

DOCTRINA

La vuelta al Derecho Natural

*Pbro. Carlos Manuel Santana Reyes**

SUMARIO

La vuelta al Derecho Natural

Resumen

La historia de la Filosofía del Derecho ha estado marcada por la controversia entre las corrientes iusnaturalistas y iuspositivistas. Ambas corrientes se diferencian en el modo de aproximarse al problema de la fundamentación del Derecho. Durante una buena parte del S. XX la corriente iuspositivista se impuso en el ámbito del pensamiento jurídico, privando al Derecho de toda valoración de tipo moral y, por ende, una sucesiva deshumanización del mismo. En los últimos tiempos, se ha verificado la necesidad de volver nuevamente a los principios del Derecho Natural sostenidos por la corriente iusnaturalista, como un modo de humanizar la ciencia jurídica, superando la idea de la existencia de dos órdenes normativos diversos: el natural y el positivo.

Palabras clave

Derecho Natural, Derecho Positivo, Ley Natural, positivismo jurídico, iusnaturalismo.

Abstract

The history of the Philosophy of law has been influenced by the controversy between the jusnaturalist and juspositivist schools. Both schools differ in the way the approach the problem of the legal substantiation. During a significant part of the XX century the legal positivist school prevailed in the juridical thinking, depriving law from moral valorization and imposing it a continuous dehumanization. In the recent times, the need of returning once again to the principles of Natural law held by the jusnaturalist school has been confirmed, as a means to humanize the juridical science, overcoming the idea of the existence of two different normative orders: the natural and the positive.

Keywords

Natural law, positive law, legal positivism, jusnaturalism.

* El autor es licenciado en Filosofía por la PUCMM, Licenciado y Magister en Teología por la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma. Posee, además, una especialidad en formación para los seminarios por la Pontificia Universidad Gregoriana y una especialidad en Historia aplicada a la educación, por la PUCMM. Es docente de la PUCMM, donde imparte los cursos de Filosofía del Derecho, Derecho Romano, Lógica Jurídica, Persona de Jesús e Iglesia en el mundo actual.

Cuanto tuvimos la dicha de tener como profesor de Filosofía del Derecho al Pbro. Richard Bencosme, hemos de recordar cómo se enardecía al momento de criticar los postulados del principal exponente de la corriente filosófica llamada “iuspositivismo”, el filósofo austríaco, pero de origen checo, Hans Kelsen. Here-dero de la tradición filosófico-jurídica del neo-tomismo, el padre Richard defendía radicalmente, frente a las ideas kelsenianas, la posición enarbolada por la llamada corriente iusnaturalista del Derecho, de manera particular la sostenida por autores como Eduardo García Maynez, Luis Recaséns Siches y Rafael Preciado Hernández, todos ellos de origen latinoamericano. La formación humanista del Pbro. Richard Bencosme le llevó a asumir los criterios metafísicos y epistemológicos con los que la escuela iusnaturalista aborda el estudio acerca del origen, naturaleza y finalidad del Derecho.

Este artículo que hemos titulado “La vuelta al Derecho Natural”, ha sido pensado precisamente como un homenaje al querido padre Richard Bencosme. En él, trataremos de la actualidad del pensamiento filosófico iusnaturalista y cómo nuevamente el tema del Derecho Natural vuelve a estar sobre el tapete en el ámbito de la filosofía jurídica, aportando notablemente a lo que podemos llamar una “humanización” y “significación” del Derecho Positivo.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR DERECHO NATURAL?

A lo largo de la historia del Derecho ha habido corrientes que han establecido que el fundamento último de éste se encuentra en la naturaleza humana. En ese orden, puede definirse el Derecho Natural como aquellos principios y valores que se encuentran en la conciencia del hombre y de la naturaleza, los cuales son universales y eternos¹. Sin embargo, la definición no se usa siempre con un solo y mismo significado, carece de visión única, de manera tal que para unos autores, Derecho Natural es una cosa y para otros, una diferente. Así lo indica la existencia de diversas vertientes del iusnaturalismo:

- **El iusnaturalismo clásico**, de raíz aristotélico-tomista, que considera al derecho natural como un núcleo de primeros principios prácticos ético-jurídico, sin perjuicio de la necesaria complementación y completividad a través del derecho positivo por el cual todo el derecho (natural y positivo) adquiere vigencia histórica². Dentro de esta vertiente se sitúa la llamada “concepción teológica” del Derecho Natural, la cual sostiene que el Derecho Natural proviene de la ley natural, considerada como participa-

1. Cfr. “Derecho Natural” en Enciclopedia Jurídica [en línea] [consulta: 17 diciembre 2015] Disponible en: <http://www.encyclopediajuridica.biz14.com/d/derecho-natural/derecho-natural.htm>

2. HERVADA, J. Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, 1992. p. 514.

ción de la ley eterna puesta por Dios en la naturaleza del ser humano y cuyos principios se conocen por medio de la razón³. En este sentido, la ley natural se entiende como el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona y ordena la conducta en una criatura racional, esto porque lo que manda o prohíbe lo hace en razón de la naturaleza del hombre⁴. Esta visión del Derecho Natural establece un vínculo entre el hombre y un ser supremo, que es quien impone el Derecho.

- **El iusnaturalismo racionalista**, de la escuela moderna del Derecho Natural, el cual construye un sistema jurídico completo y acabado, totalmente racionalista y superpuesto al sistema de derecho positivo de origen voluntario, partiendo de los primeros principios de la razón, extraídos de la noción abstracta de la naturaleza humana⁵. Los representantes más notables de esta escuela fueron Grocio, Puffendorf y Wolff.
- **El iusnaturalismo subjetivista de los contractualistas**⁶, los cuales conciben el derecho natural como un conjunto de derechos individuales naturales correspondientes al estado de naturaleza presocial y que el individuo se reserva al momento de celebrar el pacto constitutivo de la sociedad⁷. El máximo representante de esta escuela es Jhon Locke.

II. LA CONTROVERSIA ENTRE IUSNATURALISMO Y IUSPOSITIVISMO

Junto a la dimensión natural del derecho, existe aquella positiva. El derecho positivo se define como “el conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias”⁸. La corriente de pensamiento jurídico denominada “positivismo” verá el fundamento del Derecho en esta ley positiva aprobada por las instancias de lugar.

3. TOMÁS DE AQUINO, S. T. Summa Theologica, 1a, 2ae, q. 91, art. 2.

4. 4DEL VECCHIO, G. Filosofía del Derecho, Barcelona: 1963, 509.

5. Idem.

6. El contractualismo es una corriente de filosofía política y del derecho, que piensa el origen de la sociedad y del Estado como un contrato original entre humanos, por el cual se acepta una limitación de las libertades a cambio de leyes que garanticen la perpetuación y ciertas ventajas del cuerpo social. Hobbes, Rosseau y Locke fueron partidarios de esta corriente.

7. HERVADA, J. op. cit., p. 515.

8. GARCÍA MAYNEZ, E. Introducción al estudio del derecho. México: 1979, p. 37.

Hasta la aparición del positivismo jurídico, especialmente a partir del siglo XIX, había una cierta unanimidad en reconocer la existencia del derecho natural, más allá de las diferencias existentes entre las distintas versiones del iusnaturalismo, arriba expuestas.

La expresión “positivismo jurídico” puede entenderse, según N. Bobbio, en dos significados:

- a) **Positivismo jurídico como teoría:** designa un conjunto de teorías, concepciones y tesis acerca de la “naturaleza” del derecho positivo, o de las normas jurídicas, o de las llamadas “fuentes del derecho”, o de las características del orden jurídico, o de los métodos de aplicación del derecho positivo a casos concretos⁹. Algunos llamarán a esta corriente “formalismo jurídico”.
- b) **Positivismo jurídico como ideología:** es una posición valorativa que postula que los órganos encargados de aplicar el derecho deben tener en cuenta un solo principio moral: el que prescribe observar todo lo que dispone el derecho positivo¹⁰.

El positivismo, como tal, identifica el derecho con el derecho positivo, sin importarle el contenido del mismo, ni su valor o desvalor en términos de justicia. Es decir, niega que se pueda predicar la verdad o falsedad de los juicios o normas prácticas¹¹. Por tanto, el derecho positivo era considerado tal en la medida que era formalmente válido y eficazmente vigente, conforme a los principios de validez y eficacia establecidos principalmente por Kelsen¹².

Para el iusnaturalismo tradicional, por encima del derecho positivo – el cual es imperfecto e inmutable- existe un derecho natural de carácter universal, el cual constituye el auténtico derecho. En este sentido, el derecho positivo podrá considerarse como derecho válido sólo en la medida en que éste se adecue al derecho natural¹³.

Hay en la actualidad un intento de elaboración de una síntesis entre las tesis de los partidarios del iuspositivismo y del iusnaturalismo, partiendo de una justa consideración del estatuto epistemológico de cada una de estas posturas.

9. BOBBIO, N. El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires: 1965, p. 39.

10. Idem.

11. HERRERA, D. A. ¿Es posible una argumentación jurídica más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo? En: PUY MUÑOZ, F., PORTELA, J. G. y otros. La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación, Santiago: Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 174.

12. Hans Kelsen (1881-1973), destacado jurista de origen checo, pero radicado en Viena. Es el máximo exponente de la llamada “Escuela de Viena” o “Teoría Pura del Derecho”. Kelsen pretende definir la esencia del Derecho eliminando todos los elementos extraños (psicológicos, éticos, etc.). Se considera el Derecho como norma pura. Rechazada la concepción del Derecho natural e incluso la idea de justicia, que en cuanto distinta del Derecho sería un “ideal irracional”, esta teoría se limita a considerar el Derecho positivo tal como es, prescindiendo de toda valoración de tipo ético. Cfr. DEL VECCHIO, G. Op. cit., 207.

13. Idem.

Esto es, se renuncia a la idea de la existencia de dos órdenes jurídicos diversos, el natural y el positivo, y se acepta la afirmación de que el derecho es una “unidad” compuesta por un elemento natural y otro positivo¹⁴.

III. VUELTA AL DERECHO NATURAL

Como hemos visto, en la historia de la teoría general del derecho y de la filosofía jurídica, los partidarios de la doctrina del derecho natural y los del derecho positivo, han protagonizado una apasionada polémica que se remonta siglos atrás. A partir de finales del S. XIX y gran parte del S. XX, se verificó un predominio doctrinal del positivismo jurídico, negándose el carácter científico del iusnaturalismo.

Terminada la segunda guerra mundial, sobre todo a raíz de los horrores provocados por el holocausto judío perpetrado a manos de los nazis, los juristas y filósofos del Derecho comenzaron a cuestionarse profundamente acerca de tan terrible acontecimiento. Se buscaba dar una respuesta a las interrogantes suscitadas por el hecho de que tal barbarie había sido llevada a cabo por funcionarios estatales que actuaban “en el celoso respeto de reglas jurídicas positivas”. Esto hizo que surgiera la reflexión sobre la naturaleza del derecho positivo. De hecho, el absurdo del holocausto se llevó a cabo fundamentado en normas establecidas por el derecho positivo.

Según S. L. Paulson, el mismo juicio de Nüremberg fue también interpretado por algunos como un proceso a un cierto modo de entender el derecho, es decir, aquél que comúnmente viene llamado “positivismo jurídico clásico”¹⁵.

Las condenas emanadas al final de este proceso fueron consideradas como un reconocimiento de la idea de que ante crímenes particularmente crueles, cometidos por funcionarios públicos que se hubieran escudado en el propio deber de obedecer a la ley positiva, fuera lo que fuera ésta prescribiese, sea justificado recurrir a un sistema de normas distinto, superior al derecho establecido, para perseguir y castigar tales comportamientos. De ahí parte la afirmación de que se había dado un retorno al derecho natural.

Este tipo de interpretación se dio en toda Europa, especialmente en Italia. Es particular el caso del reconocido jurista italiano, Piero Calamandrei¹⁶, el cual, comentando la ejecución de las sentencias capitales de algunos de los oficiales nazis emanadas por el tribunal de Nüremberg, escribió una obra titulada *Costituzione e le leggi di Antigone* (La Constitución y las Leyes de Antígona).

14. MASSINI CORREAS, C. El derecho natural y sus dimensiones actuales. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 73

15. PAULSON, S.L. Classical legal positivism at Nuremberg. En: *Philosophy and Public Affairs*. 4 (1975), 143.

16. Piero Calamandrei (1889-1956), fue un notable jurista italiano reconocido por sus aportes en el campo del derecho procesal penal y civil. Igualmente, su pericia en el derecho constitucional lo llevó a formar parte de la asamblea constituyente de la cual emanó la Carta Magna de la República Italiana, el 22 de diciembre de 1947. Calamandrei fue también un destacado escritor, no sólo de obras de carácter jurídico, sino también de poemas y de ensayos de distintas temáticas.

En esta obra se hacía alusión a la tragedia de Sófocles, en la cual Antígona, oponiéndose a la voluntad de Creonte, reivindica la legitimidad de su pretensión de dar sepultura a los cadáveres de los hermanos asesinados, apelándose a las normas no escritas e inalterables de origen divino, que el edicto del Tirano no hubiera tenido el poder de alterar. Para Calamandrei, la sentencia de Nüremberg era la aplicación de estas normas y debía ser tenida como el reconocimiento por parte de un tribunal internacional, de la autoridad que estas normas tienen incluso sobre quien actúa respetando la voluntad de un soberano.

También el jurista y filósofo del derecho austríaco, Gustav Radbruch, tuvo una visión similar a la de Calamandrei. En su planteamiento se da una explícita acusación al positivismo jurídico. La convicción de que “la ley es ley”, o sea, que ésta deba ser aplicada independientemente de su contenido, venía indicada como la causa de una específica incapacidad de los juristas de reaccionar ante “leyes arbitrarias o de contenido criminal”. El positivismo jurídico, para Radbruch, reduciendo la cuestión de la obligatoriedad del derecho a la de la fuerza, no sería capaz de fundamentar normativamente la pretensión a la obediencia, limitándose, en este modo, a ratificar una situación de necesidad.

La culpa de los positivistas sería la de haber encubierto de manera ideológica aquello que en realidad era anuencia frente al poder¹⁷. Cabe destacar que la teoría de Radbruch postula que, cuando la ley escrita sea incompatible con los principios de justicia sustancial, a un nivel intolerable, o cuando la ley estatutaria se encuentre explícitamente en abierta contradicción con el principio de igualdad que constituye el fundamento de toda justicia, el juez debe de abstenerse de aplicar esa ley, por razones de justicia sustancial¹⁸.

En el caso de Radbruch, ha habido quien ha hablado de una verdadera y propia “conversión”¹⁹. El jurista alemán, que en sus primeros escritos había sido abandonado de la corriente positivista, en sus obras escritas después de la guerra, pareció abandonar esta influencia para reconocer que consideraciones de tipo moral serían relevantes para establecer si una determinada disposición fuese realmente derecho.

De igual modo, otro autor italiano, Francesco Carnelutti²⁰, también defensor del positivismo, reconoció la existencia de “un complejo de reglas, las cuales tienen la particularidad de nacer en el mundo del espíritu como las plantas del mundo de la naturaleza”.

17. Estas afirmaciones están contenidas en un estudio publicado por Radbruch titulado “Gesetzliches Umrecht und Übergesetzliches Recht” en la *Süddeutsche Juristen Zeitung* 5 (1946). Existe una versión española del mismo con el título *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, publicada en Buenos Aires en 1962.

18. Este principio de derecho contenido en la fórmula de Radbruch fue acogido por la Corte Constitucional de la Alemania Federal en varias sentencias.

19. HART, H. L. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. En: *Harvard Law Review*. 71, 4 (1958), 593-629.

20. Francesco Carnelutti (1879-1965) es reconocido como uno de los más eminentes abogados y estudiosos del derecho italianos. Fue uno de los grandes teóricos del derecho laboral y del derecho industrial. Sus estudios acerca de las posibles figuras de la relación jurídica siguen teniendo una gran vigencia en el ámbito jurídico italiano.

Para caracterizar estas reglas, Carnelutti usaba la expresión “derecho natural”²¹.

Las pistas ofrecidas por los estudios de Calamandrei, Radbruch y Carnelutti, fueron desarrolladas en los años sucesivos por otros autores que afirmaron la puesta en acto de un retorno del derecho natural. Tanto en ambientes católicos como laicos, esta idea fue desarrollada ampliamente, sobre todo en el ámbito jurídico italiano.

En ese orden, fue publicado en 1959 un libro de la autoría del filósofo italiano Carlo Antoni, con el título *La restaurazione del diritto di natura* (La restauración del derecho natural). Se trataba de un ambicioso trabajo teórico, que en realidad tocaba solo marginalmente la cuestión del derecho natural. Al igual que Calamandrei, Antoni recurrió al caso de Antígona, en la conocida tragedia de Sófocles. Según Antoni, en el caso de Antígona se habría puesto en escena el conflicto que surge cuando las leyes dejan de ser acogidas como leyes sagradas de la patria para aparecer como manifestación de la fuerza. Se da entonces una separación entre conciencia moral y derecho. Pero surge, entonces, la exigencia de una acción de la conciencia moral sobre las instituciones jurídicas. La idea del derecho natural no significa otra cosa que esta exigencia de una acción del universal ideal moral sobre la legislación positiva²².

Todo este movimiento que podría catalogarse como un “retorno” al Derecho Natural, obedece a lo que Carlos Massini llama “causas de crisis y abandono del paradigma iuspositivista”. Massini clasifica dichas causas en tres tipos: a) las de carácter ético-político; b) las de índole jurídico-institucional y c) las de orden epistemológico-filosófico.

Las causas de orden ético-político son aquellas que ya hemos referido a propósito del fuerte cuestionamiento que implicó reconocer como jurídicas normas que negaban derechos fundamentales y que fueron usadas para perpetrar crímenes contra la humanidad. Según Massini, los juristas comprendieron que el derecho no podía justificar tales acciones, recurriendo entonces a lo que él llama “principios transpositivos intrínsecamente justos con independencia de su establecimiento o reconocimiento por la legislación positiva”²³.

Por su parte, aquellas que Massini denomina como “causas de orden jurídico-institucional”, “apuntan al reconocimiento de un hecho como verdadero”, es decir, que el derecho es una disciplina eminentemente práctica donde lo realmente significativo no es tratar de justificar lo que el derecho es, sino para lo que éste sirve²⁴.

21. CARNELUTTI, F. *Teoriagenerale del Diritto* (1951).

22. Cfr. ANTONI, C. *La restaurazione del diritto di natura*. Venezia: 1959. p. 36.

23. MASSINI, C. I. *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Pamplona: 2006. p. 29.

24. *Idem*, 33.

En este sentido, el discurso jurídico contemporáneo, tal como establece C. Orrego, “no busca más concepciones unívocas del derecho sino justificaciones de su aplicación, trasladando su tratamiento de una reflexión ontológica del derecho a la búsqueda de respuestas justas a los problemas planteados”²⁵.

Más allá de las discusiones de tipo epistemológico, que rayan muchas veces en la esterilidad, hay que precisar que, en la actualidad, vuelve a reconocérsele al derecho natural su carácter de fundamento del derecho positivo. El derecho natural sirve al ordenamiento positivo de control y límite, y además de complemento. El derecho natural justifica la existencia y obligatoriedad del positivo, pero no es éste una mera repetición del primero, ya que los preceptos naturales son abstractos, generales y universales, de lo que nace la exigencia de la existencia de un derecho positivo concreto y adaptado a cada sociedad en cada tiempo, incorporando el valor de justicia subyacente en estos principios naturales²⁶.

Pero es en la cuestión relativa a los derechos humanos o “fundamentales” donde se manifiesta de modo más evidente esta que podemos llamar “vuelta al derecho natural”. Los derechos fundamentales pueden definirse como “aquellos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mismo hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”²⁷.

Es indiscutible que el fundamento de los derechos humanos se encuentra en el derecho natural. El derecho a la integridad moral y física, a la libertad, a la defensa legal, etc., constituyen una dotación jurídica básica igual para todos los hombres, por encima de toda discriminación²⁸.

El origen de los derechos humanos no puede ser la Constitución, ni un convenio internacional, ya que esto implicaría que pueden ser suprimidos o modificados libremente por el legislador constituyente o por las autoridades firmantes de ese convenio. Por lo tanto, dejarían de ser derechos fundamentales intangibles.

La teoría de los derechos fundamentales supone, cualquiera que sea la terminología empleada (derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos naturales, etc.), la existencia de un ordenamiento superior, el derecho natural, que es su fundamento y justificación.

En todo lo anteriormente tratado, podemos darnos cuenta de que los principios del derecho natural colocan al centro de sus proposiciones a la persona humana, que es, en última instancia, el agente y el destinatario del derecho.

25. ORREGO, C. De la ontología del derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho. En: *Revista Chilena de Derecho* 30, 2 (2003), 307.

26. Cfr. “Derecho Natural” en *Enciclopedia Jurídica* [en línea] [consulta: 17 diciembre 2015] Disponible en: <http://www.encyclopedia.juridica.biz14.com/d/derecho-natural/derecho-natural.htm>.

27. FERNÁNDEZ GALIANO, A. *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*. Madrid: 1983. p. 139.

28. *Derecho Natural*” en *Enciclopedia Jurídica* [en línea] [consulta: 17 diciembre 2015] Disponible en: <http://www.encyclopedia.juridica.biz14.com/d/derecho-natural/derecho-natural.htm>.

Como hemos visto, la privación de esta dimensión humana del derecho puede, como de hecho lo ha sido, conducir a excesos lamentables para la humanidad misma. Y, si bien es cierto que muchos de los defensores de la corriente iusnaturalista han tenido también sus errores, hoy en día se plantea la necesidad de volver a aquellos principios humanizantes de la ciencia jurídica contenidos en el derecho natural.