

LA FÓRMULA DE RADBRUCH:  
UNA CUESTIÓN DE IUSNATURALISMO  
*MARCELA REYES MOSSOS\**



THE RADBRUCH'S FORMULA:  
A MATTER OF LEGAL NATURALISM

RESUMEN

El presente escrito permite conocer brevemente la fórmula propuesta por GUSTAV RADBRUCH, destacado jurista alemán, analizando la doctrina iusnaturalista, en concordancia con normas morales y con la justicia como fin del derecho, dentro del contexto de la segunda guerra mundial, con fundamento en la posición filosófica-jurídica adoptada por algunos juristas afiliados al derecho positivo y natural.

PALABRAS CLAVE: Derecho natural; Derecho positivo; Derechos humanos; Iusmoralismo; Fórmula de Radbruch.

ABSTRACT

The present text briefly allows the reader to know the formula proposed by GUSTAV RADBRUCH, a prominent German jurist, which analyzes the natural law doctrine, in accordance with moral norms and justice as an end of the law, within the context of the Second World War, based on the philosophical-legal stance adopted by some jurists members of the positive and natural law.

---

\* Abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia (Colombia), Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales de la misma casa. Estudiante de los Cursos para Doctorado de la Universidad de Buenos Aires en convenio con el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, e-mail [[marcelareyesm1@gmail.com](mailto:marcelareyesm1@gmail.com)].

KEYWORDS: Natural law; Legal positivism; Human Rights; Legal moralism; Radbruch's formula.

Fecha de presentación: 11 de agosto de 2015. Revisión: 25 de agosto de 2015. Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2015.



## I. INTRODUCCIÓN

El aporte jurídico que GUSTAV RADBRUCH ha hecho con el planteamiento de una fórmula que permite el juzgamiento de casos de graves injusticias aparentemente legitimadas por el derecho positivo, es examinado desde sus cimientos con el propósito de determinar su adscripción a la doctrina del positivismo o del iusnaturalismo, encontrando que a esta última corresponde la solución brindada a través de la fórmula.

Al tener un primer contacto o conocimiento de la fórmula de Radbruch, utilizada en la posguerra para juzgar los crímenes nazis cometidos bajo el amparo de un sistema normativo vigente, surgieron diversos cuestionamientos: ¿Cuál es el contenido que debe darse a la expresión “manifiestamente injusto”?, y ¿es esta fórmula un desarrollo de la doctrina positivista o, por el contrario, de la iusnaturalista?

Para analizar esta problemática, haremos una breve presentación de la fórmula propuesta por RADBRUCH y de la utilización que de ella se llevó a cabo en la práctica por parte de los tribunales alemanes para hacer posible el juzgamiento de jueces y funcionarios que en cumplimiento de mandatos de leyes vigentes del régimen nacionalsocialista, condenaron a pena de muerte por razones irrisorias y cometieron crímenes atroces, respectivamente. Luego, enunciaremos las tesis con las que se ha pretendido dar contenido a la expresión “manifiestamente injusto” y por último, estudiaremos si esta teoría responde a la doctrina positivista o si, por el contrario, a la iusnaturalista a partir de las críticas que ella ha suscitado.

## II. LA FÓRMULA DE RADBRUCH –LA EXTREMA INJUSTICIA–

Previo a examinar la fórmula propuesta por GUSTAV RADBRUCH<sup>1</sup>, es pertinente mencionar que vivió la Primera y Segunda Guerra Mundial desde su país natalicio Alemania. RADBRUCH nace en Lübeck, el 21 de noviembre de 1878 y muere en Heidelberg, el 23 de noviembre de 1949, fue un filósofo del derecho alemán, provenía de una familia acomodada de la burguesía que profesaba el credo luterano, frente al cual mantuvo una posición crítica, aunque después aumentaron sus sentimientos religiosos al enfrentar al nazismo. Inició estudios de derecho en la Universidad de München, que luego prosiguió en la Universidad de Leipzig, donde fue alumno de KARL BINDING, a la par que era receptivo a la influencia de FRANZ VON LISZT que se desempeñaba como profesor en Berlín. Estudioso del derecho, la economía, la historia y la filosofía, fue sensible al socialismo liberal de LUJO BRENTANO y al pensamiento sociológico de MAX WEBER. Doctorado en Berlín, laboró como docente en las universidades de Heidelberg, Königsberg y Kiel. Contrario al positivismo analítico, RADBRUCH promovía una ciencia jurídica sociológica y funcional, conectada a los intereses y a los problemas sociales. Fue concejal y ocupó varios cargos públicos en áreas de competencia social, además de oficial durante la Primera Guerra Mundial, sería arrestado en 1920 a raíz de una revuelta en el ejército alemán. Después fue electo miembro del *Reichstag* y ocupó en dos ocasiones el cargo de Ministro de Justicia, para ser destituido por los nazis en 1933 del puesto que desempeñaba en la administración pública. Fue además perseguido y excluido de la universidad. Publicó entre otras muchas obras *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1910); *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914); *Religionsphilosophie* (1919) con PAUL TILLICH; *Kulturlehre des Sozialismus* (1922); *Rechtsphilosophie* (1932); *Elegantiae iuris criminalis* (1938); *Gestalten und Gedanken* (1944); *Der Geist des englischen Rechts* (1946), destacándose, dentro de sus múltiples facetas, como jurista y docente.

---

1 MARÍA VIRGINIA MARTÍNEZ BRETONES. *Gustav Radbruch. Vida y obra*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1154/pl1154.htm>].

En su obra *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, RADBRUCH, al referirse a la vigencia de la ley de acuerdo con el positivismo jurídico y precisar los valores que la ley está llamada a realizar, esto es, la justicia, la seguridad jurídica y la conveniencia, fijó un orden de prevalencia de manera que la justicia se encuentre en el primer lugar, la conveniencia en el último y la seguridad jurídica ocupó un lugar intermedio, que es a su vez una exigencia de justicia. Por tanto, afirma que los conflictos que se susciten entre justicia y seguridad jurídica, es “en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera”<sup>2</sup>.

Indicó que la pugna así planteada debe resolverse a favor de la seguridad jurídica, dando preeminencia al derecho positivo pese a su contenido injusto e inconveniente; a menos que la contradicción entre la justicia y la ley positiva “alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar”<sup>3</sup> a la primera.

Para seguir ese mismo hilo argumentativo, planteó que allí donde no se busca alcanzar la justicia de ningún modo, donde la igualdad como aspecto medular de la justicia es negada de forma diáfana por la ley positiva, “la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”<sup>4</sup>, toda vez que es inherente al derecho, incluso al “positivizado”, el estar orientado al servicio de la justicia.

Señaló que tal es el caso del derecho nacionalsocialista que rigió en Alemania por 12 años, el cual desconoció por completo la característica esencial de la justicia de dar tratamiento igual a lo igual, por ejemplo: cuando trató a los hombres como sub hombres y les negó derechos, cuando asignó la misma pena a toda clase de delitos, sin atender a su gravedad, etc. Aseguró que a leyes de este tipo no puede dárseles ninguna connotación jurídica, por cuanto “no es un derecho tal vez injusto sino que no es en absoluto derecho”<sup>5</sup>.

---

2 GUSTAV RADBRUCH. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, M. I. AZARETO DE VÁSQUEZ (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, p. 37.

3 Ídem.

4 Ibíd., p. 38.

5 Ibíd., p. 39.

Culpó al positivismo de haber dejado a los juristas alemanes indefensos frente a la “arbitrariedad legal” imperante durante el régimen nazi. Consciente de los peligros que para la seguridad jurídica acarrea esa clase de abuso y el hecho de negar naturaleza jurídica a las leyes positivas, propuso como medida para precaver el retorno de dicha arbitrariedad, “la superación ‘fundamental’ del positivismo”<sup>6</sup>, de manera que se busque la realización de la justicia con el menor sacrificio posible de la seguridad jurídica. En ese sentido, la declaratoria de nulidad de una ley, no debería ser del resorte de todos los jueces, sino una función reservada a un alto tribunal.

Tal como lo sostuvo ROBERT ALEXY, se observa que la fórmula descrita contiene dos partes: la primera, denominada como “fórmula de la intolerancia”, señala la invalidez jurídica de las leyes positivas siempre que entren en contradicción con la justicia a un nivel insostenible; y en la segunda, se niega todo carácter jurídico a las leyes positivas que ya desde su establecimiento desconocen la igualdad, aspecto central de la justicia en la concepción de RADBRUCH<sup>7</sup>.

Ha sido en concreto la “fórmula de la intolerancia” la aplicada jurisprudencialmente. En principio, fue utilizada en los juicios de Núrnberg (en alusión a la ciudad alemana donde ocurrieron) que se llevaron a cabo durante la posguerra<sup>8</sup> contra jueces y funcionarios que habían aplicado leyes del nacionalsocialismo. Así, a modo ejemplificativo, sirvió de fundamento a la atribución de responsabilidad penal por sentencias no ajustadas a derecho, a jueces que hubieran proferido decisiones condenatorias a pena de muerte por motivos insignificantes, aunque estuvieran sustentadas en leyes nacionales, por ser desconocedoras de los mandatos de la humanidad<sup>9</sup>.

Más adelante, esta fórmula fue también empleada en el caso de los centinelas orientales del muro de Berlín que, bajo el amparo de una interpretación normativa de la “Ley de Frontera” de 1982, dispa-

---

6 *Ibíd.*, p. 41.

7 ROBERT ALEXY. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, José Antonio Seoane (trad.), 2001, pp. 75 a 95, disponible en [<http://ruc.udc.es/xmlui/handle/2183/2109>], p. 76.

8 *Nürnberger Prozesse*, 20 de noviembre de 1945-1.º de octubre de 1946.

9 ALEXY. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *cit.*, pp. 30 a 32.

raban contra quienes querían atravesar la frontera entre las de las dos alemanias. Con posterioridad a la unificación alemana, el Tribunal Constitucional Federal Alemán condenó por el delito de homicidio a esos soldados<sup>10</sup>, argumentando que el derecho bajo cuyo rigor actuaron, no resultaba aplicable por ser extremadamente injusto.

Fueron, entonces, distintas situaciones fácticas de vulneración de derechos humanos ocurridas en el siglo xx, las que llevaron, de una parte, a RADBRUCH a plantear una fórmula según la cual, “existen principios de derecho más fuertes que cualquier proposición jurídica, de modo que cuando una ley los contradice pierde su validez jurídica (*der Geltung bar ist*)”<sup>11</sup>, asumiendo una posición crítica a la doctrina positivista; y de otra, a distintos tribunales de justicia a hacer uso de ella para sustentar la atribución de responsabilidad a quienes cometieron tales violaciones.

De las variadas críticas que suscitó esta fórmula y tales decisiones, por ahora se destacará la atinente a la imprecisión del concepto de justicia extrema que dificulta distinguirlo de la justicia que no tenga esa condición, como la imposibilidad de sustentarlo en forma racional y conocerlo objetivamente (HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART)<sup>12</sup>.

Sobre este argumento, denominado por ALEXY como del relativismo, él mismo ha advertido que si las decisiones de justicia fueran producto de las emociones, intereses o ideologías, la fórmula de Radbruch no sería más que una permisión al juez para decidir en contra de la ley “en los casos en los cuales sus preferencias subjetivas sean afectadas de manera especialmente intensa”<sup>13</sup>. Por tal motivo,

---

10 ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE. “El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo xxi”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2011, pp. 453 a 487, disponible en [<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/767/498>].

11 GUSTAV RADBRUCH. “Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1946)”, en *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* (Band 3. *Recht und Gerechtigkeit*) Heidelberg, C. F. Müller, 1990, citado en OLIVER LALANA DANIEL. “El derecho secreto y la fórmula de Radbruch ¿Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, 2000, disponible en [[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_Derecho/articulo.php?id=ANU-F-2002-10040100429](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_Derecho/articulo.php?id=ANU-F-2002-10040100429)].

12 ALEXY. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 90.

13 Ídem.

afirma que el no positivismo parte, por lo menos, de una ética rudimentaria, en todo caso no relativista.

Impugna ALEXY el relativismo con una tesis, según la cual, “las sentencias sobre la injusticia extrema representan auténticas sentencias que son susceptibles de una fundamentación racional y, por tanto, tienen un carácter cognitivo y objetivo”<sup>14</sup>. A modo de ejemplo menciona que el enunciado relativo a que el intento de eliminación de partes de la población por razones racistas representa injusticia extrema, lo cual puede ser objetado racionalmente. Si al respecto se acepta que hay un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa injusticia extrema, se refuta la impugnación de relativismo.

LON LUIVOIS FULLER<sup>15</sup> calificó como superfluo el hecho de acudir a un “derecho suprallegal”, que se ha determinado principalmente como derechos humanos, y en su lugar, propuso recurrir a lo que llamó la moral interna del derecho, esto es, a los principios de la legalidad por él planteados, entre los que se encuentran el mandato de publicidad, de interdicción de la retroactividad y de sometimiento a la ley; tesis con la cual plantea, en opinión de ALEXY, su versión de la fórmula de Radbruch. Adicionalmente, “coincide también en que por regla general la extrema injusticia está vinculada con las vulneraciones extremas de los principios del Estado de derecho”<sup>16</sup>.

Al aplicarse los principios de legalidad de FULLER frente a una norma, refleja que el desconocimiento de uno de ellos no sirve de fundamento suficiente para la nulidad de aquélla y por tanto, pone en evidencia que no es “la forma de la regulación sino su sustancia, su extrema injusticia, la que conduce a la nulidad”<sup>17</sup>. De esa forma, ALEXY concluye que la teoría de la moralidad interna del derecho de FULLER constituyen un complemento de la fórmula de Radbruch, sin que lo gre sustituirla.

---

14 *Ibíd.*, p. 91.

15 Filósofo jurídico estadounidense; nació en Hereford, Texas, el 15 de junio de 1902 y falleció en München, el 8 de abril de 1978.

16 ALEXY. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 92.

17 *Ídem.*

El discurso de críticas y defensa que acaba de sintetizarse, además de dar a conocer esos específicos argumentos en pro y en contra de la fórmula objeto de examen, permite especificar el contenido del “derecho supralegal”, cuyo desconocimiento da lugar a la existencia de una extrema injusticia. En efecto, dicho contenido comprendería el núcleo esencial de los derechos humanos, de los principios del Estado de derecho (FULLER) y en general, de los principios de derecho, según el propio RADBRUCH.

El hecho de acudir a principios superiores y al núcleo esencial de los derechos humanos (RADBRUCH) en un momento histórico en el que ellos no se encontraban reconocidos en instrumento internacional alguno, podría dar cuenta de la adscripción de la fórmula al derecho natural. Sin embargo, una afirmación en tal sentido requiere de un estudio más minucioso, por lo que este argumento se torna insuficiente para una afirmación de ese tipo; máxime cuando ese contenido del “derecho supralegal” comparte algunos aspectos con el concepto que de “derecho” ha elaborado RAÚL GUSTAVO FERREYRA, quien lo construyó a partir de un razonamiento diametralmente distinto.

En efecto, a partir de un enfoque estructural del sistema jurídico, FERREYRA considera al derecho como un sistema complejo compuesto de reglas sobre la planificación, la organización y la aplicación de la fuerza que se materializa a través del discurso elaborado por los poderes estatales. Explica que, al definir al derecho como la razón de la fuerza, quiere significar la manera en que las reglas del derecho “ordenan y programan el ejercicio que el poder estatal decide llevar a cabo”<sup>18</sup>, concepto con relación al que hace un análisis guiado por una interpretación preferente de los derechos fundamentales.

Al desarrollar esa caracterización del derecho como la razón de la fuerza, FERREYRA afirma desde una perspectiva positivista que los sistemas jurídicos de los Estados en la actualidad están estructurados por el derecho que “es” y no por el que “debería ser”, siendo este segundo enfoque el que permitiría en realidad realizar en plenitud los derechos fundamentales.

---

18 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, p. 29.

Señala que en los sistemas jurídicos modernos de los Estados estructurados jerárquicamente, donde la Constitución como norma de mayor jerarquía es formalmente superior a las normas cuya producción programa, los derechos fundamentales no sólo son derecho positivo sino que son aquéllas reglas que “disciplinan en cierta medida la programación del contenido de toda la legislación subconstitucional”<sup>19</sup>; afirmación que supone dejar en forma parcial de lado algunos de los postulados kelsenianos, para dar un sentido pleno al derecho como razón de la fuerza.

Dentro de ese marco, sostiene que los derechos fundamentales serían verdaderos “líneas de acción” llamadas a asegurar el uso correcto de la fuerza del Estado, de manera que aquéllos “y sus garantías proveerían el contenido para el uso de la fuerza, configurando directivas para su organización y consecuente aplicación”.

Es este último aspecto el punto de conexión con la teoría de RADBRUCH, pues mientras en su fórmula la extrema injusticia estaría determinada por lo que desconozca el “derecho supralegal” constituido por el núcleo esencial de los derechos humanos, para FERREYRA delimitarían el uso legítimo de la fuerza en un Estado. Siendo esto así, el núcleo de los derechos humanos como “derecho supralegal” de una parte, y los derechos fundamentales positivados con rango constitucional, son concebidos como un límite al derecho y en ese entendido, podría afirmarse que son unos y otros, respectivamente, los que determinan el contenido del derecho, esto es, qué normas tienen connotación jurídica.

Ahora bien, de lo discurrido se deriva que en aras de establecer la adscripción de la fórmula de Radbruch al iusnaturalismo o al positivismo jurídico, resulta insuficiente el simple examen de lo que debe entenderse por extremadamente injusto como violación del derecho supralegal y por el contrario, requiere de un análisis más minucioso de algunos de los fundamentos esenciales de esas teorías, el cual pasaremos a realizar a continuación.

---

19 *Ibíd.*, p. 47.

### III. ¿POSITIVISMO O IUSNATURALISMO?

Con la fórmula expuesta, RADBRUCH propuso dos críticas al positivismo jurídico: de un lado, planteó una teoría causal que le atribuyó haber allanado el camino hacia el régimen nacionalsocialista, al dejar indefensos a los juristas frente a ese derecho no ético; y de otro, una teoría de la exoneración, según la cual esa doctrina podría servir de soporte para absolver a los jueces del Tercer Reich que condenaron a muerte a numerosas personas, en aplicación de leyes válidas –en tanto formal y debidamente promulgadas–, pero injustas, al ser consecuencia de su adscripción al positivismo jurídico<sup>20</sup>.

Frente a la primera tesis enunciada, HORST DREIER rebate los argumentos de RADBRUCH, poniendo de presente que hacia el final de la República de Weimar, las posiciones dominantes en el mundo de la judicatura y la ciencia jurídica eran de corte iusnaturalista y en todo caso, no positivista. Aunado a esto, indicó que bajo el régimen nacionalsocialista, el positivismo fue valorado como no nacionalista y por ende, rechazado por los gobernantes y los “juristas conformes con el sistema, a favor, en cualquier caso, de concepciones mucho más abiertamente no positivistas”<sup>21</sup>, llegando a aplicarse el derecho positivo, por lo general inalterado y aun válido, a partir de una reinterpretación acorde con la ideología política imperante.

Pese a que las razones anteriores muestran la falsedad de dicho reproche histórico, señala DREIER que queda indemne la tan difundida postura que se ha adjudicado al positivismo en relación con la obediencia al derecho vigente, con independencia de su contenido, lo que se refiere de manera directa a la tesis de la exoneración. Al respecto, afirma que en este aspecto existe un gran malentendido, toda vez que los iuspositivistas diferencian claramente entre las cuestiones de la validez y la obediencia a la ley, de manera que la calificación de una norma como derecho vigente de ningún modo implica el sometimiento a la misma.

---

20 PÉREZ DE LA FUENTE. “El caso de los tiradores del muro de Berlín...”, cit., p. 459.

21 HORST DREIER. *Derecho natural y positivismo jurídico. Juicios generales, prejuicios, juicios erróneos*, RAFAEL MORENO GONZÁLEZ (trad.), Bogotá, Externado, 2015, p. 26.

En particular para HANS KELSEN, que una norma pertenezca al sistema jurídico significa tan solo que hace parte de un ordenamiento coercitivo efectivo y usualmente estatal, quedando al juicio autorresponsable del individuo acatar la orden estatal o desobedecerla. Esto se deriva de la disociación de derecho y justicia, a partir de la cual concibe al derecho como del todo neutral y cuyas reglas pueden ser objeto de reflexión moral por parte de sus destinatarios. Igualmente, HART ofreció una visión neutral del concepto de derecho, desligada conceptualmente de la moral, con lo que procura exponer de manera clara y honesta los problemas teóricos subyacentes<sup>22</sup>.

En esos términos, DREIER desvirtuó la pretendida indefensión de los juristas frente a la obligatoriedad del derecho vigente que, adicional al factor histórico, se basa primordialmente en la separación del derecho y la moral característica del positivismo jurídico. Conclusión que, en opinión de ALEXY no resulta relevante para determinar la viabilidad de la fórmula de Radbruch, ya que más allá de las evaluaciones históricas y jurídicas, lo que es realmente relevante es si la fórmula es efectiva para evitar siquiera en forma parcial la injusticia de mayor impacto y en este punto, es un concepto de derecho no positivista el que permite atribuir responsabilidad a un juez por las decisiones con base en un derecho injusto<sup>23</sup>.

Precisamente, fue la polémica generada por la fórmula diseñada por RADBRUCH la que resurgió el debate filosófico sobre la relación entre el derecho y la moral, cuestión frente a la cual se contraponen los enfoques de la doctrina positivista y de la iusnaturalista<sup>24</sup>.

El positivismo sostiene la tesis de la separación, de acuerdo con la cual el concepto de derecho no debe contener ningún elemento de tipo moral, lo que viene a significar que en caso de presentarse contradicción entre el derecho positivo y valoraciones de tipo moral, el

---

22 *Ibíd.*, pp. 29 y 30.

23 Corresponde al denominado “argumento de la eficacia” propuesto por ALEXY. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *cit.*, pp. 88 y 89.

24 JULIÁN DÍAZ BARDELLI. “El derecho ‘supralegal’ frente a graves violaciones de derechos humanos”, *Revista Lecciones y Ensayos*, n.º 88, 2010, disponible en [<http://www.Derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-83-100.pdf>], p. 84.

derecho no pierde su carácter de tal<sup>25</sup>. ¿Cuáles son entonces los elementos configurativos del Derecho para esta doctrina?, no son otros que el haber sido promulgado conforme al ordenamiento y la eficacia social<sup>26</sup>, dejando el juicio sobre la cualidad del derecho positivo a un examen externo al concepto de derecho mismo.

Por su parte, el iusnaturalismo defiende la tesis de la vinculación, según la cual la moral es un elemento definitorio del derecho, por lo que existe una relación conceptual entre ellos. Atendiendo la distinción hecha por ALEXI, se tiene que la conexión entre derecho y moral puede ser de dos tipos: clasificante y cualificante. La primera niega el carácter de norma o sistema de normas a aquellos que no satisfacen un determinado criterio moral. La segunda mantiene el carácter de norma o sistema jurídico cuando contradicen un determinado criterio moral, pero los considera como jurídicamente defectuosos<sup>27</sup>.

En defensa de la fórmula de Radbruch, ALEXI explica que ella como límite del derecho se fundamenta en los argumentos de corrección, cuyo incumplimiento genera tan solo la deficiencia del derecho, y de la justicia, que a su vez comprende los argumentos de la claridad, la efectividad, la seguridad jurídica, el relativismo, la democracia, la innecesariedad y la honradez.

De acuerdo con el argumento de la corrección, dice ALEXI, el “derecho formula necesariamente una pretensión de corrección”<sup>28</sup>, tanto a nivel de normas jurídicas aisladas y decisiones jurídicas individuales, como a nivel de los sistemas jurídicos considerados como un todo. Con este argumento se pone de presente que el contenido del derecho es relevante para el concepto del mismo.

Con el argumento de la justicia se desvirtúan varias de las críticas que se han realizado sobre esta fórmula. Acerca de la crítica de HART sobre la confusión que, en su criterio, genera el hecho de incluir como elemento del concepto del derecho la iniquidad moral para excluir la naturaleza jurídica de una norma, ALEXI manifiesta que ciertamente, un concepto de derecho positivista que carezca de elementos morales

---

25 DREIER. *Derecho natural y positivismo jurídico...*, cit., p. 37.

26 ALEXI. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., p. 81.

27 *Ibíd.*, p. 83.

28 *Ibíd.*, p. 85.

es más sencillo que uno que introduzca esos elementos y la sencillez implica claridad; sin que esto signifique que una mayor complejidad se traduce en una mayor falta de claridad. En realidad, no se produce confusión por el hecho de tomar en cuenta elementos morales al definir el derecho, sin que el positivismo pueda atribuirse algo así como una característica exclusiva de claridad derivada de la circunstancia de no contemplar factores morales en el concepto de derecho.

Agrega que, aun cuando se acepte que existen casos en los cuales no es clara la línea divisoria entre lo que debe considerarse como extremadamente injusto y lo que no alcanza a tener esa connotación, esto no caería en la esfera del argumento de la claridad sino que sería un problema del argumento de la seguridad jurídica.

En relación con el argumento de la seguridad jurídica, ALEXY reconoce que afecta a las teorías no positivistas que propugnan una coincidencia completa entre el derecho y la moral, es decir, que derivan de toda injusticia la pérdida del carácter jurídico de una norma. No obstante, sostiene que la conexión entre derecho y moral en RADBRUCH es tan sólo parcial, ya que él propone una cuidadosa ponderación de los que considera ser los tres valores primordiales del derecho, esto es, la justicia, la seguridad jurídica y la conveniencia, y establece un orden de preferencia que sitúa, en principio, a la seguridad jurídica en el primer lugar y en el último a la conveniencia. Advierte que la supremacía de ese primer valor sólo cede ante la justicia en el evento de una injusticia insoportable, que haga prevalecer a ese segundo valor y por tanto, la denegación de validez de una norma ocurriría, no ante cualquier grado de iniquidad, sino frente a una injusticia extrema.

En cuanto al argumento de la democracia, manifiesta que advertir como riesgo del concepto de derecho no positivista que los jueces en nombre de la justicia se opongan a las normas adoptadas por el legislador democráticamente legitimado, carece de sentido en los regímenes dictatoriales y de aceptarse, en los Estados democráticos equivaldría a “rechazar cualquier vinculación del legislador a los derechos fundamentales controlable judicialmente”<sup>29</sup>.

---

29 *Ibíd.*, p. 93.

A continuación, retoma el argumento expuesto por FULLER y HART según el cual, la situación injusta podría ser eliminada a través de una ley retroactiva que el legislador expidiera con posterioridad a la caída del régimen injusto, solución que es preferible a la fórmula de Radbruch y que tornaría su aplicación en innecesaria. A este respecto, muestra ALEXY que la posibilidad de que el nuevo legislador fuese completa o insuficientemente activo, hace inviable esta solución, pues en ese evento, suprimir la injusticia exigiría emplear la fórmula de Radbruch.

En lo atinente al argumento de la honradez que, expresa ALEXY, es el más fuerte contra la fórmula en comento, habría que aceptar restringir el principio de *nulla pœna sine lege* mediante aquélla. Aunque HART considera que es preferible promulgar una ley retroactiva que restablezca la justicia, a contravenir dicho principio con la aplicación de la fórmula de Radbruch; ALEXY sostiene lo contrario, esto es, que debe elegirse limitar ese principio debido a que en virtud del carácter exclusivamente negativo de la fórmula, tan solo se eliminan las causas de justificación de un régimen injusto, no se crean nuevos tipos penales; y a que, por definición, la fórmula implica el respeto del mandato de la *ius prævium* (ley anterior) relativo a que el hecho debía ser punible antes de ser cometido. Sin embargo, como quiera que modifica la facticidad al considerar que la causa de justificación era nula desde su origen, se desconoce el mandato de la *lex scripta*, “que protege la confianza en el derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz existente en el momento”<sup>30</sup>.

En esencia, HART tacha la honestidad de la fórmula elaborada por RADBRUCH, por estimar que circunscribe el principio *nulla pœna sine lege* al mandato de la *ius prævium* y ocultar la vulneración del mandato de la *lex scripta*, con la pretensión de mostrar una teoría en la que ningún valor se ve sacrificado en pos de otro y todos ellos se encuentran armónicamente dispuestos en un mismo sistema, cuando en realidad se está eligiendo entre “el menor de dos males”<sup>31</sup>.

---

30 *Ibíd.*, p. 94.

31 *Ídem.*

Sobre el particular, destaca ALEXY que tal ocultamiento no puede ser endilgado a RADBRUCH, quien de hecho advirtió de la posibilidad de antinomias, conflictos y “tremendos peligros”. Además, fue consciente y expreso acerca de la elección que, con su fórmula hizo entre dos males, cuando asumió como aceptable la disminución de seguridad jurídica en pro de la justicia.

Precisado del modo que antecede tanto la postura del iusnaturalismo como del positivismo jurídico frente a la relación del derecho y la moral, como la diversidad de posiciones que a favor y en contra ha suscitado la fórmula de Radbruch, se cuenta con elementos suficientes para dilucidar si aquél y su propuesta de justicia material se adscriben en la doctrina positivista o iusnaturalista.

Luego entonces, en ese contexto, es la posición de RADBRUCH frente a la relación entre la moral y el derecho que subyace en su fórmula lo que resulta determinante para dilucidar si luego de la caída del régimen nacionalsocialista, quien hasta entonces se reputaba positivista se volcó hacia el iusnaturalismo.

Resulta claro que la fórmula, en principio, mantiene una base de separación del derecho y la moral, por cuanto permite que el primero promulgado y eficaz conserve validez cuando es injusto. Sin embargo, al negar carácter jurídico a las leyes positivas en el evento en que sean manifiestamente injustas, introduce en forma parcial una conexión entre el derecho y la moral, que se constituye en un límite extremo al derecho. Es este razonamiento el que ha llevado a ALEXY a asegurar que, a partir del planteamiento de esta fórmula, RADBRUCH dejó de ser positivista, ya que quien tenga este carácter, al definir el derecho, únicamente va a tomar en consideración la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, sin atender a la corrección material, factor que RADBRUCH incorpora al concepto de derecho como criterio limitativo. Con ello adoptó la tesis de la vinculación, característica del iusnaturalismo en todas sus variantes<sup>32</sup>.

Es más, ha sido la triada de valores que, a su parecer, debe realizar la ley (la justicia, la seguridad jurídica y la conveniencia) y el esta-

---

32 *Ibíd.*, pp. 76 y 77.

blecimiento de un orden de preferencia de los mismos, lo que revela “su concepción de derecho como una realidad referida a valores”<sup>33</sup> que se encuadra dentro del neokantismo jurídico.

De acuerdo con el neokantismo jurídico<sup>34</sup> de la Escuela sudoccidental alemana o Escuela de Baden, que tuvo lugar en Alemania a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el derecho es una ciencia cultural, es decir, “puede ser considerado como un factor real de la cultura, como un suceso de la vida social”<sup>35</sup>. Bajo esa idea esencial, el neokantismo pretendió “superar tanto el positivismo y el materialismo como el constructivismo de la filosofía romántica mediante una consideración crítica de las ciencias y una fundamentación gnoseológica del saber”<sup>36</sup>.

Esa concepción del “derecho como un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor”<sup>37</sup>, se concreta en la triada metodológica de los valores de la justicia, la seguridad jurídica y la conveniencia, que es la base sobre la cual RADBRUCH construye su fórmula

---

33 GREGORIO ROBLES. *La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann*, Persona y derecho, vol. 47-2002, disponible en [<http://dadun.unav.edu/handle/10171/14228>], p. 196.

34 “... movimiento de vuelta a los postulados kantianos que se hizo visible a partir de la publicación del libro *Kant y el Epígono de Otto Liebmann* en 1865. Enseguida, cabe mencionar en este movimiento dos corrientes claramente identificadas: el neokantismo de Baden y el de Marburgo. El primero, caracterizado por desarrollar una versión cultural o de los valores; y el segundo, una formalista. Interesa para los propósitos de este trabajo hacer una mayor referencia a la corriente desarrollada en el sudoeste alemán que diera origen a la Escuela sudoccidental alemana cuyo centro neurálgico fue la Universidad de Heidelberg, donde RADBRUCH fue profesor durante una década comprendida entre los años de 1904 a 1914, y a donde volvió en 1926 hasta su jubilación en 1949”. (EDGARDO RODRÍGUEZ GÓMEZ. “La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 6, julio de 2007, disponible en [<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/8809>], p. 33.

35 EMIL LASK. *Filosofía Jurídica*, ROBERTO GOLDSCHIMDT (trad.), Buenos Aires, Editorial Depalma, 1946, p. 63, citado en RODRÍGUEZ GÓMEZ. “La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch”, cit.

36 JOSÉ FERRATER MORA. *Diccionario de filosofía*, t. III, 1.ª ed. revisada, aumentada y actualizada por JOSEPH-MARÍA TERRICABRAS, Barcelona, Ariel, 1994, p. 2.527, citado en *ibíd.*, p. 33.

37 GUSTAV RADBRUCH. *Filosofía del derecho*, 4.ª ed., J. MEDINA ECHEVARRÍA (trad.), Estudio Preliminar DE JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 1999, p. 12, citado en *ibíd.*, p. 33.

al dar relevancia al contenido del derecho, sobre la forma del mismo, al punto que si una norma tiene un sentido inaceptable, es decir, se traduce en una injusticia de un grado insoportable, simplemente no tiene naturaleza jurídica. Es en ese entendido que se da el reconocimiento moral del valor jurídico, pues “el sentido del que dota el contenido al derecho no es otra cosa que su valor”. Por eso dice ULFRIED NEUMANN que la “orientación al valor, que constituye el derecho como realidad cultural se subjetiviza y al tiempo se eleva como criterio de vigencia del derecho”<sup>38</sup>.

Es ese el trasfondo y la fundamentación del derecho suprallegal como determinador de la invalidez de las normas extremadamente injustas, es decir, como contenido limitativo del derecho positivo dentro de la fórmula. Como se había anotado en acápite anterior, el derecho suprallegal está conformado por el núcleo esencial de los derechos humanos que hoy se encuentran positivados en las constituciones de los Estados.

En el Estado moderno, los valores éticos superiores se han fundamentado en forma definitiva con su inclusión en las Constituciones. Los derechos humanos desarrollados por el derecho natural racionalista fueron positivados como derechos fundamentales con rango constitucional, evolución que hoy constituye un puente entre el derecho positivo y las ideas del derecho natural, entre ellas, valores como el de la justicia y los principios generales superiores<sup>39</sup>. Es en esta acepción que el derecho natural desempeña el rol de fuente del derecho positivo.

Así mismo, el derecho natural positivado en la Constitución es parámetro superior, abstracto y decisivo de valoración del derecho positivo en todas sus áreas, actitud con la que “ha ejercido influencia sobre la dogmática del derecho común”<sup>40</sup>. De este modo, es que cumple una función interpretativa del derecho positivo.

---

38 CARLOS PÉREZ LAPORTA. “De Radbruch a Alexy: derecho injusto y racionalidad”, Tesis de Maestría en Derecho, Universitat Abat Oliba CEU, 2012, disponible en [[http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/209904/TFC-PEREZ\\_LAPORTA-2012.pdf?sequence=1](http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/209904/TFC-PEREZ_LAPORTA-2012.pdf?sequence=1)], p. 40.

39 NORBERT HORN. *Sobre el derecho natural racionalista y el derecho natural actual*, MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA (trad.), München, C. H. Beck, 1997, pp. 89 a 91.

40 *Ibíd.*, p. 90.

A la par que límite y criterio de interpretación, el derecho natural tiene la condición de límite del derecho, en tanto los contenidos normativos que se desarrollen legalmente deben respetar los derechos fundamentales y no sólo su núcleo esencial como contenido de “derecho supralegal” al que RADBRUCH se refiere en su fórmula, so pena de negarse validez a la norma que entre en contradicción con aquéllos.

Así pues, desde la perspectiva del constitucionalismo, el derecho natural tiene preeminencia sobre el derecho positivo como fuente, criterio de interpretación y límite.

#### IV. CONCLUSIONES

En un contexto histórico de crímenes atroces cometidos bajo el amparo de leyes positivas, GUSTAV RADBRUCH cuestiona su vigencia y viabiliza el juzgamiento de sus autores a través de una fórmula, en la que plantea la existencia de un “derecho supralegal” que es como límite del derecho, al actuar como criterio determinante de validez sustancial de las normas producidas por el Estado.

Teniendo como presupuesto la primacía del valor de la seguridad jurídica sobre los de justicia y conveniencia, ese parámetro de validez solo niega connotación jurídica a una norma positiva cuando su contenido dé lugar, no a cualquier tipo de injusticia, sino a una que por su magnitud sea insoportable.

En ese sentido, resulta determinante un grado esencial de corrección del derecho positivo, para que cumpla con una medida de justicia que avale su validez. En otras palabras, la extrema injusticia que define la naturaleza jurídica o no de una norma, está delimitada por el “derecho supralegal” entendido como el núcleo esencial de los derechos humanos.

Es apelación a criterios de justicia externos al derecho positivo para determinar su validez, la que introduce en la fórmula una conexión parcial entre el derecho y la moral, que explica su forzosa adscripción al iunaturalismo, dentro del cual se ubica al interior del neokantismo con lo que existe una orientación al valor que se constituye en criterio de vigencia del derecho.

Con la inclusión de los valores y principios primordiales del derecho natural racionalista en las Constituciones de los Estados moder-

nos, se reafirma la superioridad de aquél sobre el derecho positivo, en cuanto fuente, criterio de interpretación y límite.

Si bien es cierto, el hecho de que los derechos humanos hayan sido positivados podría hacer dudar de la necesidad actual de la fórmula, también lo es que la fórmula sólo aplica ante la existencia de injusticias extremas, que aún en las condiciones actuales de regulación, podrían presentarse.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT. "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, JOSÉ ANTONIO SEOANE (trad.), 2001, pp. 75 a 95, disponible en [<http://ruc.udc.es/xmlui/handle/2183/2109>].
- DÍAZ BARDELLI, JULIÁN. "El derecho 'supralegal' frente a graves violaciones de derechos humanos", *Revista Lecciones y Ensayos*, n.º 88, 2010, disponible en [<http://www.Derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-83-100.pdf>].
- DREIER, HORST. *Derecho natural y positivismo jurídico. Juicios generales, prejuicios, juicios erróneos*, RAFAEL MORENO GONZÁLEZ (trad.), Bogotá, Externado, 2015.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.
- HORN, NORBERT. *Sobre el derecho natural racionalista y el derecho natural actual*, MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA (trad.), München, C. H. Beck, 1997.
- LALANA DANIEL, OLIVER. "El derecho secreto y la fórmula de Radbruch ¿Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, 2000, disponible en [[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_Derecho/articulo.php?id=ANU-F-2002-10040100429](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_Derecho/articulo.php?id=ANU-F-2002-10040100429)].
- MARTÍNEZ BRETONES, MARÍA VIRGINIA. *Gustav Radbruch. Vida y obra*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, disponible en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1154/pl1154.htm>].
- PÉREZ DE LA FUENTE, ÓSCAR. "El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XXI", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, 2011, pp. 453 a 487, disponible en [<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/767/498>].
- PÉREZ LAPORTA, CARLOS. "De Radbruch a Alexy: derecho injusto y racionalidad", Tesis de Maestría en Derecho, Universitat Abat Oliba CEU, 2012, disponible en [[http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/209904/TFC-PEREZ\\_LAPORTA-2012.pdf?sequence=1](http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/209904/TFC-PEREZ_LAPORTA-2012.pdf?sequence=1)].
- RADBRUCH, GUSTAV. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, M. I. AZARETO DE VÁSQUEZ (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.

ROBLES, GREGORIO. *La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann*, Persona y derecho, vol. 47-2002, disponible en [<http://dadun.unav.edu/handle/10171/14228>].

RODRÍGUEZ GÓMEZ, EDGARDO. “La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch”, *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 6, julio de 2007, disponible en [<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/8809>].