

6.—TENDENCIAS IUSNATURALISTAS EN EL DERECHO ALEMÁN ACTUAL

por

August Freiherr VON DER HEYDTE

1. EVOLUCIÓN ESPIRITUAL DE LA POSGUERRA.

Desde la segunda mitad del siglo XIX, el jurista alemán se había acostumbrado a comprender como derecho cualquier orden del Estado que se presentara como norma jurídica, hasta que la terrible experiencia sufrida bajo la dominación nacional-socialista hizo que el jurista alemán —después de la segunda guerra mundial— volviera a plantearse la pregunta sobre la naturaleza del derecho. Con ello, al mismo tiempo y necesariamente, se impuso la pregunta sobre la realidad, la función y la naturaleza del derecho natural.

Indiscutiblemente tiene razón Erich FECHNER cuando escribía, en 1955, que la pregunta "qué es el derecho", al igual que el llamado "problema del derecho natu-

ral", representan en la práctica sólo dos expresiones de un mismo problema. Ahora bien, continuaba diciendo FECHNER, hay dos respuestas para la pregunta "qué es el derecho". La primera es que el derecho es orden usual, nacido en y pendiente de circunstancias históricas dadas y de relaciones alternas y cambiantes, especialmente económicas y políticas. Y según esta tesis, el derecho no es nada rígido y seguro, sino que representa algo relativo, que cambia según las circunstancias. La otra respuesta dice, en cambio, que el derecho se funda en normas básicas inalterables, eternas, racionales o divinas, que existen vigentes e intocables desde el principio al fin del tiempo, y que son independientes de circunstancias dadas y de los deseos u opiniones de los hombres... En torno a este problema tenemos planteada desde hace veinticinco siglos la llamada "controversia sobre el derecho natural", que es prácticamente la clave de todo pensamiento jurisprudencial. En efecto, la historia se presenta como un movimiento pendular entre estas dos opiniones básicas.

Pues bien, FECHNER diferencia, en relación con esta controversia, dos períodos en la filosofía jurídica alemana posterior a la segunda guerra mundial. Un primer período, durante el cual el iusnaturalismo se lanzó, en cierto modo, al ataque; un período, pues, en el que el iusnaturalismo llegó a ser expresión de moda; en que el buen tono o el buen gusto casi exigían declararse partidario del derecho natural. Y luego un segundo período, en el que el iusnaturalismo se vio obligado a defenderse; un período, pues, durante el cual ciertos juristas que seguían la moda empezaron de nuevo a esbozar una sonrisa ante la suposi-

ción de que existiera un derecho natural reconocible científicamente.

El primer período se caracterizó por la profunda crítica del derecho positivo. Fue precisamente esta crítica del derecho positivo la que condujo hacia la aceptación de la realidad del derecho natural. El segundo período se caracterizó por una crítica no menos fundada de las distintas doctrinas tradicionales del derecho natural. Y esta crítica condujo a una importante concentración de las distintas opiniones sobre la función y la naturaleza del derecho natural.

El artículo de FECHNER en que se hacían las anteriores distinciones fue escrito como se ha dicho en 1955, o sea, durante el segundo de los dos períodos de que nos habla el propio FECHNER. Los filósofos del derecho de primera fila, cuyos trabajos son característicos de este segundo período, casi todos pertenecían a la misma generación, una generación que había nacido durante los últimos años del siglo XIX o durante los primeros años del siglo XX. Todos ellos habían comenzado ya su carrera como prácticos o teorizantes del derecho cuando el nacional-socialismo probó mediante su legislación lo absurdo del positivismo jurídico, intentando crear un llamado derecho con el que hundió la dignidad del hombre. Pero en los años sesenta empezó a imponerse una nueva generación que no había pasado —o al menos no había pasado de la misma manera— por aquella experiencia. Esta joven generación fue más bien antifilosófica y se orientó técnica y sociológicamente. Introdujo un sociologismo de estilo americano en la doctrina jurídica alemana, e intentó, sobre todo, investigar y poner de relieve los lazos sociales del derecho. Esta genera-

ción no quiso comprender el derecho como un atributo de la naturaleza del hombre, sino como un atributo de la naturaleza de la sociedad —una sociedad en la que el hombre quedó “asimilado” por completo—. Para ellos, la sociedad es todo, y el hombre no sería sino el resultado de ciertos hechos sociales. En realidad, esta es una nueva forma de positivismo, porque la “fuerza de los datos sociales” es tan sólo otra manera de expresar la famosa “fuerza normativa de los hechos”. En efecto, la sociedad es variable por esencia. Y para los que no creen más que en la fuerza creativa de los hechos y los datos sociales, nada puede ser invariable: solamente la protesta, la reforma, la revolución y la negación de toda eternidad permanecen invariables *in aeternum*. Es claro el hecho de que en tal pensamiento, no puede darse el derecho natural, que es invariable en su esencia.

De esta manera, a los dos períodos mencionados por FECHNER, siguió un tercer período en el que ya no se criticó las doctrinas tradicionales del derecho natural, porque se consideró inútil realizar tal crítica. Cualquier doctrina iusnaturalista, sin distinguir sus contenidos, fue considerada sin más, o bien un extravío mental de una generación en pleno proceso de jubilación, o bien un perspicaz medio de lucha de la burguesía, en la lucha de clases, con la única meta de conservar la posición privilegiada de la clase gobernante.

Este alejamiento del derecho natural llegó repentinamente y por sorpresa. Prácticamente de la noche a la mañana desapareció el término “derecho natural” casi por completo de toda discusión filosófico-

jurídica. Algunos juristas que antes se habían presentado como seguidores de la doctrina del derecho natural, por seguir la moda, cambiaron ahora su presunta convicción científica como se cambia un traje. Precisamente en vistas de esta evolución, parece ser necesario que nos ocupemos un poco de los dos períodos mencionados anteriormente de la mano de FECHNER. Pues parece necesario recordar obras y teorías, que hace sólo quince años aún se encontraban en el centro de la discusión, y que hoy han sido olvidadas casi por completo por los especialistas alemanes.

Pues bien, permítanme comenzar esta orientación con una referencia a una publicación de Erik WOLF, que en el año 1955 intentó aclarar la situación en torno a la doctrina del derecho natural. Lo que intenta WOLF es analizar las diferentes doctrinas iusnaturalistas e incorporar las respuestas doctrinales dadas a la pregunta sobre el derecho antural, en el curso del tiempo, dentro de un sistema. WOLF parte de la base de que la diversidad de estas respuestas se debe a los diferentes significados que tienen los términos "natural" y "derecho", que son el punto de partida de cualquier doctrina iusnaturalista; porque, obviamente, el concepto del derecho natural depende igualmente de la comprensión del término "natural" que de la comprensión del término "derecho". Consecuencia necesaria de esta diversidad de significados del término "derecho natural" fue la constatación de las numerosas divergencias teóricas y de los contradictorios objetivos perseguidos por todos aquellos que empleaban el término "derecho natural". Pues bien, de las abundantes posibilidades de puntos de vista que nos muestra Erik WOLF magistralmente, la

presente exposición sobre las tendencias del iusnaturalismo en el derecho alemán de la posguerra, solamente intenta escoger algunos de los puntos de vista más característicos que representan la situación iusfilosófica alemana actual.

A este efecto, podemos distinguir entre dos direcciones completamente diferentes en las diversas corrientes iusnaturalistas presentadas en la doctrina alemana de posguerra, según la posición mental que se adopte al plantear el problema: unos se acercan al problema del derecho natural sobre la base de las posiciones tradicionales, desarrolladas sucesivamente; y otros estudian el problema desde el punto de vista de planteamientos recientes o actuales.

2. POSICIONES TRADICIONALES.

a) *Iusnaturalismo católico.*

Planteando la cuestión desde el punto de vista tradicional, es ante todo el neotomismo quien trató de encontrar una solución al problema del derecho natural. En Alemania se desarrolló una doctrina del derecho natural que solemos caracterizar generalmente como la doctrina católica del derecho natural. Entre sus representantes en la Alemania de hoy hay que señalar, sobre todo, a Johannes MESSNER (Wien), Ernst von HIPPEL (Köln) y Günter KÜCHENHOFF (Würzburg). Hoy en día hay que considerar también como miembro de este grupo a Alfred von VERDROSS (Wien), que originalmente fue influido mucho por Hans KELSEN. Recientemente VERDROSS publicó un li-

bro magistral sobre "derecho natural estático y dinámico", y en él reconoce al derecho natural como el derecho que corresponde a la naturaleza del hombre, intentando analizar más concretamente el contenido de este derecho natural de acuerdo con la historia de las correspondientes teorías. En este libro se muestra VERDROSS como un neotomista de pura cepa. También hay que mencionar a Heinrich KIPP, Adolf SÜSTERHIENN y a Valentín TOMBERG, un discípulo de ERNST VON HIPPEL.

Para la doctrina católica del derecho natural, la naturaleza se presenta, en primer término, como creación de Dios, por lo cual el derecho natural es un derecho que resulta de la naturaleza creada, percibida por el intelecto humano. De este modo, el derecho natural se caracteriza por una trascendencia específica frente al derecho positivo: la trascendencia de este derecho natural católico frente al derecho positivo, es una trascendencia hacia el Creador mismo, pasando a través de su obra; lo que significa que el derecho natural se comprende metafísicamente.

En el centro de cada una de estas teorías se encuentra, como ha mostrado Erik WOLF, la doctrina sobre los fundamentos del derecho. La cuestión clave, cuya respuesta se intenta encontrar, es la pregunta acerca del derecho absoluto, independiente del tiempo. Y la antinomia a resolver siempre de nuevo, es la antinomia entre un derecho natural independiente del tiempo respecto a la historicidad que ostenta cualquier derecho legislado.

b) *Iusnaturalismo protestante.*

Frente a la doctrina católica del derecho natural se encuentra, en una confrontación parcial aguda y deseada, una teología protestante del derecho, que no es una mera teoría, subrayémoslo, sino una "teología" del derecho. Sin embargo, la expresión "derecho natural" sólo se emplea a veces —así es el caso de Hermann WEINKAUFF, primer presidente del tribunal supremo de la república federal—; otras veces, la expresión "derecho natural" es rechazada. Pero la demanda principal y la comprensión básica, independientemente de esta cuestión terminológica, parecen ser siempre idénticas. La teología protestante del derecho tiene representantes importantes en Erik WOLF (Freiburg), Walter SCHÖNFELD (Tübingen) y Ulrich SCHEUNER (Bonn). Estos aparte, hay que mencionar a Hans LIERMANN, Ernest WOLFF y Hans DOMBOIS.

Esta teología protestante del derecho tiene mucho en común con la doctrina católica del derecho natural. También para ella no es auto-justicia la justicia del derecho positivo. También comprende ella metafísicamente el derecho suprapositivo. Y también tiene ella su punto central en la doctrina sobre los fundamentos del derecho. Pero esta teología protestante del derecho, en principio, no reconoce un derecho natural de acuerdo con la doctrina católica: porque según esta doctrina protestante, al hombre caído en pecado le queda cerrada la posibilidad de conocer la verdadera justicia, siendo sólo la "palabra" del mis-

mo Creador la que permite al hombre pecador reconocer las normas del derecho eterno: y nunca a través de la naturaleza creada o a través del carácter de su ordenación.

En todo caso, el derecho natural católico se fundamenta antropológicamente, mientras que —como hace resaltar Erik WOLF— el derecho eterno de que habla la doctrina protestante se fundamenta cristológicamente. La trascendencia de este derecho eterno toma, así, la dirección opuesta a la del derecho natural católico: es una trascendencia de Dios hacia el hombre, dado que la "palabra" se presenta como una "revelación" del derecho en el mundo y en la historia —historia entendida como "historia de la salvación"—. La antinomia en cuestión es la que se da entre una "existencia cristiana" y una "existencia profana".

Junto a estas dos direcciones de la teoría jurídica germánica reciente, que se ocupan del derecho natural desde un ángulo religioso, tenemos otras dos direcciones que arrancan de una perspectiva filosófica estricta: del idealismo objetivo de HEGEL y del idealismo subjetivo de KANT. En última instancia, el punto de partida de neohegelianos y neokantianos es, igual que hemos visto en los neotomistas, una pregunta basada en la tradición. Es significativo que la etiqueta terminológica que se suele dar a estas tres direcciones tenga en común el prefijo "neo".

c) *Iusnaturalismo neohegeliano.*

El neohegelismo participó apenas en las discusiones en torno al problema del derecho natural después de la segunda guerra mundial. Probablemente, esto

se debe en parte a la severa hipoteca con la que se cargó al neohegelismo en Alemania por haber usado y abusado políticamente de sus teorías el nacional-socialismo hace una o dos generaciones —y tengo que notar que actualmente el mismo neohegelismo influencia las teorías extremistas del socialismo alemán—. Como la más importante participación del neohegelismo en torno a la cuestión de “qué es el derecho” hay que mencionar las últimas obras de Gerhard DULCKEIT y también podemos recordar a Karl LARENZ.

El concepto de derecho natural aparece en el neohegelismo actual muchas veces en una curiosa unión con “lo histórico” —una unión, por cierto, que le suele ser extraña al derecho natural, como ha subrayado Erik WOLF—. La historicidad del derecho —continúa diciendo WOLF— indica una legalidad evolutiva, que obra desde el principio en la historia del derecho y que marca su rumbo. Por lo tanto, esta “historicidad del derecho” no se refiere precisamente a lo transitorio, lo alterable o lo variable que muestra el derecho en su manifestarse, sino a la ley de su origen: origen que, aunque escondido tras la diversidad y las transformaciones, es uno solo, eterno, estable y repetido en cada fenómeno jurídico. La trascendencia del derecho natural en el sentido del neohegelismo actual, si acaso existiera un tal derecho natural, se presentaría, pues, frente al derecho positivo, en este trascender desde la alteración momentánea a la inalterabilidad del desarrollo histórico; y en su centro encontraríamos la doctrina sobre la idea del derecho. Pero el concepto de un tal derecho natural neohegeliano, no sería, sin embargo, el único camino para

acercarse comprensivamente al problema del derecho natural a través de HEGEL. Una interpretación lógico-materialista de HEGEL, que aún nos falta actualmente —si bien es extremadamente necesaria— podría llevar a nuevas conclusiones sobre el problema del derecho natural.

La conexión entre la cuestión del derecho natural y una observación histórica, no la encontramos, por lo demás, hoy en día solamente en los pocos representantes del neohegelismo que intentan analizar seriamente el problema del derecho natural. Tal conexión es también característica para la comprensión del iusnaturalismo de Heinrich MITTBIS (München). E incluso Thomas WÜRTEMBERGER (Freiburg) —si bien se sitúa frente al moderno renacimiento del derecho natural con ciertas reservas— no busca en las reglas típicas del derecho, que se repiten en el desarrollo histórico, medidas absolutas, independientes del tiempo, sino que busca una legitimación espiritual más profunda para cualquier decisión jurídica que haya de ser tomada en una situación concreta.

d) *Iusnaturalismo neokantiano.*

Durante los últimos años, el neokantismo ha tenido mucha más influencia sobre la filosofía del derecho alemana que el neohegelismo. Esta influencia del neokantismo produjo tres direcciones completamente distintas en torno a la discusión sobre el problema del derecho natural.

a') Primeramente, el idealismo subjetivo de KANT condujo hacia una doctrina que, siguiendo a Rudolf

STAMMLER, comprendió el derecho natural como pura lógica. Hoy día está representada por Jürgen VON KEMPSKI. Un tal derecho natural, comprendido sólo lógicamente, como dice Erik WOLF, coincide en definitiva —como esencia de lo que se piensa o se sabe “correctamente”— con la lógica de la jurisprudencia, o sea, con el método correcto del pensamiento jurídico. Su trascendencia respecto al derecho positivo es una trascendencia que sobrepasa los aspectos históricos, los principios éticos, los lazos psicológicos y los condicionamientos sociales: pudiendo ser cada uno de éstos contenido del derecho positivo. Es, pues, una trascendencia del contenido hacia la forma pura, para la cual el contenido no tiene importancia. En el centro de un tal derecho natural lógicamente comprendido hay una teoría sobre los “términos” fundamentales del derecho. La cuestión clave, por lo que aquí interesa, es la pregunta sobre el derecho lógicamente posible y, por lo tanto, formalmente correcto. La antinomia que se quiere resolver es la antinomia entre un contenido obedecido de hecho y una forma reconocida lógicamente como correcta. El origen de esta antinomia se encuentra en la supuesta oposición entre un mundo del ser y un mundo del deber ser.

Quizá —pero en todo caso, sólo hasta cierto grado— también se podría incluir en esta dirección del neokantismo que entiende lógicamente al derecho natural, el intento de Carl August EMGE de aproximarse al derecho natural. Ciertamente que EMGE no está influido solamente por KANT, sino también por NIETZSCHE y por la axiomática formalista de HILBERT. Según EMGE, la “idea pura” en la que se juntan y encuentran realidad y exactitud, es una especie de supremo prin-

cipio normativo apriórico, una especie de “punto cero” en un espacio de categorías lógicas y realidades condicionantes, una a modo de última razón de compromiso de todas las expresiones empíricas del derecho positivo. Siendo *a priori*, esta idea es —al igual que todas las proposiciones apriorísticas deducidas de ella lógicamente— una necesidad lógica en el sentido de que no puede ser de otra manera. Pero también según EMGE, hay luego un proceso de concentración gradual, en la esfera de lo real y de lo concreto, que constituye el camino desde aquel “punto cero” hasta la situación concreta en la que se encuentra el derecho positivo. La trascendencia de que se trata aquí es la trascendencia de la esfera categorial a la esfera empírica. También comprende EMGE el origen suprapositivo del derecho positivo de un modo lógico; y también se encuentra en el centro de su teoría jurídica una doctrina sobre los “términos” fundamentales del derecho.

b') Una segunda dirección del neokantismo quiere comprender el derecho natural de manera distinta, a saber, éticamente. Basándose sobre la filosofía de KANT, ya en el año 1924 Rudolf VON LAUN (Hamburg) predijo un renacimiento del pensamiento iusnaturalista en su famoso discurso sobre “moralidad y derecho”. La idea esbozada por él por vez primera en este discurso consiste en que la obligación jurídica sólo puede basarse, al fin y al cabo, en una ley que el obligado se haya dado a sí mismo en todo su alcance. Esta idea sería desarrollada más tarde en publicaciones posteriores por el propio LAUN. En ellas aparece siempre entendido el derecho natural como este “derecho de conciencia” del individuo, dado y reco-

nocido por sí mismo y considerado como el único obligatorio. Al igual que algunos neohegelianos superaron la objetividad del idealismo hegeliano, supera aquí LAUN —que es el más próximo a KANT de todos los críticos de KANT entre los neokantianos— el idealismo subjetivo kantiano, hasta llevarlo a su posibilidad extrema. Se puede dudar, por ello, de si en esta teoría iusnaturalista puede seguirse hablando de una verdadera trascendencia, ya que —según LAUN siempre— también el derecho positivo, en cuanto derecho obligatorio, se produce primeramente en el deber experimentado por el individuo; a no ser que se hable de una trascendencia de este deber experimentado en la realidad del cumplimiento de dicho deber.

Ya antes de la segunda guerra mundial había desarrollado LAUN detalladamente los fundamentos de su teoría del derecho. Después de la guerra es Helmut COING (Frankfurt) quien intenta establecer de nuevo el derecho natural en el sentido del idealismo kantiano. Para su propósito, se basa en la "filosofía del valor" de MAX SCHELER y Nicolai HARTMANN. Partiendo de la conciencia del valor del hombre, COING intenta encontrar un sistema de valores supremos del derecho ético, así como de principios jurídicos sustanciales. Como medida y legitimación del derecho positivo, la trascendencia del derecho natural frente al derecho positivo se basa —según COING— en la salida de la esfera del mero comportamiento exterior, y el acceso a la esfera interior del hombre: es decir, la esfera de la vivencia personal y de la conciencia; pero sin que, como ocurre en el caso de LAUN, el derecho positivo situado fuera de dicha esfera interior sea negado como derecho, al comprenderlo únicamente

como una suma de proyectos y ofertas dirigidas a la esfera interior.

Si bien LAUN y COING se diferencian mucho en sus doctrinas, por otro lado, no les une solamente su común raigambre en la filosofía kantiana, sino también la comprensión mutuamente compartida del derecho natural cual orden éticamente obligatorio. En el centro de este derecho natural éticamente comprendido se encuentra una doctrina sobre los principios fundamentales del derecho: la cuestión clave es la pregunta sobre el derecho "sustancialmente" correcto. La antinomia a resolver, por su parte, es la que surge entre el *pragma*, que sabe que la legalidad está de su lado, y el *ethos*, que se realiza en la moralidad.

c') Una tercera dirección de origen neokantiano en torno a la cuestión del derecho natural se nos presenta en las últimas obras de GUSTAV RADBRUCH. Punto de partida de la doctrina de RADBRUCH sobre el derecho supralegal es un doble reconocimiento. Por un lado, el reconocimiento de que los hechos de la vida social representan la materia para la constitución de los preceptos legales, y que, por lo tanto, la realidad del derecho pertenece a la materia de la idea del derecho. Y por otro lado, el reconocimiento de que la validez de cualquier derecho se basa en el valor que es inmanente al mismo, o sea, de que la idea del derecho es inmanente a cada derecho positivo, siendo su razón legitimadora y su medida normativa. El derecho supralegal —que constituye la esencia de aquellos principios del derecho que son más fuertes que cualquier ley, por ser expresión de la idea del derecho— no se sitúa, según RADBRUCH,

junto al derecho positivo, sino dentro mismo de él. Cada ley en la que la idea del derecho no se muestra eficiente —y por lo tanto, con mayor razón, cada ley que contradice a dicho derecho supralegal— no tiene, para RADBRUCH, validez como derecho. La trascendencia que RADBRUCH quiere resolver es la trascendencia de los condicionamientos sociales frente a las necesidades y razones de la idea del derecho. RADBRUCH comprende el derecho natural —si concedemos el llamar de tal modo a su derecho supralegal— de un modo ontológico. El centro de la doctrina del derecho supralegal representa, por consiguiente, una doctrina sobre las estructuras básicas del derecho. Y la cuestión clave que interesa a RADBRUCH es la pregunta sobre el derecho realmente vigente.

Desde luego, la respuesta a esta pregunta supone primeramente una aclaración de la otra pregunta sobre el contenido de la idea del derecho. El contenido de la idea del derecho es, para RADBRUCH, la justicia, como tal, que se desarrolla en tres direcciones: como justicia formal, como seguridad jurídica y como pertinencia ideal; y que se encuentra en una tensión continua debido a este triple desarrollo. Un conflicto entre estas tres posibilidades de acción de la justicia, es prácticamente un conflicto de la justicia consigo misma —o mejor dicho, un diálogo necesario de la justicia consigo misma—. Sin este diálogo inmanente al derecho, sin esta antinomia, no habría ningún derecho: y el resolver esta antinomia es la misión siempre nueva del derecho. En primer lugar, la seguridad jurídica exige también la validez de la ley que contradice realmente a la justicia formal, si al menos tiende a realizarla. Pero cuando hasta

esa tendencia falta —o siempre que la contradicción de la ley frente a la justicia llega a un límite insostenible para la conciencia del individuo— entonces la ley tiene que ceder ante el derecho supralegal. Parece, pues, que también para RADBRUCH se encuentra la decisión final en la esfera de una convicción dialéctica y en el plano de la conciencia individual. Sin duda RADBRUCH ha sido socialista; pero me parece útil señalar el abismo insalvable que le separa de los socialistas de hoy como Horst EHMKE.

3. POSICIONES ACTUALES.

Es justamente de estas esferas de la convicción dialéctica y de la conciencia individual, de lo que Hans WELZEL (Bonn) no quiere saber nada cuando se trata del derecho natural. También quiere comprender WELZEL el derecho natural, en cierto sentido, ontológicamente. Pero WELZEL parte de bases filosóficas completamente distintas de las de RADBRUCH y, por consiguiente, no ve la tensión dialéctica entre un entendimiento, ora ontológico, ora ético, del derecho natural; una tensión que aparece en RADBRUCH no sólo en el sentido de una necesaria distinción —lo que sí admite WELZEL—, sino también en el sentido de una necesaria e irrevocable relación. WELZEL niega el contenido axiológico-teorético de las doctrinas tradicionales del derecho natural y llega finalmente a emplear ciertas estructuras lógico-materiales del objeto como un punto de partida y de orientación para las reglas jurídicas, que deben limitar la arbitrariedad del legislador y contener verdades eternas. El derecho

que WELZEL llama derecho natural, quizás sea un derecho naturalista, sin duda alguna; pero jamás puede ser considerado como derecho natural auténtico. Y lo mismo puede decirse, como veremos, de MATHOFER.

RADBRUCH, como Erik WOLF, y ambos congenian mucho, pone el problema del derecho natural en la doble perspectiva que venimos distinguiendo: esto es, desde la perspectiva de la tradición y desde la perspectiva de la actualidad. Esta última consiste en inquirir tomando al hombre y su existencia como punto de partida, es decir, arrancando del fondo esencial interior del hombre, en el que éste es sí mismo y se realiza a sí mismo. Entre los partidarios de esta manera segunda de plantear la cuestión podemos citar a Erich FECHNER (Tübingen) y a Werner MATHOFER (Saarbrücken). Ambos se acercan al problema del derecho natural desde la filosofía existencial de K. JASPERS y de M. HEIDEGGER. Al mismo tiempo, ambos tienen también raigambre en una esfera religiosa —o, hablando de MATHOFER, casi religiosa—. Ambos ven la tensión enorme que se da entre la estética de las teorías iusnaturalistas clásicas y la dinámica existencial. Y ambos, finalmente, se encuentran aún, científicamente hablando, a medio camino como buscadores, exploradores o precursores; pero no como observadores tranquilos que contemplan el problema desde una posición rígida e inamovible. Aquí precisamente se manifiesta la gran diferencia existente entre el escepticismo de MATHOFER y la fe de VERDROSS. Ambos ven esta tensión; pero ella permanece irresuelta en MATHOFER, mientras que queda resuelta en VERDROSS según el espíritu de Santo Tomás.

FECHNER opone al derecho natural de contenido en formación, tanto un derecho natural de contenido dado, como un derecho natural de contenido cambiante. El hombre participa en este derecho natural de contenido en formación de manera distinguida y decisiva; en él, se atreve el hombre, arriesgando su ser en la empresa, a probar la consistencia de algo nuevo. Según la opinión de FECHNER, la decisión axiológica está sin duda llena de riesgos; ante ella, el hombre ha de recurrir siempre de nuevo al derecho natural; pero esta decisión pertenece a la naturaleza característica del hombre; precisamente de la continuidad peculiar a la esfera social, resulta para el hombre la necesidad existencial de elegir cambiando. MAIHOFER, un discípulo tanto de HEIDEGGER como de Erik WOLF, diferencia entre derecho natural existencial y derecho natural institucional. Intenta construir el derecho natural como un derecho de la existencia humana: en una tal interpretación, el derecho natural llega a ser, tanto expresión del "ser sí mismo" de un individuo, único en su género, como también del "ser como" de este individuo en la sociedad, en cuanto aparece en una situación típica (como padre, marido, médico, juez, ciudadano, etc.).

Entre los influidos por la filosofía existencial moderna tenemos también a René MARCIC. El es uno de los más importantes, y probablemente el más original, de los actuales filósofos del derecho que se confesaron partidarios del derecho natural en Alemania. Buscando el derecho "correcto", distinguió primeramente, en su trabajo de habilitación, entre el derecho de ley —que se inclina ante exigencias políticas— y el derecho de juez —que se orienta a valores eternos,

corrigiendo aquel derecho de ley—. En sus obras posteriores, MARCIC formula un "derecho del ser" del hombre, en cuyo centro se encuentran el respeto a la dignidad del hombre y el aseguramiento de su libertad. MARCIC no puede, sin duda, ser llamado neotomista. Sin embargo, ha descubierto de una manera personal la profundidad de las ideas de Santo TOMÁS, que fue siempre, por cierto, el autor a quien más frecuentemente citó.

No es posible exponer en pocas palabras la doctrina de René MARCIC. En cada una de sus sucesivas obras ofrece nuevos aspectos y posibilidades. Un destino trágico le llevó de entre nosotros antes de que pudiera resumir todos sus brillantes pensamientos dentro de un sistema. Volviendo de Australia, en donde había estado trabajando durante medio año junto al filósofo del derecho Julius STONE, fue víctima de una catástrofe aérea. Y parece como si con él se hubiera ido el último y el más joven de los grandes teóricos del derecho natural en el área germánica de expresión. Su destino es casi simbólico: es el símbolo del fin de la creencia en el derecho natural en Alemania.

4. EL IUSNATURALISMO Y EL DERECHO NATURAL.

Pero el derecho natural no se muere con la doctrina sobre el derecho natural. Estoy convencido de que sigue viviendo en el derecho. O mejor dicho: de que da impulso de vida a cualquier derecho. La relación entre derecho natural y derecho positivo es la relación entre "forma" y "materia", como lo comprendió la filosofía escolástica. Es una relación que se

caracteriza de la mejor manera recordando la vieja proposición: "el alma es la forma del cuerpo, el cuerpo es la materia del alma".

En efecto, en mi opinión personal, la relación entre derecho natural y derecho positivo no es otra cosa que la existente entre alma y cuerpo; el derecho natural es el alma del derecho positivo; no se encuentra apartado o junto al derecho positivo; no tiene una existencia separada de él; sino que vive *dentro* del derecho positivo insuflándole vida.

Los teóricos modernos alemanes que niegan el derecho natural me recuerdan a los cirujanos del siglo XIX que negaban la existencia del alma, porque no fueron capaces de descubrir el alma en el cuerpo en ninguna operación efectuada utilizando instrumentos quirúrgicos. Pero es que el hombre sin alma no es hombre, sino un cadáver humano o un animal con forma de hombre. Y lo mismo vale para el derecho: un derecho que no es estimulado y penetrado, "animado" por el derecho natural, o bien es "derecho muerto" o bien es "ley bestial".

Este derecho bestial se basa en un humanismo según el cual el hombre no depende de Dios, sino de la sociedad, siendo puramente miembro de un rebaño. Pero de un tal humanismo al bestialismo no hay más que un paso.

El contenido de la ley positiva es, no obstante, *realidad*; el contenido del derecho natural pertenece por lo tanto al área de *la verdad*. Y el gran deber del jurista católico estriba en preocuparse de que la *realidad jurídica* se inserte en *la verdad*, y de que *la verdad jurídica* se encarne en la realidad concreta del hombre actual.