

EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DURANTE LA POSGUERRA

Rodrigo DE LA PEZA

SUMARIO: *Introducción y panorama. I. El renacimiento del derecho natural. 1. El positivismo jurídico. 2. El naturalismo jurídico. 3. La teoría del derecho natural. 4. La exigencia de Radbruch hacia una renovación del derecho. II. El restablecimiento de la justicia. 1. La referencia a un orden suprallegal. 2. El rango iusnatural de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. 3. La correcta fundamentación. A. La demanda de objetividad. B. La consideración de argumentos morales y teológicos. C. El sentimiento de certeza interna. 4. Los más altos principios y su aplicación. A. El principio de igualdad. B. La dignidad del hombre. C. El orden de la vida social en común. 5. La ponderación de principios normativos. III. La seguridad jurídica. 1. La libre autodeterminación ética. 2. El conocimiento de las normas de derecho natural. 3. La fórmula Radbruchiana. 4. La seguridad jurídica como principio de derecho natural. IV. La crítica general a la jurisprudencia iusnaturalista. 1. La seguridad jurídica. 2. La preferencia arbitraria del derecho natural. 3. La postulación infundada de valores morales. V. Consideración final: la argumentación jurídica.*

INTRODUCCIÓN Y PANORAMA

El derecho natural siempre fue el tema principal de la historia de la filosofía del derecho. Y nada ha tenido más trascendencia en la evolución de la filosofía del derecho durante los últimos doscientos años, sobre todo en Alemania, como la discusión entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Esta evolución condujo en determinado punto a la prioridad del positivismo jurídico y por ende

al formalismo jurídico que éste trae consigo; sin embargo, tras la caída del Tercer Reich surgieron nuevamente las ideas iusnaturalistas y sentaron las bases para una nueva concepción del derecho. El Tribunal Federal jugó un papel significativo en este redescubrimiento del derecho natural.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de las principales resoluciones emitidas por el Tribunal Federal durante la posguerra, en las que se contengan los principios de derecho natural que sirvieron de fundamento para la nueva doctrina iusnaturalista que habría de surgir en contra del nacionalsocialismo. En la jurisprudencia del Tribunal Federal no se ha de encontrar una definición concreta del derecho natural; pero a partir de los postulados iusnaturalistas contenidos en cada una de las resoluciones y de la doctrina relacionada con las mismas puede obtenerse la base de una teoría del derecho natural. La esquematización y breve exposición de dicho concepto del derecho natural ha de ser en este sentido también la finalidad de este trabajo.

El primer capítulo contiene una breve explicación cronológica en la que se comentan el positivismo jurídico, el naturalismo jurídico, la teoría del derecho natural, así como las principales ideas expuestas por Gustav Radbruch después de la guerra. Esta exposición es de gran importancia, pues en los principales puntos de la teoría iusnaturalista contenida en la jurisprudencia se hará referencia a las teorías mencionadas, toda vez que las relaciones que se entrelazan entre todas ellas constituyen la evolución del nuevo derecho natural. La nueva ciencia del derecho tomó en consideración la doctrina de Tomás de Aquino, que mostró ser, por una parte, un instrumento fuerte en contra del nacionalsocialismo, toda vez que combatía el formalismo del desvirtuado positivismo jurídico y el determinismo del naturalismo jurídico y, por otra parte, hacía posible el cumplimiento de las dos principales tareas que Gustav Radbruch exigía de la ciencia jurídica, esto es, el restablecimiento de la justicia y la garantía de la seguridad jurídica.

En el segundo capítulo se describe brevemente la contribución del Tribunal Federal en relación con la primera de ambas tareas mencionadas, el restablecimiento de la justicia. La realización de semejante misión, como elemento principal de una teoría del derecho natural, es únicamente posible mediante el reconocimiento de la existencia

de normas supralegales. Sin embargo, para justificar dicho reconocimiento, es necesario que los postulados de derecho natural se fundamenten correctamente. Con este fin, tanto la jurisprudencia como la doctrina recurrieron al argumento de la objetividad, a los argumentos morales y teológicos, así como al argumento del sentimiento de certeza interna. En la demostración de los postulados de derecho natural se estableció finalmente, de acuerdo con la teoría tomista, que solamente algunos postulados rigen como más altos principios; la nueva filosofía del derecho considera como tales al principio de Igualdad, el de la Dignidad del Hombre y el del Orden de la Vida Social en Común. Al final del capítulo se comenta brevemente la ponderación de principios.

La segunda exigencia de Radbruch —la garantía de la seguridad jurídica— se analizará en el tercer capítulo. El Tribunal Federal hace derivar del principio de la libre autodeterminación moral ciertos criterios claros de valor, de acuerdo con los cuales un individuo ha de adecuar su comportamiento al derecho y a la justicia. La fórmula Radbruchiana, que predica que las normas de derecho positivo que son en sí mismas injustas, pero que no quebrantan excesivamente al derecho natural, deben ser aplicadas, soluciona el problema del aprendizaje de reglas obligatorias específicas. De esta manera se cumplen las principales exigencias de la seguridad jurídica, esto es, por un lado, previsibilidad y certeza y, por el otro, el respeto a la ley. El ser y el valor de la fórmula Radbruchiana han de considerarse aquí como precepto importante de la nueva teoría jurídica.

Una breve exposición y comentario respecto de las principales objeciones recapituladas por Franz Wieacker y que se opusieron en contra de la jurisprudencia del Tribunal Federal, se realizará en el cuarto capítulo.

Por último, se comentará en la Consideración final la teoría del derecho natural en análisis y, como conclusión, se expondrá brevemente la argumentación jurídica.

La temática del derecho natural, por su variedad y amplitud, sólo puede ser objeto de una investigación incompleta en un trabajo de maestría. Como tema fundamental de la historia del derecho y de la filosofía del derecho, ha sido objeto de los más amplios tratados. Por consiguiente, han de fijarse con toda claridad las fronteras de este trabajo: la investigación se limita al espacio temporal entre los años

1945 y 1960; se analizaron exclusivamente los razonamientos principales expuestos alrededor del nuevo concepto de derecho, y que se encuentran en las resoluciones y en la literatura de la época. La concepción de la obtención del derecho y de su aplicación que se defiende en la parte concluyente, se expondrá exclusivamente en la medida en que se relacione con el tema objeto de la presente investigación.

I. EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

Desde la crítica de Kant al apriorismo del derecho de la razón y mediante la influencia de la Escuela Histórica y del positivismo científico se abandonaron por completo las conjeturas tradicionales iusnaturalistas; sin embargo, durante la primera mitad del siglo XX se suscitó un "Renacimiento del derecho natural".¹ Este resurgimiento y reconocimiento de las teorías iusnaturalistas tuvo una especial importancia en la Alemania de la posguerra, pues el derecho natural se mostró como un instrumento eficaz en contra de la ideología destructiva del nacionalsocialismo. Para efectos de explicar claramente cuál de las variantes del derecho natural fue tomada en cuenta por la nueva doctrina, y para determinar de cuáles tendencias y postulados jurídicos había ésta de apartarse, es necesario hacer a continuación un comentario breve de las corrientes más importantes.

1. El positivismo jurídico

El positivismo jurídico, un producto de la evolución histórica del pensamiento jurídico predominante en Alemania, se mostró como la característica principal de la realidad jurídica del cambio de siglo.² Este formalismo de la ciencia jurídica, que en términos generales

¹ Este concepto surgió con el título del libro de Charmont, *La renaissance du droit naturel*, que fue publicado por primera vez en 1910.

² Detrás del positivismo jurídico en Alemania existe una evolución histórica peculiar, desenvuelta en forma distinta que en el resto de Europa. Pues no fue el resultado de la transformación casi inmediata de una entelequia iusnaturalista del contrato social, sino más bien un desarrollo del pensamiento jurídico, que a través de las ideas duraderas de la Escuela Histórica y del *Usus Modernus Pandectarum* hizo posible una ciencia jurídica tan sólida, conceptualmente clara y lógicamente precisa, que rige sustancialmente hasta el día de hoy.

rechaza una fundamentación jurídica metafísica y reconoce la autonomía necesaria de la ciencia jurídica, estuvo sin embargo íntimamente ligado a una cultura jurídica fundamentada en la moral durante el siglo XIX, pues sus promotores consideraban imprescindible que el legislador respetara las convicciones jurídicas heredadas de dicha cultura jurídica y que la labor legislativa se confiara exclusivamente a los representantes de esa cultura.

La legitimación del derecho fue siempre el tema fundamental de la historia jurídica europea:³ En la alta Edad Media los Glosadores y Postglosadores encontraron esta legitimación en la difusión absoluta del *Corpus Iuris Civilis*; el Humanismo del *Mos Gallicus* la atribuyó al ejemplo de la sabiduría de los antiguos; el derecho de la razón encontró tal legitimación "en una ley de la sociedad humana percibida por un Logos discerniente"; la Escuela Histórica por su parte reconoció la legitimación "en el avance histórico de los pueblos hacia la humanidad, en la dignidad cultural del derecho romano, en la ética de libertad de Kant y su observancia a través de una dogmática jurídica elevada al rango de ciencia filosófica". También el positivismo jurídico exigía que el derecho fuera legítimo, y según el positivismo legal correctamente entendido, dicha legitimación (supralegal) del derecho había de descansar en la voluntad común integrada de la nación moderna.

Este vínculo moral y político del derecho con principios jurídicos necesarios y supralegales, sin embargo, no puede ser garantizado en todo momento en el derecho escrito a través de las apreciaciones propias del positivismo. En consecuencia, cuando durante las primeras décadas del siglo XX la producción del derecho dejó de estar a cargo de los representantes oficiales de aquella cultura jurídica, la mera voluntad común democrática dejó de tener de fuerza legitimadora. Franz Wieacker denomina esta crisis como "degeneración del positivismo jurídico".⁴

Como consecuencia de esta *degeneración* surge una nueva concepción del derecho, de acuerdo con la cual únicamente vale como derecho "lo que el Estado (...) en uso de su voluntad decisoria esta-

³ Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Historia del derecho privado de la Edad Moderna), 2a. ed., Göttingen, 1996, p. 562.

⁴ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 558 y ss.

blezca como derecho".⁵ Pues lo moral ya no se sobreentendía entre las masas votantes ni en sus representantes, entre gobernantes ni gobernados, y en tal extremo fue posible que se crearan leyes, en opinión de Franz Wieacker, que "no tenían ya una relación duradera con los principios jurídicos fundados, religiosa, filosófica o históricamente, o que incluso les confrontaban abiertamente". Esto ha de explicarse, en tanto que Alemania no era una democracia histórica y que adoptó "el tipo de plebiscito en 1918, sin que se hubiera llegado previamente a un acto de integración".⁶ El positivismo falaz así emergido dio cabida ideológica a la aparición de un Estado totalitario, como lo expone claramente Heinrich Rommen.⁷

2. El naturalismo jurídico

Como reacción en contra del positivismo formalista, y en busca de una legitimación para la producción jurídica, se desarrolló a principios del siglo XX una corriente en la ciencia jurídica, a la que Franz Wieacker se refiere como "Naturalismo jurídico".⁸ Estas pretensiones de legitimación, influenciadas por el desarrollo de las ciencias naturales, pueden describirse en su conjunto como ciencias de la realidad, y su método, como una explicación causal de dicha realidad.

El *naturalismo jurídico* no reconoce al derecho siquiera como un valor hecho realidad, ni lo entiende como parte de la historia de la humanidad. Lo explica más bien como una consecuencia necesaria de causas sociales o económicas, con lo cual se deja de concebir al ser humano como ser libre, y se le muestra determinado causalmente por su hábitat. Este fenómeno jurídico social se proyecta en el tiempo como un fenómeno consciente de una "evolución determinada causalmente de las características propias de la especie humana".⁹

⁵ Adolf LAUFS, *Rechtsentwicklungen in Deutschland (Desarrollo jurídico en Alemania)*, 5a. ed., Berlín, 1996, p. 373.

⁶ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 559, 560.

⁷ Heinrich ROMMEN, *Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts (El eterno regreso del derecho natural)*, 2a. ed., München, 1947, p. 161.

⁸ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 562 y ss. Es importante aclarar en este punto, que el *naturalismo jurídico* no guarda ninguna relación con la teoría del derecho natural, no obstante la semejanza en la terminología.

⁹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 565.

La finalidad de tal derecho, por ende, no se reconoce siquiera como producto de la libre voluntad, sino como un motivo hecho consciente de la creación jurídica del hombre, que permanece determinada. Esta contradicción se ve resuelta, en tanto que la conciencia ya no se equipara a la libertad, y los procedimientos normativos se ven suplantados por los descriptivos.

Una aportación valiosa del *naturalismo jurídico* consiste en el redescubrimiento de la realidad social, que desde hacía tanto tiempo había sido condenada al olvido, y que sirvió de fundamento para una crítica jurídica renovada, realista y basada en las circunstancias más diferenciadas. Esta descripción y evaluación de las condiciones de la realidad establece, a saber, el primer presupuesto para alcanzar la justicia, pues ésta es "una exigencia intemporal e inmutable (...), algo distinto según los tiempos, lugares y personas correspondientes, esto es, 'lo suyo' de cada quien y para cada quien; por ende debe referirse siempre y en cada caso nuevamente a realidades y situaciones, de acuerdo con ellas ha de ser 'ubicada'".¹⁰ En este sentido, el *naturalismo jurídico* descubrió lo que el positivismo había olvidado: que un saber valorativo del deber ser jurídico es imposible sin el conocimiento del ser social humano.

Sin embargo, en la aplicación del método causal del *naturalismo jurídico* se comete en mi opinión un error peligroso, consistente en tratar de obtener el "deber ser" a partir del "ser": sus seguidores consideraron que las particularidades de la realidad descubiertas y reconocidas por ellos mismos, consideradas en sí mismas, eran ya derecho, y olvidaron que dichas particularidades sólo debieran ser instrumentos auxiliares a la crítica y a la política jurídicas. Las investigaciones en torno a las causas y al análisis de motivación individual y social-psicológica hacen factible el reconocimiento de una realidad, en la cual ha de ser aplicada la norma; pero no pueden dar la pauta para determinar si las normas que se crean o aplican son verdaderamente

¹⁰ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 569. La "ubicación" de la Justicia, de la que aquí se habla, se llevó a cabo en el derecho romano y en el *ius commune* europeo a través de mecanismos y estructuras del ser jurídico, que ya no son tan comprensibles para nosotros, y que en nuestro tiempo ya tampoco podrían ponerse en práctica. "Ubicación" no es otra cosa que la expresión del concepto griego *Topik?*, "Tópica", que VIEHWEG propone como método de argumentación jurídica y de solución de problemas. *Vid.* Consideración final, p. 59 y ss.

justas. La justicia debe amoldarse, en efecto, a dicha realidad, pero no puede ser obtenida mediante su simple lectura.

Como consecuencia de esta vanidad ingenua del *naturalismo jurídico* se acogieron conceptos como “el interés” o “el provecho” del “Pueblo” o de la “Sociedad”, y con cínica obviedad fueron considerados como fines del derecho, en cuanto se les expuso como motivaciones de un legislador, en definitiva, determinado psicológicamente por su entorno. Con ello, el *naturalismo jurídico* dio cabida “probablemente al mayor peligro, en el que se ha colocado el pensamiento jurídico de los últimos siglos de la historia del derecho europeo”.¹¹ Pues con ello, la investigación naturalista de la realidad se constituyó en cómplice de la destrucción jurídica nacionalsocialista, misma que se verificó en gran parte a través de la traslación de esta explicación de la realidad al terreno de la política jurídica, en forma de un *naturalismo aplicado*. En efecto, el nacionalsocialismo aprovechó un concepto de derecho, que en un principio había sido explicado como producto social necesario y carente de libertad, y lo utilizó después para fines individuales arbitrarios: “Haber infiltrado las medias verdades de una conciencia pública depravada, en eso consisten las liendres de un naturalismo aplicado que, harto ya de secas tonalidades, jugó a ser el diablo y brincó libremente de una explicación científica de la realidad jurídica, a una experimentación en la carne y la sangre de los hombres”.¹²

3. La teoría del derecho natural

Tras la caída del nacionalsocialismo resultó necesaria una nueva orientación de las concepciones científico-jurídicas. Entre las tantas teorías que se dedicaron a responder la pregunta relativa a la legitimación de la creación jurídica después de la caótica caída del derecho,¹³

¹¹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*..., p. 582, en relación con el tema de la crítica al naturalismo, en especial en lo referente a la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia de conceptos y la teoría de Rudolf VON JHERING, p. 451 y ss., 574 y ss.

¹² WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*..., p. 586.

¹³ Como otras teorías surgidas en contra del positivismo legal, menciona WIEACKER (*Privatrechtsgeschichte*..., p. 586 y ss.), además del neokantianismo, también al neohegelianismo, la fenomenología, la teoría de las estructuras “lógico-objetivas” de WELZEL, la tópica jurídica de VIEHWEG y la filosofía existencial.

fue la teoría iusnaturalista la que resultó más socorrida tanto por la doctrina jurídica como por la jurisprudencia, sobre todo por la jurisprudencia del Tribunal Federal. Ya desde 1936 había predicho Heinrich Rommen un retorno semejante: “Muchas señales (...) apuntan claramente hacia un renacimiento del derecho natural, y precisamente al metafísico, al *ius naturale perenne*, (...)”.¹⁴ En 1947 Rommen confirmó esta pugna por el resurgimiento del derecho natural mediante una adición que hiciera a su “Eterno retorno del derecho natural”, que a la letra dice: “Ha surgido ya en nuestros días el Estado total, acerca del cual decía Dostoievski, que en comparación del mismo el terrible absolutismo era sólo un embrión (...). El Estado total moderno y las ideologías que lo fundamentan, sin embargo, significan en forma tajante la *reductio ad absurdum* del axioma: *voluntas facit legem*; y no sólo eso, sino que además han hecho que sus enemigos y víctimas vuelvan a creer en la idea del derecho natural. Pues la resistencia en contra de las fuerzas totalitarias y de su nihilismo ético e intelectual debió recurrir a la invocación de verdades que existen muy por encima de la llana tradición nacional y del *status quo ante* político y social; debió apelar a algo mucho más alto que la historia, la raza, los intereses de clase o los métodos científicos”.¹⁵

A partir de “los escombros de una gran Confesión”,¹⁶ se desarrolló el recobrado derecho natural a través de la enseñanza de Santo Tomás de Aquino, tarea en la cual participaron de manera importante autores alemanes y austriacos de ambas confesiones. Este *neotomismo* hizo hincapié, por una parte, en la teoría moral y jurídica católica, renovada por la Iglesia ya desde el pontificado de Pío IX y León XIII, a través del apego a la *philosophia perennis* de la gran Escolás-

¹⁴ ROMMEN, WIEDERKEHR..., p. 158. Posteriormente, escribió que el derecho natural había encontrado cabida en las conciencias de los hombres, en el momento en que los seres humanos pensantes se dieron cuenta de la profundidad a que podía hundirse la perversión del Estado totalitario (WIEDERKEHR..., p. 161), y que de esta manera había podido ser derrocado el nacionalsocialismo.

¹⁵ ROMMEN, WIEDERKEHR..., p. 158 y ss.

¹⁶ Hermann WEINKAUFF, “Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes” (“Pensamiento iusnaturalista en la jurisprudencia del Tribunal Federal”), compilado en MAIHOFFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus (Derecho natural o positivismo jurídico)*, Darmstadt 1962, p. 554 y ss. (576). Hermann WEINKAUFF fue el primer Presidente del Tribunal Federal Alemán.

tica.¹⁷ Semejante renovación de la teoría eclesiástica tenía como meta asumir una responsabilidad ético-social reformulada y espiritualmente fundada, respecto de la vida pública.

Por otra parte, la nueva teoría tomista tomó en consideración, si bien en una menor medida, la crítica jurídica del protestantismo moderno, sobre todo el que partía de la teología reformista. La discusión protestante, que oscila entre el derecho natural y el positivismo jurídico,¹⁸ coloca al neotomismo en un nuevo plano más flexible, en el que es posible la discusión. Pues trae a la luz que el “pensamiento humano no puede acercarse a las exigencias de la justicia de ninguna otra forma que no sea a través de la discusión abierta respecto de posibles argumentos jurídico-éticos (...)” y que resulta inadmisibles acoger un “derecho natural absoluto, adocinado, de ‘conclusiones’ autoritarias”.¹⁹

De esta manera, y a través de su fuerte arraigo en una poderosa comunidad creyente y en el edificio teórico autorizado de la Iglesia católica, el neotomismo ejerció una influencia determinante —probablemente la más fuerte desde hacía siglos— sobre la opinión pública alemana, la reforma social y la política jurídica. El neotomismo se mostró como flexible en el caso concreto, y “su sistema planteaba, con la connotación ético-jurídica de validez intemporal, únicamente los Principios más generales del orden de la vida social; su

¹⁷ Mediante la Encíclica de León XIII. acerca del debilitamiento de la filosofía cristiana “*Aeterni Patris*”, emitida el 4 de agosto de 1879, la Iglesia hace una advertencia respecto de teorías peligrosas y amenazadoras en contra del pensamiento cristiano, e incita a los filósofos a investigar la verdad obtenida ya mediante la revelación divina, también mediante métodos científicos de la filosofía, y al respecto celebra y promueve el reciente redescubrimiento de la enseñanza escolástica de Tomás de Aquino.

¹⁸ Por una parte, se planteó un “Tomismo modificado”, que en lo esencial retomaba las conclusiones del iusnaturalismo obligatorio idealista de la Escolástica alta y tardía, y por otra, se desechó al derecho natural en forma radical —pues la tría católico-iusnaturalista de *lex aeterna*, *ius naturale* y *jus positivum* no concordaba ya desde la concepción luterana reformista de la relación entre virtud y razón, con las nociones protestantes— y se volvió la vista hacia un positivismo, que se fundamentaba ya por sí mismo en la elección religiosa del cristiano. Entre ambas posturas fueron reconocidas algunos lineamientos, por virtud de los cuales se obtenía un derecho natural a partir del luterano “orden conservador” de Dios o bien se fundaba a través de una analogía de preceptos cristianos así como en forma sacrohistórica-trinitaria. Para una explicación completa y acceso a bibliografía respectiva de estos argumentos, vid. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 601 y ss.

¹⁹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 603.

forma de aplicación y realización se adapta a las circunstancias y por ende, al tiempo”.²⁰ A continuación ha de explicarse brevemente la teoría tomista.

Por una parte, se obtuvo un modelo jerárquico jurídico-político mediante la sistematización de las distintas leyes contenida en el apartado de “Las Leyes” de la *Summa Theologica* de Santo Tomás:

- a) La *lex divina*, a través de la cual se determina el fin eterno del hombre, transmitido mediante la revelación: alcanzar a Dios.
- b) La *lex aeterna*, la expresión inmediata de la razón divina; nadie, más que los Santos y Dios puede crearla.
- c) La *lex naturalis*, conocida por el hombre mediante la razón práctica. Como expresión incompleta de la *lex aeterna* ha de participar además en ella.
- d) La *lex humana seu positiva*, que se expone como formulación de la *lex naturalis* y cuya obligatoriedad proviene en última instancia de la *lex aeterna*.

Una ley que contravenga la moralidad establecida en la *lex naturalis*, no obliga en conciencia, pero aun cuando en esta parte se permite una resistencia pasiva, Tomás recomienda obedecer este tipo de leyes “*propter vitandum scandalum vel perturbationem*”.²¹ Pero una ley humana no ha de ser obedecida en ningún caso, cuando vaya en contra de la *lex divina*.²²

Mucho antes del neotomismo, esta jerarquía de las leyes ya era más que conocida por la teoría iusnaturalista tradicional, y fue siempre la columna de su concepción apriorística del derecho. Sin embargo, un estudio más profundo de la *Summa Theologica* les permitió a los seguidores del neotomismo descubrir una apreciación del derecho más flexible y adaptable a las vicisitudes del tiempo, en la enseñanza del Santo de Aquino. Por ejemplo, encontraron un rasgo importante de esta flexibilidad en el concepto de la *lex naturalis*, que

²⁰ Johannes MESSNER, “Katholische Soziallehre” (“Teoría Social Católica”), en: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (Diccionario manual de las ciencias sociales)*, Göttingen, 1956, tomo 5, p. 575 y ss. (579).

²¹ Tomás DE AQUINO, *Summa Theologica*, edición de la Academia Albertus-Magnus, Walberberg bei Köln, 1955, tomos 13 y 18, I, II qu. 96 a. 4. y a. 3; II, II qu. 104 a. 5.

²² *S. Th.* I, II, qu. 96 a. 4.

influyó esencialmente a la recepción tomista del derecho natural de la posguerra, y cuyo principio único y máximo es el de “hacer el bien y evitar el mal”.²³ A saber, la razón práctica “se contiene sólo en determinados principios generales (*communia*), pero no en todas y cada una de las normas contenidas en la *lex aeterna*”.²⁴ Estos “*quaedam praecepta communissima quae sunt omnibus nota*”²⁵ conforman propiamente (*primo quodam*) a la ley natural; los preceptos especiales que de ellos se desprenden se llaman *conclusiones*, y como tales son sólo secundariamente parte de la ley natural, y no son infalibles. La razón práctica se consolida de esta manera “*circa operabilia, quae sunt singularia et contingentia, non autem circa necessaria*”.²⁶ Las conclusiones se vuelven aumentativamente inseguras, mientras más se dirijan a lo concreto e individual.²⁷ Lo anterior indica que una ley natural determinante y con una sola aceptación absoluta, en lo concreto, no puede reconocerse ya ni siquiera con Tomás de Aquino. Para ello han de traer luz los *quaedam praecepta communissima* en forma intuitiva e inmediatamente. Con Tomás de Aquino es la ley natural, por ende, efectivamente inmutable, pero no sus conclusiones.

Las nuevas interpretaciones de la teoría tomista dimanan, empero, de la profundización en el estudio de los apartados “del Derecho” y “de la Justicia” de la *Summa Theologica*. En ellos puede observarse, por ejemplo, que los más altos Principios—incluso la Prudencia como la más importante de las virtudes—no funcionan en forma “absoluta” (en el sentido moderno) de arriba hacia abajo, esto es, como fundamento de todos los demás principios. En cambio, deben ser considerados en su propia área de aplicación.²⁸ Estos principios, además, tienen un contenido variable. Bajo esta óptica, el contenido de la justicia por ejemplo ha de ser obtenido en forma diversa que el de las demás virtudes.²⁹

²³ *S. Th.* I, II, qu. 94 a. 2.

²⁴ *S. Th.* I, II, qu. 91 a. 2.

²⁵ *S. Th.* I, II, qu. 94 a. 6.

²⁶ *S. Th.* I, II, qu. 91 a. 3. y qu. 94 a. 3.

²⁷ *S. Th.* I, II, qu. 94 a. 6. y a. 4.

²⁸ Así, la Prudencia no tiene por qué estar contenida en el Decálogo, pues no se refiere en específico, como la Justicia, al deber. *S. Th.* II, II, qu. 56 a. 1.

²⁹ En las demás virtudes, “hacer bien” implica una colocación en el justo medio, y “evitar el mal” un alejamiento de los extremos. Tratándose de la Justicia, “hacer el bien” signifi-

Sin embargo, el aspecto que se nos presenta como el más importante lo constituye sin duda la acepción tomista de la naturaleza humana. Lo “natural” de un ser, que posea una naturaleza permanente, debería ser precisamente la permanencia. La naturaleza humana es, empero, variable, por lo cual aquello que comúnmente le es “natural” al ser humano, puede a veces faltar.³⁰

4. La exigencia de Radbruch hacia una renovación del derecho

Como signo de la imperiosidad de dar a las concepciones jurídico científicas existentes una nueva orientación, se presenta la conmovedora retractación de un filósofo, que presencié personalmente la terrible catástrofe del Tercer Reich: Gustav Radbruch. Como miembro que alguna vez fuere de la Escuela Alemana del sur oeste, era partidario del neokantianismo con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial.³¹ En 1914 escribió: “Existe (...) una profesión, que en sus actividades profesionales ha de respetar de hecho y necesariamente la voluntad de validez de la ley: la Judicatura. Pero además, la obligatoriedad no puede fundamentarse en la ley mediante la teoría de la validez, sino únicamente a través de la ética en la protesta, mediante la cual el juez se ha comprometido incondicionalmente a hacer váli-

fica más bien garantizar a los demás la igualdad, o bien darles lo suyo, y “evitar el mal” conservar la igualdad existente. *S. Th.* II, II, qu. 79, a. 1.

³⁰ *S. Th.*, II, II, qu. 57, a. 2.

³¹ Como teoría de las circunstancias formales de las expresiones sobre el deber ser jurídico, el neokantianismo pretendió redefinir el objeto del conocimiento del entendimiento o científico-cultural y las circunstancias de la construcción de conceptos científicos del entendimiento. Con ello, logró fortificar “por primera vez la autoconciencia metódica que la ciencia jurídica debió haber establecido frente al positivismo legal del cambio de siglo, junto con todas sus consecuencias, léase el fin de la ciencia jurídica como ciencia autónoma del entendimiento”. (WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 588). También se manifestó como una reacción en contra del naturalismo jurídico. Sin embargo, como no hacía alusión a los criterios materiales de la justicia o de otros valores, en cuanto estudiaba solamente las circunstancias lógicas de las expresiones sobre enunciados jurídicos, demostró ser una renovación del formalismo científico, que indefectiblemente ha de remitirse a otros postulados jurídicos preexistentes para llenar el contenido del derecho, sean idealistas, positivistas o naturalistas. Con ello llegó a un relativismo de valores, que podía convertirse en el continente de distintos sistemas de valores. Un formalismo de esta índole, en el que el Ethos permanece indeterminado, da fundamento al positivismo contenido en la teoría del derecho correcto de Rudolf STAMMLER y en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. *Vid.* WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 589 y ss.

da la voluntad de validez de la ley, a sacrificar su propia sensibilidad jurídica en favor del mandamiento jurídico de autoridad, únicamente a indagar qué es lo jurídico, y jamás, si ello es además justo (...). Independientemente del grado de injusticia que el derecho pudiere reflejar en su contenido, una finalidad se cumplirá siempre, ya con su simple existencia: la de la seguridad jurídica".³²

Pero posteriormente se percató de que la dictadura nacionalsocialista "dio cabida a la injusticia, lo que es más, al crimen en forma de ley", y que "la heredada concepción del derecho, el positivismo imperante que desde hacía décadas había permanecido incólume entre los juristas alemanes y cuya teoría 'Ley es Ley' (...), carecía de fuerza y poder", pues sus partidarios fueron forzados a reconocer la ley injusta como derecho.³³ Ante tal impresión de impotencia del formalismo neokantiano³⁴ para la consecución de la justicia, comenzó Radbruch "a reconocer por sobre el positivismo de valores una acepción ultravalorativa y religiosa, a buscar las fronteras de validez de las leyes injustas y a obtener normas de conducta ultrapositivas a partir de la 'Naturaleza de las cosas'".³⁵ La tarea, que según la exigencia de Radbruch se presentaba ante la ciencia jurídica, era doble:³⁶ Por un lado, y para restablecer la justicia ultrajada, debía percibir en concordancia con la "Sabiduría de los antiguos, de la Edad Media cristiana y de la época de la Iluminación, que existe un derecho superior que la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho de la razón, en pocas palabras un derecho suprallegal, en cuya dimensión el No derecho no permaneciera como otra cosa que como No Derecho, aun

³² Gustav RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie (Fundamentos de filosofía del derecho)*, en: *Obras completas*, Heidelberg, 1993, tomo 2, p. 173 y ss.

³³ Gustav RADBRUCH, *Die Erneuerung des Rechts (La renovación del derecho)*, en: MAIHOFFER, *Naturrecht...*, p. 2.

³⁴ En contra del relativismo de valores del neokantianismo surgieron también otras variantes de la filosofía valorativa, con las cuales se señaló un sistema propiamente dicho de la ética material de valores. Son de principal mención las obras de Max SCHELER y de Nicolai HARTMANN. El primero entiende la realidad del derecho suprapositivo como punto de vista valorativo de la persona en la polaridad valorativa, esto es, como conciencia jurídica. El segundo la entiende, por el contrario, "como ser espiritual, o sea, 'contenido', materia y estructura, un *quale* específico de las cosas, relaciones y personas". Vid. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 591.

³⁵ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 591.

³⁶ Lo mismo afirma también MAIHOFFER en la introducción de su compendio, *Naturrecht...*, p. IX.

cuando vertido en forma de ley (...)"³⁷ Por el otro lado, sin embargo, debía garantizarse también la seguridad jurídica perdida, para restablecer la obediencia frente a la ley.³⁸

II. EL RESTABLECIMIENTO DE LA JUSTICIA

1. La referencia a un orden suprallegal

Por lo que se refiere al cumplimiento de la primera tarea, consistente en restablecer la justicia, el Tribunal Federal jugó un papel por demás significativo, pues mediante su jurisprudencia logró imprimir en la conciencia pública las normas de derecho natural como símbolo de legitimación. Incluso en la ceremonia de inauguración del Tribunal Federal, el Presidente Federal Theodor Heuß, en su discurso, habló de la atribución de dicha función:

"Para el juez común de Böblingen o de Eckernförde (...), resulta un tanto fuera de lugar que se le diga que el "derecho natural" quiere tal cosa; él debe conocer e interpretar el derecho positivo, el legislado. También el juez federal se encuentra ante tal tarea. Al mismo tiempo, sin embargo, debe ser transparente, que el 'Derecho natural' permanece vivo como medida y portador de valores eternos, no articulados en su sustancia".³⁹

El primer eslabón para la consecución del Restablecimiento de la Justicia consistió en atacar las leyes nacionalsocialistas, que conservaban aplicación como escombros del Tercer Reich al principio de la posguerra. Esta desnazificación del derecho fue en esta delicada época una tarea en exceso difícil para la legislación alemana y de los aliados. Por ende, cuando se presentaba ante un juzgado un caso, en el que aún resultaran aplicables normas jurídicas positivas injustas, surgió lógicamente y en forma casi sobreentendida el cuestionamiento

³⁷ RADBRUCH, *Erneuerung...*, p. 2. Ver el concepto de No Derecho, p. 64.

³⁸ *Vid. supra*, cap. III.

³⁹ Discursos con motivo de la inauguración del Tribunal Federal en Karlsruhe el 8 de octubre de 1950, Karlsruhe 1951, p. 10, citado por Werner WIPPOLD, "Die Einwirkung der Naturrechtsideologie auf die westdeutsche Gerichtspraxis" ("La influencia de la ideología del derecho natural en la práctica judicial de la Alemania Occidental"), en *Staat und Recht*, 1959, p. 32 y ss. (47).

respectivo a normas de conducta suprapositivas, de derecho natural. El Tribunal Federal afirmó en varias de sus resoluciones, que las leyes u órdenes nacionalsocialistas traídas a la luz en los casos a resolver eran transgresoras de un orden supralegal.⁴⁰ A continuación algunos ejemplos:

En BGHSt 2, 173 y ss., aparece el caso de una sentencia de muerte emitida en contra de ciertos luchadores por la resistencia dentro de un procedimiento desprovisto completamente de toda garantía jurídica. La Senado Penal determinó que frente al Forum encontraban aplicación “Principios generales de derecho obligatorios, válidos con independencia de reconocimiento estatal”, y que la creación de una corte marcial especial por Hitler era nula, y que la actividad de dicha corte marcial no constituía un procedimiento judicial, sino el delito de homicidio.

En BGHSt 2, 234 y ss., y en BGHSt 3, 357 y ss., se trataron casos de traslados forzosos de judíos hacia el Este, en los que habían participado los demandados en desempeño de diversas funciones de policía, sin conocer la meta final, consistente en el asesinato de los trasladados. Aquí se analizó si podía considerarse que los demandados estaban cubiertos objetivamente por las regulaciones y órdenes nacionalsocialistas, o si dichas regulaciones y órdenes “contravenían aquella área medular del derecho, que de acuerdo con las convicciones jurídicas generales no debe ser violentada por ninguna otra medida de la superioridad”.

Ante la Senado Civil se presentó asimismo el caso de un desertor (BGHZ 3, 94 y ss.), que fue fusilado sin previo procedimiento marcial. El Tribunal Federal determinó que las órdenes correspondientes contravenían al derecho natural y que “la contradicción a la justicia en ellas contenida alcanzaba tal grado de inadmisibilidad, que debían ser consideradas como derecho incorrecto y cejar ante la justicia”.

La interposición de tales objeciones iusnaturalistas en contra del derecho positivo no es coincidencia. Durante toda la historia del derecho natural surgió la exigencia de “buscar una legalidad generalmente válida e invariable de la convivencia humana”, cada vez que

⁴⁰ En otros casos, que se encuentran por ejemplo en BGHZ 9, 34 y ss., BGHZ 6, 208 y ss., y BGHZ 13, 265 y ss., el BGH consideró también que eran enemigos del derecho natural las leyes emitidas por las autoridades ocupantes, por su carácter penal o su esquematismo.

“un orden jurídico histórico concreto perdía su poder de convicción para la conciencia jurídica pública y su fuerza para los mejores de su tiempo (...)”.⁴¹

En mi opinión, el reconocimiento de un orden jurídico suprapositivo —como distintivo de toda teoría iusnaturalista— es una condición ineludible para alcanzar la justicia; pues de esa manera cobra el derecho independencia respecto de la voluntad estatal. Dicha independencia no es únicamente necesaria cuando la voluntad estatal se plantea finalidades injustas; su existencia evita en términos generales, que las normas sirvan como instrumento para quien tiene el poder, y de esta manera se desarrolla el derecho como una herramienta para resolver los problemas de la convivencia. Hasta aquí, sin embargo, resulta incompleta la labor de la teoría iusnaturalista del BGH. Aun se le presenta la difícil tarea de fundamentar dicho orden jurídico y de determinar su contenido.

2. El rango iusnatural de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución

El derecho natural se encuentra ya impreso en el derecho constitucional, pues el propio constituyente reconoce a los derechos humanos, en íntima relación con la dignidad humana, “como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.⁴² Consideró de esta manera que los llamados elementales “derechos fundamentales” y “derechos de libertad” como derecho dado, supralegal “de validez inmediata”,⁴³ como normas jurídicas que obligan tanto al legislador común como al constitucional; el propio constituyente partió, pues, de su rango de derecho natural.⁴⁴

En concordancia con los criterios constitucionales, la jurisprudencia del Tribunal Federal se pronuncia en varias de sus resoluciones respecto del rango iusnatural e independiente de la legislación que

⁴¹ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 250.

⁴² Art. 1^{II} GG. Es ésta la forma de referirse a un precepto constitucional. Significa: Artículo 1o., segundo párrafo de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*). N. del T.

⁴³ Art. 1^{III} GG.

⁴⁴ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 557.

guardan los derechos fundamentales.⁴⁵ Estas normas de derecho natural se contienen precisamente —según la Senado Civil— en normas constitucionales, “que sin más tienen un rango supralegal, incluso supraconstitucional, y que la Constitución no crea, sino reconoce (...). [La] equiparación de ley y derecho no puede tener consecución, porque el orden constitucional del Estado de derecho presupone la obediencia, incluso por parte del constituyente, a los mandamientos intangibles de la justicia”.⁴⁶

Dicha obediencia constitucional del legislador —e incluso del constituyente— a las normas supralegales cobró rotunda claridad en cuanto a su alcance, en la interpretación jurisdiccional del Art. 19^{II} GG que permite como excepción actos legales agraviantes de los derechos fundamentales.⁴⁷ En términos de dicho precepto, le está terminantemente prohibido al legislador, en cualquier caso, tocar el derecho fundamental en su esencia. Según la interpretación de otros juzgadores —como el BVerwG en NJW 55, 1773— estarían permitidos los actos legales agraviantes, siempre que puedan justificarse objetivamente y que no destruyan el derecho fundamental por completo.

Si dicha interpretación fuera correcta, según la apreciación del Tribunal Federal, “podría incluso el legislador ordinario intervenir los derechos fundamentales prácticamente en toda forma que le viniere en gana, siempre que al hacerlo tomara como excusa cualquier interés estatal (...). Aun cuando por lo general pudieren establecerse fronteras aceptables en lo que respecta a las consecuencias de esta relativización en el presente Estado de derecho, pues el legislador del Estado de derecho será consciente en su labor, y permanecerá a la zaga cuando se trata de actos agraviantes a los derechos fundamentales, no puede empero dejar de considerarse que los derechos fundamentales así relativizados no podrán brindar la protección que con ellos se pretende, precisamente en aquel caso en que dicha protección se requiera, esto es, cuando el Estado de derecho se transforme en Estado totalitario (...). La postura jurídica que resulta

de la interpretación que aquí se controvierte (...), es la de la Constitución de Weimar (...). El GG (...) reconoce el carácter supralegal y prelegal de los verdaderos derechos fundamentales festiva y expresamente (...). Cuando habla de la esencia de los derechos fundamentales, no pretende (...) que se lleve a cabo la imposible tarea de determinar en cada caso y desde algún punto de vista esencialista, hasta dónde puede limitarse un derecho fundamental (...). Los derechos fundamentales son, de acuerdo con el Art. 1 párrafo 3 GG, inviolables, es decir, no pueden ser atacados por el legislador (...). Es precisamente en ello en que consiste su ser jurídico. Sin embargo, existen situaciones, en las que por razones extraordinarias (...), deben ser limitados hasta cierto grado (...). Así que de lo anterior se desprende, que únicamente puede darse una limitación, cuando por la situación de las cosas sea real e imperiosamente necesario, e incluso en ese caso ha de hacerse la limitación en un perímetro lo más reducido posible (...), pero nunca en el común caso, en que los deseos políticos lo quieran hacer parecer ‘defendible’ o deseable”.⁴⁸

En una posterior interpretación del BGH se determina que un derecho fundamental se ve afectado en su esencia mediante un acto legal agravante, “cuando mediante el acto agravante se limitare la validez esencial y el despliegue del derecho fundamental con tal gravedad, que se suscitare una situación más grave que la que como motivo objetivo y razón, dio origen al acto agravante, y lo permitió necesaria e impostergablemente”. Por lo tanto, el acto agravante debiera “llevarse a cabo de tal manera que en términos generales se acercara lo más posible a dejar al derecho fundamental el mayor espacio posible”.⁴⁹

Mas el rango iusnatural de los derechos fundamentales mencionados no se agota en la exigencia de su invulnerabilidad; la afirmación de su carácter supralegal cimienta también un trabajo jurisdiccional dirigido a determinar, que siempre han sido válidos y “no [fueron] garantizados a penas mediante la propia Ley Fundamental y por virtud de su redacción, sino que, son independientes de ella y lo que es más, determinan su contenido, aunque ahora sean parte del derecho

⁴⁵ Ejemplos al respecto encontramos, entre otros, en BGHSt 4, 375 (376, 377); BGHZ 6, 270 ss. (275); BGHZ 9, 83 ss. (89); BGHZ 11, Anh. 1 ss. (25); BGHZ 11 Anh. 81 ss. (84, 85); BGHZ 13, 265 ss. (297, 298) y BGHZ 16 350 s. (353).

⁴⁶ BGHZ 11, Anh. 34 (42). En el mismo sentido, BGHSt 5, 323 (327).

⁴⁷ Lo que en derecho mexicano se conoce como Suspensión de Garantías. N. del T.

⁴⁸ Hechos planteados ante el BVerfG VRG (caso constitucional) 4/55, citado por WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, pp. 569-571.

⁴⁹ BGHSt 4, 375 ss. (377) y BGHZ 22, 167 ss. (174-176).

legalizado, y precisamente del constitucional".⁵⁰ Por ello han obligado desde siempre al legislador, pues también el derecho que hubiere sido creado con anterioridad a la entrada en vigor del GG ha de ser medido con estos derechos fundamentales y, en su caso, ha de ser declarado nulo con base en los mismos. Un ejemplo más de ello se encuentra en una resolución del Senado Civil, en la cual se atribuye a la garantía de propiedad un carácter iusnatural. En la misma se dice a la letra: "La Ley Fundamental de Bonn reconoce expresamente el carácter supralegal (...) de los derechos fundamentales, incluyendo la garantía de propiedad (...). De dichos derechos fundamentales hay que partir (...), cuando se trate de determinar el contenido, el alcance y los límites de la garantía de propiedad, la determinación del contenido de la propiedad y de la expropiación, durante el periodo de tiempo que transcurrió desde que se dio la Revolución y hasta que entró en vigor la Ley Fundamental de Bonn".⁵¹

De otros análisis de las resoluciones emitidas por el BGH se desprende, empero, la siguiente diferenciación: en la Ley Fundamental se conceptualizan supralegales los *Menschenrechte*, *Derechos humanos*, como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia. Sin embargo, cuando se trata de la vigencia inmediata de las garantías establecidas en el Art. 2-17 GG, se emplea el término *Grundrechte*, derechos fundamentales.⁵² El Tribunal Federal interpreta esta distinción en el sentido de que no todos los derechos fundamentales plasmados tienen un carácter supralegal; algunos fueron elevados por el legislador constitucional a la calidad de derecho fundamental.⁵³ Esta interpretación se desarrolla de la siguiente manera: "La cuestión tendiente a determinar si un derecho fundamental ha sido afectado en su esencia por virtud de un acto legal agravante,

⁵⁰ "Estos derechos [han] sido vigentes desde siempre, aun antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, aun bajo el dominio del Nacionalsocialismo (...). La legislación nacionalsocialista (...) contravino por ende la vigencia supralegal de los derechos fundamentales y era, por tanto, jurídicamente nula (...). Por otro lado, en tanto la propia Constitución de Weimar permitía actos agraviantes completamente libres por parte del legislador en los elementales derechos fundamentales, era también incompatible con el (...) rango supralegal de estos derechos". Así lo estableció el 1er Senado Civil, BGHZ 11, Anh. 81 ss. (84).

⁵¹ BGHZ 6, 270 ss. (275 s.).

⁵² Art. 1^{III} GG.

⁵³ El BGH "no atribuye a todos los derechos fundamentales garantizados por el GG este carácter supralegal" (WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 564).

únicamente puede ser contestada una vez que se tome en consideración el significado y el peso del derecho fundamental. Si el derecho fundamental de que se trate pertenece a los derechos humanos inviolables e inalienables, que construyen el fundamento de toda comunidad humana (...), entonces han de resultar más limitadas las facultades del legislador para interferir en el mismo, que en tratándose de derechos fundamentales a los que el legislador ha otorgado, desde su postura, la protección constitucional especial".⁵⁴ Además de las normas constitucionales de rango supraconstitucional —según el Senado Civil— existen precisamente "principios constitucionales fundamentales, que acaso no poseen todos el rango supralegal, y que sin embargo el legislador constitucional, en uso de su facultad de estatuir derecho positivo, ha sancionado como inalterables, vedando la facultad de modificarlos al legislador e incluso al propio legislador constitucional (...). En contravención de ambos tipos de normas constitucionales supremas, pueden existir normas constitucionales comunes, las cuales serían en consecuencia nulas".⁵⁵ La jurisprudencia se dio por ende a la tarea de comprobar el carácter de derecho natural respecto de cada uno de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, el BGH desconoce el rango suprapositivo al derecho de libertad profesional e industrial (Art. 12¹), pues se considera como una de varias formas posibles de la Constitución económica.⁵⁶ Asimismo, el Senado Civil niega el carácter iusnatural a la división de poderes fundada por Montesquieu, aun cuando tenga "un significado realmente importante y absolutamente fundamental en el Estado moderno de las masas, que se encuentra en el constante peligro de transformarse en Estado totalitario".⁵⁷

El BGH ha sostenido también en varios casos el carácter iusnatural de normas, principios o concepciones, en donde a primera vista pareciera que la demostración iusnatural se ha llevado a cabo sin fundamento, sobre todo porque algunos alegatos resultan contradicto-

⁵⁴ BGHZ 22, 167 ss. (176).

⁵⁵ BGHZ 11, Anh. 34 ss. (41).

⁵⁶ BGHSt 4, 385 ss. (389-391), BGHZ 11, Anh. 34 ss. (40 f.); BGHZ 22, 167 ss. (176).

⁵⁷ BGHZ 11, Anh. 34 ss. (50). Esta afirmación se aparta de la convicción expresada en el Art. 16 de la Declaration du Droit de l'Homme et des Citoyens, en el sentido de que "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution".

rios entre sí, y porque la fundamentación iusnatural resulta ambigua o al menos oscura. Esto es así, puesto que la jurisprudencia intentó fundamentar en ocasiones el contenido del derecho natural con base en las opiniones cambiantes y en los comportamientos de círculos populares volubles, en donde resultaba dudoso, si detrás de los mismos existía verdaderamente una convicción moral. Con lo anterior pretendió comprobar a veces el BGH si ciertas evaluaciones realizadas a través de comportamientos que se suscitaban en la vida diaria eran moralmente correctos. En otros casos empleaba el BGH ya sea fórmulas conceptuales objetivistas como “apreciaciones iusnaturales”, “razones de justicia suprema, enraizada en el derecho natural” o “leyes morales generalmente válidas de la cultura cristiano-occidental”;⁵⁸ o bien formulaciones subjetivistas como “las concepciones valorativas concordantes con nuestro orden estatal y social”,⁵⁹ o “la conciencia jurídica de todas las civilizaciones”.⁶⁰

3. La correcta fundamentación

Semejante fundamentación confusa fue objeto de la siguiente crítica: La retrospección hacia las concomitantes *Apreciaciones de toda civilización* realizada por la jurisprudencia del BGH, en torno al “área intrínseca intocable del derecho” que claramente reconocía, retrospección ésta que se traducía en la búsqueda de aquellas normas centrales del derecho tal y como se desarrollaron en el transcurrir de la historia,⁶¹ no carece de cierto aire a la *volonté générale* de Rousseau o a alguna entelequia similar del racionalismo jurídico. Ahora, bien pudiera aducirse que con dichas concomitantes *Apreciaciones de toda civilización* se hace referencia a “un simple síntoma, aunque muy convincente, de la existencia de normas jurídicas preestablecidas, supraordinadas, válidas en sí mismas y objetivas”. Si así fuere, entonces no habría objeción alguna que oponer, en la opinión de Weinkauff. Muy distinto sería, empero, si la validez de las normas supraordinadas de referencia “pretendiera fundamentarse como tal

⁵⁸ BGHZ 5, 76 ss. (97).

⁵⁹ BGHSt 8, 80 ss. (83).

⁶⁰ BGHSt 2, 234 ss. (237, 239).

⁶¹ BGHSt 2, 234 ss. (237, 239); BGHSt 3, 357 ss. (362, 363).

en la opinión desarrollada históricamente de determinados grupos de naciones”, pues al respecto habría que echar en cara, que las subjetivas opiniones y reconocimientos de los gobernados pueden cambiar constantemente.⁶² El contenido del nuevo derecho natural no debería ser determinado en su totalidad acaso por las opiniones de las masas, pues dentro de semejantes parámetros subjetivos, existiría entre otras cosas el peligro de que la mayoría se decidiera nuevamente por el totalitarismo. El *consensus omnium* no debiere considerarse más como indubitable garantía de las principios fundamentales supremos: en contra de esto se ha extendido ya la convicción, de que el consenso democrático y la *homologación* de la base social podría llevar a la destrucción del devenido señorío ciudadano; de dicho consenso habría que desconfiar, y no dejarle ninguna oportunidad.⁶³ El derecho natural debiera por ende ser válido por sí mismo a través de su sanción objetiva.

En este sentido es que afirma Golo Mann, siguiendo la distinción terminológica romana entre *potestas* y *auctoritas*: “El ser humano no es tan confiablemente bueno y razonable, como creen los revolucionarios. De ahí que requiera una Autoridad, que lo proteja y dirija. Autoridad no es lo mismo que Poder. Los revolucionarios creen todavía en el Poder, incluso en el Poder absoluto. Pero su Poder ha de ser el Poder del instante, desligado por transmisión; el Poder del César, el Poder de la Nación soberana, del Proletariado u otra cosa. El Poder puede hacer lo que se le plazca. La Autoridad se encuentra atada y es al mismo tiempo atadura; atada por historia y tradición, constitución y ley, religión y derecho natural”.⁶⁴

A. La demanda de objetividad

En cumplimiento de la pretensión de un conocimiento objetivo, la jurisprudencia del BGH asumió la convicción de que la obligatorie-

⁶² WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 559 s.

⁶³ “Esta pregunta, durante el siglo XX, ciertamente no tiene ya un carácter puramente teórico, como se pensaba en el siglo XIX. Existen varios Estados occidentales, en los que una parte considerable de la población tiene una orientación comunista, y no debemos olvidar, que en 1933 casi la mitad del pueblo alemán votó por el ascenso del régimen nacionalsocialista”. Gerhard LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie (Problemas estructurales de la democracia moderna)*, 3a. ed., Karlsruhe, 1973, p. 153 y ss.

⁶⁴ Golo MANN, “Konservative Politik und konservative Charaktere” (“Política conservadora y caracteres conservadores”), en: *Der Monat*, 14o. año, Cuaderno 165, p. 48 y ss. (49).

dad de los preceptos iusnaturales se deriva del orden de valores pre-existente y aquiescente, así como del deber jurídico objetivo que del mismo resulta. En este sentido debieren distinguirse las relaciones exteriores de los seres humanos entre sí, así como hacia las cosas y hacia las instituciones sociales fundamentales, por una ordenación del derecho objetiva y válida en sí misma. Resulta necesario mencionar al respecto las consideraciones contenidas en el famoso caso de fornicación delictiva, en el que se manifiesta con toda claridad la diferencia entre lo ordenado por la moral o moralidad y lo ordenado por la ley moral, en donde la fundamentación de ésta ha de entenderse también como la fundamentación del derecho natural:

“Lo ordenado por la sola moral, por la convención (,) debe su (débil) obligatoriedad exclusivamente al reconocimiento de aquéllos, que lo aceptan y cumplen libremente; sus preceptos dejan de tener validez, en cuanto que dejan de ser reconocidos y cumplidos; su contenido se transforma, cuando cambia la concepción acerca de aquello que la moral exige. Las Normas de la Ley Moral, por el contrario, son válidas en sí mismas; su (fuerte) obligatoriedad descansa en el preexistente y aquiescente orden de valores y en los enunciados del deber ser que rigen a la convivencia humana; son válidas, independientemente de que aquéllos, a quienes se encuentran dirigidas con pretensión de ser cumplidas, las cumplan efectivamente y las reconozcan o no; su contenido no puede por ende transformarse, porque la percepción de aquello que ha de ser válido, cambie”.⁶⁵

Con lo anterior permanece incontestada, sin embargo, la pregunta acerca de la forma y ciencia con que dichas normas han de ser traídas a la luz objetivamente.

B. La consideración de argumentos morales y teológicos

Detrás de la coyuntura del derecho con la Ley Moral y como complemento de esta esencial fundamentación jurídica moral de la jurisprudencia, existe al mismo tiempo la silenciosa concepción, de que “lo absolutamente obligatorio del orden de los valores y del deber ser iusnatural que del mismo dimana, descansa en el precepto divino”.⁶⁶

⁶⁵ BGHSt 6, 46 ss. (52).

⁶⁶ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 561. En ocasiones, la jurisprudencia se apoyaba expresamente en fuentes confesionales; en una resolución del Tribunal Federal Constitu-

Un ejemplo de lo anterior que ya ha cobrado fama es el que se contiene en la interpretación del derecho de igualdad entre el hombre y la mujer (Art. 3^{II} GG), en donde el Senado Civil se pronunció, en concomitancia con las convicciones morales de la época y con el señalamiento de la Iglesia católica en el sentido de colocar al hombre en un rango superior dentro de la sociedad conyugal, por la conservación de la estructura eterna de la familia:

“En lo que se refiere a la dignidad del hombre y de la persona, el hombre y la mujer son totalmente iguales (...). Muy distintos son, empero, no sólo desde el punto de vista biológico sexual sino también desde el ángulo de su ordenación en el ser y la creación, recíprocamente y con respecto a sus hijos, en el orden familiar, que fue fundado por Dios y por ende no puede ser quebrantado por el legislador de los hombres (...)”.⁶⁷

Siguiendo lo anterior, y a pesar de las múltiples formas familiares que se han suscitado a través del tiempo y el espacio, la jurisprudencia del BGH defendió una postura constantemente moralista en lo que respecta al orden familiar, postura ésta que, en 1954, en el caso del fornicación delictiva, fue también formulada como a continuación se señala:

“El orden moral quiere que el tráfico sexual se lleve a cabo en principio dentro del matrimonio, porque el sentido y consecuencia de dicho tráfico lo son los hijos (...). Al ser humano [le está] preceptuado el matrimonio como forma de vida (...). Sólo en el orden marital y de la (...) familia pueden los hijos prosperar y obtener adecuadamente su condición humana (...). Precisamente debido a que la relación sexual, por naturaleza la más próxima, desencadena tantas consecuencias y al mismo tiempo exige tantas responsabilidades, sólo puede desempeñarse dentro de la sociedad conyugal. (...) La

cional referente a la homosexualidad masculina, por ejemplo, se consideró: “La actividad sexual entre personas del mismo sexo contraviene claramente la Ley Moral (...). Sin embargo, existen dificultades para determinar la vigencia de alguna ley moral. La sensibilidad personalmente moral del Juez no puede dar la pauta en estos casos; cuanto menos puede ser suficiente la concepción de alguna parte de la población. Es argumento de mayor peso, el hecho de que las comunidades religiosas oficiales, en especial las dos mayores confesiones cristianas, de cuya enseñanza se sirven grandes sectores de la población para encaminar su comportamiento, condenan el tráfico sexual entre personas del mismo sexo como inmoral”. BVerfGE 6, 434. Ver también la nota 80.

⁶⁷ BGHZ 11, Anh. 34 ss. (65).

Ley Moral [ordena] al ser humano el matrimonio y la familia como formas de vida obligatoria".⁶⁸

Cuando surgen los enunciados morales y teológicos como elementos de una argumentación jurídica práctica, se torna dudoso el cumplimiento a la exigencia de una fundamentación objetiva. Pues el conocimiento que no proviene del entendimiento claro, sino que se encuentra influenciado por experiencias personales, sentimientos o percepciones sociales, puede fácilmente ser confundido con una simple opinión, y una opinión siempre es refutable como subjetiva. Estos argumentos, sin embargo, no carecen de valor ya por ese simple hecho.⁶⁹

C. *El sentimiento de certeza interna*

Inspirado por el legado histórico, Hermann Weinkauff vislumbra que el último orden jurídico no puede ser objeto de una comprobación científica cierta. "La ciencia del derecho guarda sólo un carácter muy limitado de certeza, y en cualquier caso el derecho, precisamente con su fundamento, alcanza ciertos aspectos que rebasan por mucho el alcance de lo científicamente cierto e incluso de lo formal y lógicamente evidente".⁷⁰ Pues en la búsqueda de principios universales objetivos mediante métodos únicamente científicos, el jurista caería nuevamente en el error ya superado del derecho de la Razón, con lo cual se crearía un círculo vicioso.

Con ello, sin embargo, no pretende afirmarse que sea imposible el descubrimiento de tal orden. Resulta totalmente innecesario entrar en el círculo vicioso descrito si se puede concebir un orden iusnatural a través de un "esfuerzo dialéctico de la razón y de la conciencia, en especial de la razón y conciencia de un juzgador sensible y experimentado jurídicamente, que posea una seguridad intuitiva relativamente grande". En efecto, un juez no necesita —continúa Weinkauff— realizar grandes tratados generales jurídico filosóficos acerca de cómo y con qué alcance puede ser reconocido o aprehendido este orden

⁶⁸ BGHSt. 6, 46 ss. (53).

⁶⁹ Ver la sección E de este capítulo, así como la Consideración final, p. 59 y ss.

⁷⁰ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 557.

con toda seguridad. Esa no es la tarea de un juzgado. La solución consiste en que el juzgador "encuentre y pronuncie aquellos enunciados iusnaturales, sobre los cuales haya de dirigir su sentencia en el caso concreto. El criterio de su verdad consiste en el sentimiento de certeza interna que los mismos transmiten".⁷¹

El razonamiento jurisdiccional seguido de esta manera, no equivale a ningún silogismo apodíctico, y a partir de los más altos enunciados iusnaturales que se pretenden alcanzar por virtud de dicho razonamiento, no puede derivarse un sistema normativo que todo lo abarque y que incursione en lo particular. "Se priva al sistema de éstos [enunciados]," prosigue Weinkauff. "Ellos proporcionan, más bien, los contornos de un orden jurídico inveterado y fijan en cierta medida los límites externos, que no pueden ser rebasados por los ordenamientos jurídicos positivos. Los enunciados iusnaturales no son todos categóricos en la misma medida; tampoco resuelven todas las antinomias, en las que se incurre en el ámbito del derecho (...); por último, y aunque en sí intemporales, se encuentran tanto comprometidos en el cambiar histórico, en cuanto se congregan con las circunstancias históricamente cambiantes de su aplicación y con los ordenamientos jurídicos positivos históricamente cambiantes. Al mismo tiempo, [estos enunciados] constituyen, en la mano del juez, el medio más fuerte, en pocas palabras indispensable, para mantener la injusticia lejos del ámbito del derecho".⁷²

4. Los más altos principios y su aplicación

Según la enseñanza de Tomás de Aquino, son pocos los más altos preceptos, que tienen carácter universal y absoluto, y de los mismos se derivan otros principios, que si bien son eternos, no necesariamente se aplican en determinado caso, y tampoco son categóricos en la misma medida.⁷³ Como preceptos que conforman un límite externo de las ordenaciones positivas, Weinkauff enuncia el de igualdad, el de dignidad humana y el de "los ordenamientos inveterados y fundamentales de los elementos de la convivencia

⁷¹ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, pp. 561, 562.

⁷² WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 557 y ss.

⁷³ *Vid. infra*, nota 28.

social”.⁷⁴ Estos preceptos fueron aplicados por el BGH como se relata a continuación.

A. El principio de igualdad

La jurisprudencia del Tribunal Federal no conceptúa al principio de igualdad, reconocido en el Art. 3¹ GG, como cualquier derecho fundamental, sino como “la ley fundamental formal de todo ordenamiento jurídico (...); en buena parte [como] la idea misma del derecho”. El principio de igualdad tiene —continúa el Senado Civil— “en la mayor medida un rango supralegal, por lo que ni el legislador común ni el constitucional puede permitir excepción alguna al mismo. Es, para la creación humana del derecho, absolutamente inquebrantable”.⁷⁵ El Senado Civil determinó que el contenido del principio de igualdad consiste, “con relación al legislador, que el mismo no debe dar un tratamiento desigual, de manera arbitraria, esto es, sin razón suficiente y objetiva, o bien sin consideración a las exigencias de la justicia, a supuestos jurídicos equivalentes, que de acuerdo con la naturaleza de las cosas y desde el punto de vista de la justicia, requieren un tratamiento igual”.⁷⁶ Ciertamente, el principio de igualdad no ha de ser siempre fuertemente categórico en la aplicación concreta del derecho, y en muchos casos se dan también márgenes de ponderación. En opinión de Weinkauff, esto se relaciona con las imprecisiones que se presentan, especialmente, en el campo de la determinación y delimitación entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva. En tratándose de la aplicación del principio de igualdad, la jurisprudencia debiera por ende otorgar un cierto margen de ponderación en favor del legislador. El principio de igualdad —continúa Weinkauff— no se torna por ello desprovisto de contenido o inútil para la jurisprudencia. “Es por el contrario, y a pesar de la imperfección que le es inherente, uno de los medios más eficaces en el mando del juez, para excluir la injusticia del ámbito del derecho,

⁷⁴ Vid. WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, pp. 560, 557-558.

⁷⁵ BGHZ 11 Anh. 34 ss. (64).

⁷⁶ BGHZ 11, Anh. 1 ss. (27). Esta formulación se repite constantemente, entre otras, en las siguientes resoluciones: BGHZ 6, 270 ss. (280); BGHZ 13, 265 ss. (311-313); BGHZ 16, 350 ss. (353). BGHSt 4, 379 ss. (383).

cuando sobre éste se maniobre simultáneamente con valor y previsión”.⁷⁷ Pueden encontrarse ejemplos de ello en varias resoluciones del BGH.⁷⁸

B. La dignidad del hombre

Con la ideología nacionalsocialista se devastó por completo la concepción de la naturaleza humana. Como principal problema a resolver después de la Segunda Guerra Mundial había que contestar —como ya lo había predicho el grupo Kreisauer, uno de los más significativos movimientos en contra de Hitler— la pregunta, acerca de “cómo [podría] restablecerse la imagen del ser humano en los corazones de nuestros conciudadanos”.⁷⁹ La jurisprudencia del BGH considera a la “personalidad humana”, por ende, no sólo como derecho fundamental central, sino sobre todo como elemento central del orden iusnatural. El individuo se coloca, en la concepción ideológica de la posguerra, por encima del Estado. Aun cuando éste vigile y regule las manifestaciones de la vida en cierta medida, el individuo ha de ser respetado por el poder estatal, fundamentalmente en su libertad iusnatural, y bajo ninguna circunstancia puede ser sometido. La jurisprudencia hace del hecho de que el ser humano sea persona, el punto central de partida de toda su teoría de los derechos fundamentales y de libertad.⁸⁰ Señala al ser humano, según Hermann Weinkauff,

⁷⁷ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 563.

⁷⁸ Expropiación BGHZ 6, 270 ss. (283, 295); Violación del principio de igualdad BGHZ 9, 34 (44) y BGHZ 16, 350 ss. (353); Expropiación mediante empresas de distribución de energía eléctrica BGHZ 9, 390 ss. (400); BGHZ 11 Anh. 81 ss. y BGHZ 13, 265 ss. (311 ss.); Igual trato del hombre y la mujer BGHZ 11, Anh. 34 ss. (58 ss, 64 ss); Reglamento analizado a la luz del principio de Igualdad BGHSt 4, 379 ss. (383).

⁷⁹ De una carta de MOLTKE, citado por LAUFS, *Rechtswentwicklungen...*, p. 391.

⁸⁰ “Tan cierto es que nuestra fundamentación ontológica iusnaturalista habla en favor de la constancia de la verdad fundamental del derecho natural, que hace evidente, no en menor grado, las fuerzas de que se sirve su propia evolución (...). Precisamente en vista de tantos mecanismos, a vislumbrar cuando se piensa en el mínimo mundano de la existencia completa del ser humano, que se puede observar en las grandes culturas antiguas, respecto de los grandes grupos de esclavos u otros dependientes sociales, la propiedad de la gleba y, en su tiempo, la relación laboral salarial, nuestro concepto de la Ley Natural demuestra su trascendente significado: el acercamiento a la existencia completa del ser humano se convierte, para los grupos ubicados en el nivel del mencionado mínimo, en fuerza de trabajo con vistas a la igualación, y se torna con ello en la fuerza de movimiento más potente del desarrollo

como la única criatura de la creación, que “se encuentra provista de una autodeterminación libre y responsable (autonomía moral)”. No ha de entenderse con el término “Autonomía moral”, sin embargo, que el ser humano pueda establecer por sí mismo el deber ser moral y jurídico, sino que el ser humano encuentra precisamente su dignidad, en la medida en que pueda decidirse o no por lo debido, en uso de su libre responsabilidad.⁸¹ A partir del reconocimiento de esta personalidad humana se llega al círculo inviolable del derecho y la libertad. La cuestión de cómo ha de delimitarse el círculo jurídico del individuo frente al de los demás y frente a las necesidades de la vida e sociedad, se soluciona siempre bajo el criterio imperante del respeto a la autodeterminación humana. Todo ello constituye, según Weinkauff “un ejemplo extremadamente evidente de cómo se desarrolla el pensamiento iusnaturalista. Uno se coloca frente al hecho central de la autodeterminación moral del ser humano —y en este punto hay que resaltar: no desde una perspectiva científicamente omnímoda, sino con base en una certeza interna autoconvigente— y se encuentra entonces atado necesariamente al reconocimiento de ciertos imperativos jurídicos elementales que de allí se derivan”.⁸²

De la personalidad humana se derivan otras consecuencias jurídicas: el derecho general a la personalidad y su protección de derecho civil,⁸³ la protección del demandado en contra del empleo de detectores de mentiras, la protección en contra de la reapertura del procedimiento en beneficio del sentenciado,⁸⁴ la protección del honor en contra de la repartición de folletos comerciales de contenido sexual.⁸⁵

Cobra especial importancia la mención de las consideraciones en torno a la garantía de propiedad. Pues pocas cuestiones jurídicas fueron objeto de una discusión tan extremadamente teórica en torno a su

social, y al mismo tiempo del *desarrollo avanzado de la conciencia moral - jurídica y con ello, de paso, del orden jurídico y social*. Johannes MESSNER, “Nurrecht ist Existenzordnung” (“Derecho natural es orden de la existencia”), impreso en MAIHOFER, *Nurrecht...*, p. 551 y ss.

⁸¹ “Que la personalidad humana tenga también una raíz religiosa, no se dice expresamente pero permanece tácitamente detrás de esta jurisprudencia”. WEINKAUFF, *Nurrechtsgedanke...*, p. 566.

⁸² WEINKAUFF, *Nurrechtsgedanke...*, p. 566. Para una explicación acerca del sentimiento de certeza interna, *vid.* Cap. II, C., 3.

⁸³ BGHZ 13, 334 y ss.; BGHZ 24, 200 y ss.; BGHZ 26, 349 y ss.

⁸⁴ BGHSt 5, 323 y ss.

⁸⁵ BGHSt 11, 67 y ss. (70-72).

carácter iusnatural en aquel tiempo. Mientras que en el mundo comunista se consideraba a la propiedad privada como inmoral —la propiedad era inclusive robo—, la teoría y jurisprudencia occidentales profesan en su mayor parte su carácter suprapositivo.

El neotomismo de la posguerra observó a la propiedad bajo la luz de la enseñanza de justicia de Tomás de Aquino, según la cual lo suyo de cada quien es “aquello, que se encuentra ordenado a alguien”. Es cierto que no puede considerarse que ciertas cosas determinadas “desde el punto de vista iusnatural se encuentren, sin más, atribuidas a ‘esta’ persona”, opinaba Heinrich Rommen, “pero que la persona tenga un derecho sobre las obras producidas por la fuerza de su propio trabajo, que las mismas ingresen en su propiedad, es en sí mismo evidente (...). En la propiedad se consagra no sólo la garantía del aseguramiento de la vida material, sino también del desarrollo específico del ser humano, la más grande de las libertades de la persona. Expresado en forma negativa: Quien no *tiene* propiedad, se *convierte* con demasiada facilidad en propiedad, en un simple medio para alguien, que tenga propiedad de sobra”.⁸⁶

C. El orden de la vida social en común

Según la interpretación del BGH, todos los aspectos de la vida en común —como Familia, Pueblo, Estado, Iglesia, comunidad de pueblos y de Estados— deben estar sometidos al derecho (y precisamente no a finalidades arbitrarias de individuos o del poder político). A propósito de la cuestión acerca de la medida en que el Estado ha de regular las relaciones familiares entre el marido y la mujer, el Senado Civil formuló este principio de la forma siguiente: “Resulta a todas luces claro que en sí el enunciado fundamental, que reza que las relaciones elementales entre personas vinculadas jurídicamente (como las relaciones jurídicas entre el marido y la mujer) no deben sucumbir al poder o a la arbitrariedad, sino que deben regirse por un orden jurídico reconocible y aplicable, sea que éste descansa en la ley o en la resolución judicial, constituye derecho constitucional de más alto rango, y una norma constitucional de rango menor puede transgredirlo (...). Pero además tiene un rango supralegal, pues no

⁸⁶ ROMMEN, *Wiederkehr...*, p. 236.

expresa otra cosa que la necesaria supremacía del derecho, al ordenar que las relaciones elementales entre personas vinculadas jurídicamente no deben someterse a la arbitrariedad, sino al derecho”.⁸⁷

a) El derecho de autodeterminación de los pueblos

A partir del principio del orden de la convivencia social, el Tribunal Federal obtiene una máxima, cuyo contenido es de gran importancia en vista de la situación política de Alemania durante la posguerra y como una de las principales razones para tomar en cuenta el derecho natural. Tras la división del territorio alemán en zonas de ocupación, el sistema político y su legitimación se encontraba en un estado muy inestable. La soberanía alemana debía ser reafirmada sin lugar a dudas y también debía ser fundamentada en el derecho natural, pues “un pueblo que ha llegado a ser una unidad estatal a través de una historia y de un desarrollo cultural comunes, y que acata el marco jurídico internacional (,) una nación, es como construcción algo que debe ser, y que ha de ser protegido por el derecho”.⁸⁸ Tal máxima se obtiene asimismo en conexión con el principio de la personalidad, en términos del cual todo ser humano que forma parte de un Estado tienen por sí mismos el derecho de determinar el destino de su Estado.

Para reafirmar indubitablemente la estatalidad alemana, el GrSZ (Gran Senado Civil) volvió la mirada en 1954 al concepto del derecho de autodeterminación de los pueblos, defendido por las convicciones tradicionales iusnaturalistas del derecho de guerra, como mandato necesario del derecho suprallegal, y que además había encontrado reconocimiento en el derecho positivo internacional. De acuerdo con dicho principio, la victoria militar no trae aparejado el derecho en favor del ganador, de “robar al Pueblo vencido la estatalidad común que le ha sido heredada por la historia (...) y que dicho Pueblo pretende conservar”. En estos términos, y al considerar la cuestión relativa a si el Reich alemán como Estado unitario había encontrado continuidad tras la caída de 1945, el Senado Civil pudo afirmar en forma incontestable, que “la nación alemana (...) pensada como Estado propio, en la forma de reclamación de una reunificación, en-

⁸⁷ BGHZ 11, Anh. 34 y ss. (57).

⁸⁸ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 576.

cuentra siempre expresión renovada y viva (...)”, y que “al Estado alemán, que si bien conserva la capacidad jurídica ha perdido la capacidad de obrar, se le ha sustraído temporal y fiduciariamente el poder estatal por parte de las potencias ocupantes (...). Pero como titular legítimo de este poder estatal permanece, como siempre, el pueblo estatal alemán”.⁸⁹

Tal afirmación jugó un papel significativo en la República Democrática Alemana y su sistema socialista. Hermann Weinkauff hablaba de los “enunciados injustos” de ambas dictaduras (la nacionalsocialista y la bolchevista), las cuales habían lastimado la Personalidad “mediante la estrella amarilla o bien mediante el defecto fundamental del enemigo de clases”.⁹⁰ El Senado Civil resaltó expresamente, que “el pueblo alemán situado en el territorio de la llamada República Democrática Alemana jamás ha podido disponer libremente de su destino estatal” y que “con justicia no reconoce la organización política fundada en mera violencia, y que siendo idéntico al Estado alemán en continuidad, [puede] el poder estatal [ser ejercido] efectivamente, sin embargo, por el momento únicamente en el propio territorio de la República Federal”.⁹¹

El derecho de autodeterminación tiene por fundamento, sin embargo, a la concepción del orden iusnatural, y la fuerza normativa del derecho dado por el pueblo se encuentra siempre vinculada a las limitantes suprapositivas al poder legislativo que obligan a todo ser estatal.⁹²

⁸⁹ BGHZ 13, 265 y ss. (293 s.). Ver también BGHZ 6, 208 y ss. (209 s.). En 1973, la Corte Constitucional Federal estableció esta Máxima en forma vinculativa: “La Ley Fundamental —y no solamente una tesis de la teoría del derecho internacional o de la teoría del derecho constitucional— parte de la base, de que el Reich Alemán trascendió a la caída de 1945 y que no sucumbió ni con las capitulaciones, ni a través del ejercicio del poder público por parte de poderes estatales extranjeros en Alemania mediante las fuerzas ocupantes aliadas, ni tampoco más tarde. El Reich alemán continúa existiendo (...), posee igual que antes la capacidad jurídica, aunque por sí mismo sea incapaz para obrar, como Estado íntegro, por falta de Organización, y sobre todo por falta de órganos institucionalizados”. Ver. BVerfGE 36, 1 ss. (15 s.).

⁹⁰ Hermann WEINKAUFF, “Das Naturrecht in evangelischer Sicht” (“El derecho natural desde el punto de vista evangélico”), en: *Zeitwende* 23., 1951-1952, p. 95 y ss. (101).

⁹¹ BGHZ 13, 265 y ss. (294 y ss.).

⁹² “La pertenencia del principio del Estado de derecho a los principios fundamentales ‘suprapositivos’ de la Constitución le asegura un significado primordial en la vida jurídica como tal”. Albrecht LANGNER, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik (El pensamiento del derecho natural desde Weimar y en la jurisprudencia de la República Federal)*, Bonn, 1959, p. 124.

De ello se sigue necesariamente, que al pueblo también le corresponde la responsabilidad y que ha de “ejercitar su derecho de Auto-determinación dentro del marco del orden iusnatural que lo obliga”.⁹³

b) La obligatoriedad del derecho natural

En consecuencia de lo anterior, la justicia material y la Ley Moral pertenecen al puño de los principios iusnaturales más altos, en tanto se atribuya al Estado y a la comunidad estatal el deber de mantener el derecho que ellos emiten, y mediante el cual deben regular las relaciones elementales de las personas vinculadas jurídicamente, dentro de un marco de lo justo y de lo moralmente exigible.

Este deber de subordinación a las normas del derecho natural no se imputa exclusivamente al legislador,⁹⁴ sino que se espera también del poder Ejecutivo, y sobre todo también de la jurisprudencia.

Este vínculo “a la ley y al derecho” ya había sido determinado mediante reconocimiento constitucional en el Art. 20^{III} GG, lo cual se “entiende en forma indiscutiblemente acertada como vinculación a los principios jurídicos suprapositivos”.⁹⁵ Con respecto a esto, el BGH expuso lo siguiente: “La vinculación del juez a la ley y al derecho (...) no sólo permite al juez perfeccionar la creación del derecho en términos de su desarrollo a través de la interpretación del derecho establecido, sino que además lo obliga a ello, cuando así lo requiera la consecución de una resolución justa (...). Otorgar una solución adecuada y razonable a determinada controversia tomando en cuenta la confianza y la buena fe, esa es la tarea de un juez”.⁹⁶

Con ello se desenvuelve una nueva dimensión en el límite que separa al positivismo jurídico de su exigencia de mayor legalidad. El distanciamiento del nacionalsocialismo no podía alcanzarse únicamente mediante la supresión de leyes nacionalsocialistas. “A las derogaciones les correspondía en gran medida un carácter meramente declarativo, la eliminación puesta efectivamente en marcha, constitutiva, se desmoronó o bien (...) se llevó solamente a cabo en forma

⁹³ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 576.

⁹⁴ *Vid.* Cap. II, A., 1.

⁹⁵ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, p. 605.

⁹⁶ BGHZ 17, 266 ss. (276).

errónea. Por último, dicha eliminación abarcó pues sólo pocas áreas, y en su mayor parte en forma incompleta. Una gran parte de la legislación NS trascendió por ende a la nueva RFA y permaneció durante largo tiempo”.⁹⁷ El juez ha de necesitar, por lo tanto, una cierta —aunque limitada— independencia, misma que ha de conseguir mediante la argumentación judicial de autoridad. Con ello estaría en posibilidad de emplear como varas medidoras, generalmente en muchos casos,⁹⁸ los puntos comunes generales de la justicia y la concordancia con la Ley Moral mediante la interpretación del derecho positivo. En este sentido, estos puntos de vista jugaron un papel mucho más importante en dichos casos que en aquellos en los que se declaraba la invalidez de leyes.

Dicha independencia del juez, en tratándose del principio del Orden en la Convivencia Social, tuvo un significado muy importante. Pues “en donde (...) se practique y enseñe la igualdad positivista entre el derecho y la Ley” —nos dice Ernst von Hippel— “la vinculación del juez *exclusivamente* a la ley implica ciertamente su total subyugación bajo la voluntad soberana de los tenedores del poder político, misma que se expresa en la legislación. Y según se parta, con el positivismo, de la Ley como más alta fuente del derecho o bien se considere al *Derecho* como máxima norma para la regulación estatal, resulta la posición del juez fundamentalmente diversa. Las zonas jurisdiccionales, en las que la voluntad y el interés del Partido vinculan al juez como ‘Ley’, y por otro lado aquellas en las que se reconoce la idea del derecho y por ende de la justicia como última medida de la jurisprudencia y de la interpretación jurídica en la República Federal, caracterizan respectivamente sistemas y formas de vida fundamentalmente distintas”.⁹⁹

El derecho positivo ya no se consideró como la fuente jurídica más importante —o bien en teoría inclusive la única—, a la cual tuviera que atenerse la jurisprudencia sin más. Por fuerza de la imperiosidad de distanciarse de la judicatura fascista acusada de

⁹⁷ Matthias ETZEL, *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948)* [La derogación de leyes nacionalsocialistas a través del Consejo de Control de los Aliados (1945-1948)], Tübingen, 1992, p. 201.

⁹⁸ BGHSt 10, 254 ss. (301); BGHZ 2, 300 ss. (308 s.); BGHZ 10, 75 ss. (78 s.).

⁹⁹ Ernst VON HIPPEL, *Allgemeine Staatslehre (Teoría general del Estado)*, Berlín y Frankfurt am Main, 1963, p. 238.

“positivista”, surgió en consecuencia el deber de resistencia del juez —esto es, su obligación de denegar la obediencia a leyes injustas— en especial en aquellos casos, en los que se tratare de una contravención clara e inadmisibles al derecho natural.¹⁰⁰ El deber de resistencia —y con él también la función análogamente legislativa del juez— no se consideraba, por lo demás, una violación a la división de poderes, pues el “control de las normas en su función de rechazo” es “esencialmente algo distinto que la función de creación jurídica del legislador”.¹⁰¹ Günter Less opina además: “El juez, que ha de hacer realidad la justicia por fuera de la ley, cuando crea tras comprobación cierta, que no puede encontrarla dentro de la ley, se convierte realmente en un contrincante del legislador, que ya no necesita ‘acoplarse’ con resignación a los triunfos de poder de éste (...). [Se convierte] en tenedor de verdadero poder estatal y en una instancia, en la que ha de medirse con los tenedores de los otros poderes estatales (...). [Pues] orillar al juez a emitir una resolución que contravenga su concepción de las cosas, significa rebajarle en sí Ethos judicial, así como en su dignidad personal, significa corromperlo, y una resolución que se subleve al sentimiento jurídico general, no puede considerarse como equilibrio entre las funciones de orden y de justicia”.¹⁰²

Mediante la cognición de tal vinculación del Estado a las normas trascendentes del orden iusnatural, la jurisprudencia del Tribunal Federal se aparta de la opinión relativista, que reza que el juez no ha de resolver sobre cuestiones de ética.¹⁰³

¹⁰⁰ Helmut COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie (Principios de filosofía del derecho)*, Berlín, 1950, p. 243.

¹⁰¹ BVerfGE 1, 18.

¹⁰² Günter LESS, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts (Del ser y el valor del derecho judicial)*, Erlangen, 1954, pp. 49, 81.

¹⁰³ BGHSt 6, 46 ss. (52); y sobre todo también en BGHSt 6, 147 ss. (153 s.), en donde la pregunta, acerca de si la situación peligrosa causada por un intento de suicidio crea la obligación de ayuda por parte de los testigos, es contestada de la siguiente manera: “En virtud de que la ley Moral reprueba fuertemente todo suicidio, salvo quizás en los casos de excepción más extremos, pues a nadie le está permitido decidir con dominio propio sobre su propia vida, ni darse muerte a sí mismo, el derecho no puede reconocer, que el deber de ayuda por parte de terceros haya de restringirse frente a la voluntad moralmente reprochable del suicida hacia su propia muerte”.

5. La ponderación de principios normativos

Mediante la cognición de los enunciados fundamentales arriba citados y su aplicación, el Tribunal Federal determina ya el punto de partida para la consecución de la tarea exigida por Radbruch, de restablecer la justicia. Una solución determinante de la cuestión acerca de cómo ha de encontrar la jurisprudencia un orden jurídico suprapositivo —y más, iusnatural— en forma correcta, no subjetiva, no se deriva aun de las consideraciones jurisprudenciales y teóricas analizadas hasta ahora en esta investigación. Mas el planteamiento del problema tampoco ha sido formulado, en mi opinión, correctamente. La dificultad radica precisamente, en que siempre se pretende encontrar la respuesta usando métodos científicos tradicionales.

En la tarea de deshacerse de los escombros nacionalsocialistas, la jurisprudencia del Tribunal Federal se encontró precisamente ante la difícil tarea, de apartarse al mismo tiempo del positivismo jurídico, detrás del cual se escudaba el nacionalsocialismo. Pues no sólo las leyes, sino también los lineamientos y manifestaciones de los representantes nacionalsocialistas, que en sí no eran jurídicamente obligatorios, podían regir como derecho positivo. Al respecto replica el Tribunal Federal: “La opinión de ciertos teóricos jurídicos nacionalsocialistas, en el sentido de que toda expresión de voluntad jurídicamente considerable de Hitler, que según su modo pudiera en cualquier forma entrar en juego como norma, hubiera de tener independientemente de su forma valor de ley y obligatoriedad, constituye una denigrante autoenajenación de los miembros de la comunidad jurídica en favor de un gobernante único, misma que no merece atención alguna como teoría de las fuentes del derecho desde el punto de vista del Estado de derecho”.¹⁰⁴

Oponer resistencia en contra del derecho positivo, sin embargo, ya no era tan fácil como en etapas históricas anteriores, en las que surgían concepciones iusnaturalistas, pues la difusión científica, lógico-sistemática y tan convincente del positivismo jurídico,¹⁰⁵ por

¹⁰⁴ BGHZ 3, 94 ss. (106 s.).

¹⁰⁵ Apartarse totalmente del positivismo jurídico, resultó imposible (incluso hasta la fecha) debido a la fuerza influyente del positivismo jurídico. Hermann WEINKAUFF apuntó incluso una “no inmediata implementación general de los puntos de vista iusnaturales”, con

un lado, se apoyaba ya en una superación histórica de la teoría iusnaturalista tradicional, a través del debilitamiento de sus columnas fundamentales. Y por otro lado, la teoría tradicional del derecho natural carecía en sí misma de armas para combatir al positivismo jurídico y eliminarlo por completo, pues compartía con él la pretensión de concebir al derecho en formulaciones obligatorias y previamente establecidas para su aplicación en todo caso, y estaba por ende igualmente orientado a lo axiomático y a la codificación.¹⁰⁶ Era común a ambos, pues la pretensión de una consecución universal de normas civiles.

Un mejor planteamiento del problema ha de ser formulado, en mi opinión, de la siguiente manera. Un orden jurídico suprapositivo no ha de buscarse mediante parámetros subjetivos —que son conceptos como el de *Apreciaciones de toda civilización*—, pero tampoco ha de encontrarse de manera totalmente objetiva, *apodíctico*-científica. Se conforma de enunciados del deber ser, que más bien deben ser valorados individualmente en una argumentación jurídica, esto es, empleando un método problemático o *aporético*.¹⁰⁷ De este modo se crea un orden jurídico abierto a la discusión, que contrariamente al propuesto por el positivismo jurídico resulta flexible, se adapta a las circunstancias del caso concreto y es variable en su aplicación.

Para el jurista, esto significó entonces precisamente recobrar su función, que necesariamente pierde, “donde gobierna el principio del partidismo consciente y el Juzgador es relegado servidor de la dictadura”.¹⁰⁸ Los juristas tenían el “ardiente deseo (...), de liberarse de las cadenas de la violencia y dejar de ser abogados de gobiernos violentos cambiantes”.¹⁰⁹

lo cual el BGH, en vista de la educación plenamente positivista de los juristas, emitió en consecuencia algunas sentencias positivistas. WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 558 y ss. Ejemplos de ello se encuentran en BGHZ 1, 274 ss. (276), BGHZ 23, 175 ss.

¹⁰⁶ Arthur KAUFMANN, “Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik” (“Del derecho natural y el positivismo jurídico a la hermenéutica jurídica”), en *Juristenzeitung* 1975, p. 337 y ss. (338).

¹⁰⁷ *Vid. Infra*, Consideración final, p. 59 y ss.

¹⁰⁸ LAUFS, *Rechtswentwicklungen...*, p. 372.

¹⁰⁹ “Se trata de un reconocimiento derivado de la vida, y no de la teoría jurídica, en el sentido de que las formas de pensamiento positivistas han fallado con respecto al problema de las necesidades existenciales modernas, y que se debiera buscar una nueva orientación de la administración de Justicia, si ésta ha de alcanzarse su finalidad vital”. Günter LESS, *Wesen und Wert...*, p. 47.

Es cierto que el planteamiento y solución del problema aquí propuestos no fueron expuestos como tales en la jurisprudencia del Tribunal Federal. Sin embargo, en las consideraciones de una resolución, en la que el Senado Civil hace derivar de la personalidad humana el fundamento de la eficacia supralegal de la garantía general de propiedad, la jurisprudencia reconoce que los enunciados iusnaturales encuentran aplicación bajo condiciones siempre cambiantes, y que la obligatoriedad social de la propiedad debe adaptarse a los momentos históricos. La garantía de propiedad no es considerada como un absoluto en esta resolución, y las excepciones que a veces parecieran contradictorias se aprecian como aceptables y hasta necesarias:

“El individuo integrado en el Estado requiere, para poder vivir entre sus iguales como persona, esto es, libre y con responsabilidad, y para no volverse mero objeto de un poder estatal todopoderoso, en pocas palabras, para su libertad y dignidad, una esfera de propiedad fuertemente asegurada por el derecho. Por otro lado, el Estado debe también estar en posibilidad, cuando así lo requieran claramente los fines públicos superiores de la comunidad, de afectar los derechos patrimoniales de sus ciudadanos. La propiedad, como todo derecho patrimonial, no es en cuanto a su contenido rígida, sino históricamente cambiante dentro de ciertos límites, cambiante especialmente en lo que respecta a la medida de la unidad social, que estos derechos deben tolerar. El punto de tensión caracterizado adopta por su parte, según el desarrollo histórico, una intensidad mayor o menor (...). En tratándose de la expropiación, se habla (...) de una afectación estatal legalmente permitida y obligatoria a la propiedad (...) que perjudica a los individuos o grupos en cuestión, en comparación con los demás, de manera desigual, especial, y los obliga a realizar un sacrificio especial en favor de la comunidad, que no se atribuye a nadie más (...). Para compensarla [la contravención al enunciado de igualdad], requiere la expropiación de una indemnización que verifique este equilibrio (...)”.¹¹⁰

De esta manera se adhiere el Tribunal Federal a la convicción tomista, en el sentido de que el derecho natural es cambiante, tal como la naturaleza humana.¹¹¹

¹¹⁰ BGHZ 6, 270 ss. (276-280).

¹¹¹ *Vid. Cap. I, C.*, en relación con la nota 30.

III. LA SEGURIDAD JURÍDICA

La segunda tarea de la ciencia jurídica, exigida por Gustav Radbruch, consistía en alcanzar la seguridad jurídica. La seguridad jurídica implica, entre otras cosas, la obediencia del derecho positivo. A continuación se explica cómo ha de ser armonizada esta exigencia con el reconocimiento de un orden jurídico suprapositivo.

1. La libre autodeterminación ética

El derecho natural, como instrumento eficaz en contra del nacionalsocialismo, no podía concebirse como mero reconocimiento de normas suprapositivas en abstracto, pues tal exigencia se encontraba también en la ideología nacionalsocialista. En este sentido, el alejamiento del positivismo jurídico no podía considerarse al mismo tiempo como alejamiento del nacionalsocialismo, pues positivismo jurídico no equivale a nacionalsocialismo. El primero, precisamente como teoría del Estado constitucional del siglo XIX, no constituía una enseñanza arbitraria, sino que se encontraba dirigido a establecer ciertos límites al poder estatal.

Por el contrario, el nacionalsocialismo difamaba —al contravenir la legalidad civil— en sí mismo al positivismo jurídico, aunque se aprovechaba de sus ventajas. El nacionalsocialismo se propuso expandir el poder estatal extensamente en el ámbito de lo individual, impregnarse en la conciencia pública; y para ello “empleó ideas preexistentes (...) para formular un concepto en buena parte amalgamado”.¹¹² Entre otras cosas, algunos autores malemployaron incluso las palabras derecho natural y su trasfondo filosófico en la propaganda del partido totalitario, en forma por demás furtiva. Hans-Helmut Dietze, un expositor jurídico de la “Juventud de Hitler”, hablaba incluso de un ...derecho natural de sangre y suelo”, y afirmaba al respecto, que ...ni el individuo por sí solo ni la humanidad (...) [constituyen] elementos fundamentales del orden de la vida, sino únicamente la catalogación según comunidades raciales [es] lo natural y lo querido por la naturaleza. Un verdadero derecho de la naturaleza o de la vida [puede] por ende existir solamente como derecho natural de

¹¹² LAUFS, *Rechtsentwicklungen...*, p. 353.

razas o pueblos concretos”.¹¹³ Es precisamente aquí donde se demuestra la exigencia de un renacimiento del derecho natural en sentido terminológico. ...El mal uso de tan nobles palabras es muy típico del totalitarismo, tal y como al día de hoy se hace mal uso de la palabra democracia por parte de los comunistas (...).” —crítica al respecto Heinrich Rommen. ...Lo natural se trasgiversa en un craso concepto materialista: naturaleza es sangre, es la masa hereditaria biológica de la raza: en esta trasgiversación queda ya solamente un principio del antiguo concepto de derecho natural: derecho es, lo que sirve al pueblo como unidad racial, de igual forma que en el derecho natural ‘proletario’, que consiste en el único principio de que: ‘El derecho es, lo que sirva al Proletariado’. (...) Y así, el levantamiento del totalitarismo trajo consigo mismo el regreso al derecho natural (...), pues la experiencia de la tiranía enseñó a cada vez más personas pensantes, las consecuencias a las que había de llegar el ultraje del derecho natural”.¹¹⁴

Ahora, si bien no puede considerarse al nacionalsocialismo como ideología iuspositivista, tanto menos puede describirse como teoría del derecho natural. En realidad se trata de un desdoblamiento de una de las ramas del naturalismo jurídico, como opina Franz Wieacker,¹¹⁵ —en cuanto describe al derecho vigente en tanto hecho real como un producto de causas e intereses— y como tal propagó un “razonamiento de orden” del ser humano, el cual se encuentra determinado para realizar *aquello que sirve al pueblo*, incluso en contra de las leyes. En este sentido, el derecho conserva “ya sólo un contenido, y es precisamente el ‘Interés del Pueblo’, que se [debiera] hacer valer —a través de la determinación del dictador— en forma soberana y directa. El ‘Espíritu del Nacionalsocialismo’ se consideraba como (...) la más alta teoría de la norma no escrita, que como fuente superior del derecho, servía para desvirtuar las acepciones de las leyes

¹¹³ Hans-Helmut DIETZE, “Naturrecht aus Blut und Boden” (“Derecho natural de sangre y suelo”), en: *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (Revista de la Academia del Derecho Alemán)* 1936, p. 818 y ss. Ver también *idem.*, *Naturrecht in der Gegenwart (Derecho natural en la actualidad)*, Berlín, 1936. Las palabras derecho natural también fueron objeto de mal uso por parte del autor nacionalsocialista Raimund EBERHARD [*Modernes Naturrecht (Derecho natural moderno)*, Rostock, 1934].

¹¹⁴ ROMMEN, *Wiederkehr...*, p. 161.

¹¹⁵ *Vid. Supra*, Cap. I, B, en relación con la nota 12.

heredadas".¹¹⁶ La totalidad del derecho alemán, en términos de esta ideología, debía ser dominada exclusiva y solamente por el espíritu del nacionalsocialismo. Este "razonamiento de orden" concreto "postulaba que la realidad llevaba consigo su propio orden, mismo que precedía a las normas jurídicas. Norma o Regla no creaban el orden, sino que poseían validez independiente tan sólo en una medida relativamente pequeña".¹¹⁷

El derecho natural que la jurisprudencia contrapuso a todo ello, debía por ende basarse en la libertad humana y responsabilidad del comportamiento humano, que contrarían al determinismo del *naturalismo aplicado*. El Tribunal Federal expuso tales consideraciones en una resolución, en la que la autonomía moral sirve como fundamento para el reproche de culpabilidad, en los siguientes términos:

"La pena presupone la culpa. Culpa es reprochabilidad. Con la reprobación de la culpa se le reprocha al perpetrante, que no se ha comportado justamente, que se ha decidido por lo injusto, a pesar de haberse podido comportar justamente, decidir por la justicia. La razón interna del reproche de culpabilidad recae en que el ser humano puede comportarse con base en una autodeterminación libre, responsable y moral, y que por ende es capaz de decidirse por lo justo y no por lo injusto, dirigir su conducta hacia las normas del deber ser jurídico y evitar lo jurídicamente prohibido (...). Presupuesto para ello (...) es el conocimiento de lo justo y de lo injusto. (...) El ser humano, por encontrarse en la posibilidad de comportarse con autodeterminación libre y moral, es también llamado a decidirse en todo momento y responsablemente, a comportarse justamente como integrante de la comunidad jurídica y a evitar lo injusto".¹¹⁸

¹¹⁶ LAUFS, *Rechtsentwicklungen...*, p. 372, 377.

¹¹⁷ LAUFS, *Rechtsentwicklungen...*, p. 376.

¹¹⁸ BGHSt. 2, 194 ss. (200 s.). Es preciso hacer aquí una aclaración de carácter lingüístico. En la traducción que cita esta resolución, se emplean las palabras "justamente", "lo justo" y "lo injusto", traducción que se aproxima más al texto original. Sin embargo, en alemán se emplearon aquí las palabras "rechtmäßig", "Recht" y "Unrecht", que respectivamente podrían traducirse en sentido literal como "lo adecuado al Derecho", "Derecho" y "No-Derecho", respectivamente. Debe decirse, además, que no es casualidad que tanto desde el punto de vista ideológico de la jurisprudencia del BGH, como en sentido lingüístico, se identifique al derecho con lo justo. Pues la intención de hacer a un lado la ideología nazi se basa precisamente en calificar sus postulados no sólo como injustos (ungerecht) sino sobre todo como antítesis del Derecho, el "No-Derecho" (Unrecht). N. del T.

2. El conocimiento de las normas de derecho natural

El descubrimiento de enunciados de deber ser iusnaturales para planteamientos problemáticos a través del razonamiento jurídico de la conciencia y de la razón que se ha explicado hasta este punto, se suscita en una manera no poco problemática, a pesar de su valor jurídico-práctico. Falta por demostrar, si el reconocimiento de las normas del derecho natural es acaso posible a través de una autodeterminación libre y moral, si toda persona ha de encontrarse en la posibilidad de distinguir con estos medios lo justo de lo injusto. Pues aunque pudiese afirmarse la eventualidad de un reconocimiento del orden jurídico más general resultante de la conciencia y la razón, debe ponerse en, duda al menos en cierta medida, que todo el mundo deba conocer sin más el significado del deber ser individualizado, esto es, establecido en normas específicas.

Durante la posguerra, este problema se tornó aún más evidente. El Senado Civil adujo lo siguiente: "En torno a la (...) delincuencia, pudiese tener justificación la opinión en el sentido de que un error no culpable sería impensable, en los tiempos políticos y socialmente equilibrados de la segunda mitad del siglo XIX. Por el contrario, en los tiempos en que los cimientos del funcionamiento de la vida estatal y social han sido cimbrados o incluso desplomados, esto no es así. Es común allí, que los valores dirigentes sean oscurecidos a través de la experiencia del aturdimiento de los órdenes que en dichos valores descansaban y a través de las pretensiones de las fuerzas que asedian al poder. Lo que es derecho o no derecho, ya no es de suyo sobreentendido".¹¹⁹

La invocación de un oscurecimiento de los valores, sin embargo, no debía por ningún motivo subestimar los crímenes cometidos durante el régimen nazi. Debía considerarse que, sobre todo en casos extremos, todo individuo se encontraba en posibilidad de distinguir lo justo de lo injusto y con ello ser responsable de sus actos. Tal principio de responsabilidad fue formulado por el BGH como sigue: "Pudiera ser que el valor moral de un acto y una convicción digna de obediencia sean fundamento de una atenuación de la culpa, pero entonces debe sopesarse si esta causa atenuante de culpabilidad no va a

¹¹⁹ BGHSt 2, 194 ss. (202).

encontrar su contrapeso en el especial peligro que constituye el fanático que, apasionado en el apego a sus creencias, se encuentra siempre presto a levantarse nuevamente en armas (...). Por lo demás, no hay lugar para tales lucubraciones cuando las convicciones no concuerdan con la ley moral y cuando el perpetrante se encuentra en la posibilidad de reconocer esto".¹²⁰

El BGH señala en su jurisprudencia que toda persona imputable es capaz de reconocer el derecho natural en casos extremos. Al conocer los casos de "envío de judíos", el Senado Penal sentenció que tal "comportamiento (...) no [había de ser medido] acaso con criterios que alcanzaran validez general a penas con posterioridad, y no se esperaba [de los demandados en este caso], que tuvieran que responder la pregunta acerca de la justicia o injusticia, con principios que en aquel entonces tuvieran validez o no. La afirmación de que fueran desconocidos los pocos principios improrrogables para la vida en comunidad, que pertenecen a aquella génesis y área central del derecho, viviente en la conciencia jurídica de todas las civilizaciones, o bien que los demandados pudieren haber desconocido la obligatoriedad de tales principios con independencia de todo reconocimiento estatal, es tanto menos aceptable, cuanto que las impresiones con las que se construyen dichas convicciones, se remontan cada uno a una época, en la que el nacionalsocialismo todavía no había podido desdoblarse sin resistencia su confusa y envenenada propaganda".¹²¹ Que el conocimiento de la injusticia extrema es posible, se demuestra en forma irrefutable especialmente con el hecho, de que durante el Régimen Nazi la oposición era "en número mucho más extensa, que lo que inmediatamente se aceptó (...); [La oposición] funcionó con mucha mejor dirección y expansión, de lo que pudiera esperarse bajo las vicisitudes de un régimen terrorista".¹²²

Sin embargo, también en casos no tan extremos, debiere cada cual reconocer el derecho natural. El deber de decidirse, en pleno uso de la autodeterminación libre, responsable y moral, por el derecho y en contra del No Derecho, no le sería suficiente al ser humano "si sólo deja de hacer lo que frente a sus ojos se manifiesta claramente como

¹²⁰ BGHSt 8, 162 ss. (163).

¹²¹ BGHSt 2, 234 ss. (239).

¹²² LAUFS, *Rechtsentwicklungen...*, p. 385.

No Derecho", dice el Senado Penal. "Más bien tiene que hacer conciencia, en todo lo que se le presenta como concepto de comportamiento, y decidir si éste se encuentra en concordancia con lo debido jurídicamente (...). Para ello requiere de la expansión de la conciencia, cuyos criterios se enfocan a las circunstancias del caso y a los círculos de vida y trabajo de los individuos. En el caso de que aun con la expansión de la conciencia que se le imputa, no le sea posible apreciar lo injusto de su comportamiento, entonces el error era insuperable, y el hecho resultaba para él inevitable".¹²³

3. La fórmula Radbruchiana

La determinación de los enunciados jurídicos en los casos más concretos, y no sólo en los extremos, no trae consigo, empero, el cumplimiento de la exigencia de seguridad jurídica, en su significado iuspositivista, constitucional. Seguridad jurídica significa en este sentido, que a cada individuo se le garantice la previsibilidad y determinabilidad, de que al realizarse un supuesto jurídico se darán las correspondientes consecuencias positivas de derecho (y no otras). Pues a través del conocimiento del derecho positivo, sobre todo de las leyes, resulta más fácil para todos la determinación de los enunciados concretos del deber ser. Por ello la invalidación judicial de la injusticia legal, dice Gustav Radbruch, "ha de limitarse a leyes inconmensurables, cercenantes del sentimiento jurídico, puntualmente delictivas", pues "las contradicciones menores entre la ley y la justicia deben ser admitidas en aras del interés de la seguridad del derecho".¹²⁴

Este conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, en opinión de Radbruch "debiera solucionarse, en cuanto que el derecho positivo, asegurado con sanción y poder, también tenga preferencia cuando sea injusto y sin finalidad en cuanto a su contenido, salvo que la contradicción de la ley positiva hacia la justicia alcance tal grado de inadmisibilidad, que dicha ley haya de aplastar a la justicia como 'Derecho incorrecto'".¹²⁵ La búsqueda de normas iusnaturaes se sus-

¹²³ BGHSt 2, 194 ss. (200 s.).

¹²⁴ RADBRUCH, *Erneuerung...* p. 3.

¹²⁵ Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie (Filosofía del derecho)*, 4a. ed., Stuttgart, 1950, p. 353.

cita de acuerdo con lo anterior sólo de manera excepcional y en casos extremos, y el derecho positivo sólo deja de ser obligatorio en aquellos casos en que lo que en el mismo se exige contravenga de manera intolerable los presupuestos morales no escritos de todo orden jurídico. La fórmula en mención también descansa en la escuela tomista, de acuerdo con la cual resulta aconsejable la obediencia de una ley contraria a la moralidad contenida en la *lex naturalis*, para evitar el escándalo y la intranquilidad.¹²⁶

Con el análisis del principio de igualdad, el Tribunal Federal reconoce la exigencia de seguridad jurídica en comento, y determina que ha de atribuirse el carácter de jurídicas a algunas leyes contrarias al derecho natural, y que se debe obediencia a las mismas. En su concepto, el legislador no puede ni necesita “prever ni tomar en consideración, en una reglamentación legal que necesariamente debe conservar su carácter de generalidad, toda injusticia derivada de la configuración especial del caso concreto, porque ello rebasa generalmente las fuerzas del ser humano. Él puede, hasta cierto grado, proceder en forma esquemática (...). Sólo [puede] refutarse lo emitido por el legislador desde el punto de vista de la contravención al principio de igualdad, en aquellos casos en que sea absolutamente imposible reconocer una fundamentación objetivamente acertada para determinada diferenciación establecida por el mismo entre distintos grupos de personas, de tal manera que su observancia constituya una violación en contra de la sensibilidad general de justicia”.¹²⁷

La fórmula Radbruchiana fue expuesta como directriz de reconocimiento en una resolución del Senado Penal, que sirvió de base para sentencias posteriores: “Las disposiciones oficiales que ni siquiera se acerquen a la justicia, que repudien propositivamente el pensamiento de igualdad y que desacaten descomunadamente las convicciones jurídicas comunes a todas las civilizaciones respecto del valor y la dignidad de la personalidad humana, no crean derecho (...)”.¹²⁸

Las leyes nacionalsocialistas, por ende, merecerían este mismo trato. Sólo tratándose de violaciones descomunales contra las reglas

¹²⁶ *Vid. Supra*, Cap. I, C, en relación con la nota 26.

¹²⁷ BGHZ 13, 265 ss. (311-313). *Vid.* Cap. II, D., 1.

¹²⁸ BGHSt 2, 173 ss. (177). Ver también BGHSt 2, 234 ss. (238, 239), y BGHZ 3, 94 ss. (107).

generalmente válidas de la condición humana podrían aquellas ser desobedecidas, pues dichas leyes “nunca [fueron] derecho, sino desde el principio lo contrario, esto es, craso No Derecho”,¹²⁹ ya que contravendrían al derecho natural. El Régimen Nazi estaría legitimado en este orden de ideas, para establecer normas jurídicas formalmente válidas. En este sentido se expresa en las consideraciones del BGH:

“Es de derecho reconocido, que una Revolución triunfante crea una nueva Constitución y un nuevo legislador, que pueden establecer derecho nuevo, formalmente correcto y válido. El nuevo poder estatal creado mediante la subversión ha de ser reconocido desde el punto de vista del derecho público; la antijuricidad de su fundación no le es contraria, pues la juricidad de la fundación no es un elemento esencial del poder estatal. El Estado no puede existir sin el poder estatal; con la destitución del poder anterior se coloca el nuevo poder vencedor en lugar de aquél. El único presupuesto es que el nuevo poder haya conseguido la fuerza y el reconocimiento constitucionales (...). Lo anterior es también conforme a las concepciones iusnaturales: Si bien puede decirse que el hecho de la usurpación en el poder no genera por sí mismo la legitimación, puede sin embargo afirmarse que el hecho jurídico de la nueva Constitución del bien común estatal funda la legitimidad de dicho gobierno (...). En nada afecta lo anterior, al hecho de que este gobierno haya llegado al poder por medios ilegales y mediante el uso de la presión y de la violencia, pues ello es propio de la misma esencia de toda Revolución como levantamiento político violento. Si acaso con posterioridad, este gobierno hace un mal uso de su ilimitado sentimiento de poder para imponer en gran dimensión medidas de represión y para realizar actos criminales, entonces puede esto provocar que se niegue a tales actos antijurídicos el reconocimiento jurídico, y se reconozca el derecho a la destitución violenta del gobierno, pero no puede cambiar en nada, el hecho de que este gobierno conservó fundamentalmente la facultad de establecer derecho formalmente válido, en tanto permaneció en posesión del poder, con lo cual no se pretende el pronunciamiento acerca de si las leyes y ordenamientos puedan ser calificados como ‘Derecho’ en el verdadero sentido de la palabra, cuando su contenido sea contrario a las exigencias iusnaturales o a las leyes morales generalmente válidas de la cultura cristiano-occidental”.¹³⁰

¹²⁹ BGHZ 9, 34 ss. (44). Tales argumentos se encuentran también en BGHSt 2, 173 ss. (177) y en BGHZ 16, 350 ss. (353), en donde se considera: “A la declaración de exterminio, si bien formalmente disfrazada con la careta de una ley, debe (...) negársele en cuanto a su contenido objetivo, el carácter de norma jurídica (...)”. Ver también BVerfGE 3, 231.

¹³⁰ BGHZ 5, 76 ss. (96 s.).

4. La seguridad jurídica como principio de derecho natural

A primera vista pareciera que el reconocimiento del principio de la seguridad jurídica constituyere una contradicción a la teoría iusnaturalista que pretendía apartarse del positivismo jurídico. Sin embargo, en la fórmula Radbruchiana ya no se encuentra tal contradicción. Se reconoce un orden supralegal, y el derecho positivo debe respetarlo en el plano ideal; pero como este caso ideal sólo puede cumplirse de manera aproximada en la práctica, y toda vez que el acatamiento de la ley resulta también necesario, entonces deben admitirse las contravenciones a este orden que no resulten intolerables.

La protección de la seguridad jurídica a través de la fórmula Radbruchiana, sin embargo, no se considera como postura ecléctica entre el derecho natural y el positivismo jurídico, sino como un enunciado más del derecho natural. En términos de lo expuesto por el BGH, debe encontrarse el contenido del principio de seguridad jurídica —según Albrecht Langner— más bien en que las relaciones elementales de las personas vinculadas jurídicamente no debe sucumbir ante el poder ni a la arbitrariedad, sino que deben ser regidas por un orden jurídico, sea que éste descansa en la ley o en la decisión de un juez. El principio de la seguridad jurídica, en este orden de ideas, se deriva del principio del Orden de la Convivencia Social, y pertenece por ende al derecho supralegal.¹³¹

En mi opinión es importante que se atribuya a las normas legales precisamente su exacto significado. En la Argumentación jurídica debe tomarse en consideración todo tipo de enunciados del deber ser, y el enunciado normativo, que en el caso concreto sea valorado como el que mejor se adecua, debe aplicarse como norma para la solución del problema jurídico. Los enunciados del deber ser, que sean traídos a colación como argumentos, pueden ser normas legales, costumbres, normas obtenidas de la Ley Moral, y otros enunciados del deber ser moral o también teológico. Sólo es importante que todos ellos sean valorados dentro de una argumentación que se realice racionalmente.¹³²

¹³¹ LANGNER, *Gedanke...*, p. 125. Ver Cap. II, D., 3.

¹³² *Vid. Infra*, Consideración final, p. 59 y ss.

IV. LA CRÍTICA GENERAL A LA JURISPRUDENCIA IUSNATURALISTA

Franz Wieacker esquematiza la crítica, que en forma generalizada se levantó en contra de la jurisprudencia del BGH orientada hacia el iusnaturalismo, en tres objeciones fundamentales.¹³³

1. La seguridad jurídica

“La pretensión de inclinarse hacia la realización de valores absolutos, entra necesariamente en tensión con el sistema del Estado de derecho contenido en la constitución alemana, en donde el derecho (...), como límite de libertades entre los derechos privados, no aparece como un medio que se encamine al fin de la realización de la moral absoluta. Esta tensión, desde el punto de vista práctico, significa asimismo aquella merma en seguridad jurídica (...), que necesariamente implica toda evocación de valores morales metajurídicos, no regulados en la ley”.¹³⁴

Esta crítica resulta, en esencia, acertada. Pero ello no significa necesariamente que una teoría del derecho natural sea incompatible con la seguridad jurídica. Una interpretación de la fórmula Radbruchiana podría exponerse, en mi opinión, precisamente en el sentido de que en una argumentación jurídica se atribuya a los enunciados iusnaturales una significación mayor a la que les correspondería a las leyes, para el efecto de evitar la aplicación preferente de dichas leyes, cuyo valor superior se presume normalmente.

2. La preferencia arbitraria del derecho natural

Es posible que un juez, que pretende establecer nuevos parámetros de moralidad, de preferencia en caso de duda a aquellas soluciones que resultan recomendables para el avance de la ética. Ello, en virtud de que considerara inconscientemente que apartarse de los parámetros legales constituye un símbolo de victoria para los valores que él mismo profesa. Por ende puede perderse de vista, que las resoluciones que se apegan a la ley son por lo general al mismo tiempo las

¹³³ *Vid. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte...*, p. 608 y ss.

¹³⁴ *WIEACKER, Privatrechtsgeschichte...*, p. 608.

más justas. Entre las virtudes del juez justo se encuentra, precisamente, no sólo que fomente la conducta ética de los gobernados, sino también que se haga objetivamente consciente de las limitaciones de la obligatoriedad jurídica de lo moralmente deseable.

Aquí habría que responder, en mi opinión, que aun cuando sea posible que los jueces den preferencia inmerecida a los argumentos iusnaturalistas, dicha preferencia inconsciente no corresponde a la teoría del derecho natural que sirve de fundamento para la jurisprudencia.

3. La postulación infundada de valores morales

En algunas resoluciones importantes, el BGH sentencia sobre valores que postulan la religión o la concepción mundial de moralidad,¹³⁵ que en última instancia, sin embargo, fueron definidos como tales por la propia jurisprudencia. En contra de esto se opone la reprobación, en el sentido de que ni el derecho natural ni la ética mundial material todavía no se encontraban en la postura de responder en forma terminante la cuestión acerca de si acaso es posible, del todo, una formulación general normativa de preceptos jurídicos extralegales absolutos, inflexibles e indispensables.

Esta crítica resulta correcta en el sentido de que los valores morales postulados fueron establecidos en forma categórica. Lo anterior es así en virtud de que sólo los principios más altos —y por lo mismo más abstractos— pueden ser considerados como eternos y aplicables en todo caso. Pero si se reconoce en obediencia al pensamiento fundamental neotomista, que los enunciados concretos iusnaturalistas —esto es, las normas obtenidas a partir de una fundamentación iusnaturalista— son cambiantes y adaptables a las circunstancias, entonces se aprecia que la cuestión no resuelta en mención no es importante en absoluto. Pues una “colocación” de los enunciados iusnaturalistas no implica, en mi opinión, su relativización. Los más altos principios —como el de la justicia, por ejemplo— no pueden ser definidos precisa y absolutamente (“dar a cada quién lo suyo” es más bien abstracto e indefinido), sino solamente en el caso concreto. Esto no significa que en el caso concreto, cualquier solución sea jus-

¹³⁵ Ver entre otros BGHZ 11, Anh. 34 ss. (65), BGHSt. 6, 46 ss. (53).

ta. El hecho de que resulte imposible la formulación general normativa de preceptos jurídicos absolutos, inflexibles e imprescindibles, no debe llevar a la negación de la existencia de tales preceptos jurídicos ni a calificar de imposible la determinación de su correcto contenido en el caso concreto. En este proceso podrán cometerse errores, pero la mayor dificultad “no radica en la existencia objetiva, la validez o la accesibilidad del orden iusnatural, sino en la incapacidad de ciertos sectores de nuestra población y de nuestros juristas, para comprender y manejar el pensamiento iusnaturalista, en una incapacidad, en la que se mezclan el relativismo, el escepticismo, la superstición científica y el menguado sentido del valor, de manera poco frecuente pero, en cierta medida, sin esperanza”.¹³⁶

V. CONSIDERACIÓN FINAL: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El error de la *Teoría tradicional del derecho natural*¹³⁷ y del positivismo jurídico radica, en mi opinión, en que estaban orientadas a la codificación. Esto es, que intentaron encontrar y determinar todas las normas jurídicas, ideando un sistema, en el que todas las normas se relacionan entre sí en un orden lógico. Ambas teorías deseaban una codificación sin lagunas, un ideal inalcanzable, que ciertamente tendría la ventaja, de que el jurista tendría que realizar solamente la relativamente fácil función de la subsunción. Sin embargo, en esto mismo se vislumbra su principal desventaja: el precio a pagar sería una merma en la variedad, en la pluralidad, en la integración viva, así como en el carácter específicamente humano de la obtención del derecho. El jurista subsumiría ya sólo en forma mecánica, sin que fuera pensable una reflexión en su sentenciar.

La concepción jurídica que prefiero, concuerda más con la teoría iusnaturalista que con el positivismo jurídico, pues presupone la vinculación del derecho con la moral, y se basa en la enseñanza de Tomás de Aquino, en las conclusiones que contiene, y en especial en el procedimiento mediante el cual llega a ellas. Tal procedimiento se

¹³⁶ WEINKAUFF, *Naturrechtsgedanke...*, p. 576.

¹³⁷ Con la indicación de la teoría tradicional del derecho natural se hace referencia aquí a aquella doctrina, que fue superada mediante el positivismo jurídico durante el siglo XIX.

distingue, empero, del modelo *tradicional* de la doctrina iusnaturalista. Sigue, precisamente, a la convicción que ha surgido en los últimos tiempos en la teoría jurídica, en el sentido de que el viejo dilema de la filosofía del derecho, consistente en entender al derecho natural y al positivismo jurídico como contradictorios, conduce al error. El derecho ha de fundamentarse, según esta convicción, más bien en ambos puntos medulares: derecho natural y positivismo jurídico. Tal procedimiento de la obtención del derecho y de su aplicación se lleva a cabo en mi opinión mediante una *argumentación jurídica racional*,¹³⁸ en la que las soluciones a problemas ya no se consideran como *verdaderas*, sino como *correctas* (en el sentido *aporético*). Pues contrariamente a lo que sucede en el campo de lo empírico, en donde una sola solución puede ser consecuentemente correcta y en donde rigen modalidades como *necesario*, *ineludible*, *imposible*, en el campo normativo muchas veces no sólo existe una sola alternativa válida, sino varias resoluciones igualmente *plausibles*, *consonantes*, *defendibles*. A la resolución que ha de aplicarse como solución a un problema jurídico, se llega mediante valoración de las muchas alegaciones jurídicas defendibles dentro de un procedimiento racional: las alegaciones jurídicas no siempre pueden ser obtenidas mediante la razón, pero el procedimiento, mediante el cual se valoran, es racional. Es importante mencionar que algunas alegaciones jurídicas merecen un mayor valor argumentativo, por ejemplo, las normas de derecho natural o las legales. Pues la legitimación de las primeras deviene garantizada por su vinculación con la moral, mientras que la preeminencia de las segundas garantiza la seguridad jurídica. Otras alegaciones jurídicas han de ser preferidas sólo entonces, cuando uno deba atribuirles un valor argumentativo mayor en razón de las circunstancias del caso concreto.

Durante la posguerra, la jurisprudencia del Tribunal Federal comenzó apenas a aplicar procedimientos jurídicos racionales de esta

¹³⁸ Para una explicación completa, de cómo funciona una argumentación jurídica racional (que rebasaría las fronteras de este trabajo), ver Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation (Teoría de la argumentación jurídica)*, 3a. ed., Frankfurt am Main, 1996; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*; KAUFMANN, *Durch Naturrecht...*; KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung (El procedimiento para la obtención del derecho)*, München, 1999; y Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz (Tópica y jurisprudencia)*, 5a. ed., München, 1974.

índole. En algunos casos, afirmó el carácter iusnatural de algunos principios específicos, que ciertamente ya no son válidos hoy en día o al menos resultan dudosos, por ejemplo, la superioridad del hombre en la comunidad marital con miras a la intemporal estructura de la familia,¹³⁹ o bien la afirmación de que las relaciones sexuales debían llevarse a cabo dentro del matrimonio, porque el único sentido y consecuencia de la relación es la procreación.¹⁴⁰ Pero el valor de dichas consideraciones y, en general, de la *teoría resurgida del derecho natural* radica, en mi opinión, en que fueron consideradas dentro de las resoluciones del Tribunal Federal como partes integrantes de una argumentación jurídica, en que se tomaba en cuenta tanto argumentos legales como morales, en que la jurisprudencia se dio a la tarea, con tal argumentación, de realizar una labor autónoma y creativa de obtención de la justicia y del derecho.

Abreviaturas y conceptos

Anh. Anhang, Anexo. Se refiere a las secciones posteriores en un tomo de alguna de las colecciones de jurisprudencia.

BGH. Bundesgerichtshof, Tribunal Federal.

BGHZ. BGH - Zivilsenat. Colección de Jurisprudencia en la que se contienen las resoluciones del Senado Civil del Tribunal Federal.

BGHSt. BGH - Strafsenat. Colección de Jurisprudencia en la que se contienen las resoluciones del Senado Penal del Tribunal Federal.

BVerfG. Bundesverfassungsgericht. Tribunal Constitucional Federal. Es un Tribunal que conoce de cuestiones de constitucionalidad.

BVerfGE. BVerfG - Erlass. Colección de jurisprudencia en la que se contienen las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal.

GG. Grundgesetz. Ley Fundamental. Constitución Política de la República Federal Alemana.

Jurisprudencia. Se emplea este término en todo el cuerpo del trabajo para designar la fuente formal del derecho constituida por normas elaboradas en casos concretos por los órganos jurisdiccionales. Si bien el término literalmente traducido sería jurisdicción, dicho término traería aparejadas ciertas confusiones en el lenguaje jurídico mexicano.

No Derecho. La palabra Unrecht no puede ser traducida mediante ningún concepto jurídico de la lengua española. Se trata de lo contrario al derecho, la nega-

¹³⁹ BGHZ 11, Anh. 34 ss. (65).

¹⁴⁰ BGHSt. 6, 46 ss. (53).

ción del mismo. En este sentido, la palabra "injusticia" sólo es traducción de Unrecht si se siguen las teorías iusnaturalistas, y en este sentido se refiere al "Derecho positivo injusto". En alemán, sin embargo, Recht se refiere tanto al derecho como a lo apegado a derecho, y Unrecht, a conceptos antónimos.

Senado. El Tribunal Federal Alemán funciona en ciertos casos en pleno, y en otros en dos cuerpos colegiados: uno civil y otro penal. A dichos colegios se les llama senados.