

EL DERECHO NATURAL COMO DERECHO EXISTENCIAL

Después del hundimiento de Alemania en el año 1945, que nos ha dejado el Derecho convertido también en un campo de escombros, los nuevos juristas estaban situados—como ha hecho constar Gustav Radbruch, en 1947, en su trabajo sobre “La renovación del Derecho”—(1) ante el difícil problema de “limpiar los lugares destruidos y construir sobre ellos el nuevo edificio del Derecho”. Caracterizando todo lo que hay de paradójico en nuestra situación, hasta el día de hoy, formula Radbruch ese problema en un doble sentido. En primer lugar había que “reconstruir el respeto a la Ley”, que con tanta desvergüenza había sido eludida y violada miles de veces. Se trataba de “renovar la sumisión del Estado a su propio Derecho”, de “restaurar la seguridad jurídica” por este medio, y de “reconstruir así el Estado de Derecho”. Por otro lado, juntamente con la experiencia incuestionable e inolvidable de que la injusticia no sólo se instaura cuando se violan y eluden las leyes, sino también cuando “se da a la injusticia e incluso al crimen la forma de la Ley”, los juristas “se encontraban también ante un segundo problema, que casi parece estar en contraposición con el primero”: la superación de aquel “positivismo que venía imperando absolutamente entre los juristas alemanes desde hace siglos”, el cual, con su afirmación de que “la ley es la ley”, había dejado indefensos y desarmados a sus adeptos frente a la “injusticia bajo forma de ley de que hablábamos”. Radbruch exige en consecuencia que la jurisprudencia “recuerde de nuevo aquella común sabiduría de los antiguos” para la que “hay un Derecho más alto que la ley, un Derecho natural, un

(1) Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, pág. 1 s.; incluido en el trabajo *¿Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, editado por Werner Maihofer en *Wege der Forschung* t. XVI, 1962. En esta colección de escritos se encuentran también otras indicaciones bibliográficas. Las citaremos en lo que sigue abreviadamente por: NoR.

Derecho divino, en resumen un Derecho supralegal, respecto del cual la injusticia es injusticia, aun cuando revista forma de ley..." (2).

En estos términos se planteaba la discusión, que iba a desarrollarse en los años siguientes y que oscilaba entre estas dos exigencias a las que tan pronto se situaba en el mismo plano como en un orden de preferencia. Estas dos exigencias son la *renovación jurídico-positiva* de la *seguridad jurídica* que se había perdido y la *renovación jusnaturalista* de la justicia que había sido violada. En el curso de la discusión podemos percibir un paulatino desplazamiento del tema y un cambio claramente perceptible en la importancia concedida a cada uno de sus dos aspectos.

En la primera fase de la discusión predominan las opiniones que conceden la mayor importancia a la "renovación del Derecho natural" y, en la hipotética alternativa *Derecho natural* o *positivismo jurídico*, se deciden, de manera más o menos unívoca y parcial, por una "vuelta al Derecho natural" (3). Sin embargo, contra este primer intento se levantan opiniones de peso que lo amortiguan y que también, de un modo más o menos unívoco y parcial, proclaman el valor vital de un positivismo bien entendido al que "se le ha declarado muerto" con demasiada precipitación (4). De este modo se reproduce la tensión entre la exigencia jurídico-positiva de seguridad y la exigencia jusnaturalista de justicia, que prohíbe tanto una parcial fundamentación jusnaturalista del Derecho como una derivación puramente positivista del mismo.

Esta tímida convicción de que no puede darse aquí un "o esto o aquello", sino solamente el camino hacia una nueva fundamentación del Derecho, a través del *Derecho natural* y del *positivismo jurídico*, tal como se expresa en el título de un estudio de Hans Welzel (5), determina cada vez más los ensayos de la segunda fase de la discusión, que pretenden desarrollar la tarea intelectual planteada, a partir de las más diversas direcciones de la filosofía y teología actuales.

Bien miradas las cosas, al nivelarse la importancia concedida a los dos aspectos del problema que al principio habían sido considerados demasiado unilateralmente, no hace más que producirse un acuerdo entre las dos exigencias de renovación del Derecho formuladas por Radbruch. Con él va ligada una variación casi imperceptible en la conciencia del

(2) Ob. cit., pág. 2.

(3) Para esto son característicos los escritos de Adolf Susterhenn (*Das Naturrecht in evangelischer Sicht*, NoR, pág. 210 ss.).

(4) Así, el sugestivo trabajo de Erwin Riezler, *Der totgesagte Positivismus*, NoR, página 239 ss.

(5) Hans Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, NoR, pág. 322 ss.

problema, a través de la cual, en lugar del *reconocimiento* inquebrantable del Derecho natural termina por situarse el *conocimiento* de la cosa comprendida bajo este equívoco concepto.

Radbruch estaba convencido, sin la menor duda, de que la renovación del Derecho podía venir del retorno al Derecho natural de la tradición cristiana-occidental; pero pronto se elevaron voces cada vez más fuertes anunciando que a la "hipertrofia del positivismo jurídico" seguiría una "hipertrofia del otro lado" (el derecho natural) (6), y haciéndose problema a la vez de cualquier "restauración" pura y simple del viejo Derecho natural, incluso del Derecho natural mismo (7). Frente a Radbruch, para el que el objeto del Derecho natural no carece de problemas, pero al que la pregunta por el Derecho natural no le resulta auténticamente problemática, aparece una conciencia nueva del *problema del Derecho natural*, que no se contenta con las respuestas de la filosofía esencialista tradicional. Esta nueva dirección busca, de modo cada vez más penetrante, una nueva visión de la naturaleza, que la tradición describía, dentro del complejo concepto del Derecho natural, con conceptos, tales como "ideas" o "esencias". Erik Wolf acometió por primera vez este intento, de un modo global, en su escrito sobre "El problema del Derecho natural" (8). A través de un análisis histórico-sistemático de las doctrinas tradicionales del Derecho natural llegó Wolf a comprobar que éstas descansan sobre nueve interpretaciones distintas del concepto de *naturaleza* y otras tantas del concepto de Derecho. Combinando los nueve conceptos de naturaleza con cada uno de los nueve conceptos de Derecho obtenemos un calidoscopio de múltiples combinaciones de conceptos (9). Estos resultados no sólo son apropiados para quitarnos los últimos residuos de ingenuidad frente al problema del Derecho natural que pudieran quedarnos, sino que, si resultaran comprobados, deberían hacernos concebir dudas sobre la posibilidad de buscar el *concepto* del Derecho natural dentro de tan distintas *concepciones* del mismo.

A pesar de todo, ¿tiene sentido plantearse hoy en día el problema del Derecho natural, a partir de los fundamentos y conclusiones de la filosofía y de la jurisprudencia actuales? ¿Acaso juntamente con los presupuestos de la filosofía tradicional se ha perdido también la posibilidad de plantearse

(6) Así Otto Veit, *Der geistesgeschichtliche Standort des Naturrechts*, NoR, página 33.

(7) Como Ernst Topitsch, *Das problem des Naturrechts*, NoR, pág. 159 ss.

(8) Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 2 ed. 1959.

(9) V. además Werner Maihofer, *Das Problem des Naturrechts* en "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie", t. 46, 1960, pág. 417 ss.

la pregunta, como cree el positivismo científico y filosófico, extendido en nuestro mundo occidental? O bien, ¿se plantea hoy para nosotros esta vieja cuestión aunque de un modo nuevo? ¿Debemos situarnos ante un nuevo modo de concebir esa antigua cosa comprendida bajo el concepto de Derecho natural?

Por de pronto, hay que hacer constar un hecho: que los nuevos intentos de lograr una nueva conciencia de la cosa comprendida bajo conceptos tan variados del Derecho natural, conducen casi sin excepción hacia una y la misma dirección: la de un "Derecho natural condicionado" (Pufendorf), que unas veces es concebido como "Derecho natural de contenido variable" (Stammler); otras como "históricamente-elástico" (10), o "históricamente-relativo", o como "Derecho natural con contenido evolutivo" o "Derecho natural evolutivo" (12), o bien como "concreto" (13) a diferencia del abstracto, o bien como "histórico" (13) a diferencia del ahistórico.

Todos estos intentos parten de una posición situada más allá del intelectualismo y del voluntarismo (14); no resuelven la tensión dialéctica entre orden y decisión ni inclinándose unilateralmente hacia uno ni hacia otro de los términos. No se apoyan en la representación intelectualista de un *orden dado* simplemente al hombre, que descansa en sí mismo, ni en la representación voluntarista de una *decisión* simplemente *propuesta*, sino que buscan captar a ambos en su conexión dialéctica: como un *orden y decisión que a la vez están dados y propuestos* al hombre. Pero ¿cómo debemos concebir el concepto de *naturaleza* en tanto que *fundamento* de aquel orden y a la vez *medida* de aquella decisión que nosotros describimos como "natural", "racional", esto es, como *objetivamente fundada* en el orden de las cosas, como *adecuada a la vida*? Si no tiene funda-

(10) Especialmente Eduard Spranger, *Zur Frage der Eneuerung des Naturrechts*, Uor, pág. 87 ss., esp. pág. 93 ss.

(11) Así Erich Fechner, *Naturrecht und Existenzphilosophie*, NoR, pág. 384 siguientes, esp. pág. 402 ss.; V. también *Rechtsphilosophie*, 2 edic. 1962, pág. 261 siguientes.

(12) Ya Karl Engisch habla de "Derecho natural concreto-individualizador". (Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1959, página 228 ss.) Para el "pensamiento jusnaturalista concreto" v. también Maihofer, *Die Natur der Sache* en "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie", tomo 44, 1958, página 145 ss., especialmente pág. 174.

(13) Arthur Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957, esp. pág. 10 ss.

(14) Para la antítesis entre intelectualismo y voluntarismo en el pensamiento jusnaturalista tradicional es fundamental Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3 ed. 1960.

mento y medida en un ser de las cosas y del hombre inmutable y carente de historia, ¿dónde lo tiene?

1. *La esencia objetiva del hombre como existencia concreta en el mundo*

Según el esquema mental de la *filosofía de esencias* tradicional, hay que concebir esta naturaleza, dentro del concepto de Derecho natural, como una sustancia encerrada en las cosas o una idea situada detrás de las cosas, de manera análoga a como nosotros hablamos sin titubear, cuando nos referimos a seres no humanos, tal como el zorro o la liebre, de una *esencia inmanente* por naturaleza o *puesta en ellos por Dios*. De modo análogo al orden vital de aquellos seres concebimos también al humano como un orden natural o divino, prefijado por la naturaleza o por Dios y que el hombre debe simplemente aceptar, con la única diferencia de que al hombre le está propuesto de distinto modo que al animal. Este está ligado a ese proyecto vital por el instinto y el impulso (intelectual y volitivamente); el hombre ha de descubrir la misión prefijada por aquel orden valiéndose de su conocimiento y de su querer espontáneos y, con su actividad práctica ha de convertir en realidad la simple posibilidad que es.

Según el esquema interpretativo de la *metafísica de los géneros* tradicional, esta idea esencial situada "detrás" del hombre o esa sustancia introducida en cada hombre, tiene el carácter de la *generalidad* (15). Incluso cuando se le atribuye al hombre su verdadera naturaleza, la "segunda naturaleza" que tiene en tanto ser racional (carácter inteligible, "homo noumenon), superior a la mera esencia natural (ser sensible, "homo phaenomenon) y cuando se concibe esta verdadera esencia del hombre como autónoma, continúa siendo decisiva la idea de que la tarea espontánea de este ser que se fija a sí mismo sus propios fines, consiste únicamente en realizar "en su persona" aquella *misión prefijada de manera general* para cada individuo a partir de la idea; es decir, en realizar para sí mismo la *idea genérica de la Humanidad* sobre la que descansan todos los hombres. En consecuencia, el hombre sólo ha de tender razonablemente a su esencia verdadera, que está prefijada de un modo general y (también) a su "verdadera voluntad; esto es, a comprender y asumir lo que, por la naturaleza o por Dios, él es desde siempre esencialmente.

Vistas así las cosas, la Humanidad sería un género cuyos ejemplares

(15) Para esto Maihofer, *Von Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, pág. 17 ss. y *Recht und Sein*, 1954, pág. 27.

se fundarían todos ellos en una y la misma idea de "humanidad" y cuya potencia, dada de antemano por la naturaleza o por Dios de un modo general, bastaría con que fuera comprendida y asumida por cada hombre para que se realizara en su consistencia esencial ya pre-supuesta. Según esta interpretación de la *naturaleza esencial del hombre* y del consiguiente *orden esencial interhumano*, la tarea de cada hombre particular y la de la Humanidad en su conjunto consistiría en orientarse en cada decisión hacia ese *elemento general* que está prefijado y situado en la *esencia* misma del *hombre* de tal manera que el fundamento natural o divino de todo el *orden* humano en este mundo, así como la *medida* de todas las *decisiones* adecuadas a la esencia que les está dada y que el hombre ha de aceptar, debería ser concebido y asumido en todas las situaciones históricas.

Este concepto de una naturaleza esencial del hombre prefijada de un modo general y de un orden esencial interhumano, prefijado también en general, está ya siempre presupuesto cuando se habla, como hace por ejemplo el tribunal federal, de "un orden de valores prefijado y asumible", del que deben seguirse las "normas de la ley moral", "dotadas de valor intrínseco". De esta manera no sólo se presupone que hay algo así como una *ley moral objetiva* dada al hombre desde fuera, sino que se une con ella la idea de que ese orden objetivo, fundado en Dios o en la naturaleza, formula "exigencias" al hombre y tiene para él una validez absoluta, con independencia de que alguien lo reconozca y lo cumpla, e incluso con independencia de la "representación" que el hombre se hace "de lo que la ley moral exige" (16).

Estas expresiones despiertan la impresión de que el juez no exige hacer esto u omitir aquello, sino que se limita a "hacer suya" una exigencia que no dirige un hombre a otro hombre, sino que le dirige a él una instancia extrahumana, la ley moral prefijada por la naturaleza o por Dios. Según este modo de ver las cosas, es evidente que no es la voluntad del juez la que formula esa exigencia del Derecho natural, sino una instancia superior y más valiosa que él. Esta instancia lo convierte en simple formulador de sus mandatos y prohibiciones, bien de acuerdo con su voluntad o bien contra ella.

Con razón se escandalizó Wieacker ante semejantes fórmulas (17), que no sólo nos parecen hoy increíbles, sino también fundadas en una idea

(16) BGHSt 6, 52.

(17) Franz Wieacker, *Rechtsprechung und Sittengesetz*, Juristenzeitung 1961, página 337 ss.

previa de la naturaleza o de la esencia del hombre que se nos ha vuelto completamente problemática.

Según esta interpretación del hombre, propia de una filosofía de esencias y de una metafísica de generos, y que se encuentra por igual en el neokantismo y el neotomismo actuales, lo que el hombre es esencialmente no constituye un producto de su *espontaneidad*. El hombre ya es lo que esencialmente es, por razón de la naturaleza o de Dios, y su tarea consiste únicamente en realizarse, como todos los demás ejemplares del género humano, en esa esencia que le ha sido prefijada a él como a todos sus iguales, en desplegarse en las condiciones naturales que la hayan sido dadas con ella, en “aprovechar el talento” que Dios le ha dado.

Esta concepción del ser del hombre elaborada a partir de una esencia que está prefijada por la naturaleza infundida por Dios, que es infinita y general, se torna problemática con el hundimiento de la filosofía del idealismo a través de Feuerbach (18) y Marx, de Nietzsche (19) y Kierkegaard. En su lugar aparece una concepción de la “naturaleza” o de la “esencia” del hombre que ya no está elaborada a partir de una idea en la que se fundaría o de una sustancia encarnada en él, sino a partir de la *existencia* que lleva en el mundo, del modo como realiza su esencia en el mundo (20).

El hombre, en cuanto “animal no fijado” (Nietzsche), no está determinado en su esencia por Dios o por la naturaleza (en cuanto *imago Dei*), sino que sólo se realiza a sí mismo esencialmente en la *comprensión y asunción de su misión*. El hombre es de un extremo al otro un *producto* tanto de las circunstancias y del orden inmanente a las mismas en el que realiza su esencia, como un *producto* de su propia *decisión*, que él mismo ha de tomar y que nadie puede quitarle, que en último término no puede remitir a nadie.

Según esta concepción del hombre como “ser concreto”, como “esencia objetiva” en el mundo (21) que encontramos a la vez en el existencialismo y en el materialismo actuales, el hombre no es un *sujeto para sí*, el *hombre*, frente a un *objeto en sí*, el *mundo*, sino un ser que, tanto en el

(18) V. para la ruptura de Feuerbach con la metafísica de esencias tradicional, en discusión con Hegel, Maihofer, *Konkrete Existenz*, Versuch über die Philosophische Anthropologie Ludwig Feuerbachs, en; Festschrift für Erik Wolf, 1962, pág. 246, especialmente pág. 248 ss.

(19) Para la ruptura de Nietzsche con la ética de esencias tradicional, en discusión con el imperativo categórico kantiano, Maihofer, *Von Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, pág. 24 ss.

(20) V. en particular Maihofer, *Konkrete Existenz*, ob. cit., pág. 253 ss.

(21) Ob. cit., pág. 254 s.

orden del conocimiento como en el de la acción, es sin remisión y sin separación un *sujeto-objeto*, *mundo-hombre*, este hombre determinado que está ahí, en este su mundo (22). Esta *concepción* completamente nueva y ya no sustancial sino *existencial de la esencia del hombre* conduce a definiciones concretas y objetivas de su esencia, no ya en cuanto (abstracto) *zoon politikon* (Aristóteles) (23) o en cuanto *homo noumenon* (Kant), sino en cuanto "conjunto de relaciones sociales" (Marx), en las que "realiza su esencia", a partir de la "suma de relaciones en que vive" (Sartre).

Este concepto existencial de la naturaleza o de la esencia se encuentra, más o menos expresamente, en la base de todas las concepciones actuales de un Derecho natural "histórico" o "sociológico", así como de un Derecho natural "concreto" o "existencial" o del "Derecho esencial existencial" (24). En todas estas concepciones nuevas el hombre no está tomado como un sujeto por sí o para sí, sino como sujeto-objeto en su ser en el mundo, en su *esencia objetiva*, en su existencia concreta como yo-tú y tú-yo, tal como lo encontramos a cada paso en el mundo (25). Este *hom-*

(22) V. también ob. cit., pág. 262 ss.

(23) En Aristóteles, al lado de determinaciones abstractas de la esencia del hombre, encontramos el primer intento de lograr una concepción concreta del ser del hombre. Esto se ve con claridad en la *Ética nicomaquea* 1, 5 (1097 b) donde dice, refiriéndose a "lo que tomado por sí mismo hace deseable la vida y nunca echa nada en falta" (*autarkeia*) y también al "bien supremo" que "como es sabido basta por sí mismo": "aplicamos el concepto 'que basta por sí mismo'... no al yo liberado de todas las vinculaciones, a la vida limitada al yo (*ich beschränkte Leben*) sino a la vida en su entrecruzamiento con los padres, hijos, mujer, amigos y conciudadanos; pues el hombre está por naturaleza determinado a la sociedad (*phyci politikos*). No obstante es preciso trazar determinados límites a este entrecruzamiento, pues si se le extiende a los antepasados y descendientes y a los amigos de los amigos, se llega al infinito" (traducción Dirlmeier, 1956, pág. 13). El ser del hombre está concebido aquí en concreto, su ser en cuanto ser social, en el que tiene que realizarse, está concebido objetivamente a partir del "ensemble" de las "relaciones" interhumanas. El estoico Epicteto desarrollará posteriormente este pensamiento en el sentido de una polaridad dialéctica entre una "autonomía frente al mundo" necesaria para el cumplimiento de la misión del hombre y un "acuerdo con el mundo", igualmente originario. La misión esencial última del hombre resulta explicitada objetivamente como un dominio de las situaciones sociales, como cumplimiento de los papeles sociales, en los que existimos concretamente en relación con los otros que nos encontramos en el mundo. V. particularmente Maihofer, *Von Sinn menschlicher Ordnung*, pág. 55 ss.

(24) Así por primera vez Max Müller, *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, 2 edic. 1958, pág. 100 s.

(25) V. para la dialéctica fundamental de la existencia concreta del hombre

bre real, en su *existencia en el mundo*, es esencialmente tanto el producto de sus circunstancias como de sí mismo. Su existencia concreta en el mundo es, con otras palabras, el *producto* de algo que está *prefijado* y *propuesto* a la vez: la dialéctica de la *naturaleza de las cosas* y de la *misión del hombre*.

II. *La dialéctica de la existencia concreta como polaridad de la naturaleza de las cosas y de la misión del hombre*

Si se parte de que lo que hay en los hombres de propiamente humano no es algo así como una esencia previamente dada por la naturaleza (como ocurre con el zorro o la liebre), sino que el hombre mismo, y nadie más que él, es el que hace y el que se hace lo que él es, en relación con ese mundo; con otras palabras, si se parte de que todo lo que le constituye esencialmente es el producto de su propia producción en el mundo, no puede darse un Derecho natural en el sentido que hasta aquí ha tenido; es decir, un Derecho natural asentado sobre la base de una naturaleza esencial prefijada al hombre y de un orden esencial emanado de ella.

Si la misión del hombre consiste en producir antes que nada su "naturaleza" a partir de sí mismo y apoyándose en una interpretación y dominio comprensivos del sentido de su existencia concreta, y "fijando" de este modo por sí mismo su misión, entonces lo que hasta aquí llamábamos Derecho natural adquiere un sentido diferente, el de un proyecto previo de la auto-configuración histórica del hombre. Pues si la naturaleza del hombre no es lo que ya existe, sino algo que únicamente nace de la manera como el *hombre*, está situado en las relaciones del *mundo*, y de la manera como reconoce y realiza su esencia según la naturaleza de las mismas, entonces lo que comúnmente llamamos Derecho natural no tiene su base en una *sustancia esencial* del hombre ya *existente*, sino en la *existencia mundana* que se da en cada caso y en la que el hombre se proyecta históricamente dentro de lo que la terminología jusnaturalista llama misiones esenciales.

En consecuencia, tenemos por una mera ilusión la idea de una ley moral-objetiva prefijada por la naturaleza o por Dios, la de un "orden de valores" dado al hombre, que él ha de "aceptar" y que le formula exigencias.

Sólo el hombre quiere y sólo el hombre exige, pero no sin fundamen-

en cuanto unidad del yo y el tu, Maihofer, *Konkrete Existenz*, ob. cit., pág. 270 y siguientes.

to, sino cara a algo dado en la realidad social, a determinada constelación de intereses y expectativas de los hombres que andan juntos por el mundo de la vida cotidiana y entran en mutuas relaciones: en consideración a una realidad que está ya dada en las *cosas* y que, por lo tanto, está propuesta al *hombre* para que la domine según su *misión* propia. La exigencia "así debe o así no debe ser", solamente nace a partir de una visión inteligente y razonable de lo que aquí tiene sentido o no lo tiene, de lo valioso o falto de valor.

Esta comprensión histórica, no de lo que éste o aquél hombre es esencialmente o de lo que no es, sino de lo que los hombres son o no son en su relaciones con los demás hombres, se expresa hoy en un doble plano: respecto de la *esencial naturaleza de las cosas* u orden de las mismas y respecto de la *misión general del hombre*, la "naturaleza" o la "esencia" del hombre.

Hablamos de la *naturaleza de las cosas* y nos referimos a ella, en relación con la especial "naturaleza" del hombre, con su *esencia objetiva*, tal como se manifiesta históricamente en las relaciones en que realiza su esencia, dentro del mundo, como un sujeto-objeto determinado. En ellas, lo que el hombre es, lo es como comprador o arrendatario, como médico o paciente, como juez o acusado, como hombre o mujer.

De las referencias singulares a la *naturaleza concreta del hombre*, a ese hombre como un *alguien determinado* no se desprende orden alguno. ¿Cómo podemos descubrir, no obstante, ese orden de cosas situado en las cosas mismas?

Podemos encontrarlo en un *análisis de la situación que sea capaz de descubrir el sentido de la misma y de interpretar su valor*. Se trata de un análisis de las relaciones vitales (relaciones jurídicas, como la compraventa), o figuras vitales (figuras juíricas, como la familia), con sus correspondientes y típicas constelaciones de intereses y expectativas propias de los hombres que se encuentran unos con otros en esas relaciones y viven conjuntamente en esas figuras. ¿Qué puede descubrirnos este análisis de la realidad vital?

Adoptemos el punto de vista de los intereses y de las correspondientes expectativas de los hombres que se encuentran realmente en el mundo, dentro de determinados papeles (como, por ejemplo, el de vendedor y comprador) dentro de determinadas situaciones (como, por ejemplo, la legítima defensa); esto es, trasladémonos al *punto de vista (valorativo)* que los "interesados" tienen sobre *las condiciones de conservación y desarrollo de esos papeles y situaciones*. Desde ese punto de vista podremos percibir cómo los hombres, colocados en aquellos papeles y situaciones, consideran

de manera típica que ciertos acontecimientos y comportamientos son *ventajosos* en razón de las *repercusiones* funcionales que ejercen sobre sus *intereses* y sobre las *expectativas* que suscitan y otros son *perjudiciales*; esto es, que *satisfacen* sus intereses, cumpliendo sus *expectativas*, o bien *lesionan* sus intereses, decepcionando sus *expectativas*.

Esto es algo que cualquiera de nosotros puede comprobar inmediatamente por sí mismo si, siguiendo la llamada regla de oro, se pone sucesivamente en el lugar de cada uno de los intereses y expectativas que se encuentran "en juego" en la correspondiente situación, y de esta forma recorre los intereses y expectativas, concordes o contrapuestos, de los afectados por las consecuencias de determinada situación.

Para hacer esto más intuible refirámonos a un ejemplo, el de la constelación de intereses, ya muy complejos y complicados, que se encuentran en juego en el problema tan vital de la interrupción de la gestación. Siguiendo el camino más arriba indicado, llegamos a los siguientes puntos de vista valorativos: el punto de vista de la madre, su interés en seguir viviendo; el punto de vista del niño que se está gestando, su interés en llegar a nacer; el del padre, su interés por la madre como esposa y también como madre de futuros hijos o de los que ya viven; el punto de vista del médico, su interés por curar y por ayudar, en este caso por impedir por lo menos que la madre y el niño mueran inútilmente; el punto de vista de la sociedad, que es el punto de vista de las demás personas afectadas por dicha situación, que tienen un interés de carácter general en este acontecimiento que se produce entre ellos, puesto que la solución o la falta de solución de este conflicto de intereses según el *imperativo categórico* traducido a términos generales, ha de tener determinadas consecuencias para la totalidad.

El problema decisivo es el siguiente: ¿Somos nosotros los que ponemos en las cosas estos diferentes intereses o los percibimos sin más desde los *puntos de vista* de aquellos que, *en el mundo, se encuentran realmente en tales situaciones*, de los que "están en juego" *existencialmente*?

Es un hecho de experiencia que desgraciadamente podemos comprobar todos los días, que en caso del conflicto vital (*), la madre y el niño mueren *realmente* (y no sólo en el pensamiento). Que el hombre en líneas generales tiene un interés natural por su vida no es tampoco ninguna cosa de

(*) . Dass in einem Falle vitaler Indikation. La traducción más exacta sería quizá "indicación vital", pero como esta expresión no "dice" gran cosa para la mayoría de los lectores, hemos optado por sustituirla por "conflicto vital", que aunque menos exacta es más expresiva. (N. del T.)

imaginación, sino un hecho empíricamente comprobable en todos los hombres normales, dentro de condiciones normales.

Lo inquietante es que el legislador o el juez situados ante esta situación peculiar, que tienen que encontrar la solución de este conflicto de intereses y expectativas que está situado en las cosas mismas, deben llegar a la conclusión de que estos intereses sólo están de acuerdo parcialmente y que, sin embargo, se contradicen los intereses de cada punto de vista con los de los demás. Esto le ocurre incluso el padre que, aun en el caso de que el niño pueda vivir, sólo puede conservar al hijo o a la madre, a su esposa, y al médico, que sólo puede salvar *una* vida a condición de destruir la *otra*. Con otras palabras: hay situaciones para las que no cabe la solución de reducir a un "común denominador" los intereses y expectativas contrapuestos que se encuentran "en juego", casos en los que no es posible un "compromiso", una compensación del conflicto de intereses en la que todos "obtengan su parte". En estos casos sólo hay soluciones de emergencia más o menos razonables; es decir, sólo cabe una *decisión*, que en lo posible sea justa, entre los intereses particulares que se encuentran en juego según su *relevancia existencial*; es decir, según la intensidad en que afecten, según la significación que estos intereses tienen como condición del mantenimiento y desarrollo de los interesados, de la madre y del niño, del padre y del médico, y de la sociedad.

Puesto que no se sirve a ningún interés si, cruzándose de brazos, se deja morir a la madre y al niño, la solución que en este caso aparece como la única salida del conflicto adecuada y justa, para cualquiera que juzgue con un criterio inteligente y razonable es la de suprimir el feto que aún no es capaz de vivir. Incluso el médico, como tercer partícipe, no puede tener interés inteligible y realizable, en alguna otra solución; a lo sumo podría tenerlo la sociedad, ese tercero desinteresado, que pudiera hacer valer un interés abstracto y general en la "validez absoluta" de ciertos preceptos o prohibiciones, sin tener en cuenta la resolución del caso concreto.

La solución de este conflicto de intereses y expectativas no es posible a partir únicamente de la *especial naturaleza de la cosa* de esta situación particular, sino a partir de una comprensión de sentido de más amplios alcances de la "naturaleza"; es decir, de la *misión general del hombre* en sus relaciones con los demás hombres, o sea de su situación en el mundo. Aquí aparece siempre una pregunta que trasciende el horizonte de la situación concreta: ¿Debe el hombre dejar correr las cosas según su curso natural, dejar que se cumpla sin intervenir en él y que parezcan la madre y el niño o es misión suya intervenir en el proceso natural, incluso en la

marcha del mundo que Dios ha evidentemente querido o por lo menos permitido para prestar su colaboración? Esta colaboración ha de apoyarse en la idea de que es misión del hombre el comportarse humanitariamente cuando vea que este mundo, por influjo de la naturaleza o incluso de Dios, es desdichado, con otras palabras, inhumano.

Esto significa nada menos que la medida para la solución de estos conflictos situados en la naturaleza de las cosas puede encontrarse, en último término en el *hombre mismo*: en aquello que el hombre concibe como misión suya. Esto es algo que el hombre solo puede descubrir históricamente en cada caso concreto, cobrando conciencia de lo que le conviene y de lo que no le conviene, teniendo presente la realidad del mundo que le ha sido dada para que la domine. El referirse aquí a prohibiciones absolutas y abstractas tal como "no debes matar", sin consideración a las situaciones conflictuales concretas, como hace la teología moral católica respecto de la situación del conflicto moral que venimos tratando, incluso en el caso de que la madre y el hijo vayan a morir irremediabilmente si el médico no interviene, mientras que con esa intervención, la madre, que es esposa y madre de otros hijos, pudiera salvarse, es algo que hoy ya no nos parece compatible con la misión del hombre: comportarse humanitariamente. De esta manera el *hombre mismo* (con su omisión) mata a una madre que no está necesariamente condenada a muerte y para apoyar esto se recurre a ciertas normas que son presentadas como mandatos absolutos *naturales* o *divinos*. Constituye un signo de la desdicha que impera en el mundo "fundamentalmente", el que se produzcan en él tales situaciones, se hayan producido desde que han existido los hombres y se seguirán produciendo, en tanto sigan existiendo.

Esto exige que, en todo lo que hace y realiza el hombre, de satisfacción a la naturaleza especial de las relaciones en las que cumple su esencia como un *alguien determinado*: como juez o médico, como hermano o esposo, como comprador o arrendatario (aquel ser como... que nosotros hemos llamado "Alssein"), y al propio tiempo corresponda y no contradiga su *destino general*, como *este mismo* y como *hombre* (27).

(26) V., para la estructura ontológica, estructura de sentido, estructura de valor y estructura de deber ser de los estados de cosas que se dan en la vida, Maihofer, *Dei Natur der Sache*, ob. cit., pág. 163 ss.

(27) Para la dialéctica de la especial *naturaleza de la situación*, immanente a la estructura de las relaciones y de la *misión general de la persona* transcendente a esa situación, v. Maihofer, *Ordnung und Gesellschaft*, en *Das Problem der Ordnung*, editado por H. Kuhn y F. Wiedmann, 1962, pág. 315 ss., espec. pág. 321 y siguientes.

Esto, que coresponda a la *concreta existencia* del hombre en el mundo (28), que le *pertenece*, que le es *adecuado*, es lo que intentamos *fixar* históricamente dando preferencia a las respectivas misiones eventuales del *ser como* poniendo al "ser mismo" en su libertad fundamental y proponiendo la tarea de *ser-hombre* en todas las relaciones interhumanas. Para ello nos referimos tan pronto a la especial naturaleza de las cosas, como a la *misión general* del hombre. A la vez que comprobar esto, intentamos *asegurar*lo contra toda duda, y llegado el caso, *imponer*lo contra cualquier fuerza. Lo que siempre nos impulsa a no aceptar lo ya vigente y establecido como válido para todos los tiempos, sino a mejorarlo cuidadosa pero firmemente, cuando ya no nos parezca justo a los hombres de hoy y de mañana, es la comprobación de que esta o aquella *norma de conducta*, esta o aquella *estructura de las relaciones*, este o aquel *sistema de orden* es adecuado o inadecuado a la especial *naturaleza de la cosa* o a la *misión general del hombre*,

Pero, ¿por qué el hallazgo y la práctica de lo que es conveniente y justo necesita la referencia a la *misión del hombre* en su mundo? ¿No bastaba con percatarse del *orden natural* del mundo y asegurarse del mismo por medio del Derecho positivo?

III. La derelicción en un mundo inhumano como fundamento del derecho.

Lo que nos resulta claro de las situaciones conflictuales como la que hemos estudiado (en las que el hombre se encuentra "arrojado" en el mundo), situaciones que él no ha inventado y de las que no puede librarse, es que la estructura de la realidad es en sí misma contradictoria, inquietante e insubsanable. Este es, justamente, el *fundamento de todo el Derecho* que hay en el mundo. *Derecho es disputa*, (*eris*) discusión (*polemos*) entre los opuestos, como ya vio Heraclito. Pero esta intuición cotidiana de que sin disputas en la vida común de los hombres habría tan poco Derecho y tan pocos juristas como medicinas y médicos sin enfermedades, tiene un trasfondo que no es precisamente tranquilizador.

Cuando uno ha reconocido que el fundamento del Derecho está en la discusión entre los opuestos, la lucha y la contradicción entre intereses y expectativas, se formula inmediatamente la siguiente pregunta: ¿dónde está el fundamento de esta extraña "lucha" que tiene lugar en la realidad? ¿Tienen a su vez un fundamento las luchas que se producen entre los hombres?

(28) V. en particular Maihofer, *Konkrete Existenz*, ob. cit., espec. pág. 253 ss.

A esta cuestión nos da Kant, en el esbozo de su antropología filosófica (29) la respuesta que es característica y decisiva para todas las consideraciones propias de la filosofía esencialista que se han dado hasta el momento: es la "sociabilidad insociable" del hombre. Para Kant, el fundamento del extraño antagonismo que impera en el mundo del hombre está en que el hombre tal como la "naturaleza" lo hizo siente en sí mismo la inclinación a "asociarse", porque en compañía de los otros hombres "se siente más hombre", pero a la vez está determinado por la inclinación contraria a "individualizarse", a dirigirlo todo "según su propio sentido", a considerar las cosas a juzgarlas y a tratarlas *desde su punto de vista*. De aquí nace entre los hombres un "antagonismo" *acerca de los puntos de vista relativos a la ventaja y al perjuicio*. Este antagonismo trae consigo contradicciones y disputas y de esta manera se convierte en el fundamento de todas las luchas y a la vez de todo el Derecho.

Kant opina que es el Creador mismo y no un "espíritu malo" quien ha introducido en el hombre esta tendencia insociable, para impulsarlo a luchar y a poner en competencia todas sus fuerzas, de manera que "desarrolle completa y adecuadamente", en lo posible, las "condiciones naturales" que posea. "Alabada sea la naturaleza por la insociabilidad", exclama Kant, "por la vanidad que suscita competencias envidiosas", por "el deseo de poseer o de dominar" que impulsa al hombre, por aquella insaciable *voluntad de engrandecimiento que tiene el hombre* y (voluntad de poder) que Nietzsche ha interpretado después como el principio que domina todo ser (30). Según esto, el fundamento de todas las luchas y por lo tanto también del Derecho estaría en la misma *naturaleza del hombre*, en la sociabilidad insociable, en la contradicción y la lucha, es decir, en la esencia misma del hombre. ¿Podemos contentarnos hoy con esa respuesta, por mucho que esté de acuerdo con nuestra concepción cristiana del hombre? (31).

¿Se encuentra realmente el fundamento de aquel antagonismo en la substancia esencial del hombre, que ha sido formada así por la naturaleza o introducida en él por Dios, es decir, en su imperfección, en su corrup-

(29) Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, Akademieausgabe, tomo VIII, pág. 15 ss., espec. pág. 20 ss.

(30) Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, pág. 25 ss.

(31) Para la comprensión como "pecado" de la "referencia al propio yo" que "se cierra en sí misma" y para la *lucha* contra este yoísmo por medio de la "apertura mundana" del hombre a su "misión infinita" (a Dios) Vid. Wolfhart Pannenberg, *¿Was ist der Mensch? Die anthropologie der Gegenwart im Lichte der Theologie*, 1962, pág. 40 ss.

ción y maldad, en su "egoísmo", como raíz de todo mal y de todas las luchas, y por consiguiente también del Derecho?

Hoy ya no podemos ver las cosas así.

Hoy dudamos de nuestra concepción tradicional de Dios, a medida que se hace mas penetrante nuestra visión de las monstruosidades de la naturaleza, con su diabólica crueldad que el peor espíritu no podría imaginar más perfecta y más pérfidamente. Una mirada en el mundo del hombre nos deja ver la monstruosidad y el aspecto inquietante de las leyes que actúan en él, a las que el hombre también está sometido. En nuestro mundo se da casi cotidianamente la situación del conflicto vital una situación en la que pueden no darse soluciones puras, sino solo un *mayor o menor grado de injusticia*. Hay situaciones entre los hombres en las que la cuestión se plantea en términos de matar o morir, como hace ver el ejemplo de Carneades. Todo esto nos permite ver que la naturaleza antagonística del hombre de que habla Kant, debe tener su verdadero fundamento, sin ninguna duda, en la estructura del propio mundo cuyo antagonismo ella refleja fielmente.

Incluso en situaciones críticas cotidianas como la de una desgracia que nos amenaza (un niño cae ante nuestros ojos al agua), parece pertenecer a la estructura misma de la realidad que la *oportunidad* de salvar la vida del niño es algo que solo se puede aprovechar cuando el que realiza el salvamento afronta a su vez *riesgos* para su vida o su salud o, por lo menos, acepta un *sacrificio* de su fuerza y de su tiempo.

Lo que hace que en aquellos casos en que nosotros ayudamos a, o respondemos por, los intereses ajenos, debamos generalmente poner en juego nuestros propios intereses y por lo tanto lo que hace que se produzca un conflicto entre nuestras inclinaciones sociales y las insociales, no es la incapacidad, la imperfección, la "insociabilidad" o simplemente la maldad del hombre. Este extraño estado de cosas: que el bien de uno sea generalmente el mal del otro, parece tener un fundamento en la estructura misma del mundo.

Ya en los encuentros cotidianos que tienen lugar entre los hombres, como, por y dentro de los papeles de comprador y vendedor, o de médico y paciente, siempre entran en juego puntos de vista contradictorios. La ventaja desmesurada para el comprador significa generalmente un perjuicio para el vendedor, la desmedida extensión o limitación del deber de información del médico constituye generalmente un beneficio desde el punto de vista de uno y una desventaja desde el del otro. Si en las situaciones simplemente contrarias (*antagónicas*) es posible buscar un *denominador común* para los intereses enfrentados, las situaciones realmente contradictorias (*antinómicas*), como la que hemos tenido ante nosotros en el caso del con-

flicto vital, no es posible encontrar, ni siquiera con nuestra mejor voluntad, una solución pura realmente satisfactoria.

Esto no ocurre simplemente porque el hombre sea un ser incompleto o "caído", sino porque está "arrojado" en una realidad que tiene una estructura de la que él no es "responsable" ni autor.

Según nuestro modo de ver, el fundamento último del Derecho no está en la *naturaleza antagonística del hombre* de que Kant hablaba, sino en la *estructura antagonística, antinómica, incluso paradógica* del mundo. Ninguna explicación racional por muy aguda que sea puede hoy disuadirnos de la consiguiente certeza ontológica, que frente al *factum brutum* de nuestra existencia se nos impone cotidianamente: que el mundo en que estamos arrojados no sólo es *en su fundamento* incurable sino *inhumano*. Hay situaciones inhumanas como la que hemos visto de la madre que ha de matar a su hijo si no quiere que el hijo la mate a ella; hay situaciones injustas como la del que tiene la fuerza y puede atacar o matar al otro a su antojo, en el orden particular como en el general y, sin embargo, la estructura de la realidad de nuestro mundo es tal que el crimen y la guerra no sólo son posibles sino también cotidianos. ¿Por qué el espíritu y por lo tanto también el Derecho son imponentes "en realidad" contra la fuerza? Por qué el "mal", la mentira, la fuerza, son lo "auténticamente" eficaz en este mundo, por lo menos en el momento? Un extraño mundo este al que los hombres están arrojados, un mundo para el que la mentira piadosa de Sócrates, que lo justo es también lo útil "por naturaleza", se ha vuelto inadmisibile.

Del mundo no puede venirnos por lo tanto un hilo director para el orden *humano* ni para la decisión *humana*. ¿De dónde puede venirnos?

IV.—El "proyecto" de la misión humana como medida del Derecho.

A diferencia del positivismo que rebaja el problema del sentido de la existencia humana y del orden razonable de la misma a la categoría de un asunto privado del individuo, el problema del *Derecho natural* es hoy para nosotros nada más que la *pregunta pública* por el *sentido de la existencia humana* y de su *orden razonable*, dentro de un mundo que es en su fundamento, incurable, intranquilizante e inhumano. Esta es una pregunta de la que cada generación está llamada a tomar conciencia, una pregunta que los hombres plantean a los hombres para los hombres.

Cuando esta pregunta, que atraviesa la historia del espíritu humano bajo múltiples nombres, se acalla, el hombre renuncia a sí mismo en cuanto ser que no somete su porvenir a la casualidad ciega y a la desnuda ar-

bitrariidad, sino que acercándose constantemente al arquetipo intenta proyectar una *existencia del hombre con el hombre que sea digna del hombre y tenga valor vital* (32).

Vistas así las cosas, lo que nosotros llamamos *Derecho natural, naturaleza de las cosas o naturaleza del hombre*, es justamente este *proyecto de la misión esencial e histórica del hombre en relación con los demás*, que hay que realizar con un incesante esfuerzo común. A esto contribuye el jurista cotidianamente, no sólo en cuanto legislador, sino en cuanto juez, con la aplicación y el perfeccionamiento del Derecho existente, aun cuando no se sirva expresamente de fórmulas tan solemnes como “ley moral objetiva”, orden natural”, naturaleza de las cosas” y “esencia del hombre”.

Sin embargo, el Derecho natural circunscrito y evocado de tantas maneras, contra lo que pueda parecer a primera vista, es siempre desde la ilustración sofista de la Grecia antigua, hasta la ilustración humanista de la nueva época, la mera expresión histórica de la *voluntad de cambiar el mundo*, de corregirlo, mejorarlo, de hacerlo digno del hombre y valioso para la vida.

Para continuar con las relaciones existentes, sin hacerse cuestión de ellas, no se necesita la *invocación al Derecho natural*; basta con la mera *referencia a la positividad* de los órdenes existentes y las decisiones establecidas. Por eso la invocación al Derecho natural es señal de que, partiendo de la idea de que es imposible una mera continuación del pasado, ha cobrado fuerza la voluntad de sobrepasar las relaciones existentes, no

(32) Ernst Bloch acentúa satisfactoriamente esta intención histórica decisiva y esta función del Derecho natural en *Naturrecht und menschliche Würde*, 1961. Según él constituía y constituye “el propósito de Derecho natural... establecer lo *justo* como Derecho, de tal manera que resulte respetado en las *personas* y asegurado en su *colectividad* (pág. 237). El cree también que la *función* del *Derecho natural* consiste en establecer el camino recto (pág. 12), “eliminando la indignidad humana” y a la vez creando la “dignidad humana” por medio de “las garantías jurídicas de la seguridad y libertad humanas”; es diferente la *función* de las llamadas “utopías sociales” que tienden a la “eliminación de la miseria humana” y al mismo tiempo a la creación de la “felicidad humana” (pág. 234). Lo decisivo en este nuevo planteamiento del problema del Derecho natural, derivado del materialismo histórico, no está en la visión de la *diferencia* histórica existente entre las *intenciones* y las *funciones* del *Derecho natural* y de las *utopías sociales*, sino en la visión, que también proviene originalmente del materialismo, de que “ya es tiempo” de “considerar funcionalmente ligadas de una vez y prácticamente suprimidas las diferencias entre los campos a que se extiende la intención de las utopías sociales y la del Derecho natural. Esto se logra en virtud de la siguiente certidumbre: no hay dignidad humana sin que se haya terminado la necesidad, pero tampoco hay felicidad humana sin que se acabe la vieja o la nueva sumisión”(pág. 237).

sólo de aclararlas teóricamente o de justificarlas, sino de *cambiarlas prácticamente*.

La *invocación de la tradición* y por consiguiente de la positividad, incluso del "buen legado de nuestros mayores" significa siempre un ateniimiento a las relaciones convertidas en historia, con otras palabras, una vinculación del hombre a su proyecto esencial sedimentado en historia, a su misión convertida en historia, contra la cual, como contra todo "érase", cualquier voluntad posterior, incluso cualquier "aversión" (Nietzsche) resulta "impotente". Aquello sobre lo que nuestra voluntad puede actuar no es la *historia acontecida* sino únicamente la *historia que acontece* y con ella la *esencia humana en devenir*. Por eso cuando desfallece la voluntad del hombre, el deseo de sobrepasar continuamente su historia acaecida, su *esencia "sida"*, ya realizada, de superar constantemente lo ya existente en dirección *hacia un mundo mejor*, hacia una *existencia digna del hombre y vitalmente valiosa conseguida ya en este mundo*, es que tanto el individuo como la sociedad están muertos, consumen su substancia pasada, viven sin existencia histórica. Pues para eso se necesita vivir "incesantemente" no sólo a partir de su *pasado* sino también en dirección a su *futuro*. *Este* no es nunca la mera prolongación del pasado.

En este sentido la invocación de aquello que nosotros llamamos "Derecho natural", frente a todas las simples referencias a la positividad, al pasado que llega hasta el presente de las órdenes existentes y de las decisiones establecidas, tiene una función decisiva e irrenunciable. Esta función consiste en asegurar esa apertura al porvenir, dar nombre a algo que siempre se ha buscado y procurado: corregir y mejorar un mundo desgraciado, incómodo y malo, prestarle un fundamento racional a ese mundo que se aventura en un terreno abierto y aún no cimentado.

Lo que sucede entre nosotros bajo la *invocación del Derecho natural*, de la *justicia* y por lo tanto de la *verdad*, en el sentido de una confirmación y *conservación* del orden y la decisión adecuados a la *misión del hombre* y a la *naturaleza de las cosas*, se cumple en la ideología del Este, bien que bajo signos completamente diferentes, bajo las invocaciones a la llamada "legalidad socialista". Existe, sin embargo, una diferencia fundamental: que hoy empieza a extenderse cada vez más entre nosotros la sensata idea de que no hay ni una *misión del hombre fijada desde un comienzo* ni una *misión del hombre establecida al final a la que pudiéramos recurrir* como a algo ya dado para encontrar lo que en cada caso es históricamente adecuado a esta misión y lo que no lo es.

Teniendo en cuenta las experiencias que nos suministra nuestra historia política y económica, estamos hoy convencidos de que el desarrollo de la sociedad humana no ha de tener lugar con arreglo a las *leyes de desa-*

rollo fijadas de antemano ni con arreglo a tendencias de desarrollo pre-
visibles por anticipado, sino que lo que "el hombre hará" de este mundo
y de sí mismo en el momento histórico que le toca vivir sobre el Planeta,
depende de él mismo y no de las circunstancias y de su legalidad propia.
Esto significa que para nosotros no puede haber un arquetipo definitiva-
mente establecido del orden social futuro, tal como ha sido fijado en deter-
minada visión escatológica de una futura sociedad sin clases, cuya reali-
zación será históricamente necesaria o por lo menos probable, incluso sin
la voluntad del hombre o en contra de ella.

El *idealismo prospectivo*, que bajo la forma de esta nueva metafísica
histórica ocupa el lugar de la antigua metafísica de esencias propia de la
filosofía y teología de la tradición cristiana occidental, nos resulta hoy no
menos problemático, nos parece con respecto a la misión del hombre una
ilusión no menos peligrosa. Para nosotros la historia no es ni el despliegue
de determinadas esencialidades según *leyes de desarrollo* entelequiales e
inalterables, existentes desde el comienzo del mundo, ni el desarrollo hacia
un fin del mundo según *leyes* históricas inalterables insertas en el curso
del espíritu del mundo, sino un acontecer que tiene lugar de un modo siem-
pre nuevo. El hombre y su mundo están sometidos, para nosotros, a de-
terminadas legalidades naturales que nos anuncian un seguro final del mun-
do. Pero lo que el hombre hace a partir de este margen natural de su
vida, tanto el hombre individual como la humanidad en su conjunto,
no está fijado ni por el desarrollo histórico ni por la historia de la crea-
ción o por la historia de la salvación. En pocas palabras, que depende-
rá únicamente del hombre el hacer de este mundo un jardín floreciente
o un desierto muerto, antes del final de los tiempos, pues, en la tierra,
la humanidad tendrá un final natural; y eso no dependerá de las leyes
de desarrollo de *las circunstancias* ni estará sometido a un curso de la
historia predeterminado. El hombre no es simplemente el producto de
las circunstancias, sino también su productor, no sólo es obra de la his-
toria sino también su autor.

Sólo de él depende el que en este mundo desgraciado e inhumano
se establezcan los órdenes humanos, para los que solo en sí mismo puede
encontrar un *fundamento* y una *medida*, situándolos en caso necesario
frente a los órdenes extrahumanos ("naturales") (33). Ha de encontrar

(33) Ya Hegel nota respecto del Derecho natural que "la expresión *Derecho na-
tural*, que se ha hecho habitual en la doctrina filosófica del Derecho, encierra una
ambigüedad, la de si el Derecho se determina como algo que está presente en el *modo
natural inmediato* o si hay que concebirlo tal como se determina por la naturaleza de

en sí mismo y para sí mismo, en cuanto *hombre*, los fundamentos del orden humano, la *medida de la decisión humana* aplicable a todos los conflictos que proceden en gran medida de la estructura del mundo y no de su naturaleza incompleta, para garantizar en una "aproximación" constante, incansable e imperturbable, la existencia digna del hombre y valiosa para la vida, de *todos* los ciudadanos que habitan un mismo mundo, desterrados de un modo inexorable sobre la "superficie" de la tierra. Estos hombres están cada vez más, en la práctica, como ya Kant había previsto, "en relaciones exteriores que desembocan unas en otras" y por lo tanto deben ser vistos como ciudadanos de un "estado mundial general" (34). Si el hombre no realiza esa labor nada ni nadie le ayudará en ella. Pero ¿qué tiene que ver todo esto con lo que nosotros llamamos Derecho natural? Derecho natural es justamente, ahora como antes, el concepto, la fórmula, el nombre para este objeto: la toma de conciencia por parte del hombre (siempre nueva y renovada y exigida por el hombre mismo) de lo que le conviene. Se trata de aquella *autoconciencia de la misión del hombre* no ya como la realiza cada hombre por sí mismo en cuanto individuo, sino tal como la realizan la filosofía y la teología y hoy cada día más la ciencia, *públicamente* y con la vista puesta en los *hombres en general* y tal como la seguirán realizando mientras haya hombres que tengan ante sí un porvenir. En esta toma de conciencia que precede a toda autorrealización del hombre, que la dirige y que la acompaña, se realiza incansablemente, tanto teórica como prácticamente, el tránsito de lo que el hombre es hoy en día a lo que aún no es pero será mañana y, si lo queremos como misión suya, a lo que *debe ser*.

Este sobrepasar el hoy hacia el mañana, el orden vivido hacia uno no vivido aún pero reconocido como digno del hombre y valioso para la vida, lo buscamos en todas las decisiones que nos urgen cotidianamente. Estas decisiones buscan su fundamentación y cuando no pueden encontrarla en la positividad del Derecho vigente, invocan el *Derecho natural*, ya sea a la naturaleza u orden de las cosas o a la naturaleza o

las cosas, es decir, por el *concepto*". En realidad "el Derecho y todas sus determinaciones se basan únicamente en la *personalidad libre*, una *autodeterminación* que constituye más bien lo contrario de la *determinación natural*" (Sistema de la Filosofía, § 502).

(34) Para el pensamiento jusnaturalista, genuinamente kantiano, de un "acercamiento continuo" al estado de una "unión mundial" que garantice en primer lugar la *libertad* y la *seguridad* y por consiguiente una existencia *digna del hombre*, vid su escrito *Zum ewigen Frieden* (edic. de la Academia t. VIII) y *Metaphysik der Sitten*, § 62.

misión del hombre. Cuando una sociedad interrumpe este proyecto incesantemente renovado de su propio porvenir (tal como han intentado las leyes de citas de los antiguos hasta la prohibición de interpretación del ALR) y se limita a los órdenes existentes, está en peligro en cuanto sociedad humana viviente. Vive nada más que su pasado, se alimenta de la *misión esencial del hombre* convertida en *substancia histórica*, pero renuncia con ello a su *existencia histórica*, que supera siempre aquel pasado en el porvenir.

Sin embargo la relación con nuestro pasado, a partir de cuya decisión previa ha llegado a la existencia la estructura y el sistema de una sociedad, no es únicamente la de una superación de este pasado sino también la de una adhesión al mismo. Justamente la positividad de todo Derecho (su carácter regulador) por tanto la seguridad y también la confianza que nos inspiran todos estos órdenes en los que nos instalamos cotidianamente y por los que nos regimos, son un alto valor que constituye la permanente determinación esencial de lo que es o no es humano en la vida de relación interhumana y que constituye a la vez la substancia humana de que vivimos. No decimos casualmente que nos "alimentamos" de esas tradiciones, de aquel "thesaurus juridicus" que las experiencias de siglos han almacenado para nosotros. En esta medida el pasado, en cuanto "lo sido" (Heidegger) cosa que pervive y continúa siendo eficaz, origen que vuelve incesantemente a nosotros desde nuestro futuro, no es simplemente atadura sino vinculación, autovinculación del hombre a todos aquellos innumerables descubrimientos sobre lo que es o no es humano, en determinadas situaciones concretas, en determinadas relaciones que se renuevan, en determinadas asociaciones básicas. Sólo de esta manera tenemos la seguridad de que no vamos a caer a cada momento en la falta de sustrato, en lo extrahumano e inhumano. Esta "herencia" viviente es por tanto el *suelo común del mundo público*, sobre el que estamos, la *segura substancia* de las *ideas públicas* de que vivimos.

En esto lo decisivo es que muchas de las ideas que han alcanzado el estado de un proyecto esencial e histórico del hombre, a través de las cuales se ha descubierto algún aspecto de lo humano, se han convertido en misión esencial y segura del hombre, de tal manera que ya no podemos abandonarlas en el futuro si no queremos caer en lo extrahumano. Así pues ya no es posible un retroceso respecto de los principios del hombre ya descubiertos, de los órdenes fundamentales ya revelados.

También en el ámbito del mundo cultural parece dominar la ley de que los procesos espirituales son tan poco reversibles como los natura-

les. Así por ejemplo, una vez que hemos alcanzado la idea de que la pena presupone un delito, nos está vedada para siempre la vuelta a aquel status ingenuo del Derecho penal del resultado

Este retroceso puede triunfar, imponiendo durante algún tiempo el atavismo con el recurso de la fuerza pero nunca podrá hacer callar a la autocomprensión del hombre que lo determina desde su origen.

Sin embargo aún cuando acentuemos el valor vital de la verdadera tradición, de una vida edificada sobre la "herencia" del pasado y el valor que tienen también los órdenes positivos ya existentes y las decisiones fijadas, nosotros, los juristas, que somos defensores natos de lo existente, debemos conservar siempre la conciencia de que si partimos *únicamente* de esa base no podemos contemplar ni vivir la vida del hombre en particular ni en su totalidad. Por muy alto que estimemos (con razón) el valor de la *seguridad jurídica* en nuestro mundo occidental, ordenado según el principio democrático (entiendo por seguridad la *constatación legal*, originada en la competencia común, *de lo que el hombre debe ser y hacer en relación con los demás hombres*) el retorno a un positivismo que creemos superado pero que hoy amenaza por todas partes, es el camino más seguro para perder esta lucha por un mundo mejor que ha de decidir el porvenir de *nuestro* único mundo. Una actitud semejante expresada por el lema "quédate donde estás" acuñado en una época pasada, actitud vuelta hacia atrás no sólo en lo privado sino en lo público, sólo puede contentar al que crea que en la historia de la humanidad y en su desarrollo social hay una pausa, un estatus que nosotros tendríamos que retener y conservar para ganar el porvenir de los hombres. Esta actitud desconoce que el porvenir de los hombres siempre está abierto hacia adelante y no representa simplemente la prolongación del pasado. Sin embargo este porvenir no es algo que ha de lograr el legislador con la simple formulación de *proyectos abstractos de órdenes futuras* y con *diseños abstractos de decisiones futuras*. Se necesita además el esfuerzo incesante de todos aquellos que se ocupan del *orden concreto* de las relaciones precisas, de la *decisión concreta de los casos* precisos de la vida diaria, no sólo de la administración de justicia, sino también de la ciencia jurídica, que tiene por cometido, *de lege data y de lege ferenda*, la incesante continuación razonable y adecuada a la vida del desarrollo de las condiciones en que se encuentra la sociedad humana (35). Podemos ver

(35) Wilhelm Weidschedel (*Recht und Ethik*) acentúa ya la existencia, incluso en el terreno del Derecho, de "una doble dirección de la existencia humana, hacia lo ya "sido" y hacia lo "futuro", de donde nace la exigencia, de que son objeto el le-

esto en la actividad cotidiana del juez (36). Este, cuando no se refugia en la negativa a pronunciar sentencia, se ve siempre impulsado a ir más allá de las circunstancias establecidas y de su ordenación positiva, para lo que debe atreverse a dar un paso adelante sin estar cubierto y asegurado por la positividad.

Si nuestros jueces no actuaran conforme a esta concepción de su profesión, que hoy nos resulta evidente, sería imposible hasta el menor desarrollo consuetudinario *praeter legem* o incluso *contra legem* de nuestro Derecho. Sin ninguna duda toda decisión que se propone crear nuevo *Derecho en proceso de desarrollo*, no está amparada por la positividad pues cualquier axioma nuevo, hasta el más razonable y más justo que el juez aduzca en apoyo de su decisión, sólo alcanza positividad en el sentido del Derecho positivo u objetivo, cuando ha sido recibido por una jurisprudencia reiterada, es decir cuando de convicción general ha pasado a ser práctica general.

Aquí continúa planteado el siguiente dilema: no limitarnos a prolongar el pasado que se ha petrificado en Derecho positivo, es decir la estructura de la sociedad y del orden que se ha "positivizado", ni librar-nos de toda tradición sin entrar en contradicción con nuestro pasado, con las decisiones previas de todas las generaciones que nos han precedido, bajo cuyo influjo nuestro orden de vida, en lo que tiene de bueno y de malo, se ha convertido en lo que hoy es. Debemos aceptar y continuar ese orden como una tarea, en cuanto orden que ha llegado a ser esto que es y no otra cosa distinta, si es que realmente queremos realizar la continuidad de nuestra existencia histórica sin perder la identidad con nosotros mismos.

gislador y el juez, de "oír su tradición", como "herencia que el hombre ha recibido y que le determina el contenido de su posibilidad existencial" así como también de "proyectar el futuro", porque sólo de esta forma el futuro del hombre no se convierte en una "simple repetición de lo pasado", con lo que "la historia se detendría y el hombre se petrificaría en la figura pasada". En su interpretación del carácter proyectante del Derecho a partir de la historicidad de la existencia humana, se plantea Weidschedel, al final, la pregunta que apunta en la dirección de un "Derecho natural existencial": "Quizás frente a la pregunta más acuciante por *la esencia del hombre en lo que respecta a sus relaciones con la tradición* no es posible formular normas absolutas en el sentido de un Derecho natural estático, pero sí directivas para el comportamiento jurídico en el ámbito de la jurisprudencia y de la legislación. (ob. citada, página 32 ss).

(36) V. en particular Maihofer, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, en los *Annales Universitatis Saraviensis*, t. VII; y también últimamente Arthur Kaufmann, *Gesetz und Recht*, en *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pág. 357 ss. esp. página 381 ss.

Hoy, después de la nueva toma de conciencia que tuvo lugar en los años posteriores a 1945, estamos cada vez más en peligro de perdernos, satisfechos de nosotros mismos, en la simple conservación de lo existente, y en todas partes parece desfallecer la voluntad de transformar decididamente las relaciones existentes que nos han sido "legadas" en un orden social más digno del hombre y más valioso para la vida. Esto restituye hoy en día a aquel viejo concepto del Derecho natural su *función de fundamento racional de esa evolución racional de nuestra sociedad que incesantemente exigimos*.

CONCLUSION: EL DERECHO NATURAL COMO DERECHO EXISTENCIAL, COMO DERECHO DEL HOMBRE A UNA EXISTENCIA DIGNA DEL HOMBRE Y VITALMENTE VALIOSA.

Debemos comprender que en todas las referencias y fundamentaciones habituales del Derecho natural, que hemos recibido de la tradición, no tiene lugar más que lo siguiente: el *descubrimiento* que cada época exige *de la misión futura del hombre* y de la *modificación* de las cosas (de las "circunstancias") *que la realización de aquella exige*. Si lo comprendemos así no debe faltarnos valor para atrevernos a proclamar quién es el que está exigiendo y queriendo, cuando empleamos fórmulas tan problemáticas como "la ley moral objetiva exige" "el orden de los valores que hay que aceptar quiere". No se trata de un algo suprapersonal o de un alguien personal situado fuera de nosotros mismos, sino del *hombre*, de nosotros mismos que formulamos aquellas exigencias partiendo de la comprensión de lo que, teniendo en cuenta las circunstancias de nuestro mundo, es o no es humano en las relaciones interhumanas, es decir de lo que corresponde y lo que no corresponde a nuestra histórica *comprensión de sentido de un orden del mundo que sea digno del hombre y valioso para la vida*.

Sólo partiendo de una comprensión histórica y adoptando una misión del hombre que esté basada no solamente en la *substancia histórica* que sobrepasa incesantemente eso que ya existe y está fijado en el *proyecto previo de la futura misión del hombre* y de la *modificación y conservación de las circunstancias* de este mundo necesarias para una *realización digna del hombre y valiosa para la vida*, solamente así se puede garantizar, en cada *decisión concreta, el orden concreto* que, permaneciendo fiel a su tradición, se abre valientemente al porvenir. Precisamente en este segundo sentido, el de mantener abierto el horizonte del *porvenir humano* en todos los órdenes y decisiones humanas, tiene el Derecho natural una función inalienable e irrenunciable, *al lado del positivismo*. Desde esta pers-

pectiva el Derecho natural aparece como el nombre adecuado para designar esta tarea única y siempre renovada: abrir el camino para los *proyectos de la futura misión del hombre y del correspondiente orden de su mundo*, con los *medios* que le proporciona el *Derecho*. Para nosotros el Derecho natural constituye inexorablemente el concepto que expresa precisamente esta tarea a la que el hombre no puede renunciar sin renunciar también a su *porvenir* y a lo que auténticamente lo constituye en cuanto hombre: su *existencia*. La existencia no *está fijada como un dato previo* sino que *constituye una propuesta* que el hombre ha de realizar en el curso de la historia.

El Derecho natural concebido como Derecho existencial, es decir como *Derecho a una existencia conforme con la misión del hombre*, representa para nosotros el concepto constitutivo de una exigencia que se plantea cotidianamente a los juristas, la de ir aproximando cada vez más las relaciones entre los hombres al arquetipo de un orden *digno del hombre* que podamos concebir como aquel orden en que reina la *mayor libertad posible* junto con la *mayor seguridad posible*. Este es un orden que *hace posible una vida valiosa* y que tanto en el Este como en el Oeste, bien que con distintos medios y por distintos caminos, se concibe como un orden que satisfaga *en la mayor medida posible las necesidades del hombre* y permita el *mayor desarrollo de sus capacidades*.

Para cumplir esa tarea de acercamiento progresivo a aquel estado en el que ya no sean posibles la *esclavitud* y la *explotación* del hombre por el hombre, no hemos instaurado una dictadura del proletariado sino una *soberanía del Derecho*. Detrás de esa soberanía se encuentra una pequeña palabra que nos garantiza que no va a tratarse de la *soberanía del pasado sobre el presente*, esa palabra es: *Derecho natural*. Era y es hoy, como ha sido en el curso de toda la historia humana, la divisa de *aquel cambio en las relaciones humanas para darles la forma de una sociedad auténticamente humana* que no se realiza a través de decisiones aisladas y revoluciones espectaculares. Es la fórmula no de una *renovación radical de las relaciones humanas* en la medida en que el hombre está en ellas como un ser *rebajado, esclavizado, abandonado y despreciado*, sino de su *revisión y transformación*.

Derecho natural, he aquí el concepto de la constantemente exigida *evolución y revolución de las relaciones humanas en la vida cotidiana para darles la forma de sociedad auténticamente humana*.

WERNER MAIHOFFER

(Traducción al español por Luis G. San Miguel.)