

UNA PANORÁMICA DEL DERECHO NATURAL EN EL MUNDO GERMÁNICO

Wolfgang Waldstein*

Universidad de Salzburgo

Desde el inicio de la Humanidad se encuentra la clara conciencia de que el hombre tiene derechos preestablecidos no procedentes de una autoridad humana pero existentes en la naturaleza y reconocibles por la razón. En este sentido, por ejemplo, Aristóteles cita las famosas expresiones de Antígona y, además, otros dos testimonios, diciendo en *Rhetorica* 1, 13; 1376b6-17: «Lo que todos proclaman como orden de Dios (ἁποροσποσαε) es lo que es justo o injusto por naturaleza en la vida social». Como lo parece decir la Antígona de Sófocles, cuando afirma que es justo enterrar a Polínice, a pesar de que haya sido prohibido, por el motivo de que esto es el derecho natural: «No desde hoy, no desde ayer sino desde la eternidad vale esta norma, y nadie sabe de donde proviene». (Sof. Ant. 454 y ss.).

Y, como dice Empédocles a propósito de la prohibición de matar lo que vive: «En todas partes vale esta ley, en el cielo que domina el mundo; está también anclada en esta tierra inmensa como (dice) Alcidas en su discurso a los Mesenios»¹.

En el mismo sentido, siglos más tarde, Cicerón afirma en *Leg.* 1, 42: «Efectivamente, es único el derecho que abarca la sociedad humana, es única la ley que le da fundamento; ley que consiste en la recta norma del mandar y del prohibir; y aquel que la ignora, es injusto, esté o no escrita en algún lugar»². Para comprender mejor el punto de partida de estas consideraciones, creo que es necesario citar además otro texto del mismo autor, también famoso. Cicerón

* Traducción castellana del original italiano de Armando Marchante.

¹ V. trad. de Paul Gohlke (Paderborn, 1959), nota 65 (pág. 254 del comentario): «Las palabras de Alcidas: "Dios ha creado a todos libres, a nadie ha impuesto la naturaleza ser esclavo"».

² Trad. de L. Ferrero y N. Zorzetti, «Classici latini», UTET, reedición 1995, pág. 447.

en *Rep.* 2, 33³: «La recta razón⁴ es propiamente la verdadera ley en armonía con la naturaleza, extendida a todos, sempiterna, que llama al deber con el mandato, que con la prohibición aparta de la culpa, que, en todo caso, ni en vano manda o prohíbe a los probos, ni influye sobre los malvados con el mandato o la prohibición. Sería impío cambiar esta ley por otra, no sería lícito derogarla en alguna de sus partes, ni podría abrogarse del todo, ni por ninguna parte, ni por el senado, ni por el pueblo, podríamos ser dispensados de esta ley, y no es necesario como exégeta o intérprete Sexto Elio; ni habrá una ley en Roma, otra en Atenas; una ahora y otra en el porvenir, sino que una única ley sempiterna e inmutable vinculará a todas las gentes en todo tiempo y Dios será el único maestro, por así decir, universal y emperador de todos: Él, el inventor de esta ley; Él, el juez; Él, es quien la propone; aquel que no le obedezca se recusará a sí mismo, y por haber repudiado la naturaleza del hombre, caerá por ello en las más graves penas, aunque haya escapado a todos los demás que se consideran castigos».

Para la antigua jurisprudencia romana, era cuestión obvia partir de la existencia, y de la capacidad de conocer y aplicar el derecho natural. El redescubrimiento del resultado del trabajo de los juristas romanos en el medievo ha conducido a un nuevo florecimiento no sólo de la jurisprudencia europea, sino también del desarrollo espiritual en Europa. Basta recordar que las universidades europeas deben sus orígenes a la Universidad de Bolonia, precisamente al estudio de los fundamentos. Una escuela tradicional de artes había descubierto en determinado momento la herencia de la jurisprudencia romana en el *Digesto*. Irnerio y sus discípulos trataron de abrir el conocimiento de esta fuente. Con este motivo y con su aparato de notas crearon un instrumento esencial para la comprensión del *Corpus iuris*. Como Koschaker ha indicado, con razón, se trató de un trabajo «específicamente científico», que resultó con una lógica interna por haber utilizado los conocimientos de la jurisprudencia romana. Para ello utilizaron los métodos científicos desarrollados por la primera escolástica. Esto tuvo para la historia del espíritu europeo la decisiva consecuencia de que, desde una modesta «escuela de las artes», nació la primera universidad de Occidente, la «Universidad de Bolonia»⁵. El ejemplo de Bolonia llevó inmediatamente a la fundación de otras Universidades, como la famosísima Universidad de Salamanca.

³ Trad. italiana de Filippo Cancelli, Ed. del Centro di Studi Ciceroniani, *Tutte le opere di Cicerone*, vol. 19, Florencia, 1979, pág. 408.

⁴ La amplia nota 22 en que Filippo Cancelli explica esta expresión deja claro que «razón» en el contexto significa «la ley eterna divina..., fundamento incommovible de la ética, que será desarrollada a fondo en el I Libro de *De legibus*, especialmente §18 y ss., y al comienzo del II, 8-12, y en *Nat. deor.* 1,36; 2,79, es doctrina estoica».

⁵ Vid. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 1966, pág. 69

En la edad del iusnaturalismo estos conocimientos han conducido a las codificaciones iusnaturalistas. Wieacker comienza su descripción de esta fase del desarrollo del derecho europeo con las siguientes afirmaciones: «Podemos llamar “edad del Iusnaturalismo” a aquellos dos siglos (1600-1800) en los que la antigua filosofía del derecho y de la sociedad que había venido elaborándose en Occidente –precisamente el “derecho natural”– logró ejercer un influjo directo sobre la ciencia jurídica, sobre la legislación y la administración de justicia en la mayor parte de los países europeos»⁶. La primera de las codificaciones iusnaturalistas fue la codificación prusiana de 1794, el «ordenamiento territorial general» (*Allgemeines Landrecht*). Wieacker afirma de esta codificación: «En su más completa expresión el espíritu propio de esta época histórica llegó a la última y dramática fase de la casi secular historia de la codificación prusiana. El estudio de esta historia permite reconstruir puntualmente el progresivo influjo ejercitado por el iusnaturalismo»⁷. Pero el mayor influjo sobre otras codificaciones europeas lo han tenido el Código civil francés de 1804 y el Código Civil austríaco (ABGB) de 1811. En el caso de que falte una norma de derecho positivo, el juez, según el §7 del ABGB, debe, incluso hoy, reconocer lo que, considerando todas las circunstancias recogidas cuidadosamente y ponderadas, corresponde a los principios naturales del derecho. Con esta norma el ABGB ha logrado prolongar hasta ahora la relevancia inmediata del derecho natural para la jurisdicción. Y pienso que es un mérito inestimable, aunque hoy se deprecie debido al iuspositivismo. Pero la norma, como tal, es válida todavía.

Bajo el influjo del empirismo inglés, del kantismo y del positivismo filosófico de Augusto Comte en el último siglo comenzó a desarrollarse un positivismo jurídico especialmente en el ámbito de la pandectística alemana. Este positivismo llegó a ser súbitamente el pensamiento jurídico casi absolutamente dominante. Pero entretanto cada vez más estudiosos ven que el concepto científico positivista en cuya base está, como ha subrayado con razón Karl Larenz, un concepto de la realidad «demasiado restringido», como también se ha reconocido que «el concepto positivista de *ciencia*..., por lo menos para todo un grupo de ciencias, las históricas y las del espíritu es igualmente insuficiente»⁸. Desde esta perspectiva debemos examinar algunas teorías relativas al derecho natural hoy divulgadas en el mundo germánico. En primer lugar desearía examinar las posiciones más importantes del pensamiento positivista, que niegan la existencia de un derecho natural para luego mostrar conocimientos contrarios que desde el principio han demostrado largamente la insostenibilidad del positivismo.

⁶ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, trad. ital. de U. Santarelli, Giuffrè, Milán, 1980, pág. 379.

⁷ *Storia*.... (cfr. nota precedente), I, pág. 500 y ss.

⁸ Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, sexta edición, Berlín, 1991, pág. 117

I. EL POSITIVISMO Y DERECHO NATURAL

Indudablemente, la «doctrina pura del derecho» de Hans Kelsen⁹ ha influido el pensamiento jurídico de todo el mundo de forma decisiva. Otro científico, el famoso especialista alemán en el campo de la lógica jurídica, Ulrich Klug, ha intentado también una «justificación “lógico-formal” de la crítica de la pseudo-deducción del deber ser desde el ser»¹⁰. Su intento se inicia por Klug con la siguiente constatación: «En la tesis básica de la doctrina pura del derecho de Hans Kelsen corresponde el conocido principio de la distinción entre la aserción del ser y la del deber ser, con la consecuencia de “que del hecho de que algo es no puede derivarse que algo debe ser”. Aunque se deba admitir que ello sea una necesidad lógica, el dualismo del ser y del deber ser, sobre el que se funda el análisis y la teoría kelseniana del derecho positivo, se ha convertido cada vez más en el blanco de vivos ataques. El motivo de la protesta es claro, en cuanto ya aquí, en la misma base de la doctrina pura del derecho, viene dada la solución decisiva al problema del derecho natural. Efectivamente, si esta tesis es exacta, no es posible ninguna deducción de normas válidas para el comportamiento humano tomada de la naturaleza entendida como algo que es, como se ha entendido siempre el concepto de naturaleza, naturaleza del hombre o, verdaderamente, naturaleza de las cosas, naturaleza empírica o apriorista, esencia del ser o de cualquier otra cosa. Siempre y únicamente las normas pueden derivarse de normas»¹¹.

Pero —uno se puede preguntar— ¿cómo pueden unas normas derivarse de normas, si estas normas no forman parte del ser, o, dicho con otras palabras, si no existen? El mismo Kelsen no niega la existencia de normas¹². Si las normas existen, entonces se trata de la existencia de un ser, en cuya substancia se encuentra también un deber ser; a veces implícitamente; pero no todas las normas establecen implícitamente un deber ser, a veces lo hacen hasta de manera explícita. Pero si todo ello es así, no puede ser negado por principio que el deber ser

⁹ Al respecto, p.e., WALDSTEIN, «Sein und Sollen als rechtswissenschaftliches Problem», en *Wissenschaft und Glaube. Vierteljahresschrift der Wiener Katholischen Akademie* (cit. en adelante *WuG*) 1 (1988), pág. 53 y ss.

¹⁰ Acerca de ello, WALDSTEIN, *WuG* 1, pág. 57 y ss., con ulteriores referencias.

¹¹ ULRICH KLUG, «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen», en *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, ed. por S. Engel con la cooperación de R.A. Métall, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964, pág. 164.

¹² Vid. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Viena, 1960, reedición 1967, pág. 9 y ss., donde el mismo Kelsen define la valencia, la existencia específica de una norma; ulteriores alusiones a WALDSTEIN, *ANRW* II, 15, págs. 13 y ss. con la nota 34 y ss.

puede estar impuesto implícitamente en la esencia del ser. Si, por ejemplo, Franz Horak piensa que ello es una contradicción en sí¹³, entonces debería considerar también una contradicción en sí que existan normas. De donde resulta evidente, que los representantes de las diversas teorías son conscientes de las consecuencias de sus afirmaciones en una medida mínima. Para excluir la posibilidad de la existencia de un derecho natural, Kelsen utiliza la observación de que las normas son siempre «expresión de un acto de voluntad». Por lo tanto, continúa: «En ello se encuentra su *positividad*. Y solamente normas positivas, normas que son *puestas* por actos de voluntad humana, de legislación, costumbres o tratados, pueden ser consideradas por una ética entendida como ciencia y por una ciencia del derecho»¹⁴. Y añade: «Si acaso puede ahora admitirse que no necesariamente las normas deban ser expresiones de actos *humanos* de voluntad, no es admisible en ningún caso que existan normas que no sean expresiones de un acto de voluntad, aunque no precisamente de un acto de voluntad humano. En una naturaleza en la que son inmanentes las normas, debe también ser inmanente la voluntad, cuya expresión está representada por estas normas. Pero, ¿de dónde debería proceder una tal voluntad de la naturaleza que, desde el punto de vista del conocimiento empírico-racional es una suma de objetos reales unidos entre sí como causa y efecto? Una voluntad en la naturaleza...» no podría ser otra cosa que «la voluntad de Dios en la naturaleza por Él creada»¹⁵.

En otra contribución, Kelsen dice que elementos normativos de la naturaleza y, en concreto, un derecho natural podrían ser admitidos sólo tomando como base la fe «en una divinidad justa». Dado que él «cree que no puede aceptar tal presupuesto» declara «que no puede admitir tampoco sus consecuencias»¹⁶. Es decir: como Kelsen no podía creer en el presupuesto de la existencia de un derecho natural, o sea, en Dios, ha deducido que tampoco podría admitir el derecho natural. Desde el punto de vista de un positivista ello es, desde luego, consecuente. Sólo que Kelsen no se había dado cuenta de otras consecuencias de su posición.

¹³ «Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen» en *Labeo* I (1969), pág. 277, n. 4.

¹⁴ H. KELSEN, «Recht und Logik», en *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, por H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, vol. 2, Viena, 1968, pág. 1473.

¹⁵ *Logik* (cfr. nota precedente), pág. 1474

¹⁶ HANS KELSEN, «Die Grundlage der Naturrechtslehre», en *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht* 13 (1964) 1 (= *Das Naturrecht in der politischen Theorie. Internationales Forschungszentrum für Grundfrage der Wissenschaften in Salzburg. Erstes Forschungsgespräch*, a cargo de Franz-Martin Schmölz, Viena, 1963), *ibid.*, pág. 2 y ss., hay ya consideraciones análogas a las presentadas en *Logik*, pág. 1473 y ss.

Además hay que hacer notar que a las preguntas sobre la existencia o no de un dato, no se puede responder a través de la pregunta relativa al presupuesto lógico para su existencia, sobre todo cuando este dato se plantea, en cuanto tal, como innegable al conocimiento humano¹⁷. Varias veces he observado que el razonamiento de Kelsen no es más que un sofisma. Aristóteles ya reconoció que todo ser contingente conduce, por necesidad lógica, a una primera causa no contingente que es siempre ininteligible. De otro modo, el conocimiento se encontraría ante un infinito regresar que conduciría por principio a la eliminación de la posibilidad de cualquier conocimiento, incluido el conocimiento «empírico-racional»¹⁸. La situación del conocimiento del derecho natural, como también el de otras realidades espirituales, no es distinta que la de cualquier otra ciencia. Sobre tal consecuencia lógica las ciencias «empírico-rationales» yerran menos gravemente sólo por el hecho de que, debido a la «tangibilidad» de sus materiales, de sus objetos, creen que pueden ahorrarse plantearse el problema relativo al presupuesto lógico de la existencia de dicho material.

Si se hubiesen planteado seriamente tal cuestión, sin necesidad de una fe divina que sirva de presupuesto, hubiesen podido llegar pronto al conocimiento que ya Aristóteles pudo conseguir con auxilio de la capacidad natural de conocer dirigida a la verdad. Por tanto el II Concilio Vaticano ha reafirmado sobre un fundamento absolutamente cierto lo que ya había dicho el I Concilio Vaticano, que el hombre «puede conocer a Dios con la razón natural, por medio de las cosas creadas»¹⁹.

Para demostrar la dimensión de la confusión causada por el positivismo, debo mencionar brevemente un argumento de Josef Fuchs, S.J., que enseña desde el año pasado en la Universidad Pontificia Gregoriana de Roma. Fuchs parte de la premisa de que «la autocomprensión clásica ve la *Lex aeterna* de Dios como escrita de una vez para siempre en las realidades humanas creadas» y que esta «autocomprensión» se basa sobre una «falacia naturalista»²⁰. Fuchs

¹⁷ Cfr. WALDSTEIN, «Elementi "pre-positivi" dell'ordinamento nel diritto romano», en *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Antología a cargo de A. Corbino, Padua, 1995, 366.

¹⁸ Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, 2, 2; 994 b 16-30. A este respecto ampliamente WALDSTEIN, *ANRW* II, 15, pág. 23 y ss.

¹⁹ *Constitución dogmática sobre la Divina Revelación (Dei Verbum)* 6, con referencia a *Rom.* 1, 20: «Efectivamente, desde la creación del mundo en adelante, sus perfecciones invisibles pueden ser contemplados con el entendimiento en las obras por Él realizadas, como su eterno poder y divinidad».

²⁰ En *Stimmen der Zeit*, 206 (1988), págs. 407-423; citado en la traducción italiana de mi artículo «Diritto naturale e fallacia naturalistica», en *Pluralismo etico e normatività della Bioetica, Atti della 1ª Giornata di Bioetica*, Potenza, 29-30 Abril, 1992, a cargo de G. M. Pizzuti, *Quaderni di Bioetica* (1992), págs. 101-103 (abreviado: *Diritto*), se encuentran allí referencias a las páginas relativas del texto original.

afirma: «La objetividad de las normas y de los juicios morales no está por lo tanto determinada por esta o aquella realidad natural, sino por el *significado relativo de tales datos naturales en el conjunto de la realidad y del hacer del hombre*. Normas morales fundadas sobre la falacia naturalista no pueden conocer en modo alguno una “gradualidad”²¹ de aplicación en situaciones diferentes, no conocen alguna *epikia*, sus formulaciones negativas (prohibitivas) pueden expresar solamente un *intrinsece malum*, valen sólo para como están formuladas. *Ocurre de otro modo en aquel derecho natural que no admite la falacia naturalista*: un tal derecho natural permite afirmaciones que no han considerado todavía todas las posibilidades de *autorrealización humana*, por lo tanto “prima facie duties”, es que, en caso de una *eventual y diversa realización*, *se exige un juicio moral distinto del precedente*. Y tal cosa, exige un *juicio de situación* por la objetividad exigida de la verdad moral en el conjunto de la acción. Tal derecho natural conoce una gradualidad de normas concretas ya formuladas en relación con la rectitud moral, en el sentido de que el juicio moral debe ser buscado y formulado sobre la base de la situación para poder ser objetivo y verdadero. Ello no excluye un *intrinsece malum*»²².

Este texto necesitaría la discusión de cada una de sus proposiciones para poder demostrar la grosera distorsión en ellas del empeño moral en la experiencia histórica, al igual que en la existencial. En todo caso, se trae aquí un solo ejemplo de una posible *intrinsece malum*, que aduce este mismo científico. Así dice: «...lo que es formulado excluyendo la posibilidad de una distinta modalidad de realización de una determinada realidad y es reconocido como moralmente injusto, es una norma de validez general, es un *intrinsece malum*». Sigue luego el ejemplo: «Quién, por ejemplo, mata a un niño *sólo* por agrandar a un tercero actúa injustamente: por efecto del “sólo”, esto vale siempre y en absoluto»²³. Esto significa por necesidad lógica que si se mata a un niño no «*sólo* por agrandar a un tercero», sino *también* «para agrandar a un tercero», aparte del «agrandar» que así se nos procura, tal acto podría ser juzgado como moralmente recto.

Pero, sobre todo, ¿quién es quien «formula» esta norma? Sin duda es claro que sólo el hombre mismo puede, según sus propias exigencias y en su autonomía, según estas opiniones, ilimitada, formular las normas que estima serle útiles. Si parece útil matar a otro, según esta posición también ello puede ser

²¹ A propósito WALDSTEIN, «The Distinction between the “Law of Gradualness” and the “Gradualness of de Law”», en *Anthropos. Revista di studi sulla persona e la famiglia* 2 (1986), págs. 187 y ss. Sobre la «gradualidad» de la ley, *ibid.* 192 y ss.

²² *Diritto*, págs. 113 y ss.; subrayados míos.

²³ *Diritto*, pág. 114; subrayados en el original.

justificado. Y, de hecho, hace ya largo tiempo que está ya justificado por las mayorías democráticas en casi todos los Estados del mundo.

II. EL ALEJAMIENTO DEL POSITIVISMO Y EL DERECHO NATURAL

Karl Larenz en su *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* ha puesto el cuarto capítulo de la parte histórico-crítica bajo el tema «El alejamiento del positivismo en la filosofía del derecho en la primera mitad del siglo XX»²⁴. En este capítulo ha presentado varios intentos de filosofía del derecho comenzando por Rudolf Stammeler. De éste dice que gracias a él se ha introducido un movimiento de filosofía del derecho, que se distingue en su conjunto por el alejamiento del positivismo si bien cada una de las vías empleadas eran divergentes y enrevesadas. Del movimiento citado por Larenz puedo sólo mencionar la teoría fenomenológica del derecho con Adolf Reinach, Hans Welzel y Gerhart Husserl.

Para ver la continuidad con el pensamiento jurídico desde la jurisprudencia romana clásica me parece importante en primer lugar la obra de Johannes Messner, pese a que el mismo Messner, aunque había estudiado derecho y logrado el doctorado *utriusque iuris*, no era jurista en primer lugar sino un maestro en ciencias sociales en general y de ética. Messner ha visto claramente que el concepto científico positivista no puede ni siquiera justificarse a sí mismo. Con ello, ha reconocido con Karl Larenz²⁵, que el concepto de la realidad del positivismo no es suficiente. En su recensión del libro de Leinweber *Gibt es ein Naturrecht?*²⁶, Messner observa ya desde el principio: «Si el concepto científico de Leinweber es justo, no se puede contradecir desde un punto de vista lógico que no puede existir una doctrina iusnaturalista científica. El concepto científico se encuentra actualmente en el centro de la discusión científica»²⁷. No obstante se trata siempre de dar a entender que el término científico es obvio desde el principio y no tiene necesidad de aclaraciones ulteriores. Esto es de forma particularmente evidente en el caso de quienes presumen que el término

²⁴ Sexta edición, 1991, 84-118.

²⁵ Cfr. la nota 8.

²⁶ A. LEINWEBER, *Gibt es ein Naturrecht, Beiträge zur Grundlagenforschung der Rechtsphilosophie* (Hamburger Rechtsstudien, Heft 53), Hamburgo, 1972, págs. 280 y 284 y ss. Acerca de Leinweber, cfr. la recensión de JOHANNES MESSNER, en *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht* 18, 1968, págs. 132 y ss.

²⁷ *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht* 18 (1968), pág. 132. La recensión se hizo de la primera edición de 1965.

científico-positivista es el único obviamente admitido, como hace, por ejemplo, también Leinweber. Pero junto a las reducciones y a las limitaciones debidas a la premisa positivista, Leinweber evidentemente no comprendía absolutamente nada de la realidad del desarrollo histórico del derecho. Por este motivo, Messner subraya con razón:

«De hecho el concepto de ciencia que limita ésta a las ciencias naturales es del todo arbitrario, porque también la ciencia natural no puede olvidar la premisa cognoscitiva que no es concebible ni de nuestros sentidos ni medible ni estimable como, por ejemplo, la premisa de que nuestras sensaciones nos permiten realizar la realidad del mundo real. Para la jurisprudencia es preciso recordar también la premisa indemostrable de que el hombre puede transmitir contenidos intelectuales que el otro reconoce en el mismo sentido entendido por aquél»²⁸.

Sobre la base de las premisas de la teoría del conocimiento reconocidas por él mismo podré, sobre todo en su gran obra *Das Naturrecht*²⁹, retomar la tradición clásica del derecho natural sin limitaciones para después desarrollarlo ulteriormente. Esta vía de su investigación es motivada de la siguiente forma:

«Volver a tomar la vía de desarrollo de la doctrina tradicional del derecho natural tiene ya a primera vista la inmensa ventaja de que se basa en la ininterrumpida investigación del pensamiento humano a través de un período de más de dos mil años y particularmente sobre

²⁸ *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht* 18 (1968), pág. 132. Messner afirma en otra aportación: «El concepto de ciencia que está en la base del humanismo cientifista se encuentra ya en su inicio en contradicción consigo mismo. De hecho, se apoya en presupuestos que no son demostrables por medio de la metodología que le es propia y que, en consecuencia, no pueden de ningún modo ser de carácter "científico" (en el sentido de aquella metodología). Esto es válido, ante todo, para admitir la posibilidad de comunicarnos con los otros: ¿cómo podemos estar en grado de saber y de afirmar científicamente que en el proceso de la comunicación el otro relacione con la percepción de los sonidos que llegan a su oído, un significado que corresponda al que se les atribuye? El hecho de que este presupuesto de cualquier comunicación interhumana no sea demostrable científicamente (en sentido positivista) es, por lo tanto, de particular importancia en cuanto que, según la teoría cientifista, la intersubjetividad representa el criterio decisivo de afirmaciones científicamente válidas... Igualmente el reenvío tan frecuente al criterio de verificabilidad no significa nada por no dar una respuesta a las cuestiones de teoría de la ciencia, porque la posibilidad de conocimiento en el proceso de verificación está ella misma en cuestión»; vid. *Ethik und Gesellschaft, Aufsätze, 1965-1974*, Colonia, 1975, págs. 309 y ss. En muchas otras aportaciones, Messner ha mostrado y profundizado estos conocimientos, por ejemplo en *Naturrecht*, págs. 27 y ss.; «Zur Naturrechtsanthropologie», en *Ethik*, cit., págs. 307-323; «Naturrecht im Disput», en *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht* 21 (1971), págs. 7-18, reproducido en *Ethik*, cit., págs. 324-335, que contiene la recensión del libro de F. BÖCKLE, *Das Naturrecht im Disput. Drei Vorträge beim Kongress der deutschsprachigen Moralthologen*, 1965 en Bensberg, Düsseldorf, 1966 (con esta obra Böckle había ya preparado y anticipado la contestación y resistencia contra la encíclica *Humanae vitae*); «Sind die Naturrechtsprinzipien inhaltslehre Formeln?», en *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht* 15 (1965), págs. 163-178.

un pensamiento autocrítico como no lo es ningún sistema ético. Esta ventaja aparece como particularmente significativa en un período de crisis de la ética, visto que la mayor parte de la filosofía contemporánea no tiene una verdadera respuesta; incluso no infrecuentemente deja traslucir que no puede dar ninguna a las preguntas fundamentales de la existencia humana contenidas en las famosas palabras de Kant: “¿Qué podemos saber, qué debemos hacer, qué debemos esperar?” Y a la pregunta en la cual, dice, convergen las anteriores: “¿Qué es el hombre?” Aparte de todo ello, éste reaparecido interés así como la crítica del pensamiento jurídico actual vuelta a proponer contra la idea del derecho natural nos obliga a un ulterior control de las posiciones determinantes de la doctrina del derecho natural como fueron formuladas y desarrolladas en su gran tradición»³⁰.

Muy importante con su profunda crítica del positivismo, es también la obra de Eric Voegelin, quien comenzaba su carrera académica como ayudante de Hans Kelsen en Viena, pero que más tarde se ha convertido en especialista en ciencias políticas. Su profundo conocimiento de la filosofía antigua le ha preparado también para descubrir y refutar los errores del positivismo de forma clara y convincente. Aquí sólo puedo citar dos puntos sumamente importantes. Después del desarrollo de las ideas gnósticas Voegelin llega al terminar a la afirmación siguiente:

«Finalmente, después del increíble impulso que las ciencias naturales tuvieron en el siglo XVII, este nuevo medio de conocimiento, se podría decir que inevitablemente se convirtió en símbolo de la verdad gnóstica. En la especulación gnóstica del cientifismo esta variante alcanza su propio extremo como perfección positivista de la ciencia de la era que sustituye la era de Cristo por la era de Comte» (Se debería añadir: obviamente sólo en su teoría, no en los hechos). «El cientifismo es hasta el día de hoy uno de los movimientos gnósticos más importantes de la sociedad occidental y la fiereza inmanente en relación con la ciencia es tan fuerte que precisamente cada una de las ciencias particulares han encontrado su específico espaldarazo en las variantes del saber *salvífico* derivado de la física, de la ciencia económica-social, de la biología o de la psicología»³¹.

²⁹ 7, Unveränderte Auflage, Berlín, 1984.

³⁰ *Naturrecht*, 35.

³¹ *Die Neue Wissenschaft der Politik*, Munich, 1959, 1977, en la colección «Stifterbibliothek im Universitätsverlag Anton Pustet Salzburg» (abreviado *NWdP*), pág. 185 y ss.

Del análisis ulterior, Voegelin puede extraer la siguiente conclusión: «El totalitarismo como poder existencial de activistas gnósticos es la forma final de la civilización progresiva»³². Las consecuencias del positivismo llevan a este resultado no sólo en las dictaduras. El desarrollo de sociedades democráticas en la dirección del sometimiento de los derechos humanos al punto de vista de la utilidad que viene determinada por la mayoría, desgraciadamente, no queda excluido de esta consecuencia. En este sentido, Voegelin afirma: «Las experiencias gnósticas en toda la escala de sus variantes son el núcleo de la redivinización de la sociedad en el sentido de que los hombres se hacen ellos mismos divinos si se convierten en herederos de similares experiencias poniendo cada vez partes mayores de participación en la divinidad en lugar de la fe en el sentido cristiano»³³. A este respecto quisiera aducir sólo un ejemplo de los tiempos modernos. Durante un simposium organizado en 1975 en la Universidad de Bielefeld un participante podía proponer «la creación de corporaciones completamente nuevas en el nivel de decisión, que deberían decidir como los tribunales de jurados sobre la vida y la muerte». Esto sería una vía «para la revitalización de decisiones democráticas, que podría ayudar a separar los campos de responsabilidad social asignados a nosotros por la ciencia moderna: la responsabilidad en el sentido de que debemos comportarnos como si fuésemos el Buen Dios»³⁴. La expresión alemana: *Die Verantwortung dafür, daß wir den 'lieben Gott' spielen*, es todavía más fuerte y puede traducirse casi así: «la responsabilidad porque nosotros jugamos (a ser) el "Buen Dios"». Por el contrario, el preámbulo de la ley fundamental de la República Federal Alemana dice: «En la conciencia de la propia responsabilidad ante Dios y el hombre, el pueblo alemán ha aprobado esta ley fundamental de la República Federal Alemana». Pero esta conciencia ha dejado espacio en nuestro tiempo de forma creciente al gnosticismo en el que Voegelin puede reconocer «la esencia de la modernidad»³⁵. Por ello, Dios ha caído en el olvido³⁶ y en lugar de la responsabilidad ante Dios encontramos al hombre que finge creer que puede ser el «Buen Dios», y puede creer que esto es exactamente el resultado de la ciencia moderna que pretende ser racional. Entretanto en los Países Bajos la eutanasia ya se ha convertido en realidad. El Norte de Australia ha seguido esta horma en junio de 1995 con un eco mundial. El Parlamento Federal de Australia entretanto ha declarado inconstitucional esta regulación y este es un acto legislativo verdadera-

³² *NWdP*, pág. 191.

³³ *NWdP*, págs. 181 y ss.

³⁴ N.N. KITTRIE, en Albin Eser (Hrsg.), «Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem», *Medizin und Recht* 1, 1976, pág. 390.

³⁵ *NWdP*, pág. 183.

³⁶ Es significativo que el «Bonner Kommentar» todavía en noviembre de 1986 tiene como todo preámbulo una página en blanco. Acerca del problema, ETHEL LEONORE BEHRENDT, *Gott im Grundgesetz. Der vergessene Grundwert «Verantwortung vor Gott»*, Munich, 1980.

mente notable en nuestros tiempos que puede dar alguna esperanza para una renovación de la conciencia humana. Pero, tan entusiasta era la reacción mundial acerca de la decisión a favor de la eutanasia en el Estado del Norte de Australia, que los *mass media* no han dado importancia a la decisión contraria del Parlamento Federal. En todo caso, la decisión australiana a favor de la eutanasia continuará teniendo sus efectos y, con razón, puede ser llamada por el *Time* «World History»³⁷.

Juristas en su propio sentido, aparte del ya citado Karl Larenz, cuyas obras son importantes para el conocimiento del derecho natural, son, entre otros, Alfred Verdross, Martin Kriele, Herbert Schambeck, Franz Bydlinski y Theo Mayer-Maly. He presentado algunas ideas de estos autores con respecto al derecho natural en mi libro sobre la *Teoría General del Derecho* de reciente aparición. Aquí debo limitarme únicamente a Martin Kriele.

Kriele ha hecho referencia más de una vez al mismo derecho natural sobre todo en conexión con los derechos humanos. La importancia atribuida al derecho natural resulta particularmente evidente en su introducción a la ciencia política. Con ocasión de la discusión sobre la relación entre el *Rule of Law* y el Estado de derecho³⁸, afirma: «En cuanto el Estado de derecho se entiende en sentido iusnaturalista este derecho natural vale como un conjunto de normas en vigor *universal e ilimitadamente*»³⁹. La cuestión es tratada de modo implícito en muchas de las obras de Kriele aunque no hace referencia explícita al derecho natural.

Todo el campo de los derechos fundamentales en el que Kriele se ha ganado muchos méritos, presupone la existencia de derechos humanos inalienables como fundamento de toda sociedad humana, de la paz y de la justicia en el mundo (*Ley fundamental alemana*, artículo 1,2). A este respecto, Kriele afirma: «Los términos “derechos fundamentales y derechos humanos” frecuentemente se entienden como si tuviesen el mismo significado, pero se pueden distinguir, sea debido a su procedencia y también por su empleo lingüístico. Los derechos fundamentales forman parte del derecho positivo; los derechos humanos del derecho natural. En la discusión teórica esta diferencia juega un papel enorme. Los derechos humanos rigen, desde un punto de vista temporal, eternamente; desde un punto de vista territorial, en todas las partes del mundo. Encuentran su

³⁷ *Time*, 12 de junio 1995, pág. 36.

³⁸ *Einführung in die Staatslehre*, 1994, págs. 328-330.

³⁹ *Einführung*, págs. 328 y ss. Una discusión más amplia sobre el problema del derecho natural en su aportación «Rechtspositivismus und Naturrecht politisch beleuchtet», en *Recht-Vernunft-Wirklichkeit* (Berlín, 1990), págs. 487-504.

raíz en la naturaleza o en la creación divina. Tienen el carácter de santidad y de la imposibilidad de hundimiento»⁴⁰.

Es muy importante lo que Kriele dice después de la exposición del desarrollo en Alemania hasta 1949 y prácticamente para introducir el capítulo 84 «La catástrofe de 1933»: «Verdaderamente, Alemania nunca ha vivido de la tradición iusnaturalista, que era la base del parlamentarismo y con el hundimiento de 1849 se ha alejado del todo de la tradición iusnaturalista de toda Europa. La consecuencia fue que los fundamentos iusnaturalistas del parlamentarismo no podían, incluso más tarde en la República de Weimar, ser comprendidos y por esto la constitución del imperio no podía desarrollar ni legitimidad ni estabilidad. Bien se pueden fijar estos cien años oscuros de Alemania, o sea desde 1849, año clave de la catástrofe de la historia alemana hasta 1949, el año de la creación de la ley fundamental». Y Kriele añade: «La pérdida de la tradición iusnaturalista tuvo el efecto de un enorme vórtice que hundió la razón política junto con los inicios de instituciones racionales. Con la democracia de Bonn ha nacido la posibilidad de superar poco a poco estas tradiciones y sustituirlas con nuevas y mejores»⁴¹.

Efectivamente, desde 1949 existían inicios llenos de esperanza. En este sentido el Tribunal Constitucional Federal ha subrayado en una sentencia del 23 de octubre de 1951, número 27: «El Tribunal Constitucional Federal reconoce la existencia de un derecho metapositivo que obliga incluso al legislador constitucional y se declara competente para medir todo derecho positivo en relación con aquel»⁴². Afirmar también que «la asamblea constituyente debe quedar ligada a los principios del derecho metapositivo que son anteriores a todo derecho escrito»⁴³. Pero todo ello no podría evitar un desarrollo que ha llevado al retorno del utilitarismo y con ello al desprecio de los derechos humanos que ha afectado entretanto a la actual minoría de los aún no nacidos; pero los millones de los todavía no nacidos que han sido muertos no son ya una pequeña minoría. La actual pérdida de la tradición del derecho natural puede tener de nuevo el efecto «de un enorme vórtice» que hundirá la razón política y las instituciones razonables existentes. Acaso sería todavía posible una nueva reflexión pero

⁴⁰ *Einführung*, pág. 132.

⁴¹ *Einführung*, pág. 330.

⁴² *Erkenntnisse des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe, Alemania*, (abreviado: *BVerfGE*) 1 (1951), Nr. 10, pág. 18. Véase GEBHARD MÜLLER, *Naturrecht und Grundgesetz, Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts*, Würzburgo, 1967, pág. 26 y ss., con muchas referencias ulteriores.

⁴³ *BVerfGE* 1, Nr. 10, pág. 61

para ello debería tener lugar un alejamiento del egoísmo utilitario en la voluntad política del pueblo. Los conocimientos de Kriele pueden con otros muchos contribuir a un alejamiento del camino que se está recorriendo; si fuesen más conocidos podrían por ello influir en la conciencia jurídica en una medida mucho mayor.

Incluso hoy, el §7 del ABGB obliga, como ya hemos visto⁴⁴, al juez en determinadas circunstancias a decidir un caso jurídico «según los principios naturales del derecho. El Tribunal Supremo austríaco ha reconocido recientemente la validez de los principios naturales del derecho» y, en consecuencia, los ha aplicado. En una sentencia del 3 de julio de 1975, se habla, en conexión con el «principio natural del derecho que afirma que nadie debe gozar de ventajas jurídicas como consecuencia de su propio dolo», precisamente de una «jurisprudencia afirmada por el Tribunal Supremo en tiempos recientes»⁴⁵.

En una primera fase, por extractar las premisas principales de la decisión, (*Leitsatz*, criterio de principio) de la sentencia del 7 de octubre de 1974, se afirma la conexión con la ley de promulgación del ABGB donde se mencionan «los principios generales de la justicia» como fundamentos de las leyes civiles: «Están en grado de infringir incluso la norma escrita»⁴⁶. Todo ello, por lo tanto, no podría ser defendido desde el punto de vista de la jurisprudencia positivista. La afirmación de Kelsen de que a causa de un supuesto reenvío de la ley a tales normas éstas quedasen trasmutadas en normas de derecho positivo⁴⁷, y precisamente gracias a su afirmación de su no-existencia, es bastante desconcertante. Normas que no existen, ¿pueden ser convertidas en normas de derecho positivo? La no-lógica evidente de este concepto demuestra el dilema de las premisas positivistas. Pero, de forma aún más evidente las consecuencias deducidas de esta posición son reconocibles en Kurt Ringhofer, antiguo colega en mi facultad, adepto de la *Reine Rechtslehre* y ahora incluso miembro y Vicepresidente del Tribunal Constitucional austríaco. Afirma, en relación con el reenvío de la ley a los «principios naturales del derecho» y al derecho natural: «Lo que se atribuye con ello a estas normas, es una razón reconocible de su validez, pero no un contenido reconocible»⁴⁸. Un representante de la *Reine Rechtslehre* que

⁴⁴ Véase antes la nota n. 7.

⁴⁵ *Sammlung Zivilsachen, Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen* (abreviadamente: *SZ*), 48/79, (1975), pág. 428.

⁴⁶ *SZ*, 47/104 (1974), pág. 460; véase también *SZ*, 48/67, pág. 333.

⁴⁷ *Reine Rechtslehre* 351.

⁴⁸ *FS für H. Kelsen zum 90. Geburtstag* (Viena, 1971), 209 f.

⁴⁹ F. BYDLINSKI, «Gesetzeslücke, §7 ABGB und die "Reine Rechtslehre"», en *Gedenkschrift für Franz Gschnitzer*, Innsbruck, 1969, pág. 112.

considera posible juzgar el derecho positivo como objeto de su labor científica es capaz de pretender del legislador que conceda a las normas una razón de existencia, al ponerlas en vigor obligatoriamente, aunque no tengan ningún contenido reconocible. ¿Cómo podría nunca el juez realizar la función que le asigna la ley?

Por este motivo, Franz Bydlinski ha subrayado con razón que el reenvío de las leyes a tales normas presupone evidentemente su existencia y su reconocibilidad. Luego afirma que las cuestiones acerca del §7 del ABGB «demuestran cómo es imposible y al mismo tiempo contrario al derecho elevar sólo el “derecho positivo” en el sentido de la *Reine Rechtslehre* a objeto de la ciencia jurídica»⁴⁹.

En conclusión, es posible decir: los ejemplos de la historia humana y los de nuestro tiempo muestran claramente que sólo un derecho basado en los fundamentos del derecho natural, puede ser capaz de salvaguardar la existencia y la vida humana frente a los intereses opuestos desde el punto de vista ideológico y político y hacer con ello posible un futuro humano para la humanidad.