

# Sobre el Derecho Natural Racionalista y el Derecho Natural Actual

Norbert Horn<sup>1</sup>

Catedrático de la Universidad de Colonia, trabajando en las áreas de Derecho civil, Derecho mercantil, Economía del Derecho, Derecho financiero y Filosofía del Derecho

**SUMARIO:** I. ¿EL DERECHO NATURAL RACIONALISTA COMO ÚLTIMO CAPÍTULO? 1. *Los sistemas del Derecho natural moderno.* 2. *La subasta de las cosas en sí.* 3. *Método científico y positivismo del Derecho.*—II. EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL DESPUÉS DE 1945. 1. *Crítica del positivismo y los principios superiores del Derecho.* 2. *La salvación del honor de la Escuela positivista.* 3. *La prohibición de la metafísica vigente y el problema de los fundamentos de Derecho inalienables.*—III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO NATURAL POSITIVADO. 1. *Derecho natural y Estado constitucional burgués.* 2. *El renacimiento del Derecho natural y la Constitución.* 3. *Práctica del Derecho constitucional y método del Derecho natural.*—IV. LA PREGUNTA ACERCA DE LA JUSTICIA COMO PROBLEMA FILOSÓFICO.

En la historia de la Filosofía del Derecho europeo, incluso hoy en día, la pregunta sobre la justicia de las normas de Derecho y las decisiones jurídicas, que acompaña como una sombra a la legislación, a la aplicación del Derecho y a las ciencias jurídicas, ha sido respondida con la idea de un supuesto Derecho natural. En los últimos doscientos años predominó la crítica al Derecho natural. Par-

---

<sup>1</sup> Este artículo es una traducción del alemán de María José FALCÓN Y TELLA, de la Miscelánea dedicada a Martin KRIELE —Festschrift für Martin Kriele—, editada por Burkhardt ZIEMKE, Theo LANGHEID, Heinrich WILMS y Görg HAVERKATE, München, C.H. Becks'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, pp. 889-901.

te de esta crítica era, por un lado, la objeción sobre la falta de un fundamento filosófico y, por otro lado, la objeción de que un Derecho natural de esa clase no podría ser suficientemente concretado en su contenido, —al menos no con métodos científicos— y el concepto se quedaba por lo tanto relativamente vacío. Frente a la última objeción, Martin Kriele fue siempre de la opinión de que la concreción principal del contenido del pensamiento del Derecho natural, ha sido materializada por el desarrollo del Estado de Derecho constitucional moderno<sup>2</sup>. A continuación se profundizará en esta idea tomando algunos aspectos del desarrollo de la Filosofía del Derecho y de la Historia del Derecho actual.

## I. ¿EL DERECHO NATURAL RACIONALISTA COMO ÚLTIMO CAPÍTULO?

Desde el punto de vista actual el Derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII aparece como el último capítulo filosóficamente poco honroso de un gran tema de la Filosofía del Derecho europeo. El pensamiento del Derecho natural se inicia en la antigua Grecia, tiene sus efectos sobre CICERÓN, especialmente en su expresión estoica, luego lo recoge SAN AGUSTÍN y lo adapta a la cristiandad, para luego alcanzar su mayor esplendor con el aristotelismo cristiano en la Edad Media y continua influyendo de forma importante hasta los tiempos modernos<sup>3</sup>, hasta que posteriormente el Derecho natural racionalista<sup>4</sup>, después de deshacerse de sus justificaciones teológicas, perdiera también su base filosófica para llegar a su eliminación a

---

<sup>2</sup> P. Ej.: MARTIN KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtliche Legitimitätsgrundlage des demokratischen Verfassungsstaates*, 5. Edición, 1994, p. Ej., pp. 121, 131, 278, 296.

<sup>3</sup> Resumen en N. HORN, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1996, cap. 3.

<sup>4</sup> Acerca del Derecho natural actual, K. LUIG, *Vernunftrecht*, en: A. ERLER / E. KAUFMANN (Editores), *Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 4, 1993, col. 781-790.

través de la crítica de la metafísica, primero de los empiristas ingleses como HOBBS y luego del «devastador» KANT<sup>5</sup>.

### 1. *Los sistemas del Derecho natural moderno*

El derecho natural de los siglos XVII Y XVIII está marcado por el concepto de que el Derecho se podría basar en principios superiores, generalmente comprensibles y obligatorios, por ser accesibles a la razón humana, para posteriormente, a partir de esos principios, poder derivar, con un procedimiento asimismo razonable, «more geometrico», sistemas de Derecho completos con muchas reglas individuales bien organizadas. K. LUIG ha llamado la atención sobre la arbitrariedad relativa de estos conceptos de sistemas. Dice al respecto: «Los contenidos del Derecho natural se determinaron por lo que los diferentes teóricos del Derecho creían observar en la naturaleza. Cada teórico del Derecho tenía en este punto absoluta libertad. Y al respecto existen tan grandes diferencias que ya casi no se puede hablar de “un” Derecho natural. Los temas principales eran los derechos y las obligaciones del individuo frente a Dios, frente a sí mismo y frente a sus congéneres en el ámbito privado y en la sociedad, en sus diferentes niveles, desde la familia, la casa, la ciudad, el Estado y la comunidad internacional»<sup>6</sup>.

Los sistemas de Derecho natural, sin embargo, llegaban en muchos casos a los mismos resultados, ya que se movían en las rígidas tradiciones del Derecho romano y del Derecho alemán u otros Derechos locales. Además asumían impulsos del espíritu dominante de la época, en la fase final concretamente de la época de la Ilustración; esto les garantizaba ser aceptados. De esa forma se con-

---

<sup>5</sup> Esta constatación sólo es válida para la discusión general sobre la Ciencia del Derecho. En algunas áreas perduró el Derecho natural también en el siglo XIX, especialmente en la enseñanza; al respecto se ha anunciado un estudio de KLIPPEL.

<sup>6</sup> *Vernunftrecht*, en el lugar indicado, col. 786.

virtió el Derecho natural en la base de las grandes codificaciones que se realizaron en la segunda mitad del siglo XVIII. Es, al mismo tiempo, parte integral y la expresión ilustrativa de aquella teoría social del Derecho natural la que se puede considerar como el fundamento ideológico del Estado de Derecho moderno.

La emancipación del Derecho natural racionalista de las autoridades tradicionales es significativa. Se trataba del establecimiento de una ciencia fundamental. «Los juristas se encargaron, en aquellos tiempos, de los principios de su propia especialidad, renunciando con ello a la autoridad papal o imperial del Derecho romano»<sup>7</sup>. Este principio emancipador liberó unas energías científicas considerables, hasta tal punto que con esa época de las ciencias jurídicas se relacionan nombres gloriosos e indiscutibles, como GROTIUS, PUFENDORF, THOMASIIUS y WOLFF.

## 2. *La subasta de las cosas en sí*

El fundamento filosófico de estos sistemas tenía, tal y como ya se dijo anteriormente, que desaparecer, en el momento en que se pusiera en duda la posibilidad de justificar filosófica y científicamente los principios razonables superiores del Derecho. Esto está relacionado con aquel desarrollo de la Filosofía general en el cual a la metafísica se la tildaba exitosamente de camino equivocado, tanto en lo filosófico como en lo científico<sup>8</sup>. Desde PLATÓN se relacionaba la pregunta por la cognición y la profundización de los preceptos éticos universales con la posibilidad de realizar declaraciones universales sobre la realidad. Esta última posibilidad se denomina desde los tiempos de Aristóteles como metafísica. La posibilidad de realizar declaraciones metafísicas sobre la Ética y los más elevados preceptos sobre la justicia del Derecho se afirmaba en la

<sup>7</sup> *Luig*, en el lugar citado, col. 782.

<sup>8</sup> Con respecto al resumen a continuación en HORN, *Einführung*, en el lugar indicado (Fn. 2) cap. 3 y 4.

Filosofía de la Antigüedad clásica, de la Edad Media y de los principios de la época moderna. En la época moderna DESCARTES pensaba que la posibilidad de una metafísica en el ámbito de la Filosofía práctica era un requisito indispensable, pero, por el contrario, en el empirismo inglés THOMAS HOBBS la negaba con el mismo ímpetu.

El concepto de HOBBS ganaba influencia en el pensamiento de CHRISTIAN THOMASIVS y CHRISTIAN WOLFF. El ordenamiento jurídico es, según THOMASIVS, en el mismo sentido de HOBBS, un ordenamiento de la vida afectiva e instintiva desde el punto de vista de la utilidad. Por eso, el Derecho es un orden coactivo externo. Es un orden útil y razonable impuesto por medios estatales. Una relación con la obligación moral interna respecto al Derecho no es un requisito obligatorio. La religión es solo objeto de un sentimiento personal. Con THOMAS HOBBS el Derecho natural racionalista asume por lo tanto la ambivalencia del concepto de Derecho natural. Así HOBBS veía la naturaleza humana, por un lado, como la vida afectiva e instintiva y, por otro, como la capacidad de superar la lucha de todos contra todos. Pero al mismo tiempo se importó del empirismo inglés la imposibilidad de una fundamentación metafísica del orden moral.

Por ello KANT, en su búsqueda de una metafísica de las costumbres, se vio en la necesidad de rechazar la cognoscibilidad de las tesis metafísicas de la ética de contenido material en el sentido del Derecho natural tradicional, y a concentrarse en la posibilidad de una metafísica de la conciencia subjetiva. Esta conciencia no estaba en condiciones, al menos así lo decía el empirismo, de ir más allá de la experiencia. KANT veía la salida en el formalismo del imperativo categórico como la única vía posible de una formulación general de principios morales.

En Alemania el abandono de la metafísica —decretado especialmente por la crítica del conocimiento de KANT— tuvo un cierto impacto con repercusiones posteriores que GOETHE y SCHILLER anotaron entre asombrados y divertidos en sus epigramas conjuntos de 1797 bajo el título «Suficiente»:

Ya que la metafísica nos abandonó hace poco sin dejar herederos se venderán las cosas en sí mañana en sub hasta<sup>9</sup>.

### 3. *Método científico y positivismo del Derecho*

A la Escuela Histórica del Derecho le vino esta «subasta» como anillo al dedo. Porque con ello tenía una fundamentación filosófica para la superación del Derecho natural racionalista con su conceptualidad y su sistemática abstractas. El nuevo programa científico de la Escuela Histórica, el de la orientación hacia el punto de vista histórico del Derecho, de sus lazos con las condiciones de vida históricas y, por lo tanto, de su carácter variable, aparecía así como el camino filosófico correcto. El trabajo conceptual del Derecho natural racionalista seguía existiendo con éxito en el Pandectismo, aunque de manera creciente bajo la premisa de un positivismo científico. Los juicios sobre el contenido de los imperativos de justicia y los valores éticos carecían según ellos de fundamento.

El Pandectismo no se vio dañado por el Positivismo científico. Se guiaba, a pesar de su extraño modo de trabajo histórico, como es sabido, por el sentido de la realidad. En las cuestiones fundamentales de la ética y de la justicia, siempre que eran necesarias para encontrar y aplicar el Derecho, el Pandectismo podía predisponer sin indicación expresa los valores cristianos y en lo demás orientarse en los valores nuevos del Estado de Derecho liberalburgués.

El Positivismo legal de principios del siglo XX, que hizo retroceder al positivismo científico, a causa de la creciente legislación y sobre todo por la codificación del Derecho civil, cortó en mayor medida los lazos de las ciencias jurídicas con los valores y los conceptos sobre la justicia anteriores al Positivismo. Esto llevó a una creciente falta de orientación en decisiones fundamentales del Derecho, di-

---

<sup>9</sup> GOETHE, *Gedichte*. Editado por H. NICOLAI, 1992, p. 396.

solviéndose los valores tradicionales que existían en la sociedad; especialmente la influencia pública del cristianismo se debilitó y al mismo tiempo las ideas del Estado de Derecho burgués no lograron imponerse por mucho tiempo en Alemania (y tampoco en otros lugares), hasta que finalmente en el Estado nazi se cuestionó todo el fundamento de valor del Derecho y la Moral pública por el fenómeno, incomprensible para sus contemporáneos, de un Estado dominado por criminales.

## II. EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL DESPUÉS DE 1945

### 1. *Crítica del positivismo y los principios superiores del Derecho*

Después de 1945 se ha explicado el estado de indefensión espiritual de los juristas frente al nacionalsocialismo parcialmente con su educación en un pensamiento positivista. Esto habría enseñado a los juristas a aplicar e interpretar el Derecho sin tomar en consideración los valores éticos genéricos y conductores. La obediencia ciega habría apoyado con ello al Estado totalitario<sup>10</sup>. Esta crítica hacia la escuela positiva iba acompañada de un renacimiento del Iusnaturalismo. ROMMEN hablaba del regreso eterno del Derecho natural<sup>11</sup>, y COING formuló «los principios superiores del Derecho natural», que consideró como un intento de una fundamentación nueva del Derecho natural<sup>12</sup>. RADBRUCH también abandonó el relativismo de los valores y postuló unos principios de justicia objetivos

---

<sup>10</sup> H. COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Versuch einer Neubegründung des Naturrechts*, 1947, especialmente p. 7.

<sup>11</sup> H. ROMMEN, *Die Wiederkehr des Naturrechts*, 2ª ed., 1947.

<sup>12</sup> Así en el escrito citado de 1947 (comp. Fn. 9). Continuado en sus «Grundzügen der Rechtsphilosophie», 1ª edición 1950, cap. 6. (pp. 151 y ss.); 5ª edición 1993, mismas página, *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, informes de reuniones de la sociedad científica de la Universidad J.W. Goethe de Frankfurt/M, III/1 1965, p. 25; reimprimido en H. COING, *Gesammelte Aufsätze 1947-1975* (Editor D. SIMON), tomo 2 1982, pp. 23 y ss.

superiores, que él asume sobre todo en el núcleo esencial de los derechos fundamentales<sup>13</sup>.

RADBRUCH no ofreció una fundamentación filosófica, pero COING sí lo hizo. Se debe señalar, en un principio, que COING no se basa en el concepto del Derecho natural racionalista en el sentido del siglo XVIII. El recoge la totalidad de la tradición del pensamiento del Derecho natural europeo en su expresión cristiana. Como lemas de la fundamentación filosófica de COING se pueden nombrar: la idea de la autonomía de los métodos de las ciencias humanísticas en el sentido de la hermenéutica, la fenomenología de lo moral en el sentido de la ética material de valores (HARTMANN, SCHELER) y el rechazo de las teorías reduccionistas y monistas. Esta posición se vio expuesta a feroces críticas tanto en su crítica al positivismo (en el caso b) como también en su fundamentación filosófica (en el caso c).

## 2. *La salvación del honor de la Escuela positivista*

La crítica a la Escuela positivista, realizada por COING y otros después de 1945, ya no se comparte hoy de forma generalizada. El mandato decidido en la Escuela positivista de aplicar el Derecho vigente de forma obediente, que aparece como condición elemental de un Estado de Derecho que funcione en épocas tranquilas y constitucionales, es evidente. Pero se olvida que el «renacimiento del Derecho natural» está relacionado con unas experiencias extremas de Estado ilícito, tal como la ley de 3 de julio de 1934 para la legalización de los asesinatos ordenados por Hitler (para liquidar al grupo Röhm)<sup>14</sup>. Y no se tiene en cuenta, que lo que se quería crear no era un oponente a la Escuela Positivista en el sentido de la obediencia a las leyes en general, ya que esto es un precepto de justicia (de la *iustitia legalis*), sino que lo que se postuló fue una función estabi-

<sup>13</sup> G. RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3ª edición, 1965, p. 29.

<sup>14</sup> COING se refiere a este ejemplo en: *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, *Gesammelte Aufsätze*, tomo II, p. 27.

lizadora y complementaría del Derecho natural como «elemento de la Ciencia jurídica positivista».

Para la bancarrota moral de la justicia alemana durante la época nazi<sup>15</sup> se han ofrecido otros intentos de explicación en vez de la crítica a la Escuela positivista. B. RÜTHERS ha presentado una doble tesis sobre la tendencia hacia las ideologías de los juristas y la manipulabilidad ilimitada de los métodos de trabajo de los juristas<sup>16</sup>. K. LUIG ha rebatido la última parte y ha mostrado que las sentencias ilícitas típicas de la época nazi se caracterizaron por el desprecio y la deformación de las reglas fundamentales de procedimiento establecidas<sup>17</sup>. Y realmente parece que la brutalidad política del nacionalismo tuvo que ver más bien con la prevaricación del Derecho que con la reflexión metódica responsable<sup>18</sup>.

Pero también la tesis sobre la tendencia hacia las ideologías necesita de más reflexión. RÜTHERS ha subrayado que esa tendencia es una debilidad general en el ser humano, de la que los jueces naturalmente tampoco se libran en el Estado democrático de Derecho<sup>19</sup>. Esto se puede afirmar, pero queda la pregunta de cómo se ve la posibilidad de que el jurista individualmente pueda escapar a este peligro —especialmente bajo las condiciones del acceso a la información en la sociedad libre. RÜTHERS parece ser demasiado pesimista a este respecto. A esto se une otro problema: la equiparación de ideología y Derecho natural—. RÜTHERS ve la ideología nazi con pretensiones de presentarse como Derecho natural, que ha socavado la relación

---

<sup>15</sup> De la extensa literatura acerca de la justicia de 1933-1945 comp. G. GRIB-BOHM, *Jus* 1969, pp. 55 y ss., 109 y ss.; W. WAGNER, *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat*, 1974; G. SPENDEL, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, 1974; F. V. HIPPEL, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1955; I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen*, 1987; M. STOLLEIS, *Recht im Unrecht, Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, 1994.

<sup>16</sup> *Die unbegrenzte Aslegung*, 1968, 4ª edición 1991.

<sup>17</sup> *Macht und Ohnmacht der Methode*, NJW 1992, 2536.

<sup>18</sup> En este sentido también G. SPENDEL, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, 1974.

<sup>19</sup> *Ideologie und Recht im Rechtwechsel: ein Beitrag zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe*, 1992.

con las leyes y con ello el Estado de Derecho. Ha visto este fenómeno bien, pero lo ha descrito mal. Cuando COING y otros pensadores aprueban la reflexión sobre la idea del Derecho natural, se refieren a la gran tradición del Derecho natural en su expresión estoica y cristiana, y no a lo que se nos presentó, desde los tiempos de la sofística —por parte de MACHIAVELLO, HOBBS, MARX, LENIN, STALIN y HITLER— también como ideología del poder cuasiiusnaturalista. Aquí habría que hacer diferencias.

### 3. *La prohibición de la metafísica vigente y el problema de los fundamentos de Derecho inalienables*

Al renacimiento del pensamiento iusnaturalista después de la 2<sup>a</sup> Guerra Mundial se le tilda de haber sido una época breve<sup>20</sup>. La objeción fundamental apuntaba a que no se podían probar la corrección de los juicios de valor o la merecida preferencia por una u otra posición<sup>21</sup>. En fin, la crítica a la metafísica del siglo XVIII, la «subasta de las cosas en sí» y la prohibición resultante de pensar en observaciones científicas, que van dirigidas a medidas éticas objetivas siguen teniendo repercusión. Hasta el día de hoy se ven dominados por ello las formas de trabajo y de pensar de la Filosofía y de la Sociología, pero también la Ciencia jurídica de la República Federal a partir de los años cincuenta. J. HABERMAS descalificó luego el renacimiento del Iusnaturalismo, considerándolo como un fenómeno «por debajo del nivel de la Filosofía»<sup>22</sup>.

En la discusión sobre los fundamentos del Derecho existe hoy el dilema de que, por un lado, se aprueban en su contenido las posiciones de COING y otros, con respecto

<sup>20</sup> ARTHUR KAUFMANN, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre - und was daraus geworden ist*, en: FS Sten Gagner, 1991, p. 221.

<sup>21</sup> K. ENGISCH, *Auf der Suche nach Gerechtigkeit*, 1971, p. 261; R. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 1982, pp. 129 y ss.; también aportaciones en: W. MAIHOFER (editor), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 2<sup>a</sup> edición, 1972.

<sup>22</sup> *Theorie und Praxis*, 4<sup>a</sup> edición, 1971, p. 118.

a los principios superiores del Derecho, tal y como lo comprueba KÜHL<sup>23</sup>, pero, por otro lado, se rechaza tanto su fundamentación filosófica como la utilización del digno concepto de Iusnaturalismo. Para ello se cita otra vez el Iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII como ejemplo desalentador. Las prohibiciones de pensar como crítica a la metafísica siguen influyendo. Es representativo el modo en que *Arthur Kaufmann* enfoca los problemas sobre la existencia de principios inalienables o los valores de la justicia en su libro «Grundprobleme der Rechtsphilosophie» de 1994. La búsqueda de principios de ese tipo es para él imprescindible, pero rápidamente agrega que no se puede pensar en retroceder a la época anterior a KANT, y que en ningún momento se podría permanecer en un concepto de Derecho ontológicamente sustantivo y adorar la ley moral como a algo sustancial, intemporal y suprapositivo, como algo que está ahí, acabado, con existencia en un estado del que se pueden extraer conclusiones concretas, o sea derivar decisiones jurídicas de forma deductiva<sup>24</sup>. Naturalmente nadie pretende regresar a un estadio de la Filosofía del Derecho anterior como, por ejemplo, el del Iusnaturalismo ilustrado del siglo XVIII.

### III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO NATURAL POSITIVADO

Por eso tanto la Ciencia jurídica como la Filosofía siguen proclamando el veredicto del Iusnaturalismo. Al mismo tiempo se acepta implícitamente la negación de una fundamentación filosófica, y en ese sentido racional, de los principios y los valores superiores del Derecho. Uno debería asombrarse sobre la capacidad de una cultura jurídica —la alemana, la francesa y la anglosajona— de poder

---

<sup>23</sup> KRISTIAN KÜHL, *Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem zweiten Weltkrieg*, en: KÖBLER/HEINZE/SCHAPP, *Geschichtliche Rechtswissenschaft* (FS Alfred Söllner), 1990, pp. 331 y ss.

<sup>24</sup> En el lugar indicado, pp. 32, 36.

subsistir sin una fundamentación definitiva racional de sus principios. No podemos intentar dar una explicación que abarque todos los aspectos; nos llevaría en muchas direcciones. Pero un motivo que salta a la vista, por el que la situación de deficiencia filosófica entre los juristas y en la práctica del Derecho público en general no se percibió, o sólo se hizo de forma muy suavizada, es la positivación del Derecho natural.

### 1. *Derecho natural y Estado constitucional burgués*

El estado moderno y actual ha resuelto la cuestión de una fundamentación definitiva de los valores éticos superiores a través del positivismo de sus constituciones. Si se regresa a las raíces de este desarrollo notable se tiene que recurrir a la época del Derecho natural racionalista. Aquí está la importancia histórica de esta época de la historia del Derecho europeo, al mismo tiempo admirada y criticada, por los motivos anteriormente descritos. La influencia del Derecho natural racionalista sobre el Derecho general positivo del «*usus modernus*» puede haber sido relativamente pequeña<sup>25</sup>. Pero, al contrario, la influencia en el macronivel de los principios de Derecho constitucional del Estado moderno es sencillamente determinante. La Filosofía del Iusnaturalismo ilustrado ha desarrollado aquellos derechos humanos, que luego se positivarian en las constituciones como derechos de los ciudadanos. A quién corresponda ahora el mérito de haber realizado una mayor aportación al respecto, sea a la Filosofía ilustrada del siglo XVIII, en este caso especialmente a ROUSSEAU, o a la tradición anglosajona y las aportaciones de los teóricos del Derecho alemanes, no nos importa en este momento<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Así lo describe hace tiempo una disertación en Colonia de REINHARD VOPPEL, *Der Einfluss der naturrechtslehre auf den Usus modernus. Eine Untersuchung anhand der Literatur zum geltenden Recht im 17. Und 18. Jahrhundert*. Colonia 1994.

<sup>26</sup> Con respecto a la aportación francesa y anglosajona en la elaboración de los derechos humanos y fundamentales, ver MARTIN KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, 5ª edición, 1994 § 33 (pp. 130 y ss.).

Tampoco se puede describir el desarrollo que ha experimentado el Derecho constitucional moderno desde el siglo XVIII, o sea con el perfeccionamiento de los principios del Estado de Derecho y la evolución de los derechos fundamentales, como derechos de defensa contra el Estado, hacia la idea de protección e intervención, del Estado social.

La pregunta sobre una fundamentación de los principios iusnaturalistas se ha apartado —al menos en el caso de los juristas— de la Filosofía general y se ha trasladado hacia la discusión sobre el Derecho constitucional positivo. La positivación de los derechos humanos bajo la forma de derechos fundamentales es al mismo tiempo una aportación importante para superar la separación estricta entre el Derecho positivo, por un lado, y los conceptos generales sobre la justicia, por otro. El Derecho constitucional es hoy por hoy la línea de conexión más importante entre el Derecho positivo y las consideraciones generales sobre la justicia, una conexión que, aunque presentándose bajo otra forma, se encuentra naturalmente también ya en la tradición antigua del Derecho continental europeo.

## 2. *El renacimiento del Derecho natural y la Constitución*

La Constitución de la República Federal de Alemania se creó en un ambiente espiritual que buscaba, después de 1945, una orientación moral nueva del ordenamiento jurídico estatal y de ahí surgió el «renacimiento del Derecho natural». E. SPRANGER ha objetado contra los «principios superiores del Derecho» de COING, que estos estarían limitados en el tiempo y en ningún momento serían intemporales, pero al mismo tiempo ha añadido que reflejan los valores europeos modernos influidos por el cristianismo, tal y como se encuentra en los derechos fundamentales de las Constituciones actuales<sup>27</sup>. Este diagnóstico subraya

---

<sup>27</sup> En W. MAIHÖFER (editor), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 2ª edición 1972, pp. 90 y ss.

cómo se puede entender y se ha entendido también la creación de nuestra Constitución como la positivación de las ideas de Derecho natural existentes a través del tiempo. Al parecer ya no se necesitaba el Derecho natural después de la creación de la Constitución; se había positivado en buena parte en la Constitución. Esta positivación tuvo tanto éxito que nuestro Derecho constitucional irradia hoy su influencia hacia todas las áreas del Derecho, influye en ellas, las solapa y las impregna.

### 3. *Práctica del Derecho constitucional y método del Derecho natural*

Sería interesante trazar paralelismos entre el método actual de la Dogmática y la práctica del Derecho constitucional, por un lado, y los métodos del Derecho natural, por otro. Esta tarea se quedará para los constitucionalistas. Pero nos queremos permitir algunas indicaciones con respecto a tal paralelismo. Primero se debe nombrar la existencia de un segundo nivel de consideración superior frente al (sencillo) Derecho positivo. El Derecho natural ha formado un nivel de análisis superior, abstracto y con ello ha ejercido influencia sobre la Dogmática del Derecho común<sup>28</sup>. Esto significa que nuestro Derecho constitucional es el nivel de valoración superior y decisivo para todo Derecho sencillo. En segundo lugar se vuelven a ver hoy con más nitidez los límites de la positivación del Derecho. Eso quiere decir que el «Derecho» es algo más que la suma de las normas legales. Se aceptan por lo tanto en la Dogmática constitucional matices jurídicos iusnaturalistas del conocimiento del «Derecho» desarrollado y administrado por la Dogmática y las ciencias jurídicas, como indica la siguiente declaración:

«El Derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a los reglamentos positivos del poder estatal puede existir un “excedente” de Derecho, que tiene

---

<sup>28</sup> HORN, *Einführung*, en el lugar indicado (FN.2) p. 86.

su fuente en el orden jurídico constitucional como un conjunto de conceptos y que puede servir frente a la ley como correctivo; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es tarea de la jurisprudencia...»<sup>29</sup>.

En tercer lugar existe un paralelismo en el optimismo con el que se derivan demandas de Derecho muy concretas y específicas partiendo de principios y valores muy superiores y muy generales<sup>30</sup>. En el Derecho natural se pensaba que estas derivaciones eran posibles a través de un método lógico, seguro, «more geometrico»<sup>31</sup>, o sea en el marco de un sistema de conceptos deductivo-axiomáticos. La dogmática constitucional actual se caracteriza asimismo por su disposición a realizar derivaciones. Su carácter metódico es en lo específico totalmente diferente, pero obtienen sus resultados derivando regulaciones detalladas muy específicas, partiendo de normas, conceptos y valores muy generales; por ejemplo, del artículo 2 de la Ley Fundamental se deriva no sólo la protección de la autonomía privada, sino también la nulidad del contrato concluido sobre la confianza matrimonial a causa de una situación negocial determinada y de una cierta situación económica de las partes<sup>32</sup>.

¿Y no existen también en el método parecidos notables? Las observaciones críticas de A. KAUFMANN sobre la argumentación «ontológica sustantiva» del Derecho natural actual describen también las cualidades de la teoría constitucional. Paralelismo se muestra finalmente también en la relativa libertad de la construcción conceptual y de contenido, que constata K. LUIG para el Derecho natural<sup>33</sup> y que encuentra su correspondencia en la Ciencia constitu-

---

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional Federal 34, 269.

<sup>30</sup> Esta tendencia hacia el detalle también se muestra en el ALR prusiano, que en este punto también es un sucedáneo del Derecho natural.

<sup>31</sup> Acerca de ello P. RAISCH, *Juristische Methoden vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, 1996, pp. 64 y ss.

<sup>32</sup> Así la sentencia (merecedora de una aprobación en su contenido) sobre la fianza del Tribunal Constitucional Federal ZIP 1993, 1775.

<sup>33</sup> *Vernunftrecht*, en A. ERLER / E. KAUFMANN, *Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 4 1993, col. 781 y ss.

cional, donde se sacan a la luz nuevos conceptos sorprendentes como derivados de la Constitución<sup>34</sup>. Y asimismo, igual que en el Derecho natural racionalista, en la Dogmática constitucional se trata de demandas de justicia concretas, como ocurre en cuestiones de justicia fiscal<sup>35</sup>.

#### IV. LA PREGUNTA ACERCA DE LA JUSTICIA COMO PROBLEMA FILOSÓFICO

Con esta amplia positivación de ideas sobre la justicia naturalmente no se responde a la pregunta hacia una fundamentación filosófica. Al menos por dos motivos se necesita un tratamiento filosófico de los valores fundamentales y de los principios inalienables de nuestro orden constitucional y jurídico. Por un lado, en el sentido de la estabilización espiritual de este orden y, por otro, con el objetivo de su revisión crítica.

1. Detrás de cada derecho positivo, aun cuando disfrute de rango de Derecho constitucional, está la pregunta acerca de la validez real y su reconocimiento por la comunidad jurídica, y toda la jurisprudencia sólo puede ir por los caminos seguros, basados en el consenso de la comunidad jurídica, si los valores y las normas fundamentales de esa comunidad, el respeto por la dignidad del hombre, la libertad, la propiedad y los valores fundamentales restantes están realmente arraigados en el convencimiento de la mayoría o, mejor, de todos los miembros de la comunidad jurídica y especialmente de los juristas. Para la formación de una convicción semejante la tesis, todavía proclamada, de que en las cuestiones fundamentales no se trata de cuestiones científicas y que en ese área no se podría asegurar nada, tiene un

---

<sup>34</sup> Comparar al respecto solo el derecho «a la autodeterminación de información», Tribunal Constitucional Federal 65, 1, 45 = NJW 1984, 419.

<sup>35</sup> Comparar sólo el Tribunal Constitucional Federal 82, 60, 85 y ss. Y 198, 206 con respecto al mínimo de existencia libre de impuestos.

efecto destructivo. Y aquí se halla también la experiencia de nuestra República con los muchos que temporalmente querían otra República totalmente diferente y que para ello proclamaban su ideología y en el inicio de cuya propaganda siempre se afirmaba que los conceptos de justicia tradicionales del Estado de Derecho burgués no podían ser probados científicamente y en ese sentido serían arbitrarios.

La falta de fundamentación filosófica se vuelve a ver hoy de forma más nítida como un problema, y en la actualidad el postulado de los valores jurídicos superiores sirve de fundamentación<sup>36</sup>. En otro lugar ya he expuesto que se tiene que dar un paso más y volver a aceptar la licitud y la necesidad científica de la pregunta acerca de la justicia<sup>37</sup>. Este no es el lugar para volver a exponerlo. Me imagino que no sería necesario convencer a Martin KRIELE.

2. Un tratamiento filosófico de la pregunta acerca de la justicia además tiene frente a la práctica constitucional una función crítica, que no puede cumplir la Dogmática jurídica constitucional pura. Una discusión sobre los valores que debe proteger la constitución no puede llevarse a cabo solamente por la Dogmática. Esta debe ser también posible como discusión filosófica sobre valores. Así que no se trata solamente de fundamentar filosóficamente la licitud científica de la discusión sobre la justicia, sino también de dirigir y acompañar de forma crítica la discusión sobre la justicia que se lleva a cabo en el ámbito constitucional. Esta necesidad se hace más apremiante en cuestiones fundamentales delicadas como, por ejemplo, la licitud constitucional del aborto, o, por nombrar otro de los muchos ejemplos, respecto a la poca protección del honor personal que ga-

---

<sup>36</sup> Instructivo es el resumen en K. KÜHL, *Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts*, en KÖBLER/HEINZE/SCHAPP (Editores), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1990, 331 y ss., 357.

<sup>37</sup> Introducción en el lugar citado, pp. 207 y ss.

rantiza la Constitución. Parte de la función crítica podría consistir también en sostener que la crítica que se realizó con buenos motivos frente a los métodos del Derecho natural racionalista se aplique de la forma anteriormente indicada a la práctica constitucional como nuestro «más joven» Derecho natural positivado.