binomio —por cierto muy de la época— elite *versus* masa. Solo así se entiende los halagos realizados a los dos presidentes de la República; a Friedrich Ebert por su “inteligencia de hombre de Estado y por su inmaculado sentido jurídico” y a Hindenburg por su “inamovible imparcialidad”. Se trata de ensalzar las personas más que la institución, personajes que sin duda, como ha puesto de manifiesto la historia, tienen importantes sombras<sup>64</sup>, que no debían ser desconocidas para nuestro autor<sup>65</sup>. Por otra parte, el parlamentarismo defendido por Radbruch reviste unos rasgos peculiares, pues para él “no hay democracia sin dirigentes” y “no se trata de que gobierne el parlamento, sino que gobiernan los dirigentes que son elegidos por la confianza que en ellos deposita el parlamento”, “no son un *Führer* en el sentido que prescriben el camino pero sí porque tienen sus ideas y sus formas de pensar propias”<sup>66</sup>. En el presidencialismo característico de la Constitución de Weimar y en esta idea elitista del parlamento se deja notar cómo a pesar de que la época bismarckiana es señalada como contrapunto, no en pocos asuntos, existe una enorme continuidad, una corriente más o menos

<sup>62</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 61

<sup>63</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 63

<sup>64</sup> Fue Ebert quién realizó importantes pactos secretos con el ejército, encabezado por el “héroe de Tannenberg”, Paul Hindenburg, al inicio de la República, para reprimir a la izquierda. MÖLLER, H.; *Die Weimarer Republik: Eine unvollendete Demokratie*, dtv, p. 36. Los telegramas de tales pactos se pueden consultar en HUBER, E. R.; *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgechichte*, cit., vol 3. pp. 9-13 (núm. 12-19). Especialmente llamativa es la orden de 10 de noviembre de 1918 del jefe del ejército, Hindenburg— quien luego sería presidente de la República y nombraría a Hitler canciller, no lo olvidemos—, a que los ejércitos luchan contra los bolcheviques (núm 16, p.11). Además Hindenburg se hizo eco de la teoría conspirativa del “Dolschstoss”, según la cual Alemania habría perdido la guerra por ser atacada por la espalda por las fuerzas comunistas; bajo su mandato fue la época que más decretos de emergencia de firmaron por medio del famoso y discutido artículo 48 de la Constitución de Weimar. MÖLLER, H., *op. cit.*, p. 204

<sup>65</sup> Radbruch en su diario nos cuenta su oposición a las revueltas causadas por edel Kapp-Putsch, por los que fue encarcelado y condenado a pena de muerte por intentar evitar un baño de sangre y defenderlos de los soldados golpistas. RADBRUCH, G.; *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens*, cit, 1951, p. 133

<sup>66</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 63-64

oculta que sale a flote apenas se ahonda en las supuestas explicaciones descriptivas –que en última instancia son prescriptivas o al menos desiderativas— de lo que es el Estado.

Desde un punto de vista más jurídico, en esta nueva circunstancia histórica, está claro que la ley ha ganado la partida al derecho consuetudinario. El Estado de Weimar es productor y producto del derecho legislado, o eso se pretende. Si en la primera edición la columna vertebral que marca el capítulo “*Staatsrecht*” era derecho natural - costumbre - revolución francesa y, finalmente, Imperio alemán, ahora en 1929, la costumbre desaparece y se presta más atención al derecho anglosajón como experiencia constitucional. La especificidad continental, a la que pertenece el derecho alemán, sería ese supuesto Code-centrismo, que no solo es propio del XIX como fantasía más que como realidad, como no pocas veces se pensó hasta el presente<sup>67</sup>, sigue siendo reivindicado por Radbruch ahora como elemento constituyente de la seguridad jurídica y de la época de Weimar<sup>68</sup>.

### 3.3 Políticas sociales frente al viejo derecho penal

La concepción del derecho penal sigue estando articulada, igualmente, por los dos modelos que propone Radbruch, el individualista y el supraindividualista, que, como he señalado, son una simplificación de las concepciones descritas por Emil Lask. Por tanto, su concepción del derecho penal es consecuencia mediata de su modelo de Estado y de derecho. No existe una reflexión sobre dogmática penal, sino una propuesta eminentemente política, tal y como ya se señalaba en el prólogo de la obra comentada. El modelo penal de cuño individualista defendería una finalidad retributiva de la pena, un Estado autoritario y una idea individual liberal que refleja “la misma estructura que el contrato de trabajo”; del mismo modo que en el ámbito laboral el trabajador es solo “manos”, en el del derecho penal el delincuente es solo un “actor” (*Täter*), que solo se define en relación con sus acciones (*Taten*), sin tener en cuenta los condicionamientos ni las circunstancias sociales<sup>69</sup>. No es, simplemente, la clásica discusión entre dos escuelas penalistas, una que apuesta por la retribución y otra por la prevención, sino que, a juicio de Radbruch, se apunta a una elección mucho más general (y también mucho más trágica) entre un “Estado de derecho en el estrecho y viejo sentido” de tal término o, de

---

<sup>67</sup> Ejemplo de fantasía histórica respecto a códigos y ley es el texto de LAPORTA, F.; *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, 2007. Buen antídoto CLAVERO, B.; *Razón de Estado, Razón de individuo, Razón de historia*, CEC, 1991, especialmente el capítulo rotulado como ingenuidad del código. Desmitificador también PETIT, C.; *El código inexistente. Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del XIX* en Anuario de derecho civil, vol. 48, núm. 4. 1995, pp. 1429-1466

<sup>68</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 44-45.

<sup>69</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, pp. 103-104.

otro lado, de un Estado de bienestar y cultural<sup>70</sup>. Este planteamiento lo acerca de un lado a von Liszt (“La política social es la mejor política criminal”) y se plasma en dos medidas legislativas impulsadas en buena medida por nuestro autor: la Ley de tribunales de menores (*Jugendgerichtsgesetz*<sup>71</sup>) y la Ley para la lucha contra las enfermedades sexuales (*Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten*). En la primera se recoge la idea del “delincuente ocasional”, dejando notar de nuevo la influencia de von Liszt, y del paradigma basado en las medidas de carácter educativo o de aseguramiento sin renunciar, en principio, a la pena, aunque Radbruch apunta la existencia de derecho penal sin pena *stricto sensu*. La segunda ley era una vieja reivindicación socialista que ya había defendido August Bebel a finales del XIX<sup>72</sup> y que fue impulsada por Alfred Blaschko y, en seguida, se hizo acreedora de varias críticas por limitar la libertad de movimientos, imponer la asistencia a casas de trabajo como medio de educación y, en definitiva, por obligar a realizar un tratamiento médico<sup>73</sup>. Estas dos leyes son un mero ejemplo de cómo ha de ser el nuevo derecho penal, más flexible, en el que la literalidad de la ley no puede ser empleada para ir contra su espíritu. Por otra parte, el juez deja de ser un “ejecutor de la ley” para convertirse en una suerte de “funcionario social”, se requiere por tanto de un nuevo tipo de juez para este nuevo derecho penal. Este carácter pedagógico del derecho penal también acompañaría la reforma del Código penal de 1922, como ha subrayado, con gran acierto, Michele Pifferi<sup>74</sup>.

### 3. 4 En relación a la posición del juez

Inescindiblemente unido a la configuración del Estado y su relación con el derecho se encuentra el asunto de la posición que el juez ha de desempeñar. Como ya he señalado, el tema procede de los años de juventud de Radbruch y de su relación de amistad con Hermann Kantorowicz que se concretó en aquel entonces en interceder para la publicación *La lucha por la ciencia jurídica*, en un largo viaje a Florencia y también en defender ante la sociedad académica de Heidelberg y Berlín los intereses y

<sup>70</sup> RADBRUCH, G.; *ERw*7/8, p. 105.

<sup>71</sup> Reichgesetzblatt, núm. 14 de 27 de febrero de 1923, pp. 135 – 141. Ahora fácilmente accesible por medio del magnífico portal de la Biblioteca nacional austriaca ALEX. Historische Rechts- und Gesetztexte: online.

<sup>72</sup> KNACK, A; “Der Kampf gegen Geschlechtskrankheiten und Prostitution” en: *Der sozialistische Arzt*, 3. Jg. (1927), Heft 3 (Dezember), S. 10–18 consultado en <https://archive.org/>

<sup>73</sup> LOEWENSTEIN, G. ROSENTHAL. F. E.; “Das neue Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten”. en *Der sozialistische Arzt*, 2. Jg. (1927), Heft 4 (März), S. 22–23, la revista completa digitalizada de nuevo en <https://archive.org/>

<sup>74</sup> PIFFERI, M., “Crisis del liberalismo penal y auge del derecho penal autoritario. La cultura penalística de entreguerras” en MARTIN, S., FERNÁNDEZ-CREHUET F. y ARAGONESES, A; *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Athenaica, 2021, p. 405. Allí se ofrecen importantes datos y reflexiones sobre el derecho penal en la obra de Radbruch que ahora no podemos abordar en esta sede.

anhelos profesionales de su compañero. Creo que existe cierta mala interpretación en lo que significó la *Freirechtsbewegung* y cuál era exactamente su programa, pero lo cierto es que no es este el lugar de ocuparse de ello.

En cualquier caso, la tensión entre jueces y derecho legislado, que en 1926 fue el objeto principal del Congreso de la Asociación de profesores de derecho político, en donde, expresado con simplismo, los más conservadores, a excepción de Heller, apostaban por otorgar mayor libertad al juez y los más progresistas por intensificar y prestigiar la labor parlamentaria<sup>75</sup> ha de ser tenida presente para comprender la atmósfera de la época. Los planteamientos de Radbruch en 1929 revisten cierta complejidad, y no se puede esperar un cambio de rumbo completo ni mucho menos una negación de la *Freirechtsbewegung* ni de las razones esbozadas en la primera edición de esta obra. Incluso habiendo sido ministro de justicia en dos ocasiones. El punto de partida es exactamente —literalmente— el mismo que en 1910: que el derecho no solo es un valor sino también realidad y que este cobra vida por la actuación del juez; que la ley no es una limitación de la independencia judicial, sino un modo de mantener ésta al margen de las peligrosas presiones políticas<sup>76</sup>. Por ello, la importancia concedida a la labor judicial es *Leitmotiv* que ofrece un aliento fundamental a sus reflexiones. No obstante, en 1929, se afinan los argumentos y, sobre todo, se limitan las conclusiones a que estos conducen. Por un lado, se contempla con bastante reticencia el control judicial de las leyes creadas por el parlamento, que, encomendadas al juez ordinario, supondrían una quiebra de un principio insobornable de todo sistema democrático como es la soberanía popular. El *richterliche Prüfungsrecht*, el control judicial difuso, es para Radbruch un “peligro político y jurídico”; un peligro que ha detectado el Programa de Heidelberg del Partido Social Demócrata (1926) donde se reconoce la necesidad de incluir jueces legos junto con los jueces de carrera; frente el antiguo Programa de Erfurt (1891) que simplemente recomendaba la necesidad de que la “jurisprudencia fuera llevada a cabo por jueces elegidos por el pueblo”<sup>77</sup>. Por tanto, problema político y, de otro lado, jurídico, pues Radbruch es consciente de que una ley inerme y desganaada puede ser insuflada con ánimos tímicos por cualquier cohorte de jueces convenientemente politizados. Por otra parte, existe una defensa de la *Freirechtsbewegung*; de forma un tanto parca y

<sup>75</sup> STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band III, p. 190-92. Y también noticia completa del debate en <https://www.degruyter.com/view/books/9783110888225/9783110888225-002/9783110888225-002.xml>

<sup>76</sup> RADBRUCH, G.; *ERwI*, pp. 61 y 62 y *ERw7/8*, p. 120-121 y, no se modifica ni una sola coma del arranque de este capítulo salvo una escueta alusión a la constitución de Weimar que, obviamente, no se encontraba en la primera edición: “dice el primer párrafo de la Ley de tribunales, que como principio de toda la jurisprudencia ha sido aceptado en la Constitución del imperio”

<sup>77</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 124-125.

distante, ciertamente, se reconoce que la ley es lagunosa y que, en ciertos casos, el juez no solo interpreta sino que crea el derecho. Esta creación jurisprudencial del derecho funcionaría, por así decirlo, en los planos bajos, en las contiendas jurídicas entre particulares, siempre que estas no atañan directamente a los intereses del Estado, siempre que no roce –y mucho menos colisionen– con la razón de Estado o que pueda desplazar al derecho penal<sup>78</sup>. Se puede fácilmente defender esta tesis interpretativa si se tiene presente el ejemplo con el que se ilustra el “credo” principal de la *Freirechtsbewegung*, el artículo primero del Código civil suizo, que redactado por Eugen Huber, obliga al juez a actuar como el legislador si no encuentra solución ni en la ley ni en la costumbre; se trata de pensar jurídicamente como pensaría el legislador, escudriñar cuál habría sido su voluntad en el caso no previsto, en el hueco que la ley, por la razón que fuere, no cubre<sup>79</sup>. El ejemplo de Salomón como juez ideal o el de la fábula del molinero de Sansoucci<sup>80</sup>, ambos propuestos por Radbruch reiteradamente<sup>81</sup>, ilustran la idea de un caso difícil, de un caso si se quiere extrasistémico, en tanto que se resuelve por medio de un ingenuo juicio psicológico. Se puede ir más allá y afirmar con Wiethölter que tanto Salomón como Azdak, el juez del círculo de tiza caucásico de B. Brecht, son jueces que deben ir ante el juez<sup>82</sup>, jueces de otro tiempo, en el que era aún posible hablar de verdad y de mentira y pensar que los dioses aún vivían; tiempo, en definitiva, de un derecho que aún no había sido ni desencantado ni desmitificado.

Esta idea que el derecho contiene un alto grado de elementos volitivos y no puede ser reducido a pura racionalidad no es extraña para nuestro filósofo. El modo de tratar de salir de este callejón sin salida de la subjetividad judicial, al que quizá podría conducir una defensa de la *Freirechtsbewegung*, es apelar, por un lado, a la colegiación judicial y, por otra parte, echando mano de un mito ciertamente hoy en día insostenible<sup>83</sup>, a la tradición del derecho anglosajón donde el juez es considerado como un legislador

<sup>78</sup> Radbruch en este sentido ve necesario incluir a jueces legos en tribunales que se ocupen de causas civiles, mercantiles o de derecho laboral, porque “limitarían la burocracia judicial”, allí deben defender los “intereses de su clase en la formación del derecho”. RADBRUCH, G., *ERw7/8*, p. 136.

<sup>79</sup> RADBRUCH, G.; *ERw7/8*, p. 130.

<sup>80</sup> RADBRUCH, G.; *ERw1*, p. 62-63 *ERw7/8*, pp. 121-122.

<sup>81</sup> RADBRUCH, G., *ERw7/8*, p. 125-126 *ERw1*, pp. 64-65.

<sup>82</sup> WIETHÖLTER, R.; *Rechtswissenschaft*, Fischer Bücherei. Funk-Kolleg, 1968, p. 17; me parece, y Radbruch no lo aprecia, que lleva razón Wiethölter cuando sostiene que la aparente racionalidad de Salomón es completa irracionalidad por apoyarse en prejuicios sobre cómo ha de ser una madre

<sup>83</sup> ZIMMERMANN, R.; *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian*

*Tradition Today*, Oxford, University Press, 2001, pp. 128 y ss.

pero, a la par, la seguridad jurídica parece ser incluso más robusta que en el sistema continental al estar la actuación judicial limitada por medio del precedente<sup>84</sup> –tristes consuelos–. La terapia para evadirse de tal estado de cosas es ciertamente bastante conservadora, pues se propone la “crítica imparcial” y el “sosegado efecto del tiempo” para que la clase judicial modifique su conservadora cosmovisión; el “transcurrir temporal” hará llegar la “convicción de la irrevocabilidad de la República democrática”<sup>85</sup>. Desgraciadamente afirmar esto en 1929 fue un tanto ingenuo o quizá mi juicio sea un tanto retrospectivo.

#### 4. A modo de conclusiones

Dos épocas diversas, dos circunstancias vitales distintas, pero una única concepción sobre el derecho se reflejan en las dos ediciones de este texto que he ido recorriendo. Me parece que, a pesar de las diferencias de acento y de tono que se dejan notar entre ellas, el núcleo del mensaje es el mismo: la vieja separación entre derecho público y derecho privado ha devenido obsoleta para explicar el fenómeno jurídico, pues están surgiendo una serie de sectores del ordenamiento jurídico (derecho laboral, derecho mercantil, derecho administrativo, etc.) que difícilmente puede ser comprendidos con esta pareja de conceptos, por ello se propone la idea de derecho individual- supraindividual que, a la postre, es superada por el momento social del derecho. Este marco teórico, me parece, posee un trasfondo sociológico que palpita en la obra de Radbruch y que plasma con justeza la obra de Charles S. Maier, “La refundación de la Europa burguesa”: La derogación de la burguesía no se llevó a cabo y ello se dejaba notar en la ausencia del proletariado y las clases sociales en el sistema educativo: “La Primera Guerra Mundial no quebró drásticamente las categorías clasistas de la Europa burguesa”<sup>86</sup>. El surgimiento de lo que se llamó las masas no quebró completamente los viejos esquemas de la burguesía pre-weimariana<sup>87</sup>, el intento de refundar las posiciones burguesas incluyendo a esta nueva “clase” y a sus pretensiones fue, en buena medida, el proyecto de la socialdemocracia que, como ha quedado

---

<sup>84</sup> RADBRUCH, G., *ERw7/8*. pp. 133-134

<sup>85</sup> RADBRUCH, G., *ERw7/8*, p. 142

<sup>86</sup> MAIER, S. M.; *La refundación de la sociedad burguesa. Estabilización en Francia, Alemania e Italia en la década posterior a la I Guerra Mundial*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1975, p. 65

<sup>87</sup> Con certera alusión a la conferencia de Thomas Mann en la Universidad de Chicago, mi amigo y compañero, Sebastián Martín defiende también esta continuidad y dibuja un excelente y abigarrado lienzo cultural de la época de Weimar en sus Iluminaciones sobre Weimar: acotaciones histórico-culturales a un tiempo de transición y complejidad en MARTÍN S, FERNÁNDEZ CREHUET, F. Y ARAGONESES, A., *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Athenaica, 2021, pp. 661- 742, cita en p.612

patente a lo largo de estas páginas, también seguía manteniendo importantes concomitancias con la época Guillermina. No era una ruptura ni una revolución sino una mera reforma. Las herramientas que se pretendían utilizar en el ámbito jurídico para realizar tal maniobra están recogidas, con gran tino, en la obra de la que me he ocupado y en el pensamiento jurídico de nuestro autor en general. En esto reside su importancia y no en obsoletas, reductoras y poco justificadas miradas que tratan de limitarlo a una única fórmula: “el derecho notoriamente injusto no es derecho”. Los filósofos, en general, solemos ser malos historiadores, pues nos quedamos en la construcción de fríos conceptos que nada o poco tienen que ver con el arco temporal en el que se desarrollan. Esta enseñanza la debo precisamente a un historiador, Michael Stolleis, descase en paz.

## 5. Bibliografía

- ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, 2003
- BLOM, P., *Años de vértigo, Cultura y cambio en Occidente 1900-1914*, Anagrama, 2015
- CLAVERO, B.; *Razón de Estado, Razón de individuo, Razón de historia*, CEC, 1991
- GARCÍA LÓPEZ, DANIEL J.; *Hans Kelsen y la "traditionelle Rechtslehre" los antecedentes de la pureza metodológica en el pensamiento de Carl Friedrich von Gerber en Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Nº 33, 2015, págs. 197-222
- HUBER, E. R.; *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgechichte*, vol 3. W. Kolhammer Verlag, 1966
- JELLINEK, G.; *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* 1878, en <https://archive.org/details/diesozialethisc00jellgoog/page/n56/mode/2up>, visitada el 5.02.2021
- LAPORTA. F.; *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, 2007
- KANT, I.; *Metaphisik der Sitten*, Verlag L. Heimann, 1870
- KANTOROWICZ CARTER, F.; “Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book-Reflections on Gnaus Flavius Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)” en *German Law Journal*, vol 7. Núm 7, 2006, pp. 657-700
- KANTOROWICZ, H.; *La lucha por la ciencia del derecho*, Olejnik, 2019,
- KAUFMANN, A; “Leben und Werk” en *Gustav Radbruch Gesamte Ausgabe*, volumen I, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1987
- KNACK, A; “Der Kampf gegen Geschlechtskrankheiten und Prostitution” en: *Der sozialistische Arzt*, 3. Jg. (1927), Heft 3 (Dezember), S. 10–18 consultado el 05.02.2021 en <https://archive.org/>
- LANDSBERG, E; Zum ewigen Wiederkehr des Naturrechts, en *ARWP*, 1924/25 vol. 18, nº 3 pp. 347-376
- LASK, E.; Rechtsphilosophie en WINDELBAND, W; *Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer*, Carl Winter’s Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1907, digitalizado y visitado el 05.02.2021 en <https://archive.org/details/diephilosophie00wind/page/n3/mode/2up>
- LOEWENSTEIN, G. ROSENTHAL. F. E.; “Das neue Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten”. en *Der sozialistische Arzt*, 2. Jg. (1927), Heft 4 (März), S. 22–23, la revista completa digitalizada de nuevo en <https://archive.org/>
- MAIER, S. M.; *La refundación de la sociedad burguesa. Estabilización en Francia, Alemania e Italia en la década posterior a la I Guerra Mundial*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1975
- MÖLLER, H.; *Die Weimarer Republik: Eine unvollendete Demokratie*, dtv, 2001
- OGOREK, R.; *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, 1986
- PAULSON, S., “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the positivist Theses” en *Law and Philosophy*, Aug. 1994, vol 13, pp. 313-339
- PEÑA A., “Legalidad y justicia: cuestiones iusfilosóficas abiertas a la luz de la experiencia nacionalsocialista”, en MARTIN, S., FERNÁNDEZ-CREHUET F. y ARAGONESES, A; *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Athenaica, 2021
- PETIT, C.; *El código inexistente. Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del XIX* en Anuario de derecho civil, vol. 48, núm. 4. 1995, pp. 1429-1466
- PIFFERI, M., “Crisis del liberalismo penal y auge del derecho penal autoritario. La cultura penalística de entreguerras” en MARTIN, S., FERNÁNDEZ-CREHUET F. y ARAGONESES, A; *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Athenaica, 2021
- RADBRUCH, G.; *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens*, K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1951

- RADBRUCH, G.; *Einführung in die Rechtswissenschaft* 1. Aufl. 1910 recogida en RADRUCH, G.; *Gesamtausgabe* volumen 1, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987
- RADBRUCH, G.; *Einführung in die Rechtswissenschaft* 7/8. Aufl. 1929, recogido en RADRUCH, G.; *Gesamtausgabe* volumen 1, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987
- RADBRUCH, G., “Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung” en *AfS*, 22 (1906), pp. 355 y ss., recogido en RADRUCH, G.; *Gesamtausgabe* volumen 1, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987
- RADBRUCH, G.; *Briefe I* (1898-1918) al cuidado de Günter Spendel, en KAUFMANN, A. (ED) *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, volumen 17, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg
- RADBRUCH, G.; *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Verlag von Quelle & Meyer in Leipzig, 1914, ahora en RADRUCH, G.; *Gesamtausgabe* volumen 2, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991
- RADBRUCH, G.; *Introducción a la ciencia del derecho*, traducción de Luis Recaséns Siches, prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930
- RADBRUCH, G.; *Rechtsphilosophie*, Verlag von Quelle und Meyer in Leipzig, *Gesamtausgabe* volumen 2, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993
- RICKERT, H.; *Ciencia cultural y ciencia natural*, Espasa Calpe, Madrid, 1965
- RÜCKERT, J.; *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1986.
- SPENDEL, G; “Einleitung” en *Gustav Radbruch Briefe II (1919-1949) Gesamtausgabe*, volumen 18, C. F. Müller Juristische Verlag, Heidelberg, 1995
- STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band III, C. H. Beck, 1999
- WIETHÖLTER, R.; *Rechtswissenschaft*, Fischer Bücherei. Funk-Kolleg, 1968
- WOLFF, E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Mohr Siebeck, 1963
- ZIMMERMANN, R.; *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, University Press, 2001