

# Debates y Conclusiones sobre el

## Derecho Natural<sup>(\*)</sup>

por Giorgio Del Vecchio

La antiquísima idea del Derecho Natural no está ciertamente muerta, aunque así haya sido declarado en tiempos no muy lejanos por ciertos autores y muchos juristas, que se empeñan todavía en ignorarla o la combaten en diferentes formas. Puede decirse de todos modos que los mayores obstáculos para su éxito ha derivado no tanto de sus adversarios, cuanto de los errores de sus mismos sostenedores; errores que algunas veces llegaron a deformar del todo el significado de esa idea, ofreciendo así buen provecho a críticos y opositores.

No es mi propósito trazar, ni siquiera en líneas generales, la historia de esta *vexatissima quaestio* <sup>(1)</sup> que se remonta a los albores del pensamiento humano y que aun entre tantas vicisitudes fue siempre estudiada y discutida, a tal punto que constituye el objeto de una ciencia por sí misma existente: *juris naturalis scientia* <sup>(2)</sup> que sólo en parte coincide con la actual Filosofía del Derecho.

Si revisamos la edad moderna, especialmente en Italia, comprobamos que también en esta materia la

*philosophia perennis* <sup>(3)</sup> merece verdaderamente este nombre. En efecto, la tradición clásica que basándose en Aristóteles se había consolidado en el sistema de Sto. Tomás, fue, y es todavía seguida sin reparos ni desviaciones por los pensadores de la escuela católica o neoescolástica. Entre las obras italianas de Filosofía del Derecho que en el siglo XIX mantuvieron viva la idea del Derecho Natural es apenas necesario recordar las bien conocidas, todavía hoy útiles de consultarse, como las de Taparelli, Liberatore, Audisio, Prisco, Costa-Rossetti, las cuales fueron continuadas en nuestro siglo, conforme a la misma tradición, pero a veces con nuevos desarrollos y mayores referencias críticas a diferentes doctrinas por los escritos de G. B. Biavaschi, F. Aquilanti, M. Cordovani, F. Olgiati, G. Gonella, S. Romani; A. Brucculeri, A. Messineo, G. Graneris, V. Viglietti, R. Orecchia, L. Bellofiore, y otros más. Muchos, son los caracteres y contribuciones de estos autores; en alguno de ellos predomina el carácter dogmático, propiamente en los escritores anteriormente citados, mientras en otros prevalece por el contrario un espíritu crítico, y a veces también polémico (así por ejemplo, en Biavaschi. *La crisi attuale de-*

(1) Discutidísimo problema (N. del T.)

(2) Ciencia del Derecho Natural (N. del T.)

(3) Filosofía perenne. (N. del T.)

lla *Filosofia del diritto*, 2da edición, 1922). Proposición común y fundamental, es de todas maneras, la universalidad del derecho y de sus valores absolutos, en cuanto ellos derivan de la naturaleza, expresión de la sabiduría divina. La misma doctrina fue además sostenida en la misma época, por numerosos pensadores de otros países; así por ejemplo, entre los de habla francesa, T. Rothe, A. Valensin, J. Leclercq, entre los de habla española, E. Gil y Robles y Mendizábal y Martín, entre los de lengua alemana (que a menudo escriben también en latín), C. Gutberlet, V. Cathrein, G. v. Hertling, Th. Meyer, J. Mausbach, M. Grabmann, etc.

Agréguese que otros eminentes filósofos, aun sin pertenecer estrictamente a la escuela católica o neo-escolástica, aceptaron, sin embargo, estos principios, sobre todo en lo referente a la primacía del derecho natural sobre el positivo. Tales son por ejemplo Rosmini y Gioberti, que merecerían un trato diferente, sea por la originalidad característica de sus sistemas, sea también por la influencia ejercitada sobre muchos de sus discípulos y seguidores. Entre estos cabe mencionar, a propósito de Rosmini, a Melillo y Fasolis, y en cuanto a Gioberti, a Felice Toscano, cuyo *Corso elementare di Filosofia del diritto* (3ra. edición, 1869) es toda-

(\*) El presente ensayo (Dispute e Conclusioni sul Diritto Naturale *Quaderni della Società Italiana di Filosofia del Diritto*, Terza Edizione, Roma, 1966) ha sido traducido especialmente para THEMIS por el Señor Wenceslao Riva. El profesor Del Vecchio en una cordial misiva (derecha) ha autorizado gentilmente su traducción.

30. IX 1967

H. me Sr.  
Prof. Domingo García Belaunde  
Director de la Revista Themis  
Carabaya 1184 Lima  
(Perú)

Ho molto gradito il suo gentile invito a collaborare alla pregiata Revista Themis, da Lei dignamente diretta; e lo accollo di buon grado.

Le esprimo perciò il mio consenso a ciò che il mio saggio: Dispute e conclusioni sul diritto naturale sia tradotto e pubblicato nella detta Revista.

Non occorre che si preveda la traduzione.

Ricovero volentieri, a suo tempo, il fascicolo che conterrà il mio saggio tradotto, e gradirò inoltre di ricevere, secondo la Sua amabile offerta, un certo numero (per esempio 25, o 30) di estratti (separati).

Fin da ora La ringrazio nuovamente, con più distinti e cordiali saluti per Lei, Chiarissimo Direttore, per il Consiglio di Redazione e per tutti gli egregi professori di questa Facoltà.

Do: me  
Giorgio Del Vecchio  
Via Trionfali 193  
00199 Roma.

vía uno de los mejores tratados sobre la materia.

En nombre de la razón, más que en el fundamento de la revelación, pero en sustancial concordancia con esta tesis y especialmente con sus resultados, muchos escritores sostuvieron la validez del derecho natural, constituyendo precisamente la llamada escuela del *derecho racional*, ya representada en Alemania y Austria, después de Kant y Fichte, por Zeiller, Rotteck, etc. Entre los italianos que siguieron esta tendencia, pueden citarse por ejemplo a Baroli y Tolomei; y muchos otros tendrían que mencionarse, que en otra oportunidad tuve ocasión de citar, y que hoy están casi del todo olvidados, porque en la última mitad del siglo pasado, se volcó sobre sus doctrinas, el embate positivista de origen franco-sajón, que postuló, como programa polémico, el estudio de los fenómenos y pretendió cerrar la puerta a cualquier metafísica: forma con la cual, no sin cierta intención depreciativa, se denominó cualquier consideración a lo trascendente. Es verdad que el jefe del positivismo italiano, R. Ardigó, admitió en su sistema un cierto derecho natural, pero solamente en el sentido de ser un hecho sicológico-social, que preparaba el derecho positivo del futuro. Notablemente superior, como excepción al programa general de la escuela positivista, es la doctrina de H. Spencer, el cual, con una incoherencia bajo cierto aspecto loable, admitió una justicia absoluta sobre la relativa y enunció toda una serie de "derechos naturales" del individuo en relación al Estado; suscitando así

una fuerte oposición y casi un escándalo entre muchos de sus seguidores.

La tendencia predominante entre los juristas, en los últimos decenios del siglo XIX, y en los primeros del XX, fue declaradamente a favor de reconocer como verdadero derecho únicamente el positivo; considerándose por tanto este adjetivo, adjunto a la palabra derecho, como un simple "pleonasma" como declaró, por ejemplo, Bergbohm en su conocida obra *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892) que es toda una prolija y en verdad nada convincente requisitoria contra el derecho natural.

Esta tesis negativa era el efecto de un simple prejuicio y propiamente de una *petitio principii* (4) dado que partía del presupuesto que la sola realidad, o por lo menos la sola realidad cognoscible, fuese la fenoménica. La negación de un orden superior al fenómeno estaba por tanto implícita en la premisa y no como resultado de cualquier búsqueda o demostración, tal como se quería que pareciese. Esto es claro; por ejemplo en los escritos de Vanni, muy meritorios por cierto, a tal punto que constituyen un momento de gran importancia en la historia de la filosofía del derecho italiano.

Una posición especulativa, no por cierto idéntica a la positivista, pero que guarda con ella cierta afinidad, es la que podríamos llamar histórico-idealista: ella reconoce un cierto

(4) Petición de principios (N. del T.)

carácter absoluto y universal a la idea del derecho, pero afirma, por otro lado, que ella sólo se realiza en la historia. "El derecho verdadero, real y concreto — escribe, por ejemplo, un claro maestro, Filomusi Guelfi — es el derecho positivo, pero la fuerza que lo empuja es también ideal". (*Enciclop. giuridica* N.º 15). Esta doctrina, donde aparecen mezclados elementos vichianos (5) y hegelianos, permite una penetración más profunda, y diremos también más filosófica, del fenómeno jurídico en la historia, pero bajo el ropaje idealista acoge, como sustento, las instancias del mismo positivismo. De aquí a la tesis de que la historia tiene siempre la razón y que la justicia se identifica con el hecho (tesis o mejor sofisma, con el cual se pretende justificar cualquier prepotencia), el paso es breve y casi inevitable.

Para salir de estas angustias, y reivindicar contra ellas la pura idealidad del derecho, legitimando en esta forma la proposición fundamental del jusnaturalismo, era necesario una revisión crítica de las premisas gnoseológicas de cada estudio científico y filosófico, sobre el derecho. El haber intentado e iniciado tal revisión es el gran mérito de nuestro genial filósofo del derecho, Igino Petrone (prematadamente fallecido en 1913). La demostración dada por él, en su brillante opúsculo sobre la *Fase recentissima della Filosofia del diritto in Germania* (1895), de la insuficiencia teórica del positivismo jurídico, es, en cierto sentido, definitiva. Su reivindicación crítica del derecho natural, tan espléndidamente

anunciada, fue luego atenuada por él mismo y reducida a la mera antítesis entre justicia y derecho, con la admisión algo grave, de que este último nombre, en el sentido estricto del término, debía ser reservado únicamente para el derecho positivo, o sea, lo que hubiese recibido, como él escribió, "el bautizo de la objetividad y de la sanción social", lo que, a mi juicio, fue solamente una concesión excesiva a la tesis del positivismo histórico.

En la misma época, o muy poco después, la misma exigencia crítica que se había afirmado fuertemente en las obras de Petrone se hizo valer, en diferentes formas y con distintas fuerzas, por numerosos estudiosos italianos, entre los cuales recordaremos sólo, como ejemplo, a G. Cimbali y A. Pagano, por no mencionar a otros que aún viven (6).

Como resultado de dichos estudios fueron puestos en claro los errores metodológicos, característicos del jusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII; errores que culminaron en la doctrina del *status naturae* (7) y del

(5) Referente a G. B. Vico. (N. del T.).

(6) Para esta última parte nos remitimos a las monografías histórico-críticas de L. Barassi, *Verso la rinascenza dell' idealismo giuridico*, 1918; de M. Cordovani, *Il diritto naturale della moderna cultura italiana*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1924; di F. Olgiati, *La rinascita del diritto naturale in Italia*, in "Scuola Cattolica", 1930; y de E. de Carlo, *Il diritto naturale nell'attuale fase del pensiero italiano*, 1932. En estas monografías y en otras más generales (como por ejemplo, la de A. Poggi, *Il concetto del diritto e dello Stato nella Filosofia giuridica italiana contemporanea*, 1933) pueden verse resumidas y enjuiciadas los más importantes estudios italianos de ese período en torno al problema del derecho natural.

(7) Estado natural. (N. del T.).

contrato social, entendidos uno y otro como realidades de hecho, en vez de principios reguladores o dialécticos. Justamente, estos errores fueron causa del descrédito donde cayó, como ya dijimos, la idea del derecho natural desde el principio del siglo XIX, cuando estando en auge los estudios históricos, apareció manifiesta la falta de fundamentos de esas hipótesis, enfocadas empíricamente. Pero la reacción representada por el historicismo y el positivismo cometió errores más graves aún, desconociendo el valor de esa idea, que como principio deontológico no puede ser eliminada, cualquiera que sea el desarrollo de las investigaciones históricas y positivas. Ella en efecto tiene su raíz en una necesidad del espíritu humano, que nunca se satisface por entero con el hecho sino exige la valorización a órdenes de un criterio superior al hecho mismo. Renunciar a dicha valorización, o sea, a una consideración autónoma de lo justo, independientemente a lo establecido por las leyes positivas, significa renegar a la conciencia humana en una de sus prerrogativas esenciales. Nadie niega que las leyes positivas y sus vicisitudes tengan que ser explicadas e interpretadas históricamente dentro de su propia relatividad, y no es quien sabe inútil recordar a tal propósito, que la necesidad de extender las investigaciones de este tipo a todos los pueblos y a todos los tiempos, fue propuesta en un primer momento, no ya, como se podría creer, por los fundadores de la escuela histórica sino por sus mismos adversa-

rios, como por ejemplo Feuerbach y Thibaut, pertenecientes a la escuela racionalista o "filosófica".

Las dos consideraciones del derecho, como hecho histórico y como idea *meta-histórica*, tienen más bien un principio común, provenientes ambas del espíritu humano, pero son de distinta naturaleza lógica, pues responden a diversas exigencias. "Explicar" y "justificar" no son, ni en el lenguaje, ni en la conciencia común, una misma cosa. Y no tiene fuerza, contra ello, el argumento esgrimido por un conocido jurista en un fuerte artículo contra el derecho natural: "lo que está por encima del derecho, no puede ser derecho" (8). El equívoco de esta fórmula radica en que la palabra derecho es entendida en dos sentidos diferentes; ya sea como sinónimo de derecho positivo, ya sea en el sentido del derecho en general. En verdad, como el hecho está subordinado al derecho, así el derecho mismo, *en cuanto procede de un hecho* (vale decir, en cuanto positivo) puede con razón ser sometido a una valorización jurídica que obviamente tiene que apoyarse sobre un criterio más alto que el determinado por el mismo derecho, pero con el objetivo de la valoración. Es necesario por tanto, indagar por *el derecho del derecho vigente*, sino queremos abandonarnos a la más supina y fatal adoración del hecho consumado.

Los análisis filosóficos, a los cua-

(8) F. Carnelutti, *Diritto naturale?* (en "Nuova Antología", 16 de Noviembre de 1939) Debemos sin embargo anotar, que el autor sucesivamente ha modificado su opinión sobre este argumento.

les aquí nos referimos resumidamente, y que fueron desarrollados no sólo por los escritores de la escuela mencionada últimamente (que podríamos llamar neo-criticista) sino también en diferentes formas por los escritores de otras escuelas más o menos afines, han suficientemente esclarecido cual es la forma lógica de la juridicidad y cuales sus caracteres esenciales. La juridicidad, para decirlo en pocas palabras, consiste en aquella determinación bilateral (intersubjetiva) del obrar, por la cual a la facultad de un sujeto corresponde la obligación de otro, y esta forma lógica no comprende para nada, si se observa o no el requisito de la positividad. Consecuentemente, no puede negarse que al género lógico del derecho, pertenecen tanto los preceptos de los sistemas jurídicos positivos, cuanto aquellos del derecho natural, que tienen con ellos, sólo parciales contactos. Al mismo género lógico pertenecen también la leyes derogadas y los proyectos de ley. Derecho positivo y no positivo, son en resumen, a tenor de la lógica, igualmente derecho. Ni se afianza el argumento en contrario, que se quiere deducir de la comparación del derecho con la moral, afirmando que el primero tendría el carácter de la positividad a diferencia del segundo que carecería de ella; dado que ya fue demostrado sin duda alguna, que también la moral tiene una existencia histórica y positiva; precisamente como se verifica el derecho, aún siendo su principio absoluto.

Las mismas investigaciones, por

otro lado, han puesto en claro las relaciones entre las dos especies de derecho, las cuales no son necesariamente contradictorias, sino que en cierto modo se integran, sirviendo el derecho natural además de promover el progreso jurídico en general, a llenar las inevitables lagunas del derecho positivo. Sobre este punto fueron particularmente interesantes las discusiones doctrinarias, que se volvieron a originar, como se sabe en la elaboración del nuevo Código civil. A la fórmula del Código de 1865 (Disposiciones Preliminares, art. 3) que admitía el recurso a los "principios generales del derecho", se sustituyó en las disposiciones antepuestas al Código de 1942 (art. 12) la fórmula: "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado"; fórmula inspirada en un sórdido positivismo y en una miope estatolatría, con la cual se pensaba dificultar el paso al derecho natural, como fuente supletoria del derecho vigente. Pero dicha tentativa no fue llevada a cabo, porque ninguna imposición legislativa puede privar al juez la facultad de juzgar, en los casos de lagunas de la ley, según la razón jurídica natural, que es como seguir su misma conciencia.

Los estudios recientes llevaron también a formular con mayor precisión las máximas en las cuales se concreta la idea del derecho natural, o sea, las exigencias fundamentales de la justicia: sea en lo relativo a la persona individual, de la cual se ha vuelto a afirmar su indestructible libertad en las diferentes y posibles manifestaciones, ya sea en lo relativo

a las relaciones entre persona y Estado, o de los Estados entre sí. En toda esta parte se ha puesto de manifiesto la estrecha conexión entre las teorías antiguas y modernas, porque las doctrinas clásicas de la *philosophia perennis* vivieron, con notables desarrollos e incrementos, en la nueva y novísima Filosofía del Derecho.

Que verdaderamente en este argumento lo nuevo sea inseparable de lo antiguo, puesto que se trata de verdades eternas y no de modas pasajeras, aparece también en los mensajes con los cuales el Papa Pío XII señaló al mundo las bases inmutables de todo ordenamiento jurídico. Advertencias pronunciadas mientras enfurecía la espantosa catástrofe en la cual había caído el mundo justamente por haberse apartado de esas bases. El Papa después de haber proclamado que "el sentimiento jurídico de hoy es a menudo alterado y perturbado por la proclamación y la praxis de un positivismo y un utilitarismo, obedientes y vinculados a los servicios de determinados grupos" invitaba a todos al respeto de los "inviolables derechos del hombre" que deben ser protegidos "de los ataques de todo poder humano". Los principios afirmados y desarrollados en estos mensajes (que tuvieron un buen comentario en los libros de G. Gonella: *Presupposti di un ordine internazionale*, 1942, y *Principi di un ordine sociale*, 1944), no difieren, en su contenido intrínseco, de aquellos a los cuales había llegado, luego de difíciles investigaciones, no ausentes de fuertes polémicas, la Filosofía del Derecho, en su época más avanzada. La altísima au-

toridad de quien ha proclamado estos principios, tomándolos directamente de unas pocas fuentes del cristianismo, debe ser un gran consuelo para quien trabajó y trabaja por buscarlos y demostrarlos según los métodos comunes de la ciencia.

Nosotros, humildes estudiosos, y diremos, casi obreros del derecho, faltaríamos a nuestro primer deber si no respetáramos la idea eterna, de la cual, en las oscuras e inciertas calles de la historia, podemos ver sólo los reflejos, como los hombres de la caverna, según la imagen platónica (Rep. VII) ven solamente las sombras de los objetos proyectados por una fuente luminosa. Negando lo que es el presupuesto de nuestras mismas investigaciones, no solo caeríamos en un paralogismo, sino incurriríamos también en un error de presunción, que ya fue amonestado por el Alighieri: "Videant nunc juristae praesumptuosi, quatum infra sint ab illa specula rationis, unde humana mens haec principia speculatur, et sileant, secundum legis consilium et iudicium exhibere contenti" (Mon, II, 10) (9). Solamente alejándonos de estos errores no correremos el peligro de merecer la mala fama que se lee en varios refranes populares ("Juristen böse Christen", (10) etc.) o de encontrarnos después

(9) "Vean ahora esos juristas presuntuosos cuán por debajo están de esa cima de la razón, desde la que la mente humana atalaya estos principios, y callen, contentándose con aconsejar y enjuiciar según el sentido de las leyes". Traducción tomada de las *Obras Completas del Dante*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956 (N. del T.).

(10) "Juristas son malos cristianos" (N. del T.).

de haber dedicado nuestras fuerzas  
al estudio de legislaciones positivas,  
a tener que repetir con Cino de Pis-  
toia:

*"Mercé, Dio ché miei giorni ho male  
(spesi  
In trattar leggi, tutte ingiuste e vane  
Senza la tua che scritta in cor si  
porta<sup>(11)</sup>)*

(11) Piedad, Dios mío, por haber gastado mal  
(mis años  
en estudiar leyes, todas injustas e inútiles  
sin haberlo hecho con la tuya, que se lleva  
en el corazón (N. del T°).