

¿UN NUEVO RETORNO DEL DERECHO NATURAL? A PROPÓSITO DEL DISCURSO DE BENEDICTO XVI EN EL BUNDESTAG

Por el Académico de Número

Emmo. y Rvdmo. Sr. Cardenal Antonio M.^a Rouco Varela*

I. INTRODUCCIÓN

En su visita pastoral a Alemania en septiembre del 2011 el Papa Benedicto XVI fue recibido por el pleno del “Bundestag”. Uno de los momentos más significativos de su estancia en su tierra natal. Al invitarle, sin embargo, no tanto en su condición de compatriota sino en cuanto Papa, “como Obispo de Roma, que ostenta la suprema responsabilidad para la cristiandad católica —subraya Benedicto XVI— reconocen ustedes el papel que le corresponde a la Santa Sede como socio dentro de la Comunidad de los Pueblos y de los Estados. Desde esa mi responsabilidad internacional quiero proponerles algunas consideraciones sobre los fundamentos del Estado libre de derecho”¹. El contenido del discurso puede resumirse y caracterizarse como un “pläidoyer” o, mejor, como una propuesta lúcidamente formulada para la recuperación del “derecho natural” como categoría intelectual y como valor ético-jurídico en el pensamiento y en la vida de la comunidad política especialmente en la Europa

* Sesión del día 11 de junio de 2019.

¹ Benedicto XVI, Apostolische Reise Nach Deutschland. *Berliner Reichstagsgebäude* <http://w2.vatican.va/> “Aber die Einladung zu dieser Rede gilt mir als Papst, als Bischof von Rom, der die oberste Verantwortung für die katholische Christenheit trägt. Sie anerkennen damit die Rolle, die dem Heiligen Stuhl als Partner innerhalb der Völker— und Staatengemeinschaft zukommt. Von dieser meiner internationalen Verantwortung her möchte ich Ihnen einige Gedanken über die Grundlagen des freiheitlichen Rechtsstaats vorlegen”. Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal, Reichstag Berlín 2011. <http://w2.vatican.va/>

de comienzos de siglo y de milenio. Una bien contextualizada lectura del discurso del Papa exige tener en cuenta los dos diálogos mantenidos, siendo Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, respectivamente, con Jürgen Habermas en la Academia Católica de Baviera, el 19 de enero de 2004, sobre “la dialéctica de la secularización” y con Marcello Pera en mayo del mismo año. Ambos, fruto de la común preocupación por la crítica situación espiritual, cultural y política de Occidente, particularmente de la Europa contemporánea. El formato del diálogo con Marcello Pera fue el de una lección magistral del senador, 12 de mayo de 2004, en la Universidad Pontificia Lateranense de Roma al que siguió una conferencia del Cardenal Ratzinger, al día siguiente, en la Sala del Capitolio del Senado italiano. En un intercambio epistolar ulterior quedaron aclaradas las respectivas posiciones sobre el problema². Completará el contexto próximo del discurso la lectura del pronunciado en la Universidad de Ratisbona, ya como Papa, el 12 de septiembre de 2006, sobre Fe, Razón y Universidad, y la de sus dos grandes Encíclicas “Deus Caritas est” del 25 de diciembre de 2005 y, muy especialmente, “Caritas in Veritate” del 19 de julio de 2009, hecha pública un año después de que estallase en la Bolsa y en la Banca neoyorquinas una crisis financiera y económica no menor en su repercusión mundial que la del “viernes negro” de septiembre de 1929³.

¿Sería legítimo interpretar el discurso de Benedicto XVI en “el Bundestag” como un toque de atención a la opinión pública, dirigido no sólo a la opinión pública alemana sino también a la europea, sobre la conveniencia e, incluso, sobre la necesidad social, cultural y moral de procurar un nuevo retorno del derecho natural a la legislación, a la jurisprudencia y a las instituciones de la Europa ya unida del Atlántico hasta los Urales? ¿O quizá también como un síntoma intelectual de que la cuestión del derecho natural merece de nuevo ser tratada y estudiada en “sede científica” no menos en la filosofía y teoría general del derecho, que en la dogmática jurídica, sobre todo, en la que sistematiza el derecho constitucional?

El eco publicístico de su discurso sobrepasó con mucho los límites geográficos y políticos de la República Federal de Alemania. El eco académico no fue menor. Una prueba elocuente del debate suscitado fue la inmediata publicación de un libreo de comentarios a la alocución papal a cargo de varios catedráticos de ética, filosofía y teología política y de teoría del Estado, pertenecientes a diversas Universidades alemanas y austríacas. Su título resulta altamente significativo: “Verfassung ohne Grund?": “La Constitución ¿sin funda-

² Jürgen Habermas-Joseph Ratzinger, *Dialektik der Säkularisierung*, Freiburg 2005; Marcello Pera, *Senza Radici. Europa. Relativismo. Cristianismo. Islam*, Milano 2004.

³ Antonio M. Rouco Varela, *La actual crisis y su trasfondo moral y espiritual*, Anales RACMP, LXVI, Nr. 99, 297-299; 316-321.

mento?⁴ La pregunta por el grado y la cualidad de la consistencia ética de La ley Fundamental de Bonn de 23 de marzo de 1949, medio siglo después de su aprobación por “el parlamentarischer Rat”, subyacía inequívocamente a las reflexiones de los comentaristas, inmersos todos ellos en las corrientes filosóficas y teológicas del pensamiento más en boga en la actualidad universitaria alemana. No faltaban las perspectivas neokantianas ni las existencialistas ni las de la “teoría pura del derecho” ni, por supuesto, las de la tradición tomista, puesta al día. La aceptación intelectual del conocido y famoso “Diktum-Böckenförde” latía en el fondo de su diagnóstico crítico al enfocar la nueva problemática constitucional de la República Federal alemana, planteada después de la unión de las dos Alemanias de la Postguerra hacía apenas dos décadas, y, no menos, al integrar en su reflexión el debate contemporáneo sobre las bases éticas de un Estado concebido orgánicamente y funcionalmente de forma rigurosamente “secularizada”. Si es verdad que el Estado moderno, “el Estado libre y secularizado, vive de presupuestos que él mismo no se puede garantizar”⁵ no podría negársele oportunidad y actualidad al discurso de Benedicto XVI. Su propuesta de retorno teórico y práctico del derecho natural merecía ser considerada y apreciada al menos en el ámbito universitario. No podía sorprender tampoco el franco planteamiento de su necesidad político-jurídica, por parte del Papa, a la vista de la realidad contemporánea del derecho y del Estado en los albores del Siglo XXI y del Tercer Milenio que amanecían con el atentado de las Torres Gemelas de Nueva York, el 11 de septiembre del 2001: síntoma y/o efecto de una crisis de la comunidad internacional, innegablemente plural, de pueblos, naciones, civilizaciones, culturas y religiones. Máxime si se hacía memoria de la historia más cercana del derecho y del Estado en la Europa moderna y contemporánea. ¿Conociendo los antecedentes político-jurídicos de la 2.^a Guerra Mundial y sus consecuencias materiales y espirituales, se puede dudar hoy del fracaso del positivismo jurídico monopolizador de la ciencia y de la vida del derecho y del Estado, en forma sociológica y políticamente casi omnipotente desde las primeras décadas del siglo XIX hasta los umbrales de la II Guerra Mundial? En contraste con lo que también hoy es sentencia común: que “el iusnaturalismo” dominó la concepción y la realización del derecho en la vida política de la civilización europea, más acá y más allá del océano Atlántico, desde el “Ius gentium”, “el Ius civile” e incluso el “Ius publicum” romanos hasta los llamados y conocidos como “los códigos iusnaturalistas” europeos: el prusiano “Allgemeine Landrecht” (AL) de 1794, el “Code civil” francés de 1804 y el austriaco “Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch” (ABGB) de 1811. En este se puede leer todavía hoy en su párrafo 16: “Todo hombre posee

⁴ Verfassung ohne Grund? Die Rede des Papstes im Bundestag, Georg Essen (Hg), Freiburg, Basel, Wien 2012.

⁵ “Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann”. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Gegenwart, Berlin 2007², 229.

derechos innatos, evidentes para la razón”⁶. Ni siquiera en la encrucijada histórica del nacimiento del Estado moderno que se desgaja progresiva y decididamente del “Corpus o Universitas Christianorum” —de “la Cristiandad”—, sobre todo a partir de la ruptura protestante del siglo xvi, se renuncia a la categoría del derecho natural en la configuración de la legislación, la jurisprudencia y en los usos administrativos. Y, sobra decir, que mucho menos en los siglos más pronunciadamente regalistas e ilustrados de los siglos xvii y xviii, bien sea en los Estados del ámbito geopolítico protestante (luterano, calvinista, anglicano), bien, en los del mundo católico como España y el Imperio austriaco de los Augsburgo. Incluso sus teóricos de las tesis más radicalmente anticristianas y antimetafísicas son capaces de prescindir —al menos formal-lógicamente— del concepto y de la expresión “derecho natural”, al formular los fundamentos empiristas, materialistas y ateos del origen de la sociedad, del derecho y del Estado. No lo hacen, por supuesto, los grandes maestros de la Ilustración que podíamos calificar como creadores de la doctrina del derecho natural rigurosa y puramente racionalista. Su figura más paradigmática, el holandés Hugo Grotius (10.4.1583-28.8.1645), inquieto teológicamente, apoyándose en los pensadores más eximios de la Escuela de Salamanca y en los Jesuitas españoles de su tiempo (Molina y Suárez), será uno de los más consecuentes y más influyentes teóricos de la existencia y de la vigencia de un derecho natural “etsi Deus non daretur”, mientras, personalmente, conservaba intacta su fe cristiana en su vida privada y en su intensa actividad eclesiástica y política⁷.

La pregunta en la forma que ha quedado formulada —¿un nuevo retorno del derecho natural?— presupone que ha habido un primer retorno del iusnaturalismo después de la crisis del iuspositivismo moderno, finalizada la 2.^a Guerra Mundial, aunque de un limitado alcance histórico. Presupone igualmente que el positivismo jurídico ha vuelto a imponerse en las tres últimas décadas del siglo xx como doctrina inspiradora del ordenamiento jurídico y de su interpretación, sin excluir la jurisprudencia constitucional, que cuenta con el apoyo teórico de la mayoría de los tratadistas de la ciencia y de la filosofía del derecho en los que predominan los puntos de vista sobre el hombre y la sociedad suministradas por la sociología, la psicología y la biología sociales. El análisis de esta experiencia histórica se hace, por ello, premisa lógica —al menos existencialmente— para acertar con una respuesta intelectualmente responsable a la pregunta por un nuevo retorno del derecho natural a raíz del discurso de Benedicto XVI el 22 de septiembre de 2011 en el Bundestag en Berlín.

⁶ “Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte”: Wolfgang Waldstein, *Ins Herz geschrieben: Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Augsburg 2010, 53.

⁷ Javier Hervada, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona 1987, 262-269; Francisco Carpintero Benítez, *Historia breve del Derecho Natural*, Madrid 2000, 193 ss.; F.J. Niemann, Grotius, *LThK*², 1066.

II. EL RETORNO DEL DERECHO NATURAL, FINALIZADA LA II GUERRA MUNDIAL

1. Un precursor: Heinrich Rommen y su “eterno retorno del derecho natural”

En 1936 publicaba un joven jurista, Heinrich Rommen, en Leipzig “Die ewige Wiederkehr des Naturrechts”, su libro sobre “el eterno retorno del derecho natural”. Un desafío de primera magnitud intelectual y moral para el poder político del Estado nacionalsocialista implantado en Alemania en marzo de 1933. Razonaba su tesis central —la del hecho histórico del eterno retorno del derecho natural—, al hilo de un repaso científica y sistemáticamente muy elaborado de su historia hasta el umbral del Estado constitucional liberal y de su ulterior evolución política bajo el predominio hermenéutico de las teorías generales del positivismo jurídico, que concluye con su perversión totalitaria, perpetrada por el nacional-socialismo y por el marxismo-leninismo. La interpretación totalitaria a la que someten la categoría de “naturaleza” se opone frontalmente a la concepción de “la naturaleza racional, dotada de inteligencia y de voluntad libre, como corresponde a cada hombre y sobre la que descansa luego la dignidad, la libertad e iniciativa de la persona individual”, rechazando el carácter trascendente del orden universal del “ser creado” y del “deber ser” que se funda sobre aquel. El concepto de naturaleza queda burdamente trastocado por la teoría nacional-socialista del derecho en un sentido crasamente materialista. Ahora, la “naturaleza es sangre, la masa biológica de la raza” y “derecho es lo que aprovecha al pueblo como unidad racial”. E, igualmente por la forma como la define el marxismo-leninismo “el —supuesto— derecho natural del proletariado...consiste en un único principio: derecho es lo que aprovecha —es útil— al proletariado”⁸.

Heinrich Rommen después de realizar sus estudios de filosofía, teología y de Economía, (1929-1933), había trabajado en la oficina central del “Volksvereins”, una de las organizaciones más populares del catolicismo social de la época. Disuelta por el régimen nacionalsocialista en 1933, el joven jurista es detenido por la Gestapo; puesto en libertad, huye a Estados Unidos en 1938 ante la amenaza de ser detenido de nuevo y enviado a un campo de concentración. En América es contratado como Profesor en el Colegio de Sto. Tomás en St. Paul, Minnesota. La heroicidad de la medida de su valentía personal y del valor testimonial de su libro la da el hecho de haber sido publicado, ya promulgadas las leyes sobre la pureza de la raza y la segregación de los judíos (“las leyes de Nürenberg”) respectivamente en 1933 y 1934, y celebrado el referéndum que había confirmado el caudillaje del Canciller, Adolph Hitler, con una aplastante mayoría, el 12 de noviembre de 1933. Derogada de hecho la Constitución demo-

⁸ Heinrich Rommen, *Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München 1947², 161.

crática de Weimar (24. XI.1919) se impuso como primer principio normativo del Estado la trilogía: “ein Volk, ein Reich, ein Führer” (“un Pueblo, un Imperio, un Caudillo”), sobrepasando ilimitadamente el ámbito competencial abierto por “la Ermächtigungsgesetz” —“la ley de poderes excepcionales”— aprobada por dos tercios del “Reichstag” el 22 de marzo de 1933. Quedaba como última y suprema instancia del poder legislativo, judicial y administrativo la voluntad del “Führer” y, consiguientemente, despejado el camino político formal-jurídico para la perversión de la ley hasta el punto de ponerla al servicio de lo injusto y de la consumación de la desprotección legal de lo justo (“el *gezetliches Unrecht*” y “el *gesetzesloses Recht*”). En la segunda edición de su libro (Múnich 1947), a la vuelta del exilio norteamericano, alertaba de la debilidad política a la que se arriesga una concepción del Estado democrático de derecho sostenida solamente sobre bases jurídico-positivistas, aunque se formalicen con las categorías “Kelsianas” de “la teoría pura del derecho”. Ante tiranías, como la nacionalsocialista o la soviética, advertía, “se muestra la debilidad de esta forma, la más sutil, del positivismo jurídico”. Porque “debía también desconcertar, que la revolución nacionalsocialista, había sido ‘legal’ en el sentido del positivismo”⁹. Concluye su estudio histórico y sistemático del derecho natural con la cita de un positivista radical, K. Bergbohm, que inicia “su gran ataque al derecho natural” con el sorprendente aserto: “Todos los hombres son iusnaturalistas de nacimiento”. Para Heinrich Rommen, todo un reflejo del reconocimiento implícito de que “así como lo real y lo verdadero son uno, así también lo verdadero y lo justo son en el fondo uno: *Veritas facit legem*”¹⁰.

2. La Postguerra y la vuelta del derecho natural

La experiencia histórica de desolación material y espiritual que había supuesto la II Guerra Mundial para Europa y, muy trágicamente, para Alemania, incluía la convicción cierta de que su causa principal habían sido los totalitarismos político-jurídicos que habían dominado las corrientes más influyentes social y culturalmente de la opinión pública en las cuatro primeras décadas del siglo xx hasta alcanzar la conquista del Estado. El caso alemán se mostraba especialmente paradigmático. Hitler con el Partido Nacionalsocialista había llegado al poder en el marco político-jurídico de una Constitución democrática. ¿Cómo reconstruir la comunidad política en la forma de un Estado constitucional, libre, social y democrático de derecho sobre un fundamento doctrinal y ético que lo inmunizara de cara a un futuro sin riesgos de destrucción a medio y largo plazo? Sobre todo, cuando la Unión Soviética obstruía su salida del estado de ocupa-

⁹ “Es sollte stutzig machen, dass die nationalsozialistische Revolution ‘legal’ war im Sinne des Positivismus”: Heinrich Rommen, o.c., 164-165 con 147.

¹⁰ “Alle Menschen sind darum geborene Naturrechtsjuristen, weil unaustilgbar in der Sede die Forderung liegt, dass das Recht in der Sichtlichkeit leben muss” “Und wie das Wirkliche und das Wahre, so sind auch dar Wahre und das Gerechte im letzten Grund eins”: “*Veritas facit legem*”: Heinrich Rommen, o.c., 262.

ción militar al oponerse a la propuesta del restablecimiento libre y democrático de la unidad territorial de las cuatro zonas (la norteamericana, la inglesa, la francesa, la rusa). La alarma crecía ante la manipulación, entre cínica y violenta, de los procesos electorales organizados por las autoridades soviéticas en los Estados del Centro y Este de Europa bajo su ocupación militar e influencia política para instaurar en ellos su modelo de pseudo-democracia popular. ¿Serviría una más articulada y jerarquizada formulación del sistema jurídico en el marco de la concepción constitucional del Estado liberal? ¿O había que recuperar la antigua e históricamente bien probada tradición teórica y práctica del derecho natural? Gustav Radbruch y Romano Guardini, dos maestros indiscutibles en sus respectivos campos de pensamiento, y de un relevante prestigio social y cultural en esa coyuntura histórica de la reconstrucción de la rendida Alemania representan dos ejemplos intelectuales egregios de una respuesta afirmativa.

A Gustav Radbruch, el derecho nacional-socialista y la derrota y ocupación de Alemania le sumen en un estado de una lucha interior en la intimidad personal de su conciencia moral y religiosa que le empuja a una revisión de los presupuestos “iuspositivistas” de su pensamiento filosófico-jurídico, alimentado intelectualmente por la teoría neokantiana del conocimiento vertebradora, sobre todo, de la “metodología (“Metodik”) de su filosofía del derecho fundada en dos principios: “el dualismo metódico y el relativismo”, por una parte, y en una idea de derecho “integrada por los valores de la justicia, de la seguridad jurídica y la utilidad social, por otra”¹¹. En un artículo publicado en el periódico “Rhein-Nec-kar-Zeitung” de 12 de septiembre de 1945, a poco más de tres meses de finalizada la II Guerra Mundial, admite “que hay principios de derecho que son más fuertes que cualquier norma jurídica, de tal forma que una ley que los contradiga, quedaría vacía de toda vigencia. Se llama a estos principios derecho natural o derecho de la razón”¹². Y, en su artículo “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht” (“Anti-derecho legal y Derecho supralegal”), aparecido en el “Süddeutsche Juristenzeitung”, en agosto de 1946, llegará a afirmar que cuando “la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcanza un grado tan insoportable” entonces “la ley como «derecho no recto» (“Unrichtiges Recht”) ha de ceder a la justicia”, a la vez que aprueba el hecho, de que al término de la guerra “se emprendiese en todas partes desde el punto de vista del anti-derecho legal y del derecho supra-legal la lucha contra el Positivismo”¹³.

Romano Guardini es otro gran testigo del renacimiento del iusnaturalismo en la conciencia colectiva del pueblo alemán en el primer año de la inmedia-

¹¹ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* Stuttgart 1956⁵, 12 y 169 ss.

¹² “Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, son dass ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist. Man nennt diiese Grundsätze das Naturrecht oder das Vernunftrecht”: Gustav Radbruch, o.c., 336.

¹³ “Allerorten wird also unter dem Gesichtsprunkt des gesetzlichen Unrechts und des übergesetzlichen Rechts der Kampf gegen des Positivismus anfgenommen”): Gustav Radbruch, o.c., 336, 352, 353.

ta Postguerra: en 1945. En tres conferencias para los jóvenes católicos de Memmingen en los días 6, 7 y 8 de julio de 1945, conocidas como el “Memminger Triduum”, aborda tres cuestiones de máxima actualidad para la juventud alemana, abatida física y psicológicamente y no menos desconcertada humana, moral y espiritualmente: “Derecho y Antiderecho” (Recht und Unrecht), “La Verdad” (“Die Wahrheit”) y “La Providencia” (“Die Vorsehung”). Se vale de un lenguaje sencillo, un tanto catequético, para conseguir una clara finalidad pedagógica: la conversión de sus conciencias a la verdad moral que permita descubrir lo que es verdaderamente justo, recto y bueno y lo que no lo es. Sólo así podrán asumir la responsabilidad de sí mismos y de los demás. Sólo así comienza el hombre a ser “un verdadero hombre” (“ein wirklicher Mensch”). La conciencia, por otra parte, se percata de lo que es derecho y de lo que es antiderecho (“Recht” y “Unrecht”) adentrándose en el conocimiento de la naturaleza humana: “lo que pertenece a la naturaleza del hombre, lo que constituye el orden más íntimo de la vida, lo que es naturalmente así y no puede ser de otra manera”¹⁴. Saber lo que es recto —les dice— implica el conocimiento de la voluntad de Dios. “La voz en la conciencia de lo que es recto es la llamada de Dios”¹⁵.

La perspectiva iusnaturalista se hará también presente en la forma como Romano Guardini va a tratar uno de los problemas que más le preocuparán en las últimas tres décadas de su vida (+1.10.1968): el problema del poder (“die Macht”). ¿Cómo lograr un uso cultural y éticamente responsable del inmenso “poder” al que ha llegado el hombre contemporáneo con su casi ilimitada capacidad destructiva no solo del mundo material sino también del humano —¡del hombre!—, incluyendo su dimensión más espiritual? ¿Cómo lo logrará la humanidad del final de la edad moderna “si —los hombres— no pueden formarse a sí mismos”? El hombre contemporáneo “tiene de nuevo que estar dispuesto para hacer propia aquella actitud, que ya Platón había tipificado como la esencia de la responsabilidad humana, a saber, ‘la justicia’, esto es, la voluntad de ver el ser de las cosas, y hacer lo recto que de ellas resulte”¹⁶.

El marcado “espíritu” iusnaturalista que caracterizó el debate y la redacción de la “Ley Fundamental” de Bonn, de 24 de mayo de 1949, completa las pruebas de la tesis de que el derecho natural volvió con efectividad sociopolítica y cultural al escenario político y jurídico europeo de la inmediata postguerra. La construcción sistemática y las ideas antropológicas subyacentes a todo el texto constitucional desvelan la inspiración del derecho natural desde

¹⁴ “was zur Natur de Menschen gehöre, was die innerste Ordnung des Lebens bildet, was eben so ist und nicht anders sein kann”: Romano Guardini, 1945, Worte zur Neuorientierung, Paderborn 2015, 40-41.

¹⁵ “Das Rechte ist der Wille Gottes” “Die Stimme des Rechten im Gewissen ist der Ruf Gottes”: Romano Guardini, o.p., 41.

¹⁶ “Wenn sie sich selbst nicht formen können”; “muss er wieder zu jener Haltung bereit sein, die schon Platon als den Inbegriff menschlicher Verpflichtung erkannt hat, nämlich der «Gerechtigkeit» das heisst, das Wesen der Dingen zu sehen und zu tun, was von dorthin das Richtige ist”: Romano Guardini, Das Ende der Neuzeit, Die Macht, Würzburg 1986⁷, 183 con 163.

el mismo “Preámbulo” con la muy conocida remisión del legislador constituyente a la conciencia de su responsabilidad “ante Dios y los hombres” (“Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen...”) y con la significativa expresividad de la redacción del Artículo I (1): “La dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla es deber de todo poder estatal” (“Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”) ¹⁷.

Constatable es, además, el interés que despierta la problemática del derecho natural en “la doctrina” —Teoría general del derecho, Filosofía y Teología del derecho, Dogmática jurídica— en las dos primeras décadas posteriores a 1945; interés que se manifiesta en una casi inabarcable bibliografía. Sirvan como ejemplo los dos tomos de recopilación de artículos escritos en todas las lenguas cultas europeas, editados por Werner Maihofer en 1962, con el título “Derecho natural y Positivismo jurídico”, y por Arthur Kaufmann, en 1965, sobre “la Fundamentación ontológica del derecho”¹⁸; Hans Dieter Schelauske ofrecerá una visión crítica muy valiosa de “la Discusión del derecho natural en Alemania. Un panorama de dos décadas” (1945-1965) ¹⁹. Un debate en el que estuvo en juego el valor científico y práctico de la categoría “derecho natural” en orden a asumir la delicada e ingente tarea que planteaba el proceso de “la restauración” de la derrotada y humillada Alemania: restauración sociopolítica, ética, cultural e, incluso, religiosa de su dignidad como una de las grandes naciones de la Europa civilizada de raíces cristianas. La obra, por excelencia, sobre el derecho natural, de esa época, de carácter verdaderamente enciclopédico, es, sin embargo, la muy difundida y traducida de Johannes Messner, el famoso catedrático de la Universidad de Viena: “El derecho Natural”. Desde la perspectiva de la doctrina clásica, Messner se abre a toda la amplitud de los horizontes teóricos y al tratamiento de los temas de aplicación práctica del derecho natural planteados durante los veinte primeros años de la postguerra, incluso más allá del área cultural alemana²⁰. Debate estimulado intelectualmente por la positiva recepción del Magisterio Social de los Papas de ese período histórico (Pío XII, San Juan XXIII y San Pablo VI) y de las enseñanzas del Concilio Vaticano II, especialmente, de su doctrina sobre la libertad religiosa (Declaración “Dignitatis Humanae”) y sobre la relación Iglesia-mundo actual (Constitución pastoral “Gaudium et Spes”).

Por lo que respecta a España hay que destacar el predominio universitario y cultural del iusnaturalismo, poco menos que indiscutible desde los pri-

¹⁷ Cfr. Josef Bordat, *Ewiges im Provisorium. Das Grundgesetz im Lichte des christlichen Glaubens*, Rückersdorf 2019; Michael F. Feldkamp, *Der parlamentarische Rat 1948-1949*, Göttingen 2018³

¹⁸ Werner Maihofer, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, Darmstadt 1962; Arthur Kaufmann, *Die ontologische Rechtsbegründung*, Darmstadt 1965.

¹⁹ Hans Dieter Schelauske, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland: Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Köln, 1968. Johannes Messner, “Das Naturrecht”

²⁰ Johannes Messner, *Das Naturrecht*, Innsbruck-Wien-München 1960⁴.

meros años de la década de los cuarenta del pasado siglo. Son buena prueba de ello la creación de las cátedras de Derecho natural en las Facultades de derecho y la promoción de la investigación, estudio y divulgación de las obras de los grandes Maestros de la Ciencia, de la Filosofía y de la Teología del derecho de los siglos XVI y XVII, los Siglos de Oro de la Escuela de Salamanca, y de otros. La magna edición del “Corpus Hispanorum de Pace” propiciada por el “Consejo Superior de Investigaciones Científicas” (C. S. I. C.), bajo la dirección del Prof. Luciano Pereña, iniciada en Madrid en 1963, subraya la seriedad científica de la recuperación del derecho natural hispánico en los primeros veinticinco años de la postguerra civil española.

3. ¿Crisis postmoderna del iusnaturalismo? Mayo 1968

El iusnaturalismo de la 2.^a postguerra Mundial, pluralista en lo doctrinal, se mostraba, en cambio, unánime en sus conclusiones prácticas referentes al orden político-jurídico: unanimidad en la afirmación de la intangibilidad de la dignidad de la persona humana y de sus derechos fundamentales como los principios éticos del Estado democrático de derecho en concordancia con la Carta y la Declaración Universal de los derechos humanos, de las Naciones Unidas de 1948²¹. Los puntos teóricos de partida eran distintos —iusnaturalismo clásico, idealista, existencialista, personalista, actualización de la teología católica del derecho natural, apertura al derecho natural de la Teología Protestantes—, pero la experiencia existencial compartida era la misma y el objetivo de reforma histórica de la concepción moderna del Estado liberal, igualmente el mismo. Se trataba de superar tanto las versiones totalitarias del nacionalsocialismo y las marxistas-leninistas del Comunismo (vivas en Europa y socio-políticamente en crecimiento vertiginoso en distintas áreas geopolíticas de Europa y de Asia) como las individualistas del liberalismo radical de los siglos XIX y del primer tercio del XX. No obstante, cuando en el mundo libre occidental comienzan a debilitarse sociológica y culturalmente e, incluso, a alterarse “revolucionariamente” “los presupuestos pre-políticos” del Estado democrático de derecho, la capacidad crítica del iusnaturalismo de las primeras décadas de la postguerra empieza a erosionarse. Así ocurre frente a las formas neomarxistas de las nuevas teorías de la liberación de los pueblos y no menos en la confrontación dialéctica con la concepción emergente del hombre en una clave liberal excluyentemente individualista y materialista que le autoconstituye como instancia ética y jurídica última de su conducta personal y social. El famoso “prohibido prohibir” del Mayo Universitario del París de 1968 se convierte en la expresión no solo de un moderno estilo de vida juvenil, liberado de todo condicionamiento social, familiar y religioso, sino

²¹ Cfr. el “Considerando” primero del Preámbulo de la Declaración Universal de los derechos humanos de la ONU: Antonio Trujol y Serra, *Los Derechos Humanos*, Madrid 2004^a, 133.

también de una confusa propuesta de transformación radical del concepto de Estado libre y democrático de derecho. Las secuelas violentas llegaron pronto. Aparte de la ETA española y del IRA irlandés —con raíces históricas propias, provenientes de nacionalismos exacerbados— nos encontramos en la década de los años setenta con los Brigadas Rojas italianas y con la banda “Baader-Meinhof” en la República Federal de Alemania.

Simultáneamente, se debilita la conciencia moral de la sociedad respecto a convicciones multiseculares de innegables características cristianas, aún en su reformulación “ilustrada”, euroamericana. Se cuestionan los contenidos y límites de derechos fundamentales tan básicos como el del derecho a la vida, a las libertades de pensamiento, de conciencia, de expresión, de educación y, no en último término, al de la libertad religiosa. Se problematizan al máximo las instituciones primarias (“células primarias”) de la sociedad: el matrimonio y la familia. Las consecuencias jurídicas de este proceso político-cultural, indisimuladamente revolucionario, afectando al orden constitucional, no se hacen esperar. Aparece, muy difundida en la opinión pública, la categoría de “nuevos derechos”, elaborada desde una antropología sociológica y cultural que difumina y que, en casos extremos, niega la identidad biológica, psicológica y ontológica de la persona humana y, en consecuencia, la irrevocabilidad ética de su dignidad original²². “El sitio —del problema— en la vida” ni se altera con “la caída del Muro de Berlín” en el 9 de noviembre de 1989, ni mejora con la cada vez más intensa y global transformación pluralista de la sociedad. La irrupción de la violencia islamista (“el Daesh”) lo agrava en sus términos de convivencia y de consecución del bien común. No puede extrañar, por tanto, que la preocupación privada y pública por asegurar una garantía de los presupuestos “prepolíticos” del Estado social y democrático de derecho, culturalmente sólida y socialmente estable, hubiera ido “in crescendo” en los círculos más responsables de la comunidad internacional —incluyendo, la Santa Sede— y, muy especialmente, en lo que concernía a los aspectos doctrinales del problema. Las propuestas de John Rawls y de Jürgen Habermas la reflejan nítidamente: ¿Cómo conseguir un pluralismo social “razonable”?...¿Con las ideas de “un consenso” que comunica, integra y se superpone a los distintos “actores” socio-políticos, mediante “un uso público de la razón”? ¿En todo caso, habría que conjugarlas en la práctica, con la “Fairness”, entendida como “justicia”, y con la aplicación del “criterio de reciprocidad”? Así, muy concisamente, Rawls²³. ¿O bastaría con considerar y asentar como “vínculo de unión” “al mismo proceso democrático”? Se trataría de

²² Eduard Picker, *Menschenwürde und Menschenleben*, Stuttgart 2001; Janne Haaland Matlary, *Veruntreute Menschenrechte. Droht eine Diktatur des Relativismus?*, Augsburg 2006; Hans-Gregor Nissing (Hg.) *Was ist Wahrheit?*, München 2011; Werner Münch, *Freiheit Ohne Gott*, Illertissen 2017; Vittorio Possenti, *Estado, Democracia y Cuestión Religiosa*, Madrid 2019; Dalmacio Negro Pavón, *La tradición de la libertad*, Madrid 2019; Aurelio Fernández, *¿Qué es y qué no es el matrimonio?*, Madrid 2019.

²³ John Rawls, *Political Liberalism*, New York 1992. Traducción española: *El Liberalismo Político*, Barcelona 2016, 89 ss., 112 ss., 209 ss.

un proceso entendido y realizado como “una praxis comunicativa” a ejercitar en comunidad que en un régimen de libre discusión busque e intente como objetivo final “la recta comprensión de la Constitución”. Habrían de intervenir en ella tanto los ciudadanos que comparten una concepción “secularista” de la vida como los que profesan una religión como “modelo de comprensión y visión de la vida y del mundo”. Así, Habermas²⁴. Muy sugerente intelectualmente es “la teoría comunicacional del Derecho” de Gregorio Robles, que se entiende “como un conjunto de procesos de comunicación gracias a los cuales es posible la convivencia humana”. El derecho no debe ser “contemplado únicamente como un orden coactivo, sino como un medio de comunicación entre los hombres cuyo objeto es organizar la convivencia y dirigir la conducta”. Se trata de establecer “un marco epistemológico diferente”, puente científico entre el ius-naturalismo y el positivismo²⁵.

La pregunta se hace inevitable: ¿sobre qué principios o criterios éticos habrá de apoyarse el proceso o praxis comunitaria de mutua comunicación entre los grupos sociales y a que valores o contenidos morales habrá de conducir? ¿Y, cómo se definen éstos ante el riesgo evidente de relativismo ético y antropológico? ¿Correr ese riesgo ideológico no resultaría extremadamente peligroso en el actual momento de la sociedad? Un momento caracterizado por el hecho de unas posibilidades “tecnológicas” en manos del hombre en el ejercicio del “poder” —financiero, económico, mediático y político— de una inimaginable potencialidad en sus efectos destructivos que pueden afectar a la naturaleza, a la sociedad y a la integridad de la misma persona humana. Joseph Ratzinger responde a la pregunta, en su diálogo con Habermas²⁶, con la propuesta intelectual de una renovada teoría del derecho natural a la que no se la pueda reprochar que se trata de “una típica —o particular— doctrina católica” (“eine Katholische Sonderlehre”)²⁷.

III. LA PROPUESTA DE BENEDICTO XVI: ¿UNA INVITACIÓN A UN NUEVO RETORNO DEL DERECHO NATURAL?

El Papa abre su discurso en el “Bundestag” con la historia de los inicios del reinado de Salomón según el relato del 1.^{er} Libro de los Reyes (1R 3, 5ss.). Dios se le aparece en sueños al joven Rey y le dice: “Pídeme lo que desees que te dé” “Salomón respondió:...concede...a tu siervo un corazón atento, dócil, (“ein hörendes Herz”) para saber juzgar a tu pueblo y distinguir entre el bien y el mal” (1R 3, 9). No le pide ni riquezas, ni éxito, ni triunfos militares

²⁴ Jürgen Habermas-Joseph Ratzinger, o.c., 22 ss.

²⁵ Gregorio Robles, Introducción a la Teoría del derecho, Barcelona 2003⁶, 24-26.

²⁶ Jürgen Habermas-Joseph Ratzinger, o.c., 42-43, 46-48, 49-52.

²⁷ Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal Alemán, o.c. <http://w2.vatican.va/>

o políticos, fama... Le pide un bien que trasciende los límites terrenos y tan usualmente humanos del utilitarismo y del egoísmo. El bien que le debe importar a toda Política y en torno al cual ella debe girar, —pues eso se debe de procurar en política— consiste, según Benedicto XVI, en conocer y realizar lo que es “medida” y exigencia práctica de la justicia para la vida concreta de las personas y de las sociedades siempre y en cada momento histórico. O, lo que significa lo mismo, en Política se trata de conocer, respetar y hacer valer la verdad del derecho, distinguiendo sin ambigüedad alguna lo que es derecho y lo que es anti-derecho, so pena de hacer realidad otra oscura y decepcionante verdad a la que apuntaba San Agustín cuando se preguntaba: “¿Qué es un Estado sin derecho sino una grande banda de ladrones?”. Ante la mencionada inconmesurabilidad del “poder” que ha logrado el hombre en las sociedades postmodernas, la cuestión de la verdad de los fundamentos pre-políticos del Estado —advierde el Papa— y, más específicamente, de los fundamentos pre-positivos y trascendentes del derecho se manifiesta con una gravedad y urgencia históricamente inéditas: “El hombre puede destruir el mundo. Puede manipularse a sí mismo. Puede, por así decirlo, hacer hombres y excluir a hombres del ser-hombres”²⁸. He aquí, la decisiva cuestión: ¿cómo distinguir entre el verdadero derecho y la pura apariencia de derecho, sobre todo cuando sirve de envoltura formal a algo que va intrínsecamente contra el ser mismo del derecho? En la mayoría de las materias que han de ser reguladas jurídicamente parece evidente que es suficiente y apropiado el criterio de la mayoría, pero no necesariamente así en las grandes cuestiones que atañen a los fundamentos del orden jurídico —la dignidad de las personas y el bien y el valor del hombre mismo— en las que se decide, además, la misma suerte de la humanidad; como lo ha probado con creces la historia y, con evidencia trágica, la historia contemporánea. La memoria todavía viva y lacerante de “la Alemania nazi” le sirve al Papa para revalidar su argumentación, ¿Qué es pues verdaderamente “lo recto” desde la perspectiva de las realidades antropológicas fundamentales y que puede hacerse valer como derecho? Su respuesta es la de la vuelta intelectual, cultural y ética a las verdaderas fuentes del derecho: a la naturaleza y a la razón o, más precisamente dicho, la vuelta “a la consonancia –o armonía— de la razón objetiva y subjetiva”: “auf den Zusammenklang von objektiver und subjektiver Vernunft”; sin necesidad metodológica de recurrir a las religiones como fuente histórica del derecho, ni siquiera a la Revelación. El Cristianismo no ha hecho valer nunca ante el Estado y/o ante la sociedad la pretensión de “un derecho revelado”, es decir, de “un orden jurídico proveniente de la Revelación”²⁹.

²⁸ “Der Mensch kann die Welt zerstören. Er kann sich selbst manipulieren. Er kann sozusagen Menschen machen und Menschen vom Menschensein ausschliessen”: Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal Alemán, o.c. <http://w2.vatican.va/>

²⁹ “Ein Offenbarungsrecht”, “nie eine Rechtsordnung aus Offenbarung vorgegeben”: Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal Alemán, <http://w2.vatican.va/y Jürgen Habermas-Joseph Ratzinger, o.c., 50-52.>

Se trata, pues, de ampliar el horizonte del conocimiento de la naturaleza y de la razón más allá de las fronteras científicas levantadas por el positivismo materialista, bien sea el experimental bien sea el filosófico. Naturaleza, razón y conciencia, conjugadas en la búsqueda de la verdad y en el encuentro con la verdad, constituyen la triple categoría antropológica que despeja intelectualmente la vía al conocimiento vivo y existencialmente auténtico, teórico y práctico, de lo que es verdadero derecho y de lo que es derecho falso: “antiderecho”, “contraderecho”: “ein Unrecht”. Una concepción de la naturaleza y de la razón puramente positivista es incapaz de tender el puente lógico necesario para el reconocimiento de lo que es en verdad “el Ethos” y el “Derecho”. Si el ecologismo ha logrado convencer a la opinión pública y, en una buena medida, al sentir común de los científicos de que la realidad del mundo material —de la naturaleza—, responde a leyes de supervivencia y de buena y fecunda conservación, ¿con cuánta mayor razón, —o, por lo menos, con la misma razón— habrá que afirmarlo de la realidad humana? ¿del hombre?: “También el hombre tiene una naturaleza que ha de respetar... El hombre no es solamente una libertad que se hace a sí misma. El hombre no se hace a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza, y la voluntad es recta, cuando atiende a la naturaleza, la oye y la acepta y se acepta a sí mismo como quien que él es y no como quien que se ha hecho a sí mismo”³⁰.

De un concepto meramente positivista de la naturaleza, entendida en un sentido exclusivamente funcional, aliado con la comprensión igualmente positivista y funcional de la razón, no es lógicamente posible extraer conclusiones científicas del orden moral y del jurídico. Solamente para el discurso intelectual, que rehúye trascender el nivel positivista del conocimiento del hombre y de la naturaleza, resulta imposible el tránsito racional, ético-jurídico, del “ser” al “deber ser”. Benedicto XVI menciona a este respecto la noticia de que Hans Kelsen al final de su vida había abandonado la tesis del infranqueable dualismo entre el “ser” y el “deber” (“von Sein und Sollen”). La argumentación que sustentaba su antigua tesis positivista se centraba en la necesidad de que la viabilidad lógica de una norma presupone una voluntad que la dicte. La naturaleza, en consecuencia, sólo podría contener “normas” —¡normatividad!— si una voluntad “las había puesto en ella”. Lo que implicaría la existencia de un Dios creador. Discutir sobre la verdad de esta fe resultaría, según el Maestro de “la teoría pura del derecho”, completamente vano. El Papa se pregunta: ¿“De verdad, sería inútil y sin sentido (“aussichtslos”, “sinnlos”) preguntarse “si la razón objetiva, que se manifiesta en la naturaleza no supone una Razón Creadora, un Creator Spiritus”?³¹.

³⁰ “Auch der Mensch hat eine Natur, die er achten muss...Der Mensch ist nicht nur sich selbst machende Freiheit. Der Mensch macht sich nicht selbst. Er ist Geist und Wille, aber er ist auch Natur und sein Wille ist dann recht, wenn er auf die Natur achtet, sie hört und sich annimmt als der, der er ist und der sich nicht selbst gemacht hat”: Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal Alemán, <http://w2.vatican.va/>

³¹ “Ob die objektive Vernunft, die sich in der Natur zeigt, nicht eine schöpferische Vernunft, einen Creator Spiritus voraussetzt?”: Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal Alemán, <http://w2.vatican.va/>

El Papa termina apelando a la identidad cultural de Europa —identidad nacida del encuentro de la fe en el Dios de Israel, de la razón filosófica de los griegos y del pensamiento jurídico de Roma— para estar a la debida altura de la urgencia de defender y mantener viva “la conciencia de la responsabilidad del hombre ante Dios y de asegurar el consiguiente reconocimiento de la inviolable (“unantastbaren”) dignidad del hombre, de cada hombre” en la actual hora histórica de la humanidad ³².

No parece que haya duda de que el discurso de Benedicto XVI en Berlín, el 22 de septiembre de 2011 ante “el Bundestag”, ha querido ser una llamada intelectualmente pensada para una nueva reflexión sobre el valor político del derecho natural ante la delicada situación por la que atraviesa el mundo. Dirigida directamente a los políticos alemanes, pero también, indirectamente, a todos los responsables de la vida pública en el contexto postmoderno de nuestras sociedades de dentro y de fuera de Europa. Una llamada, por otra parte, reflejo moral y espiritual de una preocupación sentida y expresada en el tránsito histórico del siglo xx al xxi de modo científica y culturalmente multiforme. Verificable con un simple repaso de la bibliografía reseñable tanto en el campo de las ciencias sociales y jurídicas como en el de la filosofía y teología del derecho y, no en último lugar, en el terreno específico de la antropología. Permítanme destacar como ejemplo de esa búsqueda contemporánea de una nueva formulación de la doctrina del derecho natural la personalidad y obra de un maestro del pensamiento humanista europeo tan influyente en el debate de las ideas sobre el presente y el futuro de Europa de comienzos del Tercer Milenio, el recientemente fallecido Robert Spaemann³³. ¿No nos encontraremos ante una hora de verdadera encrucijada social, cultural, religiosa y política para la comunidad internacional y, singularmente, para el espacio geopolítico y euroamericano que está demandando un nuevo y renovado retorno del derecho natural?³⁴.

³² “Sie hat im Bewußtsein der Verantwortung des Menschen vor Gott und in der Anerkenntnis der unantastbaren Würde des Menschen, eines jeden Menschen, Maßstäbe des Rechts gesetzt, die zu verteidigen uns in unserer historischen Stunde aufgegeben ist”: Benedicto XVI, Discurso al Parlamento Federal Alemán, <http://w2.vatican.va/>

³³ Cfr. Andrzej Kucinski, *Naturrecht in der Gegenwart: Anstöße zur Erneuerung naturrechtlichen Denkens im Anschluss an Robert Spaemann*, Paderborn 2017.

³⁴ Cfr. Tadeus Guz (Hgr.), *Das Naturrecht und Europa*, Frankfurt am Main 2007; John Lawrence Hill, *After the Natural Law*, San Francisco 2016; Martin Rhonheimer, *Christentum und säkularer Staat*, Freiburg 2012; Francisco Puy, *Teoría tópica del derecho natural*, Santiago de Chile 2004; Javier Hervada, *Escritos de derecho Natural*, 2013³; *Persona, legge naturale, diritti umani in una società complessa e globale*, Academia Pontificia Santo Tomás de Aquino, Città del Vaticano 2007; Andrés Ollero, *El derecho en teoría*, Pamplona 2007.

