

## DERECHO. HISTORIA. DERECHO NATURAL.

### Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho Natural y la historicidad de los Ordenes Jurídicos \*

POR JOSÉ DELGADO PINTO

Salamanca

#### S U M A R I O

*Introducción.*—El problema.

I. *Breve esquema histórico.*

II. *Algunos aspectos de la cuestión en su estado actual.*

El argumento empírico-histórico contra el Derecho Natural. ¿Cabe afirmar la existencia de normas inmutables de Derecho Natural si el conocimiento histórico prueba que no han sido reconocidas como tales por todos los pueblos? Análisis de las distintas respuestas:

A) El reconocimiento por todos no es requisito indispensable para la existencia de preceptos inmutables de Derecho Natural.

B) Dentro del Derecho Natural hay normas conocidas por todos, plenamente universales e inmutables, y otras en que tales caracteres no se dan plenamente.

C) El conocimiento por todos los pueblos no es requisito para la existencia del Derecho Natural, porque éste no es universal ni inmutable, sino «histórico», «concreto».

III. *Supuestos para una solución.*

A) La historia. El hombre como ser histórico: naturaleza humana e historia.

B) Derecho e historia. Lo histórico-temporal y lo suprahistórico o absoluto en el Derecho.

C) Posibilidad y sentido del Derecho Natural.

\* Este trabajo es resultado del desarrollo de un problema lateral surgido dentro de la investigación sobre el tema de «La validez del Derecho», para la que ha sido concedida al autor una «Ayuda a la Investigación».

## DERECHO. HISTORIA. DERECHO NATURAL.

### Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho Natural y la historicidad de los Ordenes Jurídicos \*

POR JOSÉ DELGADO PINTO

Salamanca

Hoy es patente para todos que el pregonado renacimiento del Derecho Natural se ha convertido en un renacimiento del problema del Derecho Natural. Si es innegable que una sensible mayoría de juristas y filósofos del Derecho de nuestro tiempo han creído necesario actualizar la vieja idea de un Derecho absoluto, objetivamente válido por encima de las determinaciones positivas del legislador, también lo es que dicha idea no ha logrado imponerse de manera general. Muchos la rechazan todavía estimando fundadas las razones secularmente alegadas por el positivismo. Por otra parte, aquéllos que invocan el Derecho Natural no comparten una concepción unánime de él; por el contrario, ofrecen el espectáculo de una multiplicidad de teorías yusnaturalistas separadas por diferencias y matices conceptuales a veces importantes que encuentran su expresión en la variada especie de adjetivos añadidos a aquel término tradicional. De esta manera el Derecho Natural, si bien colocado de nuevo en el centro de la atención y de las especulaciones del pensamiento jurídico, lo está como problema abierto a profunda y apasionada discusión.

Esta situación es explicable. La vuelta al Derecho Natural en el pensamiento de nuestro siglo se ha gestado merced al impulso de diversos factores. De un lado, la lenta y progresiva quiebra y superación de los supuestos filosóficos y filosófico-jurídicos en que se asentaba el positivismo decimonónico en su expresión más radical; este movimiento se sustanció en una serie de filosofías del Derecho elaboradas en base a supuestos filosóficos progresivamente cercanos o compatibles con aquéllos sobre los que tradicionalmente se construyó la concepción del Derecho Natural. Sin embargo, como es sabido, esta marcha del pensamiento experimentó una aceleración decisiva por la intervención de otro factor: la crisis del orden social vigente con que propiamente se abre nuestra época y cuyos mo-

mentos culminantes representan las dos grandes guerras mundiales con sus múltiples implicaciones y derivaciones, entre ellas de orden jurídico. Como en toda época de crisis la «vuelta al Derecho Natural» pasó de ser una cuestión confinada en el campo de la especulación filosófico-jurídica a convertirse en problema «popular», en imperativo compartido con los teóricos por los prácticos del Derecho, los juristas, y los estadistas, los hombres políticos.

Ahora bien, la inmediata postguerra pasó y con ella el carácter de necesidad y perentoriedad prácticas con que la invocación al Derecho Natural se presentaba. Aunque en plena transformación todavía, de nuevo el orden jurídico ofrece forma y medida determinadas a un sistema de relaciones sociales bastante estable y seguro. La certeza de las normas positivas establemente asentadas y aceptadas permite que nuevamente los juristas encuentren su misión primordial en la interpretación y aplicación de aquéllas sin necesidad de aventurarse en el arriesgado mundo del Derecho Natural. Lo que explica en buena parte el relativo decaimiento del antes casi unánime clamor de retorno a aquél.

Además, este cambio en la situación de hecho del orden social-jurídico ha puesto en claro dos cosas. Primero, que muchas de las invocaciones y afirmaciones yusnaturalistas de la crisis eran, desde un punto de vista teórico, apresuradas, sin un fundamento sólido, fácilmente criticables. Segundo, en íntima conexión con lo anterior, que muchos de los nuevos defensores del Derecho Natural parten de supuestos filosóficos generales desde los que no es posible proporcionarle una base de sustentación suficientemente sólida si se entiende conforme a su significación tradicional; tales supuestos les son prestados por las diversas corrientes filosóficas contemporáneas, y aunque éstas, comparativamente con la mentalidad filosófica del siglo pasado, representan en diversos grados, según hemos dicho ya, un acercamiento a afirmaciones fundamentales de la filosofía tradicional sobre las que aquél se apoyaba, tal acercamiento dista aún de significar una suficiente coincidencia. Esto explica el hecho tan corriente hoy de autores que, afirmando el Derecho Natural, se ven precisados a añadir que *su* Derecho Natural no debe identificarse con el tradicional que en su perfil completo les resulta inadmisibile; de aquí la consecuente profusión de «Derechos Naturales» diversamente adjetivados.

Merece no olvidarse otro factor que ha jugado un doble papel: ha contribuido al renacimiento de la idea del Derecho Natural, pero también ha respaldado la confusa pluralidad de teorías yusnaturalistas. Se trata del mejor y más profundo conocimiento de la historia de las doctrinas sobre aquel Derecho. Para gran parte de juristas y filósofos del Derecho del pasado siglo el Derecho Natural se identificaba con la concepción del yusnaturalismo racionalista. Una serie de investigaciones de corte histórico ha puesto de relieve la larga e ilustre tradición en que se

apoya esta idea de un Derecho objetivamente válido, distinto y superior al positivo, y las distintas formulaciones y elaboraciones de la misma. El más preciso conocimiento de teorías más sólidamente fundadas y mucho más sobrias y cautas respecto del contenido del Derecho Natural que la racionalista ha contribuido notablemente a la reactualización y revalorización teórica de éste. Pero, al mismo tiempo, la contemplación de las diferencias y disputas doctrinales que permanentemente han acompañado a la idea del Derecho Natural en la historia del pensamiento ha contribuido también a incrementar la convicción del carácter problemático de la misma y la variedad de sus formulaciones actuales.

El resultado patente es que hoy el Derecho Natural constituye un problema que divide en abierta discusión a juristas y filósofos del Derecho. Discusión entre aquellos que lo afirman entendiéndolo de diversas maneras. Discusión también por parte de quienes se niegan a aceptarlo. Puede decirse que, salvo excepciones muy dignas de tenerse en cuenta, casi nadie profesa actualmente de manera consciente y plena el pasado positivismo radical. Pero son muchos los que intentan una vía media entre el craso positivismo y el Derecho Natural, que se resisten a admitir por estimar irremovibles algunas de las razones que condujeron a su destierro del panorama del pensamiento jurídico dominante durante la mayor parte del siglo pasado y parte del nuestro.

Los problemas concretos o puntos discutidos en torno a los que está empeñada actualmente la batalla doctrinal son muy diversos. N. Bobbio estima que las objeciones frente al Derecho Natural pueden clasificarse en dos grandes grupos; unas, que predominantemente provienen del campo de los juristas, centradas en el término Derecho y tendentes a demostrar que aquél carece de una serie de requisitos precisos para la existencia de todo verdadero orden jurídico —seguridad, certeza, eficacia— sólo poseídos por el Derecho positivo; otras, más netamente filosóficas, orientadas sobre la noción de *naturaleza* para probar la imposibilidad de un Derecho «natural» en cuanto que dicha noción no constituye base que permita una determinación de lo justo y de lo injusto capaz de suscitar un consenso unánime y con validez actual<sup>1</sup>.

A nuestro juicio la actual coyuntura doctrinal no presenta problemas importantes que sean verdaderamente y en rigor nuevos; creemos que las cuestiones básicas discutidas son reductibles a las que han compuesto el cortejo problemático que casi inevitablemente ha acompañado a la idea del Derecho Natural a través de los siglos, aunque hoy se presenten en forma nueva y remozada, ofreciendo nuevos perfiles y facetas, unas más profundamente planteadas, otras tal vez más superficialmente que

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Quelques Arguments contre le Droit Naturel*, en «Annales de Philosophie Politique», 3, P. U. F., Paris, 1959, págs. 175 y ss.

en otras ocasiones, a tono con el momento espiritual, y la situación del conocimiento jurídico y filosófico.

Entre esta diversa problemática emerge una cuestión que reviste hoy una decisiva importancia, constituyendo un punto crucial en la disputa, ya que actúa a modo de polo de atracción en que se condensan casi todos los demás problemas. Nos referimos a la antítesis a primera vista insalvable que, frente al Derecho Natural, parecen representar las exigencias derivadas de la historicidad del ser humano y de sus creaciones culturales entre las que se encuentra el Derecho<sup>2</sup>. Al Derecho Natural, tal como se ha venido entendiendo tradicionalmente, pertenecen de manera esencial los caracteres de validez universal e inmutable; ¿cómo puede conciliarse actualmente la afirmación de un tal Derecho con la lúcida e ineludible conciencia del carácter y condicionamiento histórico-temporal de todas las creaciones espirituales del hombre y, por tanto, de todo orden jurídico? Esta conciencia de la temporalidad e historicidad de todo lo humano es hoy particularmente viva; como, por otro lado, sigue constituyendo una tendencia operativa la de superar el positivismo y recurrir al Derecho Natural, se comprende la importancia y la gran actualidad del problema<sup>3</sup>. Al plantearlo en toda su profundidad e intentar construir una solución se nos revela la posición central que ocupa en la actual discusión

<sup>2</sup> Entre otros muchos concurda en reconocer la significación crucial de este problema B. DE JOUVENEL, *L'idée de Droit Naturel*, en «Annales de Phil. Pol.», vol. cit., págs. 159 y ss.

<sup>3</sup> La literatura sobre el mismo es, por esto, abundante; he aquí algunas contribuciones, entre otras muchas: G. STADTMÜLLER, *Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung*, Bitter & Co., Recklinghausen, 1948; L. STRAUSS, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago-Illinois, 1952; J. M. DÍEZ ALEGRÍA, *Ética, Derecho e Historia*, Sapientia, S. A. de Ediciones, Madrid, 1953; G. DEL VECCHIO, *Mutabilidad y eternidad del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 3, 1955, págs. 1 y ss.; BAUSOLA, *Diritto Naturale e Storia*, en «Ius», VIII, 1957, págs. 131 y ss.; A. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1957; del mismo autor, *Diritto Naturale e Storicità*, en «Ius», X, 1959, págs. 178 y ss.; J. J. M. VAN DER VEN, *Grundrechte und Geschichtlichkeit*, N. G. Elwert, Marburg, 1960; etc. Más directamente referidos a la relación general Derecho, Tiempo e Historia: L. CARNELLI, *Tiempo y Derecho*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952; G. AMBROSETTI, *Razionalità e Storicità del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1953; G. HUSSERL, *Recht und Zeit (fünf rechtsphilosophische Essays)*, V. Klostermann, Frankfurt a. M., 1955, en especial el primero de los ensayos, págs. 7-65; A. J. BRANDAO, *Vigencia y temporalidad del Derecho*, traducido e incluido en el vol. *El hecho del Derecho*, Losada, S. A., Buenos Aires, 1956, págs. 51-134; D. PASINI, *Diritto e Storia*, en «Riv. Int. di Fil. del Diritto», XXXIV, 1957, págs. 623 y ss.; B. PARADISI, *Le Dogme et l'Histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique*, en «Archiv. de Phil. du Droit», 1959, págs. 23 y ss.; etc.

sobre el Derecho Natural, pues en tal trance indefectiblemente irán presentándose ante nosotros casi todas las demás cuestiones básicas implicadas en la discusión: naturaleza humana permanente e historicidad, capacidad de la razón para determinar lo justo y condicionamiento histórico de su ejercicio, carácter estrictamente jurídico, o no, de aquel «Derecho» si se afirma como universal e inmutable, etc.

En las páginas que siguen nos proponemos exponer algunas reflexiones a propósito de este tema. No intentan agotarlo ni, mucho menos, construir una solución. Somos conscientes de la magnitud que tal intento reviste si el tema se acepta seriamente en su plena profundidad y con todas sus implicaciones, ya que en este caso una solución requiere enfrentarse con la total problemática que plantea el Derecho Natural y, por consiguiente, con la mayor parte de las cuestiones básicas que supone una teoría filosófica del Derecho, tarea que, por diversas razones, no vamos a abordar en esta ocasión. Antes que ensayar una nueva solución que resultaría solo parcialmente fundamentada, nos parece preferible circunscribir desde el principio nuestro propósito, que se limitará a poner de relieve y destacar algunos aspectos importantes del problema con la esperanza de contribuir a un planteamiento comprensivo y preciso del mismo. Nos servirá de hilo conductor la exposición y comentario de algunas entre las muchas soluciones ensayadas en la literatura actual. Como resultado final esperamos poder señalar cuáles son, a nuestro juicio, las cuestiones fundamentales que una solución coherente y seria ha de proponerse y resolver y en qué sentido, según nuestro personal punto de vista, podrían ser abordadas.

## I

Según hemos dicho, la oposición, a primera vista clara y tajante, que media entre la afirmación de un Derecho Natural inmutable y la conciencia del carácter y condicionamiento histórico de todo orden jurídico constituye un problema básico al que en cierto modo pueden reducirse todas las demás cuestiones implicadas en la disputa acerca de la admisibilidad de aquél. Ahondando más podemos decir que constituye un problema central para toda teoría filosófica del Derecho en cuanto que conduce inexorablemente al tema más general de la conciliación de lo mudable y variable con lo inmutable y permanente en el Derecho, de la explicación de lo plural y distinto a partir de lo uno e idéntico, y esto, referido a la totalidad de los seres, es el tema original de toda filosofía. Lo cual nos revela, por otra parte, que con el problema del Derecho Natural se plantea siempre indisolublemente ligado el más amplio de la fundamentación y explicación ontológica del Derecho. Se explica fácilmente, por esto, que no se trate de un problema nuevo, exclusivo de nuestra

época, sino de una cuestión surgida contemporáneamente con la idea misma del Derecho Natural y que la ha seguido de forma permanente en su proceloso decurso histórico, bien que diversamente formulada según las épocas. Al objeto de colocarnos en una perspectiva más completa respecto de nuestra presente coyuntura nos parece oportuno hacer algunas indicaciones, aunque sean esquemáticas y de tipo muy general, acerca de los diversos planteamientos del tema en las fundamentales etapas históricas de la discusión sobre el Derecho Natural.

El problema se hace ya presente en el pensamiento filosófico-jurídico griego. Así en la especulación sofística, prescindiendo de momentos anteriores, en la que de forma clara y explícita se plantea el tema del Derecho Natural al distinguir y oponer —al menos parte de los sofistas— un orden legal producto de la tradición o de la autoridad política, convencional, y un orden natural, dimanado de la misma naturaleza humana; el primero es mudable, distinto de una «polis» a otra y según las épocas, arbitrario en cuanto convencional; el segundo es el orden debido en cuanto derivado de la naturaleza, válido para todos. La oposición entre lo mudable-convencional y lo inmutable-natural en las leyes ocupa también la atención del pensamiento socrático y platónico, aunque enfocada en un sentido peculiar. Pero es en Aristóteles donde se plantea de forma más clara. Prescindiendo de otros, es el muy conocido en *Ética a Nicómaco*, V, 7, el lugar donde el tema que nos ocupa queda precisado con toda nitidez.

En dicho texto Aristóteles, como es sabido, distingue, dentro de lo justo en la «polis», aquello que es justo por naturaleza que en todas partes vale lo mismo y no depende del acuerdo u opinión de la gente, y aquello que es justo según la ley que, siendo en principio indiferente, deja de serlo una vez que se manda una cosa u otra. Respecto de la opinión de aquellos que piensan que todo lo justo en la «polis» es de la segunda especie, ya que de haber justo por naturaleza debería ser rigurosamente inmutable y universal, como el fuego que quema igual aquí que en Persia, mientras que en lo que se estima justo en la «polis» se observa variación, Aristóteles contesta que en su totalidad no es verdadera, aunque sí en un cierto sentido. Respecto de los dioses probablemente es completamente falsa. Respecto de nosotros es en parte verdadera porque aún en lo justo natural se puede dar variación. Sin embargo, insiste Aristóteles se puede distinguir bien dentro del ámbito de lo justo lo que es natural de lo que es legal o convencional, aunque en ambos se dé variación. Esto mismo ocurre en otros ámbitos; así por naturaleza la mano derecha es la más fuerte y, sin embargo, se dan ambidextros.

Como puede constatarse, la cuestión está claramente planteada. Lo justo natural, frente a lo justo legal o convencional que por versar sobre lo que en principio es indiferente es sustancialmente variable, vale igual

en todas partes, es decir, es universal e inmutable y, sin embargo, hay que admitir también en ello variación. ¿Cómo se concilia esta universalidad e inmutabilidad del «Derecho Natural» con la variabilidad que parece afectar a todo el Derecho? Es el problema.

La solución que en el texto citado brinda Aristóteles es bien parca y, por tanto, oscura. Se limita a indicar, primero, que cuanto se refiere a la justicia en la «polis», al Derecho, es susceptible de variación, aunque esto no impide el que se pueda distinguir bien lo que es natural de lo que es legal o convencional y, segundo, que esta variación se da también en otros planos de lo natural: mano derecha más fuerte —ambidextros—. Una indagación tendente a iluminar y explicitar el pensamiento aristotélico en este punto exigiría una aclaración de los supuestos metafísicos de su ética y, dentro de este contexto, de su concepción de la justicia y el Derecho, así como tener en cuenta las aplicaciones más concretas que se encuentran sobre todo en su *Política*; los comentaristas que, con mayor o menor profundidad, lo han intentado no logran ofrecernos una solución evidente, precisa y unánime, aunque se encuentra bastante aceptada aquélla según la cual habría que distinguir en el pensamiento de Aristóteles lo justo natural o Derecho Natural, en el sentido de lo que según la naturaleza es lo esencialmente justo en términos de lo ideal o lo mejor en general, que es inmutable, y esto mismo en cuanto actualmente realizado y válido en cada «polis» que sería variable y concreto, pues, al venir referido a circunstancias diferentes, se presentaría distintamente de un caso a otro.

A nosotros en este momento nos basta con constatar que en Aristóteles se encuentra ya planteada con claridad la cuestión de cómo conciliar la inmutabilidad del Derecho Natural con la variabilidad que parece corresponderle en cuanto todo Derecho es variable y que, aunque no la resuelve explícitamente, apunta dos vías a recorrer parejamente para la búsqueda de una solución: una, conforme a la que habría que fijarse en el estudio de la inmutabilidad que parece propia de todo Derecho como lo justo actualmente válido en la comunidad; otra, que se centraría en deslindar lo inmutable y lo mudable que parecen conciliarse en aquello que es natural al hombre.

Pasemos ahora a referirnos al pensamiento filosófico-jurídico cristiano abarcando la patrística, la escolástica medieval y la renacentista. En este ámbito de especulación el problema adquiere un planteamiento más agudo y un tratamiento más explícito en correspondencia con una mayor «conciencia histórica», por decirlo con un término contemporáneo, aunque bastante impreciso; esta mayor conciencia histórica deriva, a su vez, de una serie de supuestos fundamentales: concepción de la creación y providencia divinas del mundo, valoración de la voluntad y libertad humanas en cuanto el hombre es responsable de sus actos ante el juicio

de Dios, diversas etapas de la relación del hombre con Dios que conduce a la concepción de la historia como «historia de salvación», estado de inocencia, pecado, estado posterior a la caída y redención, etc.

Un estudio histórico del tema habría de parar mientes en el pensamiento de los Padres de la Iglesia con su viva conciencia del profundo cambio que supone el paso del estado de inocencia al actual estado de pecado y la tensión que ello implica respecto de la idea de un Derecho Natural inmutable y que se expresa corrientemente en la distinción entre Derecho Natural «primario» y «secundario». Sobre todo, habría que detenerse en el pensamiento de San Agustín. También en la especulación medieval anterior a Santo Tomás. Pero nosotros vamos tan sólo a aludir brevemente a la obra tomista en la que se conjugan este tipo de pensamiento histórico-teológico con la influencia más netamente metafísica proveniente de Aristóteles; apuntaremos también la evolución posterior en el pensamiento de los representantes de la escuela española de los siglos XVI y XVII.

Demuestra un sensible desconocimiento de la ética de Santo Tomás quien la califica de racionalista en el sentido de construída en forma deductivo-sistemática de espaldas a la experiencia de las variables circunstancias y situaciones vitales e históricas. Quien la conoce medianamente puede atestiguar, por el contrario, la continua insistencia del santo en el papel básico que en la ciencia moral corresponde a la experiencia, a la apreciación de las circunstancias, su valoración del juicio prudencial y su conciencia de la regular variabilidad que se da en lo que, según los distintos lugares y tiempos, se tiene como justo o injusto. Ahora bien, lo que sí está claro en el pensamiento tomista es que las normas del obrar humano, por variables que sean según las circunstancias, nunca son arbitrarias, sino que tienen un fundamento objetivo, así como que son reconducibles a unos principios fundamentales naturalmente válidos, a una Ley natural.

El orden de las acciones humanas, aunque peculiar, se integra dentro del orden universal de la creación, cuya suma y principio original constituye la ley eterna. La participación del hombre en esta ley eterna, participación racional en cuanto la suya es una naturaleza racional, es la ley natural que de manera directa regula lo esencial e intrínsecamente bueno o malo según la naturaleza. Sus exigencias son desveladas por la razón, pero de las más generales y fundamentales poseemos un conocimiento inmediato y evidente. Por su fundamento teológico-metafísico la ley natural es una y la misma para todos los hombres, es universal e inmutable. Y aquí comienza a perfilarse el problema, pues, como hemos señalado antes, Santo Tomás tiene clara conciencia también de la variabilidad que se da en el ámbito de la normatividad ética. Tal variabilidad queda justificada y no plantea problemas respecto de todo aque-

llo que no cae directamente bajo la regulación de la ley natural, el campo de las leyes positivas. Pero, respecto del ámbito propio y específico de la ley natural, ¿cabe también variabilidad?

Conviene observar el modo como el problema se plantea. La existencia de la ley natural con los caracteres de universal e inmutable constituye un postulado asentado en supuestos básicos, teológicos y metafísicos del sistema; y de lo que se trata es de cómo conciliarlo con aquellos casos de variaciones éticas que muestra la historia y que parecen comprometer tal universalidad e inmutabilidad. Tales casos, según aparecen en la obra de Santo Tomás, son diversos; ante todo, se trata de los muy conocidos y discutidos pertenecientes a la historia bíblica: matrimonio entre los hijos de Adam, sacrificio de Isaac, régimen matrimonial de la ley mosaica, etc.; otros son tomados de la historia profana: el hurto, no tenido como delito por los galos, según relata César; por último, también se aducen algunos en forma hipotética: no obligación de devolver lo depositado en determinadas circunstancias.

En sustancia, la solución de Santo Tomás consiste en distinguir un primer nivel de preceptos de la ley natural rigurosamente inmutables y otros en los que en distinto grado puede darse variabilidad. Los elementos doctrinales con los que concretamente se articula esta solución son diversos. Pilar común es la distinción dentro de la ley o Derecho Natural de preceptos primarios y secundarios, distinción ya iniciada por autores anteriores y que adquiere matices algo distintos en diferentes obras del santo. Sobre esta distinción hace intervenir, de un lado, la idea de la dispensa divina que, al recaer sobre algunos preceptos secundarios, explicaría los referidos casos históricos como excepciones a la regla general de la validez universal e inmutable de dichos preceptos. Por otro lado, sobre aquella misma distinción, utiliza la idea aristotélica de que también en lo natural al hombre se puede dar una cierta variación.

Esta segunda explicación se mantiene constante en su obra. En el tratado de la ley de la *Suma Teológica* la formula con precisión. La ley o Derecho Natural puede variar de dos formas. Una por «adición», vía por la que sus preceptos sin distinciones pueden ser completados y perfeccionados a lo largo del tiempo. Otra por «sustracción», consistente en que un precepto deje de ser válido en determinado momento o circunstancias, en que algo mandado o prohibido por la ley natural deje de estarlo. Esta segunda forma de variación no afecta a los preceptos primarios; tales preceptos, los más generales y universales, son en este sentido rigurosamente inmutables; son también universalmente válidos y conocidos de manera evidente por todos los hombres, aunque excepcionalmente y de forma vencible puedan ser olvidados al actuar a causa de malos hábitos. Otra cosa ocurre con los preceptos secundarios, más concretos, derivados de los primarios a modo de conclusiones inmedia-

tas; en la mayor parte de casos, es decir, como regla general son también universalmente válidos e inmutables; sin embargo, en casos singulares, algún precepto concreto puede fallar, no ser válido a causa del carácter eminentemente contingente y variable de la «materia» a propósito de la que la razón los determina: las acciones humanas con sus circunstancias; también puede que, permaneciendo el precepto objetivamente válido, sea en algún caso desconocido. Esta posible variación que, respecto de estos preceptos secundarios constituye la excepción frente a la regla que es la de su validez universal e inmutable, aumenta a medida que los preceptos se hacen más concretos, se alejan de los primeros y universales principios, regulan materias más complejas y circunstanciadas.

Esta doctrina alcanza su elaboración más precisa con los representantes de la llamada Escuela española de los siglos XVI y XVII, tras un proceso evolutivo a partir de la solución de Santo Tomás. El sentido general de este proceso fue el de ir descartando progresivamente la idea de la dispensa divina, mostrando que no se trata de dispensa propiamente dicha, y explicando los casos históricos en que parece mudar la ley natural, bien por la intervención de Dios como dueño de todas las cosas que modificaría el supuesto de hecho en un sentido moral sustrayéndolo así al precepto de la ley, bien como casos de mutación aparente explicables mediante un análisis del sentido y alcance de los preceptos en cuanto referidos a una materia contingente y variable<sup>4</sup>. La solución más coherente y profunda, y más sugestiva, es la que construye F. Suárez. Intentemos sintetizarla.

Suárez insiste en la plena inmutabilidad de la ley natural, dado que la naturaleza humana racional en que se apoya es inmutable. Para nuestro autor la llamada por Santo Tomás mutación por «adición» no representa una verdadera mutación de la ley. En cuanto a la mutación por «sustracción» descarta la posibilidad de una auténtica y verdadera dispensa divina en materia de la ley o Derecho Natural; se trata más bien de la intervención del Poder omnipotente de Dios que en casos excepcionales transformaría el objeto sustrayéndolo a su calificación moral regular. Queda la mutación intrínseca de la ley, la posibilidad de que preceptos determinados de la ley natural puedan dejar de ser válidos en determinados momentos o circunstancias. En este punto Suárez mantiene la doctrina de que los preceptos de la ley natural son totalmente inmutables, tanto los primeros y más generales, como los segundos más concretos y derivados de éstos, como las conclusiones más remotas siempre que sigan siendo de ley natural, que manden o prohíban lo que in-

<sup>4</sup> Ha estudiado parcialmente este proceso J. M. Díez ALEGRÍA en *El desarrollo de la doctrina de la ley natural en Luis de Molina y en los Maestros de la Universidad de Evora de 1565 a 1591 (Estudio histórico y textos inéditos)*, Barcelona, 1951.

trínseca y necesariamente es bueno o malo según la naturaleza racional. ¿Qué ocurre entonces con aquellos casos respecto de los que Santo Tomás y otros autores habían admitido una cierta mutación de los mandatos de la ley natural?

¶ Para Suárez en estos casos lo que se da es una mutación puramente aparente de la ley natural, no una mutación de lo preceptuado, sino una mutación de la materia regulada por los preceptos. La ley natural, como toda ley, implica una relación, uno de cuyos términos lo constituye la acción humana en sus diversas modalidades y circunstancias; esta materia, las acciones humanas, a que se refiere y regula la ley es eminentemente contingente y variable según el tiempo, lugar, etc.; los preceptos de la ley natural se refieren, mandándolas o prohibiéndolas, a acciones humanas determinadas en sus concretas condiciones y circunstancias. Si en un caso dado tales condiciones y circunstancias se transforman de hecho hasta cambiar el sentido moral de la acción, el precepto de que se trate dejará de ser aplicable; no ha cambiado el precepto, pues lo mandado sigue siendo siempre válido; ha cambiado el caso, la materia a que el precepto se refería que al ser distinta requerirá otro precepto. De esta manera la ley natural, permaneciendo inmutable en sí misma, se adapta flexiblemente a su materia, las acciones humanas individuales y sociales, que es por diversas causas mudable. Ocurre, sin embargo, que a veces nos parece que cambia la ley porque la identificamos con su formulación; al formularla incurrimos en una esquematización de la ley, pues no podemos apresar en la formulación toda la riqueza de circunstancias con que las posibilidades de acción del hombre se presentan de hecho en la vida real; por esto, al tener en cuenta sólo el precepto tal como se presenta en una formulación esquemática y general, puede parecernos, ante una modificación de las circunstancias, que deja de ser válido.

Autores muy diversos han coincidido en destacar la sutileza y profundidad de esta doctrina de Suárez, conciliadora de la inmutabilidad del Derecho Natural con su adaptabilidad a los cambios de las situaciones históricas. Su mérito es innegable. Consideramos conveniente, sin embargo, dejar apuntadas aquí dos reservas respecto de ella.

Suárez ha puesto en claro que los preceptos del Derecho Natural son objetiva y necesariamente válidos, es decir, que permaneciendo inmutada la materia a que se refieren no pueden dejar de ser válidos, no pueden ser sustituidos por otros. Pero, a nuestro juicio, no ha tematizado expresamente la posibilidad de que se den preceptos que permanezcan inmutablemente válidos a través del transcurso histórico; para que ocurra así es condición indispensable el que también se dé una materia en sí inmutable, cosa que Suárez apunta pero no desarrolla temáticamente. Si, por el contrario, se trata de acciones y posibilidades humanas sus-

tancialmente variables a través del tiempo, parece que lo inmutable en la ley natural no pueden ser los preceptos mismos, pues éstos serán distintos al adecuarse a la variación de la materia que regulan, sino sólo la capacidad o disposición natural de nuestra razón para determinarlos; es decir, admitida la evolución de la materia a regular, como los preceptos se refieren siempre a la materia en su concreción determinada, la ley natural en cuanto inmutable, permanente a través del tiempo y las situaciones, ha de quedar reducida a la capacidad natural de nuestra razón para enjuiciar tales situaciones concretas prescribiendo lo bueno, o proscribiendo lo malo, según la naturaleza.

Por otro lado, ¿cuáles de estos preceptos concretos y determinados son de Derecho Natural y cuáles no? Suárez sostiene que la ley natural no abarca sólo los preceptos más universales y generales, sino las conclusiones inmediatamente derivadas de éstos y las conclusiones aún más concretas y remotas, siempre que lo que manden o prohiban sea lo necesaria e intrínsecamente bueno o malo. Pero, por otro lado, al igual que Santo Tomás, admite que, de forma excepcional respecto de los preceptos secundarios y de forma normal respecto de las prescripciones más concretas, puede darse un desconocimiento de los mismos, aunque sean preceptos válidos de Derecho Natural. Preguntamos, si tal posibilidad de desconocimiento se da como hecho regular y normal, ¿dónde tendremos el criterio para discernir si un pretendido precepto de Derecho Natural es tal, o no?

Esta actitud cautelosa de la filosofía cristiana «clásica» respecto del contenido de Derecho Natural que puede afirmarse universalmente válido e inmutable, reflejada en las teorías, disputas y distinciones apuntadas, va a ir diluyéndose progresivamente en el yusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII hasta llegarse a la elaboración de los grandes y amplios sistemas de Derecho Natural, verdaderos Códigos completos que se presentan como el único Derecho que según la razón debe valer en todos los pueblos. Esto ocurrirá, sobre todo, a partir de S. Pufendorf y, en forma hiperestésica, en los últimos decenios del siglo XVIII. Las discordancias que la realidad jurídico-histórica pueda presentar frente a este Derecho Natural no suscitarán ahora la duda en el ánimo de estos autores, no les inducirá a problematizar el ámbito de lo que verdaderamente puede estimarse como Derecho universal e inmutable; por el contrario, las instituciones y normas históricas discordantes serán enjuiciadas como erróneas e injustas, antirracionales, debiendo ser sustituidas por lo que la razón dicta como verdaderamente justo y racional.

Esta nueva tesitura del problema se explica por la disolución de los supuestos metafísicos que fundamentaban, al mismo tiempo que limitaban, el Derecho Natural en la etapa anterior. Éste no se fundará ahora

en Dios ni, inmediatamente, en un orden intrínseco de la naturaleza humana inserto en el orden universal de la creación. A partir de una posición teológica voluntarista en los primeros representantes de esta nueva tendencia, se llegará a descartar la idea de un orden natural intrínsecamente bueno y racional en sí, en cuanto establecido por la suprema Razón de Dios, participable por nuestra razón; se considerará que desde el punto de vista moral la naturaleza es algo indiferente, puro dato empírico incapaz de determinar por sí lo justo y lo injusto. Un Derecho Natural válido para todos los pueblos, considerado ya como un orden inmanente para el hombre, sólo podía tener como base de cimentación la propia razón humana, en cuya capacidad para distinguir con claridad y certeza lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, se tiene una fe absoluta; la naturaleza del hombre, como totalidad objetiva, sólo será el material empírico dentro del que la razón seleccionará aquellos rasgos o caracteres sobre los que se apoyará toda la construcción; de aquí el recurso al «estado de naturaleza» para determinar tales rasgos o caracteres fundamentales.

Desde luego no debe perderse de vista que este distanciamiento y sustitución de la naturaleza por la razón como fundamento del Derecho Natural sólo culmina plenamente con Kant. Pero está presente como motivo inspirador en los autores anteriores; incluso en alguno de los primeros representantes de la nueva orientación, T. Hobbes, aparece con claridad el «pathos» metódico que fuerza a este cambio de fundamentación: la certeza en la determinación sistemática del orden social-político debido, certeza sólo alcanzable si se abandona la insegura base del orden natural objetivo y la razón opera a partir de bases establecidas por ella misma.

Se comprende que, de este modo, el Derecho Natural se presente ahora como un orden abierto a su máxima extensión, que se considere a la razón como legisladora indiscutible de lo que en todos los pueblos debe valer como justo y racional. Los cultivadores del Derecho Natural y de Gentes ofrecerán en sus obras el sistema completo del orden jurídico público que todos los pueblos deben adoptar como el único verdadero y justo —recuérdese la «politización» del Derecho Natural en esta época— e, incluso, el sistema del orden jurídico privado. Es conocida la influencia de este pensamiento yusnaturalista en las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Pero, inevitablemente, tales sistemas no contenían en su mayor parte sino lo que dadas las circunstancias y mentalidad de la época cada autor estimaba lo más justo, y al presentarlo como lo exclusivo y eternamente justo mostraban un craso desconocimiento de las exigencias derivadas de la evolución histórica de la vida social y de la peculiaridad de cada pueblo. Es por esto por lo que después, cuando se pusieron de relieve tales exigencias, se desvanecería

la idea del Derecho Natural con tan gran facilidad, prácticamente sin una verdadera batalla doctrinal.

Esto fue justamente lo que llevó a cabo la Escuela histórica del Derecho dentro del contexto del movimiento historicista y antirracionalista desencadenado tras la Revolución francesa. Conviene hacer especial hincapié en la nueva faz con que de aquí en adelante se va a presentar el problema que nos ocupa. En términos generales puede decirse que hasta ahora la existencia del Derecho Natural venía siendo un postulado aceptado como más o menos necesario; lo problemático era explicar desde él aquellas mutaciones éticas atestiguadas por la historia que parecían poner en entredicho sus consustanciales caracteres de universalidad e inmutabilidad. A partir de ahora, por el contrario, lo que se va a tener como dogma más o menos indiscutido es que el Derecho, como toda creación espiritual, es algo sustancialmente evolutivo, cambiante de pueblo a pueblo y de época a época; lo problemático será la posibilidad misma de un Derecho Natural universal e inmutable.

Los representantes de la Escuela histórica, identificándolo con la concepción representada por el racionalismo, lo declararán inexistente e imposible. El Derecho es producto inconsciente de cada pueblo elaborado a lo largo del tiempo por el espíritu nacional y vinculado, al igual que todas sus demás creaciones, a la peculiaridad de cada pueblo y a las diversas etapas de su desarrollo histórico. La idea de un Derecho planeado e instituido por la razón que valdría para todos los pueblos y en todo tiempo carece de todo fundamento.

El historicismo representó una justificada tendencia reactiva frente a la invasión de la razón teorizante y generalizadora en el dominio propio de la razón práctica y de la «praxis» jurídico-política vinculada al tiempo y al lugar. Sin embargo, fue una reacción excesiva porque no se limitó a restablecer los fueros de la razón práctica en su peculiar modalidad, a limitar el ámbito en que pueden valer los principios éticos generales, sino que llegó a negar todo principio universal, toda competencia a la razón en la instauración del Derecho. El resultado fue la negación de todo Derecho Natural en cuanto que el orden jurídico se piensa como creación histórico-irracional del espíritu del pueblo.

Pese a todo, visto con mayor perspectiva, el historicismo en general significó un paso adelante en el proceso de desvinculación de los contenidos éticos de su fundamento en un orden natural objetivo anterior a la razón humana para fundarlos en la razón misma o en sus productos. Por esto el historicismo inicial se presenta aún impregnado de ele-

mentos naturalistas-racionalistas<sup>5</sup>. Manteniendo en este sentido la dirección fundamental iniciada en la etapa anterior, el historicismo supuso un cambio de orientación, un cambio metódico; el verdadero sentido de la vida humana, el criterio para la acción, no debe esperarse de las elucubraciones de la razón individual teorizante, sino que hay que buscarlo en la historia, en el pasado y evolución del hombre mismo. Pero, ¿cómo es posible que la historia, el pasado, nos pueda proporcionar los criterios para la acción, la orientación acerca de lo justo y lo valioso?

Es posible bajo el supuesto, más o menos explícito, de que la evolución histórica es una evolución racional, un despliegue obediente a una interna ley racional. Esta idea está ya apuntada en la misma concepción de la historia de la Ilustración y en Kant: mientras que si miramos al individuo la vida y la acción del hombre no presentan un preciso orden racional sino una mezcla de razón y sentimiento irracional, si miramos, por el contrario, a la humanidad como conjunto el pasado se nos muestra como una evolución armónica, racional, progresiva. No explícitamente confesada la idea actúa también en los supuestos de la Escuela histórica. Alcanza su formulación culminante en el sistema de Hegel.

Para Hegel, en efecto, la evolución histórica es una evolución, un desarrollo racional en sí; en su sistema la razón es la sustancia misma del cambio. La historia humana es el autodespliegue dialéctico del espíritu hacia la meta de su plena realización y autoconciencia. La ley intrínseca de este despliegue es la dialéctica, que es también el instrumento para nuestra comprensión de la historia. Dicha comprensión culmina en la filosofía que representa el momento en que el espíritu deviene consciente de su propio autodespliegue. Desde estos supuestos, Hegel puede afirmar que lo racional, lo debido, es aquello que adquiere realidad en la historia; la historia es el supremo Tribunal ético; cuanto es verdaderamente real es también lo racional y justo, y lo justo y racional es siempre aquello que se impone históricamente.

Es patente, pues, que en este historicismo la idea de que la historia encierra en sí el sentido de la vida, la norma suprema de la acción, se basa en el supuesto de que el conjunto de los hechos históricos pasados se revela en sí como un orden armónico y racional. Por otro lado, es también claro que en esta modalidad de pensamiento el papel del hombre individual respecto de la determinación y realización de lo debido, de lo justo, queda decisivamente desdibujado, sometido como instrumento a un

---

<sup>5</sup> Cfr. L. STRAUSS, *Diritto Naturale e Storia*, Venezia, 1957, págs. 32 y ss., 305 y ss. (todas las referencias a esta obra se hacen según esta traducción italiana, que es la que hemos manejado). Ofrece una interesante perspectiva de la evolución del historicismo y su relación con el existencialismo E. NICOL, *Historicismo y Existencialismo*, 2.ª edic., Tecnos, Madrid, 1960.

general despliegue racional en el que se integra de modo necesario. Ahora bien, estas dos ideas básicas serían posteriormente atacadas.

La primera por la historiografía posterior, influida en parte por el positivismo, que llegaría a la convicción de que el conjunto de los hechos que componen el pasado histórico, estudiados escrupulosamente en sí mismos sin ningún presupuesto metafísico, se muestra como una masa de hechos contingentes y variables, abarcando consecuencias e inconsecuencias, incapaz de revelar por sí ninguna ley racional de desarrollo que permita servir de base y norma absoluta para la acción. La segunda por la corriente vitalista-historicista que primeramente encabezaría S. Kierkegaard; en la tenaz oposición de Kierkegaard al sistema de Hegel corresponde un puesto básico a la reivindicación del individuo, del hombre como individualidad de valor absoluto irreductible a cualquier totalidad en cuyo desarrollo o autodespliegue debiera anularse; frente a la verdad objetiva, racional sistemática, que es ajena y contraria a la vida, a la existencia, lo verdaderamente importante es la verdad del individuo, la verdad existencial, la verdad que vale para salvarse.

En definitiva el desarrollo del mismo historicismo, el progreso del conocimiento histórico, vino a desmentir la fe inicial en que de la comprensión del pasado resultarían los principios orientadores objetivos y concretos para la acción. Sin embargo, este fracaso no condujo al abandono del camino iniciado, a la vuelta a la concepción clásica de un orden natural como fundamento inicial absoluto de la ética. Más bien se le consideró como revelador de la verdadera condición del hombre y del conocimiento humano, revelador de la imposibilidad de toda verdad definitiva y supratemporal, de toda ética que pretenda fundamento y validez absolutos. Es cuando el historicismo desemboca en relativismo.

La «experiencia de la historia» muestra que todo conocimiento está condicionado temporal-históricamente; el pensamiento humano queda enmarcado insuperablemente dentro de los límites y horizontes peculiares de la época en que se origina; sólo dentro de ellos cobra su propio sentido y validez; dichos límites y horizonte problemático cambian radical o irreductiblemente de época a época. Es imposible, por tanto, una concepción omnicomprendiva de la vida humana que aspire a ser definitiva; carece de sentido y fundamento toda teoría y todo sistema ético que recaben para sí fundamento objetivo y validez incondicionada y absoluta, supratemporal. Esta es, en términos generales, la verdad fundamental que, prescindiendo de matices, el historicismo relativista enfrenta a todas las «filosofías dogmáticas».

El contraargumento utilizado frente a esta doctrina consiste, como es sabido, en acusarla de albergar en su misma base una contradicción insalvable. En efecto, si toda verdad es parcial, relativa, condicionada histórico-temporalmente, la afirmación fundamental de que esto es así, ¿pue-

de tenerse como definitiva y absoluta? Además, se dice, dicha tesis fundamental representa una afirmación teórica que metódicamente trasciende la experiencia de la historia, es una tesis en que se afirma algo meta-histórico; el historicismo relativista sería la teoría absoluta de la imposibilidad de toda teoría absoluta. En este sentido hay que reconocer que la postura más consecuente es la de Nietzsche al afirmar la imposibilidad de toda teoría, el radical condicionamiento a la vida de todo ideal y de la ciencia misma, al llevar a cabo la destrucción crítica de todas las verdades, teorías y valores vigentes a lo largo de la historia hasta desembocar en la conclusión nihilista de que la verdadera condición del hombre incluye la convicción de que no existe verdad alguna objetiva.

Para completar este breve esquema, prescindiendo de referirnos a otras formas del historicismo, es necesario aludir al existencialismo. El existencialismo traslada la idea de la temporalidad, del dinamismo temporal, al plano de la vida y existencia individuales, utilizándola como principio hermenéutico básico para la comprensión del ser mismo del hombre. Lo propio y característico del ser humano consiste en existir temporalmente, en la existencia en el tiempo y a través de los diversos momentos que lo componen; este transcurrir temporal no se apoya en una esencia o naturaleza previa y permanente; la existencia precede a la esencia; la esencia del hombre no es sino el resultado de las sucesivas determinaciones asumidas por él entre las varias que en cada presente temporal, en cada situación, se le ofrecen como opciones posibles; de este modo el existencialismo extremo no puede ofrecer base alguna sólida para una normatividad que oriente la libertad radical que se estima constitutiva del hombre en cuanto que su existencia supone el continuo trascender de las situaciones en que se encuentra en cada momento del tiempo.

Anudando de nuevo con nuestro tema concreto se comprende fácilmente que el historicismo excluye la posibilidad de un Derecho Natural universal e inmutable. Todo Derecho, como todo producto espiritual, es siempre algo relativo a una época y lugar, a un pueblo, a una cultura. En sus formas extremas destruye los supuestos mismos en que se apoya la idea del Derecho Natural: esencia o naturaleza humana permanente, capacidad de la razón humana para aprehender una problemática y para alcanzar unas verdades o principios cuyo sentido y validez trasciendan el condicionamiento a una época o situación determinada, etc. Con lo que se echa de ver que con el historicismo radical no sólo hace crisis la idea yusnaturalista, sino también la idea clásica de la ciencia y la filosofía como saber que aspira a una validez absoluta. Precisamente esto nos permite medir el verdadero alcance y profundidad del ataque del historicismo contra el Derecho Natural, así como la radicalidad de los términos en que ha de plantear su disputa quien aspire a fundamentarlo en diálogo serio con él; no bastará con partir cómodamente de la exis-

tencia del Derecho Natural para intentar después conciliarlo con la evolución histórica, ni con invocar simplemente lugares comunes de sistemas filosóficos tradicionales para probar su existencia, sino que será necesaria una reconstrucción polémica de los supuestos metafísicos y gnosológicos que lo soportan.

Hay que decir que el pensamiento jurídico estricto no siguió fielmente la evolución del historicismo en sus diversas formas, pues en sus expresiones más radicales no sólo excluye el Derecho Natural, sino que conduce a negar todo valor sustantivo y permanente al Derecho y todo sentido a la Ciencia del Derecho. Como es sabido, la Escuela histórica desembocó en el positivismo jurídico, modalidad de pensamiento que sería la predominante durante la segunda parte del siglo pasado y los primeros decenios del nuestro. En su oposición al Derecho Natural el positivismo acogió, junto a otros argumentos, ideas propias de un historicismo templado. No existe otro Derecho sino el positivo, el Derecho propio de cada país que vale en cuanto impuesto por la autoridad o reconocido por los propios componentes de la sociedad; la idea de un Derecho Natural inmutable es contradictoria con las exigencias de la historia, con la evidente evolución y cambio del Derecho de un pueblo a otro y de una a otra época. Esta idea se repite como argumento estereotipado en buen número de autores positivistas que repudian de plano el Derecho Natural, aunque, se ha dicho, el «espíritu» yusnaturalista se infiltró en el positivismo en diversas formas, especialmente por la vía del dogmatismo formalista.

Vino después la reacción contra el positivismo, encabezada, ante todo, por las diversas escuelas neokantianas. El neokantismo destacará la necesidad de un elemento o ingrediente absoluto constitutivo del Derecho, que haga posible la misma experiencia jurídica. Lo concibió como algo apriorístico y formal desligado, por tanto, del concreto contenido histórico del Derecho que se sigue pensando como contingente y variable. El neokantismo contribuyó también al replanteamiento del problema del Derecho Natural al reconocer como verdadero problema el de la necesidad de justificación del contenido histórico del Derecho, de su confrontación con un criterio de validez absoluto: «idea» o «valor» según las distintas direcciones.

Sin embargo, por sus mismas bases de partida metódicas, la filosofía jurídica neokantiana no fue capaz de resolver el problema de ensamblar lo absoluto-racional con lo histórico-empírico en el Derecho, ni, por tanto, el de la posibilidad de un Derecho Natural compatible con la historicidad de los órdenes jurídicos; el ser unitario del Derecho queda escindido en su sistema entre una materia social-histórica puramente contingente y sin ningún sentido normativo propio y un elemento «a priori» que desde fuera se añade a ella ordenándola y constituyéndola como

jurídica<sup>6</sup>; por lo que al Derecho Natural se refiere, en ningún caso el pensamiento neokantiano ha mostrado convenientemente cómo la «idea del Derecho» o el «valor» absoluto de la justicia pueden informar al mundo de las relaciones sociales originando el Derecho justo.

Las otras direcciones neoidealistas de inspiración hegeliana, historicista, no aportan un planteamiento ni solución verdaderamente nuevos del problema que nos ocupa. En términos generales, sus representantes en el campo de la filosofía jurídica cargan de nuevo el acento en el momento histórico-real en el que se resuelve plenamente el momento racional-normativo, no pudiendo hablarse con sentido de un criterio absoluto fuera del devenir histórico-concreto desde el que medir el despliegue del Derecho histórico. Por tanto, no tiene tampoco sentido el problema de conciliar un Derecho Natural inmutable con la evolución histórica, ya que aquél queda excluido en este sistema de pensamiento.

Por último, hay que decir que la idea del Derecho Natural no desapareció por completo en la etapa oficialmente dominada por el historicismo y el positivismo. Por el contrario, aparte otros representantes, fue mantenida por una serie de pensadores fieles a la tradición de la filosofía cristiana escolástica, ocupando un lugar en sus sistemas de Teología moral. Desde luego hay que reconocer que, salvo algunas meritorias excepciones, esta corriente neoescolástica no representó de hecho una fuerza importante en el panorama del pensamiento filosófico-jurídico europeo de la segunda mitad del siglo pasado y los primeros años del nuestro. Respecto del Derecho Natural estos autores normalmente no intentaron una renovación o reelaboración profunda de su temática, sino que, con mayor o menor fidelidad, repitieron las ideas fundamentales de los autores clásicos. Algunos de ellos se hicieron cargo y rechazaron los más difundidos argumentos del historicismo en el plano jurídico, pero sin descender a un planteamiento profundo de las cuestiones implicadas.

Y con esto llegamos en este breve recorrido histórico a nuestra época presente con el característico «renacimiento del Derecho Natural», cada vez más perceptible en la literatura a partir de la primera gran guerra. El problema que nos ocupa adquiere ahora nueva y acrecentada actualidad, renovándose los planteamientos y ensayos de solución. Esta nueva actualidad se origina dado el choque de la tendencia más o menos general a superar el positivismo y relativismo de los contenidos ético-jurídicos, tendencia que conduce hacia el Derecho Natural y que teóricamente se intenta apoyar en algunas corrientes filosóficas contempo-

---

<sup>6</sup> Aparte las diversas críticas a la filosofía jurídica neokantiana, cfr., desde el punto de vista del tema que nos ocupa, las observaciones de G. AMBROSETTI, *Razionalità e Storicità del Diritto*, cit., págs. 3-75.

ráneas, con la subsistencia y remozamiento de algunos de los reparos doctrinales respecto de la posibilidad de tal Derecho, especialmente el que parece suponer el reconocimiento del carácter y condicionamiento históricos de todo orden jurídico.

Dejando aparte las posturas extremas, pueden distinguirse varias direcciones fundamentales entre quienes comparten la aspiración a conciliar la necesidad de un fundamento y criterio objetivos del Derecho con las exigencias de la evolución histórica. Por un lado, están aquellos que, utilizando diversos expedientes, creen posible satisfacer dicha necesidad sin tener que recurrir al Derecho Natural. Por otro, quienes, también desde posiciones filosóficas contemporáneas, afirman el Derecho Natural, pero no como un conjunto de normas jurídicas universales e inmutables, surgiendo una serie de calificaciones que quieren ser expresivas del ensayo de cada autor para conciliarlo con la subordinación al condicionamiento histórico: Derecho Natural «cultural», «histórico», «histórico-elástico», «evolutivo», «concreto», «existencial», etc.<sup>7</sup> Por último, están los que dentro de la hoy vigorosa e importante corriente que, en sentido muy amplio, podemos llamar neoescolástica sostienen la idea del Derecho Natural con sus esenciales caracteres clásicos, pero intentando conciliarla con una mayor o menor apertura al cambio histórico.

En las páginas que siguen procuraremos poner de relieve algunas facetas del tema en su situación presente, con el propósito de contribuir a un planteamiento más preciso y completo del mismo. Para ello, en primer lugar, expondremos y comentaremos algunos entre los muchos ensayos contemporáneos de conciliar Derecho Natural e historicidad; el que nos refiramos a unos y no a otros no obedece a criterio alguno especial de selección, pues únicamente son expuestos con el fin de servir de motivo conductor de nuestras reflexiones. En segundo lugar, en la última parte de este trabajo, apuntaremos esquemáticamente los supues-

<sup>7</sup> Referencias bibliográficas pueden verse en los trabajos de TH. WÜRTEMBERGER, que constituyen uno de los mejores intentos de clasificación de las diversas concepciones yusnaturalistas de la postguerra en Alemania, país donde ejemplarmente se ha dado la «vuelta al Derecho Natural» y los intentos de conciliación con el carácter histórico del Derecho: *Wege zum Naturrecht in Deutschland, 1946-1948*, en «Archiv f. R. und Sozialphilosophie», 38/1, 1949, págs. 98 y ss.; *Neue Stimmen zum Naturrecht in Deutschland 1948-1951*, en «A. f. R. und Sozialphil.», 40/4, 1953, págs. 576 y ss.; del mismo autor, *Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart*, en «Deutsche Juristenzeitung», 1955, incluido en la Colección *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, edit. por W. Maihofer 1962, págs. 429 y ss. Breves referencias bibliográficas pueden verse también en A. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, cit., págs. 10-11; W. MAIHOFFER, *Naturrecht als Existenzrecht*, V. Klostermann, Frankfurt a. M., 1963, págs. 10-13; etc.

tos o condiciones a nuestro juicio fundamentales e indispensables para la elaboración de una solución seria del problema.

## II

Como punto de arranque original, consideremos el argumento contra el Derecho Natural en nombre de la historia en su expresión primaria y simple, es decir, como argumento empírico-histórico, fundado directamente en el conocimiento de la historia. Se dice: si existiera el Derecho Natural como lo justo en sí, lo necesario y universalmente justo y, por tanto, inmutable, debería tratarse de un Derecho conocido y reconocido como tal por todos los pueblos; sin embargo, la experiencia histórica no muestra que se haya dado una tal unanimidad respecto de unos preceptos de justicia, sino que, por el contrario, muestra una gran diversidad y variabilidad a lo largo del tiempo y según los pueblos a propósito de lo que se ha tenido como justo o injusto; luego la historia misma atestigua la inexistencia del Derecho Natural.

El argumento es antiguo y también las respuestas al mismo. Actualmente bastantes autores consideran que no se le puede reconocer valor demostrativo contra el Derecho Natural. Así, por ejemplo, L. Strauss lo considera poco pertinente en cuanto estima que el consenso o reconocimiento universal no es condición de la existencia del Derecho Natural. Aunque éste, como lo necesaria e intrínsecamente justo, es algo naturalmente comprensible por la razón humana, ya sus grandes maestros advirtieron que su conocimiento exige un cierto cultivo de la razón, de lo que se deduce que no puede ser conocido universalmente; sería, por ejemplo, vano pretender que los salvajes posean de él una noción verdadera. El que un principio fundamental de justicia haya sido desconocido en algún lugar o tiempo está lejos de probar que dicho desconocimiento esté bien fundado o sea razonable, es decir, que el principio no sea válido. Precisamente la diversidad y oposición de concepciones acerca de lo justo actúa como estímulo para la búsqueda de lo único y verdaderamente justo, del Derecho Natural. Su repudio en nombre de la historia no puede fundarse en una mera prueba empírico-histórica, sino en una crítica filosófica de su posibilidad<sup>8</sup>.

Parecidamente, A. Kaufmann sostiene que el historicismo lleva a cabo un indebido e injustificable paso desde la experiencia empírico-histórica a una afirmación universal de carácter ontológico, desde la apreciación de la variabilidad de las concepciones históricas acerca de lo justo a la negación de la existencia del Derecho Natural. Dicha variabilidad his-

<sup>8</sup> Cfr. L. STRAUSS, *op. cit.*, págs. 25 y ss., 106 y ss.

tórica del conocimiento subjetivo, explicada por la parcialidad y limitación de todo conocimiento humano, no implica que lo así conocido, en este caso el Derecho Natural, no sea en sí objetivamente invariable y permanente; las diversas y opuestas concepciones de lo justo sólo prueban por sí que se ha conocido, o se conoce, parcial y, a veces, erróneamente lo objetiva e invariablemente justo<sup>9</sup>.

Díez Alegría se remite a E. Husserl para afirmar que la inconsistencia histórica de hecho de una concepción del espíritu no tiene que ver absolutamente nada con su inconsistencia en el orden de la validez; los preceptos del Derecho Natural son objetivamente válidos, aunque subjetivamente no sean conocidos<sup>10</sup>. G. Radbruch, desde su peculiar punto de vista, sostiene también que la pretensión del Derecho Natural de que existen unos preceptos jurídicos universalmente válidos e inmutables no puede refutarse de modo puramente empírico, con la usual referencia a la abigarrada diversidad de concepciones jurídicas en las diferentes épocas y naciones; un defensor del Derecho Natural hubiera rechazado con razón este modo de concluir el deber ser de lo que es, esta «plebeya invocación a una supuesta experiencia contradictoria» (Kant), y en esta diversidad hubiera visto la diversidad del error frente a la verdad una del Derecho Natural, «error múltiple, veritas una». El golpe definitivo contra el Derecho Natural fue asestado no por la historia del Derecho ni el Derecho comparado, no por la Escuela histórica, por Savigny, sino por la teoría del conocimiento, por la Escuela crítica, por Kant<sup>11</sup>. También para Del Vecchio, desde supuestos parcialmente similares, la «validez ideal» que corresponde al Derecho Natural, a las exigencias absolutas de la justicia, no es afectada porque de hecho, históricamente, no sea observado, cumplido, aceptado<sup>12</sup>.

Por nuestra parte, antes de pronunciarnos sobre la validez demostrativa de este argumento estimamos necesario precisar su alcance. En primer lugar, es necesario precisar el ámbito normativo a que se refiere la variabilidad histórica que se considera probatoria de la inexistencia del Derecho Natural. Pues, a veces, se ha creído que la evolución histórica de las normas e instituciones jurídicas en general, sin más precisiones,

<sup>9</sup> Cfr. A. KAUFMANN, op. cit., págs. 16-20. Sobre la posición personal de Kaufmann acerca del problema de la conciliación del Derecho Natural y la historicidad de lo jurídico, vid. más adelante, págs. 132 ss.

<sup>10</sup> Cfr. J. M. DÍEZ ALEGRÍA, *Ética, Derecho e Historia*, cit. págs. 99, 104 y ss. Sobre la posición del autor acerca del tema que nos ocupa, vid. más adelante, pp. 109 ss.

<sup>11</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5.<sup>a</sup> edic. a cargo de E. Wolf, Stuttgart, 1956, págs. 106-107.

<sup>12</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, 7.<sup>a</sup> edic. trad., Barcelona, 1960, págs. 276 y ss.; *Mutabilidad y eternidad del Derecho*, cit. págs. 6 y ss.; *La Giustizia*, 6.<sup>a</sup> edic., Studium, Roma, 1959, págs. 126-127, etc.

que el hecho mismo de la historia del Derecho, prueba ya dicha inexistencia. Pero esto sólo es posible bajo el supuesto de que el Derecho Natural fuera incompatible con la historia del Derecho, es decir, bajo el supuesto de que aquél constituyera un completo y cerrado sistema de normas jurídicas pretendidamente universales e inmutables; tal concepción del Derecho Natural sólo puede encontrarse en parte en algunos representantes del yusnaturalismo racionalista; y, en efecto, su rechazo en nombre de la evolución histórica del Derecho por parte de algunos de los componentes de la Escuela histórica y de una serie de autores positivistas supone su identificación con la susodicha concepción del mismo<sup>13</sup>.

Ahora bien, para rechazar el argumento expresado en esta forma a un defensor del Derecho Natural en su concepción tradicional le basta con delimitar su contenido normativo mostrando que no es incompatible con la historia del Derecho, ya que, no sólo no excluye, sino que exige la existencia de normas e instituciones jurídico-positivas variables de pueblo a pueblo y de época a época; el ámbito de lo jurídico históricamente variable es mucho más extenso que el muy reducido de los preceptos básicos de Derecho Natural que, siendo universalmente válidos e inmutables, no imposibilitan la evolución histórica del Derecho, sino que la fundamentan<sup>14</sup>. De este modo el referido argumento seguirá siendo pertinente sólo si la variabilidad histórica que se aduce se refiere a ese

<sup>13</sup> Esto se refleja, por ejemplo, en los siguientes juicios de J. J. BACHOFEN, «...un sedicente Derecho Natural que pretenda duración eterna, perfección absoluta y dominio ilimitado, es para nosotros la especulación vacía de una cabeza ociosa, un fantasma que se desvanece entre las manos del que pretende apresarle», «un Derecho Natural, sobre todo, que se mueva fuera de la existencia de un pueblo, que se encuentre fuera de la historia, que no tenga ningún contacto, ninguna relación con situaciones históricas, es algo para nosotros impensable», «un Derecho Natural desvinculado de toda nacionalidad, con la pura razón como fundamento y el mundo como escenario, es insostenible en la teoría e irrealizable en la práctica», en *El Derecho Natural y el Derecho Histórico*, Trad. y estudio introductorio de F. GONZÁLEZ VICEN, Colec. «Civitas», I. E. P., Madrid, 1955, págs. 51, 52, 54. Esta misma concepción del Derecho Natural es la que parece tener en cuenta G. RABRUCH cuando dice, «La teoría del Derecho Natural cree poder reducir a cero la fuerza de resistencia de la materia contra la forma jurídica. Según ella la idea del Derecho ejerce un imperio ilimitado sobre la materia... Y, como la idea del Derecho es eterna... La realización de la idea jurídica sin tropezar con resistencia alguna traería consigo, necesariamente, el perenne estancamiento de la historia del Derecho» en *Vorschule der Rechtsphilosophie*, trad. (Introducción a la Filosofía del Derecho), F. C. E., México-Buenos Aires, 1951, pág. 130; cfr. también su *Rechtsphilosophie*, cit. pág. 185.

<sup>14</sup> Es lo que, por ejemplo, concienzudamente hizo en su momento V. CATHREIN, *Filosofía del Derecho (El Derecho Natural y el Positivo)*, trad., 7.<sup>a</sup> edic., Reus, Madrid, págs. 244 y ss.

reducido ámbito de preceptos considerados inmutables, preceptos tales como «dar a cada uno lo suyo», «no hacer injuria a nadie», o los más determinados «no matar», «no robar», «no cometer adulterio», etc.

Todavía son necesarias, sin embargo, nuevas precisiones. Porque pudiera tratarse de que la variabilidad histórica aducida se refiriese a la efectividad de las normas del Derecho Natural, de que lo que la experiencia histórica probara fuese que no han informado el orden social efectivo de determinados pueblos en determinadas épocas, que la conducta efectiva de los miembros de tales comunidades no se ha ajustado a ellas sino que las ha contradicho acomodándose a pautas diferentes. Pero si sólo se tratara de esto, parece que el argumento histórico sería todavía fácilmente rechazable. Bastaría esta vez con llamar la atención sobre la peculiar naturaleza del Derecho como orden normativo, como orden del deber ser. El Derecho no es la mera descripción del orden social efectivamente existente, fáctico, sino que es deber ser, norma prescriptiva de lo que debe hacerse, aunque de hecho no se haga, indica y prescribe el orden social debido y existe y vale como tal aunque el orden fáctico no se acomode perfectamente a él. Desde luego quedaría la cuestión de hasta qué punto puede tenerse por verdadero Derecho un orden normativo que no logra informar la vida real de la sociedad; respecto de éste estimamos que una absoluta ineficacia es manifestativa normalmente de la invalidez de la pretendida norma jurídica. Pero, sin entrar en esta cuestión, salvadas por tanto las necesarias precisiones, creemos que puede convenirse en que la existencia y validez del Derecho no está condicionada a su perfecta coincidencia con la conducta social efectiva; más bien, como de nuevo ha resaltado H. Kelsen, es la posibilidad de discordancia lo que justifica y explica la existencia de normas jurídicas. Por tanto, puede concluirse en nuestro caso, la existencia y validez del Derecho Natural como tal no es afectada por el hecho de que en determinados pueblos y épocas la conducta social contradiga sus preceptos; tal contradicción es explicable, salvadas las distancias, como lo es la contravención de las normas jurídicas dentro de un orden jurídico-histórico concreto.

Cosa distinta sería que la experiencia histórica probara, no sólo que las pretendidas normas inmutables del Derecho Natural no han informado el orden social efectivo de todos los pueblos en todos los tiempos, sino, además, que no han sido conocidas y reconocidas como tales normas válidas y obligatorias por todos los pueblos, que en su lugar en determinados pueblos y épocas se han tenido como válidas otras diferentes y contradictorias de las mismas. En este caso el ataque contra el Derecho Natural en nombre de la experiencia histórica se presenta como más directo y grave, pues, a nuestro juicio, parece comprometer la misma existencia de aquél como tal Derecho inmutable,

ya que lo que se pretende probado es que no siempre los hombres han estimado que lo justo es lo que como Derecho Natural se mantiene.

Aún sería necesaria una última precisión al objeto de deslindar si esta falta de conocimiento de las normas de Derecho Natural, esta falta de reconocimiento de las mismas como tales normas válidas podría enjuiciarse a la luz del saber histórico, según su extensión social y temporal, como situación anormal y esporádica o como expresión de un hecho histórico normal.

En el primer caso cabría argüir en nombre del Derecho Natural que se trata del caso excepcional, de la excepción que confirma la regla, de una situación patológica de desconocimiento de las normas de Derecho Natural que no afecta ni invalida la regla de su conocimiento en general por todos los pueblos. Se trataría de casos de deformación patológica de la conciencia jurídico-social similares, salvadas las distancias, a los casos de deformación de la conciencia moral individual. Tales deformaciones no afectarían a la validez universal de las normas desconocidas, bastando con explicar cómo y por qué son posibles; en este sentido los grandes maestros escolásticos se referían ya a la influencia deformadora que sobre la razón práctica pueden ejercer los hábitos viciosos.

En el segundo de los supuestos se trataría, por el contrario, de que por su «cuantía» histórica el desconocimiento aludido no puede estimarse como algo excepcional o anormal, sino como expresión de un hecho histórico normal, a saber, del hecho de que no se ha dado en los diversos pueblos y épocas el reconocimiento unánime de norma alguna, sino una regular variación respecto de las reglas de conducta tenidas como válidas, incluso respecto de ese ámbito reducido de normas básicas de Derecho Natural que se afirman como universalmente válidas e inmutables. Instaladas en esta hipótesis es como el argumento histórico contra el Derecho Natural queda rigurosamente precisado y puede cobrar su supremo valor.

¿Prueba el conocimiento histórico de manera rigurosa esta hipótesis?, es decir, ¿prueba que como hecho histórico normal no se ha dado un reconocimiento general de las normas de Derecho Natural que se afirman universalmente válidas e inmutables, sino, por el contrario, una multiplicidad de normas de conducta diferentes y contradictorias respecto del ámbito de lo reglado por aquéllas? ¿O, por el contrario, como sostienen algunos autores, el historicismo pasa en este caso de una experiencia histórica parcial y fragmentaria a una afirmación que, por su carácter universal y absoluto, no puede ser considerada como expresión de una constatación empírica, sino como un postulado filosófico que como tal debe probarse y discutirse? No vamos a entrar ahora en esta cuestión. Lo que inmediatamente nos interesa es analizar las consecuencias que habrían de seguirse en el supuesto de que aquella hipótesis resultase históricamente

probada. ¿Podría aún seguir afirmándose la existencia del Derecho Natural?; ¿podría seguir afirmándose como universalmente válido e inmutable?; ¿o podría seguir afirmándose la existencia del Derecho Natural, pero desposeído de tales caracteres?

Así planteada la cuestión puede servirnos como motivo para exponer algunos de los intentos contemporáneos de conciliar la existencia del Derecho Natural con la historicidad de los órdenes jurídicos ordenándolos como respuestas a estas interrogaciones; de manera simultánea iremos consignando nuestras propias apreciaciones acerca de las soluciones ensayadas. Hay que advertir, aunque bien pudiera sobreentenderse, que estos ensayos actuales no se han elaborado como respuestas explícitas a la cuestión tal como nosotros precisamente la hemos planteado. Sin embargo, aunque no sigamos la sistemática propia de cada autor, estimamos posible exponer con fidelidad el contenido del pensamiento de cada uno encuadrándolo como respuesta, o respuestas más o menos explícitas a las preguntas formuladas.

Las respuestas son varias y distintas. Pero, salvando las diferencias y matices concretos en honor a una ordenación que se base en los rasgos esenciales, pueden reducirse a unas cuantas alternativas que serían las siguientes: a), para unos puede afirmarse la existencia de normas de Derecho Natural universalmente válidas e inmutables independientemente de que sean, o no, conocidas por todos los hombres; b), otros niegan la hipótesis en su carácter universal y absoluto al afirmar la existencia del Derecho Natural; sin embargo, con distintos matices distinguen dentro del conjunto de sus preceptos, unos conocidos de manera inmediata y evidente por todos los hombres, rigurosamente universales e inmutables, y otros que en diferentes grados pueden ser parcialmente desconocidos y cuya inmutabilidad trata de adaptarse a la evolución histórica; c), finalmente, para un tercer grupo carece de sentido la necesidad de su conocimiento universal como condición para la existencia del Derecho Natural, ya que no se le entiende como universal e inmutable, sino como histórico, concreto. Vamos a exponer y comentar sucesivamente cada una de estas posiciones.

A. La primera de las actitudes enumeradas, afirmación de la existencia de normas de Derecho Natural universalmente válidas e inmutables independientemente del hecho de que sean conocidas y reconocidas por todos los hombres, no constituye una posición que se haya defendido de una manera temática y general como solución al problema que nos ocupa. Sin embargo, sí se encuentra como afirmación incidental, más o menos explícita y desarrollada, dentro de la posición más general de diversos autores.

Así ocurre en alguno de los autores anteriormente citados, como, por ejemplo, L. Strauss, Díez Alegría, en cierto modo también G. del Vec-

chío. Expresamente G. Stadtmüller afirma la existencia de un conjunto de normas éticas objetivas y absolutas, es decir, independientes de la conciencia y voluntad humanas; junto a este primer plano de las normas absolutas en sí, hay que distinguir otros dos: el del conocimiento humano de dichas normas, es decir, el de su aparición en la conciencia moral, y el de su reconocimiento y desarrollo en el orden jurídico positivo; en estos dos últimos planos hay que admitir una innegable evolución histórica, pero las normas mismas son en sí independientes de este evolutivo y progresivo conocimiento y realización positiva por el hombre<sup>15</sup>. También J. Fuchs puede adscribirse a esta posición en cuanto habla de preceptos objetivos de Derecho Natural aunque subjetivamente sea muy difícil conocerlos; en términos generales creemos que, al menos en parte y salvadas las necesarias precisiones, deben responsabilizarse con esta posición cuantos afirman la existencia y validez objetiva de las normas del Derecho Natural aunque su conocimiento no sea actual y universal, sino evolutivo, progresivo<sup>16</sup>.

Desde luego, la afirmación que nos ocupa se presenta en cada autor con matices diferentes según el contexto doctrinal de cada uno. Sin embargo, nosotros, a efectos del orden metódico de estas reflexiones, vamos a considerarla aislada de tales matices como posición temática ge-

<sup>15</sup> Cfr. G. STADTMÜLLER, op. cit. pág. 39. La posición de este autor resulta, por lo demás, bastante confusa, pues respecto de varios puntos esenciales de la misma sus apreciaciones no son muy precisas. Así, por una parte, afirma que las normas objetivas, absolutas e inmutables son en cuanto tales independientes del conocer y querer humanos, de la conciencia moral y que ésta es históricamente variable, progresiva respecto del conocimiento de aquéllas (p. e. págs. 38-39); por otra, sin embargo, dice que sobre las más generales de aquellas normas se da una unitaria conciencia moral de la humanidad («Über die allgemeinsten dieser Normen gibt es ein einheitliches sittliches Bewusstsein der Menschheit», pág. 39). En una ocasión llama a las normas absolutas en sí «ley eterna» (pág. 39), lo que parece congruente con su carácter de independientes de la conciencia humana, anteriores a su aparición en ésta, sin embargo, otras veces afirma que es el propio Derecho Natural el que compone un conjunto de normas cuya existencia y validez es independiente del querer y el conocer humanos (p. e. pág. 45). En diversos lugares afirma que el Derecho Natural ocupa una zona limítrofe entre la ley puramente moral y el campo del estricto Derecho, del Derecho positivo (p. e. págs. 44-45, y que el Derecho Natural —ahora entendido como «forma» o «idea» del Derecho— actúa orientando e influyendo el Derecho positivo (págs. 54-55); sin embargo, parece discordar con lo anterior el que en las págs. 46-47 diga que las normas de Derecho Natural constituyen Derecho propio, existente y válido y que su validez puede romper y sobreponerse a la del Derecho positivo, así como la distinción entre Derecho y Moral (págs. 49-51, 52-54) parece entenderla como una distinción de ámbitos éticos materialmente diferentes, lo que hace difícil explicar cómo el Derecho Natural en cuanto moral puede orientar e integrar el Derecho positivo.

<sup>16</sup> Respecto de J. FUCHS vid. más adelante págs. 113 y ss.

neral cuestionándonos acerca de su admisibilidad, es decir, acerca de en qué medida puede sostenerse la afirmación de la existencia como tales de normas de Derecho Natural aun cuando no sean conocidas por todos los pueblos en el sentido antes precisado.

Así planteada la cuestión, estimamos que no puede afirmarse tal existencia independiente del conocer humano. Toda norma jurídica supone siempre un juicio relativo a una acción o posibilidad humana y, por tanto, es expresiva de un tipo especial de verdad encuadrable dentro de la verdad en el orden práctico, en el orden de la acción. De este modo nuestro problema en su planteamiento más radical conecta con el más general de la relación entre verdad y razón humana, de si la existencia de aquélla es independiente o dependiente de ésta.

Sin entrar a fondo en este asunto filosófico general, nos parece admisible un sentido de la verdad conforme al que ésta existe con anterioridad e independientemente del conocer humano. Se trataría de la verdad en las cosas y de las cosas mismas, de la verdad ontológica, prescindiendo ahora de precisiones terminológicas y de las disputas acerca de la fundamentación y explicación de tal sentido de la verdad. Pero tal verdad en tanto es actual para el hombre, en tanto es verdad para el hombre, en cuanto se hace presente en su razón, en cuanto es conocida. Concedido incluso que —al menos por lo que se refiere a la actividad puramente teórica, especulativa, del conocimiento— lo decisivo en ese actualizarse, en ese hacerse presente en la razón, sea la verdad de la cosa misma, su propio ser objetivo. Pero queda en pie que como verdad lógica, como verdad para el hombre, la verdad existe en tanto que es conocida.

Ahora bien, estimamos que corresponde al ser del Derecho el consistir en un preciso tipo de verdad para el hombre, de manera que en tanto puede decirse que existe como tal en cuanto está presente en la conciencia humana, en cuanto es conocido por ésta. Puede afirmarse la existencia objetiva, independiente de la razón humana, de los términos objetivos del juicio que toda norma jurídica implica; incluso, lo que ya es mucho más problemático, que la relación entre ellos, que se expresa en el juicio, viene dada en y por su propia estructura objetiva; con todo, desde el punto de vista de la existencia propia del Derecho, no tendríamos sino el fundamento de la norma, pero la norma misma no existe como tal fuera e independientemente de la razón, sino sólo en y por la razón, sólo cuando y en cuanto es establecida por la conciencia.

Esto vale para toda norma moral en general, abarcando la moral «stricto sensu» y la jurídica. Pero respecto de la propiamente jurídica queda algo por añadir. Porque lo exigido para que la norma jurídica exista como tal no es que de hecho constituya una verdad para mí, individuo, que esté presente como verdad práctica válida en la conciencia in-

dividual, sino que de hecho constituya una verdad para la sociedad, que esté presente como verdad práctica válida en la conciencia social. Se trata de la peculiar certeza social-exterior que es nota constitutiva de la validez jurídica, del modo propio de existir del Derecho. El Derecho no *existe* en rigor como tal Derecho sino en cuanto constituye de manera actual un precepto conocido y reconocido como válido por la conciencia social.

Por tanto, si hay un Derecho Natural del que se afirma que, a diferencia del histórico-positivo, vale universalmente y es inmutable, su existencia como tal Derecho supone que es conocido como válido por todos los pueblos en general; no puede decirse, hablando con rigor, que sus normas existan en sí, objetivamente, con independencia de su conocimiento por los hombres.

A nuestro juicio esta doctrina es congruente con los supuestos fundamentales del iusnaturalismo cristiano clásico. Según éstos el orden ético se integra como parte del orden total del universo creado cuyo principio es la ley eterna; la ley natural, expresión primaria de aquél, es «participación» de dicha ley eterna; el orden de la acción humana, aunque se exprese como norma, como debe ser, se apoya en último término en el ser mismo del hombre, viene determinado, al igual que el orden de cualquier ser creado, por la misma constitución real del hombre, por la misma esencia o naturaleza humana. La aceptación de estos supuestos ha llevado a veces, en el intento por destacar este último fundamento real, objetivo, de las normas morales, a afirmaciones como la de que tales normas son objetivas, independientes y anteriores a la razón humana, normas que ésta se limita a captar o comprender proponiéndolas como vinculantes a la voluntad.

Pero, tomadas literalmente, estas afirmaciones son erróneas y no pueden admitirse. Admitido que el orden de nuestras acciones, como orden propio de la naturaleza humana y en ella fundado, puede llamarse «natural»; pero es orden «natural» de una naturaleza que incluye las notas de racionalidad y libertad; lo que excluye que se trate de un orden «hecho» y acabado, «dado» a la razón; por el contrario, ha de ser un orden constituido por la misma razón, pues el obrar humano, si bien esencialmente dirigido al bien en general, en concreto es un obrar indeterminado que precisa de la orientación de la razón para determinarse en cada caso. Baste pensar, por otro lado, que aquello que las normas morales y jurídicas regulan, los actos humanos en sus circunstancias, las posibilidades de realización individual y social del hombre, no constituye algo determinado ni determinable de una vez para siempre, algo acabado y cerrado a la innovación y a la variedad, sino por el contrario algo indeterminado, fluyente y cambiante; en consecuencia, tampoco las normas que han de

regir esta «materia» pueden constituir un orden hecho y acabado, independiente de la razón humana.

La único «dado», «hecho», en el orden moral es la propia naturaleza esencial del hombre y, como parte de ella, la capacidad o disposición natural de nuestra razón práctica, de nuestra conciencia, para enjuiciar los actos y situaciones prescribiéndolos como buenos o justos, o prohibiéndolos como malos o injustos; incluso, en cada caso concreto, puede estimarse como «dada» la acción o situación en su estructura objetiva. Pero con esto no tenemos aún norma o ley alguna en sentido estricto y riguroso; únicamente la capacidad de establecerla, de una parte, y, de otra, el término u objeto a normar y el principio o criterio de la norma, según la doctrina tradicional la propia naturaleza esencial del hombre. La existencia de la norma supone un acto de la razón, un juncio mediante el que aprecia y actualiza en sí la relación que enlaza ambos términos; el resultado de tal juicio, manifestado en una proposición prescriptiva o prohibitiva según que la relación apreciada sea de conveniencia o inconveniente, es lo que propiamente constituye la sustancia de la norma.

Siendo así parece que no puede afirmarse en sentido riguroso que ésta sea independiente de la razón y el conocer humanos, sino que más bien existe como tal gracias a y por la razón. Ni siquiera es exacto decir que la razón la constituye. No la crea desde sí y libremente, pues los términos cuya relación expresa y su estructura objetiva le vienen dados, aunque haya de apreciarlos. Esto es lo propiamente «objetivo» y que constituye el fundamento de la norma, pero esta misma no puede decirse que sea objetiva si por ello se entiende existente con independencia y anteriormente a toda intervención de la razón; cuando se dice que es objetiva, o bien se alude a su fundamento, o se quiere decir que no es arbitraria, que no es constituida por la razón con una libertad absoluta, sin sometimiento a límite alguno exterior a ella misma.

Aunque continuamente apuntada, conviene resaltar una faceta del problema que es decisiva, pues no cualquier proposición que exprese un juicio normativo sobre la conducta humana es una verdadera norma; entre las varias posibles sólo lo es, sólo *existe* como verdadera norma, aquella que es conocida como vinculante, obligatoria, aquella que es reconocida como válida. La validez es lo que connota la existencia de una norma como tal. ¿Cómo se distingue una norma válida, es decir, verdadera de las que sólo aparentemente lo son? Sin entrar a fondo en esta cuestión baste decir ahora que la validez no es algo exterior añadido a la norma, sino la expresión de su verdad intrínseca como norma, de su justicia; sin embargo, como normalmente esta justicia o verdad intrínseca no es ostensible de manera evidente, la validez de una norma pende inmediatamente de su adopción o imposición por la autoridad social. Esto quiere decir que, si se habla de normas que valen por sí mismas, «objetivamen-

te), con independencia de su imposición por la autoridad, debe suponerse que la verdad de orden práctico, normativo, en que consisten es apreciada y constituida por la razón de manera inmediata y evidente; en efecto, si la relación de adecuación entre los términos que toda norma enlaza viene dada por los términos mismos de una manera clara y unívoca, se impondrá a la razón de forma evidente. La afirmación de que así ocurre cuando se trata de actos o situaciones que de una manera esencial y necesaria aparecen como exigidos para la perfección de la naturaleza humana en cuanto social, o bien como contrarios a la misma, se encuentra a la base de la doctrina clásica del Derecho Natural.

Cuando no ocurra así, es decir, cuando el sentido de la relación aludida no se imponga como evidente a la razón, ¿cómo afirmar la objetividad de la norma, su validez objetiva? Porque el supuesto quiere decir que se dará una disparidad de puntos de vista acerca de lo justo y lo injusto, acerca de lo que en el caso en cuestión es exigido o contradicho por la naturaleza racional. Se trata del supuesto que en la doctrina tradicional servía para justificar la necesidad del Derecho positivo, de la «ley humana positiva», de la intervención de quien autorizadamente representa a la comunidad para establecer e imponer de manera obligatoria a todos los miembros de la misma lo que se ha de tener como justo o no-justo, como norma válida.

Pudiera argüirse que el hecho de la disparidad de opiniones sobre algo no implica que sobre lo mismo no haya sino una sola verdad objetiva. Pero, aun concedido, lo anterior vale sólo en el plano de la posibilidad jurídica, de lo que puede ser norma jurídica, no en el de lo que actualmente es y existe como tal; recordando lo ya dicho antes y que a nuestro juicio muestra el ineludible ingrediente de «convencionalidad» propio de todo Derecho: la verdad de orden práctico que toda norma de conducta encierra no se constituye en norma válida, actualmente existente, sino en cuanto se da como presente y reconocida como tal por la conciencia, por la razón; la «objetividad» de la norma como tal norma no puede desprenderse nunca totalmente del acuerdo o reconocimiento humano de la misma; y en el caso del Derecho, como ya señalamos, del acuerdo o reconocimiento social; la «objetividad» no existe en el plano jurídico sino manifestándose a través del acuerdo o reconocimiento social.

Aunque en las páginas que siguen aparecerán y reaparecerán nuevos matices de la cuestión, creemos que las consideraciones anteriores permiten concluir que debe descartarse la posibilidad rigurosa del Derecho Natural como orden jurídico plena y verdaderamente existente e inmutable con independencia del conocer y querer humanos. Si se afirma la existencia de un Derecho Natural universalmente válido e inmutable, y si por Derecho se entiende aquí un conjunto, aunque sea muy reducido, de precep-

tos jurídicos válidos, es decir, verdaderamente existentes como tales, ha de suponerse necesariamente que son y han sido conocidos y reconocidos por todos los pueblos en los términos antes precisados, es decir, por la generalidad de los pueblos a lo largo de la historia, aunque en casos determinados considerables como excepción puedan haber sido desconocidos. Si no se supone este requisito y se afirma, sin embargo, la existencia de dicho Derecho Natural, habrá de entenderse que el término Derecho reviste un significado distinto del usual —norma verdadera y actualmente válida de la conducta humana social— y que deberá ser precisado. La existencia de preceptos inmutables de Derecho Natural supone la posibilidad de que, pese al incesante cambio que la historicidad del hombre y de la vida social supone, la generalidad de los hombres y de las sociedades puedan coincidir a lo largo del tiempo en reconocer unas mismas normas como expresión de lo justo, de lo exigido según su naturaleza para una convivencia pacífica. Cuantas condiciones de orden metafísico y gnosológico requiere dicha posibilidad, son condiciones de la existencia de un Derecho Natural inmutable.

B. En esta segunda posición se integran la mayoría de los autores que en lo sustancial permanecen fieles a la doctrina clásica del Derecho Natural tal como fue formulada por los grandes maestros escolásticos y por los componentes de la Escuela española del Siglo de Oro. Para ellos la existencia del Derecho Natural supone la posibilidad del conocimiento evidente por todos los hombres de unos principios jurídicos básicos. Sin embargo, suelen distinguir diversos niveles dentro del todo del Derecho Natural: en términos generales, junto a unos preceptos primarios rigurosamente universales e inmutables, conocidos por todos, existen otros derivados y más concretos respecto de los que se admite la posibilidad de su parcial desconocimiento y cuyo carácter inmutable es conciliable con su adaptabilidad a la evolución histórica.

Con estas distinciones, que se pretenden mera actualización de lo contenido en la doctrina tradicional, se aspira a compatibilizar la existencia del Derecho Natural con las exigencias de la historicidad. Sin embargo, hay matices diferenciales en el modo como cada autor, o grupo de autores, refleja y recoge la fuente doctrinal común en que se inspiran. Por esto, para discutir sobre posiciones más precisas, y aunque estas páginas hayan de alargarse quizá excesivamente, creemos conveniente exponer la doctrina de algunos de ellos, aunque sea en brevísima síntesis.

Para conseguir un breve panorama de posiciones relativamente diferentes, comencemos con V. Cathrein, aunque no se trate de un autor rigurosamente actual. Para Cathrein el Derecho Natural comprende una serie de principios jurídicos universales, necesarios e inmutables, válidos para toda la humanidad. En primer lugar, están los dos preceptos generales: «dar a cada uno lo suyo» y «no causar injuria a nadie»; son co-

nocidos y reconocidos unánimemente por todos los hombres; estima que no se trata de principios puramente formales, desprovistos de todo contenido normativo; así, respecto del primero de ellos afirma que, aunque lo «suyo» de cada uno es algo variable, una vez determinado el precepto adquiere un sentido preciso, aparte de que hay una serie de casos que constituyen lo suyo de cada uno directamente según la naturaleza: la vida, la integridad corporal y moral, etc.<sup>17</sup>.

Al Derecho Natural pertenecen también, por otra parte, las conclusiones que de manera inmediata y necesaria derivan de aquellos primeros principios, tales como los preceptos: no matar, no robar, no cometer adulterio, cumplir los pactos libremente contraídos, etc. No dice terminantemente si gozan del mismo grado de evidencia universal que los primeros; a veces los califica de conclusiones necesarias, mientras que otras los llama conclusiones necesarias y evidentes; parece que respecto de ellos admite la necesidad de la ley positiva para obligar a todos los miembros de la sociedad, aunque afirma que valen por sí independientemente de su imposición por el legislador; en definitiva, su postura parece ser la de que en lo esencial estos preceptos han sido reconocidos siempre por todos los pueblos en general<sup>18</sup>. Se trata de normas con sentido preciso y determinado, aunque reconoce que a veces su formulación no expresa de manera completa tal sentido<sup>19</sup>. Son rigurosamente inmutables, aunque debe tenerse en cuenta que puede variar el objeto a que el precepto se refiere, pero el precepto en sí es inmutable<sup>20</sup>.

El Derecho Natural así entendido no contradice ni obstaculiza la evolución histórica del Derecho; es, más bien, el conjunto de preceptos jurídicos fundamentales e inmutables que constituyen el fundamento sólido de dicha evolución<sup>21</sup>.

H. Rommen reafirma la antigua tesis de que la posibilidad de un Derecho Natural inmutable se basa en una metafísica del ser, en una

<sup>17</sup> V. CATHREIN, op. cit., págs. 197, 261.

<sup>18</sup> Op. cit., págs. 197, 199-201, 203, 211-212, 250.

<sup>19</sup> Op. cit., págs. 197-198, 203, 213-214, 260-261; el precepto «no debes matar», ejemplifica, hay que entenderlo en su significado completo «no debes matar injustamente».

<sup>20</sup> Op. cit., págs. 198, 261; el autor se remite a su *Moralphilosophie*, I, 401 y ss.; la explicación aquí ofrecida respecto a la inmutabilidad de los preceptos en sí y la adaptabilidad a la mutación del objeto regulado se reduce a la doctrina de F. Suárez.

<sup>21</sup> Op. cit., págs. 204, 245-250. En definitiva, Cathrein, aunque discuta algunos de los argumentos del historicismo jurídico, no se plantea en toda su profundidad la problemática que respecto de la posibilidad del Derecho Natural implica el historicismo; coincidimos con SADTMÜLLER, op. cit., pág. 40, en que se limita a reiterar más o menos la posición de los autores escolásticos y de los teólogos y juristas españoles del XVI.

teoría realista del conocimiento, en la posibilidad del conocimiento universal del ser, de las esencias de las cosas y del orden teleológico que ellas mismas revelan; más concretamente, se basa en la existencia de la naturaleza humana, permanente en lo esencial, y la posibilidad de su conocimiento, del conocimiento de sus exigencias que se proponen a la voluntad como lo que debe ser. El Derecho Natural en sentido estricto comprende cuanto de manera necesaria exige para su perfección y desarrollo la naturaleza del hombre en cuanto ser social. No es ni un detallado y amplio Código de normas inmutables racionalmente deducidas, ni tampoco puro ideal sin efectiva validez jurídica, pura forma precisada de adquirir un contenido jurídico variable, sino algo intermedio<sup>22</sup>; en realidad sólo un conjunto mínimo de preceptos fundamentales gozan de inmutabilidad y son conocidos por todos.

El Derecho Natural comprende, ante todo, como principios evidentes los tradicionales preceptos: «hay que hacer lo justo» y «hay que evitar lo injusto», así como el de «dar a cada uno lo suyo». Son las normas primeras, evidentes e indemostrables de la razón práctica, ciertas y conocidas por todos. No son simples fórmulas vacías de todo contenido, pues hay que entenderlas teniendo en cuenta que lo justo, lo suyo de cada uno, se determina según la naturaleza racional del hombre<sup>23</sup>.

Merced a esta referencia a la naturaleza racional del hombre surgen una serie de conclusiones inmediatas de aquellos primeros principios que fundamentalmente son las que han quedado plasmadas en la segunda tabla del Decálogo: no matar, no robar, no cometer adulterio, etc. Se presentan de una manera inmediata a la conciencia como lo justo y gozan en forma eminente de la misma evidencia de los primeros principios<sup>24</sup>. Es de notar su carácter prohibitivo; pertenecen al Derecho Natural prohibitivo; en ninguna situación pueden estimarse derogados; son inmutables, rechazando el autor las dudas que se han formulado sobre dicha inmutabilidad<sup>25</sup>.

En tercer lugar, el Derecho Natural comprende también otros preceptos más concretos, más mediatos o alejados de los primeros principios. Estos ya no gozan de la generalidad y evidencia de los anteriores, pues se refieren a situaciones más concretas y complejas, determinadas por circunstancias contingentes y variables; se precisa ya de una gran experiencia y sabiduría para determinar qué es lo exigido por la naturaleza racional, por lo que es posible el error. En este plano es donde

<sup>22</sup> H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2.<sup>a</sup> edic., J. Kösel, München, 1947, págs. 173 y ss., 188, 193 y ss., 221-223.

<sup>23</sup> Op. cit., págs. 225-226, 232.

<sup>24</sup> Op. cit., pág. 226.

<sup>25</sup> Op. cit., págs. 226-228.

pueden señalarse divergencias históricas, un desarrollo histórico de la doctrina, una evolución en el sentido de un esclarecimiento y progresiva profundización de lo exigido por el Derecho Natural<sup>26</sup>.

Díez Alegría define el Derecho Natural como el conjunto de exigencias éticas de justicia que se fundan en la naturaleza y en las relaciones esenciales del hombre y, últimamente, en la esencia de Dios<sup>27</sup>. No está compuesto de principios puramente formales, sin contenido normativo, sino de normas con un contenido material de justicia, precisas y determinadas<sup>28</sup>. Como la naturaleza humana en su sentido esencial es inmutable, al igual que lo es el orden esencial de los seres y lo es el Ser de Dios, también el Derecho Natural que tiene estos fundamentos será inmutable e invariable. ¿Quiere decir entonces que el Derecho Natural queda cerrado y ajeno a la evolución histórica, a las exigencias y problemas que plantea la historicidad del sujeto humano? No, de ninguna manera; el Derecho Natural es abierto y flexible a la evolución histórica, se somete a la «experiencia» de las diversas situaciones de la vida real de los hombres y las tiene en cuenta para depurar y precisar sus propias exigencias<sup>29</sup>. ¿Cómo conciliar ambos caracteres o aspectos, aparentemente opuestos?

A juicio del autor, teniendo en cuenta que las normas de Derecho Natural, consideradas en sí mismas, son susceptibles de un cierto despliegue histórico, sin dejar de ser inmutables. Esto es así porque muchas de ellas tienen carácter condicional, están abiertas a situaciones históricas exceptivas, es decir, encierran en sí una determinación implícita por la que dejan de ser aplicables en determinadas situaciones históricas. Ahora bien, hay que distinguir; pues, por un lado, hay normas «iusnaturales» de carácter absoluto; son aquellas que prohíben acciones que por su intrínseca naturaleza son contrarias al orden moral; tales normas no están abiertas a posibles situaciones exceptivas, valen siempre y en todas partes sin excepción<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Op. cit., págs. 223-224, 228, 232.

<sup>27</sup> J. M. Díez ALEGRÍA, *Ética, Derecho, Historia*, cit., págs. 171-176.

<sup>28</sup> Op. cit., págs. 96-101.

<sup>29</sup> Op. cit., págs. 96-101, 177, etc.

<sup>30</sup> Op. cit., págs. 178-180. ¿Cuáles son estas acciones y estas normas? El autor pone como ejemplo el odio a Dios, la blasfemia, «las acciones que se llaman antonómicamente «acciones contra la naturaleza», de tan actual aplicación en la problemática contemporánea de la ética matrimonial (control de nacimientos, etc.)», y las normas que las prohíben. Ahora bien, no parece que sean estos ejemplos de naturaleza estrictamente jurídica ni, por tanto, de Derecho Natural en sentido riguroso de Derecho... En las páginas 191-192, después de haberse referido a las normas susceptibles de una cierta evolución histórica en su validez explicada en la forma que inmediatamente veremos, el autor recalca: «Pero, por otra parte, debe ser puesto vigorosamente

Pero, por otro lado, hay otras normas que prohíben acciones, no porque por su intrínseca naturaleza sean malas, sino porque son realizadas por quien carece de derecho para ello. A este tipo de acciones, u omisiones, se refiere ante todo el Derecho Natural en sentido estricto; es así como resultan prohibidas por el Derecho Natural acciones tales como el homicidio, el robo, el divorcio pleno, etc. Ahora bien, las normas que las prohíben son condicionales, pues incluyen la determinación implícita de que, si en determinada situación histórica la falta de derecho en que se basa la prohibición queda salvada, dejarán de ser aplicables a la referida situación; de este modo, por esta condicionalidad, tales normas están abiertas a la diversidad de las situaciones históricas<sup>31</sup>.

A veces la falta de derecho referida es imposible de suplir por determinaciones de la voluntad humana, por tratarse de un derecho que el Creador se reserva a sí mismo. Es lo que ocurre en el caso del homicidio. En estos casos es necesaria la intervención de Dios mismo para que la falta de derecho quede salvada, con lo que la acción dejará de ser mala y la norma que la prohíbe será inaplicable; ejemplo concreto: el caso bíblico de Abraham y el sacrificio de Isaac<sup>32</sup>.

En otras ocasiones la falta de derecho resulta imposible de suplir por determinaciones de la voluntad humana porque se trata de un derecho que pertenece de manera irrenunciable e intransferible a una determi-

---

te de relieve, que cuando las exigencias iusnaturales se refieren directa y exclusivamente al fondo originario y necesario de la naturaleza humana en sí misma y en sus relaciones esenciales, entonces tales exigencias son absolutamente incondicionadas e inmutables, no como puras aspiraciones sentimentales o direcciones formales, sino como normas materiales de contenido definido. El campo de estas normas no puede ser ni ampliado indebidamente ni restringido por debajo de sus justos límites». Pero, como el autor no vuelve sobre el asunto ni ejemplifica más, no sabemos si en realidad hay normas de esta clase de naturaleza estrictamente jurídica, de Derecho Natural en sentido riguroso de Derecho. Aunque alguna vez define lo jurídico dentro de la ley natural, en la práctica a lo largo de la obra el término «exigencias iusnaturales» adquiere un significado en el que no aparece diferenciado lo que es Moral de lo que es Derecho.

<sup>31</sup> Op. cit., pág. 180. La explicación que sirve de base de partida: normas de Derecho Natural que prohíben acciones, no porque en sí sean malas, contrarias a la naturaleza humana, sino porque son realizadas por quien carece de derecho para ello, nos parece totalmente artificiosa y penúltima. ¿En qué sentido se entiende aquí «derecho» y por qué se tiene, o no, para obrar? En definitiva habrá que recurrir a la norma o disposición que otorga o niega ese «derecho» y a la razón de ser de esa norma que conducirá, si se permanece en el plano del Derecho Natural, a que la acción que se debe, o no, hacer es en sí directamente conveniente o contradictoria con la naturaleza del hombre.

<sup>32</sup> Op. cit., págs. 180-181. La explicación conduce a un plano teológico; difícilmente puede valer en el plano del Derecho Natural en cuanto directa e inmediatamente basado en la naturaleza y razón humanas.

nada persona. Es por esto por lo que son contrarias al Derecho Natural acciones tales como el divorcio con posteriores nupcias, la poligamia, etc., pues los derechos conyugales pertenecen de manera personal, irrenunciable e intransferible sólo a los cónyuges mismos. Y, ¿por qué es así? Porque de ser renunciables y transferibles se seguirían efectos contrarios a la teleología esencial de la institución matrimonial, es decir, se harían imposibles bienes a los que está directamente ligada la finalidad esencial del matrimonio<sup>33</sup>. Así, el divorcio es un incentivo a la esterilidad; el divorcio y la poligamia impiden la verdadera unión moral entre los cónyuges, implican una situación de injusta inferioridad de la mujer, colocan en condiciones precarias la educación de los hijos. ¿Cómo explicar entonces aquellos casos históricos-bíblicos que preocuparon a los pensadores escolásticos, concretamente la permisión por la ley mosaica del divorcio pleno y de la pluralidad simultánea de mujeres? El autor estima que es de gran interés el análisis de este asunto, ya que nos puede llevar a una comprensión profunda de la apertura del Derecho Natural hacia lo histórico<sup>34</sup>.

Tras de estimar que los elementos explicativos ensayados por los teólogos escolásticos —dispensa divina, aplicación del principio del doble efecto, intervención del poder dominativo de Dios— no alcanzan a integrar una solución plenamente satisfactoria. Díez Alegría propone una nueva solución «a título de ensayo con toda clase de reservas»<sup>35</sup>. Podemos sintetizarla como sigue:

Algunos de los inconvenientes antes apuntados, contrarios a la finalidad esencial del matrimonio, pueden dejar de ser existencialmente reales en determinados medios histórico-culturales; por ejemplo, el incentivo a la esterilidad que supone el divorcio quedaba excluido entre los judíos por el alto valor en que tenían a la fecundidad. Así mismo otros bienes esenciales al matrimonio sólo son alcanzables en un medio cultural suficientemente desarrollado y con sensibilidad espiritual madura, siendo, por el contrario, existencialmente inasequibles en medios histórico-culturales de bajo nivel ético; por ejemplo, la verdadera unión y amistad moral entre los cónyuges, la dedicación de los padres a la educación de los hijos, la justa equiparación de la mujer al hombre, son bienes de hecho irrealizables en un nivel cultural y espiritual como el del antiguo Israel aun bajo un régimen de matrimonio unitario e indisoluble; es más, de imponerse la unidad e indisolubilidad absolutas podrían

---

<sup>33</sup> Op. cit., págs. 182-183, 187. El propio autor confirma ya aquí, al menos parcialmente, lo observado anteriormente, nota 31.

<sup>34</sup> Op. cit., págs. 182 y ss.

<sup>35</sup> Op. cit., pág. 187.

seguirse males más ciertos contra la propia mujer, los hijos y la estabilidad del matrimonio.

Siendo así, parece que puede concederse que en determinadas situaciones histórico-culturales el matrimonio monogámico e indisoluble deje de ser una exigencia estricta de Derecho Natural, y que en su lugar valga otra ordenación del matrimonio en conformidad con las posibilidades de perfección ética social determinadas por el nivel histórico-cultural<sup>36</sup>. Claro que tal ordenación sería provisoria, valdría sólo como «hipótesis», «ex suppositione», ya que la existencia de un bajo nivel ético social que la legitima es contraria al Derecho Natural y éste exige superarla. Respecto del Derecho Natural valdría sólo para tal situación determinada, como hipótesis, ya que como tesis valdrá siempre el ideal ético-jurídico de la unidad e indisolubilidad del matrimonio. El autor estima que este análisis y explicación es aplicable y podría repetirse respecto de otros problemas de organización jurídico-política<sup>37</sup>.

Con relación a<sup>1</sup> problema del conocimiento de las exigencias del Derecho Natural en cuanto tales, parece ser que, a juicio de Díez Alegría, el que no sean conocidas de manera evidente no afecta a su carácter de normas de Derecho Natural. Admite que es posible el error de buena fe y que, a veces, es muy difícil saber qué es lo que el Derecho Natural exige en concreto, aunque afirma también que con más frecuencia de lo

<sup>36</sup> Op. cit., págs. 189 y ss.

<sup>37</sup> Op. cit., págs. 187-191. Hemos de decir que esta explicación mediante la que el autor pretende mostrar la conciliabilidad de las normas inmutables de Derecho Natural con la evolución histórica nos parece en general, aparte otras observaciones particulares, algunas ya apuntadas, poco clara y acertada. En realidad, Díez Alegría no se plantea el problema en su significación básica y más radical, para lo que debiera haberse cuestionado cómo pueden ser posibles y qué sentido puede corresponder a unas normas jurídicas universalmente válidas e inmutables habida cuenta del carácter histórico del hombre y del Derecho. Por el contrario, también nuestro autor parte de la existencia indubitada de tales normas y el problema que plantea se reduce a intentar explicar de la mejor forma posible aquellas experiencias históricas, fundamentalmente los casos bíblicos, que parecen contradecir la postulada inmutabilidad de los preceptos de Derecho Natural. Ahora bien, aun en este plano su explicación es poco convincente; ateniéndose a su tenor literal y al ejemplo que tematiza parece más bien una buena demostración del carácter variable, históricamente condicionado, de las normas de Derecho Natural; la condición que considera incluida en la estructura de las normas en cuestión parece que en realidad funciona condicionando la validez de las mismas a la existencia de determinados supuestos histórico-culturales; si éstos cambian, la norma no será válida, no representará ya lo justo según la naturaleza en tal situación social-histórica... Decir que en estos casos la ordenación actual y efectivamente válida lo será sólo como «hipótesis», porque se apoya en la existencia de un bajo nivel ético-cultural, lo que representa un supuesto contrario al Derecho Natural que exige sea superado, parece querer decir que este Derecho sólo vale en épocas históricas de un elevado nivel ético-cultural.

que parece la conciencia moral acierta con la norma objetiva; señala asimismo que el despliegue histórico del reconocimiento del Derecho Natural por parte del hombre marca una línea de conjunto ascendente y que el último juicio sobre las actitudes humanas corresponde a Dios, debiendo respetarse la interioridad del hombre<sup>38</sup>.

Algo distintas son la sistemática y la terminología que emplea J. Fuchs a propósito de este tema de la conciliación de la existencia del Derecho Natural, entendido al modo tradicional, y la innegable historicidad del hombre y de la vida social<sup>39</sup>. La base para tal conciliación radica en la doctrina de Fuchs en la distinción entre Derecho Natural absoluto y Derecho Natural relativo.

En primer lugar, está el Derecho Natural absoluto, que se funda directamente sobre la naturaleza humana esencial. En discusión con la teología protestante y con el voluntarismo en general, el autor sostiene que teológica y filosóficamente puede afirmarse la existencia de una naturaleza humana general que en lo esencial permanece inalterada a través de los distintos momentos fundamentales de la historia de la salvación, así como a través de la normal evolución histórica dentro de cada uno de dichos momentos, y que, en cuanto creada a imagen y semejanza de Dios, funda el Derecho Natural o Ley Natural. Como la naturaleza humana así entendida es inmutable, también el Derecho Natural en ella fundado lo es, está por encima del tiempo y de la historia, permanece inalterable dominando la evolución de las situaciones históricas. Este es el Derecho Natural absoluto<sup>40</sup>.

Pero el hombre vive en el tiempo, en la historia; como ser concreto, existente, cambia, es distinto a lo largo de las diversas situaciones de la historia. Desde este punto de vista del hombre real, histórico, la natura-

<sup>38</sup> Op. cit., págs. 96-99, 194-197, etc. El autor afirma la existencia de normas de Derecho Natural en cuanto «objetivas», aunque subjetivamente no sean conocidas; sobre la imposibilidad de hablar en rigor de verdaderas normas jurídicas que existan como tales independientemente de que sean conocidas y reconocidas por los hombres, vid. lo ya dicho anteriormente al respecto. En realidad, Díez Alegría no considera con rigor la distinción entre normas morales y normas jurídicas en cuanto a su diferente y peculiar forma de *existencia*; esto resulta confirmado por lo que dice en las págs. 197 y ss. a propósito de la necesidad de reconocer y dar validez efectiva en la práctica jurídica positiva a las normas de Derecho Natural; así, por ejemplo, afirma que debe promoverse la adecuación de la conciencia social a las exigencias objetivas del Derecho Natural...

<sup>39</sup> J. FUCHS, *Le Droit Naturel. Essai Théologique*, Desclée, 1960 (hemos manejado esta traducción francesa de la obra original, *Lex Naturae. Zur Theologie des Naturrechts*, Patmos, 1955). Vid. del mismo autor, *Situation und Entscheidung, Grundfragen christlicher Situationsethik*, J. Knecht, Frankfurt a. M., 1952; *Naturrecht und positives Recht*, en «*Stimmen der Zeit*», 163, 1958.

<sup>40</sup> J. FUCHS, *Le Droit Naturel...*, cit., págs. 49-80, 81, 87, etc.

leza humana general, la naturaleza «pura», aunque exista realmente en todo hombre y permanezca inalterada a través de los cambios, representa una abstracción, pues junto a lo que tiene de fijo e inalterable está positivamente abierta a determinaciones históricas, a modos de concreción y realización diferentes a lo largo del tiempo. Por lo mismo, los preceptos del Derecho Natural absoluto, aunque constituyan el esquema de un orden moral permanente e inalterable, son en sí abstractos, pobres de contenido, bastante formales. Sólo adquieren significación existencial de efectivas normas de conducta al dirigirse al hombre concreto, existente, para lo que han de referirse y aplicarse a cada una de las concretas y variables situaciones en que el hombre vive. Las normas concretas que de esta «aplicación» resultan constituyen el Derecho Natural relativo<sup>41</sup>.

El Derecho Natural relativo no significa una transformación o modificación «formal» del absoluto, sino una aplicación o concreción «material» de las normas abstractas de éste a las variables circunstancias históricas. El Derecho Natural absoluto se realiza en el relativo, contiene a éste en forma original y esencial, bien que hipotética, potencial. Fuchs insiste en que el término aplicación que designa el paso del Derecho Natural absoluto al relativo no se refiere primariamente a un proceso psicológico por el que se aplicarían los preceptos generales a casos concretos, sino al proceso objetivo de explicitación de lo contenido en aquéllos en forma abstracta y general que, al referirse a los modos concretos en que la naturaleza humana se da existencialmente y a las circunstancias que delimitan cada situación, origina la norma concreta válida en cada caso.

Reconoce, sin embargo, que esta «aplicación» puede tener dos sentidos. Por una parte, puede tratarse de que un caso particular aparezca simplemente como la realización del estado de hecho previsto en un precepto de Derecho Natural; siendo así, el precepto debe ser «aplicado» sin más al caso; la mayor parte de las veces se tratará de preceptos negativos<sup>42</sup>. En otras ocasiones, por el contrario, el estado de hecho a que se refiere la norma general se presenta en forma y condiciones no previstas explícitamente por aquélla; entonces no es posible la mera aplicación en el sentido anterior, la solución no puede desprenderse sin más y exclusivamente del principio general; será preciso un análisis de la situación, de las circunstancias exteriores en relación con el ser humano concreto, para descubrir qué es lo justo en este caso, qué es lo conforme a la naturaleza, al Derecho Natural, aunque, resalta Fuchs, este análisis siempre ha de hacerse a la luz de los principios generales; el precepto más par-

---

<sup>41</sup> Op. cit., págs. 81 y ss., 84-87, 104 y ss., 108, etc.

<sup>42</sup> Op. cit., págs. 87-88, 90, 106.

titular que resulte será la concreción o aplicación a la situación del principio general<sup>43</sup>.

Los preceptos que componen el Derecho Natural relativo son mudables, variables; pero lo son en sentido material, «histórico», no en sentido «metafísico», es decir, en cuanto a su verdad intrínseca, a su validez formal de preceptos, pues desde este punto de vista son tan inmutables como los del Derecho Natural absoluto. Como el Derecho Natural relativo se compone de aquellas normas concretas que representan lo exigido por la naturaleza en relación a las precisas, contingentes y variables circunstancias de una situación histórica dada, se comprende que sus normas sólo sean actualmente válidas y aplicables en tanto subsista la situación, dejando de serlo cuando sea sustituida por otra, pues entonces lo exigido por la naturaleza será también algo distinto; esta es la variabilidad material o histórica que afecta al Derecho Natural relativo. Pero «metafísicamente», es decir, por lo que se refiere a la verdad o justicia intrínseca de lo preceptuado, a su validez formal, es inmutable, pues representa lo que la naturaleza humana, una e inmutable, exige en relación a una situación dada y esto en sí no es variable, relativo, sino inmutable, absoluto<sup>44</sup>.

Ahora bien, hemos de preguntarnos, ¿cuáles y cuántos son los preceptos que componen el Derecho Natural absoluto? y, por otro lado, ¿son todos ellos igualmente abstractos, carentes de un preciso y actual contenido normativo? Fuchs no es muy explícito ni concreto en lo que se refiere a la primera de las cuestiones; se limita a establecer lo que entiende, en general, por Derecho Natural absoluto y a aducir a veces ejemplos tampoco muy precisamente delimitados<sup>45</sup>. En cuanto a la segunda,

<sup>43</sup> Op. cit., págs. 106 y ss.

<sup>44</sup> Op. cit., págs. 88-89 y ss., 104 y ss. En realidad, Fuchs, aunque no se refiera a él, expone una versión de la doctrina de F. Suárez.

<sup>45</sup> Op. cit., págs. 86-87, 90-103. He aquí algunos de los ejemplos, muy generales, que el autor ofrece de preceptos o instituciones de Derecho Natural absoluto y su concreción en Derecho Natural relativo: de la dualidad de sexos en el género humano resulta la determinación neta de las formas de relación sexual que son conformes o contradictorias con la naturaleza del hombre; el orden sexual que así resulta es válido para todos los tiempos y el Derecho Natural absoluto prohíbe las acciones que infringen o ponen en peligro dicho orden; ahora bien, las acciones que lo ponen en peligro pueden ser varias y distintas según las épocas y situaciones históricas; por ejemplo, no serán las mismas en el estado de inocencia original que después de la caída; pues bien, la determinación y prohibición de estas acciones históricamente determinadas es ya cuestión del Derecho Natural relativo. Las instituciones del matrimonio, la familia, el Estado, son de Derecho Natural absoluto; pero el que, por ejemplo, el Estado se realice necesitando, o no, de la fuerza coactiva es ya una determinación histórica, asunto de Derecho Natural relativo. En el plano del Derecho y la justicia estrictos el deber de dar a cada uno

tampoco encontramos precisiones ni distinciones; aunque una vez, como hemos visto, al referirse al sentido de la «aplicación» admite una aplicación pura y simple del precepto al caso dado, la afirmación normal y repetida es la de que los preceptos del Derecho Natural absoluto son abstractos, pobres de contenido, que sólo adquieren significación normativa existencial al referirse a las concretas situaciones históricas condensándose en Derecho Natural relativo<sup>46</sup>.

En cuanto al Derecho Natural relativo es interesante saber cuál es, en opinión de Fuchs, su extensión, es decir, a qué situaciones se extiende o regula, si toda situación por concreta o contingente que sea puede ser objeto de su normación o si, por el contrario, su extensión o adaptabilidad a los casos reconoce un límite fuera del que queden materias o situaciones no regulables por el Derecho Natural. En una ocasión el autor se refiere a que los teólogos católicos difieren en cuanto a la extensión que asignan al Derecho Natural: si sólo los preceptos más generales, o también las conclusiones o consecuencias más inmediatas, o incluso las aplicaciones o normas referidas a las situaciones más particulares y concretas. Personalmente afirma que el Derecho Natural no es sólo el absoluto, sino también el relativo, abarcando, por tanto, las normas particulares que reglan situaciones concretas, pues la naturaleza humana es una e inmutable, pero se realiza diversamente y en situaciones variables. Repetidamente encontramos la afirmación de que el Derecho Natural puede gobernar toda la realidad humana, que no hay problema o situación que escape a su poder reglamentador, que se adapta a toda época y estado histórico e incluso personal y que su flexibilidad y adaptabilidad a lo concreto es mayor aún que la del Derecho positivo humano<sup>47</sup>.

---

lo suyo es de Derecho Natural absoluto, pero la determinación más concreta de este precepto depende de supuestos social-históricos y es ya materia del Derecho Natural relativo.

<sup>46</sup> Cfr. nota anterior y págs. 87 y ss., 98, 106, 108.

<sup>47</sup> Op. cit., págs. 105, 109-111, 117. En realidad, como ya habrá podido notarse, Fuchs no habla como jurista, no tiene en cuenta las peculiares exigencias y caracteres del Derecho. Por Derecho Natural entiende más bien la moralidad natural en general. No tiene en cuenta, o no se hace cuestión, de la peculiar forma de existir, de valer, de las normas jurídicas en cuanto normas sociales; sólo así puede decir que el Derecho Natural puede regular toda la problemática de la acción humana, que se adapta a toda situación, no sólo social-histórica, sino también personal, individual. Aparte de esta indistinción entre lo moral y lo jurídico, queda también en pie, como se verá inmediatamente a propósito del conocimiento del Derecho Natural, el problema afectante por igual a ambos campos de hasta qué punto siguen siendo «naturales» y no «positivos» los preceptos referidos a las concretas y singulares situaciones sociales o personales.

Conviene, por último, aludir al problema del conocimiento por el hombre de lo exigido por el Derecho Natural, de sus normas, y a la importancia que Fuchs atribuya a este factor. No está muy claro, pues, aunque dedica un capítulo al problema de la cognoscibilidad del Derecho Natural, lo enfoca desde el ángulo de la discusión con la teología protestante en relación con la capacidad «natural» de la razón humana para conocer lo verdaderamente justo, no atribuyendo importancia decisiva a que tal conocimiento sea, o no, además de «natural», evidente<sup>48</sup>. En una ocasión afirma que los principios fundamentales, no sólo son cognoscibles naturalmente, es decir, sin necesidad de la revelación y de la gracia, sino también fácilmente por todos los hombres<sup>49</sup>. En otros muchos casos, sin embargo, sobre todo al referirse al Derecho Natural relativo, alude a la dificultad, a veces casi insuperable, que reviste la búsqueda y descubrimiento de lo justo, de lo exigido por la naturaleza, resaltando el papel del juicio prudencial y refiriéndose a los medios para superar tal dificultad: ejercicio de la conciencia moral, revelación, enseñanza de la Iglesia. Pero, a juicio del autor, esta dificultad se refiere sólo al aspecto subjetivo de la debilidad actual de la razón humana para reconocer las exigencias del Derecho Natural, pues objetivamente éste viene determinado como lo necesario e intrínsecamente justo en cada caso a partir de la naturaleza humana y de la estructura real de los datos de la situación<sup>50</sup>.

Para A. F. Utz el Derecho Natural en sentido estricto es algo con-

<sup>48</sup> Cfr. Capit. VII «Cognoscibilité naturelle du Droit Naturel», págs. 139-157.

<sup>49</sup> Op. cit., pág. 146.

<sup>50</sup> Op. cit., págs. 99-100, 107, 108, 111, 145 y ss. A nuestro juicio, como hemos hecho notar más arriba, la explicación de Fuchs acerca de la posibilidad de conciliar la inmutabilidad del Derecho Natural con la evolución histórica, a través de la noción del Derecho Natural relativo, se reduce, con algunas variantes, a la doctrina de Suárez. En dicha explicación subsisten algunos puntos oscuros. Enumeremos algunos. En primer lugar, la observada indistinción entre lo moral y lo jurídico. Por otra parte, Fuchs justifica la necesaria evolución de los preceptos concretos explicando que, junto a lo permanente de la naturaleza humana, está lo mutable de ésta, los diversos modos concretos en que a lo largo del tiempo adquiere realidad existencial; pero no queda precisado con suficiente claridad si estas diversas realizaciones históricas de la naturaleza humana son «objeto» de la regulación ética o «criterio» más concreto de la misma. Desde otro punto de vista, parece ser que por su abstracción los preceptos del Derecho Natural absoluto no pueden ser considerados como verdaderas normas jurídicas inmediata y actualmente válidas, mientras que, a su vez, es dudoso el carácter de Derecho Natural de los del «Derecho Natural relativo»; pues dada la extensión con que el autor los concibe, su concreción y la admitida posibilidad de su normal desconocimiento, no se ve cómo se distinguirán de los preceptos del Derecho positivo desde el punto de vista de su real y actual existencia como Derecho, de su efectiva validez.

creto y variable, en permanente estado de adaptación dinámica a las contingentes situaciones históricas y a cada caso. Ahora bien, esta doctrina hay que entenderla a la luz de la doctrina del autor según la cual el Derecho Natural no debe identificarse con las normas o principios jurídicos prepositivos de validez universal e inmutable, con los preceptos de la ley natural, pues en general Derecho y ley son cosas distintas. Una cosa es la ley, toda ley o norma jurídica, que en mayor o menor medida es abstracta y general, y otra el Derecho como lo justo social concreto, objeto preciso y determinado de una acción social justa; el Derecho es principio efectivo de un orden social pacífico, algo concreto, variable según las situaciones, aunque su carácter de deber, de representar lo debido, le provenga de su relación con el principio general abstracto constituido por la ley. Esto mismo vale para la distinción y relación entre Derecho Natural y ley natural. El Derecho Natural vale como lo justo objetivo con anterioridad a toda legislación positiva, pues su carácter de debido proviene de los principios de la ley natural, pero representa lo justo social concreto, determinado a partir de dichos principios en relación a cada situación y variable al variar ésta<sup>51</sup>.

Según esto, el problema de la posibilidad de principios o normas jurídicas universalmente válidas e inmutables a través de la historia se plantea en el caso de Utz en el plano de la ley natural. Resumamos su doctrina sobre este punto. Para el autor la ley natural, participación de la ley eterna, no se identifica en su sentido primario y original con un conjunto de proposiciones o principios formulados, sino que representa la misma capacidad o disposición natural de nuestra razón práctica, de la conciencia moral, de determinar y exigir como debido lo que es racional, lo bueno, a partir del conocimiento de la finalidad esencial de las cosas; la misma norma suprema: debe hacerse aquello que se reconozca como racional, designa en realidad esa capacidad o disposición natural. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina tradicional conforme a la que el conocimiento universal del ser es un conocimiento natural de nuestra razón, estima que tales principios generales formulados son posibles y necesarios. ¿Cuáles son éstos?

---

<sup>51</sup> A. F. UTZ, *Ética Social*, I, págs. 187, 205-207. (Hemos manejado este primer Vol. en la traducción castellana, Herder, Barcelona, 1961). No creemos actualmente justificado, dejando aparte las discusiones sobre la terminología de Santo Tomás, el llamar Derecho a «lo justo concreto» y no a la ley; si se mantiene el constitutivo carácter *social* de lo jurídico, aun como deber concreto y actual, y por tanto las necesarias notas de generalidad, estabilidad y certeza exterior, parece que hay que convenir en que primaria y originalmente constituye una norma, una ley, aunque en su realización se concrete en facultades y deberes referidos a personas o grupos individuales.

La pregunta, a juicio de Utz, admite dos sentidos y, por tanto, dos respuestas diversas. Con arreglo al primero se preguntaría por cuáles son los principios jurídicos generales que nuestra razón práctica según su natural y esencial capacidad puede formular; según el segundo, la interrogación versaría sobre cuáles formula de hecho la razón aquí y allá en la vida real de la sociedad. La primera es una cuestión metafísica que ha de responderse considerando el objeto que naturalmente corresponde a nuestra razón según su capacidad esencial; la segunda es una cuestión sociológica, puesto que trata de investigarse en qué medida aparecen como presentes y efectivos en una sociedad principios generales o juicios de valor naturales, espontáneos. Este segundo problema se justifica por cuanto no siempre en su desarrollo real la razón lleva a cabo todo lo que le corresponde según su capacidad esencial, pero sólo adquiere pleno sentido gracias al primero, pues sólo tras responder a la cuestión de los principios o valores que de una manera absoluta pueden ser establecidos, puede juzgarse de la actualización de hecho de tal posibilidad, de la plenitud o perfección de las culturas<sup>52</sup>.

Respecto de la primera cuestión, Utz afirma la capacidad absoluta de la razón humana para formular principios generales de Derecho Natural; realmente nuestra razón práctica, nuestra conciencia, puede formular valores y exigencias absolutas, y en ello, pese a fallos individuales, muestra una innegable certeza. Tales proposiciones o principios jurídicos fundamentales pueden ser unívocos o análogos<sup>53</sup>. El conjunto de estos principios, en cuanto poseen una validez universal, constituyen el «Derecho Natural absoluto»; éste representa lo invariable de la naturaleza y del orden social humanos en cuanto determinado y exigido

<sup>52</sup> A. F. UTZ, *Sozialethik*, II (Rechtsphilosophie), F. H. Kerle y E. Nauwelaerts, Heidelberg-Löwen, 1963, págs. 77-82. En este desdoblamiento radica un punto clave y oscuro de la posición de Utz. Nos dice: la conciencia moral o, más estrictamente, la conciencia social-jurídica puede a lo largo de la historia no establecer de hecho los valores o preceptos que son los objetivamente válidos, los que puede y debe establecer según su natural y esencial capacidad; por esto, para juzgar de estas posibles desviaciones y aberraciones de hecho, son precisos los principios objetiva y absolutamente válidos, los que corresponde establecer a la conciencia según su esencial capacidad y disposición. Ahora bien, o se puede responder con certeza a la primera cuestión, es decir, o los principios absolutos y objetivos son de hecho conocidos de manera cierta, son verdaderos principios realmente válidos, existentes como tales, en cuyo caso no se explica muy bien la segunda cuestión que en todo caso habría de quedar reducida al enjuiciamiento de las infracciones de los mismos; o, como parece sostener Utz, no son de hecho conocidos y reconocidos evidentemente como tales principios válidos, en cuyo caso, ¿cómo podrán servir de criterio para enjuiciar aquellas aberraciones históricas y quién los detendrá como tal criterio?

<sup>53</sup> Unívocos son aquellos que son usados en un mismo y único sentido, basán-

por la razón; pero el autor no entra en la cuestión de cuáles son en concreto tales principios, limitándose a constatar que se trata de una cuestión discutida<sup>54</sup>. En otro lugar afirma que la ley natural en sentido jurídico comprende aquellas proposiciones jurídicas fundamentales que la razón práctica, según su esencial capacidad, formula o debe formular como exigencias de forma espontánea y natural; no sólo, por tanto, las que de hecho formula o ha formulado, sino también las que puede formular. Tales proposiciones, en cuanto jurídicas, pueden rectamente designarse Derecho Natural o Derecho de la Naturaleza (Natur-Recht); carecen, sin embargo, todavía de una formulación concreta<sup>55</sup>.

Respecto de la segunda cuestión, la posición del autor no es muy clara. Se refiere a los principios generales de la ley natural que, según Santo Tomás, nuestra razón reconoce y formula de hecho con carácter universal e inmutable; su naturalidad se manifiesta en la espontaneidad con que la razón los reconoce y formula. Para Utz, sin embargo, tal espontaneidad se da normalmente mezclada con factores procedentes de la educación, de la inserción en un medio social-cultural; de aquí la pluralidad de los individuales juicios de valor. El autor acentúa este aspecto. Por ello insiste en la importancia de la conciencia jurídica de la sociedad, que no debe considerarse como un mero «factum», sino que posee carácter normativo, expresa y manifiesta de hecho la ley jurídica natural. Sin embargo, reconoce que puede sufrir desviaciones y aberraciones; de aquí la necesidad y el papel de los principios objetivos como medida de tales posibles aberraciones<sup>56</sup>.

Pero, de todas formas, el Derecho Natural en sentido estricto no se identifica con los principios generales de la ley natural, los consideraremos como los que la razón puede y debe formular o como los que de hecho formula. Aquél supone la confrontación de éstos con las concretas y variables situaciones sociales de hecho; sólo entonces adquieren el sentido de deber social efectivo, de principios concretos de un orden real de convivencia pacífica, de verdadero y estricto Derecho. El paso de los

---

dose ontológicamente en una esencia única, singular (por ejemplo, «derecho a la vida», «derecho a la integridad corporal», «derecho a la libertad de conciencia»), o en la esencia de una sustancia o de una acción (por ejemplo, la indisolubilidad del matrimonio, aunque precisamente la absolutez de este principio es muy discutida). Análogos son aquéllos que sólo adquieren un sentido concreto en referencia a un orden social en el que tienen que ser puestas en relación las cualitativas desigualdades entre los hombres (por ejemplo, «pacta sunt servanda», «a cada uno lo suyo», etc.). Cfr. op. cit., II, págs. 84-87.

<sup>54</sup> Op. cit., II, págs. 94-95. Vid. algunos ejemplos en nota anterior.

<sup>55</sup> Op. cit., II, págs. 97-98.

<sup>56</sup> Op. cit., II, págs. 91-94. Vid. observación hecha en nota 52.

principios abstractos y generales de la ley natural al Derecho Natural concreto no consiste en una mera subsunción lógica, en una aplicación de la regla general al caso particular, sino que es más complejo; supone una apreciación positiva de las circunstancias de cada caso, de la situación social de hecho, de la «naturaleza de la cosa» (conjunto de la situación en sus condiciones materiales y culturales, económicas y sociológicas —incluso las morales en cuanto determinan la plena aplicabilidad, o no, de la ley—); la «naturaleza de la cosa» no es mero objeto —aun cuando con una legalidad propia— a que se aplique la norma, sino que posee en sí fuerza normativa, aunque, reconoce Utz, ésta sólo se revela en cuanto se la enfoca desde los principios objetivos generales. El resultado de esta confrontación de los principios generales con las concretas y variables situaciones sociales de hecho es el Derecho Natural en sentido estricto como lo justo social concreto, algo siempre variable y flexible porque cada situación es peculiar y diferente de cualquier otra.

Ahora bien, la «naturaleza de la cosa» en sí considerada no posee todavía fuerza social normativa, no es verdadera norma jurídica vinculante; tal carácter sólo lo adquiere de la ley positiva, de la decisión autoritaria por la que el cuerpo social presta a su sentido normativo objetivo el carácter de efectiva vinculatoriedad. En este sentido, Derecho Natural en sentido estricto se dará cuando lo justo social concreto represente un deber social efectivo, verdadero precepto vinculante y principio de un orden pacífico de convivencia, cuyo carácter de tal provenga, no de la legislación positiva, sino de los principios de la ley natural referidos a la concreta situación de hecho. Utz lo define como «el principio de orden social concreto que en correspondencia con las condiciones sociológicas dadas, entendidas en sentido amplio (materiales y morales), asegura la mejor realización posible de las exigencias absolutas de la justicia (es decir, de la ley natural en el sentido de los valores sociales formulables por la razón práctica de forma natural-espontánea)»<sup>57</sup>.

La breve exposición hecha de la doctrina de algunos autores creemos

---

<sup>57</sup> Op. cit., II, págs. 87-90, 98-100. Parece difícil la posibilidad de hecho del Derecho Natural tal como lo entiende Utz y dentro de su doctrina. Pues debe tratarse de lo justo social concreto cuyo carácter de tal, de deber efectivo, no provenga de la legislación positiva, es decir, que valga por sí objetivamente con independencia de las normas positivas; esto quiere decir que el fundamento de su validez deberán ser los preceptos universales y absolutos de la ley natural. Pero, ¿cómo podrá ocurrir estos si, como parece sostener Utz, estos preceptos de la ley natural no son conocidos y reconocidos de hecho por el hombre de forma universal y evidente? Por otra parte, sería también preciso que lo justo social concreto constitutivo del Derecho Natural apareciese ante la conciencia social de forma evidente como concreción de aquellos preceptos universales y absolutos, pues sólo así podría valer sin necesidad de imposición positiva; pero Utz no se hace cargo de esta cuestión...

que es suficiente, como ejemplo, para hacerse una idea general de los matices que se dan dentro de esta tendencia de pensamiento a propósito del tema que nos ocupa. Aunque hemos ido apuntando en las notas algunas apreciaciones críticas respecto de la posición de cada autor, debemos formular ahora algunas consideraciones de conjunto refiriéndolas a cada uno de los niveles que suelen distinguirse dentro del todo del Derecho Natural.

Está, en primer lugar, el nivel constituido por los principios primeros, más universales y generales del Derecho Natural. A propósito de cuáles y cuántos sean estos principios se advierten matices diferenciales entre los autores; unos dejan la cuestión más indeterminada, aludiendo simplemente a su carácter absoluto y universal al mismo tiempo que abstracto; otros, más fieles a la sistemática tradicional, enumeran preceptos tales como «debe hacerse lo justo y evitarse lo injusto», «dar a cada uno lo suyo», no causar injuria a nadie», etc. La mayoría de los autores coinciden en considerarlos como rigurosamente universales e inmutables. Respecto de si se trata de preceptos realmente conocidos de forma inmediata y evidente por todos los hombres, se dan también matices diferenciales paralelos a los anteriores: unos no conceden importancia decisiva a este aspecto, mientras que otros, los que delimitan más precisamente este nivel primario, afirman expresamente que son universal y evidentemente conocidos; sin embargo, estos últimos no se plantean esta cuestión como un problema básico a discutir con el historicismo, sino que se refieren más o menos explícita y extensamente a los supuestos metafísicos y gnoscológicos tradicionales que soportan su afirmación.

Por nuestra parte, refiriéndonos a preceptos del tipo de los enumerados más arriba, concedemos sin entrar en discusiones que se trata de preceptos conocidos en una u otra forma por todos los hombres y, por tanto, universales e inmutables. Sin embargo, el problema más grave que a su propósito se plantea es el de si en verdad constituyen preceptos con un contenido normativo, o no, si pueden ser considerados como verdaderas normas jurídicas, es decir, el de si son, o no, preceptos puramente formales.

A nuestro juicio, si en rigor no puede calificárseles de preceptos puramente «formales», sí puede decirse que son en tal grado generales y abstractos que no pueden ser considerados todavía como verdaderas normas de conducta. Algunos autores sostienen el carácter material-normativo de estos primeros principios arguyendo que lo «suyo» o «justo» que prescriben, o lo contrario que prohíben, viene determinado en referencia a la naturaleza humana; mediante esta referencia dichos principios se determinan en normas en las que ya se mandan o prohíben determinadas conductas. Bien, pero en este caso las verdaderas normas de conducta son estas últimas, no los principios primeros, pues no puede decirse que éstos

contengan en sí a aquéllas, por lo que se refiere a su contenido normativo, de manera que resulten de su despliegue o desarrollo lógico; por el contrario, se constituyen como normas merced al enjuiciamiento y determinación de lo que racionalmente aparece como adecuado y exigido por la naturaleza humana o como contradictorio con ella, es decir, en base a operaciones intelectuales no reductibles a una pura derivación lógica a partir de los primeros principios. Desde este punto de vista del contenido normativo, los primeros principios no representan más que la fórmula general que permite una enunciación universal y unitaria de los preceptos de Derecho Natural abstraídos de su contenido normativo determinado.

Lo anterior no quiere decir que los primeros principios carezcan de todo sentido y utilidad, sean innecesarios. Su función consiste en fundamentar el carácter imperativo y obligatorio de todos los preceptos racionalmente establecidos; significan la prescripción general de que debe ser tenido por debido y obligatorio cuanto la razón determine como justo según la naturaleza. Creemos que puede interpretarse en este sentido la afirmación de Santo Tomás de que los principios primeros y más universales de la razón práctica poseen carácter de ley. No son en sí directamente leyes, normas de la conducta humana social, sino ley de leyes, principio de normas jurídicas.

En suma, estimamos que en el caso de los primeros principios del Derecho Natural su universalidad e inmutabilidad van unidas a un grado de generalidad y abstracción que no permite considerarlos como verdaderas y directas normas jurídicas de conducta, como preceptos con un sentido material-normativo determinado. Como tendremos ocasión de decir más adelante, a toda norma jurídica le es inherente en mayor o menor grado un cierto carácter abstracto; pero siempre ha de determinar como mandada o prohibida una conducta humana, aunque sólo sea en los rasgos mínimos esenciales que la singularizan desde el punto de vista ético-jurídico; y esto estimamos que no ocurre en el caso de los primeros principios citados.

Particular interés reviste, a nuestro juicio, la consideración del segundo nivel del Derecho Natural constituido por los preceptos que «derivan» de los primeros a modo de conclusiones inmediatas de los mismos, preceptos tales como la prohibición del homicidio, del robo, del adulterio, del perjurio, el deber de obediencia a la autoridad legítima, etc., pues respecto de ellos es plausible la conciliación del carácter de universalidad e inmutabilidad con la naturaleza de verdaderas normas jurídicas, de preceptos sociales con sentido material-normativo. Sin embargo, hemos visto cómo algunos autores no les prestan particular atención, pasando del nivel del Derecho Natural «absoluto», de los principios generales considerados sin discriminaciones como abstractos y carentes de un preciso

sentido normativo, al nivel del Derecho Natural «relativo» o de lo justo social concreto, ya variable, nivel en el que, según veremos más adelante, por esa misma concreción y variabilidad se hace discutible el que se pueda hablar de verdadero Derecho Natural.

En la doctrina más común se considera que los preceptos aludidos son conocidos sin gran esfuerzo, de forma evidente, por todos los hombres en uso normal de la razón y por todos los pueblos, aunque en casos particulares y determinados sean desconocidos al actuar la razón ofuscada por pasiones o hábitos viciosos; por tanto, se trata de preceptos universalmente válidos e inmutables, aunque a veces pueda parecer que cambian al cambiar la materia a que se refieren. Ahora bien, tampoco a propósito de estos preceptos los autores proceden a una fundamentación de su posibilidad en cuanto universales e inmutables dada la historicidad del hombre y de los órdenes jurídicos en discusión con el historicismo, sino que se refieren sin más a los supuestos metafísicos tradicionales. Nosotros no vamos a entrar ahora en este asunto con pretensiones resolutorias; sin embargo, las condiciones de posibilidad de tales preceptos inmutables se pondrán de relieve al ocuparnos del problema de su abstracción, es decir, el de si también en este caso la universalidad e inmutabilidad se predicán a costa de una enunciación en tal grado abstracta y general que priva a dichos preceptos del carácter de verdaderas normas jurídicas, de todo sentido material-normativo. ¿Ocurre así? Estimamos de interés hacer algunas aclaraciones.

Como base de partida creemos que debe convenirse en que toda norma jurídica es, en mayor o menor grado, abstracta por relación a las situaciones y acciones humanas tal como se dan realmente en la vida social. Es más, toda norma de conducta lo es, sea moral o jurídica. Pues toda verdadera norma contiene una enunciación anticipativa de una acción o posibilidad humana que se enjuicia prescribiéndose o prohibiéndose y a cuya hipotética realización u omisión se ligan determinadas consecuencias; y esta enunciación anticipativa representa siempre un esquema, una abstracción, respecto a la riqueza plena de matices y circunstancias con que la acción se presenta en su existencia real e irrepetible. La posibilidad misma de que existan normas de conducta, de que el hombre sea un ser que guía su conducta según preceptos que tiene por válidos, radica en su capacidad de trascender lo estrictamente singular y concreto, de abstraerlo y reducirlo a unos elementos generales y repetibles a los que como núcleo esencial atribuye una determinada significación valorativa, pudiendo así juzgar y regular futuras conductas concretas y singulares. Si esto vale de toda norma, resalta especialmente por lo que se refiere a las normas jurídicas en virtud de su constitutivo carácter social, de su necesaria y peculiar generalidad y fijeza; por esto constituye un problema peculiar el de la «interpretación» y «aplicación» del Derecho.

Siendo así parece claro que la cuestión de si una pretendida norma jurídica lo es, o no, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, no depende sin más de que sea abstracta, o no, pues todas las normas lo son en alguna medida. El problema radica más bien en el grado de abstracción propio de la pretendida norma. ¿Qué grado de formulación abstracta es compatible con el carácter de verdadera norma jurídica, de precepto con sentido material-normativo? La respuesta no es sencilla, ni puede consistir en fijar un límite general que funcione como medida cuantitativa, pues sabemos que en todo orden jurídico se integran normas cuyo grado de abstracción es muy diverso y cuyo sentido material-normativo se concreta a veces por referencia a otras normas dentro del ordenamiento. Brevemente creemos que puede decirse lo que sigue.

Lo que a nuestro juicio no puede quedar indeterminado es el momento formal del precepto, el enjuiciamiento y significación normativa del supuesto de hecho, su mandato o prohibición. Por el contrario, en lo que sí cabe una mayor o menor abstracción es en la enunciación anticipativa del supuesto de hecho. Desde luego, si en la formulación del precepto no aparece descrito un supuesto de hecho, una acción o posibilidad de realización humana determinada al menos en los elementos mínimos componentes de un tipo esencial normativamente reconocible, no parece que pueda hablarse de verdadera y directa norma de conducta, sino en todo caso de principio de posibles normas. Habrá verdadera norma siempre que en su formulación aparezca determinada una acción o posibilidad humana al menos en esos elementos mínimos esenciales que permitan identificarlas como entidad a que se atribuye un sentido normativo, siempre que se indique que algo, reconocible como un tipo determinado de acción del hombre, debe hacerse u omitirse. En el caso de normas formuladas en un grado máximo de abstracción puede que el supuesto de hecho no se dé nunca en la realidad en la forma esquemática en que aparece descrito en la norma; puede que en la realidad se dé siempre en modalidades de realización diversas, con matices y circunstancias muy distintas de unos casos a otros; esto no representará un obstáculo insalvable si tales acciones o realizaciones, pese a sus diferencias, son reductibles al supuesto esencial descrito en la norma, si pueden ser reconocidas como diversas realizaciones de hecho del tipo normativo.

Con este criterio creemos que debe abordarse el problema de si los referidos preceptos de Derecho Natural son, o no, dada su abstracción, verdaderas normas jurídicas con sentido material-normativo. No cabe duda de que en su mayor parte se trata de proposiciones formuladas de manera muy abstracta; las acciones que mandan o prohíben aparecen definidas en forma muy indeterminada; en la vida real de la sociedad sólo aparecerán en modalidades de realización diversas según circunstancias locales e históricas. Sin embargo, si aun en esa forma abstracta

e indeterminada definen una acción o tipo de posibilidad humana en sus elementos mínimos esenciales precisos para que pueda ser reconocida en la realidad atribuyéndole una significación ético-jurídica, estimamos que tales preceptos pueden ser considerados como verdaderas normas de Derecho. Posiblemente para actuar su sentido normativo en forma efectiva e inmediata precisan concretarse en otra serie de normas más determinadas, diversas según las épocas; pero no constituirá una verdadera dificultad si estas diversas normas históricas más determinadas pueden considerarse como concreciones de la norma general-abstracta, diversas en cuanto referidas a realizaciones diversas del tipo de acción definido por aquélla sólo en sus elementos esenciales; naturalmente esta posibilidad de reducir una multiplicación de acciones humanas históricamente diversas a un tipo o núcleo esencial enjuiciable jurídicamente, en forma tal que las normas concretas que las regulan puedan ser consideradas como despliegue o desarrollo de un precepto general, planteará en muchos casos graves problemas cuya consideración exigiría el estudio de cada uno de los preceptos de Derecho Natural en cuestión.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior se comprende que afirmar la existencia de verdaderas normas jurídicas universales e inmutables supone afirmar también la existencia de modos de actuación del hombre, de formas de relación interhumana, que permanezcan inmutables a través de la evolución histórica; es decir, si propiamente hay normas con contenido jurídico-material inmutables, tiene que haber una «materia» también inmutable a que tales normas se refieran.

En este sentido debe reconocerse la razón a L. Strauss cuando afirma que la posibilidad de un Derecho Natural en sentido estricto supone, ante todo, la existencia de unos problemas de justicia, de unas alternativas fundamentales para la convivencia, que permanecen a través de la historia inalterables en su sentido esencial<sup>58</sup>. Dicho de otro modo, para que exista un Derecho Natural inmutable, si por Derecho se entiende un verdadero orden normativo, será necesario, no sólo que exista una naturaleza humana permanente, criterio y fundamento de lo justo o injusto, y, dentro de ella, la capacidad natural de la razón para determinar con evidencia aquello que intrínseca y necesariamente es justo o injusto, sino también que existan acciones, situaciones o posibilidades humanas igualmente permanentes a través del tiempo al menos en su sentido esencial, es decir, que exista una «materia» permanente cuya determinación como esencialmente justa o injusta dé lugar a normas verdaderamente universales e inmutables. Naturalmente, no queremos decir que tales acciones, situaciones o posibilidades humanas hayan de darse en forma idéntica en todas las sociedades y en todos los tiempos, que se

<sup>58</sup> Cfr. L. STRAUSS, *op. cit.*, págs. 40-41, 48, 51, etc.

repitan invariablemente, pues esto sería absurdo e imposible; pero sí que, aunque en cada sociedad y tiempo se den en modalidades y circunstancias muy diversas, puedan concebirse como realizaciones históricas distintas de unos tipos o formas esenciales de actuación enjuiciables como intrínseca y necesariamente exigidas o rechazadas por la naturaleza humana en cuanto social.

Esto nos permite vislumbrar también en qué modo y sentido pudiera darse una conciliación entre el carácter inmutable de los preceptos y el innegable fluir histórico del Derecho, la evolución de las situaciones sociales y de las modalidades de acción interhumanas. Gracias a su abstracción las normas pueden permanecer inmutables y, al mismo tiempo, acompañar el fluir histórico concretándose en cada época, en cada orden jurídico concreto, en normas más precisas según las circunstancias con tal que éstas representen en cada caso claramente la concreción del sentido normativo invariable expresado en el precepto general. Para que esto sea posible es necesario que, junto a los supuestos metafísicos y gnoseológicos más corrientemente recordados, se dé también la condición que venimos repitiendo: que exista un elenco de acción o posibilidades humanas intrínseca y necesariamente justas o injustas según la naturaleza del hombre en cuanto ser social y que, al menos en su significación esencial, permanezcan inmutables en el sentido explicado. El Derecho Natural comprendería el conjunto de preceptos que, al mandar o prohibir tales acciones, determinan las condiciones jurídicas básicas e indispensables de todo orden de convivencia pacífica; tales preceptos, inmutables en su formulación general-abstracta, se desplegarían en normas más concretas que serían las que en cada situación o época, adaptándose a su peculiaridad y circunstancias, asegurarían normativamente aquellas condiciones básicas de convivencia. Habría así un verdadero despliegue histórico de las normas inmutables y tendría sentido afirmar que el Derecho Natural, en cuanto sistema, es un sistema histórico, que aquellos mandatos y prohibiciones básicas que lo componen se actualizan en una pluralidad de normas cuyo eje o línea de desarrollo es de índole temporal, histórica.

Estimamos que esta es la forma en que plausiblemente pueda plantearse el tema de la conciliación de la existencia de un Derecho Natural inmutable con el carácter histórico-evolutivo de todo orden jurídico y que las condiciones fundamentales a que nos hemos referido son condiciones que necesariamente ha de probar y satisfacer todo intento serio de elaborar una solución positiva. Siempre en el supuesto de que cuando se dice Derecho Natural inmutable se entiende Derecho en el sentido de normas con contenido jurídico-material verdaderamente existentes y válidas, pues en caso contrario el problema cambia desde su raíz y se haría necesario plantearse cuestiones previas relativas al concepto mismo del Derecho y al carácter jurídico del Derecho Natural. Manteniendo dicho supuesto, creemos que

en las soluciones aportadas por los autores de la tendencia que comentamos subsisten puntos oscuros o irresueltos; así ocurre en el ensayo de Díez Alegría, según vimos en el momento oportuno<sup>59</sup>, pero también en la fórmula más utilizada para intentar tal conciliación que, prescindiendo de matices diferenciales en cuanto a la forma como cada autor la recoge y expresa, se reduce a la doctrina de Suárez.

En efecto, según dicha fórmula el Derecho Natural, en cuanto compatible o conciliable con la evolución histórica, es formalmente inmutable aunque material o impropriamente cambie; lo que cambia propiamente no son los preceptos del Derecho Natural, sino la «materia» a que se refieren; como tal materia, las acciones y posibilidades humanas, es contingente y variable, las normas de aquél se adaptan a dicha mutabilidad: la norma referida a un determinado supuesto de hecho no puede ser válida para un supuesto distinto para el que valdrá otra norma diferente; en este sentido hay una mutación impropia, material, histórica de los preceptos del Derecho Natural, pero no una mutación propia, formal, metafísica, pues los preceptos mismos, es decir, lo preceptuado, el sentido de lo que se manda o prohíbe, es absolutamente invariable, no cambia a través del tiempo.

Ahora bien, lo que no resulta expresamente claro en esta doctrina es que al afirmar la inmutabilidad del Derecho Natural se afirme que hay normas jurídicas verdaderamente existentes y válidas que son inmutables, que permanecen como tales normas válidas a través del tiempo. Lo único expresamente declarado es que, en tanto subsista incambiado el supuesto de hecho, la correspondiente norma de Derecho Natural permanece también invariablemente válida, no puede transformarse, ser sustituida por otra. Sólo si positivamente se considera y prueba que se dan unos supuestos de hecho que se repiten como esencialmente idénticos en las distintas épocas históricas, que hay una «materia» inmutable en el sentido arriba establecido, será posible hablar de preceptos en sí inmutables, que permanecen como válidos a lo largo del tiempo. En tal caso se planteará toda la problemática anteriormente esbozada: posibilidad de tal «materia», acciones o posibilidades humanas, inmutable dada la evolución histórica de las formas de vida social, normas abstractas inmutables y su desarrollo en normas históricas más precisas; etc.

Pero si se pierde de vista esta condición de la posibilidad de una «materia» inmutable, al menos en su sentido esencial, y se acepta sin más que los preceptos del Derecho Natural se refieren a acciones, situaciones o posibilidades humanas radicalmente variables a través de la historia, entonces no parece posible afirmar la existencia de verdaderas normas en sí inmutables, ya que serán distintas en cada situación distinta; el

<sup>59</sup> Vid. antes págs. 109 y ss., notas 27 a 38.

Derecho Natural como inmutable queda en rigor reducido al criterio, hábito o capacidad natural de la razón para determinar en cada caso lo justo o injusto según la naturaleza, la norma apropiada al caso. Pero en este punto surge un nuevo problema, pues ¿cómo saber si estos preceptos referidos a situaciones concretas, y variables con éstas, son de Derecho Natural? Lo son, se dice, en cuanto expresan lo intrínseca y necesariamente justo o injusto según la naturaleza, no, por tanto, lo justo relativo en el sentido de lo que parece más conveniente al legislador, sino lo justo absoluto. Ahora bien, ¿en qué medida es posible determinar con validez absoluta lo justo o injusto respecto de una «materia» radicalmente contingente y variable, respecto de situaciones plenamente concretas y complejamente circunstanciales?, ¿cómo saber si tal determinación es efectiva e inequívocamente expresiva de las exigencias de la naturaleza y, por tanto, de Derecho Natural? Con estas interrogaciones se nos plantea el problema de la posibilidad y sentido de un Derecho Natural concreto-variable o, en la terminología de esta dirección, el problema del sentido y carácter de Derecho Natural del nivel constituido por los preceptos más concretos y remotos respecto de los primeros principios, problema del que nos ocupamos en el apartado que sigue.

C. La tercera posición a considerar es aquella en que la necesidad de ser conocido y reconocido por todos los pueblos como condición para la verdadera existencia de un Derecho Natural universal e inmutable pierde sentido en cuanto se concibe a éste despojado de tales caracteres. Se le entiende como Derecho Natural concreto, relativo, referido a una situación determinada, variable; sus normas son, por tanto, variables y determinadas, válidas para una época y situación concretas. El problema ahora será el de en qué medida cabe un Derecho Natural con estos caracteres de concreción y variabilidad, qué sentido tiene en este caso hablar de Derecho Natural.

Desde este punto de vista vamos a considerar conjunta y sucesivamente dos posiciones que, sin embargo, son diferentes tomadas en su totalidad: la de quienes desde posiciones filosóficas contemporáneas rechazan desde el principio la idea del Derecho Natural universal e inmutable admitiéndolo sólo como concreto, histórico, variable; y la de los autores encuadrados en la tendencia de que nos hemos ocupado en el apartado anterior que, junto o aparte de los preceptos universales e inmutables, hablan de otro nivel de preceptos de Derecho Natural que son concretos y mudables. Comencemos por esta última.

Unos autores, más vinculados a la sistemática y terminología tradicionales, conciben estos preceptos concretos del Derecho Natural como conclusiones remotas de los primeros principios generales; otros, más abiertos a corrientes e ideas contemporáneas, corrigen o matizan esta fórmula de la «conclusión» o «derivación» resaltando el papel normativo.

que corresponde a la estructura o legalidad objetiva de la situación, a la «naturaleza de la cosa», vista en relación con la naturaleza humana y a la luz de los principios generales. En todo caso el problema que se plantea es el mismo: si no se trata ya de normas universalmente válidas e inmutables, sino mudables en cuanto válidas para situaciones concretas y contingentes, ¿en qué sentido son Derecho Natural?

Lo son, se contesta, en cuanto constituyen conclusiones objetivas y necesarias de los primeros principios respecto del caso o situación concreta, o bien, en cuanto mandan o prohíben lo intrínseca y necesariamente justo o injusto según la naturaleza en el caso y circunstancias dadas representando lo justo absoluto, objetivo, no lo justo relativo, positivo, lo más conveniente según la apreciación del legislador y que éste impone como justo. Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho en cuanto existente, en cuanto norma actualmente válida y vinculante, ¿cómo se mide y contrasta esa pretendida objetividad y necesidad de lo mandado o prohibido como justo o injusto por dichos preceptos, el que efectivamente representen lo intrínseca y objetivamente justo, razón por la que se les otorga carácter de Derecho Natural? He aquí, a nuestro juicio, la cuestión básica.

Parece ser que sólo la evidencia de su justicia, el reconocimiento evidente de la misma, pudiera ser la vía a través de la que se manifieste y contraste la pretendida justicia objetiva y necesaria de tales preceptos, el que se impongan como válidos por sí, porque la generalidad de los miembros de la sociedad los reconozcan espontáneamente como lo justo objetivo, natural. Ahora bien, es más que problemático que quepa tal evidencia respecto de lo justo, o injusto, objetivo en relación con situaciones concretas y complejas, contingentes. La doctrina clásica sólo admitía tal evidencia general respecto de los primeros y más generales principios y, con salvedades, respecto de las conclusiones inmediatas todavía generales y abstractas; sin embargo, respecto de los preceptos más concretos y remotos se admitía como normal la posibilidad de error y, en consecuencia, la disparidad de puntos de vista. Por nuestra parte nos permitimos apuntar que la posibilidad de normas evidentes de Derecho Natural que sean histórico-concretas sólo pudiera basarse en que tales normas representen la concreción inequívoca de otra norma de Derecho Natural de carácter general-abstracto, universal e inmutable; esta posibilidad remite a la línea explicativa esbozada en el apartado anterior.

Pero si no se trata de esto, si tal vez evidencia no es posible, estimamos muy problemático el carácter de Derecho Natural atribuido a los preceptos concretos y variables. Porque, repitiendo lo ya dicho en otro momento anterior, en este supuesto habrá disparidad de opiniones respecto de que es lo justo objetivo, natural, y ¿cómo reconocer cuál de ellas precisamente expresa lo que en verdad es justo según la naturale-

za?, ¿quién decidirá la posible controversia? Parece que inevitablemente habrá de acudirse a la decisión o a la convención, en definitiva a la autoridad social, sea cualquiera la forma histórica en que se manifieste, que determinará e impondrá lo que debe tenerse como justo o injusto. Pero con esto estamos ya en el plano del Derecho positivo...

Puede decirse que la disparidad de opiniones acerca de lo justo en un caso dado no impide el que sólo una cosa sea la verdadera y objetivamente justa. Aun concediendo esto sin discusión, hay que advertir, repitiendo de nuevo, que tal afirmación es válida sólo en el plano de lo esencial y posiblemente jurídico, no en el de lo que existencial y actualmente es Derecho; pues, mientras no haya medio de que lo que se pretende exclusiva y objetivamente justo se revele e imponga como tal de manera inconfundible frente a lo que se dice que sólo falsa y aparentalmente lo es, lo primero no puede en rigor llamarse Derecho, ya que el Derecho es siempre una regla de conducta socialmente válida, cierta y expresamente reconocida como tal por la comunidad en que rige; seguirá siendo precisa la decisión de la autoridad que determinará e impondrá lo que vale como justo, lo que es Derecho; y, como hemos dicho, estaremos ante el Derecho positivo que, no por ser positivo, deja de representar lo justo objetivo, fundado en la objetiva legalidad del caso o situación a la luz de las exigencias de la naturaleza humana social, bien que en la forma en que lo aprecia y reconoce la comunidad a través de la decisión del legislador que acepta como norma válida de conducta.

Conviene insistir en este último aspecto apuntado, pues creemos que, cuando se invoca al Derecho Natural en este plano de las normas jurídicas concretas y variables en que no cabe evidencia de lo justo e injusto, de lo que en realidad se trata es de reafirmar que el Derecho es, o debe ser, Derecho justo, fundado en una legalidad y exigencias objetivas. Ahora bien, Derecho Natural y Derecho justo en general son cosas distintas y que no deben confundirse; el problema del Derecho Natural y el problema del fundamento objetivo del Derecho, aunque ligados, no son idénticos. El que las normas de Derecho han de basarse en las exigencias objetivas del caso o situación y del ser del hombre como miembro de la sociedad, el que el Derecho ha de ser realización de las exigencias de la justicia, es algo que vale para todo el Derecho en general, no sólo para el Natural sino también para el positivo.

Esta problemática es previa a la posible distinción entre Derecho Natural y Derecho positivo. También el Derecho positivo se funda en exigencias objetivas y de justicia, es lo justo objetivo, sólo que en cuanto lo objetivamente justo no es evidente ha de identificarse en el plano jurídico existencial con lo que el legislador impone y la comunidad reconoce y acepta como tal, con lo justo positivo. La afirmación de que *existe* otra especie de Derecho, Derecho Natural en sentido estricto, su-

pone afirmar que hay cosas cuyo carácter de intrínseca y necesariamente justas o injustas se impone a todos como evidente de manera que los preceptos que las mandan o prohíben valen por sí independientemente de su imposición legislativa. Cuando tal evidencia general queda descartada, como ocurre en este plano de las normas histórico-concretas, variables, permanecemos en el ámbito del Derecho positivo, bien que, con toda razón, se afirme que ha de fundarse y basarse en exigencias objetivas, que ha de ser Derecho justo histórico-concreto.

Estimamos, en consecuencia, que cuando en este plano se habla de Derecho Natural, o bien se trata de normas que representan la concreción histórica inequívoca de una norma universal e inmutable abstractamente formulada, o bien a lo que los autores llaman Derecho Natural es, en rigor, al Derecho justo histórico-concreto, cosas a nuestro juicio distintas; la invocación al Derecho Natural significa el deseo de afirmar que también el Derecho histórico-concreto ha de ser racional y objetivamente fundado, debe representar la realización de las exigencias de la justicia. Se da, por tanto, una confusión y dilusión del tema del Derecho Natural en el del Derecho justo, en el del fundamento racional-objetivo del Derecho. Esto aparece con toda claridad, prescindiendo de matices, en la mayor parte de los autores que descartan en su sistema la idea de un Derecho Natural universal e inmutable. Ejemplar a este propósito es la posición de A. Kaufmann, que estimamos de interés resumir, aunque sea muy brevemente.

Kaufmann parece admitir la existencia de un reducido número de principios de Derecho Natural que se pueden considerar como universalmente válidos e inmutables; incluso afirma que no son categorías puramente formales, absolutamente vacías de contenido normativo, sin ninguna influencia sobre el contenido del orden jurídico<sup>60</sup>. Estima, sin embargo, que su verdadera función, más que en determinar el contenido positivo del orden jurídico, consiste en servir de criterio excluyente de leyes clara y radicalmente injustas e inmorales; esto, aunque muy importante, es insuficiente para la tarea decisiva, que es la de llegar a una verdadera superación del positivismo y relativismo jurídicos.

Tal insuficiencia se debe a que la eficacia de aquellos principios universales e inmutables termina allí donde comienza la verdadera tarea: la positiva elaboración y determinación del orden jurídico-histórico, del orden jurídico debido *hic et nunc*. Esta tarea queda abandonada en el absolutismo del Derecho Natural supratemporal al juego de factores relativos y azarosos; en esto coincide el yusnaturalismo con el relativismo historicista, lo que no es de extrañar, pues ambos constituyen formas, si

---

<sup>60</sup> Cfr. A. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, cit., pág. 23.

bien contrapuestas, de absolutismo, por lo que se les escapa el verdadero sentido y estructura de la historia.

Habrá que partir de la idea de que la verdadera posición del Derecho, en cuanto realidad perteneciente a nuestro mundo, se encuentra entre lo absoluto y lo relativo. Con ello el tema de la condicionalidad histórica del Derecho ha de orientarse en una dirección diferente, tanto del Derecho Natural supratemporal que vale siempre y nunca, como del positivismo relativista para el que las normas jurídicas representan formaciones arbitrarias sometidas al azaroso movimiento del tiempo. La tensión entre imposición positiva temporal y Derecho Natural no hay que pensarla como de alternatividad excluyente, sino como una tensión de polaridad y complementariedad.

El verdadero problema es el de si en la propia estructura ontológica del Derecho absolutez y relatividad, permanencia y desarrollo, eternidad o historicidad, no representan efectivas notas o fuerzas polares. De este modo, la pregunta por la historicidad del Derecho no se refiere primariamente a cómo el Derecho es o ha sido de hecho en la historia, al desenvolvimiento empírico de las concepciones o de los contenidos jurídicos, sino al ser mismo del Derecho en su totalidad, a su propia estructura ontológica, a si según su propio ser le corresponde tener historia, ser determinado según el modo de la temporalidad. Se trata, pues, de un problema ontológico, asunto de una ontología jurídica comprensiva.

A partir de este planteamiento, Kaufmann desarrolla en sus líneas generales una explicación que podemos resumir del siguiente modo: Al ser del Derecho, como al de toda cosa realmente existente en el mundo, pertenece una dualidad entre esencia y existencia, potencialidad y actualidad, *Wessenheit* y *Dasein*. Frente a las puras entidades ideales carentes de una existencia real y autónoma, el Derecho precisa de una forma propia de existencia, su contenido esencial ha de aparecer y manifestarse fundido en un portador corporal; merced a este momento de corporeización el Derecho existe, alcanza realidad existencial, está ahí ante nosotros, aunque tal corporalidad o corporeización no hay que entenderla en sentido natural-material, sino formal-ontológico. A este momento integrante del Derecho en cuanto realmente existente es a lo que se llama «positividad». Positividad del Derecho en este sentido formal-ontológico significa su actualidad real como norma existente para nuestras acciones y decisiones jurídicas; Derecho positivo significa Derecho realmente existente.

Ahora bien, el error del positivismo radica en pretender derivar exclusivamente la juridicidad, el carácter de Derecho, de este factor o momento de la positividad. Por el contrario, una norma positiva únicamente posee calidad de jurídica cuando, al menos en determinada medida, su contenido realiza la esencia del Derecho, representa verdadero, justo De-

recho; esencia del Derecho significa aquí la justicia, la verdad, formal-ontológica del concreto contenido jurídico. De esta manera la realidad del Derecho permanece en esta dualidad de esencia y existencia jurídicas, de rectitud o justicia (Richtigkeit), «yusnaturalidad» (Naturrechtlichkeit), y positividad del contenido jurídico. Un Derecho carente de positividad, suprapositivo, no sería Derecho existente; una norma positiva sin contenido propiamente jurídico no existiría como Derecho.

Lo ideal sería que el contenido jurídico justo se realizase plenamente como positivo; pero la experiencia nos muestra que esto no ocurre nunca de manera total. Esencialidad y existencia del Derecho no se corresponden de manera necesaria plenamente, sino que subsiste entre ellos una relación de tensión, una diferencia ontológica, cosa que pasa desapercibida tanto al yusnaturalismo racionalista como al positivismo. Tal tensión o diferencia no es puramente empírica o casual, sino ontológica; es algo propio de todos los seres existentes en nuestro mundo y cuya consecuencia es la finitud o contingencia de los mismos; sin embargo, no reviste la misma importancia en todos.

Por un lado, están las cosas no espirituales para las que el desarrollo pleno de su ser no constituye una tarea propia, sino algo determinado con su propia existencia a través de un proceso causal-necesario. Distintamente, para el hombre y sus obras culturales el desarrollo pleno de su ser según su esencia no es algo determinado necesariamente, sino tarea propia a cumplir en una actividad libre y responsable, con riesgo de error y de no llegar a hacerse aquello que se puede y debe ser. El desarrollo del Derecho hacia la plenitud de sus ser constituye así una tarea permanente que cada época debe llevar a cabo aproximándose, según su peculiaridad, a la idea de la justicia. Esta tarea orientada a la realización del derecho plenamente justo y verdadero no es susceptible de un acabamiento total dada la imperfección de nuestra capacidad cognoscitiva; pero cuando se renuncia a ella el Derecho sufre aquella forma de deficiencia que se llama positivismo jurídico.

De este modo se comprende que la temporalidad o historicidad constituye una forma estructural del ser del hombre y de sus obras culturales. El hombre, gracias a su espíritu, es capaz de comprender su existencia como ser en el tiempo y por el tiempo. Tiene que desarrollar su tarea, sus obras, y desarrollarse a sí mismo desde el tiempo y en el tiempo. Se trata de una tarea nunca acabada, siempre en camino. Ahora bien, este estar en camino posee un sentido y una finalidad sólo en cuanto se apoya sobre el fundamento de algo supratemporal y absoluto; frente al existencialismo radical, Kaufmann afirma que sólo desde lo absoluto, lo trascendente, tiene sentido lo inmanente, lo relativo, sólo desde la eternidad se ilumina la temporalidad. El hombre es así un caminante entre dos mundos, y es esto lo que significa que su ser es histórico.

Lo mismo ocurre con la historicidad del Derecho. El Derecho no es puro «factum» en el tiempo, sin relación con él, sino que viene determinado en su ser a través del tiempo, necesita ser desarrollado de continuo para ser lo que es. Pero que el Derecho sea histórico no quiere decir que se desarrolle arbitrariamente a través del tiempo; por el contrario, tal desarrollo está orientado y sometido a un fin en absoluto arbitrario: el Derecho en su plenitud esencial, el Derecho Natural. Derecho Natural e historicidad no representan enemigos recíprocos; la historicidad del Derecho significa más bien la apertura del mismo al Derecho Natural, de manera que con la vista en lo inalcanzable pueda ser alcanzado lo que aquí y ahora es posible: el Derecho temporalmente justo.

Sólo así, concluye Kaufmann, es vencible el positivismo; no con un «ismo» más, sino como tarea realmente alcanzable y siempre en marcha. No debemos olvidar dicha tarea en su comienzo con resignación relativista, ni anticipar impacientes el objetivo en su plenitud inalcanzable, como hace el absolutismo, sino con fidelidad y paciencia permanecer en el camino<sup>61</sup>.

Desde luego, el planteamiento del tema de la historicidad del Derecho y las líneas generales de solución tal como Kaufmann los establece son, si no radicalmente novedosos ni mucho menos en cuanto al contenido de lo expresado, si interesante y sugerentemente expuestos. Desde nuestro punto de vista tendríamos que hacer algunas reservas<sup>62</sup>. Pero, siguiendo el hilo de nuestra actual reflexión, lo que nos importa destacar es que el tema y problema específico del Derecho Natural y su posible conciliación con la historicidad de los órdenes jurídicos queda aquí diluido en el problema previo, y afectante a la estructura ontológica del Derecho en general, de la articulación de existencia tem-

<sup>61</sup> Op. cit., págs. 24-31.

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, nos parece poco precisa e históricamente parcial la apreciación de que la doctrina del Derecho Natural como Derecho absoluto e inmutable abandone todo el ámbito jurídico que excede de los principios universales e inmutables a un arbitrario acaecer temporal en lo que coincidiría con el relativismo historicista. Igualmente nos parece confuso y poco acertado el llamar Derecho Natural a la «esencia» del Derecho entendida como la plena y absoluta justicia o rectitud jurídica, meta inalcanzable del desarrollo histórico de los órdenes jurídicos. Es de notar el parecido, pese a las diferentes bases filosóficas de partida, con la «idea del Derecho» de las corrientes neokantianas. ¿En qué consistiría y qué clase de ser correspondería a esta «esencia» jurídica antes de adquirir existencia?, ¿sería un «valor», una «idea»...? ¿Se trataría de algo pleno en sí e inmutable a través del tiempo puesto que orienta la evolución jurídico-histórica, o en cuanto representa la verdadera justicia sólo se daría y constituiría como tal respecto de las situaciones históricas dadas? ¿Cómo aprehende la razón humana esta «esencia» y la pone en existencia?

poral-histórica y esencia o fundamento racional-objetivo en las normas jurídicas.

En efecto, con las reservas apuntadas, coincidimos con Kaufmann en que previamente a toda discusión entre yusnaturalismo y positivismo relativista a propósito del contenido jurídico, el problema de la historicidad del Derecho debe plantearse como un problema ontológico orientado a investigar en qué medida el Derecho es un ser histórico, en qué medida es afectado por la temporalidad, qué es lo que hay en él de histórico y qué de supra-histórico. En términos generales, nos parece acertado también que es la realización existencial del Derecho, su peculiar modo de existir, lo que se determina en y por el tiempo, históricamente, lo que no quiere decir que el Derecho sea algo arbitrario, condicionado plenamente por causas o factores azarosos y variables, pues su realización temporal se apoya en un momento o factor objetivo, esencial, supratemporal. Podemos admitir, por último, que de esta manera queda superado el positivismo extremo, demostrado que el Derecho se funda sobre un elemento esencial-objetivo, aunque éste sólo cobre existencia y actualidad en cuanto jurídico a través del desarrollo histórico.

Pero, repetimos, todo esto constituye cuestión necesaria, pero previa, al problema específico del Derecho Natural, pues se refiere al papel de la temporalidad en la estructura ontológica del Derecho, de todo el Derecho, y lo que demuestra, admitido que así sea, frente al positivismo riguroso es que el Derecho tiene un fundamento racional objetivo. El problema del Derecho Natural habrá de plantearse a partir de aquí y versaría sobre si, dada tal estructura ontológica del Derecho y el papel que en ella juega el momento de la evolución histórico-temporal, es posible, o no, y qué sentido tendría el llamado Derecho Natural. En Kaufmann este asunto queda perdido de vista, diluido en el anterior. Claro que también puede estimarse que no es así, que implícitamente el problema queda resuelto en forma negativa, en el sentido de que no es posible un verdadero Derecho Natural, de que existencialmente todo Derecho es Derecho histórico-positivo<sup>63</sup>.

En este último supuesto hemos de decir que llamar Derecho Natural, como hace Kaufmann, a la «esencia» del Derecho, a su plenitud esencial en cuanto meta inalcanzable del desarrollo histórico-jurídico, nos parece innecesario y confuso, erróneo. Innecesario porque lo que se intenta afirmar —que la positividad no agota el ser del Derecho, que el Derecho histórico-positivo está perfectiblemente abierto a una realización más plena

<sup>63</sup> Ahora bien, en este supuesto quedaría como un elemento extraño y contradictorio en su doctrina la admisión explícita de la posibilidad de unos principios universalmente válidos e inmutables; cfr. antes pág. 132, nota 60.

de las exigencias de la justicia, etc.— puede hacerse sin necesidad de hablar de Derecho Natural, y el hacerlo representa ceder vanamente a la tentación de echar mano del viejo término en todo intento de superación del positivismo. Además, contribuye positivamente a aumentar la confusión terminológica; a nuestro juicio, se contribuiría al rigor y claridad en los términos declarando, en casos como éste, que no es admisible el Derecho Natural en su sentido estricto y tradicional de un Derecho distinto del positivo porque representa lo justo por naturaleza válido para todos, y enfrentándose abiertamente con el positivismo extremo sin recurrir a la locución «Derecho Natural» atribuyéndole las más variadas significaciones.

Esta misma es la observación que habría que hacer respecto de la mayor parte de los intentos contemporáneos de elaborar un Derecho Natural «histórico», «concreto», «existencial», etc., bien que con matices distintos en cada caso según los peculiares puntos de partida y sistema de cada autor. Para no alargar demasiado estas páginas, ya excesivamente copiosas, vamos a aludir tan sólo, a modo de ejemplo, al ensayo de W. Maihofer de fundamentar un «Derecho Natural existencial»<sup>64</sup>.

Para el autor es inadmisibles el Derecho Natural en sentido tradicional, en el sentido que ha solido tener hasta ahora de un Derecho asentado sobre la base de una «naturaleza» esencial del hombre, formando parte del orden moral objetivo emanado de ella. Es inadmisibles porque lo es, después del hundimiento de la filosofía idealista a través de Feuerbach y Marx, de Nietzsche y Kierkegaard, la idea que lo soporta de la naturaleza humana como esencia general y común a todos los hombres, prefijada a la acción del hombre mismo, en cuanto inmanente o creada por Dios y que determinaría el sentido de dicha acción; si tal idea de la naturaleza del hombre es hoy completamente problemática, lo es también su consecuencia, la idea de un orden moral objetivo, de unas exigencias morales naturales a las que el hombre deba plegarse. Frente a esta idea del ser humano propia de la filosofía tradicional de las esencias, la concepción actual del hombre como «ser concreto», «existencia concreta en el mundo», entiende la esencia humana como «esencia objetiva», como resultado o producto de la decisión del hombre mismo en su autorrealización en el mundo a través de una dialéctica permanente entre las circunstancias dadas y la comprensión y asunción de su misión propia.

Pero tampoco es posible quedarse en el positivismo que se atiene a las decisiones ya establecidas y vigentes, al orden existente aclarándolo o justificándolo pero sin hacerse cuestión del mismo, sin considerar su apertura a una modificación o reforma que lo mejore, que lo haga más

---

<sup>64</sup> W. MAIHOFFER, *Naturrecht als Existenzrecht*, V. Klostermann, Frankfurt a. M., 1963.

humano, más adecuado a los proyectos de futura misión del hombre a que en cada momento se liga la realización de una existencia más digna y con valor vital. Frente al positivismo que sólo considera la seguridad y que rebaja el problema del sentido de la existencia humana a la categoría de asunto privado del individuo, hay que afirmar como problema público la interrogación por el sentido de la existencia y por un orden más razonable, hay que afirmar que corresponde al hombre mismo y sólo depende de él el proyectar en cada momento el sentido de su existencia en relación con los demás para hacerla más digna, más humana, sin ligarse cerradamente al pasado o someter su porvenir a la causalidad ciega o a la desnuda arbitrariedad, sino con voluntad de mejorar y reformar prácticamente lo existente.

Y en esto consiste el Derecho Natural, en este mantener abierto el horizonte del porvenir humano en el plano del orden social a su continuo mejoramiento, en la autoconciencia de la posibilidad y necesidad de sobrepasar el orden vivido hacia un orden futuro más humano según las circunstancias y la misión del hombre, en esa tarea o exigencia de abrir el camino para los proyectos de futura misión del hombre y del correspondiente orden de su mundo con los medios que proporciona el Derecho<sup>65</sup>.

Dichas tarea y exigencias son del hombre y para con el hombre, no emanan de algo o de alguien fuera del hombre; sin embargo, no son arbitrarias, sin fundamento. Se fundamentan en la visión o comprensión inteligente y razonable de lo que en cada momento tiene, o no, sentido humano, del orden que es digno del hombre y valioso para la vida. Esta visión o comprensión se apoya, a su vez, en la «naturaleza de las cosas» y en la «misión general del hombre».

«Naturaleza de las cosas» se entiende como la legalidad objetiva, la constelación de intereses y expectativas dada en aquellas relaciones en que el hombre realiza su esencia objetiva en el mundo junto a los demás, como comprador o vendedor en la compraventa, como padre o hijo o esposo en la familia, etc. Este orden o «naturaleza» se captan mediante un análisis de la situación que, considerando los respectivos puntos de vista de los interesados, descubra el sentido de la relación o figura de que se trate y nos dé su valor. Como factor a tener en cuenta para la determinación del sentido de la acción, de lo que debe hacerse, tal legalidad dada y propuesta al hombre hay que apreciarla junto a y a partir de la «misión general del hombre». ¿En qué consiste esta misión general del hombre, base fundamental de la determinación de lo debido?

Maihofer subraya que no se trata de algo determinado desde el principio en forma general para todos los hombres según pensaba la menta-

<sup>65</sup> Op. cit., págs. 38-39, 40, 42-43, 48-50.

lidad tradicional, ni de algo establecido como final del desarrollo histórico y a lo que se llegará por las leyes inexorables de dicho desarrollo según piensa el marxismo; la misión general del hombre es algo que solo él ha de encontrar en sí mismo y por sí mismo, que depende sólo de él, determinándose según la histórica comprensión de sentido de un orden del mundo que sea digno del hombre y valioso para la vida; es la autoconciencia siempre renovada de lo que es humano, o no, de lo que se estima digno y conveniente no para un hombre particular, sino para el hombre en general, autoconciencia no privada, particular, sino pública, tal como la realizan la filosofía y la teología, y cada día más la ciencia<sup>66</sup>.

Junto al positivismo, a la seguridad jurídica y al enlace con el pasado, el Derecho Natural representa, concluye Maihofer, el concepto de la constante vocación o exigencia de evolución y revolución de las relaciones humanas en la vida cotidiana para darles la forma de sociedad auténticamente humana.

Un análisis detallado de la construcción que acabamos de resumir exigiría el discutir reposadamente una serie de apreciaciones básicas, negativas y positivas, teniendo en cuenta la restante obra de Maihofer; también es dudoso que con ella se alcance el resultado al parecer propuesto de superar el positivismo<sup>67</sup>. Pero lo que importa destacar ahora es la falta de justificación, la innecesariedad, a nuestro juicio, del uso del concepto y el término de Derecho Natural.

Lo que el autor postula es la necesidad de no considerar el orden jurídico positivo como definitivo, cerrado a todo cambio, sino como abierto a un continuo mejoramiento, a una reforma que lo haga más humano. Pero esto puede sostenerse sin que necesariamente conduzca a la afirmación de un verdadero Derecho Natural. En realidad los factores que fundamentan y guían esta apelación reformadora y perfectiva del orden

<sup>66</sup> Op. cit., págs. 22-29, 40-42, 43, 48. Para una comprensión más completa y matizada de lo que entiende Maihofer por «naturaleza de la cosa», «misión del hombre», «esencia humana» y de los diversos sentidos que atribuye al término Derecho Natural, es necesario tener en cuenta sus restantes estudios fundamentales: *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, V. Klostermann, Frankfurt a. M., 1954; *Von Sinn menschlicher Ordnung*, V. Klostermann, Frankfurt a. M., 1956, un resumen-exposición de esta obra en L. GARCÍA SAN MIGUEL, *La Ontología jurídica del Profesor Maihofer*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 8, 1961, págs. 137-155; *Die Natur der Sache*, en «Archiv f. R. und Sozialphil.», 44, 1958, págs. 145-174; *Das Problem des Naturrechts*, en «Arch. f. R. und Sozialphil.», 46, 1960, págs. 417-430; *Konkrete Existenz. Versuch Über die philosophische Anthropologie Ludwig Feuerbachs*, en «Festschrift für Erik Wolf», 1962, págs. 246 y ss.

<sup>67</sup> Cfr. a este propósito J. STONE, "The nature of things" on the way to positivism? (Reflections on a "Concrete Natural Law"), en «Archiv f. R. und Sozialphil.», 50/2, 1964, págs. 145-165.

existente, la «naturaleza de las cosas» y la «misión general del hombre», no parece que constituyan, tal como los entiende Maihofer, unos principios de justicia válidos por sí como Derecho en forma distinta a como valen las normas positivas, no parece que den lugar a un orden jurídico distinto del positivo, a un verdadero Derecho Natural.

Llamar Derecho Natural a la exigencia de apertura perfecta del orden existente nos parece contribuir a la confusión terminológica. Y afirmar que a esto se reduce lo expresado en las concepciones del Derecho Natural recibidas de la tradición estimamos que es una generalización simplificadora, unilateral y, por tanto, falsa. En realidad la doctrina de Maihofer no conduce a la afirmación del Derecho Natural; se limita a sostener que el Derecho, el Derecho positivo, no debe ser arbitrario, sino que debe representar el orden más adecuado en cada momento para la autorealización del hombre en el mundo, para lo cual el autor estima necesario tematizar la posibilidad y necesidad de sustituir el Derecho vigente, en cuanto pasado, por un Derecho futuro más humano según lo que históricamente se estima más humano.

En definitiva, creemos que en la mayor parte de los ensayos contemporáneos que defienden el Derecho Natural como «concreto», «histórico», «variable», etc., no se trata en realidad de sostener la existencia de un verdadero Derecho Natural distinto del positivo, sino de afirmar que el Derecho positivo ha de reconocer un fundamento racional-objetivo, intentando superar el positivismo y relativismo jurídicos. Claro que es dudoso, problemático, que sea posible alcanzar tal objetivo sin la afirmación de un verdadero Derecho Natural, lo que explicaría la sorprendente generalidad de la apelación al mismo por parte de autores que procuran aquella superación, aunque en rigor no lo admiten como orden jurídico distinto del positivo. Es doctrina común entre los defensores de aquél la de que no cabe un término medio entre el positivismo relativista y la afirmación del Derecho Natural, la de que sólo si se afirma la existencia de unos preceptos o principios natural y objetivamente justos, válidos para todos, es posible sustraerse prácticamente al relativismo.

En efecto, se dice, aceptado que la positividad no agota el ser del Derecho, pues junto a este momento hay que contar el referente al contenido de la norma positiva que no es arbitrario, sino que ha de inspirarse y fundarse en factores objetivos: justicia, naturaleza de la cosa, misión del hombre, etc.; concedido también que con ello queda superado, al menos intencionalmente, el positivismo craso de la «ley es la ley», ya que, pese a ser positivo, un mandato pueda ser declarado no Derecho por ser claramente injusto, de lo que resulta la exigencia de considerar el orden jurídico como algo abierto a una continua reforma perfecta. Pero, ¿qué sentido práctico puede tener tal exigencia si no se apoya en una medida o criterio de lo justo y de lo injusto que no sea puramente formal y cuya

apreciación quede sustraída a la relatividad de las apreciaciones subjetivas, es decir, que valga por sí, «naturalmente», «objetivamente»? Parece que la apelación al fundamento objetivo del contenido del Derecho, a las exigencias de la justicia, la naturaleza de la cosa, etc., no salva de la recaída en el relativismo de las apreciaciones subjetivas individuales o de grupo si esos elementos o factores a que se apela no se traducen en unos principios materiales de justicia, aunque sea en número reducido en cuanto fundamentales, válidos por sí y para todos capaces de orientar la búsqueda de lo concreto e históricamente justo, es decir, si no se acepta la existencia de un verdadero Derecho Natural.

Porque afirmar que tal búsqueda encuentra su criterio en las exigencias de la justicia tal como se expresan históricamente en los ideales y en la cultura de la comunidad, o en las exigencias reales de ésta, o en la autoconciencia pública de lo que se estima como humano, como justo, constituye una solución aparente que se queda a mitad de camino del problema. Pues desconoce, o pretende desconocer, que de hecho en una comunidad histórica no suele existir un solo ideal de justicia, una sola forma de entender cuáles son las exigencias reales de la misma, sino una pluralidad de apreciaciones contrapuestas, así como que ideales compartidos por la mayor parte de una comunidad pueden ser aberrantes. ¿Cómo discernir entre las diversas en pugna cuál de las concepciones es la justa? y ¿cómo presentar nuestra apreciación, no como una elección partidista más, sino como la objetivamente verdadera y recta? Parece que excluido el Derecho Natural no cabe sino, o resignarse al relativismo o creer con la otra forma del historicismo que la concepción justa es la sostenida por la mayoría o los más fuertes, la que en definitiva se imponga, aceptando todas las consecuencias que de esta actitud puedan derivarse, consecuencias que no se suelen manifestar en épocas más o menos estables en las que precisamente por ello florecen este tipo de soluciones<sup>68</sup>.

Es verdad en cierta medida que la doctrina tradicional del Derecho Natural no iluminó suficientemente esa zona intermedia entre los preceptos generales abstractos y las normas concretas de los ordenamientos jurídico-históricos, que no aclaró en medida satisfactoria, porque no constituía entonces un auténtico problema, cómo el Derecho Natural se realiza y actualiza como efectivo Derecho, cómo puede apreciarse e influir en la creación y aplicación de las concretas normas positivas. También lo es que el yusnaturalismo contemporáneo ha aportado en este plano construcciones y elaboraciones sugerentes y valiosas. Pero, a su vez, buena parte de pretendidos yusnaturalistas actuales, valorando exclusivamente por influencia del historicismo lo concreto-histórico, lo singular, han ol-

<sup>68</sup> Cfr., por ejemplo, las observaciones de L. STRAUSS, *op. cit.*, *Introduc.*, págs. 17 y ss.

vidado los principios generales de justicia universalmente válidos y sin ellos no parece que pueda afianzarse una auténtica y radical superación del positivismo relativista; esto sólo parece posible si se afirma la existencia de un verdadero Derecho Natural, la posibilidad de unos principios generales de justicia con sentido jurídico-material y cuya validez esté sustraída a las variables apreciaciones subjetivas, aunque sin duda constituya un auténtico problema el demostrar dicha posibilidad reconociendo el carácter histórico del hombre y de sus creaciones culturales, es decir, el mostrar cómo la existencia de tales principios de justicia inmutables es conciliable con la evolución histórica, cómo se actualizan como efectivo Derecho en los distintos órdenes jurídicos históricos.

Si lo anterior es válido, resurge de nuevo en toda su radicalidad y viveza la contraposición entre Derecho Natural e historicismo. Esta alternativa en su planteamiento fundamental no puede salvarse con una doctrina ecléctica que tome elementos parciales de ambas concepciones. Sin duda el historicismo, como toda auténtica filosofía, ha aportado verdades irrenunciables, ha destacado aspectos del ser humano y de la obra del hombre desconocidos o no suficientemente puestos de relieve con anterioridad. Pero la aceptación de sus conclusiones o postulados básicos es incompatible con la afirmación del Derecho Natural. Esto quiere decir, como ha quedado ya apuntado más arriba, que una fundamentación actual del Derecho Natural frente al historicismo ha de arrancar de una discusión de los supuestos radicales del mismo que incluso desbordará el estricto plano ético-jurídico para incidir en el metafísico y gnoseológico.

En efecto, no hay base alguna para el Derecho Natural si se acepta el postulado de que la razón humana está totalmente condicionada en su ejercicio, en su mismo horizonte problemático, por determinaciones y límites histórico-temporales variables según las épocas y culturas e imposibles de trascender; si, en consecuencia, toda verdad y toda creación de la mente es únicamente válida dentro de y para la época en que se produce. Sólo si, por el contrario, puede defenderse que la realidad, el mundo y los seres que contiene, plantea a la inteligencia humana algunos problemas que, al menos en su sentido esencial, permanecen inalterables a través de las mutaciones históricas y que, aunque tal vez no sea posible para el hombre alcanzar una solución completa y definitiva a tales problemas, la validez de las verdades parciales que se alcancen permanece trascendiendo dichas mutaciones, podrá procurarse la base primera e ineludible para la existencia de un verdadero Derecho Natural. Más concretamente será necesario que también respecto del orden de la convivencia humana en sociedad se den unas alternativas fundamentales que, aunque en las diversas épocas históricas aparezcan en formas concretas diferentes, permanezcan inalteradas a través del tiempo en su sentido esencial, así como que por naturaleza la razón humana sea capaz de alcanzar en forma inmediata y evidente la

solución de dichas alternativas, el carácter de justos e injustos de sus términos. Sólo sobre estos presupuestos podrá afirmarse la existencia de unos principios de justicia válidos por sí de manera universal e inmutable, la existencia de un verdadero Derecho Natural. Todo ello, no al margen del historicismo, sino en diálogo con él, es decir, demostrando aquellos presupuestos frente a sus conclusiones radicales y mostrando la conciliabilidad de los mismos y la existencia del Derecho Natural con la parte de verdad que contiene respecto de la historicidad del hombre y de sus creaciones.

#### IV

Un recto planteamiento del problema de la conciliación del Derecho Natural con la historicidad de los órdenes jurídicos no puede intentarse desde dentro de la oposición entre yusnaturalismo y positivismo, es decir, después de haber optado por uno de ellos. Pues si se parte del primero, la cuestión básica se da por resuelta y lo más que se intentará será buscar el expediente para mejor demostrar que las normas universales e inmutables, de cuya existencia no se duda, son adaptables a, o compatibles con la evolución histórica; estos intentos siempre resultarán extrínsecos y marginales respecto del problema principal que quedará inédito, el del sentido y la misma posibilidad de tales normas de Derecho Natural dada la historicidad del hombre y el Derecho. Y si se parte del segundo, de que es imposible un Derecho Natural universal e inmutable, también se da prácticamente por resuelta la cuestión fundamental; los intentos posteriores que invoque el Derecho Natural no tenderán en realidad a fundamentar un verdadero Derecho Natural, sino a superar el craso positivismo radical, aunque sea problemático que lo consigan.

Para abordar el problema en su verdadera y radical significación será preciso, por tanto, remontarse metódicamente a un momento anterior a la posible distinción entre Derecho Natural y Derecho positivo, instalarse en el plano en que la interrogación versa sobre el Derecho en sí, en general, sobre la estructura ontológica del Derecho. En este plano será necesario investigar en qué medida es un ser histórico, qué es lo que en él hay de histórico y qué de suprahistórico y cómo se articulan ambos momentos. En este sentido coincidimos con A. Kaufmann y los restantes autores que postulan la necesidad de este planteamiento radical. Pero la investigación no puede detenerse aquí, sino que después de aclarado lo anterior, bien que sólo después, habrá que hacerse explícitamente cuestión del Derecho Natural, de la posibilidad y sentido de un Derecho que pretende valer como tal de forma permanente a través de los cambios históricos.

Hemos indicado antes cuáles son las condiciones fundamentales que

han de darse y probarse frente al historicismo para que sea posible la existencia de un verdadero Derecho Natural. En una enumeración más precisa creemos que son las siguientes.

En primer lugar, será necesario que, aunque por su carácter de histórico el ser del hombre cambie a través del tiempo, exista una «naturaleza» humana que en sus rasgos o notas esenciales permanezca inalterada a través de tales cambios y que como tal pueda constituir el fundamento o principio para la determinación de un contenido de justicia también permanente e inmutable. En segundo lugar, será preciso también que, como elemento integrante de dicha «naturaleza», la razón humana entendida en sentido amplio, aunque condicionada inicialmente por los datos de cada situación histórica en que se ejercita, sea capaz de aprehender unos problemas o cuestiones de justicia cuyo sentido trascienda tales límites histórico-temporales y de llegar respecto de ellos a soluciones o verdades cuya validez sea evidente y trascienda también dichos límites. Por último, ha de ser posible que, pese a la mutabilidad de las situaciones y formas de relación sociales, se den unas alternativas o problemas básicos relativos al orden de la convivencia que en su sentido esencial permanezcan a través de los cambios históricos, aunque en cada época puedan presentarse en formas concretas diferentes. Estimamos que sólo si se admiten y prueban estos supuestos podrá fundamentarse la existencia de un verdadero Derecho Natural, es decir, de unos preceptos jurídicos de validez universal e inmutable, y esclarecerse el modo como se articula y compagina con la evolución histórica del Derecho.

Según hemos repetido, no intentamos en este momento elaborar una solución más o menos definitiva del problema que nos viene ocupando; por tanto, no vamos a emprender un estudio a fondo de las cuestiones a que acabamos de aludir, ni de la serie de problemas en ellas implicadas. Sin embargo, sí queremos señalar algunos pasos fundamentales que, a nuestro juicio, integran la vía por la que ha de orientarse una investigación más definitiva, recogiendo así en forma más articulada indicaciones y sugerencias apuntadas en momentos anteriores. Las consideraciones que siguen tienen, pues, este carácter parcial, esquemático y provisorio, puramente indicativo. Versarán sucesivamente sobre los tres aspectos siguientes: A) Ser y estructura de la historia; en qué sentido y medida es histórico el ser del hombre; B) Relación entre Derecho e historia; en qué sentido y medida afecta la historicidad al ser del Derecho o constituye éste una realidad histórica; C) Cómo es posible y qué sentido puede tener el Derecho Natural dado lo anterior.

A) La historia es algo propio y predicable del hombre. Todo lo humano es en algún modo histórico y, viceversa, todo lo histórico es humano o está en alguna relación con el hombre. El ser histórico es un modo de ser que corresponde a las realidades humanas.

Llamamos historia al conjunto o articulación sucesiva de hechos humanos, de «hechos históricos». El hecho humano es histórico en virtud de una peculiar distensión en el tiempo que le es propia y gracias a la cual no se agota en su actualidad momentánea, sino que pervive hacia el futuro, más allá de dicha actualidad. Esta pervivencia supone que, aunque en cuanto pasado el hecho ya no exista realmente, permanece, sin embargo, y opera sobre el futuro en la forma precisa de determinar positiva y negativamente las posibilidades que definen el presente del hombre. A su vez, en cuanto el hombre se ve forzado a realizarse, a actuar eligiendo unas posibilidades y desechando otras, puede decirse que el futuro está precontenido en el presente, que todo presente está vocado inexorablemente a convertirse en pasado respecto de un nuevo presente por venir. De aquí la íntima y necesaria implicación en toda realidad histórica y en toda comprensión de lo histórico de los tres momentos temporales, pasado, presente y futuro.

Según lo anterior, en todo hecho histórico es menester distinguir dos momentos de su existencia: uno según el que es actualmente, otro según el que ya no es actualmente pero pervive en el tiempo.

Según el primero el hecho es ahora, actualmente, posee una realidad actual. Desde este punto de vista cada hecho compone una entidad autónoma y actual, sustraída momentáneamente al devenir de la historia o en la que dicho devenir se concentra y contrae; es decir, cada hecho es, según este aspecto, una singularidad actual, única e irrepetible y, como tal, cerrada en sí misma.

Pero está el segundo momento según el cual el hecho, por ser humano, posee en sí un sentido, una fuerza que salvando la cerrazón de la singularidad posibilita la comunicación, la influencia y el engarce con otros hechos, le hace capaz de ensamblarse y operar como eslabón en la cadena de la historia. Este es el momento por el que el hecho posee propiamente existencia histórica, es un hecho histórico; en su virtud, aunque como realidad actual se pierde y desaparece, se desrealiza, permanece existiendo en otra forma, en forma histórica, posibilitando la constitución de nuevos hechos actuales.

No puede, pues, pensarse la historia como una mera sucesión de presente que desaparecen plenamente al sustituirse, como un proceso en que ocurren hechos que dejan de ser totalmente para dar paso a otros. Pero tampoco como un desarrollo o despliegue en que ningún hecho, nada real se pierde, sino que se conserva como tal realidad sustentando las nuevas manifestaciones de la realidad, o las nuevas realidades. La historia es una sucesión de «hechos» articulados entre sí de forma tal que en cuanto reales se pierden, desaparecen, pero perviven posibilitando el presente y condicionando el futuro, acumulándose en cada presente como conjunto de posibilidades entre las que el hombre decide y elige.

La relación que media entre un hecho histórico y los que le siguen no es de determinación causal; un hecho no causa por sí al siguiente, pues entre ellos se interpone la acción, la decisión humana. Tal relación es de condicionalidad posibilitante; cada hecho condiciona los hechos futuros en cuanto determina inmediatamente el cuadro de posibilidades dentro del que el hombre ha de actuar originando tales hechos futuros<sup>69</sup>; esto se explica mejor teniendo en cuenta el peculiar carácter de estos «hechos» en cuanto humanos.

Aquéllos de que está tejida la historia son las acciones y las cosas que el hombre hace, los hechos humanos. Son hechos, pero de índole peculiar; no puros hechos, porque no son mero resultado de la actuación de unas potencias naturales. El hombre posee unas potencias por naturaleza, pero al actuar no ejercita simplemente tales potencias sino que las usa. Esto quiere decir que sus actos, sus acciones, no son el resultado de un mero ejercicio o actuación de sus potencias, sino resultado de un proyecto, de una decisión y elección. Para ello cuenta con sus potencias y con las cosas entre las que vive, las cuales no se comportan como pura condición o estímulo para la actuación de aquéllas, sino como «recursos» ofrecidos al hombre. Con estos recursos y con los que supone sus potencias y propiedades, el hombre, ante el cuadro de posibilidades resultante, planea y decide su acción merced a su condición de ser libre. Cada acción es el resultado de una decisión entre las posibilidades que definen la «situación» en que el hombre se encuentra, pero a su vez modifica dicha situación al alterar el cuadro de posibilidades, destruyendo unas y alumbrando otras, permitiendo al hombre mejorar o adquirir unas cualidades o perder otras, modificando en suma su modo concreto de estar entre las cosas y lo que éstas significan para él en cuanto disponibles.

De este modo se comprende la peculiaridad de los hechos históricos en cuanto hechos humanos, pues no son realización de una posibilidad por mera actuación de unas potencias, sino por decisión entre posibilidades. Por esto los hechos históricos constituyen propiamente «sucesos», «acontecimientos», y la historia es el conjunto sucesivo de los acontecimientos ensamblados entre sí en la forma de que cada uno se va haciendo presente en los siguientes como supuesto condicionante de los mismos a través de la acción humana.

Conforme a lo anterior, podemos precisar mejor la índole del todo que constituye la historia. Se trata de un todo cuyas partes componentes son las acciones humanas y las obras que de ellas resultan, los hechos históricos. En cuanto partes componentes, los hechos históricos se arti-

<sup>69</sup> MILLAN PUELLES la entiende como un modo de «causación material»; cfr. *Ontología de la existencia histórica*, 2.<sup>a</sup> edic., Rialp S. A., Madrid, 1955, págs. 59 y ss. Este libro nos ha sido de gran utilidad para la redacción de esta parte de nuestro trabajo.

culan en el todo en la forma que antes hemos determinado; cada hecho nuevo es más rico, más completo que el anterior, añade algo nuevo, aunque el pasado permanece en él como componente virtual, posibilitante. Por otra parte, la relación que media entre el pasado y el presente históricos es irreversible. Según esto, el todo que constituye la historia no es un todo extenso, sino un continuo sucesivo e irreversible. Además, no se trata de una sucesión puramente cronológica en la que cada parte pudiera ocupar arbitrariamente un punto cualquiera, sino de un engarce de hechos en el que cada uno ocupa un puesto definido en cuanto causado desde el anterior sobre el que se hizo posible. De este modo puede decirse que el conjunto de la historia es racional en el sentido de que es una articulación comprensible racionalmente, de que se da en ella una progresiva perfectibilidad y enriquecimiento ontológicos, aunque independientemente de esta comprensión racional quepa un juicio de tipo axiológico favorable o desfavorable sobre los distintos momentos que la componen.

De acuerdo con estas precisiones, hay que considerar inadmisibles la idea de los ciclos fatales en la historia. Carente de base aparece también la pretensión de todo clasicismo como renacimiento o vuelta pura y simple al pasado. Finalmente estimamos que la peculiar realidad y estructura de la historia queda falseada en las concepciones típicas del siglo XIX que la entendían como evolución biológica o como manifestación y despliegue racional-dialéctico del «espíritu», de la «voluntad racional»; en ambos casos se trataría del autodesarrollo de una realidad única, autodesarrollo que significaría la sucesiva manifestación de lo que ya estaba virtualmente contenido desde el principio en aquella única y primordial realidad; con esto queda incomprendido lo que más peculiar revela la historia: el modo de ser del hombre, que le permite y le obliga a auto-realizarse creando y decidiendo sus propias posibilidades, bien que esta decisión esté precisamente condicionada por la situación en que el pasado le coloca, que, a su vez, es resultado de anteriores decisiones; por esto mismo, en las concepciones referidas queda desdibujado el papel del hombre como actor fundamental de la historia y se hace preciso referirla a otros sujetos primordiales: el «espíritu», el «bios», las «culturas», etc.

Esto nos lleva a centrar nuestra atención en el actor o sujeto primordial de la historia. ¿Cómo es posible la historia? ¿Quién la hace? ¿Qué peculiar estructura es la del sujeto del hacer histórico que posibilita y exige una evolución como la descrita? Prescindiendo de discutir otras posturas, partimos de la base de que tal actor o sujeto primordial de la historia es el hombre. Ahora bien, ¿cómo y por qué puede y tiene que serlo? Al responder a esta interrogación podremos comprender mejor lo dicho sobre la historia misma y su estructura.

Hemos de dar cuenta de dos posiciones extremas y antinómicas respecto de la relación entre el hombre y su historia.

Para una de ellas, sostenida por algunas direcciones del historicismo, el hombre es su historia, lo propiamente humano consiste en el transcurrir histórico-temporal, el ser o la esencia del hombre no es sino el precipitado en cada momento de su existir deveniente. Esta postura no ofrece, ni aspira a ofrecer, una coordinación entre naturaleza e historia en el hombre, sino que considerando aquélla como algo estático, incapaz de historia, la niega sencillamente o la entiende como lo no humano del hombre componente al margen y sin relación con lo propiamente humano-histórico. Esta posición no puede aceptarse. Son bastantes entre los mismos filósofos de la historia los que han insistido en que hablar de una verdadera evolución, de un cambio evolutivo, sólo es posible y tiene sentido sobre la base de algo que permanezca a lo largo de la evolución fundando y explicando el cambio, con palabras de Hartmann, sobre el fundamento de algo que permanezca idéntico, fiel a sí mismo<sup>70</sup>.

En directa contraposición a la postura anterior, el sustancialismo radical concibe al hombre como una naturaleza cerrada, completa en sus determinaciones esenciales y a la que ocurre accidentalmente tener historia. Sólo que un tal sustancialismo es difícil encontrarlo de hecho en la historia del pensamiento occidental, constituyendo más bien una posición fantasmal que crea el propio historicismo como polo a que oponerse<sup>71</sup>.

Ninguna de estas dos concepciones es aceptable como explicación de la historia y del hombre como ser histórico. Una verdadera explicación ha de concebir la historia, el cambio y evolución a través del tiempo histórico, como algo propio y esencial del ser humano, pero, al mismo tiempo, ha de poder explicar cómo es posible y necesario este devenir por la estructura misma del ser del hombre, ha de poder iluminar la articulación entre naturaleza e historia en el hombre. El hombre posee una naturaleza, pero una naturaleza a la que conviene esencialmente al ser histórica, el cambiar históricamente. Aristóteles explicó ya cómo la naturaleza de todo ser es dinámica, movable. Pero en el caso del hombre lo propio y peculiar suyo es que este cambio o movimiento en el tiempo adopta la forma precisa que representa la historia. ¿Cómo y por qué es así? La respuesta ha de encontrarse en la índole específica de la misma naturaleza o esencia constitutiva del hombre. Veámoslo sumariamente.

El que a la naturaleza del hombre le convenga esencialmente el ca-

<sup>70</sup> «Wo geschichtlich Grosses zur Entfaltung gelangt, da geschieht es stets auf Grund eines Sich-selbst-treu-Bleibens», N. HARTMANN, *Das Problem des geistigen Seins*, 1933, pág. 329; apud H. MITTEIS, *Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität*, Abhandlungen der deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Akademie-Verlag. Berlin, 1948, pág. 6.

<sup>71</sup> Cfr. MILLAN PUELLES, op. cit., pág. 171.

rácter de histórica supone, ante todo, que no es una naturaleza o esencia completa, cerrada en sus determinaciones esenciales, sino abierta, susceptible de determinación y enriquecimiento sucesivos. La esencia del hombre es una «esencia abierta», no una «esencia cerrada», una esencia abierta a la realidad, a las cosas como realidades y a la realidad de los demás hombres<sup>72</sup>. Es así por su misma estructura originaria, porque se trata de una esencia intelectual, porque el hombre es animal dotado de inteligencia. Por esto, su modo de estar entre las cosas es un modo peculiar, el modo que corresponde a una inteligencia sentiente; las aprehende sintiéndolas, por impresión sensitiva, pero al mismo tiempo intelectual. El hombre está entre y frente a las cosas, haciéndose cargo de ellas como realidades. Su trato con las cosas se articula a partir de esta peculiar posición y supone un desdoblamiento entre lo que inmediatamente se ofrece y aprecia en ellas y lo que son como realidades, desdoblamiento éste en que primariamente se origina la función de pensar.

Este modo de estar ante las cosas, este hacerse cargo de ellas como realidades, no es una posibilidad a la que el hombre puede arbitrariamente recurrir, sino una necesidad determinada por su propia esencia o estructura constitutiva y que determina, a su vez, su peculiar modo de obrar. Desde este punto de vista operativo las cosas, según dijimos más arriba, no son para el hombre mera condición o estímulo para la actuación de las potencias que pone por naturaleza, sino que le están ofrecidas como instancias que incitan a obrar y como recursos que proporcionan una serie de posibilidades. Gracias a su modo de aprehender y apropiarse las cosas como realidades el hombre al actuar, aunque lo hace, por supuesto, merced a sus potencias, usa a éstas porque con ellas puede realizar actos diversos al decidir entre diversas posibilidades, apropiándose unas y desechando otras; esto quiere decir que la acción humana representa una posición dominante del propio acto que se pone, una autodeterminación. Con lo que tocamos a la libertad como condición metafísica del ser humano.

Libertad no significa sólo no necesidad, contingencia, pues aparte de que hay diversos modos de contingencia, con esto sólo tendríamos el

---

<sup>72</sup> Lo que sigue, y buena parte de lo dicho sobre la historia, está inspirado fundamentalmente, aparte otras, en la obra de X. ZUBIRI, especialmente en *El acontecer humano: Grecia y la pervivencia del pasado filosófico*, en «Naturaleza, Historia, Dios», Editora Nacional, Madrid, 1959, págs. 279-307, y en *Sobre la Esencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1962. Las alusiones más directas, a veces incluso literales pertenecen, aparte las referidas al primero de los estudios citados, a los siguientes pasajes de *Sobre la Esencia*, págs. 159-161, 203-204, 341, 435-436, 447, 449-506, 514-517.

aspecto negativo de la libertad. Positivamente la libertad significa «la situación ontológica que corresponde a quien existe desde el ser», «el ser libre es el modo de ser del dominio del acto», la «dominación como modo de ser, el modo de ser de un acto de «posición absoluta», del acto de amor fuente en lo real como tal». El ser libre es un carácter que viene fundado en la propia estructura constitutiva del hombre, determinado por su modo de estar y tratar con las cosas según hemos dicho. En su virtud, el actuar propiamente humano supone una posición del acto siendo dueño del mismo, proyectándolo y diciéndolo según las posibilidades con que se cuenta dentro de una determinada situación.

Ahora bien, según acabamos de decir, la libertad humana se ejercita en la forma propia de una decisión entre posibilidades determinadas. Las posibilidades que al hombre se ofrecen vienen determinadas y condicionadas primariamente por el modo cómo aprehende la realidad como tal de las cosas. Y este modo de aprehender está sellado por la limitación con que el hombre penetra la realidad plena de las cosas; por un lado, por poseer inteligencia, el hombre se instala desde el principio en la realidad como tal, como lo transcendental y común a todas las cosas, y en las propiedades transcendentales de la realidad verdad, bondad, etc.; por otro, por la finitud y limitación de su inteligencia, no es capaz de penetrar de una vez y plenamente la realidad concreta de cada cosa, su verdad, bondad, etc. De aquí el carácter progrediente y variable de su modo de aprehender la realidad, el carácter situacional y la oscuridad con que se presentan al hombre las posibilidades, la necesidad de elegir con riesgo de error, de determinar la posibilidad que se apropia desechando otras.

Por el acto de decidir entre posibilidades, el hombre no sólo perfecciona sus potencias naturales, sino que adquiere o pierde cualidades y propiedades nuevas. Y esto por la índole, ya descrita, de su acción en relación con su carácter de esencia abierta. En este sentido el hombre no sólo posee propiedades por naturaleza, sino que también posee otras por apropiación, apropiándose las por decisión entre posibilidades que, a su vez, son al menos en parte resultado de anteriores decisiones. Según el sentido y valor de sus decisiones el hombre a través de sus actos adquiere y acrecienta, o pierde y disminuye, una serie de propiedades; es así cómo puede ser sabio o ignorante, virtuoso o malvado, ágil o torpe, etc. Esta posibilidad, no conviene olvidarlo, arraiga en él y se explica por su propia estructura o esencia constitutiva, por su condición metafísica de ser libre. Por ello le corresponde la capacidad de tener unas u otras propiedades, de hacerse uno o el otro por decisión propia, bien que en la forma limitada antes apuntada; el hombre es, por esto, un ser moral en sentido ontológico, capaz por ello de guiar y determinar su conducta según normas, fines, etc.

De este modo, a través del tiempo, por la serie sucesiva de sus actos y decisiones el hombre cambia, se hace a sí mismo distinto al perfeccionar y modalizar sus potencias naturales, al adquirir unas propiedades y perder otras, al modificar, en suma, su modo concreto de relación con las cosas en el mundo. Este cambiar, este poder adquirir o perder variablemente unas u otras propiedades, no constituye algo puramente accidental para el hombre, sino algo que le es esencial, algo que le corresponde por su propia esencia originaria. Además, desde el punto de vista del hombre concreto y real, existente, de su esencia individual, las mutaciones pueden ser esenciales; lo que cada hombre es, su propia e individual personalidad, puede cambiar esencialmente. Pertenece, pues, al ser del hombre el poder cambiar esencialmente a través del tiempo, el poder hacerse a sí mismo distintamente por su libre decisión. Desde este punto de vista no es mera «res naturalis», sino «res eventualis». Por supuesto, el cambiar y perfeccionarse en el tiempo es propio de toda naturaleza, pero lo peculiar del hombre es que este cambio y movimiento no está fija y cerradamente determinado en sus posibilidades y sentido por la propia naturaleza primaria sino que depende, sobre la base de ésta, de la propia autodeterminación del hombre a lo largo del tiempo.

Ahora bien, insistiendo de nuevo en algo que venimos repitiendo, aunque sea esencial al hombre el cambiar, el ser distinto a través del tiempo, no es esto sólo y todo lo esencial ni lo primariamente constitutivo de él de manera que lo que el hombre es «en sí» fuera sólo el precipitado de este devenir temporal, como sostiene el existencialismo e historicismo radicales. Por el contrario, si el hombre cambia en su ser y puede cambiar, es gracias a lo que ya hay en él que posibilita dicho cambio como cambio propio; si el hombre puede adquirir por sí mismo una serie de notas, de propiedades diversas que personifica y personaliza, es decir, que incorpora a su propio ser personal, si puede hacerse y tener distintas personalidades, es porque ya «en sí» es persona, posee «personidad», posee una primaria esencia constitutiva tal que funda y hace posible una tal evolución temporal de su propio ser. Tampoco se trata de que el hombre posea una naturaleza o esencia cerradamente determinada, constituya un «en sí» acabado, y que después pueda adquirir otras determinaciones puramente añadidas. Por el contrario, ambos momentos están íntima e indisolublemente implicados: por ser como es, la esencia humana es «en sí» ya abierta a sucesivas determinaciones según el modo descrito.

La propia esencia primaria, constitutiva, del hombre explica también la posibilidad de que el tiempo, el transcurso temporal, constituya el vehículo propio para este cambiar y autodeterminarse en su ser. Porque el tiempo, como la actualidad respectiva de todo lo que es real en el mundo, el ser en el tiempo, es común a todas las cosas. Sin embargo, el

tiempo reviste una especial significación para el ser humano, el hombre tiene temporeidad, existencia temporal, gracias a su esencia constitutiva. En efecto, según sabemos, al aprehender una cosa real determinada el hombre no sólo está en esta cosa, sino que «co-está» en lo real, en lo transcendental; y por eso, porque el carácter de realidad es transcendental, es por lo que el hombre, como realidad que dura y transcurre en el tiempo, reasume por la transcendentalidad el tiempo como condición suya, tiempo que así reasumido es temporeidad; es por esto por lo que el hombre puede también reasumir e incorporar a su ser propio y personal, a su ser sí mismo, sus sucesivas y temporales decisiones y autodeterminaciones, por lo que puede hacerse a sí mismo temporalmente.

En suma, es sobre el fundamento de y gracias a lo que ya primariamente es «en sí» cómo el hombre tiene existencia temporal, vida personal; sin ello no sería posible el cambio esencial en el tiempo, no habría, en el plano social-universal, historia; y, sobre todo, la historia no sería formalmente una historia humana, es decir, historia en sentido preciso y riguroso.

Resumiendo podemos decir que la historia es la sucesión o conjunto total de los hechos históricos, de los sucesos humanos que son resultado de las sucesivas determinaciones del hombre dentro de las posibilidades de cada situación y que son susceptibles de ser reasumidas en cada nuevo momento como soporte de nuevas determinaciones. Un hecho es histórico, ante todo, por ser humano; pero conviene añadir aquí que para ser calificado rigurosamente de histórico es preciso, además, que trascienda el ámbito de lo estrictamente individual-personal para insertarse en el de lo social-comunicable, que actúe e influya como factor condicionante y posibilitante en la cadena temporal de sucesos a través de los que los hombres van autorrealizando su propio ser; esto quiere decir que formalmente deben distinguirse el ámbito de lo individual, de la vida y existencia personales, y el ámbito de lo histórico que es siempre en algún modo social-universal.

A través de esta articulación de sucesos la realidad humana se va completando y autodeterminando perfectamente. La historia constituye precisamente el ámbito total de este autodesarrollo perfectible del hombre; en cada presente histórico y, dentro de él, en cada existencia personal se va realizando concreta, perfecta y distintamente la naturaleza humana. Lo más peculiar de esta evolución es la libertad, el poder de autodeterminación con que el hombre crea sus propias posibilidades y decide entre ellas autohaciéndose a sí mismo. De este modo como actor y hacedor de la historia el hombre revela un cierto poder creador, es un casi-creador, un «petit Dieu» que decía Leibniz. Pero esta creación no es una creación en sentido absoluto, por lo mismo que el hombre no es libre en sentido absoluto, porque es un ser finito, limitado. Tres

grandes limitaciones condicionan esta creatividad del hombre como hacedor de la historia, de su historia, de sí mismo.

En primer lugar, lo que supone su propia y primaria esencia o estructura constitutiva. Pues, como hemos señalado, aunque se trate de una realidad deveniente, este devenir viene fundado y cualificado internamente por la índole, por la esencia constitutiva, de la realidad deveniente en cuanto realidad, no en cuanto deveniente; la esencia constitutiva es lo que hace posible y cualifica el devenir, pero no al revés. En este sentido podemos decir que el hombre puede cambiar a través de la historia y de su existir temporal cuanto quiera excepto aquello que constituye su primaria y esencial realidad de hombre; el conjunto de caracteres esenciales fundamentales que circunscriben su originaria naturaleza de ser animal inteligente, que es lo que precisamente funda y hace posible el mismo cambio, la misma historicidad, constituye el límite infranqueable de la variabilidad histórica del ser humano, es lo permanente del hombre a lo largo de la historia.

En segundo lugar, por su propia realidad primaria, por su naturaleza, el hombre arraiga y está anclado en la totalidad de la Naturaleza, en el conjunto de las cosas que componen el mundo. Este conjunto posee una legalidad y un orden propios que el hombre no crea ni puede desconocer, pues le soporta al mismo tiempo que le resiste, un orden que le ofrece posibilidades y resistencias, que puede usar y transformar pero no alterar esencialmente; la libertad humana no se ejerce, pues, en el vacío, no es una libertad sin soporte y sin límites; se soporta en la propia naturaleza primaria del hombre y se ejerce dentro del ámbito de posibilidades y resistencias que ofrece la naturaleza misma de las cosas.

Por último, hay que decir que estas posibilidades y resistencias dentro de las que ha de ejercerse la libertad tienen para el hombre un carácter histórico-situacional, dependen de la «situación». Esta situación es en gran parte producto del pasado, que posibilita pero también condiciona el ejercicio presente de la libertad. La libertad se ejerce siempre dentro de las posibilidades que definen el presente, dentro de la situación en que nos coloca el pasado; este es el ámbito necesario de la libertad del hombre y, al mismo tiempo, un límite de la misma.

Concluyendo, creemos poder afirmar sobre la base del desarrollo que precede que, aunque el hombre es un ser histórico al que corresponde esencialmente el cambiar a través del tiempo, existe una naturaleza o esencia primaria del hombre que permanece a lo largo de la historia y que es el fundamento mismo que posibilita dicho cambio histórico. Esta naturaleza en cuanto pensada y definida como común y general a todos los hombres representa una abstracción; pero se trata de una abstracción a la que corresponde algo real en todos los hombres, aunque como

real exista distintamente en cada uno y dentro de cada momento histórico.

B) Una vez en posesión del esquema anterior respecto de la estructura de la historia y del ser del hombre como ser histórico, hemos de ocuparnos ahora del Derecho en su relación con la historia, de hasta qué punto es «res historica», en qué medida la historicidad agota el ser del Derecho.

Lo primero que parece que puede afirmarse claramente es que el Derecho no es algo histórico en sí y por sí, que no tiene historia propia en sentido riguroso. El sujeto y actor primordial de la historia es el hombre, sólo el hombre tiene en sentido riguroso historia, sólo el ser humano es estrictamente ser histórico. Porque sólo él, por su peculiar naturaleza o estructura constitutiva, es capaz de autodesarrollo en el tiempo, es capaz de asumir en sí el tiempo y las determinaciones temporales en la forma antes descrita. Esto no ocurre con ninguna otra realidad. Por esto ninguna realidad fuera del hombre es histórica, tiene historia en el sentido en que la tiene el hombre. El Derecho como otra serie de entidades es, al menos en un sentido, resultado del actuar humano, obra del hombre; desde este punto de vista es objetivación, resultado o producto de actos humanos históricos, obra y producto componente de la historia. Pero estas objetivaciones o productos del actuar humano no poseen un desarrollo temporal propio, que les pertenezca a sí mismas; en tanto se desarrollan, transcurren, actúan de un momento a otro en la historia, en cuanto son reasumidos por el hombre mismo, a través siempre de esta reasunción y actuación humanas. En este sentido afirmamos que no tienen historia propia.

Sin embargo, se habla de historia del Derecho, como se habla de historia del Arte, de la moda, o de las religiones; existen incluso disciplinas que se ocupan con estas respectivas evoluciones históricas: Historia del Derecho, Historia del Arte, etc. Esto se explica teniendo en cuenta que en estos casos el término historia, histórico, adquiere un sentido derivado, un significado distinto de cuando decimos que la historia es la dimensión temporal propia del ser humano, que el hombre es un ser histórico. En este sentido derivado no sólo el Derecho, sino cualquier otra realidad, todas las realidades mundanas pueden ser llamadas históricas. Son históricas en cuanto son realidades para el hombre, en cuanto y en lo que hacen relación al ser humano, en cuanto éste las asume, se las apropia. Por esta relación al hombre las cosas revisten un sentido para él, se constituyen o pueden constituirse en «útiles», en «cosas-sentido» en terminología de Zubiri. Y como esta comprensión y este sentido para el hombre que revisten las cosas es algo que se constituye en el tiempo, desde una determinanda situación histórica, y que puede variar, todas las realidades pueden ser, bajo este aspecto, históricas.

Así, pues, en un sentido primario y riguroso ninguna realidad fuera del hombre es por sí histórica, tiene historia propia. Sin embargo, en un sentido derivado toda realidad es histórica en cuanto realidad para el hombre, en cuanto reviste un sentido para él; incluso las mismas realidades físico-naturales, las mismas cosas de la Naturaleza, pueden ser según este significado históricas en cuanto su sentido para el hombre puede evolucionar y evoluciona a lo largo de la historia<sup>73</sup>.

Ahora bien, aun ciñéndonos a este segundo sentido derivado de los términos historia e histórico, creemos que deben distinguirse grados en cuanto a la historicidad que compete, que cabe atribuir a las distintas realidades. El criterio para distinguir sería la medida en que el ser propio de cada realidad se agota en este ser-para el hombre o, por el contrario, posea una consistencia propia, un «en sí» en cierto modo previo e independiente del sentido que pueda revestir para el hombre y que éste le atribuya. Hay que distinguir, ante todo, dos grandes ámbitos diferentes.

Por un lado, está el ámbito de las realidades físico-naturales, de aquellas cosas que poseen una naturaleza o «esencia» propias. No cabe duda de que estas realidades son históricas en el sentido explicado, es decir, en cuanto realidades para el hombre, en cuanto su comprensión por parte del hombre y el sentido que éste les atribuye constituyen algo que puede cambiar, algo condicionado históricamente. Pero tampoco es dudoso que previamente a este sentido constituyen ya algo en sí que puede calificarse de suprahistórico o ahistórico, que su ser realidad no se agota en su sentido-para el hombre, que poseen un «en sí» en cierto modo independiente e indiferente a su sentido histórico. Por esto poseen una existencia, constitución y desarrollo natural propios, al margen de la acción creativo-histórica del hombre, que condicionan y resisten a dicha acción al mismo tiempo que la sirven de soporte y de recurso.

Por otro lado, está el mundo de los que se suelen llamar «entes culturales», «creaciones del espíritu»: las normas morales y jurídicas, los usos sociales, las obras y formas artísticas, las creencias religiosas en cuanto tales, etc. No cabe duda de que en este caso la cuestión se plantea diversamente, pues la verdadera realidad de estas cosas, su ser propio, consiste exclusivamente en su sentido, en lo que representan y son para el hombre; a veces forma parte componente de estas entidades alguna realidad

---

<sup>73</sup> Prescindimos aquí de discutir el problema de hasta qué punto puede hablarse, como lo hacen algunos actualmente, de una verdadera historia de la naturaleza, de una historicidad de todas las cosas. Admitida la evolución, el cambio y desarrollo en el tiempo; lo discutible es que este cambio y desarrollo pueda ser calificado, hablando con rigor, de formalmente histórico. Por supuesto que, en todo caso, se trataría de una historicidad y una historia con un sentido y estructura diferentes de las que corresponden al ser humano.

«natural», pero su papel dentro del todo unitario de la entidad «cultural» se reduce al de mero portador corpóreo de una forma o sentido. Se suele a veces, tal vez por influencia del historicismo, homogeneizar y unificar a todas estas entidades considerándolas igual y totalmente históricas, es decir, sometidas igualmente en su existencia y consistencia, en su ser propio y su desarrollo al devenir histórico. Esta apreciación nos parece, sin embargo, poco precisa.

Es verdad que la realidad que a estas entidades corresponde, que su ser propio, se agota en el sentido que para el hombre revisten, en ser cosas-sentido; por consiguiente, puede decirse de todas ellas que sólo existen inmediata y actualmente gracias a y a través de la acción humana que es una acción histórica, así como que su permanencia y evolución en el tiempo pende también en la misma forma de dicha acción. Sin embargo, la consistencia que les corresponde aún como cosas-sentido, su propio ser-sentido, no depende en la misma medida de la libre, arbitraria, decisión del hombre en cada situación histórica. No es la misma la consistencia propia que frente a la libre creatividad humana histórica corresponde al Derecho que la que puede corresponder, por ejemplo, a las creaciones de la moda.

Desde este punto de vista, y según este criterio, creemos que pueden y deben distinguirse grados en cuanto al modo y medida como la historicidad afecta y determina, agota, el ser propio de las distintas entidades culturales. Habrá algunas que, tanto respecto de su existencia como cosa-sentido, cuanto respecto de su ser propio, del contenido y estructura de este ser-sentido en que consisten, así como por lo que hace a su evolución en el tiempo, estén sometidas a la creatividad humana sin límite alguno o sin otros límites que los que la propia legalidad de la evolución histórica impone a dicha creatividad. Y, por el contrario, habrá otras en que este su ser-sentido pueda poseer una cierta consistencia propia que en mayor o menor grado limite y condicione la libre decisión y creatividad humanas y que marque límites a la variabilidad con que el hombre crea y recrea dicho sentido, límites que, a veces, pueden arraigar en supuestos o exigencias supra o extrahistóricas.

Sobre la base de estas delimitaciones generales ocupémosnos concretamente de la realidad del Derecho. Estimamos, ante todo, que la realidad propia del Derecho consiste en ser realidad-para el hombre, que por todo su ser es una cosa-sentido, que fuera de su ser-sentido para el hombre nada hay de propiamente jurídico en el Derecho. El Derecho no es una realidad «dada», «hecha», con que el hombre se tropieza, no es una realidad físico-natural, no constituye un «en sí» propio y previo al sentido que para el hombre representa. Desde este punto de vista puede decirse que el Derecho no es una realidad «natural», sino «histórica» o «cultural», una creación, una obra del hombre.

Ahora bien, ¿puede decirse que la historicidad agota, condiciona de manera plena y absoluta el ser propio del Derecho?, ¿que tanto en su propia existencia como respecto de la consistencia y estructura de su ser propio, de lo que es en cuanto ser-sentido, está sometido sin límite alguno a la variabilidad histórica, a la libre determinación humana según las distintas situaciones de la historia? Algunas doctrinas, en distinta medida y con distintos matices, así lo han sostenido. Así, en efecto, se ha mantenido en distintos sentidos que la existencia del Derecho como producto histórico está condicionada por la existencia y permanencia de determinados supuestos económicos, sociológicos, e, incluso, éticos, en tal manera que la desaparición futura de éstos significará también la del mismo Derecho; el positivismo y relativismo radicales han sostenido también la absoluta contingencia histórica del Derecho, si no en cuanto a su existencia, sí en cuanto a su contenido de sentido.

Desde bases fenomenológicas G. Husserl, en su obra *Recht und Zeit*, ha insistido en el pleno y absoluto carácter histórico del Derecho por lo que se refiere a su consistencia y permanencia en el tiempo<sup>74</sup>. Mientras que hay obras que, aunque creadas por el hombre en un momento histórico dado, adquieren una consistencia propia, una cierta significación propia independiente de su momento creador y de la variable estimación humana histórica, el Derecho no está en este caso. La norma jurídica nace condicionada históricamente y, además, no consigue adquirir una significación propia independiente de la variable valoración del hombre, ya que sólo adquiere su sentido propio en cuanto norma eficaz, lo que supone que depende plenamente de la estimación e interpretación de cada momento; por ello, en tanto subsiste temporalmente, en cuanto se acomode con absoluta fidelidad al variable fluir histórico; en este sentido el Derecho posee menos consistencia propia que otras creaciones culturales como, por ejemplo, las obras de arte. Estas apreciaciones de Husserl nos parecen muy parciales y, por tanto, no aceptables sino con reservas<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Cfr. G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, cit., págs. 7-65, en especial 10-27.

<sup>75</sup> Los argumentos con los que el autor abona sus afirmaciones muestran, por supuesto, el carácter histórico de la posición y existencia del Derecho, pero no son suficientes en la forma en que los expone para demostrar que por todo lo que es el Derecho es un producto histórico puramente contingente, que no existan elementos integrantes del mismo sustraídos en mayor o menor grado a una absoluta e incondicionada variabilidad temporal y que le presten una cierta consistencia propia, que no haya normas permanentes a través de la historia. La norma jurídica es constituida por el hombre en función de unos problemas sociales determinados y con un sentido y finalidad concretos, pero ¿actúa y puede actuar el hombre en ello arbitrariamente o ha de someterse a exigencias y límites objetivos? Husserl no se plantea a fondo esta cuestión. ¿No hay ningún problema o alternativa fundamental de la convivencia que permanezca a

En sentido contrario muchos autores pretéritos y, entre los contemporáneos, autores tan diversos como G. Radbruch, G. Del Vecchio, H. Mitteis, H. Coing, etc., han destacado una serie de caracteres del Derecho reveladores de una cierta consistencia y autonomía, de una indudable pretensión de permanencia frente al absoluto fluir de las situaciones históricas; así, por ejemplo, el carácter general-normativo y la pretensión de validez intemporal con que normalmente se presenta la norma jurídica chocan con la particularidad, irrepetibilidad y dinamicidad de lo histórico; así también las regularidades o constantes que se observan en la misma evolución histórica del Derecho; en el mismo sentido apuntan la inextinguida apelación a la justicia como criterio universal, objetivo, de todo lo jurídico, y la convicción popular de que la imposición normativa del legislador o la resolución del caso por el juez no constituyen, o no deben constituir, determinaciones o decisiones arbitrarias sino descubrimiento de lo objetivamente justo; etc. A nuestro juicio estos caracteres o rasgos fenoménicos del Derecho son manifestativos de que, en verdad, hay momentos o elementos integrantes

---

través del tiempo conservando un mismo sentido esencial? Tampoco este asunto está expresamente tematizado. El sentido concreto de la norma, lo que en verdad y concretamente es como norma vinculante, depende del modo como es interpretada en cada momento histórico; pero ¿constituye esta interpretación tarea que el hombre pueda llevar a cabo según le plazca en cada caso o hay normas cuyo sentido esencial se impone de por sí invariablemente?

Las normas jurídicas existen como partes de un todo, el ordenamiento jurídico, cuyo ámbito de existencia y validez es el de una comunidad social histórica y cuya duración temporal no puede exceder, como máximo, el de la propia comunidad; pero ¿no hay normas que se repiten en los distintos ordenamientos jurídicos históricos? Husserl se hace cargo de este problema y admite el fenómeno de transplante de unos a otros ámbitos histórico-culturales de ideas, instituciones, pautas de conducta, etc., merced a un proceso de destemporalización —Entzeitung— de las mismas. En este proceso las entidades de que se trata experimentan una depuración que las reduce a «núcleos de sentido» —Sinneskern— representativos de la «esencia» de las mismas, en que quedan recogidas la finalidad y las notas esenciales que permiten identificarlas como tales; el autor pone ejemplos de esta reducción referidos a cosas e instrumentos de la vida cotidiana. Sin embargo, afirma que cuando se trata de las cosas del Derecho —Dinge des Rechts— esta reducción lleva consigo el que lo que puede pasar de una comunidad a otra a través del tiempo no sean verdaderas normas, preceptos con sentido vinculante y ordenador, sino meras «verdades jurídicas» desprovistas de todo sentido de obligatoriedad, vinculación y ordenación de la convivencia; lo que parece contradictorio, pues en este caso se pierde una nota o carácter esencial al Derecho. Por lo demás, la exposición de Husserl es confusa, pues constantemente pasa de hablar del «orden jurídico» a de las «normas jurídicas» o de las «cosas del Derecho», término por el que parece entender las instituciones social-jurídicas, sin hacer las debidas distinciones en cuanto a su carácter y peculiaridad respecto de la historicidad y duración temporal.

de la realidad del mismo que presentan una cierta consistencia propia, una cierta autonomía, que no están sometidos a una absoluta condicionalidad histórica, a la libre e ilimitada determinación del hombre según las variables situaciones de la historia.

En efecto, y por de pronto, la existencia misma del Derecho es algo sustraído a la variabilidad de las decisiones humanas históricas. El Derecho es obra o producto del hombre, ente cultural, su realidad consiste en ser un «útil» para el hombre, pero se trata de un «útil» necesario e indispensable; no está en la mano del hombre el decidir su existencia o inexistencia; no es una libre creación suya en el sentido de que pueda en un momento constituirlo y usarlo, y en otro prescindir de él. Como estructura de orden que soporta fundamentalmente la convivencia, el Derecho ha existido y existirá siempre en tanto exista sociedad humana, en tanto los hombres hayan de convivir, es decir, en tanto sean como son. Desde este punto de vista de su existencia necesaria el Derecho puede ser calificado de «natural» con el mismo sentido con que se dice que la sociedad es natural al hombre, que el hombre es naturalmente sociable. Naturalidad quiere decir aquí que se trata de algo que en cuanto a su existencia viene impuesto al hombre como exigencia derivada de su propia naturaleza o estructura constitutiva. Viene impuesto como exigencia, no como realidad hecha y acabada, es decir, se trata de cosas necesariamente *propuestas* al hombre para que éste positivamente las constituya y por su obra les dé realidad plena y actual, las convierta de posibilidades necesarias en realidades actuales. De aquí el doble carácter de «natural», necesario, y «cultural» o «convencional», construído, que compete a la realidad del Derecho y de la sociedad.

Ahora bien, el Derecho no es un «útil» necesario en cuanto su existencia viene impuesta necesariamente, pero que en cuanto a su ser propio, su estructura y contenido de sentido, esté sometido plenamente a la variabilidad de las determinaciones humanas históricas. Respecto de lo que propia y actualmente es como ser-sentido el Derecho es algo que el hombre ha de elaborar y constituir; pero en esta tarea el hombre tampoco actúa con una libertad absoluta, arbitrariamente, sin sometimiento a exigencias o límite alguno objetivo.

En efecto, la estructura y contenido de sentido del Derecho, lo que propiamente es en cuanto «útil», depende primaria y fundamentalmente del fin para el que sirve y que justifica su propia existencia. Si constituye algo necesario para el hombre, es porque sirve a una finalidad también necesaria que no puede ser determinada arbitrariamente, sino que viene dada con su propia existencia y con la misma forzosidad que ésta. En términos generales, puede decirse que este fin consiste en la consecución de una convivencia humana pacífica a través de la implantación de un orden adecuado en las relaciones entre los convivientes.

Desde luego en las diversas sociedades y épocas históricas el Derecho sirve a fines múltiples y diversos; pero, en último término, estos distintos fines históricos concretos se integran y trascienden en aquel fin «esencial». Como instrumento fundamental para la consecución de la finalidad esencial antedicha, el Derecho, desde un punto de vista formal-estructural, pertenece a la categoría de norma, es norma social; es norma que define e impone la forma en que deben desarrollarse las relaciones entre un hombre y otro dentro de la sociedad, bien directamente o a través de las cosas, o entre un grupo social y otros grupos sociales.

Pues bien, la misma finalidad a que ha de servir y la manera en que ha de ser servida, a través de la imposición normativa de la conducta relacional inter-humana, determinan ya de por sí una serie de caracteres formal-estructurales del Derecho sustraídos a la libre y variable decisión humana histórica. Se trata de las notas o rasgos «formales» propios de todo Derecho, que han de darse en toda norma jurídica como norma social específica y sin los cuales no puede considerarse como tal norma jurídica; estas notas «formales», ya estudiadas en los clásicos *Tratados de las leyes*, han sido objeto de particular investigación por parte de algunas corrientes filosófico-jurídicas modernas<sup>76</sup>.

Pero nos interesa fijarnos, sobre todo, en el «contenido» no en la «forma» del Derecho, es decir, no ya en los requisitos formal-estructurales en que debe establecerse la conducta debida, la forma o tipo de relación interhumana que se imponga, sino en esta misma conducta o tipo de relación. Tampoco puede ser arbitrariamente determinanda tampoco puede ser una cualquiera. No puede ser una cualquiera si los términos a relacionar —los hombres directamente o a través del uso de las cosas— y su naturaleza o estructura constitutiva vienen dados, y si también viene dado el fin a obtener —un orden relacional tal que de él resulte una convivencia humana pacífica—. La forma de relación o conducta que se imponga sólo puede ser una, la justa, la capaz de alcanzar la finalidad que justifica y constituye el Derecho como Derecho, es decir, aquella que se revele adecuada para conseguir un orden pacífico de convivencia dada la naturaleza de los elementos a ordenar. El contenido del Derecho no puede ser uno cualquiera a decidir libremente, sino sólo uno, el justo; lo justo y lo jurídico son una y la misma cosa; y lo justo, la justicia en sentido objetivo, no significa otra cosa sino la relación o proporción entre los hombres que, dada la legalidad del caso en rela-

<sup>76</sup> Nos referimos a las corrientes formalistas, especialmente las de inspiración neokantiana. No cabe duda de que en este campo han llegado a algunos resultados perdurables, aunque sea discutible, a nuestro juicio inaceptable, la peculiar categorización de estas notas o caracteres permanentes del Derecho que le es propia.

ción con las exigencias del ser humano en cuanto social, es de adecuada para instaurar un orden de convivencia humana pacífica.

En términos generales, puede afirmarse, en consecuencia, que el contenido del Derecho no es algo que pueda ser determinado en cada momento por el hombre con absoluta libertad, arbitrariamente, sino que en dicha determinación ha de atender y someterse a límites que le vienen impuestos. Tales límites se apoyan en exigencias de la propia naturaleza humana en cuanto social y en la legalidad de la «cosa» a propósito de la que los hombres se relacionan. En este sentido puede decirse que el Derecho en su más radical significación representa la *autonomía* de la convivencia humana social, de la misma sociedad humana, y consiste en la formulación normativa de lo que debe ser la estructura de un acontecimiento humano social.

Ahora bien, cuanto acabamos de decir vale en el plano de lo que esencialmente es Derecho, pero nada resuelve todavía respecto de lo que concreta y actualmente vale como tal, respecto de la determinación del mismo como realidad concreta y existente. El contenido de sentido del Derecho, hemos dicho, no es algo arbitrario, sino sólo lo justo; pero, ¿cómo se determina concreta y existencialmente lo justo? Sin duda a través de la acción humana, como tarea a realizar por el hombre; en ella éste no actúa con absoluta libertad, sino ajustándose a límites y exigencias que le vienen objetivamente impuestos; pero tales límites y exigencias han de ser apreciadas y asumidas por él; sólo a través de la acción humana, del pensamiento y la voluntad del hombre, pueden operar como condiciones objetivas de la determinación de lo jurídico. Ahora bien, el hombre que lleva a cabo esta tarea no es el hombre en general, que no existe, sino el hombre concreto-histórico, unos hombres determinados que viven en una sociedad y tiempo determinados. Por tanto, la concreta determinación y constitución del Derecho es una tarea histórica, que tiene lugar dentro de una situación histórico-temporal determinada; respecto de lo que actualmente es como realidad existente, el Derecho es obra o producto histórico del hombre. Detallemos algo más algunos aspectos de esta historicidad del Derecho.

En cuanto al contenido del Derecho en su concreta elaboración y constitución es obra de la razón y la voluntad del hombre, de la razón práctica, lo es de la razón práctica humana determinada y situada históricamente, no de la «razón humana» en general, de la razón pura, sino de la razón humana ejerciéndose dentro de una época y situación históricas. No cabe duda de que las posibilidades y capacidad de la razón constituyen algo que, en general, varía históricamente, algo susceptible de progreso y perfección y, también, de retrocesos. Esta misma variabilidad le afecta en la tarea de determinar y constituir concretamente lo justo, el Derecho. Con lo que ya tenemos un primer motivo o causa.

de la historicidad de éste como realidad actual. Santo Tomás contaba ya entre los motivos de la variabilidad de las leyes la mutable capacidad de nuestra razón, a la que le es natural el caminar progresivamente de lo imperfecto a lo perfecto.

Otro factor de la historicidad del Derecho se nos descubre al tener en cuenta que la «materia» a propósito de la que nuestra razón determina lo justo o lo injusto es también históricamente variable. La razón no opera la constitución del Derecho sobre el vacío, no determina lo justo en general, lo justo abstracto, sino siempre lo justo en referencia a unos problemas o formas de relación social dados. En general, el hombre sólo actúa y piensa en situación; el choque con las cosas y con los problemas que éstas le plantean y que le plantea la convivencia con sus semejantes es la condición primaria de la acción humana. Esto mismo ocurre en el caso de la positiva determinación y constitución del Derecho; sólo en referencia a una «materia» dada es posible a nuestra razón determinar lo justo o lo injusto, siempre como respuesta a unos problemas reales, a unas conductas o formas de relación social determinadas. Y como esta «materia» social es esencialmente variable a lo largo del tiempo, también el Derecho, por definición, ha de serlo, ha de seguir la evolución temporal de dicha «materia», pues consiste en su ordenación justa.

Ahora bien, estos dos factores de la historicidad del Derecho no deben ni pueden considerarse separados, aislado el uno del otro, porque no se dan así en la realidad. Pues ni la «materia» social es pura materia pasiva que haya de recibir extrínsecamente una forma de justicia, una forma jurídica determinada por la razón, ni esta determinación constituye una obra estricta y puramente racional, una tarea especulativa.

Lo primero ha sido nuevamente puesto de relieve, recogiendo una enseñanza tradicional, por la filosofía del Derecho contemporánea, constituyendo un tema básico en la aspiración actual a tender un puente entre la «materia» y la «forma» jurídicas, entre el «ser» y el «deber ser»; recuérdese la abundante literatura acerca de la «Natur der Sache». En efecto, la materia social que el Derecho ordena no constituye pura y mera «materia» sin ninguna significación ético-jurídica propia, sino que incoactivamente posee y muestra una cierta forma de orden potencialmente jurídico; es así fundamentalmente porque se trata de una materia social, humana, se trata de instituciones, conductas y formas de relación interhumanas, modos de uso de las cosas en relación con los demás hombres, etc.; en cuanto «materia» moldeada, vivida por el hombre no constituye una masa de datos puramente fácticos, sino que su inmediata e innegable exterioridad y facticidad se encuentra penetrada y transida de una legalidad y un sentido incoativa y potencialmente jurídicos. Sin duda el Derecho no es puro epifenómeno, superestructura

emanada de una materia social, pero tampoco es pura forma ético-racional que desde fuera se imponga y ordene a dicha materia; es forma de justicia, deber ser, pero su ser propio se constituye en referencia a y dentro del cauce de una precisa materia social que en sí misma precontiene su propia forma justa.

Paralelamente, la determinación histórica de lo justo, del Derecho, no constituye un proceso pura y estrictamente racional, intelectual. El juicio y la imperación jurídicos no se ponen normalmente en la forma de un proceso de deducción racional que partiendo «*ex novo*» de las exigencias generales de la justicia las aplique al caso y extraiga la norma concreta válida. Concebido así significaría desconocer la historicidad esencial al ser humano y sus operaciones, supondría una indebida asimilación de lo que, ante todo, es un proceso práctico-vital al proceso peculiar del pensamiento puro. La determinación del Derecho constituye un problema práctico, es la respuesta a las concretas y vitales cuestiones que plantea inmediatamente la convivencia social procurándoles una ordenación tal que de ella resulte una convivencia humana pacífica. Tal ordenación es fundamentalmente intelectual, racional, en cuanto humana, pero no es obra exclusiva de la pura razón, sino también del sentimiento, de la intuición inmediata, de la vivencia colectiva; sin duda es falsa toda doctrina que destaque exclusivamente los factores irracionales o la pura razón, la creación espontáneo-colectiva o la planeación y decisión legislativas, y sólo traduce la realidad una postura de equilibrio. Pero lo que no es dudoso es que la constitución y determinación de lo justo o injusto no se produce en la forma de una serie de ilaciones puramente racionales que concluyan en la formulación de la norma ordenadora de una materia puramente fáctica; normalmente consiste en una decisión, cuyo contenido es fundamentalmente racional, pero que existencialmente aparece como decisión entre intereses contrapuestos y contrapuestas pretensiones de poder; además, muchos veces el Derecho aparece preformado y a veces plenamente constituido en la inmediata vivencia colectiva de los problemas y tensiones sociales; de aquí que a lo largo de la historia las luchas sociales se presenten en sí mismas como luchas jurídicas, como luchas por la justicia, que las tensiones y luchas por el poder alberguen en sí mismas un orden jurídico-político<sup>77</sup>.

Materia social y forma jurídica surgen de hecho íntimamente conexas a lo largo de la evolución histórica, precisamente porque ambas son en realidad concreta obra y producto del hombre. Las normas jurídicas

---

<sup>77</sup> Cfr., por ejemplo, la posición de dos autores que se han ocupado con la historicidad del Derecho: G. AMBROSETTI, op. cit., págs. 125 y ss.; H. MITTEL, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar, 1947, págs. 60-65, 78-82.

aparecen como respuestas a los problemas concretos y reales que plantea la convivencia humana histórica y son determinadas y constituidas no por una «razón humana» intemporal, sino por la razón y voluntad de unos hombres determinados, cuya capacidad intelectual está parcialmente modalizada y condicionada por la situación y tradición históricas y ha de actuar dentro del contexto de las luchas y tensiones de intereses y de poder que los problemas sociales representan. Por esto, en definitiva, la determinación y constitución del Derecho es una tarea histórica, situada y condicionada temporalmente, y el Derecho mismo en cuanto actual, existente, obra y producto de dicha tarea, es también una realidad histórica, temporal, evolutiva.

Además, conviene tener en cuenta un nuevo aspecto: que lo justo y lo injusto, supuesta ya su necesaria concreción social-histórica, no aparecen ante la inteligencia humana en forma clara y evidente, sino que en la mayor parte de los casos ésta los aprecia y determina con dificultades y oscuramente. Lo jurídico, lo justo, es siempre la ordenación que, habida cuenta de la estructura propia de la «materia» a ordenar, es la acorde con las exigencias del ser humano en cuanto conviviente. Pero la relación entre la «materia» y dichas exigencias no es siempre inmediata y unívoca, sino muchas veces mediata y confusa; respecto de la mayor parte de los problemas concretos, la razón humana no puede apreciar con claridad la relación de conveniencia o contradicción con las exigencias de la naturaleza humano-social; de hecho la determinación de lo jurídico suele presentarse como una decisión difícil y discutible que se apoya en criterios y pautas intermedias y más inmediatas que el remoto y último de las exigencias de la naturaleza, en programas y finalidades sociales, muchas veces mezcladas con intereses y pretensiones de poder, que se presentan como lo justo, lo conveniente a la sociedad y al hombre como miembro de la misma. Esto constituye un factor más de la historicidad del Derecho, de su carácter temporal y evolutivo.

Resumiendo lo que antecede podemos concluir que, en cuanto realidad actual y existente, el Derecho es una realidad histórica, obra y creación histórica del hombre. Constituye un orden temporal-evolutivo, un orden surgido en el tiempo por referencia a circunstancias y problemas sociales históricamente determinados y que cambia al cambiar éstos. En este sentido el Derecho se inserta en el conjunto de la vida social histórica y de su evolución como elemento básico integrante de la misma; es la forma ordenadora de dicha vida social que representa la objetivación de la vivencia humana histórica de la justicia. El Derecho sólo existe, por tanto, como Derecho histórico-concreto, como orden jurídico de una sociedad determinada; la «esencia» del Derecho sólo adquiere realidad existencial como orden social-histórico concreto; fuera de éste no exis-

te ningún otro Derecho, no existe el Derecho en general, un Derecho abstracto y universal.

Sin embargo, no debe olvidarse el otro aspecto de la realidad del Derecho que nos revela los momentos o elementos integrantes de la misma que sobrepasan y trascienden sus concretas determinaciones históricas. El Derecho, según acabamos de destacar, sólo existe como Derecho histórico concreto, como orden social-histórico. Pero, a su vez, ninguna realidad jurídico-histórica concreta agota plenamente el ser del Derecho, aunque éste sólo exista y se manifieste en ellas, sino que cada una representa una manifestación parcial, histórica, de un sentido o «esencia» que las trasciende, que es suprahistórica. En último término el Derecho es deber ser, forma ordenadora de carácter esencialmente intelectual que sirve a una finalidad y arraiga en unas exigencias que poseen una significación independiente y trascendente a toda determinación humana histórica.

Desde luego, según hemos dicho, el hombre en la práctica sólo determina y constituye el Derecho históricamente, en referencia a unos problemas o «materia» sociales históricamente determinados; pero, en cuanto tal determinación y constitución, con las reservas y matices antes señalados, es fundamentalmente intelectual, la inteligencia humana al mismo tiempo que referida a lo concreto e inmediato puede trascender y trasciende esta concreción e inmediatez para aprehender el sentido o significación universal o suprahistórico de lo justo, de lo jurídico; de aquí que todo Derecho, aunque sólo adquiriera su plena y acabada significación en cuanto tal como orden histórico concreto, refleja también, aun dentro de esta concreción, dicho sentido universal y suprahistórico. Ahora bien, esta «esencia» o «sentido esencial» trascendente y suprahistórico del Derecho no es sólo objeto de consideración de la ciencia y la filosofía jurídicas, del pensamiento especulativo y abstracto, sino que tiene una importancia y juega un papel decisivos en la elaboración y evolución práctica del Derecho.

En efecto, según acabamos de apuntar, al igual que en toda operación intelectual también en la determinación práctica del Derecho el pensamiento humano, al mismo tiempo que sólo puede llevarla a cabo en cada momento respecto de unos datos concretos y normalmente con esfuerzo y riesgo de error, vislumbra y puede elevarse a la aprehensión del sentido trascendente de lo jurídico, de lo justo en sí, de las «exigencias generales de la justicia». No queremos decir que todos los hombres posean de hecho una concepción clara, racional y sistemáticamente fundada, de dicho sentido trascendente de lo jurídico, de la «idea» de la justicia —el alcanzar una concepción tal y expresarla en fórmulas más o menos acertadas es tarea del pensamiento científico y filosófico, aunque no debiera olvidarse que este pensamiento es un factor positivo

de influencia en la vida jurídica real—; pero sí que pueden poseerla y que de hecho aprehenden tal sentido o exigencias generales más o menos clara o confusamente, intuitiva o racionalmente, pues el desenvolverse en este doble plano entre lo justo concreto y actual y lo justo en sí, lo justo trascendente, es algo propio del modo como el hombre constituye y determina el Derecho. Precisamente por esto se explica el continuo trascender crítico de los órdenes jurídico-históricos, la permanente superación y reforma perfectivas del Derecho vigente, la eterna apelación a la justicia como criterio y medida última de todo Derecho histórico<sup>78</sup>.

Como conclusión de este apartado podemos decir que el Derecho no es una realidad absoluta y exclusivamente histórica si por ello se entiende que se trata de una creación humana histórica puramente contingente, que por todo lo que es y significa constituye algo sometido a un cambio azaroso a lo largo del tiempo, a decisiones del hombre absolutamente libres e incondicionadas. Ni en cuanto a su existencia y la finalidad que la justifica y exige, ni en cuanto a su estructura y contenido de sentido, constituye el Derecho una realidad puramente histórica en el sentido antedicho. Por el contrario, constituye algo necesario como medio fundamental para la finalidad necesaria de ordenar la convivencia humana en sociedad, y su estructura y contenido responden a exigencias en relación con dicha finalidad que poseen una significación independiente y trascendente respecto de las concretas determinaciones humanas históricas; en este sentido puede hablarse de una «esencia» o sentido esencial trascendente o suprahistórico del Derecho.

Sin embargo, el Derecho es una realidad histórica en este otro sentido: en cuanto que sólo existe actualmente como tal, sólo cobra realidad actual, como obra o creación histórica del hombre, aunque en ella éste haya de actuar atendiendo a límites y exigencias «objetivos»; en cuanto que aquel sentido esencial del Derecho sólo se traduce en Derecho real y existente merced a la acción del hombre que ha de constituirlo y elaborarlo en cada momento como respuesta a los problemas concretos que plantea la convivencia. En este sentido el Derecho es siempre histórico. Porque, además, según pusimos de relieve en otro momento, no debe olvidarse que no cualquier proposición normativa acorde con el «sentido esencial» del Derecho aun la más acertada en el plano puramente especulativo, es verdadero Derecho, existe como tal, sino que sólo lo es aquella que es actualmente válida, aquella que existe en la forma de ser actualmente reconocida como vinculante en una sociedad histórica determinada. Por esto, el Derecho en cuanto existente es siempre histórico, es siempre el orden jurídico de una sociedad y para una sociedad

<sup>78</sup> Cfr. H. MITTEIS, *Vom Lebenswert...*, cit., págs. 113 y ss.

históricamente determinada; el ámbito en que el Derecho existe y se desarrolla es siempre el tiempo social, el tiempo histórico<sup>79</sup>.

C) Veamos ahora breve y concisamente, sobre la base de lo anteriormente dicho acerca del carácter histórico del Derecho, cómo puede ser posible y qué sentido puede corresponder al Derecho Natural.

Partiendo del supuesto de que al hablar de Derecho Natural entendemos hablar de Derecho en sentido estricto y riguroso, de preceptos jurídicos real y actualmente válidos, existentes como tales, es más fácil comenzar diciendo lo que no puede ser el Derecho Natural.

En primer lugar, no puede ser un completo orden jurídico válido por sí para todos los pueblos y épocas, una especie de Derecho universal que debiera sustituir a los diferentes órdenes jurídicos positivos e históricos, o que estuviera sobre ellos funcionando como medida o criterio para enjuiciarlos. Esta concepción es completamente insostenible y contradictoria con el carácter histórico del Derecho, tanto respecto de la determinación de su contenido, como de la forma en que propiamente existe como tal. Pero, en verdad, esta concepción del Derecho Natural sólo puede atribuirse parcialmente y con reservas a algunos representantes del yusnaturalismo racionalista.

Tampoco puede sostenerse, a nuestro juicio, aquella forma de entenderlo que, aunque reconoce el carácter histórico variable de los órdenes jurídicos positivos, lo concibe como un conjunto de preceptos fundamentales que al margen de aquéllos valen directamente como jurídicos de forma universal e inmutable; se trataría, no de un completo orden jurídico, pero sí de un elenco de normas básicas verdaderamente existentes como Derecho y cuyo ámbito directo de existencia y validez sería la universalidad del género humano y la totalidad del tiempo histórico. Estimamos que no puede hablarse de ningún Derecho, de norma jurídica alguna, que verdaderamente valga y exista como tal directamente para todos los hombres y en todos los tiempos, en forma universal y supra-

<sup>79</sup> Decimos en el tiempo social, en el tiempo histórico. Toda la ambigüedad del libro, tan poco claro, de L. Carnelli (*Tiempo y Derecho*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952), tiene su raíz en que el autor se empeña en descubrir y explicar el Derecho y todo lo jurídico dentro del y a partir del que llama «tiempo existencial», el único, primario y verdadero tiempo, el tiempo de Heidegger, en definitiva, el tiempo propio de la vida y existencia individuales, con lo que se incapacita para entender verdaderamente el Derecho al que le es constitutiva la nota de socialidad; Heidegger no ha logrado una satisfactoria explicación de la historicidad del ser humano, de la historia, porque en su análisis no ha llegado a sobrepasar el plano de la individualidad cerrada, los límites biográficos del nacimiento y la muerte, para enlazar con la auténtica dimensión comunitaria, histórica, del hombre. Cfr. sobre esto E. NICOL, *Historicismo y Existencialismo. (La temporalidad del ser y la razón)*, cit., págs. 25 y ss., 382 y ss.

temporal o suprahistórica. En cuanto a la forma propia en que se manifiesta y existe el Derecho es siempre el orden jurídico válido en una comunidad históricamente determinada, existe siempre como lo justo actualmente válido en y para una sociedad; cada comunidad social posee el suyo y fuera de los distintos Derechos de las diferentes comunidades sociales históricas no existe como tal Derecho alguno.

Lo anterior quiere decir que respecto de su formal existencia como verdadero Derecho válido no pueden distinguirse dos órdenes jurídicos diferentes, dos Derechos distintos; que, por tanto, el Derecho Natural no puede concebirse como existiendo fuera de la historia, como valiendo universal y eternamente por encima y con independencia de los órdenes jurídicos históricos; por el contrario, si constituye verdadero Derecho existente, ha de serlo formando parte integrante del orden jurídico propio de cada comunidad social histórica. Si aceptamos que la «positividad» del Derecho no significa sino la connotación de su real y actual existencia como tal manifestándose en las diversas formas, variables a lo largo de la historia, en que la comunidad lo puede reconocer y lo reconoce como orden válido y vinculante, hemos de aceptar que también el Derecho Natural es Derecho positivo, que en cuanto existente ha de serlo como Derecho positivo.

¿En que se diferenciarían entonces Derecho Natural y Derecho positivo, los preceptos de uno y otro —dejando al margen la relativa propiedad de esta terminología desde el punto de vista de lo que acabamos de decir—? La diferencia se manifestaría en dos caracteres íntimamente conexos entre sí respecto de su fundamentación y explicación. El primero, relativo a la diferente extensión social y temporal del ámbito de validez de unos y otros preceptos, se expresaría en la «universalidad» e «inmutabilidad» que corresponde a los preceptos del Derecho Natural. Estos, aunque en cuanto Derecho actual y efectivamente válido o existente se integran como parte del orden jurídico positivo de cada comunidad social histórica, no constituirían Derecho válido sólo para una o varias sociedades más o menos afines, o sólo para una época histórica más o menos extensa, sino que aparecerían como preceptos válidos dentro del orden jurídico de todas las comunidades históricas. Su universalidad e inmutabilidad no significarían que constituyan un Derecho que, al margen de los Derechos positivos, valga directamente para la totalidad del género humano, pero sí que se trata de un conjunto de preceptos que por su misma fundamentalidad se repiten en una u otra forma en todos los órdenes jurídicos constituyendo parte permanente de los diferentes Derechos positivos.

El segundo carácter se referiría al fundamento de la validez de unos y otros preceptos. Los de Derecho Natural, lo mismo que los de Derecho positivo, valen inmediatamente por su positividad, es decir, porque se

ponen y aparecen en cada caso según las distintas formas de manifestación externa a través de las cuales la comunidad los conoce y reconoce como actualmente vinculantes, obligatorios. Sin embargo, mientras que respecto de los de Derecho positivo la positividad juega un papel determinante, en cierto modo constitutivo, de su validez como verdaderos preceptos jurídicos, no ocurre lo mismo respecto de los de Derecho Natural; respecto de éstos la positividad sería sólo manifestativa de una validez que corresponde ya de por sí a los preceptos mismos, es decir, se trataría de preceptos cuyo carácter de verdaderas normas jurídicas se revela o puede revelarse directamente a la comunidad con independencia de la forma histórica de imposición positiva que normalmente revistan. En última instancia la validez de todo precepto de Derecho se funda en su verdad o justicia intrínsecamente; pero, mientras que en un caso, Derecho positivo, la verdad o justicia sólo se constituye como tal para toda la comunidad merced a su imposición positiva, en el otro, Derecho Natural, es directamente patente u ostensible porque es apreciada inmediatamente como evidente por todos, sin perjuicio de que de hecho se manifieste también en la forma histórica apropiada de positividad. Esta validez por sí que correspondería a los preceptos de Derecho Natural tendría precisamente ocasión de manifestarse en la práctica en aquellas situaciones excepcionales en que tales preceptos no son recogidos o son contradichos por la legislación positiva.

Según lo anterior, el Derecho Natural estaría constituido por un conjunto de preceptos jurídicos fundamentales válidos por sí en razón a que su verdad o justicia intrínseca aparece como evidente y que por su misma fundamentalidad, porque constituyen condiciones necesarias en todo caso y momento para la instauración de una convivencia humana pacífica, son permanentes a través del tiempo en el sentido de que aparecen como parte integrante de los diferentes órdenes jurídicos históricos. Ahora bien, ¿es conciliable la existencia de un Derecho Natural así entendido con el carácter histórico del Derecho? Destaquemos brevemente, ateniéndonos a lo antes dicho acerca de la historicidad de los órdenes jurídicos, con qué condiciones inmediatas y en qué sentido puede serlo.

Recordemos primeramente los factores inmediatos de la historicidad del Derecho conforme a lo establecido en el apartado anterior. Dijimos que la realidad y sentido del Derecho no se agota en cada una de sus concretas y parciales realizaciones históricas, sino que las desborda, pudiendo hablarse de un sentido transcendente de lo jurídico, de un valor o significado del Derecho universal respecto de aquellas sus singulares determinaciones. El hombre aprehende naturalmente y posee en una u otra forma este sentido transcendente de lo jurídico, este valor o significación universal de lo justo; a veces, incluso, es formulado en proposiciones,

bien de índole enunciativa, bien en forma normativa como precepto en que se traducen las «exigencias generales de la justicia».

Estas proposiciones, sin embargo, no constituyen verdadero Derecho por su misma generalidad y abstracción, ya que son precisamente expresivas de un sentido del Derecho trascendente a toda determinación, vaciado por tanto de todo contenido concreto, abstracto. Sólo se constituyen en Derecho por referencia a una materia social dada, a unas determinadas acciones o posibilidades de realización social humana, a unos problemas reales que plantea la convivencia. Ahora bien, según dijimos, el Derecho que así se constituye por obra del hombre aparece como un orden histórico, temporal y evolutivo. Era así porque la «materia» social en función de la que se constituye como tal es variable y evolutiva, y porque la operación volitivo-intelectual en que dicha constitución consiste está también, en principio, condicionada temporalmente; esto último, no sólo porque dicha operación tiene lugar de hecho en íntima vinculación a los problemas sociales en que consiste la «materia» a ordenar, sino también porque el carácter de justa o injusta de ésta constituye en la mayor parte de los casos un problema oscuro y difícil, ya que, por la limitación e imperfección de la mente humana, su relación de conveniencia o contradicción con las exigencias de ser del hombre en cuanto social no puede ser apreciada como directa y clara, sino como remota y difícil de establecer; de aquí que, normalmente, la justicia o injusticia de la «materia», lo que en concreto ha de valer como lo justo, como Derecho, ha de decidirse a partir de valoraciones y criterios intermedios, más inmediatos y concretos, históricos.

Recordado lo que antecede es fácil determinar cuáles son los supuestos que han de darse para que sea posible la existencia del Derecho Natural en la forma en que lo hemos entendido, es decir, como un conjunto de preceptos válidos por sí y permanentes a través del tiempo en el sentido explicado. Ante todo será necesario que exista una «materia» social respecto de la que el sentido trascendente y universal de lo jurídico pueda concretarse de manera directa, clara e inmediata en verdadero Derecho; es decir, han de darse unas acciones o formas de relación social humana cuya justicia o injusticia aparezca como inmediatamente evidente, lo que quiere decir que su relación de conveniencia o contradicción con las exigencias del ser humano en cuanto social pueda ser apreciada por todos directa, simple e inequívocamente, sin necesidad de que medie ninguna valoración o criterio intermedio históricamente condicionado; siendo así, los preceptos que manden o prohíban tales acciones serán preceptos que valen por sí, ya que su verdad o justicia intrínseca aparecerá como evidente a la generalidad de los hombres y de los pueblos. La posibilidad de que así ocurra de hecho puede explicarse porque tales acciones o formas de relación social constituyen inmeditamente por sí alternativas de ele-

mental y básica trascendencia para la convivencia, por lo que su determinación como justas o injustas es objeto de una apreciación inmediata, simple e inequívoca para todos; piénsese, a título de ejemplos clásicos, en acciones como la que consiste en arrebatar la vida del semejante conviviente, o en arrebatarle aquellas cosas que la propia comunidad le reconoce como propias, etc., y en los preceptos que las prohíben.

Por otra parte, la permanencia de estos preceptos como válidos a través de los cambios históricos presupone el que las acciones que regulan se repiten también inalteradas en su significación o sentido esencial; esto quiere decir, según consignamos en su momento, que aunque en cada sociedad y época se manifiesten en formas varias y distintas, éstas pueden ser comprendidas clara e inequívocamente, desde el punto de vista de su valoración jurídica, como concreciones históricas del tipo general enjuiciado en el precepto universal. Bajo este supuesto serán posibles preceptos cuya validez permanezca inmutable a través del tiempo, aunque en cuanto inmediatamente efectivos experimenten un despliegue histórico en el sentido de que dentro del orden jurídico de cada sociedad y época podrán aparecer concretados en normas diversas más precisamente formuladas al referirse a las formas históricas concretas en que la acción regulada se presenta.

¿Es incompatible con el carácter histórico del hombre y del Derecho como obra y «creación» cuya la posibilidad de que se den de hecho estos supuestos sobre los que inmediatamente ha de asentarse un Derecho Natural en sentido riguroso? A nuestro juicio, ateniéndonos al modo como hemos explicado la historicidad, no lo es, aunque sin duda tal explicación implica, a su vez, una serie de supuestos incompatibles con una posición radicalmente historicista; supuestos, ante todo, de orden metafísico general relativos a la relación entre ser y devenir; más concretamente respecto del hombre supone admitir que, aunque se trate de un ser histórico al que corresponde esencialmente el poder cambiar y hacerse a sí mismo distinto a través del tiempo, este cambio y devenir se fundan y explican en base a una «naturaleza» o esencia que en sus caracteres primarios y esenciales permanece invariable a través de los cambios; por último, respecto del orden normativo de la acción supone que, aunque este orden sea obra del hombre, creación de su razón a lo largo del tiempo, no es una creación arbitraria, absolutamente contingente y variable, sino que la razón actúa bajo límites y exigencias cuyo fundamento primario radica en la propia naturaleza esencial y permanente del hombre.

A nuestro juicio, la admisión del Derecho Natural como verdadero y estricto Derecho en la forma en que lo venimos entendiendo no contradiría la historicidad de todo orden jurídico en general, no significaría una inmovilización o petrificación del contenido jurídico obstaculizadora del cambio y evolución histórica del Derecho ni eximiría, por tanto, de la

tarea constantemente renovada de búsqueda y constitución de lo actual y concretamente justo. En primer lugar, porque sólo muy pocos preceptos jurídicos fundamentales pueden ser considerados como integrantes de aquél, mientras que todo el resto del Derecho tiene sólo una significación y un valor históricamente limitados; en este sentido la admisión del Derecho Natural significaría simplemente que en la permanente tarea histórica de constitución de lo jurídico nuestra razón posee por naturaleza la disposición o capacidad de apreciar y reconocer inmediata y evidentemente como tales aquellos preceptos que aseguran las condiciones mínimas indispensables en todo momento para la instauración de una convivencia humana pacífica. Por otra parte, también el Derecho Natural se da y se pone en la historia, es decir, también en el seno de ese conjunto de preceptos que lo constituyen se da un proceso y un despliegue históricos, ya que estos preceptos en cuanto efectiva e inmediatamente válidos y vinculantes han de aparecer y manifestarse en cada caso dentro del orden jurídico propio de cada comunidad social histórica; conviene precisar en este sentido, desarrollando brevemente la idea apuntada más arriba, los dos distintos planos en que pueden ser considerados los preceptos del Derecho Natural, las dos distintas formas en que existen.

En primer lugar, pueden ser considerados en cuanto formulados en forma tal que directamente valgan para todos los hombres y todas las épocas, universal y supratemporalmente; se trataría de preceptos tales como, no se debe matar, no se debe robar, deben cumplirse los pactos libremente contraídos, deben obedecerse los mandatos de la autoridad legítima, etcétera. En esta forma creemos que no pueden ser considerados como verdaderas normas jurídicas inmediatas y actualmente válidas y vinculantes como tales; ante todo, por el grado de generalidad y abstracción en que la mayor parte han de ser formulados; además, porque el ámbito de efectiva existencia y validez del Derecho no es directamente la totalidad del género humano, sino el determinado por cada real y concreta comunidad social histórica.

Es en cuanto presentes y manifiestos dentro de cada orden jurídico histórico, como parte suya, cómo estos preceptos pueden ser considerados como verdadero y actual Derecho válido y vinculante. En esta forma inmediata e histórica es como la conciencia jurídica social los aprecia y reconoce. Ahora bien, en esta forma de su existencia como verdadero y actual Derecho los preceptos de Derecho Natural experimentan un cierto desarrollo histórico, una cierta historificación; primero porque las proposiciones universales y supratemporales han de desplegarse en una pluralidad de normas más precisas reguladoras de las diversas formas concretas en que dentro de cada sociedad se dan de hecho las acciones abstractamente enunciadas en aquéllas; segundo porque habrán de aparecer en formas de expresión y manifestación externas histó-

ricamente determinadas y variables. Pero, conviene precisar, en este nivel de su existencia, que estos preceptos, despliegue y manifestación histórica de las proposiciones universales y supratemporales, sólo pueden ser considerados en rigor como verdadero Derecho Natural en tanto continúen constituyendo preceptos válidos por sí, distintos de los estrictamente positivos, preceptos cuya verdad o justicia intrínseca aparezca inmediatamente evidente a todos, es decir, en tanto constituyan directa e inequívoca concreción o manifestación histórica de los principios universal y supratemporalmente válidos. Cuando no ocurra así por la singularidad o complejidad de la «materia» a propósito de la que se constituyen habrán de ser considerados como Derecho positivo, aunque por su contenido y fundamento puedan estimarse como despliegue de los principios universales, ya que sólo existirán como lo justo actualmente válido para toda la comunidad merced a su imposición positiva.

Para terminar debemos añadir que las sugerencias y distinciones apuntadas acerca de la posibilidad y sentido del Derecho Natural, habida cuenta de la historicidad de todo Derecho, tienen valor en tanto se mantenga el supuesto de que al decir Derecho Natural entendemos hablar de verdadero y estricto Derecho, de preceptos jurídicos actualmente válidos, existentes como tales. Si se abandona este presupuesto y se admite una diversa significación del término Derecho al referirnos al Derecho Natural, entonces la cuestión se plantea distintamente desde su mismo principio y se abre la posibilidad de utilizar la locución «Derecho Natural» atribuyéndole significados diferentes. Así, por ejemplo, puede entenderse por Derecho Natural el conjunto de principios o exigencias universalmente válidas respecto de la convivencia social, abstracción hecha de que constituyan, o no, verdaderas y precisas normas jurídicas; o bien el conjunto de preceptos o proposiciones que estimamos racionalmente deducidos de estos principios universales y, por tanto, verdaderamente justos, sin considerar si son efectiva y actualmente reconocidos como tales por la comunidad. También puede utilizarse el término Derecho Natural para designar el fundamento suprapositivo del Derecho, en sí Derecho positivo, la idea de que éste ha de fundarse en exigencias racional-objetivas y ha de considerarse, por tanto, abierto a una permanente reforma prefectiva que lo haga más acorde con dichas exigencias según las peculiares circunstancias social-históricas.

A nuestro juicio, el expediente de considerar que los preceptos del Derecho Natural no son propiamente jurídicos, sino morales, o que ocupan una zona limítrofe entre lo estrictamente jurídico y lo moral, no resuelve nada esencial respecto de la cuestión que nos ocupa; únicamente quedarían salvadas así las exigencias que derivan del constitutivo carácter social que es propio de la forma de existencia de las normas jurídicas como lo justo actualmente válido en y para la comunidad; pero,

como ha sido destacado, la existencia de normas morales universal e inmutablemente válidas plantea en cuanto a su posibilidad, habida cuenta del carácter histórico del hombre y de las normas de la acción humana, unos problemas y supone unas condiciones sustancialmente idénticos a los que han venido ocupando nuestra atención.

J. DELGADO PINTO