

DERECHO NATURAL EN LA ERA DE LA RESPONSABILIDAD*

[NATURAL LAW IN THE ERA OF RESPONSIBILITY]

Herbert SCHAMBECK

“La problemática del papel del derecho natural en el orden constitucional constituye siempre un tema para la discusión sobre si el Estado o sus órganos verdaderamente respetan estos valores, los cuales están dotados de un carácter inalienable y primario”. Esta tesis ha sido defendida por catedráticos de Derecho Constitucional de una nación que en el siglo pasado sufrió casi como ninguna otra un régimen autoritario y totalitario con las consiguientes atrocidades; me estoy refiriendo a la nación polaca y, concretamente, a Boguslaw Banaszak y a Mariusz Jablonski¹. Ambos sostuvieron con firmeza: “Especialmente, esto se observa en la era del cambio de sistema y en la valoración crítica que acompaña a las soluciones anteriores caracterizadas por la construcción típicamente positivista de los mecanismos del poder”². Las experiencias históricas muestran en relación con esto que, por ello, se ha ido a la búsqueda de un funcionamiento del Estado formal que asegure el debido respeto a los derechos de cada ser humano³.

Estas declaraciones de los catedráticos polacos de Derecho Constitucional se explican desde *la experiencia del cambio político experimentado*, esto es, desde el comunismo y el sistema de la democracia popular así como desde el desarrollo hacia el Estado constitucional democrático.

* Traducción del alemán a cargo de Cristina Hermida del Llano, realizada en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia: *Derechos humanos en la era de la interculturalidad*. Plan Nacional de I + D (2009-2012).

1. BANASZAK, B., JABLONSKI, M., “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, en *Die Wiederkehr des Naturrechts und die Neuevangelisierung Europas*, editado por Rudolf Weiler, Viena, 2005, p. 220.

2. Cfr. HANGARTNER, Z., *Grundzüge des schweizerischen Staatsrecht*, vol. I, Zürich, 1980, p. 31.

3. BANASZAK, B., JABLONSKI, M., “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, *op. cit.*

Estas observaciones se mantienen no sólo para Polonia sino también para los Estados postcomunistas así como para todos aquéllos que no están asentados en el positivismo jurídico, es decir, que no se apoyan exclusivamente en el derecho positivo sino que la valoración sobre la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico⁴ conecta la forma de la norma jurídica con el contenido de la misma. Tras la experiencia de las antinomias en el Estado de Derecho Occidental y del Este⁵ ha surgido un pensamiento nuevo crítico respecto al Derecho y al lugar del Estado, que se esfuerza por el asentamiento y realización del derecho positivo, el cual debería ser de validez general. Banaszak-Jablonski, conforme a su experiencia política y jurídica, han declarado: “La aspiración hacia garantías permanentes e invariables está inseparablemente unida a esto, las cuales descansan sobre valores identificados con la naturaleza del ser humano. Ellos deben determinar los límites de lo que la misma soberanía democrática legitimada puede hacer”⁶.

Estas declaraciones referidas al derecho positivo fueron defendidas ya por uno de los cofundadores de la posterior escuela de teoría del derecho vienesa⁷, Adolf J. Merkl, en su primera disertación, es decir, en la reseña del libro de Erich Jung *El problema del Derecho Natural*, de 1914. Él abogó por “la tesis fundamental de la justificación y necesidad de las dos vertientes del Derecho” y escribió que “la tarea” del derecho natural debe ser la de funcionar como “el principio regulador y permanente del derecho positivo”⁸.

4. MERKL, A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena y Berlín, 1927, Nueva impresión Darmstadt, 1969, pp. 157 y ss.

5. Vid. SCHAMBECK, H., “Von der Last der Freiheit im Staatsrecht des Westens und des Ostens”, en *Die Freiheit im Westens, Wesen, Wirklichkeit, Widerstände*, edit. por Otto B. Roegel, Graz, Wien, Köln 1967, pp. 483 y ss.

6. BANASZAK, B., JABLONSKI, M., “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, *op. cit.*

7. Vid. de Kelsen, H., MERKL, A., VERDROSS, A., *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Schriften*, edit. por Hans Klecatsky, René Marcia, Herbert Schambeck, Viena, Frankfurt, Zurci, Salzburgo, Munich, 1968.

8. MERKL, A.J., VON ERICH JUNG, B.B., “Das Problem des natürlichen Rechts”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1. Jg. (1914), p. 578; vid. además SCHAMBECK, H., *Leben und Wirken de Adolf Julius Merkl, Schriftenreihe Neiderösterreichische Juristische Gesselschaft*, Cuaderno 55, Viena, 1990, pp. 21 y ss; asimismo, “Ethik und Demokratie bei Adolf Merkl”, en *Adolf J. Merkl Werk und Wirksamkeit, Ergebnisse eines internationalen Symposions in Wien (22-23 de marzo 1990)*, Schriftenreihe del Instituto de Hans Kelsen, Vol. 14, Viena 1990, pp. 267 y ss. Y también, “Adolf Merkl und die Wiener Rechtsstheoretische Schule”, en *Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels, Festschrift für Ludwig Adamovich an su 60 cumpleaños*, edit. por Bernd-Christian Funk/Hans R. Klecatsky/Edwin Loebenstein/Wolfgang

Posteriormente, en 1918, subrayó Merkl en su célebre estudio *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*: “Una forma de raíz natural de ningún modo falta en el ordenamiento jurídico establecido. Cada norma jurídica positiva en algún momento ha pasado el estadio de la normatividad natural. La acusación de ‘iusnaturalista’ no cabe cuando los fundamentos del edificio jurídico deben colocarse”⁹.

I

Los fundamentos del edificio jurídico fueron puestos especialmente por razones de Estado y tras los cambios políticos producidos, concretamente, tras la segunda guerra mundial antes de la década de los sesenta. El Papa Benedicto XVI¹⁰ en un discurso pronunciado en el Día Mundial de la Paz el 1 de enero de 2008, en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, defendió y resaltó: “Con este documento reaccionó la familia humana ante el terror de la segunda guerra mundial, en el que se reconoció la propia dignidad humana de todos los seres humanos en una unidad determinante, colocando en el centro de la convivencia humana la atención por los derechos individuales y de los pueblos: ¡Fue un texto decisivo en el difícil y exigente camino hacia la concordia y la paz!”¹¹. En el plano europeo vino más tarde la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales con su Protocolo número once, la Carta Social Europea de 1961 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000¹², la cual encontró finalmente acomodo jurídico-positivo en el Tratado de Lisboa.

Mantl/Kart Ringhofer, Viena-New Cork 1992, pp. 621 y ss. Reimpresión en *ibid.*, *Der Staat und seine Ordnung, ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zum Staatsrecht*, edit. por Johannes Hengstschläger, Viena, 2002, pp. 781 y ss.

9. MERKL, A., *Das doppelte Rechtsantlitz— eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, Sonderabdruck aus “Juristische Blätter”, Viena, 1918, p. 29. Reimpresión en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vol. I, p. 1112.

10. BENEDICTO XVI, “Die Menschheitsfamilie, eine Gemeinschaft des Friedens”, *L'Osservatore Romano*, Wochenausgabe in deutscher Sprache, 21 de diciembre de 2007, n° 51/52, p. 15.

11. *Ibidem*.

12. Además KÖLNER, *Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, edit. Peter Tettinger y Klaus Stern, Munich, 2006.

A nivel estatal interno, fue sin duda alguna la Ley Fundamental de Bonn de la República Federal de Alemania el modelo para una nueva impronta en la constitucionalidad democrática europea, es decir, un texto que acentuaba la referencia prepositiva del Estado de Derecho y las posibilidades junto con los límites de la formación de la voluntad estatal democrática. Al comienzo de esta Constitución se recoge en el Preámbulo la *Invocatio Dei*: “Consciente de su responsabilidad ante Dios...”, seguida de una primera parte dedicada a los derechos fundamentales. Este catálogo de los derechos fundamentales comienza en su art. 1 con la protección de la dignidad humana: “1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”, cuyo contenido alcanza su máxima protección a través del art. 79.3 de la Ley Fundamental al señalar que “no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”. Ello significa que se garantiza la continuidad jurídica del principio de dignidad humana al no poderse modificar ni tampoco violar. El principio general de la dignidad humana forma parte de las determinaciones absolutas del Estado de Derecho alemán e imprime con ello una referencia prepositiva, sobre la que se fundamenta el concepto de persona.

La Ley Fundamental de Bonn constituye, a través de esta referencia prepositiva que también hace al derecho natural¹³, un modelo y marca el camino para las constituciones postcomunistas¹⁴. Por su parte, Austria como consecuencia del positivismo jurídico de Hans Kelsen¹⁵, quien elaboró el

13. Cfr. MÜLLER, G., *Naturrecht und Grundgesetz, Zur Rechtsprechung der Gerichte*, especialmente el Tribunal Constitucional Federal, Würzburg, 1967.

14. Vid. SCHAMBECK, H., “Politik und Verfassungsordnung postkommunistischer Staaten Mittel- und Osteuropas”, en *Zu Politik und Recht, Ansprachen, Reden, Vorlesungen und Vorträge*, edit. von den Präsidenten des Bundesrates in Zusammenarbeit mit der Österreichischen Parlamentarischen Gesellschaft, Viena, 1999, pp. 121 y ss, especialmente, pp. 125 y ss, así como *Die Verfassungen Mittel- und Osteuropas*, edit. por Herwig Roggemann, Berlín, 1999 y BRUNNER, G., *Transformation in Mittel- und Osteuropa*, edit. por Otto Luchterhand y Angelika Nussberger, Krakow, 2006, pp. 93 y ss.

15. Cfr. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig y Viena, 1934, 2ª ed. con un anexo: *Das Problem der Gerechtigkeit*, Viena, 1960, así como HELLBLING, E.C., *Österreichische Verfassungsfragen im Lichte der Reinen Rechtslehre*, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Nueva Era, Vol. XI, Cuaderno 3-4, pp. 346 y ss. Asimismo SCHAMBECK, H., “Möglichkeiten und Grenzen der Rechtslehre

proyecto de la Constitución austriaca de 1920¹⁶, traza las vías jurídico-constitucionales sin hacer expresas referencias a valores, por lo que el ordenamiento jurídico-constitucional austriaco no ha influido demasiado en el desarrollo constitucional. Una excepción constituye la jurisdicción constitucional con su control normativo¹⁷, la cual se corresponde con la doctrina de Adolf Merkl¹⁸ sobre la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico que sería incorporada por Hans Kelsen en su sistema de control normativo en el marco de las competencias de los Tribunales Constitucionales y más tarde formaría parte de muchos sistemas del Estado constitucional y democrático. En su concepción global fue la Ley Fundamental alemana para el desarrollo constitucional en Europa codeterminante ya que se tuvo también en cuenta la evolución de la Constitución norteamericana¹⁹, comenzando con la separación en el marco del gobierno como derecho de organización estatal y con el catálogo de la declaración de derechos, ambos fundamentos jurídicos principales para la evolución posterior de las constituciones estatales. Donald P. Kommers ha subrayado, en relación con esto, que “en las últimas décadas la Ley Fundamental alemana ha sustituido a la Constitución americana como modelo de referencia para el Estado constitucional y democrático”²⁰. En sus consideraciones sobre “la influencia de la Ley Fundamental en las constituciones extranjeras”, Klaus Stern ha matizado: “En la mayoría de los casos, las recepciones jurídico-constitucionales no son una simple asimilación sino una valoración creativa y desarrollo de las experiencias y logros reflejados en la Ley Fundamental y en otros órdenes constitucionales europeos”²¹.

Hans Kelsens”, *Juristische Blätter* (1984), Jg. 106, Cuaderno 5-6, pp. 126 y ss, nueva impresión en: *Der Staat und seine Ordnung*, pp. 765 y ss.

16. Vid. SHMITZ, G., *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Schrittenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, Vol. 6, Viena, 1981, y *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen, Analysen und Materialien zum 100. Geburtstag von Hans Kelsen*, edit. por Felix Ermacora con la colaboración de Christiane Wirth, Viena, 1982.

17. Vid. KORINEK, K., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Cuaderno 39, Berlín, Nueva York, 1981, pp. 8 y ss; especialmente, 22 y ss.

18. MERKL, A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit.

19. Vid. *Dokumente zur Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika*, edit. por Herbert Schambeck, Helmut Widder y Marcus Bergmann, 2ª ed., Berlín, 2007, pp. 166 y ss.

20. KOMMERS, D.P., “Kann das deutsche Verfassungsrechtsdenken Vorbild für die Vereinigten Staaten sein?”, *Der Staat*, 37 (1988), p. 336.

21. STERN, K., “Ausstrahlungswirkung des Grundgesetzes auf ausländische Verfassungen”, en *Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft, Dokumentation zum Verfassungskongress 50 Jahre Grundgesetz/50 Jahre Bundesrepublik Deutschland*, edit. por Bundesministerium für Inneres, 1999, p. 250.

II

En esta evolución de la estatalidad constitucional y democrática destacan por encima de todo el derecho de sufragio democrático, los derechos fundamentales, la vinculación constitucional de las acciones del Estado, el sistema de gobierno parlamentario, la independencia del poder judicial, la obligación de obedecer de la Administración, el control de cuentas y de la gestión, y la responsabilidad civil²². El liberalismo y la democracia entraron en una simbiosis al comienzo de este desarrollo hacia este sistema ya en parte en el siglo XIX²³. En Austria se reveló ya esto en 1867 con la conocida como “Constitución de Diciembre” con sus cinco Leyes Fundamentales del Estado²⁴, que versaron sobre cada una de las tres funciones del Estado, sobre los derechos fundamentales así como sobre el establecimiento del Tribunal Supremo del Imperio, que posibilitó el asentamiento de la jurisdicción constitucional. Para cada una de estas materias se hizo una Ley Fundamental del Estado²⁵.

Esta Constitución de Diciembre de 1867 fue decretada por el emperador Francisco José I, uno de los todavía por entonces monarcas de pensamiento absolutista, en un tiempo en el que todavía no existía la representación popular elegida democráticamente ni tampoco un gobierno parlamentario legitimado. Los partidos políticos estaban en gestación y, como Klaus Bertold ha sostenido, “deben su establecimiento, junto a otros factores, principalmente a la llegada del parlamentarismo”²⁶.

Esta Constitución de Diciembre de 1867 fue más tarde el fundamento para el sistema de la posterior estatalidad constitucional democrática en Austria y se incorporó, tras la proclamación de la República de 1918, a

22. Cfr. *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, edit. por Herbert Schambeck, Berlin, 1980, asimismo *Die Demokratie*, pp. 149 y ss., LOEBENSTEIN, E., *Der Rechtsstaat*, pp. 253 y ss., y KORINEK, K., GUTKNECHT, B., *Der Grundrechtsschutz*, pp. 291 y ss.

23. En relación con ello, MERKL, A., “Idee und Gestalt der politischen Freiheit”, en *Demokratie und Rechtsstaat, Homenaje en el 60 cumpleaños de Zaccaria Giacometti*, Zürich, 1953, pp. 163 y ss. Nueva impresión en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, pp. 631 y ss.

24. Vid. *Die österreichischen Verfassungsgesetze*, edit. por Edmund Bernatzik, 2ª ed. Viena, 1911, pp. 390 y ss.

25. Más detalles se encuentran en SCHAMBECK, H., “Der Verfassungsbegriff und die Dezemberverfassung 1867”, en *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, Festschrift für Hermann Eichler*, edit. por Ursula Flossmann, Viena, Nueva York, 1977, pp. 549 y ss., especialmente, pp. 553 y ss.

26. *Österreichische Parteiprogramme 1868-1966*, con introducción y edición de Klaus Bertold, Viena, 1967, p. 11.

la nueva forma del Estado en el derecho estatal que posteriormente evolucionaría²⁷. El propio Hans Kelsen ha advertido ya en 1923 en su libro *Österreichisches Staatsrecht, ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*: “Si la Constitución de la prerrepublica de Austria exige un relativamente más amplio espacio es no sólo para aumentar o mejorar el conocimiento de este período constitucional: la Constitución de este Estado para un estudio del Derecho Constitucional de la República de Austria es ya una razón suficiente para la formación histórico-jurídica, pero sobre todo principalmente porque muy importantes instituciones constitucionales de la monarquía austriaca fueron introducidas en la República y porque ella, cuando creó nuevas instituciones para nuevas situaciones, ¡escogió formas jurídicas similares a las del viejo derecho austriaco!”²⁸.

Debido a que los partidos políticos en la asamblea nacional constituyente no coincidían en un catálogo propio de derechos fundamentales, se asumió una de las cinco Leyes Fundamentales del Estado de la monarquía, la de los derechos generales de los ciudadanos²⁹, a través del art. 149 de la *Bundes-Verfassungsgesetz* 1920 (B-VG) del Derecho Constitucional de la República de Austria. Por eso, tras más de ciento cuarenta años, estos derechos fundamentales proclamados en el siglo XIX perviven todavía en el siglo XXI, aunque más tarde otros derechos fundamentales se hayan ido incorporando. Estos clásicos derechos fundamentales, es decir, los liberales y democráticos, complementan la neutralidad valorativa del sistema constitucional austriaco de la B-VG.

Esta B-VG, como el constituyente acentuó a menudo³⁰, recoge *expressis verbis* únicamente los conceptos y principios que se incluyeron nuevamente en el orden jurídico del Estado austriaco. Ejemplos de ello son la forma del Estado como República en el Art. 1 y la organización estatal como Estado Federal en el Art. 2. Por el contrario, no se precisó el concepto de derecho fundamental, que se quedó absorbido sin diferenciarlo en el concepto de los derechos constitucionalmente garantizados en el Art. 144 de

27. Cfr. ADAMOVICH, L.K., FUNK, B.Ch., HOLZINGER, G., *Österreichisches Staatsrecht*, Vol. I: *Grundlagen*, Viena, Nueva York, 1997, pp. 71 y ss.

28. KELSEN, H., *Österreichisches Staatsrecht, ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Tübingen, 1923, p. V.

29. *RGBI*, n° 142/1867.

30. SCHAMBECK, H., “Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsinterpretation in Österreich”, *Juristische Blätter*, 102, Jg. Cuaderno 9/10/1980, pp. 225 y ss, especialmente, pp. 230 y ss. Nueva impresión en *Der Staat und seine Ordnung*, pp. 73 y ss, especialmente, pp. 83 y ss.

la B-VG, ni el concepto de un Estado de Derecho y de la Ley, ni tampoco el de la libertad y dignidad del ser humano³¹. Se concibió como neutral en términos valorativos; lo mismo cabría decir para el término democracia³², que sólo queda reflejado en el adjetivo del nombre de la forma estatal de la República. Diferente fue el caso de la Ley Fundamental Alemana, como ya mencioné anteriormente, al haberse recogido los derechos fundamentales como rótulo para el Capítulo I, la dignidad humana en el art. 1, la república federal democrática y social en el art. 20.

Este neutralismo valorativo de la Constitución austriaca se presenta de forma muy diferente a como ocurre, por ejemplo, en el estado de derecho alemán, puesto que el Derecho Constitucional alemán ha otorgado una identidad para la Constitución en sentido formal y material, lo que por otra parte ya se produjo en la Constitución de Diciembre de 1867 y da a la Ley Fundamental de Bonn un mandamiento de incorporación (Art. 79. 1 GG) pero, por el contrario, la B-VG austriaca no. Entonces se puede decidir Derecho Constitucional sin necesidad de incorporarlo en la B-VG de 1920, bien a partir de una propia BVG, en virtud de una determinación constitucional recogida en una ley ordinaria, o bien a partir de un Tratado Internacional que reforme la Constitución.

Un indeferentismo sobresale pero en Austria no sólo respecto a la forma sino también respecto al contenido del Derecho Constitucional. Esto puede querer decir que cada norma jurídica, independientemente de su contenido, puede conseguir el rango constitucional, lo que ocurre en muchos casos en Austria para evitar que decisiones políticas con carácter de norma jurídica tengan que someterse al Tribunal Constitucional para comprobar su conformidad con la Constitución. El Derecho Constitucional se presenta, como ha dicho a menudo Adolf Merkl, como codificación de la política y se pone a disposición de la política. Las cuestiones centrales del ser humano, como la protección de la vida, que comienza en el momento de la concepción del no nacido, o la cuestión del matrimonio³³, no se han resuel-

31. Vid. BERKA, W., *Lehrbuch Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrecht für das juristische Studium*, Viena, Nueva York, 2005, p. 369.

32. Sobre ello, SCHAMBECK, H., "Die Demokratie", en *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine entwicklung*, op. cit., pp. 149 y ss.

33. Vid. SCHAMBECK, H., "Familie und öffentliches Recht", *Österreichische Juristenzeitung* (1994), 49 Jg., Cuaderno 123, pp. 401 y ss., así como BERKA, W., *Lehrbuch Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrecht für das juristische Studium*, op. cit., pp. 383 y ss.

to. Por el contrario, determinaciones que no pertenecen al ordenamiento fundamental político del Estado como el ejercicio de la fuerza del Estado en las tres funciones estatales, legislación, jurisdicción y administración y también los derechos fundamentales y la expresión de los fines y propósitos del Estado, consiguen el carácter constitucional cuando una decisión política exige el camino del compromiso³⁴.

III

Viniendo no de la política ni del derecho positivo ni tampoco del derecho estatal sino más bien con la vista hacia la situación de la vida privada y política, el Decano del Colegio de Cardenales Joseph Ratzinger se ha dedicado como pastor de almas a la posición del ser humano frente a la formación democrática de la voluntad estatal cuando, antes de su elección como sucesor de Pedro en un sermón de la misa “*Pro eligendo Romano Pontifice*”, habló de la “dictadura del relativismo”³⁵ que “no reconoce nada como definitivo y como medida final sólo deja cabida al propio ego y sus deseos”³⁶. Aludió en relación con este relativismo a un “dejarse llevar de un lado a otro por una ráfaga de cualquier teoría doctrinal”. Reconocería en la política la influencia de la pluralidad de opiniones diciendo: “igual que muchas confesiones hemos conocido en las últimas décadas multitud de ideologías y pensamientos... la pequeña nave del pensamiento de muchos cristianos a través de estos vaivenes ha llegado a vacilar: desde el marxismo al liberalismo hasta el libertinaje; del colectivismo hasta el individualismo radical; del ateísmo hasta un misticismo religioso; del agnosticismo al sincretismo, etc. Todos los días se crean nuevas sectas...”³⁷.

El actual Papa Benedicto XVI se refiere concretamente con su advertencia sobre el relativismo de la teología a concretas ideologías³⁸ que Hans

34. Sobre ello, vid. SCHAMBECK, “Gedanken über das Verständnis des Staates und des Verfassungsrechtes in Österreich”, en *Ein Leben für Staat und Gesellschaft, Homenaje a Jürgen Weiss*, ed. por Georg Lienbacher, Theodor Thanner, Matthias Tschirf, Katharina Weiss, Viena, Graz, 2007, pp. 61 y ss.

35. RATZINGER, J. Cardenal, *L'Osservatore Romano*, Wochenausgabe in deutscher sprache, 22 de abril de 2005, n° 16, p. 3.

36. *Ibidem*.

37. *Ibidem*.

38. Vid. además *Politische Theorien und Ideologien, Einführungen*, edit. Por Franz Neumann, Baden-Baden 1974-1975; HERSCH, J., *Die Ideologien und die Wirklichkeit*, München, 1957; BARTH, H., *Wahrheit und Ideologie*, Erlenbach-Zürich y Stuttgart 1961; MAIHOFFER, W.,

Kelsen también reconoció desde el punto de vista del Derecho Constitucional al final de su libro “Vom Wesen und Wert der Demokratie” en 1929 sin nombrar concretamente ideologías como hace Ratzinger. Para Kelsen “es el relativismo la concepción del mundo, que anticipa el pensamiento democrático”³⁹. Por ello, Kelsen, que fue un agnóstico, en la medida en que se refirió a las sagradas escrituras, cita el capítulo dieciocho del evangelio de San Juan, en el que Pilatos hace pública su pregunta al pueblo de a quién quieren que libere, a lo que contestan “Barrabás”. “El narrador añade”, cita Kelsen, “Barrabás era un ladrón”⁴⁰.

A esta concepción formal de la democracia y frente a este relativismo de Kelsen también se ha enfrentado el cardenal Joseph Ratzinger⁴¹. Ratzinger advierte: “La democracia no se define por su contenido, sino por su pura formalidad: como una estructura de reglas, que posibilitan la formación de la mayoría, la transmisión y el cambio de poder”⁴². Ello conduce para él a un Derecho, en el que “el fundamento último reposa en el poder de los fuertes”⁴³; por ello reconoce Ratzinger: “La libertad se puede anular a sí misma, hartarse de sí misma, si a ella se la vacía de contenido. También esto lo hemos vivido en nuestro siglo, que una decisión de la mayoría puede servir para esto, para colocar a la libertad más allá de la fuerza... a este peligro tenemos que enfrentarnos, si está en juego la defensa de la libertad y de los derechos humanos”⁴⁴.

Ideologie und Recht, Frankfurt am Main 1969, pp. 1 y ss; SCHAMBECK, H., *Politik und Weltanschauung*, en *op. cit.*, *Politik in Theorie und Praxis*, edit. por Helmut Widder, Wien-Graz 2004, pp. 39 y ss, especialmente, pp. 44 y ss., así como KINSKY, F., *Solidarität statt Egoismus, Lebensmodell Europa*, Augsburg, 2007, pp. 39 y ss.

39. KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2ª ed., Tübingen, 1929, p. 101; Cfr. También KÖCK, H. F., *Recht in der pluralistischen Gesellschaft, Grundkurs über zentrale Fragen zu Recht und Staat*, Viena, 1998.

40. KELSEN, *ibid.*, p. 104.

41. Vid. RATZINGER, J., *Wahrheit, Werte, Macht, Prüfsteine der pluralistischen Gesellschaft*, 3ª ed., Freiburg im Breisgau 1993, pp. 65 y ss, especialmente, pp. 70 y ss.; SCHAMBECK, H., *Fede, Stato e Democrazia: un contributo sul confronto tra il Cardinale Joseph Ratzinger e Hans Kelsen, alla scuola della Verità, I settanta anni di Joseph Ratzinger*, a cura di Josef Clemens e Antonio Tarzia, Torino, 1997, pp. 319 y ss. “Die Möglichkeiten der Demokratie und die Diktatur des Relativismus, ein Beitrag zur Zeitverantwortung in der Lehre Papst Benedikt XVI”, *L'Osservatore Romano*, Wochenausgabe in deutscher sprache, 12 de mayo de 2006, nº 19, pp. 10 y ss., y 19 de mayo de 2006, nº 20, pp. 9 y ss.

42. RATZINGER, *Wahrheit, Werte, Macht, Prüfsteine der pluralistischen Gesellschaft*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

43. *Ibid.*, p. 79.

44. *Ibid.*, p. 20.

Precisamente hace esta advertencia el cardenal Joseph Ratzinger no por el rechazo a la democracia como forma de formación de la voluntad estatal, sino mucho más en cuanto al aviso sobre la posibilidad de sus abusos. Ello se ha producido en la mayoría de los regímenes autoritarios y totalitarios del siglo XX, quebrando parcial o completamente la Constitución y la continuidad del Derecho. Además se observa todavía en nuestros días que se hace un uso del constitucionalismo democrático con la formación parlamentaria de la voluntad estatal para vulnerar la dignidad humana y los derechos humanos definidos por ella como, por ejemplo, el derecho a la vida. El Papa Benedicto XVI ya al principio de su viaje apostólico en el 850 aniversario de Mariazell en Viena apuntó: “Esto vale para la vida desde la concepción hasta su fin natural. El aborto en este sentido no puede ser un derecho humano —es precisamente lo contrario—. El aborto es una ‘grave herida social’, tal y como nuestro hermano ya fallecido, el cardenal Franz König, no se cansó de repetir”⁴⁵.

La violación de los derechos humanos es posible, además de por el entendimiento equivocado de los derechos básicos, por las decisiones políticas en la vida social y económica a causa del creciente neocapitalismo liberal; por ejemplo, para aumentar la cotización de las acciones a costa de la reducción de los puestos de trabajo. El cardenal Christoph Schönborn ya expresó en 1998: “se preguntan más y más gente, cómo puede funcionar una sociedad en la cual la reducción de puestos de trabajo puede ser una noticia buena para la bolsa y en la cual las malas noticias del mercado laboral significan noticias de la victoria en Wall Street”⁴⁶. Semejante comportamiento es una forma de egoísmo, que viola los principios de la persona y la solidaridad de los seres humanos; ello está también vinculado al carácter social de la economía de mercado y no se puede en modo alguno recomendar ni dentro —ni fuera de la Unión Europea en el ámbito de los fondos de los Estados— ni en la Europa del Este como alternativa al comunismo. Es una forma de egoísmo, muy alejada en su forma de la dignidad humana.

Debido a que Europa, ante todo, después de la segunda guerra mundial, tiene una obligación de *aportar humanidad frente al resto de la comunidad internacional* sería deseable y recomendable que fuera una forma

45. BENEDICTO XVI, *Apostolische Reise aus Anlass des 850-Jahrjubiläums von Mariazell, Die österreichischen Bischöfe* 8, edit. Der österreichischen Bischofskonferenz, Viena, 2007, p. 37.

46. SCHÖNBORN, Ch., *Die Menschen, die Kirche, das Land, Christentum als gesellschaftliche Herausforderung*, Viena, 1998, p. 106.

de vida compatible con el progreso cultural, el crecimiento científico y la seguridad social⁴⁷. Se necesita un tipo de Estado en el que el Derecho sea compatible con el fin del poder, de la cultura y del bienestar⁴⁸. Semejante concepción de la vida pública no implica una mera coexistencia individual sino una verdadera convivencia en la que los seres humanos vivan para los demás, en la que el derecho positivo sea responsable socialmente y en la que el pensamiento jurídico sobrepase el ámbito normativo puro, así como deje ver su referencia prepositiva y su responsabilidad ética. El derecho natural muestra dicho camino y acompaña al pensamiento jurídico occidental⁴⁹ *en el eterno retorno*, como precisamente tituló Heinrich Rommen su libro de 1947, tiempo después muy citado⁵⁰.

IV

El concepto de derecho natural busca la unión entre el derecho positivo y prepositivo, busca captar los factores reales e ideales del Derecho para fundamentar su orden. Quien invoca el derecho natural busca medios jurídicos tanto para normativizar como para motivar; intentando asentar el orden público no en “el tener que” sino en “el deber moral y la conciencia”. El derecho natural busca respuesta a la pregunta: “¿Qué da legitimidad a la norma jurídica, qué es lo que obliga a las conciencias a actuar según las normas sin el recurso al uso de la fuerza?... Pues el hecho de que la mayoría de las conciencias individuales se sientan vinculadas por la norma y la obedezcan no significa que tenga un carácter imperativo y obligatorio para la conciencia, como tampoco la amenaza terrorista o el uso de la fuerza lo provocan, las cuales pueden producir la conformidad pasiva externa”⁵¹.

Quien piensa en los condicionamientos y las limitaciones del derecho positivo tiene que contemplar, conscientemente o no, el derecho natural. En el derecho natural piensan quienes defienden la idea de un orden natural

47. Vid. KINSKY, F., *Solidarität statt Egoismus, Lebensmodell Europa*, op. cit., pp. 25 y ss.

48. Relacionado con ello, SCHAMBECK, “Von den Staatszwecken Österreichs”, en *Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich, Entwicklung und Gegenwartsprobleme*, Vol. I, edit. por el autor, Berlín, 1993, pp. 3 y ss.

49. Vid. VERDROSS, A., *Abendländische Rechtsphilosophie, ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Form*, 2ª ed., Viena, 1963.

50. ROMMEN, H., *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Munich, 1947.

51. *Ibidem*, p. 149.

del más alto nivel, que pertenece al ámbito de la metafísica, con múltiples aspiraciones hacia la comprensión de esta idea en diversas doctrinas del derecho natural que proceden de la teoría del reconocimiento⁵², que procuran en el ámbito normativo el concepto del derecho natural en sentido formal. Esto se produce si *expressis verbis* estas características señaladas se encuentran expresamente en el derecho estatal como, por ejemplo, ocurre con la referencia a Dios del Preámbulo o del art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn así como en las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán⁵³.

En la larga historia del pensamiento jurídico en general y del iusnaturalismo en particular se han hecho muchos esfuerzos en aras de acompañar al derecho natural, como ante todo los esfuerzos realizados por la codificación del Derecho Privado⁵⁴ y más tarde del Derecho Público hasta el Derecho Constitucional de la nueva era⁵⁵. En el Derecho Privado por ejemplo en Austria a través de los principios generales de derecho natural recogidos en el Cuerpo de Derecho Civil⁵⁶.

La expresión del concepto de derecho natural en sentido formal no es siempre fácil ni tampoco está exenta de problemas. Klaus Stern ha explicado en relación con la ética jurídica, el derecho natural y valores jurídicos suprapositivos: “Ellos están situados con firmeza en la frontera ‘de los últimos valores’ que no están dependientes del espíritu de los tiempos y que no

52. Vid. WOLF, E., *Das Problem der Naturrechtslehre, Versuch eine Orientierung*, 3ª ed., Karlsruhe, 1964, especialmente, pp. 193 y ss.; VERDROSS, *ibid.*, pp. 108 y ss., y SCHAMBECK, H., “Idee und Lehren des Naturrechts”, en *Naturordnung in Gesellschaft, Staat, Wirtschaft*, Homenaje a Johannes Messner en su 70 cumpleaños, edit. Por Joseph Höffner, Alfred Verdross y Francesco Vito, Innsbruck, Viena, Múnich, 1961, pp. 437 y ss.; especialmente, pp. 440 y ss.

53. Cfr. BVerfGE 3, 225 (233 y ss.); 1, 14 (18); también 34, 269 (286 y ss.); además LANGNER, A., *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Bonn, 1959; WEINKAUFF, H., “Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1960), pp. 1689 y ss.; MÜLLER, *Naturrecht und Grundgesetz und Wolf Rosenbaum, Naturrecht und positives Recht. Rechtssoziologie Untersuchungen zum Einfluss der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, Neuwied-Darmstadt 1972; especialmente pp. 106 y ss.

54. Vid. WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2ª ed., Göttingen, 1967; especialmente pp. 322 y ss.

55. Vid. FRIEDRICH, C.J., *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1953, pp. 119 y ss.

56. Vid. SCHAMBECK, H., “Die natürlichen Rechtsgrundsätze des art. 7 ABGB”, en *Völkerrecht und Rechtsphilosophie, international Festschrift für Stephan Verosta*, edit. por Peter Fischer, Heribert Franz Köck, Alfred Verdross, Berlín, 1980, pp. 479 y ss.

pueden quedar en lo que a su modificación se refiere a expensas de la mano del intérprete. Además de su deficiente posible revisión intersubjetiva”⁵⁷.

Conforme al pluralismo de la sociedad en el ámbito intelectual, religioso, ideológico, plasmada también en las diversas concepciones de los partidos políticos así como en los intereses profesionales, el legislador de un Estado va a hacer o no una referencia prepositiva y con esto una referencia al derecho natural primeramente en el Derecho Constitucional y más tarde en su ordenamiento jurídico. *Esto se revela en la posibilidad de una referencia a Dios en el preámbulo de un ordenamiento jurídico constitucional*. Conforme a la situación de abril de 2006⁵⁸, 143 de 191 Constituciones tienen un preámbulo, y de éstos 65 una referencia a Dios, de los cuales la Constitución de Polonia de abril 2 de 1997 destaca, por que se refiere al pluralismo conforme a los tiempos actuales, dando a todos la oportunidad de indentificarse con su *invocatio Dei*, “tanto a quienes creen en Dios como fuente de verdad, justicia de los bienes y de la belleza, como también a los que no comparten este creencia, sino que derivan estos valores universales de otras fuentes”⁵⁹.

Por el carácter jurídicamente positivista del Derecho Constitucional austriaco, el cual es, por tanto, más neutral en cuanto a valores, ni la B-VG ni ninguna decisión constitucional después se refiere a Dios, y por desgracia en la discusión de los últimos tiempos⁶⁰ sobre una reforma del Derecho Constitucional austriaco no se ha mostrado una disposición general a incluir una referencia⁶¹. A todo esto se podría vincular Jürgen Habermas,

57. STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 2ª ed., München 1984, p. 21.

58. *Constitutions of the Countries of the World*, New York, 2006.

59. Sobre ello, BANASZAK, B., JABLONSKI, M., “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, *op. cit.*, pp. 223 y ss.

60. Vid. KHOL, A., “Österreich-Konvent und Verfassungsreform, eine Zwischenbilanz”, *Journal für Rechtspolitik*, Jg. 13 (2005), pp. 95 y ss; LIENBACHER, G., “Verfassungsreform und Konventsmethode”, *Journal für Rechtspolitik*, Jg. 13 (2005), pp. 42 y ss; ADAMOVICH, L., *Eine neue Republik? Gedanken zur Verfassungsreform*, Viena, 2004, p. 125 y del mismo, “Christentum und Verfassung”, en *Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Homenaje a Peter Pernthaler*, edit. Karl Weber y Norbert Wimmer, Viena-New York, 2005, p. 11; JABLONER, C., “Vom Verfassungskampf zu Österreich-Konvent”, en *Politische Kultur in Österreich*, ed. Nikolaus Dimmel y Josef Schnee, Viena, 2005, p. 158, así como SCHAMBECK, H., “Zur gottesfrage als Verfassungsfrage in Österreich”, en *Identität und offener Horizont, Homenaje a Egon Kapellari*, edit. Franz Lackner y Wolfgang Mantl, Viena-Graz-Klagenfurt, 2006, pp. 1107 y ss.

61. Observado desde la perspectiva católica, una referencia es Egon Kapellari, *über den Sinn von Weihnachten und die rolle des Christentums und der Kirche in Österreich*, *Kleine Zeitung* del día 24.12.2004, pp. 2 y ss.

quien aun no siendo religioso, en 2005 explicó al final de sus tesis sobre los “*Fundamentos prepolíticos de un Estado de Derecho democrático*”: “los ciudadanos secularizados, en su papel de ciudadanos del Estado, no deben negar a las concepciones religiosas del mundo la posibilidad de ser verdaderas, ni impedir a sus co-ciudadanos creyentes el derecho de contribuir a la discusión pública en lenguaje religioso. Una cultura liberal política puede esperar de sus ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos de traducir las contribuciones relevantes del lenguaje religioso en un lenguaje accesible y publico”⁶².

Aunque un concepto del derecho natural universal y permanentemente válido no se encuentra formalmente en los sistemas jurídicos y constitucionales, se puede constatar un concepto de derecho natural en sentido material, el cual se refleja en la idea del Derecho y en sus formas de expresión, en la justicia en sentido formal y material, la seguridad jurídica, principios generales del Derecho y en el orden de los valores como factores ideales, por una parte, y, por otra parte, en la naturaleza de la cosa, es decir, de la naturaleza del ser humano con su dignidad innata y de las realidades de hecho como factores reales. El Estado puede conseguir, bajo la consideración de estos rasgos del derecho natural en sentido material, una referencia ética y sus normas jurídicas positivas fundamentar obligaciones de conciencia así como junto a la validez también lograr la obligatoriedad⁶³.

V

Como puede verse en estas resumidas advertencias sobre el derecho natural en sentido formal y material, los responsables de la política y el derecho han de tener todo lo anterior presente y más o menos claro en su conciencia; ante todo, los esfuerzos por un Estado humano, de Derecho, social, y por un ordenamiento económico. Johannes Messner lo puso de

62. HABERMAS, J., *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?*, en HABERMAS, J., RATZINGER, J., *Dialektik der Säkularisierung, über Vernunft und Religion*, Freiburg, Basel, Viena, 2005, p. 36, y del mismo, *Glaube und Wissen*, Frankfurt/Main 2001; vid. además ESTERBAUER, R., *Die neue Funktion der Religion zu Jürgen Habermas. Positionierung von Religion in demokratischen Rechtsstaat*, österreichisches Archiv für Recht und Religion, 2006, Cuaderno 1, 53 Jahrgang, pp. 2 y ss.

63. Vid. SCHAMBECK, H., *Ethik und Staat, Schriften zum öffentlichen Recht*, Vol. 500, Berlin, 1986, junto a su obra *Der Begriff der “Natur der Sache”, ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Viena, 1969.

relieve en su extensa obra “*Handbuch der Gessellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*”⁶⁴. Esta obra, reconocida en numerosas partes del mundo⁶⁵, sería complementada por numerosas publicaciones sobre temas específicos de la ética y las ciencias sociales⁶⁶ por el propio Messner en multitud de escritos espirituales⁶⁷.

Johannes Messner, quien ya en 1984 estaba en una edad avanzada, fue tanto en su vida como en su obra como formado sacerdote, verdaderamente, *la personificación de la encíclica “Fides et Ratio”*, escrita por el Papa Juan Pablo II. Promulgada en 1998, desde entonces vivió, aunque no por mucho tiempo, conforme él había aprendido. Este escrito circular comienza con las palabras que también definen la obra y publicaciones de Johannes Messner: “Creencia y razón son como las dos alas con las que el espíritu humano se eleva hacia la búsqueda de la verdad”⁶⁸.

La verdad es accesible desde la creencia y la razón y por ello se revela en el orden de la creación de la naturaleza. Desde esta perspectiva encuentran los cristianos también una responsabilidad de la creación. El derecho natural puede servir para medir el grado de responsabilidad. El cardenal Joseph Ratzinger ha resaltado también en relación con la “razón de la naturaleza” y “el derecho racional de los seres humanos”⁶⁹: “Para los cristianos esto tiene que ver con la creación y con el creador”⁷⁰.

Esta advertencia, relativa a la creación, es en estos momentos la gran responsabilidad de nuestra era si tenemos en cuenta que los derechos humanos comienzan con el derecho a la vida mismo, que puede ser vio-

64. MESSNER, J., *Das Naturrecht. Handbuch der Gessellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, Innsbruck-Viena-München, 1ª ed., 1950, 5ª ed., 1966, reimpresión Berlín, 1984.

65. Cfr. “Herbert Schambeck, Johannes Messner und die Bedeutung seiner Lehre vom Recht und Staat”, en *Naturrecht in Anwendung*, Johannes Messner Vorlesungen 2001, ed. Rudolf Weiler, Graz, 2001, pp. 117 y ss; especialmente, pp. 136 y ss.

66. Vid. Johannes Messner 1891-1984, ed. y comentario de Alfred Klose, Paderborn, München, Viena, Zürich, 1991, así como MESSNER, J., *Menschenwürde und Menschenrechte*, selección de artículos, ed. por Anton Rauscher y Rudolf Weiler en colaboración con Alfred Klose y Wolfgang Schmitz, Viena, 2004.

67. Vid. MESSNER, J., *Spirituelle Schriften, das Wagnis des Christen, das unbefleckte Herz*, con introducción de Senta Reichenpfader, ed. por Anton Rauscher SJ y Rudolf Weiler en colaboración con Alfred Klose y Wolfgang Schmitz, Viena, 2002.

68. JUAN PABLO II, *Fides et Ratio*, Ciudad del Vaticano, 1998, p. 3.

69. RATZINGER, J., “Was die Welt zusammenhält, Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Saates”, en *Dialektik der Saekularisierung*, p. 51.

70. *Ibidem*.

lado, y, por otra parte, el clima, por ejemplo, teniendo en cuenta que la protección del medio ambiente tiene un significado existencial. ¡El derecho natural se encuentra en dicha época en una especial era de la responsabilidad! El Papa Benedicto XVI ha llamado la atención sobre ello el 23 de febrero de 2007 ante los participantes en el Congreso Internacional sobre el Derecho Natural: “El método que a nosotros nos es permitido reconocer más profundamente, la estructura razonable de la materia siempre nos convierte en más incapaces de ver el origen de esta racionalidad, la razón de la creación. La capacidad de reconocer las leyes del ser material nos hace incapaces de ver en el ser el mensaje ético recibido, el cual desde la tradición se conoce como “*lex naturalis*”, ley moral natural... La razón por la que permanece en el concepto de naturaleza es que éste no constituye un concepto meramente metafísico sino puramente empírico”⁷¹. EL Papa Benedicto XVI explicó también: “El derecho natural es finalmente el único baluarte válido contra la arbitrariedad del poder o los engaños de la manipulación ideológica. El conocimiento de esta ley, escrita en el corazón del ser humano, crece con el progreso de la conciencia”⁷².

*El reconocimiento del derecho natural presupone ante todo el esmero de la conciencia, la comprensión del ser, del derecho, y el entendimiento de la naturaleza humana*⁷³. A la vista de estos condicionamientos, se puede incorporar el derecho natural a un ordenamiento jurídico fundamental, pues garantiza la libertad del Estado a través de los derechos fundamentales liberales, la libertad en el Estado mediante los derechos fundamentales democráticos, la libertad a través del Estado por medio de los derechos fundamentales sociales, y además garantiza la protección de la vida y del

71. BENEDICTO XVI, “Probleme und Perspektiven des Naturrechts”, *L'Osservatore Romano*, Wochenausgabe in deutscher Sprache, 23, febrero 2007, n° 8, p. 9.

72. *Ibidem*.

73. Vid. Sobre ello, entre otros, *Wie erkennt man Naturrecht?*, ed. por Josef Seifert, Heidelberg, 1998, con contribuciones sobre la problemática y significado del reconocimiento del derecho natural: MAYER-MALY, T., *Vergewisserung über Naturrecht*, pp. 13 y ss; *Epistemologische und axiologische Grundlagen des Naturrechtsbegriffs*: WALDSTEIN, W., *Das Naturrecht und die Grundlagen seiner Erkenntnis im Römischen Recht*, pp. 35 y ss.; SEIFERT, J., *Zur Erkenntnis der Menschenrechte und ihrer axiologischen und antropologischen Grundlagen*, pp. 65 y ss; *Erkennbarkeit des Naturrechts als rechtliches und politisches Problem*: BYDLINSKI, F., *Erkenntnis von Naturrecht und heutiger Rechtsordnung*, pp. 109 y ss., y BUTTIGLIONE, R., *Erkennbarkeit des Naturrechts in einer pluralistischen Gesellschaft als Politisches Problem*, pp. 153 y ss.

medio ambiente mediante los derechos fundamentales existenciales⁷⁴. En estos tan variados valores de los derechos fundamentales expuestos, en estrecha relación con la libertad, lo importante es siempre respetar la visión común del ser humano que está en la base de todos estos valores⁷⁵ y conforme a ella positivizar y proteger el valor fundamental individual a través de una adecuada forma del derecho fundamental, lo cual se puede llevar a cabo a través del derecho público subjetivo, de una declaración programática, de la garantía institucional, y de la reglamentación organizativa⁷⁶.

De esta forma se requiere un doble equilibrio para *el respeto del derecho natural en el derecho público*, por un lado, entre el valor del derecho fundamental y la forma del derecho fundamental así como, por otra parte, entre el ordenamiento jurídico fundamental y el resto del sistema del Estado constitucional democrático. Esta perspectiva clarifica la gran responsabilidad social del derecho natural para el Estado y la sociedad.

VI

*Por este derecho natural considerado una responsabilidad social se ha esforzado la doctrina católica a lo largo de décadas. Johannes Messner ha renovado en sus publicaciones y obras ya iniciadas en la época de entreguerras y después de la segunda guerra mundial continuamente y sistemáticamente el asunto de la ética social y con ello el principal deseo de la doctrina católica*⁷⁷. Porque él mientras vivió durante la época del régimen nazi

74. Vid. SCHAMBECK, H., "Die Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat", en *Ordnung im sozialen Wandel*, Homenaje a Johannes Messner en su 85 cumpleaños, ed. Alfred Klose, Rudolf Weiler, Valentin Zsifkovits, Berlín, 1976, pp. 445 y ss., especialmente, pp. 466 y ss., 480 y ss.

75. Sobre ello, RADBRUCH, G., *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, pp. 9 y ss., junto a SCHAMBECK, H., "Menschenbild und Menschenrechte im österreichischen Verfassungsrecht", en *Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs, ethische Grundlagen und praktische Folgerungen*, Heidelberg, 1983, pp. 57 y ss.

76. En relación con ello, SCHAMBECK, H., *Grundrechte und Sozialordnung, Gedanken zur Europäischen Sozialcharta*, Berlín, 1969, pp. 95 y ss. También SCHAMBECK, H., "Menschenbild und Menschenrechte", *op. cit.*, pp. 71 y ss.

77. Vid. MESSNER, J., *Soziale Frage und soziale Ordnung. Tatsachen und Prinzipien*, Innsbruck-Viena-München, 1928; así como su obra *Socialökonomik und Sozialethik*, 2ª ed., Paderborn, 1929; también *Das Naturrecht, Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, Innsbruck-Viena-München, 1ª ed., 1950; también *Kulturethik mit Grundlegung durch Prinzipienethik und Persönlichkeitsethik*, Innsbruck-Viena-München, 1954; también *Der*

en el exilio en Gran Bretaña pudo aprovechar este tiempo de forma muy productiva dedicándose al estudio de la investigación empírica⁷⁸. Messner con sus trabajos científico-sociales ha preparado, acompañado y explicado muchas doctrinas católicas, especialmente las del Papa, ante todo, las encíclicas sociales.

En la enseñanza y la ciencia esta ética social católica de la responsabilidad puede ser capaz de servir como indicador y medir la dirección en la política. Messner supo de esta necesidad en un tiempo de mucho pluralismo⁷⁹ y brindó así su contribución en el sentido también de la Constitución pastoral del Vaticano II “*Gaudium et spes*” de que la iglesia debía estar en el mundo de hoy y no el mundo actual adaptarse a la iglesia!

Fue y es una alegría que las enseñanzas de Messner fueran continuadas y actualizadas por su discípulo en la cátedra de Viena Rudolf Weiler, el cual asimismo había seguido vinculando los estudios de teología con los de las ciencias sociales⁸⁰, realizando una labor de actualización⁸¹. El destacaría la diferenciación de Messner entre el *derecho natural primario*, el cual “se funda directamente en la naturaleza moral del ser humano y se manifiesta a través de su conocimiento racional jurídico-moral”⁸², y el *derecho natural secundario o derecho natural aplicado*. Bajo el rótulo de derecho natural secundario se comprenden las exigencias de justicia que proceden de principios generales que acompañan a la introspección de la naturaleza de la cosa según las circunstancias relevantes⁸³. Weiler reconoce la posibi-

Eigenunternehmer in Wirtschafts –und Gesellschaftspolitik, Heidelberg-Löwen, 1961; del mismo, *Die Soziale Frage im Blickfeld der Irrwege von gestern, der Sozialkämpfe von heute, del Weltentscheidungen von morgen*, 7ª ed., Innsbruck-Viena-Münich, 1964; del mismo, *Ethik und Gesellschaft*, Aufsätze, 1965-1974, Köln 1975, und *Kurz gefasste christliche Soziallehre*, Viena, 1979.

78. Así también RAUSCHER, “Johannes Messner (1891-1984)”, en *Zeitgeschichte in Lebensbildern*, Mainz 1984, pp. 250 y ss.; sobre todo, p. 257.

79. Sobre ello, Vid. MESSNER, *Du und der andere. Vom Sinn der menschlichen Gesselschaft*, Vol. 3 del *Komentarreiche zur Pastoral konstitution des Zweiten Vatikanischen Konzils über die Kirche in der Welt von heute*, Köln, 1969, así como MESSNER, *Die weltanschaulichen Positionen in der Auseinandersetzung von heute*, Bonn, 1977.

80. Vid. WEILER, R., *Einführung in die politische Ethik*, Graz, 1992; *Die Soziale Botschaft der Kirche, Einführung in die Katholische Soziallehre*, Viena, 1993; *Wirtschaftsethik*, Graz, 1993; *Herausforderung Naturrecht, Beiträge zur Erneuerung und Anwendung des Naturrechts in der Ethik*, Graz, 1996.

81. Vid. Especialmente, WEILER, “Wiederkehr des Naturrechts und Neuevangelisierung”, en *Die Wiederkehr des Naturrechts und die Neuevangelisierung Europas*, pp. 9 y ss.

82. MESSNER, *Das Naturrecht*, p. 359.

83. *Ibid.*, p. 362. WEILER, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

lidad de errores en el derecho natural y hace hincapié en el hecho de que “la importancia de las metas existenciales es decisiva para la investigación de la naturaleza humana en aras de superar los errores del derecho natural y en aras de abrir nuevas vías”⁸⁴.

Complementando a la escuela de teólogos del derecho natural de Viena se encuentran las contribuciones de un fundador de la escuela vienesa de Teoría del Derecho, Alfred Verdross, quien pone de relieve el “a priori” del derecho positivo en la unión grociana del Derecho Internacional y la Filosofía del Derecho⁸⁵. Él dedicó uno de sus últimos trabajos monográficos al tema del derecho natural, titulándolo *El derecho natural estático y dinámico*⁸⁶. Para él hay que tener en cuenta “que el derecho natural no es un derecho en sentido jurídico sino que consiste en principios que preceden al derecho positivo y que pueden deducirse a partir de la luz natural de la razón”⁸⁷. Según él, “sólo las realizaciones concretas del derecho natural primario se cambian. Por eso las normas concretas del derecho natural a lo largo de la historia tienen que ser dinámicas, mientras que los principios fundamentales son constantes”⁸⁸ y “el hecho de que la teoría del derecho natural de nuestro siglo procedente de ideologías diferentes coincida en destacar la dignidad del ser humano como fundamento de los fines humanos lo revela como guardián fiel de la herencia clásica”⁸⁹ y “el derecho natural como conciencia humana del derecho positivo”⁹⁰.

Es motivo de alegría y agradecimiento que los estudios de derecho natural y de los derechos humanos tengan como representantes principales en Austria a autores como Messner, Weiler y Verdross, y sean acompañados en lengua alemana con los mismos esfuerzos en la Alemania del cardenal Joseph Höffner, al que el autor conoció a través de Messner y con el que mantuvo contacto personal después. Su ética colonial española de 1947

84. MESSNER, *op. cit.*, p. 39.

85. Vid. VERDROSS, A., “Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers”, *Juristische Blätter*, 45 Jg. (1916), pp. 471 y ss., y pp. 483 y ss., nueva impresión en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, pp. 1545 y ss.; también “Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie”, en *Ius et lex, Festschrift für Max Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 447 y ss., nueva impresión, Vol. 1, pp. 787 y ss., y también “Dynamisches Naturrecht”, *Forum*, XII/137 (mayo 1965), pp. 223 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 933 y ss.

86. VERDROSS, A., *Statisches und dynamisches Naturrecht*, Friburgo, 1971.

87. *Ibid.*, p. 9.

88. *Ibid.*, p. 116.

89. *Ibid.*, p. 117.

90. *Ibid.*, p. 114.

bajo el título de “*Cristianismo y Dignidad Humana*” y su publicación de 1969 “*Colonialismo y Evangelio*”⁹¹ fueron contribuciones de gran relevancia para la ética del Derecho Internacional. Su “Doctrina social cristiana” fue publicada por primera vez en 1962 y se volvería a publicar posteriormente en multitud de ediciones y traducciones, convirtiéndose en una doctrina cristiana sobre la sociedad, la economía, el Estado y la comunidad de naciones. Lothar Roos se ha ocupado de editar, completando y actualizando los temas, la doctrina y bibliografía de esta obra⁹².

De la misma manera hay que mencionar también las contribuciones sobre la responsabilidad social cristiana de Anton Rauscher⁹³ en “*La iglesia en el mundo*”, quien siguió la actualidad de la doctrina social de la iglesia católica durante décadas, y el cual se sintió muy unido como sacerdote-docente a Messner; como también en Suiza Arthur Fridolin Utz, quien contribuyó a la historia⁹⁴, los principios y el desarrollo de la doctrina social católica, incluida la doctrina del derecho natural⁹⁵.

Estos esfuerzos diversos sin límite por el reconocimiento del orden natural como tarea del legislador⁹⁶ del Estado y de la comunidad internacional se ven reflejados en el ámbito católico por las recomendaciones de las declaraciones papales, sobre todo en el último pontificado a través del Papa Juan Pablo II en sus encíclicas sociales “*Laborem Exercens*” de 1981, “*Sollicitudo Rei Sociales*” de 1987 y “*Centesimus Annus*” de 1991, el Compendio de

91. HÖFFNER, J., *Kolonialismus und Evangelium, Spanische Kolonialethik im Goldenen Zeitalter*, Trier, 1969.

92. HÖFFNER, J., *Christliche Gesellschaftslehre*, editado y completado por Lothar Roos, segunda edición de la nueva impresión, Kevelaer, 2000.

93. RAUSCHER, A., *Kirche in der Welt, Beiträge zur christlichen Gesellschaftsverantwortung*, Vols. I y II, Würzburg, 1988, Vol. III, Würzburg, 1998.

94. Vid. *Die katholische Sozialdoctrin in ihrer gesichtlichen Entfaltung. Eine Sammlung päpstlichen Dokumente vom 15. Jahrhundert bis in die Gegenwart*, edit. por Arthur Fridolin Utz y Brigitta Gräfin von Galen, Vol. IV, Aachen, 1976.

95. UTZ, A.F., *Grundfragen des öffentlichen Lebens, Bibliographie*, Vols. 1-4, Friburgo i. Br., pp. 1960 y ss. Así como *Sozialethik I: Die Prinzipien der Gesellschaftslehre*, Heidelberg/Löwen, 1958, y *Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens. Soziale Summe Pius XII*, Vols. 1-3, edit. por él mismo y por Joseph-Fulko Groner, Friburgo (Suiza), 1954-1961.

96. Vid. SCHAMBECK, H., “Die Menschenwürde im öffentlichen Recht und in der politischen Wissenschaft”, en *Conceptualization of the Person in Social Science*, ed. por Edmond Malinvaud y Mary Ann Glendon, The Pontifical Academy of Social Sciences Acta 11, Ciudad del Vaticano, 2006, pp. 235 y ss; ISENSEE, J., “Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 131 (2006), pp. 173 y ss. y HILPERT, K., *Begründung und Bedeutung der Menschenwürde aus christlicher Sicht, Zur Debatte* 7, München, 2007, pp. 24 y ss.

la doctrina social de la iglesia de 2004, así como a través de los mensajes del Papa sobre la paz mundial, empezando por el Papa Pablo VI⁹⁷.

Con el avance de la tecnología la vida pública se internacionaliza y las fronteras se diluyen mediante la globalización⁹⁸, aproximándose los seres humanos cada vez más; como el Papa Benedicto XVI puso de relieve en su mensaje papal sobre la paz mundial la humanidad se siente cada vez más como una gran familia⁹⁹. Estos avances también deberían dar lugar a una internacionalización y globalización de la solidaridad y de la humanidad¹⁰⁰. Así Europa podría convertirse con su nuevo ordenamiento integrado en una *comunidad de valores*¹⁰¹ y *de derechos*; los Tratados de la Unión Europea fomentan este fin en la versión del Tratado de Lisboa (2007), el cual no incluye una *invocatio dei*, pero en el Preámbulo¹⁰² se refiere a la inspiración “en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos

97. Vid. *Die Weltfriedensbotschaften Papst Paul VI*, introducción y edición de Donato Squicciarini, Berlín, 1979; *Die Weltfriedensbotschaften Papst Johannes Paul II*, edit. por Donato Squicciarini, Berlín, 1992, así como *Die Weltfriedensbotschaften “Papst Johannes Paul II. 1993-2000, Beiträge zur katholischen Soziallehre”*, introducción y edición de Donato Squicciarini, Berlín, 2001.

98. Cfr. MINNERATH, R., *Gefen der Verfall des Sozialen, Ethik in Zeiten der Globalisierung*, Freiburg-Basel-Wien, 2007.

99. BENEDICTO XVI, *Die Menschheitsfamilie, eine Gemeinschaft des Friedens, Feier des Weltfriedenstag*, 1, enero 2008.

100. Vid. SCHAMBECK, H., “Nächstenliebe und Gerechtigkeit als Gebote des Glaubens sowie des Rechtes, Gedanken zur Enzyklika Papst Benedikt XVI. *Deus Caritas est*”, en *Charity and Justice in the Relations among Peoples and Nations*, edit. por Mary Ann Glendon, Juan José Llach, Marcelo Sánchez Sorondo, The Pontifical Academy of Social Sciences. Acta 13, Ciudad del Vaticano, 2007, pp. 27 y ss.

101. Sobre esto, SCHAMBECK, H., “Über Grundsätze, Tugenden und Werte für die neue Ordnung Europas”, en *Gedächtnisschrift für Joachim Burmeister*, ed. por Klaus Stern y Klaus Grupp, Heidelberg, 2005, pp. 377 y ss.

102. Sobre ello, en *Kölner Gemeinschaftskommentar zur europäischen Grundrechte-Charta*. SCHAMBECK, H., *Die christlichen Wurzeln in der europäischen Verfassungsidee*, pp. 199 y ss. Así como el trabajo del mismo autor *Präambel und Gottesbezug*, pp. 241 y ss.; principalmente, STENICO, T., *Giovanni Paolo II, Padre dell'Europa. Dall'Atlantico agli Urali nel segno di Cristo*, Vaticano, 2004; RATZINGER, J., *Wendezeit für Europa? Diagnosen und Prognosen zur Lage von Kirche und Welt*, Friburgo, 1991, del mismo autor, *Europa I, suo fondamenti oggi e domani*, Milán, 2004; del mismo autor, *Werte in den Zeiten des Umbruchs. Die Herausforderungen der Zukunft bestehen*, Friburgo en Breisgau, 2005; KAPPELLARI, E., *Seit in Gespräch wir sind..., Neue Begegnungen*, Viena, Graz, Klagenfurt, 2007, especialmente, *Christus-Hoffnung Europas*, pp. 158 y ss., *Gibt es eine Leitkultur in Europa*, pp. 221 y ss. Y *Von der Verantwortung des Christen für Europa*, pp. 256 y ss. Así como CLEMENS, J., *Der Europagedanke bei Joseph Ratzinger*, Analecta Segermitana XXXIV, Vaticano, 2008.

inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”. Este Tratado incluye una extensa Carta de Derechos Fundamentales¹⁰³ que puede representar una aportación importante. El derecho natural en su eterno retorno podría conducirnos a esta comunidad de valores y derechos y hacer justicia a los cristianos como responsables de la divina creación.

VII

Esta responsabilidad *divina (de la creación)* del cristiano demanda que aprendamos de la historia en general y de la historia del derecho en particular. Por una parte, esta historia muestra la evolución de conceptos como el del derecho, la ley y el derecho natural así como también, por otra parte, en paralelo, a menudo una sucesión de corrientes tales como la del *eterno retorno del derecho natural*¹⁰⁴ *así como la del eterno retorno del positivismo jurídico*¹⁰⁵.

La vuelta al derecho natural casi siempre ha sucedido después de que regímenes autoritarios o totalitarios violaran los derechos humanos. En el siglo XX la violación de los derechos humanos se produjo sobre todo a través del nacionalsocialismo¹⁰⁶ y el comunismo¹⁰⁷, lo que produjo como reacción y contrapartida un cambio en el pensamiento jurídico. Los constitucionalistas polacos Banaszak y Jablonski¹⁰⁸, citados ya anteriormente en

103. Vid. *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*.

104. Vid. ROMMEN, *op. cit.*

105. Sobre ello, LANG-HINGRICHSEN, D., “Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus”, en *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, München y Berlín, 1954, p. 62; vid. También Kelsen, H., “Naturrecht und positives Recht, eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses”, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 2. Jg. 1927/1928, pp. 71 y ss.; Nueva impresión: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, pp. 215 y ss.; y del mismo autor, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg 1928, Heft 31, *Philosophische Vorträge*, edit. por Kantgesellschaft; nueva impresión: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, pp. 281 y ss.

106. Sobre ello, *Dimension des Völkermordes. Die Zahl der jüdischen Opfer des Nationalsozialismus*, edit. Wolfgang Benz, München, 1991, y *Gedenkbuch, Opfer der Verfolgung der Juden unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft in Deutschland 1933-1945*, segunda ed., edit. por Bundesarchiv, Vol. I-IV, Koblenz, 2006.

107. Vid. COURTOIS, S., WERTH, N., MARGOLIN, J.L., *Das Schwarzbuch des Kommunismus, Unterdrückung, Verbrechen und Terror*, 2ª ed., München, Zürich, 1998.

108. Vid. BANASZAK, B., JABLONSKI, M., “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, *op. cit.*

la introducción, lo señalaron con acierto. La reacción se observa claramente en la invocación a Dios en el Preámbulo¹⁰⁹ de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, con el reconocimiento de la dignidad humana en el artículo 1¹¹⁰ después de la Segunda Guerra Mundial y el fin del régimen nazi, así como también se ve de un modo ejemplar en Polonia después del cambio político¹¹¹ y el fin del comunismo en el Preámbulo de la Constitución de Polonia de 1997 y en su artículo 30¹¹².

Este cambio se expresa principalmente en el derecho público y en el *reconocimiento de los valores fundamentales y derechos fundamentales*¹¹³ así como en los principios, fines y metas de una Constitución del Estado¹¹⁴. Igualmente se refleja en la jurisprudencia¹¹⁵ y en la literatura. En ello Gustav Radbruch es un modelo de referencia fundamental¹¹⁶. Esta evolución condujo, por una parte, a una humanización en el pensamiento jurídico y al mismo tiempo consciente o inconscientemente, evidente o no, a una forma

109. Fundamentalmente, sobre ello, HÄBERLE, P., "Präambeln in Text und Kontext von Verfassungen", en *Demokratie in Anfechtung und Bewährung, Festschrift für Johannes Broermann*, edit. por Joseph Listl y Herbert Schambeck, Berlín, 1982, pp. 212 y ss; especialmente, p. 217.

110. Vid. NIPPERDEY, H.C., "Die Würde des Menschen", en *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Vol. 2, Berlín, 1954, pp. 1 y ss., y STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. IV/1, 97. *Die Würde des Menschen*, München, 2006, pp. 3 y ss.

111. Vid. TKACZYNSKI, J.W., *Polen im Umbruch, Skizzen aus Geschichte, Wirtschaft und Politik*, Berlín, 1997.

112. Sobre esto, BANASZAK, B., "Europäische Verfassung und Verfassung der Republik Polen", *Danzinger Juristische Studien*, Vol. XII (2004), p. 8, y del mismo, *Einführung in das polnische Verfassungsrecht*, Wrocław, 2003.

113. Vid. SCHAMBECK, H., "Grundrechte in westeuropäischen Verfassungen", *Österreichische Juristenzeitung* (1992), pp. 634 y ss. Del mismo autor, "Über die Grundwerte und Grundprinzipien der europäischen Verfassungen", *Österreichische Juristenzeitung* (1992), pp. 745 y ss.

114. Vid. STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 2ª ed., München, 1984, pp. 121 y ss., y SCHAMBECK, H., "Naturrecht und Verfassungsrecht", en *Das Naturrechtsdenken Heute und morgen, Gedenkschrift für Renè Marcic*, edit. Por Dorothea Mayer-Maly y Peter M. Simons, Berlín, 1983, pp. 911 y ss.

115. Vid., por ejemplo, WEINKAUFF, H., "Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes", *Neue Juristische Wochenschrift* (1960), pp. 1689 y ss. Y ULRICH EVERS, H., "Naturrecht in der deutschen Rechtsprechung", en *Das Naturrechtsdenken Heute und Morgen*, pp. 725 y ss., y KORINEK, K., *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Viena, Nueva York, 2000.

116. Sobre esto, SCHEUREN-BRANDES, Ch.M., *Der Weg von Nationalsozialistischen Rechtslehren zur Radbruchschen Formel. Untersuchungen zur Geschichte der Idee vom "Unrichtigen Recht"*, Paderborn, 2006.

de *secularización o profanación de la idea del derecho natural* a través de la positivación de sus requisitos en el ordenamiento jurídico¹¹⁷. La perspectiva metafísica, que ya el Papa Benedicto XVI¹¹⁸ puso de relieve, y el elemento prepositivo del derecho no siempre se muestran reconocibles y claros. Lo que el derecho natural exige se concibe en el derecho positivo como obvio y el denominado *renacimiento del derecho natural* no duró explícitamente *nunca demasiado tiempo*¹¹⁹, pero surtió efectos en la jurisprudencia de los derechos fundamentales de formas diversas, lo que no quedó libre de críticas¹²⁰, como la de Hans Joachim Faller quien planteo la cuestión: “¿es necesaria en la actualidad el regreso al derecho natural?”¹²¹

La respuesta a la pregunta de si el derecho natural es necesario es que sí. Siempre se plantea de nuevo, ante todo, en el Estado constitucional democrático en relación con las *posibilidades, deberes y límites del legislador*. En este contexto, el Papa Benedicto XVI recordó en el Congreso sobre el Derecho Natural el 12 de febrero de 2007 “que cualquier ordenamiento jurídico tanto a nivel nacional como internacional deriva su legitimidad del derecho natural de mensaje ético¹²² que está inscrito en el mismo ser humano. También advirtió en su planeado discurso para su visita a la universidad romana “La Sapienza” en enero de 2008: “Se trata de la configuración jurídica de la libertad humana, que es libertad en común: el derecho es una condición previa de la libertad, no su oponente. Pero surge de inmediato la pregunta: ¿Cómo decidir las normas de la justicia que posibilitan la libertad común y pueden servir a la bondad del ser humano?”¹²³; El derecho

117. Sobre ello, SCHAMBECK, H., “Der Stand der Naturrechtsidee heute”, en *Rechtspositivismus, Menschenrechte und Souveränitätslehre in verschiedenen Rechtsbereichen*, edit. por Edward Kroker y Theodor Veiter, Viena-Stuttgart, 1976, pp. 11 y ss.

118. BENEDICTO XVI, *Probleme und Perspektiven des Naturrechts*, p. 9.

119. Así vid. SCHNEIDER, P., *Naturrechtliche Strömungen in der deutschen Rechtsprechung*, *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, 1956, p. 98.

120. Vid. APELT, W., “Verfassung und richterliches Prüfungsrecht”, *Juristenzeitung* (1954), p. 401, y NAWIASKI, H., “Positives Recht und Überpositives Recht”, *Juristenzeitung* (1954), p. 717.

121. Vid. FALLER, H.J., “Ist eine Rückgriff auf das Naturrechte heute notwendig? Entwicklung bis zu den *Mauerschützen-Urteilen* des Bundesgerichtshofes”, en *Festschrift für Hartmut Schiedermaier*, edit. por Dieter Dörr, Udo Fink, Christian Hillgruber, Bernhard Kempen, Dietrich Murswiek, Heidelberg, 2001, pp. 3 y ss.

122. BENEDICTO XVI, *Probleme und Perspektiven des Naturrechts*, p. 9.

123. BENEDICTO XVI, *Es ist Aufgabe des Papstes, die Sensibilität für die Wahrheit wach zu halten*, *L'Osservatore Romano*, edición semanal en lengua alemana, 25, Januar 2008, nº 4, pp. 6 y ss.

natural puede mostrar el camino y resulta imprescindible, como también el Papa Benedicto XVI en este asunto resaltó: “La sensibilidad para la verdad a menudo queda eclipsada por la sensibilidad de los intereses”¹²⁴. El pensamiento de y sobre el derecho natural así como *la reflexión sobre la antesala del derecho, la dignidad humana y los derechos humanos*¹²⁵ pueden afrontar estos peligros. Este asunto traspasa las fronteras de los Estados individuales como muestra la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo¹²⁶, el Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo¹²⁷ y el Tribunal Internacional de crímenes de guerra en La Haya¹²⁸.

124. *Ibid.*, p. 7.

125. Vid. SCHOCKENHOFF, E., *Naturrecht und Menschenwürde. Universale Ethik in einer gesichtlichen Welt*, Mainz, 1996, y RÖMELT, J., *Menschwürde und Freiheit. Rechtsethik und Theologie des Rechts jenseits von Naturrecht und Positivismus*, Friburgo en Breisgau, 2006.

126. Vid. *Europäischer Gerichtshof, Sammlung der Rechtssprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz, Amt der Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften*, Luxemburgo.

127. Vid. *Sammlung der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte; Publikationen von 1960-1996; Reports of judgements and elections*.

128. Sobre esto, vid. página web del Tribunal.

Resumen: *Cuando el ordenamiento jurídico constitucional se presenta como codificación de la política, las cuestiones centrales que afectan al ser humano quedan en situación de peligro. La concepción formal de la democracia conduce a un Derecho que se fundamenta en el poder de la mayoría, la cual puede llegar a sofocar la libertad individual en determinados momentos. El Derecho Natural sirve para medir el grado de responsabilidad de un pueblo. Además de resultar imprescindible para delimitar las posibilidades, deberes y límites del legislador.*

Palabras clave: Derecho natural, soberanía, dignidad humana, derechos humanos, neutralismo valorativo constitucional, dictadura del relativismo, responsabilidad social, globalización de la solidaridad.

Abstract: *When Constitutional Law becomes a codification of politics, the central issues that affect human beings are placed at risk. The formal concept of democracy leads to a Rule of Law based on the power of the majority, which, under certain conditions, can stifle individual freedom and trample individual rights. Natural Law helps to measure the degree of responsibility of a society. In addition, Natural Law is crucial in defining the scope, the duties, and the limits of the legislator.*

Key words: Natural law, sovereignty, human dignity, human rights, constitutional-ethical neutrality, the dictatorship of relativism, social responsibility, the globalization of solidarity.

