



# UADE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN FINAL DE ABOGACÍA**

***EL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL  
PENSAMIENTO IUSFILOSÓFICO ALEMÁN  
TRAS EL HOLOCAUSTO  
EL CAMINO HACIA UN IUSNATURALISMO RENOVADO***

**MOZO SARTORIO, CAROLINA**

**L.U. 135090**

**E-MAIL: carolina.sartorio@gmail.com**

**CARRERA: ABOGACÍA**

**TUTOR: PROF. PABLO IANNELLO**

**FIRMA TUTOR:**

**FECHA DE PRESENTACIÓN: 29 DE AGOSTO DE 2016**

**SEMINARIO DE PRÁCTICA CORPORATIVA (MIÉRCOLES, TURNO NOCHE)**

## ÍNDICE

RESUMEN/ABSTRACT .....	3
I. INTRODUCCIÓN .....	4
II. DEL IUSPOSITIVISMO A LA PERVERSIÓN DEL DERECHO NAZI: EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA DE EDMUND MEZGER Y CARL SCHMITT EN LA CONSOLIDACIÓN DEL NAZISMO .....	5
III. EL RESURGIMIENTO DEL IUSNATURALISMO: LA TERCERA VÍA EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO .....	14
A. <i>Gustav Radbruch y la insoportabilidad de la injusticia como límite a la arbitrariedad legal</i> .....	16
B. <i>Robert Alexy y su reformulación de la fórmula de Radbruch: la pretensión de corrección y la ponderación como pautas de medición de la “insoportabilidad” radbruchiana</i> .....	21
C. <i>Hans Welzel y los límites a la omnipotencia legislativa: su teoría de las estructuras lógico-objetivas y su concepción del hombre como fin último</i> .....	26
IV. CONCLUSIONES .....	31
BIBLIOGRAFÍA .....	34

### **RESUMEN/ABSTRACT**

El presente trabajo es un estudio de índole descriptivo-analítico-comparativa que tiene por objeto demostrar bajo la óptica de diferentes interpretaciones que un Derecho positivo que hace prevalecer el principio de seguridad jurídica por sobre el valor justicia y con total prescindencia de ella no es Derecho, ello, a partir de la revisión de los postulados iuspositivistas que se operó después de la Segunda Guerra Mundial como consecuencia de haber vivido y atestiguado nuestra historia las aberraciones del régimen nazi, y la consecuente reelaboración de un iusnaturalismo que ya no tendrá las características del Derecho natural clásico, diseñado bajo un enfoque aristotélico-tomista, sino que más bien se ajustará al pensamiento iusfilosófico contemporáneo, con planteamientos propios de las necesidades de otros tiempos muy diferentes a los que se presentaban siglos atrás. A tal fin, se explora en primer lugar cuáles fueron los efectos que ha tenido la jerarquización “ciega” y absoluta del principio de legalidad bajo la lente iuspositivista que dominó el pensamiento dogmático durante el período entre guerras y que sirvió como instrumento legitimante de la política de Estado llevada a cabo por el régimen instituido por Hitler, haciendo particular hincapié en las contribuciones de Edmund Mezger y Carl Schmitt a la edificación de este modelo, para luego abocarse a las tesis iusnaturalistas de post-guerra que surgieron como una nueva alternativa en torno al deber-ser del Derecho en respuesta a la pérdida de confianza que se había generado en la sociedad como resultado de la destrucción que había traído un iuspositivismo llevado a sus últimas consecuencias. El enfoque, nuevamente, estará puesto sobre tres autores alemanes, a saber, Gustav Radbruch, Robert Alexy y Hans Welzel, como juristas que han atestiguado en forma directa los horrores del Holocausto como producto de una idea del Derecho no acorde con el principio de justicia ni con el derecho a la dignidad humana como pilares de una concepción del hombre como fin en sí mismo y que debe imperar en cualquier Estado constitucional de derecho.

**Palabras clave:** Filosofía del Derecho – Positivismo jurídico – Derecho natural – Tercera vía – Seguridad jurídica – Derechos humanos.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El siglo XX ha sido sin lugar a dudas un siglo de cambios, cambios que se han reflejado en los ámbitos más diversos, entre ellos, el campo de la filosofía política. Los regímenes totalitarios que han dominado gran parte de nuestra historia reciente han dejado una huella imborrable que nos ha marcado a todos tanto en nuestra individualidad como en nuestra vida en comunidad, constituyéndose de esta manera en un factor decisivo en la inversión de parámetros éticos, políticos y culturales que se ha operado particularmente después de la Segunda Guerra Mundial. El aprendizaje que dejó aquella huella ha marcado a todas luces una evolución en la sociedad.

Desde el ámbito jurídico, esta evolución se vio reflejada por un cambio radical en el pensamiento iusfilosófico, particularmente tras la experiencia vivida durante el Holocausto. Hemos pasado de un iuspositivismo que se erigía como el aparente modelo triunfante frente a un iusnaturalismo clásico de corte aristotélico-tomista, que, imbuido en principios absolutos y propios de una dimensión ideal, era incapaz de elevar el Derecho a una ciencia, a un iusnaturalismo renovado, *aggiornado* a los nuevos tiempos, a una nueva sociedad que necesitaba ser reconstruida física y moralmente después del horror de la guerra y de las aberraciones sufridas y atestiguadas bajo el régimen nazi. Surgió una imperante necesidad de reparación del daño de gravísima entidad que habían ocasionado los crímenes contra la humanidad legitimados por el Derecho del Tercer *Reich*. De allí que dejó de buscarse en el ordenamiento jurídico su validez o eficacia como principios rectores de un iuspositivismo exacerbado para volver al ideal de *justicia* como principio que debía prevalecer frente a cualquier otro en cualquier concepción del Derecho que se construyera.

Este cambio de paradigma desde los círculos académicos, que importó un cambio fundamental en la dogmática jurídica, fue el punto de partida para que estos principios asentados en el pensamiento iusfilosófico y que fueron durante mucho tiempo reconocidos consuetudinariamente por el Derecho Internacional se plasmaran finalmente en instrumentos internacionales que les dieran el carácter de positivos y, con ello, la legalidad necesaria que hace a la seguridad jurídica, principio que debe realizarse en cualquier ordenamiento jurídico positivo aunque ello no importe desconocer el contenido ético-axiológico que ha de subyacer a todo plexo normativo.

En esta línea de razonamiento, este artículo apunta a demostrar desde un método descriptivo-analítico-comparativo y bajo la óptica de diferentes interpretaciones que un Derecho positivo que hace prevalecer el principio de seguridad jurídica con total prescindencia del valor justicia no es Derecho, al desnaturalizarse y perder el fin para el cual fue creado, conclusión esta a la que puede arribarse por diversas vías, como lo han hecho

distintos autores que han aportado enfoques diferentes pero que en definitiva han convergido en la misma idea fundamental, subyacente al Derecho Internacional de nuestros tiempos. Abordaremos la cuestión analizando en primer lugar los efectos que ha tenido en nuestra historia la sobrevaloración del principio de legalidad que ha postulado el iuspositivismo normativista de Kelsen, particularmente desde la interpretación o, más bien, la tergiversación que ha hecho el Derecho nazi del pensamiento kelseniano en aras de una legitimación de su política de Estado; en este punto, nos detendremos de manera especial en el papel que ejerció la dogmática jurídico-penal de Edmund Mezger y las elaboraciones en materia constitucional y política de Carl Schmitt. Luego, nos abocaremos a exponer las tesis iusnaturalistas surgidas desde una nueva perspectiva de autores de la tercera vía, que han intentado reelaborar el concepto de Derecho de modo que se ajuste a las necesidades de una nueva sociedad nacida de la post-guerra. Nos concentraremos en tres autores alemanes, a saber, Gustav Radbruch, Robert Alexy y Hans Welzel, como juristas que han sido testigos directos de las consecuencias que había traído particularmente en la Alemania nazi una interpretación literal, exegética del pensamiento iuspositivista, y cuyo aporte ha sido fundamental en la construcción de los ideales que dominan en la filosofía política continental europea de estos tiempos. Este trabajo no sería más que una ratificación de la enorme contribución que han hecho estos autores en la materia.

## **II. DEL IUSPOSITIVISMO A LA PERVERSIÓN DEL DERECHO NAZI: EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA DE EDMUND MEZGER Y CARL SCHMITT EN LA CONSOLIDACIÓN DEL NAZISMO**

El planteamiento iuspositivista de Kelsen llevado a sus últimas consecuencias sin duda allanó el camino al nacionalsocialismo en su aspiración de construir un Estado fundado primordialmente en leyes eugenésicas. El iuspositivismo, al sostener la validez del Derecho aun vacío de contenido axiológico, se convirtió en un instrumento de legitimación de las acciones estatales, independientemente de su justicia o injusticia. Al respecto, Franz Neumann ha advertido que “la teoría pura del derecho [...] [a]l excluir de su consideración todos los problemas relativos del poder político y social, prepara el camino al decisionismo, a la aceptación de las decisiones políticas cualquiera sea su origen y contenido, con tal que haya tras ellas un poder suficiente. La teoría pura del derecho ha hecho tanto como el decisionismo para minar cualquier sistema de valores universalmente aceptable”<sup>1</sup>. En el

---

<sup>1</sup> NEUMANN, Franz L. *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, pp. 67-68. Cit. por RAFECAS, Daniel. “La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt”. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* [en línea], 2010, año 8,

mismo sentido, Carlos Cárcova observa que “la teoría kelseniana, al excluir todo juicio de valor [...], parece fincar la viabilidad social de un orden dado, exclusivamente en su eficacia, lo que conlleva el riesgo de que cualquier forma de ejercicio del poder social resulte legitimada”<sup>2</sup>.

Entre los penalistas alemanes más importantes que contribuyeron a elaborar una dogmática jurídica en línea con los planteamientos nacionalsocialistas que sirviera para fundamentar tanto la legislación como las decisiones judiciales de aquel entonces se encuentra Edmund Mezger, cuya labor académica ejerció una poderosa influencia en el ámbito jurídico-penal incluso después del Tercer *Reich*<sup>3</sup>.

La dogmática jurídica, lejos de ser neutra, lejos de ser apolítica como se pretendió desde los círculos académicos de la Alemania post-nazismo, donde cualquier relación entre el Derecho y la Política era considerada herética tras la experiencia que nos había dejado el Holocausto, se ha caracterizado siempre por estar impregnada, en mayor o menor medida, explícita o implícitamente, de elementos tendientes a la construcción de una determinada política criminal, y este fenómeno no es exclusivo del nacionalsocialismo, sino que también se ha revelado con posterioridad, tras la Segunda Guerra Mundial<sup>4</sup>. Fue precisamente en la época de post-guerra cuando desde la Filosofía y desde la dogmática jurídica se trató de alguna manera de reorientar el Derecho hacia un nuevo iusnaturalismo acorde con las necesidades de una nueva sociedad que había o bien sufrido o bien atestiguado los crímenes del Holocausto, una sociedad destruida que había que reconstruir no solo en la esfera económica, como es el caso de Europa, sino también moralmente, en un nivel espiritual. El nazismo había abierto una llaga en la sociedad global, que condujo a los Estados en general, a la comunidad internacional, a proponerse construir un Derecho que no permitiera que un fenómeno totalitario de la magnitud que tuvo en Alemania volviera a ocurrir. De esta elaboración surgieron los derechos humanos no ya como planteamientos meramente filosóficos, sino plasmados en ordenamientos positivos, lo que naturalmente generó la necesidad de reelaborar la política criminal de cada Estado. A este respecto, aludiendo precisamente al giro operado en la función de la dogmática jurídica a la luz de los nuevos principios rectores que se imponían en el pensamiento iusfilosófico, Zaffaroni observa: “[...] la dogmática, que en otro momento podía significar el sometimiento del discurso a la servidumbre de un legislador omnipotente, ahora ha invertido en gran parte su

---

nº 15, pp. 137-138. [Consulta: 19 jul. 2016.] En: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/15/laciencia-del-derecho-y-el-advenimiento-del-nazismo-el-perturbador-ejemplo-de-carl-schmitt.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/15/laciencia-del-derecho-y-el-advenimiento-del-nazismo-el-perturbador-ejemplo-de-carl-schmitt.pdf)>.

<sup>2</sup> CÁRCOVA, Carlos M. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. 2a. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pp. 81 y ss. Cit. por RAFECAS, *op. cit.*, p. 138.

<sup>3</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 20-21.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 55-56.

signo, e implica la limitación del poder del legislador coyuntural en función de lo establecido por el legislador constitucional e internacional”<sup>5</sup>.

Específicamente en el campo del Derecho Penal, esta naturaleza política inherente a la dogmática jurídica y que se revela aun frente a su pretensión de neutralidad resulta patente. Como advierte Muñoz Conde, “las distintas categorías o grados de la imputación penal, cuyo contenido constituye el objeto principal de la Dogmática jurídico-penal, no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo o, si se quiere, ideológico, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado [...] el Derecho penal vigente en cada país en una época o momento histórico determinado, no es en absoluto neutro, sino quizás la parte más ideologizada de todo el Ordenamiento jurídico, que [...] no sólo ha servido o sirve para proteger y garantizar derechos y libertades fundamentales, sino también para reprimirlas y violentarlas desde el propio Estado”<sup>6</sup>. En el mismo sentido se ha expresado Zaffaroni al calificar como teleológico el Derecho Penal. Así, ha dicho que “se trata de un saber con un destino político definido de antemano, que puede ser garantizador [...] o autoritario [...], funcional al estado de derecho o al estado de policía”<sup>7</sup>.

Lo expuesto lleva a concluir, entonces, que resulta inconcebible predicar de la dogmática un carácter de neutralidad o apoliticidad, pues en la práctica tarde o temprano ejerce una innegable influencia en el diseño de las políticas estatales.

En el Estado nacionalsocialista, el objetivo de construir una determinada política criminal desde la dogmática jurídico-penal fue explícito: el Derecho Penal debía limitarse a ser un instrumento del Estado para alcanzar sus fines, concepto cuán alejado de aquel propugnado hoy en día, ochenta años más tarde, por ciertas corrientes en el ámbito penal que caracterizan a esta rama del Derecho como un dique contenedor del poder punitivo del Estado<sup>8</sup>.

El fin del Tercer *Reich* era lograr “la pureza de la raza del pueblo alemán: la raza aria”<sup>9</sup>, y, a tal efecto, el fin de la pena se traducía necesariamente en la eliminación de “los elementos de la población perjudiciales al pueblo o a la raza”<sup>10</sup>. Esta es la idea que subyace a todo el ordenamiento jurídico penal alemán del nazismo, plasmada en el concepto de “*Ausmerzung*”, que significa “exterminio” y, como bien observa Muñoz Conde, término de una significativa connotación eugenésica y de selección racial, pues etimológicamente alude

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2a. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 93.

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 76.

<sup>7</sup> ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>9</sup> MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 57.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 23.

al “método utilizado en Alemania en el siglo XV para eliminar de las manadas o piaras a los animales que no eran idóneos para la cría”<sup>11</sup>.

En pos de estos objetivos, era necesario formular desde la dogmática jurídica un régimen penal que sirviera para fundar sentencias judiciales que habrían de aplicar penas severas como la pena de muerte o el internamiento en campos de concentración por hechos que hoy prácticamente no serían punibles y que aun en aquellos tiempos históricos podrían haberse considerado carentes de una gravedad de tal magnitud como para ameritar una pena de ejecución: delitos como el de “ultraje a la raza” (“*Rassenschande*”), que solía imputarse al hombre judío o polaco que tuviera relaciones sexuales con una mujer de raza aria, eran considerados actos que atentaban contra el más alto bien jurídico en aquel contexto, que muy lejos estaba de ser el derecho a la vida, como bien jurídico superior en nuestro paradigma; por el contrario, “la pureza de la raza del pueblo alemán: la raza aria” (cit. *supra*) ocuparía ese lugar, y los delitos que atentasen contra ese primer bien jurídico protegido serían sancionados con la pena capital<sup>12</sup>.

Cabe agregar que el sistema represivo no solo se reflejaba en la labor “legítima” de los tribunales, quienes fundaban sus decisiones en la “ley” –sin importar cuán injusta– y en la elaboración dogmática proveniente de los ámbitos académicos, sino también en el actuar de las fuerzas de seguridad, esto es, la GESTAPO o las SS, que realizaban ejecuciones extrajudiciales e internamientos en campos de concentración sin intervención judicial. Como bien precisa a este respecto Monika Frommel, “[e]l que el poder organizado de entonces se ejerciera normativa o extranormativamente era, pues, algo accidental”<sup>13</sup>.

En este sistema dual de fuentes de represión que regía por aquellos tiempos –vale aclarar, como en todo régimen totalitario–, Mezger sería uno de los académicos que se encargaría de “traducir a la Dogmática [...] los postulados político-criminales del nazismo”<sup>14</sup>. Tal como advierte Muñoz Conde, toda su obra elaborada entre los años 1933 y 1944 deja entrever que todos sus planteamientos dogmáticos estaban dirigidos a evidenciar que la única fuente del Derecho Penal era la voluntad del *Führer*<sup>15</sup>. Ya desde la letra del mismo Código Penal se dejó de lado el principio de legalidad, que abarca en su seno a la tipicidad penal, para introducir en su lugar la analogía como fuente creadora del Derecho Penal: no solo era delito lo que la ley definía como delito en el tipo, sino también todo aquello que según “el sano sentimiento del pueblo” mereciera ser sancionado con una pena, precepto del cual Mezger no hizo una interpretación restrictiva, sino todo lo contrario: las leyes debían

---

<sup>11</sup> *Id.*, nota 9.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 17-18.

<sup>13</sup> FROMMEL, Monika. “La lucha contra la delincuencia en el nacionalsocialismo”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI (1993), pp. 54 y ss. Cit. por MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 39, nota 30.

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 44.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 101.

ser interpretadas de modo que agravaran la sanción para el delincuente cuando así lo requirieran razones de índole política o, lisa y llanamente, la voluntad del *Führer*<sup>16</sup>.

Esta habilitación a una interpretación amplia de la ley respaldada por el “sano sentimiento del pueblo” como principio subyacente a todo el ordenamiento jurídico que serviría para legitimar aquello que no podía legitimarse es tomada por Mezger de Carl Schmitt, otro jurista alemán de reconocido prestigio con una fuerte impronta antiliberal y antidemocrática, quien ya había sostenido que “[l]a totalidad del derecho alemán actual [...] tiene que estar exclusiva y únicamente guiada por el espíritu del nacionalsocialismo [...] Toda interpretación debe ser una interpretación en el sentido nacional-socialista”<sup>17</sup>.

Este evidente apartamiento del principio de legalidad penal que se observa en los métodos de interpretación de la ley que imperaban en pleno auge del nazismo también puede advertirse en el tratamiento de la pena que Mezger introduce con su teoría limitada del dolo, publicada en 1944, la cual planteaba que en los casos de “ceguera jurídica” (que con posterioridad a la caída del régimen nazi llamaría “enemistad jurídica”), esto es, cuando el autor del delito, ya sea por despreocupación o por desprecio hacia el ordenamiento jurídico, no se hubiera planteado el carácter antijurídico de su acción (lo que se conoce como error de prohibición), no dándose por consiguiente la actualidad del conocimiento de la antijuridicidad del acto necesaria para una imputación a título de dolo, el autor debería no obstante ser castigado igualmente con la pena correspondiente al delito cometido con dolo, porque halla en ese comportamiento, a su entender, “culpabilidad por la conducción de vida” (“*Lebensführungsschuld*”), concepto este último que ya había desarrollado en 1938, en plena época nacionalsocialista, y que reaparece aun en sus obras posteriores a la caída del *Tercer Reich*<sup>18</sup>. En términos del propio Mezger, “[l]a culpabilidad del autor no sólo existe en la culpabilidad por el hecho, sino también en la ‘actitud’ que el autor ha mantenido en el transcurso de su vida pasada en relación con el Derecho en su totalidad”<sup>19</sup>. A este respecto, aclarará que “la raza y cualquier otra peculiaridad condicionada hereditariamente determina no sólo directamente la forma de delinquir del sujeto, sino también toda su actitud social dentro de la comunidad”<sup>20</sup>. Aquí claramente se revela el Derecho penal de autor propio del nacionalsocialismo: no se castiga el acto, el hecho en sí, sino la actitud que ha mostrado el individuo frente al ordenamiento jurídico a lo largo de su vida; se castiga no la *concreción* de

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 101-103.

<sup>17</sup> RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 81. Cit. por RAFECAS, *op. cit.*, p. 142.

<sup>18</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>19</sup> MEZGER, Edmund. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Auflage* (1949). Berlin-München: Duncker&Humboldt, 1950. Cit. por MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 87.

<sup>20</sup> MEZGER, Edmund. *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*. 3a. ed. Stuttgart: Enke, 1944, p. 146. Cit. por MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 103.

un hecho, sino más bien ese hecho ponderado a partir de la *continuidad* del comportamiento que el sujeto ha revelado en el transcurso de su vida; se castiga no al individuo por un acto aislado, sino al individuo en su forma de ser.

Esta teoría no es más que el corolario de su pensamiento sobre el fin que debía perseguir la justicia penal, que no era otro que el fin perseguido por el *Tercer Reich*: “[...] ponerse al *servicio de la regeneración del pueblo* [...] meta [que] incluye en sí *dos misiones*, a saber: el restablecimiento de la *responsabilidad del individuo* frente a la comunidad del pueblo, y la eliminación en esta última de *partes integrantes nocivas al pueblo y a la raza*... elevando de esta suerte, mediante la extirpación de elementos inapropiados, la composición racial del pueblo”<sup>21</sup>.

Estos fines de carácter eugenésico que tuvo en miras el Estado alemán en la época nacionalsocialista no solo eran perseguidos “legítimamente” desde el ámbito judicial, que recurriría a todo el aparato dogmático elaborado desde la doctrina en consecución de ese objetivo, sino también, como ya se ha dicho con anterioridad, desde esferas extrajudiciales, como fueron las SS, la Policía criminal del *Tercer Reich*. Fue en persecución de este fin y desde el mismo seno de las fuerzas de seguridad que se buscó redactar un Proyecto de Ley sobre “*Gemeinschaftsfremde*” (“extraños a la comunidad”), concepto que abarcaba principalmente a los marginados sociales, a los enemigos “interiores” del régimen, fueran enemigos políticos en razón de su disidencia, o enemigos sociales o de raza, en razón de constituir “elementos dañinos al pueblo y a la raza aria”, quienes serían recluidos en campos de concentración por las SS sin proceso judicial alguno. Precisamente el objetivo de este proyecto de ley fue reducir en aún mayor medida el ya escaso control judicial que existía en aras de una mayor eficiencia y celeridad en el cumplimiento del programa de limpieza étnica que había instaurado el nazismo, proyecto en el que también tuvo una activa participación Mezger<sup>22</sup>. Dicho proyecto, si bien no llegó a ser aprobado por el contexto bélico contra los Aliados en el que se encontraba Alemania, revela ya en los motivos que lo sustentan no solo el tinte criminológico-biologicista que Mezger pretendía imprimir en el Derecho Penal de la época, sino también una visión netamente consecuencialista. Resume su postura el criminalista alemán en una carta dirigida al Ministerio de Justicia en oportunidad de fundamentar la necesidad de una ley como la que proponía:

*“La experiencia de decenios enseña que la criminalidad se alimenta continuamente de las raleas (‘Sippen’) menos valiosas. Los miembros concretos de estas raleas se encuentran siempre con los miembros de otras igualmente malas*

---

<sup>21</sup> MEZGER, Edmund. *Criminología*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1942, p. 284 (cursivas en el original). Cit. por MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 106.

<sup>22</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 107-109.

*provocando así, que lo que menos vale no sólo se herede de generación en generación, sino que frecuentemente se expanda en la delincuencia. La mayoría de esta gente ni quieren ni son capaces de integrarse en la comunidad [...] carecen incluso del sentimiento comunitario, a menudo son incapaces o incluso enemigos de la comunidad, y en todo caso son extraños a la comunidad ('Gemeinschaftsfremde').*

*Constituye una [...] exigencia de las instituciones [...] vigilar de forma coactiva a estos elementos extraños a la comunidad (asociales) que, como consecuencia de su incapacidad para integrarse en la comunidad, constituyen una continua carga para la generalidad [...].*

*Los gobiernos de la época [...] fracasaron frente a estos extraños a la comunidad. No utilizaron los conocimientos de la teoría de la herencia y la biología criminal para fundamentar una sana política asistencial y criminal. Como consecuencia de su ideología liberal vieron siempre sólo los 'derechos' del individuo y pensaban más en su protección frente a las manifestaciones del poder estatal que en la utilidad de la generalidad.*

*Pero al Nacionalsocialismo no le preocupa el individuo en absoluto, cuando se trata de la comunidad.*

*[...]*

*El Proyecto de Ley de tratamiento de los extraños a la comunidad pretende cumplir estas exigencias [...] creando [...] nuevas bases jurídicas para las decisiones judiciales, tanto para los casos en que los extraños a la comunidad cometan delitos, como para los casos en que sea necesario [sic] su esterilización, cuando quepa esperar que puedan tener una descendencia indeseable para la comunidad popular.*

*[...]*

*Especial importancia se atribuye a la lucha contra el extraño a la comunidad que cometa un delito. La ley regula para ellos, junto al tratamiento policial de los extraños a la comunidad, también el tratamiento judicial de este tipo de sujetos. La misión de recuperar para la comunidad como miembros útiles a los extraños a la comunidad que cometen delitos, no corresponde a la policía, sino a los funcionarios de la Administración de Justicia, igual que su inocuización, cuando ello sea posible con la pena y la ejecución.*

*La pena para estos extraños a la comunidad que cometen delitos [...] debe servir preponderantemente a la resocialización [...] Pero como no se puede predecir con antelación cuánto tiempo será necesario para influir en estos extraños a la comunidad, criminales conforme a sus peculiaridades hereditarias y biológicoconstitucionales, de forma lo suficientemente permanente como para que no sigan siendo un peligro o una carga para la comunidad del pueblo, la pena que se le imponga deberá ser de duración indeterminada.*

*[...]*

*El Juez debe, desde un principio, separar a los delincuentes incorregibles y remitirlos a la policía, que es a quien corresponde el cumplimiento de la misión de proteger a la comunidad del pueblo de estos elementos. Para ello se declaran personas de menor derecho y, en base a su constitución de menor valor, se les impone un tratamiento que esencialmente está dirigido a su aseguramiento. El Proyecto prevé también la remisión a la Policía de los vagabundos, mendigos habituales y otros tipos de pillos que son más molestos que dañinos. La razón de esto es que este grupo de extraños a la comunidad está más próximo al grupo de los parásitos, en la medida en que en ambos la causa de su conducta debe buscarse en su carácter desordenado y refractario al trabajo; por tanto, es adecuado aplicar el mismo tratamiento a ambos grupos<sup>23</sup>.*

Pese al hecho de que este proyecto no llegó a ver la luz como ley por la situación de guerra que se vivía por aquel entonces, cabe advertir que la policía secreta ya contaba con las atribuciones que se les pretendía otorgar legítimamente a las fuerzas de seguridad a través de la aprobación de esta ley mediante la legislación de excepción ya existente sancionada tras el incendio del *Reichstag*, el Parlamento alemán, ocurrido el 27 de febrero de 1933, al poco tiempo de haber asumido Hitler como Canciller. Así, el decreto del 28 de febrero de 1933 autorizaba a la Gestapo a detener a ciudadanos bajo sospecha de ser enemigos del régimen sin orden judicial alguna, quienes podían permanecer bajo custodia en campos de concentración por tiempo indeterminado sin que la medida pudiera ser objeto de control judicial alguno<sup>24</sup>, lo que constituyó sin lugar a dudas el punto de partida para una política sistemática de restricción –que luego se convertiría en supresión– de derechos fundamentales que habían sido consagrados constitucionalmente en la República de Weimar. Menos de un mes después, se sancionó la ley conocida como Ley Habilitante de 1933, la cual constituyó una verdadera “legislación ampliatoria del Estado autoritario”<sup>25</sup>, que prácticamente anuló las funciones legislativas del *Reichtag* para ponerlo al servicio de la voluntad del *Führer*. Y en la legitimación de este decisionismo arbitrario jugaría un papel primordial la obra de Carl Schmitt.

Junto con Mezger, Carl Schmitt sería otro de los grandes iusfilósofos reconocidos en los círculos académicos de Alemania cuya obra constituyó uno de los más fuertes pilares de la edificación nacionalsocialista. Su aporte al régimen, a diferencia de Mezger, no se centró tanto en la construcción de una dogmática penal, sino más bien en elaboraciones más propias del ámbito político-constitucional.

---

<sup>23</sup> Fragmentos de una carta de Edmund Mezger dirigida a un alto funcionario del Ministerio de Justicia, Grau, de fecha 25 de marzo de 1944, cit. por MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 115-123 (subrayado añadido).

<sup>24</sup> Cfr. RAFECAS, *op. cit.*, p. 146.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 147.

Schmitt identificará al líder carismático con el juez supremo, y es así como otorgará plena legitimidad a los actos del *Führer*, favoreciendo la consolidación de un Estado totalitario a través de una legislación de excepción –paradójicamente– de carácter permanente. En su publicación “El *Führer* defiende el derecho” de 1934, sostendría:

*“El Führer está defendiendo el ámbito del derecho de los peores abusos al hacer justicia de manera directa [...] como juez supremo en virtud de su capacidad de líder [...] El auténtico líder siempre es también juez. De su capacidad de líder deriva su capacidad de juez. [...]*

*[...]*

*En realidad el acto del Führer correspond[e] a una jurisdicción auténtica. No está sometido a la justicia sino que constituy[e] en sí la más alta justicia [...]*<sup>26</sup>.

Al respecto, acertadamente observa Manuel Rivas: “A diferencia de otras épocas, en las que la marca del tirano era el obscuro desprecio por la ley, la gran operación de ilusionismo histórico de Schmitt es convertir al tirano en ‘supremo juez’, en fuente de derecho, el que con sus pasos va imprimiendo la ley”<sup>27</sup>.

Sobre la base de estos argumentos legitimatorios se levantaría el edificio del nazismo, que a partir de la ley de emergencia del 28 de febrero de 1933 prolongaría por tiempo indeterminado la vigencia de toda la legislación de excepción que se sancionaría con posterioridad tendiente a la consecución del fin perseguido por el Tercer *Reich*, lo que importaba la eliminación de todos aquellos que eran considerados “elementos de la población perjudiciales al pueblo o a la raza”. En pos de ese objetivo, las leyes de Nüremberg, ilustrativas de este fin del Estado alemán, dispondrían que “los judíos alemanes dejaban de ser ciudadanos plenos para pasar a ser de segunda clase, lo que implicaba en forma manifiesta, la abolición del principio de igualdad ante la ley, ello como un paso decisivo en el marco de un largo proceso de exclusión legal del colectivo judeoalemán”<sup>28</sup>, antisemitismo que –podría decirse– encuentra sus raíces en Hegel. Tal es la fidelidad con la que reflejan estas leyes el fin del Estado nazi que Schmitt las ubicará en un lugar superior, considerándolas, más que leyes, como principios rectores subyacentes a todo el ordenamiento jurídico. Así las definirá en los siguientes términos: “No son [...] importantes leyes aisladas sin más a la altura de otras leyes importantes. Ellas abarcan e impregnan

---

<sup>26</sup> Ver texto completo en ZARKA, Yves-Charles. *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*. Barcelona: Anthropos, 2007, pp. 95-102. Cit. por RAFECAS, *op. cit.*, pp. 149-150.

<sup>27</sup> RIVAS, Manuel. “La ‘fiesta sagrada’ de don Carlos. El homenaje franquista en 1962 al principal jurista del nazismo, Carl Schmitt”. *El País*, España, 2/4/2006. Cit. por RAFECAS, *op. cit.*, p. 150.

<sup>28</sup> RAFECAS, *op. cit.*, p. 152.

todo nuestro Derecho. A partir de ellas, se determina qué es para nosotros moralidad y orden público”<sup>29</sup>.

Así es como en la legislación de emergencia se hallan los cimientos de la edificación del Estado totalitario alemán, y en su perpetuación, su consolidación. Leyes promulgadas con el carácter de provisorias, con el fin de “solucionar los peligros que acechan al Pueblo y al Estado” (“*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*”, como se llamó a la Ley Habilitante de 1933), no vieron su ocaso sino hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial.

El peso que se atribuyó a estas leyes desde los ámbitos académicos, leyes válidas en consideración únicamente al procedimiento que se siguió para su creación con total prescindencia del contenido justo o aberrante que albergaran, se debe en gran medida al aporte de los postulados iuspositivistas de Kelsen, que se presentaban como el modelo superador entre los juristas de fines del siglo XIX y principios del XX frente al Derecho natural, su absolutismo y el solapamiento que proponía entre moral y Derecho. Como bien apunta Hans Welzel, “[e]l Tercer Reich tomó el positivismo jurídico al pie de la letra. Llevó hasta sus últimas consecuencias la teoría positivista de que el Estado [...] ‘puede ordenar cualquier contenido jurídico, aun aquel que carezca absolutamente de ética’”<sup>30</sup>. Sin embargo, cabe acotar, fue esta interpretación literal que hicieron los juristas alemanes de las especulaciones positivistas, y no el verdadero espíritu detrás de la obra de Kelsen, lo que se tomó desde los círculos intelectuales para dar sustento al decisionismo y autoritarismo del Estado nazi. En este sentido, advierte Welzel que frente a la experiencia del nazismo “[s]e hizo evidente entonces que todo el positivismo jurídico de los siglos XIX y XX [...] tenía en realidad un amplio fundamento jusnaturalista y se había alimentado de una sustancia ética que súbitamente había sido suprimida”<sup>31</sup>.

### **III. EL RESURGIMIENTO DEL IUSNATURALISMO: LA TERCERA VÍA EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO**

Tras la experiencia de la dictadura nazi, tras atestiguar lo que había dejado el positivismo llevado a sus últimas consecuencias en manos de célebres juristas que se encargaron de elaborar los postulados dogmáticos acordes con los lineamientos del Tercer *Reich* que brindarían el sostén jurídico al aparato de dominación estatal que se proponía el régimen, se evidenció la necesidad de dejar de lado la eterna dicotomía en el campo ético-filosófico entre aquellos que consideraban la moral como un hecho y aquellos que la

---

<sup>29</sup> Ver texto completo en ZARKA, *op. cit.*, pp. 61-64. Cit. por RAFECAS, *op. cit.*, p. 155.

<sup>30</sup> WELZEL, Hans. “Derecho natural y positivismo jurídico”. En su: *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2013, p. 18.

<sup>31</sup> *Id.*

consideraban como un valor, problemática esta que volcada al ámbito jurídico, se proyectó hacia los debates entre iuspositivistas y iusnaturalistas, pero cuyas soluciones claramente se habían mostrado insuficientes hasta entonces, y aún más lejos se hallaban de responder a las necesidades de la sociedad en el período de post-guerra, una nueva sociedad, una sociedad que había evolucionado al resurgir de las cenizas que había dejado el Holocausto en la que había que abordar el Derecho en ese estadio particular, desde una nueva perspectiva.

Esta evolución en el Derecho que acompañó sin lugar a dudas la evolución que se percibió en la sociedad misma llegó de la mano de aquellos autores conocidos como de la tercera vía. Estas corrientes filosóficas, que hicieron su aparición en la historia como alternativas a posiciones extremas, ya habían surgido en el ámbito económico para presentar una posición intermedia entre el capitalismo y el socialismo-comunismo. Pero más allá de la influencia que tuvieron estas corrientes en otros campos, lo importante en el ámbito que nos ocupa es que surgen como respuesta a las dicotomías hecho-valor propias de la Filosofía moral.

Estos autores de la tercera vía, en particular, y en lo que aquí nos interesa, aquellos provenientes de los círculos académicos de Alemania que se abocaron a estudiar el fenómeno del nazismo, evidenciaron la necesidad de rescatar el lugar que ostentaban en el iusnaturalismo la dignidad humana y los derechos del hombre, valores que habían de estar por encima de la contingencia de cualquier Estado particular. Los totalitarismos que se habían operado en Europa habían colocado al hombre al servicio del Estado, cuando es el Estado el que debe estar al servicio del hombre. El individuo, lejos de ser considerado un fin en sí mismo como postulara Kant, había quedado reducido a ser un medio para alcanzar los fines del Estado. Citando a Agamben, Gonzalo Fernández, en su introducción a la obra de Welzel, pone de resalto este hecho, al señalar que el Estado totalitario supone que “el ser no es más que el ser que está a merced del ente”<sup>32</sup>. Así, los autores de la tercera vía hicieron renacer al Derecho natural, pero no manteniendo los mismos postulados que habían sido elaborados siglos atrás, sino reformulándolo y *aggiornándolo* de modo tal que respondiera a las necesidades de la sociedad después de Auschwitz, que tras la perversión que el régimen nazi había importado en el Derecho, buscaba en el ordenamiento jurídico no ya su validez o eficacia en términos de su legitimidad, sino *justicia*.

Entre los más importantes expositores de esta corriente, se encuentran Gustav Radbruch, Robert Alexy y Hans Welzel. Radbruch se ocupará de investigar cuál es el umbral que separa una ley justa de una ley injusta, que encontrará en la injusticia extrema; Alexy

---

<sup>32</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos, 2006, p. 81. Cit. por FERNÁNDEZ, Gonzalo D. “Hans Welzel y la tercera vía”, en WELZEL, *op. cit.*, p. 6.

actualizará la fórmula de Radbruch, una actualización que importará una interpretación a la luz de conceptos elaborados en su propia teoría de la argumentación jurídica y que estará orientada fundamentalmente a su aplicación en los tribunales, a brindar una orientación a los jueces a la hora de dictar sentencias que exijan la ponderación de varios principios fundamentales en juego, particularmente cuando se plantea el deber de obediencia a la ley injusta; por último, Welzel tratará el tema desde un punto de vista más bien antropológico e historicista.

#### *A. Gustav Radbruch y la insoportabilidad de la injusticia como límite a la arbitrariedad legal*

Gustav Radbruch (1878-1950) fue un jurista alemán adherido a la corrientes filosóficas iuspositivistas, que tras doce años de nacionalsocialismo revirtió su postura y decidió revisar su pensamiento y poner en tela de juicio la validez u obligatoriedad de las leyes sancionadas durante el régimen nazi. En contra de sus propios postulados, después de 1945 colocará a la justicia por encima de la seguridad jurídica, al Derecho natural por encima del Derecho positivo, cuando este importe la legitimación de actos de una injusticia de tal gravedad que no quepa reconocer su validez. Pero la obra de Radbruch después de la Segunda Guerra Mundial no solo implicará un retorno al Derecho natural, sino una actualización del mismo, un cambio de paradigma, a la luz de lo que había dejado el exterminio nazi. Como bien advierte Rodolfo Vigo, la impronta de actualidad que dejará Radbruch “excede la clásica reivindicación del iusnaturalismo para mostrar a través del testimonio de su ‘conversión’ teórica las consecuencias –según el mismo Radbruch– que trae aparejado el positivismo jurídico estricto”<sup>33</sup>.

Radbruch, en la visión iuspositivista que había cultivado con anterioridad a la experiencia nazi, solía prescribir como un deber del juez el preguntarse qué es legal a la luz del marco jurídico vigente, mas no cuestionarse jamás sobre su justicia o injusticia, pues solo ateniéndose a lo que prescribe la ley, se erigiría como un juez justo<sup>34</sup>. Así, sostendría que el jurista “está obligado a rendir obediencia al Derecho, *aún en los casos en que éste se halla en contradicción con la justicia*”<sup>35</sup>.

Pero esta preeminencia de la seguridad jurídica por sobre la justicia que era característica de su pensamiento cambiará después de haber sido testigo del nivel de perversión al que había llevado el Derecho el Tercer *Reich*. El pensamiento iuspositivista o,

---

<sup>33</sup> VIGO, Rodolfo Luis. “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”. En su: *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 1.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>35</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Madrid: Victoriano Suárez, 1930, p. 262. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 9 (itálicas añadidas). Ver, asimismo, WELZEL, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

más precisamente, la interpretación que de él hizo el régimen nacionalsocialista, había dejado a los jueces de los tribunales alemanes sin recursos que los habilitara para realizar un control de constitucionalidad de las leyes injustas. Como bien explica Zaffaroni, no fue sino hasta el final de la Segunda Guerra Mundial que los jueces comenzaron a plantearse el problema de la constitucionalidad de las leyes, pues hasta ese entonces carecían de facultades decisorias para ello, lo que a todas luces constituyó un factor condicionante y limitativo de la dogmática jurídico-penal europea de aquel tiempo<sup>36</sup>. Este marco, sustentado por la lectura oportunista que el régimen nazi hizo de los postulados iuspositivistas, es lo que llevó a Radbruch a observar que “[e]l positivismo ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo” sobre la base de “haber demostrado la validez de la ley sólo con señalar el poder de su vigencia”<sup>37</sup>. Así, en 1946 enuncia su fórmula en un “intento de resolver las tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia a las que da lugar un Derecho positivo legalmente promulgado pero de contenido injusto”<sup>38</sup>:

*“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse [o] bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, [o] bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.*

*Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con total exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”<sup>39</sup>.*

Se advierte entonces que este segundo Radbruch retomará la idea del fin de realización de la justicia que debe perseguir el Derecho<sup>40</sup> y en esa línea de pensamiento, aplicando su fórmula al ordenamiento jurídico nazi, lo calificará no ya como un “Derecho defectuoso”, sino más bien como un “no-Derecho” (*Unrecht*), es decir, un régimen donde impera una total ausencia del sentido de servir a la justicia. Así, sostendrá que “sectores enteros del derecho nacionalsocialista no llegaron jamás a la dignidad de derecho válido. La

<sup>36</sup> Cfr. ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>37</sup> RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 35.

<sup>38</sup> SEOANE, José Antonio. “La doctrina clásica de *lex injusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación”. En: VIGO, *op. cit.*, pp. 258-259.

<sup>39</sup> RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, pp. 37-38 (subrayado añadido).

<sup>40</sup> Cfr. VIGO, *op. cit.*, pp. 13-14.

cualidad más destacada en la personalidad de Hitler [...] es su total falta de sentido de la verdad y del derecho”<sup>41</sup>.

Radbruch no deja de ser plenamente consciente de la importancia de mantener vigente el principio de seguridad jurídica, a raíz de su formación iuspositivista y porque, en definitiva, es el valor que *prima facie* proporciona el Derecho positivo. Pero admite que la seguridad jurídica coexiste necesariamente con otros dos valores: la adecuación al fin y la justicia<sup>42</sup>, de allí que habrá de procurarse “realizar las pretensiones de la justicia con la menos mengua posible de la seguridad jurídica”<sup>43</sup>. Radbruch aquí está enunciando nada más ni nada menos que el principio de proporcionalidad, principio que Radbruch aplicará a la hora de poner en una balanza la justicia y la seguridad jurídica, y que en forma similar tomará Alexy para la ponderación de sus principios fundamentales.

Como acertadamente advierte Seoane, citando a Arthur Kaufmann, en la fórmula de Radbruch, si bien ella ha importado un cambio de paradigma en el pensamiento iusfilosófico, subyace no obstante cierta continuidad: “[L]a doctrina de Radbruch [...] es tan sólo la consecuencia de un concepto de derecho que ya tenía en su primera etapa, sólo que ahora el acento se desplaza más hacia la justicia material que hacia la seguridad jurídica”<sup>44</sup>.

En esta continuidad parcial de su pensamiento, Radbruch seguirá insistiendo, como lo hacía con anterioridad, en el carácter dual del Derecho, al sostener, en línea kantiana, que no existe un vínculo entre el ser y el deber-ser, entre la dimensión de los hechos, lo real, y la dimensión de los valores, lo ideal, de manera que lo debido, lo correcto, solo puede “derivarse deductivamente de valores superiores, remontándose en última instancia a los valores últimos y supremos”<sup>45</sup>.

Cabe advertir, sin embargo, que estos valores “últimos y supremos” no parecen poder vincularse en todo momento en el pensamiento radbruchiano con una idea de lo absoluto e inmutable propia del Derecho natural, al menos no desde un principio. Los valores jurídicos de Radbruch han estado siempre impregnados de un cierto relativismo. Recordemos su elaboración filosófica sobre lo que él llamó “la naturaleza de la cosa”: en ella, sostendrá que “todo deber ser es para una determinada materia y por consiguiente está también determinado por esa materia [...] De la misma manera, también las ideas jurídicas están determinadas esencialmente para y por la materia jurídica, la época respectiva, la

---

<sup>41</sup> RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>42</sup> *Cfr.* SEOANE, *op. cit.*, p. 259.

<sup>43</sup> RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>44</sup> KAUFMANN, Arthur. “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho”. En: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried y ROBLES, Gregorio (eds.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992, p. 105. Cit. por SEOANE, *op. cit.*, p. 261.

<sup>45</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, p. 17. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 3.

nación en cuestión, en pocas palabras, por la naturaleza de la cosa”<sup>46</sup>. Este concepto de naturaleza de la cosa lleva a concebir los valores no como absolutos, sino más bien determinados por la realidad donde se realizan, en definitiva, como valores culturales que son.

Esta concepción ya señala en forma indiciaria un principio de apartamiento del iuspositivismo en Radbruch. Como bien observa Guido Fassó, “el fundamentar la validez del derecho positivo en la naturaleza de la cosa que él está llamado a regular niega el principio del positivismo jurídico, para el que la validez del Derecho se deriva del hecho de haber sido puesto por la autoridad formalmente legitimada para hacerlo, *independientemente no sólo de los valores absolutos de orden moral, sino también de los fines empíricos, tales como la utilidad social o el bien común*”<sup>47</sup>. Cabe acotar, no obstante, que pese a esta afirmación, acertada por cierto a nuestro parecer, paradójicamente Radbruch advertirá, desde otra perspectiva, que “[e]l relativismo desemboca en el positivismo”, pues “dado que es imposible establecer lo que es justo, se debe establecer al menos lo que es conforme al derecho. En lugar de un acto de verdad [...] se impone un acto de autoridad”<sup>48</sup>.

Ahora bien, frente a este relativismo con el que Radbruch caracteriza ya tempranamente su visión sobre la faz axiológica del Derecho, terminará concluyendo, no obstante, que existen “ciertas exigencias absolutas para el derecho”, pues “el derecho es la posibilidad del cumplimiento de los deberes morales o, dicho en otros términos, la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir la libertad interior necesaria para las decisiones éticas. *La garantía de aquella libertad externa constituye la esencia y la médula de los derechos del hombre. De donde se deduce que estos derechos tienen un carácter absoluto [...] sería un Derecho absolutamente injusto la total negación de los derechos del hombre*”<sup>49</sup>. Este reconocimiento del carácter absoluto de los derechos humanos revela el carácter limitado, relativo de su propio relativismo –valga la redundancia–, al dejar de lado las distintas concepciones particulares del mundo y de los valores que lo rigen cuando se trata de los derechos del hombre, que el Estado liberal debe garantizar<sup>50</sup>.

Aquí es donde radica el “*übergesetzliches Recht*” (Derecho supralegal) de Radbruch, quien identificará ese Derecho con el Derecho natural. En 1945, precisamente al término de la Segunda Guerra Mundial, sostendrá que “[h]ay [...] principios jurídicos básicos que son más fuertes que cualquier precepto legal, de modo que la ley que los contradice carece de

---

<sup>46</sup> RADBRUCH, Gustav. *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 82. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 4.

<sup>47</sup> FASSÓ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho*. T. 3. Madrid: Pirámide, 1979, p. 272. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 4 (itálicas añadidas).

<sup>48</sup> RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 97. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 16.

<sup>49</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 39. Cit. por VIGO, *op. cit.*, pp. 7-8 (itálicas añadidas).

<sup>50</sup> Cfr. VIGO, *op. cit.*, p. 8.

validez. Se llama a estos principios el Derecho Natural o derecho racional”<sup>51</sup>. Rectificando en cierta medida su postura relativista, aunque mucho más moderada y reformulada a la luz de las nuevas circunstancias, afirmará que en este Derecho natural que la humanidad ha consagrado en las declaraciones de derechos humanos, no deja de advertirse una fuerte carga de historicidad que inevitablemente lo privará de la naturaleza inmutable que le atribuirían las teorías iusnaturalistas clásicas; no obstante, se trata igualmente de un Derecho natural que desplazará el Derecho positivo cuando este se aparte de estos principios fundamentales<sup>52</sup>.

En este mismo sentido de no ruptura sino de cierta continuidad en Radbruch con su anterior pensamiento, ya sea desde su dualismo como desde su relativismo, Alexy pone de resalto que la fórmula radbruchiana no exige, como lo haría una teoría iusnaturalista pura, una coincidencia plena entre el Derecho y la moral. El Derecho promulgado por autoridad competente seguirá siendo válido aun cuando su contenido desde un punto de vista axiológico fuere considerado injusto, siempre y cuando no supere cierto límite, cierto umbral de injusticia, solo más allá del cual entrará en el terreno de la extrema injusticia y perderá, por consiguiente, su naturaleza jurídica y su validez<sup>53</sup>. Es precisamente en este punto donde se advierte el carácter moderado que Radbruch imprime a la reivindicación que hace del pensamiento iusnaturalista, lo que justamente lo caracterizará como un autor de tercera vía en su intento de proponer alternativas a la eterna dicotomía entre iuspositivismo y Derecho natural.

Habiendo dejado atrás, entonces, al menos en cierta medida, su relativismo en el plano axiológico del Derecho, Radbruch retoma el concepto jurídico de “humanidad” en términos kantianos, pues sin bien esta noción encuentra sus orígenes en la Grecia y Roma de la Antigüedad, recién Kant le imprimirá el sentido que recoge la idea de dignidad humana, valor supremo que recorre transversalmente el plexo normativo contenido en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. A partir de este sentido de humanidad, abogará por la creación de un Derecho Internacional, un “derecho universal” en el que “desde un punto de vista superior, se deslinde lo justo de lo injusto”<sup>54</sup>, punto de vista que se relaciona con la existencia de una conciencia de la comunidad supranacional apoyada en “valores supranacionales de la cultura”, en términos de Radbruch.

Es en esta línea de pensamiento que Radbruch atribuye a los juicios de Nüremberg un importante rol en la formación de este Derecho, pues mediante la introducción de la

---

<sup>51</sup> RADBRUCH, Gustav. “Cinco minutos de Filosofía del Derecho”. En: *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, nº 20 “El neokantismo en la Filosofía del Derecho” (1982), p. 629. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>52</sup> Cfr. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía...* *op. cit.*, p. 25. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>53</sup> Cfr. ALEXY, Robert. “Una defensa de la Fórmula de Radbruch”. En: VIGO, *op. cit.*, pp. 228-229.

<sup>54</sup> RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía...* *op. cit.*, p. 171. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 12.

figura de crímenes de lesa humanidad, han promovido la conciencia de un derecho universal, un derecho que fue posible aplicar aun tratándose de su aplicación retroactiva y la objeción que este fenómeno conlleva. A este respecto, Radbruch ha respondido, “con categórica filiación iusnaturalista” –como bien apunta Vigo<sup>55</sup>:

*“Para contestar esta objeción (aplicación retroactiva del derecho post-nazi) basta con decir que, si no las leyes mismas, por lo menos su contenido se hallaba ya en vigor al producirse aquellas situaciones [...] estas leyes responden, por su contenido, a un Derecho superior a la ley, supralegal, cualquiera sea la concepción que de este derecho tengamos en lo particular, ya lo concibamos como un derecho divino, como un derecho de la naturaleza o como un derecho de la razón. Por donde vemos cómo a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un derecho superior a la ley, supralegal [...] con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal”<sup>56</sup>.*

Resumiendo el pensamiento del Radbruch de filiación iusnaturalista, alentado por la experiencia vivida durante el totalitarismo del régimen nazi, sumado ello a la nueva visión general aportada por los procesos de Núremberg, intentará con su fórmula brindar una herramienta a la sociedad en general y a los jueces en particular –como también procurará Alexy– para “armarnos contra el retorno de tal arbitrariedad [Estado sin Derecho o *Unrechtsstaat*], por medio de la superación ‘fundamental’ del positivismo, que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso de la legislación nacionalsocialista”<sup>57</sup>.

### ***B. Robert Alexy y su reformulación de la fórmula de Radbruch: la pretensión de corrección y la ponderación como pautas de medición de la “insoportabilidad” radbruchiana***

La importancia que ha tenido la fórmula de Radbruch en la reelaboración del concepto de Derecho, un Derecho que debía ser funcional a la necesidad de reconstrucción de una sociedad destruida física y moralmente por la guerra y los totalitarismos que dominaron gran parte del siglo XX, ha llevado a que fuese permanentemente actualizada durante las últimas décadas, y en esta labor de actualización ha tenido un papel fundamental desde la doctrina la obra de Robert Alexy (1945- ), jurista alemán que la ha enriquecido tanto con elementos de su teoría sobre la argumentación jurídica, que se centra fundamentalmente en un análisis del discurso jurídico, esto es, ofreciendo un enfoque más

---

<sup>55</sup> VIGO, *op. cit.*, p. 12.

<sup>56</sup> RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía...*, *op. cit.*, p. 180. Cit. por VIGO, *op. cit.*, p. 12 (subrayado añadido).

<sup>57</sup> RADBRUCH, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

bien formal, como con aportes de su teoría sobre los principios fundamentales, donde los derechos humanos entran en escena, contribuyendo a brindar el sustento material a sus fundamentos. La jurisprudencia, asimismo, ha hecho su parte en este propósito de dar actualidad a la fórmula radbruchiana a través de su constante implementación y renovada interpretación por los tribunales alemanes, en particular, el Tribunal Constitucional Federal alemán, jurisprudencia que también ha sido profundamente analizada por Alexy en la defensa que hace de la postura de Radbruch.

Cabe advertir que en los escritos de Alexy no encontraremos una alusión explícita a la idea de un retorno a valores propios de un Derecho natural, sino más bien, en cierta manera eludiendo el término “iusnaturalismo”, una adhesión a un concepto “no positivista” del Derecho.

En la perspectiva de Alexy, el concepto de Derecho debe construirse a partir de la ponderación de tres elementos básicos: legalidad, eficacia y corrección material. Según el peso que se le otorgue a cada uno de estos pilares sobre los que se edifica el concepto de Derecho, surgirán principalmente dos grandes corrientes iusfilosóficas: la positivista, que considerará a la legalidad, junto a la eficacia, esto es, la dimensión real del Derecho, como los únicos elementos que han de tenerse en cuenta para determinar qué es Derecho y qué no lo es, y la no positivista, que construirá su concepto de Derecho sobre la base de los tres pilares, otorgándole con la corrección material una dimensión ideal de la que carece cualquier concepto positivista, dimensión entonces que fijará el umbral entre el positivismo y el no positivismo<sup>58</sup>.

Es precisamente en este elemento de corrección material que incorpora Alexy donde introducirá la fórmula de Radbruch en sus propios términos: “En general es Derecho lo promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz; sólo cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia, las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica”<sup>59</sup>.

Al plantear que únicamente no es Derecho aquellas normas legalmente promulgadas y socialmente eficaces, pero *extremadamente* injustas, quedan afuera de la categoría de no Derecho todas aquellas leyes que pueden ser injustas pero que no constituyan una extrema injusticia. De este modo, la fórmula de Radbruch en la interpretación de Alexy marca claramente una *exigencia mínima* de justicia que han de cumplir las leyes que conforman el ordenamiento jurídico para ser consideradas Derecho válido<sup>60</sup>, mínimo que en Radbruch mismo se traduce en la “soportabilidad” de la injusticia que importen.

---

<sup>58</sup> Cfr. SEOANE, *op. cit.*, pp. 267 y 268.

<sup>59</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 229.

<sup>60</sup> Cfr. SEOANE, *op. cit.*, p. 268.

Este mínimo que establece la fórmula de Radbruch, y en el que hace hincapié Alexy, al constituir una pauta que señala cuál es el límite, el umbral entre lo que es Derecho y lo que no lo es, es sin lugar a dudas un criterio que clasifica las normas jurídicas en válidas y no válidas. De ahí que Alexy se refiera a ella como una fórmula que establece una conexión *clasificante* entre Derecho y moral<sup>61</sup>, pues habiendo dejado atrás la separación absoluta entre ambas esferas propia del iuspositivismo, separación que ha tenido consecuencias nefastas en nuestra historia, con Radbruch se restablece el vínculo entre ambas dimensiones, aunque no en forma plenamente coincidente como lo exigiría un iusnaturalismo clásico. Por el contrario, tendremos una conexión meramente *cualificante* entre Derecho y moral cuando se afirma que las normas jurídicas que no satisfacen determinado criterio moral no perderán por ello su validez o su carácter jurídico, aunque serán en todo caso jurídicamente defectuosas o deficientes<sup>62</sup>.

Vinculado a este concepto de conexión cualificante entre Derecho y moral se halla la pretensión de corrección inherente al discurso jurídico que Alexy plantea en su teoría de la argumentación jurídica y que él mismo asociará con la moralidad interna del Derecho que defiende Fuller<sup>63</sup>.

Cualquier tipo de discurso expone motivos, brinda fundamentos para sustentar sus enunciados, y detrás de esa fundamentación se halla una pretensión del emisor de que sus afirmaciones sean acertadas. De ahí que podamos afirmar que existe una pretensión de corrección implícita en toda clase de discurso. Pero Alexy distinguirá entre la pretensión de corrección que puede hallarse en el discurso práctico general y aquella propia del discurso jurídico. Alexy centrará su análisis particularmente en el discurso jurídico de los jueces en sus sentencias judiciales y explicará que en este ámbito no se pretende que los enunciados sean sin más racionales, sino que lo sean *únicamente en el marco de un ordenamiento jurídico vigente*<sup>64</sup>. Este es el sentido al que alude Alexy cuando incorpora la pretensión de corrección en su tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general.

Esto marca un límite a la argumentación jurídica. La pretensión de corrección restringida a la búsqueda de la racionalidad solo dentro del marco jurídico vigente, independientemente de su contenido, no brinda ninguna solución frente a la existencia de leyes irracionales o injustas<sup>65</sup>. A todas luces, bajo este único criterio, se hace primar la seguridad jurídica, dejando afuera el problema de la justicia.

---

<sup>61</sup> Cfr. ALEXY, *op. cit.*, pp. 236-237.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp. 237, 240 y 241.

<sup>64</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 208.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp. 314-315.

Alexy, reconociendo este límite del discurso jurídico, y haciendo nuevamente particular referencia al ámbito judicial, incorporará al aspecto formal de la pretensión de corrección que se busca en las decisiones judiciales una dimensión de justicia. Así, resumirá su idea en estos términos:

*“En la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones judiciales se contienen ambos aspectos. Una decisión judicial que aplica correctamente una ley irracional o injusta no satisface, por tanto, en todos sus aspectos, la pretensión de corrección planteada con ella. Si la ley injusta o irracional tiene validez jurídica, la decisión es ciertamente una decisión válida jurídicamente. Y también es posible que principios formales, como el de la seguridad jurídica [...], exijan el respeto a la ley irracional o injusta. Sin embargo, es una decisión [válida] que padece un defecto”<sup>66</sup>.*

Vemos entonces cómo Alexy vislumbra un límite peligroso a la argumentación jurídica en la aplicación estricta de la ley, sin importar su contenido, ateniéndose solo al aspecto formal de la pretensión de corrección que se busca, en aras de la seguridad jurídica. “El lugar del discurso jurídico en el campo de aplicación de esta[s] ley[es] –advierte– se contrae ciertamente hasta ser nulo”<sup>67</sup>. Y en este punto podría decirse que radica gran parte de su crítica al positivismo, claramente en línea coincidente con Radbruch, quien en tono categórico ha afirmado que la obediencia “ciega” a la ley escrita, atendiendo solo a su faz formal, “ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo” (cit. *supra*).

De ahí que la pretensión de corrección no sea en sí misma un criterio sustantivo de corrección, al menos si se la considera solo en su faz que atiende a la argumentación jurídica. En esta esfera, al limitarse fundamentalmente al ámbito formal, no resulta suficiente para constituir ella sola el elemento de corrección material que pretende incorporar Alexy en su concepto no positivista del Derecho a través de su interpretación de la fórmula radbruchiana. Desempeñará, no obstante, una “función de ‘puente’ entre la dimensión formal y la material de los universales jurídicos”<sup>68</sup>, pues ineludiblemente introduce una dimensión ideal al Derecho positivo, evidenciando que “el contenido del Derecho no resulta indiferente para el Derecho”<sup>69</sup>.

El aspecto del argumento de corrección que nos falta para completar el concepto de Derecho que Alexy procura construir mediante su fundamentación de la fórmula de

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 316-317.

<sup>68</sup> SEOANE, *op. cit.*, p. 269.

<sup>69</sup> ALEXY, “Una defensa...”, *op. cit.*, p. 240.

Radbruch, esto es, su faz material, sustantiva, se halla en lo que él llama “argumento de la injusticia”<sup>70</sup>, que el catedrático de Kiel resumirá en las palabras “[l]a extrema injusticia no es Derecho”<sup>71</sup> y que rondará en torno a principios fundamentales, principios que vayan más allá de la particularidad y contingencia de cada nación, de cada cultura, de cada época, y que en definitiva se traducirán en un conjunto de derechos humanos fundamentales vertebrados en la dignidad, la libertad y la igualdad que sean válidos para todo tiempo y lugar<sup>72</sup>.

Frente a la extrema injusticia, Alexy otorgará prioridad a la justicia por sobre la seguridad jurídica, advirtiendo que lo contrario sería incompatible con la pretensión de corrección, que debe abarcar tanto la seguridad jurídica en su faz formal como la justicia en su faz material o sustantiva. En este punto recuerda el pensamiento de Radbruch antes y después de la experiencia del nazismo, rescatando la “ponderación” racional que hace el jurista de Heidelberg entre los elementos que él considera pilares del concepto de Derecho. Así, dirá:

*“La fórmula de Radbruch no es el resultado de una intuición iusnaturalista o de una reacción emocional ante el nacionalsocialismo, sino el resultado de una minuciosa ponderación entre los tres elementos de los que consta, para Radbruch, la idea de Derecho [...] la justicia, la adecuación y la seguridad jurídica. En 1932 la ponderación condujo, no para el ciudadano pero sí para el juez, a una ‘prioridad incondicionada’ de la seguridad jurídica frente a la justicia y la adecuación. [...] después de 1945 [...] la seguridad jurídica precede en principio a la justicia, lo que concuerda con la antigua concepción positivista de Radbruch. Sólo en el caso extremo de una injusticia insoportable se invierte la relación”<sup>73</sup>.*

La ponderación juega un papel primordial en Alexy, que explicará y pondrá de resalto en su *Teoría de los derechos fundamentales*. Allí expone su tesis sobre los principios jurídicos, que según algunos autores constituiría el fundamento último de su rechazo hacia los postulados de un iuspositivismo jurídico puro<sup>74</sup>.

Los derechos fundamentales comparten la naturaleza jurídica de principios, según Alexy, principios que concibe como mandatos de optimización. Este calificativo de “optimización” inherente a los principios y que atiende al objetivo que se pretende perseguir con ellos no debe entenderse en el sentido de que se impone alcanzar un punto máximo, un

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>72</sup> Cfr. SEOANE, *op. cit.*, pp. 269 y 270.

<sup>73</sup> ALEXY, “Una defensa...”, *op. cit.*, p. 245 (subrayado añadido).

<sup>74</sup> Cfr. RAMIÃO, Rúben. “A Critical Analysis on Robert Alexy’s Theory of Legal Principles”. *Lisbon Law Review. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2015, p. 184.

punto “ideal” en la realización de determinados fines implícitos en su contenido<sup>75</sup>. Nada más alejado de ello. Alexy pone especial énfasis en aclarar que deben interpretarse simplemente como “normas que ordenan que algo sea realizado *en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas* [...] definición [que] implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”<sup>76</sup>. Solo bajo esta interpretación del significado de optimización como fin que persigue un principio es posible abrir un margen para la ponderación, cuya función será clave a la hora de poner en una balanza dos principios fundamentales de igual jerarquía.

La ley de ponderación de Alexy, formulada en los términos: “Cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>77</sup>, revela la proporcionalidad buscada en el ejercicio de ponderación que deben realizar los jueces en sus sentencias cuando se hallan frente a un conflicto entre principios fundamentales.

Esta teoría, traspolada a la dicotomía entre los valores últimos de seguridad jurídica y justicia, brinda de alguna manera una solución al dilema del juez sobre cómo actuar frente a leyes extremadamente injustas. Se completa así la faz material, sustantiva de la pretensión de corrección alexiana y con ello la dimensión ideal que Alexy procura dar a su concepto no positivista del Derecho.

Esta es la gran contribución de Alexy a la tercera vía que propone Radbruch a través de su fórmula como alternativa a la eterna discusión entre iuspositivistas y iusnaturalistas. Aporta de alguna manera una pauta de medición –basada en la pretensión de corrección a la que debe aspirar el discurso jurídico y en la proporcionalidad que debe imperar en cualquier decisión judicial– a fin de evaluar la “insoportabilidad” de la injusticia planteada por Radbruch y así determinar de una forma más clara para los jueces cuál es el umbral entre lo que es Derecho y lo que no lo es, entre la ley que debe obedecerse y la que no debe ser obedecida.

### *C. Hans Welzel y los límites a la omnipotencia legislativa: su teoría de las estructuras lógico-objetivas y su concepción del hombre como fin último*

Hans Welzel (1904-1977) será otro de los juristas alemanes que cuestionará el positivismo jurídico imperante en los siglos XIX y XX, cuya concepción de un legislador omnipotente condujo sin lugar a dudas a la legitimación de un ordenamiento jurídico

---

<sup>75</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012 p. 523.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 524.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 529.

perverso como fue el Derecho estatuido por el régimen nazi. En este sentido, adherirá a la corriente de juristas y filósofos, entre ellos, Radbruch, que tras el régimen nacionalsocialista abocaron sus esfuerzos a hacer resurgir nuevamente principios jurídicos suprapositivos para dar validez al Derecho desde un replanteamiento del iusnaturalismo<sup>78</sup>. Sin embargo, Welzel hará esto desde una crítica a los postulados de un Derecho natural aristotélico-tomista, en este sentido, como testigo y partícipe él mismo de una profunda transformación que estaba experimentando la filosofía en su tiempo y, dentro de ella, el iusnaturalismo<sup>79</sup>. Abandonará así los postulados de un Derecho natural clásico-medieval, imbuido en la idea de lo universal y permanente, para resaltar, por el contrario, el carácter contingente e histórico del Derecho, como fenómeno cultural que es, y rescatando así los fundamentos subyacentes a la necesidad de un Derecho positivo, aunque no de cualquier contenido axiológico.

Es precisamente desde su perspectiva historicista del Derecho que Welzel sostendrá que es en la problemática sobre la validez universal del Derecho donde se manifiesta “la diferencia esencial entre el mundo histórico del espíritu humano y el mundo ahistórico de la naturaleza”<sup>80</sup>, perspectiva esta que nos recuerda en cierta medida a la teoría sobre la “naturaleza de la cosa” de Radbruch –a la que ya hemos aludido *supra*–, propia de su visión relativista de lo jurídico.

En esta línea de razonamiento historicista, Welzel postulará a Thomas Hobbes como uno de los más importantes expositores de la necesidad de un ordenamiento positivo como presupuesto esencial a todo orden social *real*<sup>81</sup>, por oposición a la naturaleza *ideal* de las teorías clásicas del Derecho natural.

Hobbes alude principalmente a la *contingencia* que caracteriza al Derecho, ante la imposibilidad de deducir mediante el solo uso de la razón, en contraposición con los postulados de Santo Tomás de Aquino, el contenido ético de las normas jurídicas. Como observa Welzel, la pretendida universalidad a la que aspiran las leyes en su carácter de generales no se trata más que de “una *universalidad relativa, empírica* y, en ningún caso, una *validez universal absoluta* supratemporal”<sup>82</sup>: ellas y los valores que las sustentan se elaboran sobre la base de las circunstancias propias de cada nación, determinadas por su historia, su cultura, las problemáticas puntuales por las que esté atravesando en una época determinada, en síntesis, su *concepción del mundo*, particular no solo de un determinado país, sino de un momento específico en el tiempo. De allí que dirá Welzel que “en el

---

<sup>78</sup> Cfr. WELZEL, Hans. “El problema de la validez del Derecho. Una cuestión límite del Derecho”. En su: *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 135.

<sup>79</sup> Cfr. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005, p. 143.

<sup>80</sup> WELZEL, “Derecho natural...”, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>82</sup> *Ibid.*, 32.

Derecho, la facticidad está indisolublemente unida a lo normativo”<sup>83</sup>, resaltando la naturaleza real del Derecho y remitiéndonos de alguna manera a la concepción de Radbruch del Derecho como un fenómeno cultural.

Es precisamente esta contingencia propia de los ordenamientos jurídicos y de los valores que los informan lo que importa la necesidad de la existencia de un Derecho positivo sancionado por alguna autoridad competente que imponga coactivamente el orden social a fin de lograr una convivencia pacífica en la sociedad. Así, explica Welzel en su análisis del pensamiento hobbesiano que “si el objeto [...] es contingente y no deducible de una manera racional estricta de los principios de la razón, es necesario, si se quiere superar la lucha de todos contra todos y crear un orden pacífico, establecer una instancia suprema que decida *autoritariamente* acerca de los criterios que deben tener validez en el actuar social y que deben ser Derecho”<sup>84</sup>, posición esta, cabe advertir, una vez más en línea coincidente con la de Radbruch en sus consideraciones ya tempranas acerca del carácter relativo del Derecho. Recordemos sus propios términos: “[e]l relativismo desemboca en el positivismo”, pues “dado que es imposible establecer lo que es justo, se debe establecer al menos lo que es conforme al derecho. En lugar de un acto de verdad [...] se impone un acto de autoridad” (cit. *supra*).

Welzel resumirá claramente esta idea en pocas pero no menos iluminadoras palabras: “La contingencia del contenido material de los valores del derecho hace necesaria la *positividad* del derecho”<sup>85</sup>. El Derecho positivo es un derecho real, a diferencia del carácter irreal del Derecho natural de origen aristotélico-tomista, y solo aquel, con su rasgo esencial de realidad, brindará la seguridad jurídica que se busca en todo ordenamiento jurídico, como primer principio fundamental del Derecho. Esta idea es la que rescatará Welzel del iuspositivismo jurídico, y de allí que comprenda la labor del juez, que será fiel en primer lugar a la letra de la ley, sin cuestionar su justicia o injusticia, “no porque venere el poder –afirma–, sino porque reconoce en el orden positivo el primer valor elemental del Derecho: la superación del caos y la seguridad de la existencia de todos”<sup>86</sup>, razonamiento este, nuevamente, en línea coincidente con el pensamiento del Radbruch en su fase positivista previa a la experiencia nazi.

Sin embargo, pese al reconocimiento de esta necesidad del carácter real y positivo que debe ostentar el Derecho como fenómeno cultural que es y, como tal, traspasado por valores contingentes y determinados en cierta medida por las circunstancias sociales de un país y una época determinados, Welzel sostendrá que del requerimiento de positivización

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, 33.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 34.

del Derecho no se deriva que este pueda tener cualquier contenido, en este punto, en contraposición con los postulados básicos que plantea el iuspositivismo. En términos de Welzel, “[e]l positivismo jurídico es la teoría de la omnipotencia jurídica del legislador”<sup>87</sup>, cuya única restricción, desde la perspectiva de un iuspositivismo extremo, será que lo normado por él deba circunscribirse al ámbito de lo físicamente posible<sup>88</sup>, y precisamente es en esta convicción donde el Tercer *Reich* alemán y los juristas que se pusieron al servicio de su doctrina encontraron raigambre para dar fundamento jurídico al Derecho perverso en que se convirtió el Derecho nacionalsocialista.

Frente a esta postura, Welzel advertirá, por el contrario, que el legislador está siempre sujeto a límites establecidos por el mismo Derecho positivo, entre ellos, las estructuras lógico-objetivas, como así las llama, inmanentes en todo el ordenamiento jurídico y que están dadas de antemano al legislador, estructuras que el Derecho natural busca infructuosamente –en el pensamiento welzeliano– fuera del Derecho positivo, en un orden superior, supralegal, irreal, sin advertir que se trata de límites –como inmanentes que son– que se hallan dentro del ordenamiento positivo mismo y que necesariamente comparten el rasgo de realidad que caracteriza al Derecho<sup>89</sup>. Para explicar la obligada sujeción de este a estas estructuras, Welzel, como jurista criminalista que es, nos ilustra trayendo como ejemplo el tratamiento que debe darse a los conceptos en el ámbito penal de dolo y culpa. Así, dirá que “el legislador tiene, en verdad, el poder de castigar a un inocente pero no puede hacer que lo que no es dolo lo sea [...] pues *nadie puede modificar la naturaleza de las cosas* y transformar una acción involuntaria (es decir, culposa) en una acción voluntaria (esto es, dolosa)”<sup>90</sup>. Adviértase que, si recordamos lo expuesto anteriormente acerca de la dogmática jurídico-penal de Mezger, esto es justamente lo que hizo este jurista en su construcción de un Derecho Penal afín a los objetivos del Tercer *Reich*: asimilar acciones culposas a aquellas cometidas con dolo, a fin de atribuirles la gravedad suficiente como para que quepa castigarlas con la misma pena –capital, en la mayoría de los casos–. Es así como elabora un Derecho Penal de autor que incorpora la figura de “culpabilidad por la conducción de vida”, lo que contribuirá a la eliminación de todos aquellos “elementos” que atenten contra la pureza de la raza aria, fin del Estado nazi. Analizada esta doctrina y política legislativa a la luz de las estructuras lógico-objetivas de Welzel como límites al poder del legislador, se ve claramente que el Derecho del Tercer *Reich* infringió con demasía aquellos límites.

---

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp. 35 y 39.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 36 (itálicas añadidas).

No obstante, Welzel observará que la violación de estas estructuras no importa la invalidez de la normativa<sup>91</sup>; simplemente significa que no será objetiva, es decir, que no responderá a la realidad, a la naturaleza de las cosas. De allí el carácter relativo que atribuye Welzel a estas estructuras como necesarios límites a la omnipotencia del legislador<sup>92</sup>. La pregunta que sigue entonces es si existe algún límite absoluto. Welzel expuso este interrogante en términos mucho más claros y elocuentes: “¿[e]xisten principios materiales inmanentes que ninguna disposición estatal puede violar so pena de volverse inmediatamente nula y no obligatoria, y perder su juridicidad?”<sup>93</sup>. En nuestros propios términos, remitiendo el pensamiento welzeliano incansablemente a Radbruch, ¿existen principios cuya violación por el Derecho positivo lo conviertan en un no-Derecho (*Unrecht*)?

Aquí entra en juego el segundo límite inmanente que pone Welzel a la omnipotencia legislativa propia del razonamiento iuspositivista: la concepción del hombre como un fin en sí mismo, lo que deja entrever la influencia kantiana en su pensamiento. En este sentido, dirá: “[A]llí donde el mandato estatal degrada a la persona a simple cosa [...] puede quizá coaccionar en la medida en que su poder sea fuerte [...] pero no puede obligar. Es solamente fuerza o terror, pero en ningún caso derecho obligatorio, válido”<sup>94</sup>. Welzel hace marcadamente hincapié en la diferencia entre la coacción, propia de la ley positiva y del poder que subyace a todo el Derecho, y la obligación, propia de los valores éticos, que el ordenamiento jurídico puede contener, pero no necesariamente. Así, explica que “mientras la coacción transforma al hombre en mero objeto de la influencia causal del poder [...], la *obligación* le impone la *responsabilidad* por el orden pleno de sentido de su vida y lo convierte en sujeto de la conformación de su existencia”<sup>95</sup>. De ahí que el Derecho “[c]omo *poder coacciona*, como *valor obliga*”<sup>96</sup>. En su faz protectora de la existencia humana, como orden social necesario a la convivencia, indudablemente obliga, pues la vida es un bien ético. Pero cuando la normativa jurídica va más allá de la protección de bienes éticos para alcanzar otros fines contrarios a la naturaleza del hombre respetado y concebido como un fin en sí mismo, es allí donde la ley puede coaccionar, pero no obliga. Welzel resume esta idea tomando el pensamiento de Aristóteles en los siguientes términos: “[p]orque la vida [...] es un bien, un orden que nos asegura la vida, nos obliga éticamente. Pero su fuerza

---

<sup>91</sup> Vid. ZAFFARONI *et al.*, *op. cit.*, p. 95, donde el autor se refiere a esta teoría, aludiendo a Engisch, como propia de un iusnaturalismo negativo, que no procura establecer cómo debe ser conceptualmente el Derecho, sino delimitar qué no lo es. Welzel, sin embargo, aclarará que la violación de estas estructuras en la formulación de las leyes no las torna inválidas, no las torna no-Derecho: en términos alexianos, ellas determinarán una conexión no “calificante”, sino, más bien, “cualificante” entre el Derecho y la moral, tornando el Derecho defectuoso o no objetivo, aun así, válido.

<sup>92</sup> Cfr. WELZEL, “Derecho natural...”, *op. cit.*, p. 35.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>95</sup> WELZEL, Hans. “Verdad y límites del Derecho natural”. En su: *Estudios...*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>96</sup> WELZEL, “Derecho natural...”, *op. cit.*, p. 39.

obligatoria termina allí donde ordena ir contra un bien que éticamente no puede ser afectado bajo ninguna circunstancia. Y este bien es la autonomía ética del prójimo”<sup>97</sup>. El Derecho obliga solo en tanto reconozca al hombre como persona, esto es, en tanto lo reconozca en su dignidad humana. Y es aquí donde residirá la diferencia entre Derecho y mero poder. El Derecho conlleva en sí mismo el elemento poder, el elemento coactivo, por la naturaleza propia del hombre, que necesita de la norma para regular su conducta<sup>98</sup>. No obstante, el Derecho, investido de poder, pero despojado de justicia, una justicia basada en el reconocimiento de la dignidad humana del hombre, no es Derecho. Se advierte en la lectura de Welzel que él mismo es consciente de la frecuencia con que se ha visto en la historia cómo se ha cosificado al hombre sobre la base de lo prescripto por la ley, indudablemente teniendo presente la experiencia del Derecho nazi. Por ello, recalcará, desde esa perspectiva, y remitiendo nuevamente a Kant, que “[un] poder fáctico crea derecho sólo cuando en sus regulaciones mantiene el imperativo categórico de no tratar a los hombres nunca como cosas, sino siempre y *simultáneamente* como finalidad última”<sup>99</sup>.

#### **IV. CONCLUSIONES**

La búsqueda de una respuesta a la cuestión sobre qué valor debe primar en el Derecho, la seguridad jurídica o la justicia, y la consecuente problemática de la obediencia a la *lex iniusta*, es una inquietud que ha estado presente en el pensamiento iusfilosófico durante siglos. La humanidad ha transitado por períodos en los cuales prevaleció una fuerte inclinación hacia la virtud de la justicia –en términos aristotélicos– como valor supremo, concepción propia de filósofos de la Antigüedad y del Medioevo. Luego la Modernidad trajo consigo avances en el campo científico que implicaron un salto evolutivo en todos los ámbitos de tal envergadura que no podía más que culminar en un cambio radical en la concepción del mundo y del hombre. Se pasó de una visión teológica a una visión individualista, antropocéntrica, y en esta perspectiva el carácter absoluto e inmanente de los principios que regían un Derecho natural construido sobre pilares que habían sentado pensadores como Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás de Aquino no tenía lugar. Estos valores ya no colmaban o, más bien, no brindaban respuestas suficientes al hombre del Iluminismo, y esta insatisfacción interna es lo que brindará un marco idóneo para el surgimiento de corrientes iuspositivistas que presentaban una concepción del Derecho más

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 39-40.

<sup>98</sup> Cfr. WELZEL, Hans. “Derecho y poder (Deber jurídico y validez jurídica)”. En su: *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2013, p. 43.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 55.

acorde con el antropocentrismo que imbuía el pensamiento de la época. Ya entrado el siglo XX, la aspiración será la de elevar el Derecho a la categoría de ciencia, lo que importa una separación total entre la esfera jurídica y la moral. Sin embargo, dejar la consideración de la problemática moral fuera del ámbito jurídico, en aras de la construcción de un Derecho absolutamente depurado de cualquier elemento que pudiera privarlo del carácter empírico-científico con el que se pretendía investirlo, llegó al extremo de conducir a aberraciones que cometieron los totalitarismos en una interpretación estricta, literal y oportunista de los postulados kelsenianos para legitimar su accionar, y esta desvirtuación en su máxima expresión es lo que llevó al Holocausto y al consecuente replanteamiento desde los círculos iusfilosóficos sobre lo que debía ser el Derecho. Se retorna así a la reflexión sobre el deber-ser y a la búsqueda de valores absolutos propia del iusnaturalismo en un intento por reconstruir una sociedad y reelaborar una concepción del mundo que no permitiera que un fenómeno como el nazismo volviera a ocurrir.

No obstante, la vuelta al Derecho natural que se operó a partir de la segunda mitad del siglo XX se presentará como una reelaboración perfeccionada, como una síntesis producto de un aprendizaje. En este sentido, puede decirse que rescatará elementos del iuspositivismo que enriquecieron sin lugar a dudas el concepto de Derecho, tales como el reconocimiento de su carácter histórico y cultural, al tiempo que reincorporará valores iusnaturalistas que nunca debieron dejarse de lado para no perder de vista el fin que debe tener la ciencia jurídica, esto es, regular la vida en convivencia del hombre, reconociéndolo en su dignidad y como fin en sí mismo, y no erigirse en un mero instrumento del Estado con sus fines particulares, mucho menos de un Estado cuyos fines sean contrarios a esos valores últimos.

Por supuesto, este retorno al iusnaturalismo que caracterizó el pensamiento iusfilosófico después de la Segunda Guerra Mundial y que condujo a la formulación de los principios de Núremberg y al posterior desarrollo progresivo del Derecho Internacional de Derechos Humanos no ha estado exento de críticas. Uno de los cuestionamientos más importantes que han surgido, particularmente en torno a los procesos de Núremberg, ha sido la alegada violación al principio "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*", esto es, al principio de legalidad, junto al principio de irretroactividad de la ley, que hacen al principio rector de seguridad jurídica. En relación con ello, al mismo tiempo, el desarrollo de los derechos fundamentales como principios que han de subyacer a todo el ordenamiento jurídico y que así han de interpretarse jurisdiccionalmente ha sido percibido por algunos como un avasallamiento a la discrecionalidad del legislador. El abordaje de estas cuestiones tanto en la literatura como en la jurisprudencia ha sido inconmensurable, y su análisis excede el propósito de este trabajo. Sin embargo, a este respecto, solo cabe recordar las

consecuencias disvaliosas que ha tenido la prevalencia *absoluta* del principio de seguridad jurídica en detrimento o en desconsideración de otros valores, como la justicia y la dignidad humana, que deben atravesar cualquier ordenamiento jurídico en el marco de un Estado constitucional de derecho que reconozca al hombre como fin último. A partir de la vivencia de los efectos destructivos a que ha llevado un iuspositivismo exacerbado, el cambio de paradigma que se operó, no obstante, no apuntó a tirar por tierra el principio de seguridad jurídica. Aquellos mismos filósofos y juristas que tras la experiencia nazi han puesto en tela de juicio este principio, lejos de desconocerlo, lo han ponderado desde una nueva perspectiva, dándole el lugar que le corresponde en conjunción con otros principios, superiores o, si se quiere, de la misma jerarquía, a la vez que revistiendo a todo el sistema de un velo de proporcionalidad que debe regir en cualquier ámbito de toma de decisiones, tanto en la esfera política, desde la creación legislativa de las leyes hasta su implementación, como en la judicial, donde los tribunales han de darles la interpretación que sea más acorde no con el Derecho “a secas”, sino con la justicia.

\* \* \*

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 346 pp. ISBN: 84-2590-835-3.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. 601 pp. ISBN: 978-84-259-1393-8.

ALEXY, Robert. "Una defensa de la Fórmula de Radbruch". En: VIGO, Rodolfo Luis (comp.). *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. 227-251.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. 151 pp. ISBN: 84-8442-361-1.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. 52 pp.

RAFECAS, Daniel. "La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt". *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* [en línea], 2010, año 8, nº 15, pp. 133-163. [Consulta: 19 jul. 2016.] En: <[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/15/la-ciencia-del-derecho-y-el-advenimiento-del-nazismo-el-perturbador-ejemplo-de-carl-schmitt.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/15/la-ciencia-del-derecho-y-el-advenimiento-del-nazismo-el-perturbador-ejemplo-de-carl-schmitt.pdf)>. ISSN: 1667-4154.

RAMIÃO, Rúben. "A Critical Analysis on Robert Alexy's Theory of Legal Principles". *Lisbon Law Review. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2015, pp. 181-195. ISSN: 0870-3116.

SEOANE, José Antonio. "La doctrina clásica de *lex injusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación". En: VIGO, Rodolfo Luis (comp.). *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. 253-288.

VIGO, Rodolfo Luis. "La axiología jurídica de Gustav Radbruch". En su: *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. 1-23.

VIGO, Rodolfo Luis (comp.). *La Injusticia extrema no es Derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. 326 pp. ISBN: 987-03-0361-7.

WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004. 255 pp. ISBN: 9974-578-40-X.

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005. 343 pp. ISBN: 9974-578-57-4.

WELZEL, Hans. *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2013. 106 pp. ISBN: 978-9974-708-12-9.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2a. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002. 1083 pp. ISBN: 950-574-155-3.