

LAS BASES IUSNATURALISTAS
DEL DERECHO PRIVADO HISPANOAMERICANO

José M.^a Castán Vázquez

Profesor Emérito de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Dentro de la Ponencia que tengo el honor de compartir con el profesor García Cantero y que versa sobre “El Derecho Privado a la luz del Derecho natural”, me corresponde ceñir mi exposición sólo al ámbito hispanoamericano. Así delimitado el tema, trataré de indagar las bases iusnaturalistas del Derecho Privado de Hispanoamérica a través de la doctrina de aquel continente y de algunos de sus Códigos Civiles. Encauzaré mi breve exposición en tres períodos: el de la América española (siglos XVI a XVIII), que presencié el trasvase a las Indias del pensamiento de la Escuela española del Derecho natural; el de las Codificaciones del XIX, marcado por el pensamiento de grandes codificadores como Bello, Vélez y Freitas; por último, el de nuestro siglo XX, tan próximo ya a su fin, que no deja de ofrecer en Iberoamérica privatistas sensibles al tema del Derecho natural, en cuyo pensamiento cabe encontrar una recepción, más o menos profunda, de los planteamientos iusnaturalistas.

I. EL TRASVASE A LAS INDIAS DEL IUSNATURALISMO DE LA ESCUELA ESPAÑOLA

Este primer período a considerar es el de la América española y portuguesa que se extiende desde el Descubrimiento hasta la Independencia y que es conocido —aunque la denominación no es exacta— como período “colonial”¹.

¹ El profesor García Morente pudo escribir que “resístese la pluma a aplicar el nombre de colonias a aquellos virreinos, a aquellos gobiernos, a aquellas audiencias”, que “no habían sido fundados ni por intereses mercantiles ni por razones estratégicas” y “eran simplemente brotes nuevos de vida hispánica” (M. GARCÍA MORENTE, Ideas para una filosofía de la historia de España, Estudio preliminar de Rafael Gamba, Biblioteca del Pensamiento Actual, Madrid, 1957, p. 269).

En los territorios americanos dependientes de la Corona de España, el Derecho que a partir del Descubrimiento se fue aplicando —y las concepciones jurídicas que se fueron difundiendo— tenía ciertamente una base iusnaturalista. La profesora mejicana María del Refugio González, historiadora del Derecho civil novohispano, resumiendo los componentes esenciales del Derecho vigente en aquellos territorios, escribe: “El Derecho de los países iberoamericanos tiene estrecha relación con el occidental de base romanista y canónica y, en menos escala, germánica. Obedece a la tradición iusnaturalista que imperaba en la época del Descubrimiento y colonización, y tiene además un elemento muy importante que se deriva de la existencia de culturas indígenas, más o menos desarrolladas, anteriores a la conquista y colonización española”².

¿De qué signo era la tradición iusnaturalista asumida en América por obra de España? Evidentemente, de signo católico: la de la Escuela llamada Española, de fondo tomista, ampliamente difundida y brillantemente impartida en la España del XVI, que reconoce a Dios como promulgador de la ley eterna y ve a la ley natural como participación del hombre, admitiendo la realidad de un Derecho natural de origen divino y superior al positivo³.

Esa concepción jurídica se acomodaba bien al sentido católico de la Conquista. Uno de los caracteres fundamentales de la expansión de la Hispanidad por el mundo, en efecto, fue, como ha señalado García Morente, el carácter religioso: los españoles iban a las Indias, en su mayoría, con el propósito esencial de cristianizar⁴.

Y la Corona española, a partir de los Reyes Católicos, veía en esa misión el sentido y la justificación de la Conquista, hasta el punto de que cuando bajo Carlos V, se puso en duda la justicia de la obra emprendida, el Emperador abrió la famosa Controversia teológica de Valladolid (en la que Sepúlveda y Las Casas polemizaron sobre los

² M. DEL R. GONZÁLEZ, *Estudios sobre la historia del Derecho civil en México durante el siglo XIX*, UNAM, Méjico, 1981, p. 14.

³ Vid, las afirmaciones capitales de la Escuela española del Derecho natural en A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho natural (Introducción filosófica al Derecho)*, 3. ed., Madrid, 1982, ps. 272-273. Vid. también las recientes reflexiones acerca del Derecho natural cristiano por J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Qué es el Derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997, ps. 105-114.

⁴ Vid. M. GARCÍA MORENTE, *op. cit.*, ps. 270 y 273.

fundamentos éticos de la Conquista) y frenó la expansión de América hasta que quedara afirmada la legitimidad de la empresa española desde el punto de vista cristiano; gesto imperial, por cierto, hecho a impulsos de conciencia y carente acaso de precedentes históricos, cuya grandeza ha señalado Lewis Hanke y ha elogiado Jean Dumont⁵.

Cauces concretos eficaces de la difusión de la doctrina iusnaturalista española en el subcontinente fueron, de un lado, la labor de las primeras Universidades, y, por otro, la difusión de libros jurídicos españoles llegados en las naos españolas.

El primero de estos cauces, el universitario, es de una importancia obvia. La enseñanza del Derecho en América, en la línea de las Facultades españolas, comenzó muy tempranamente. Muy pocos años tras el Descubrimiento, nacía en Santo Domingo un centro universitario con sede en el convento que los dominicos fundaron en la isla en 1510, año, por cierto, en el que Francisco de Vitoria era enviado por la Orden a París, donde completaría una formación que habría de serle fundamental para sus reflexiones ulteriores sobre los nuevos temas americanos, entre ellos el de la ética de la Conquista⁶. Y tras la erección en la isla de un Estudio General⁷ el Papa Paulo III aprobaba la fundación de la Universidad dominicana con el nombre de Santo Tomás de Aquino y bajo el modelo de la de Alcalá, que era también Universidad Pontificia⁸. Cinco Facultades tuvo aquel centro: Teología, Cánones, Leyes, Medicina y Artes⁹. Se impartieron allí, pues, clases de Derecho, donde la doctrina básica hubo de ser la iusnaturalista tomista enseñada en Alcalá y bien conocida por los dominicos.

En 1551 la Corona española, en la línea de disposiciones dictadas en la década anterior, daba vida a las Universidades de San Marcos de Lima y de Méjico, Universidades

⁵ Palabras recogidas por J. DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre (La Controversia de Valladolid)*, Encuentro Ediciones, Madrid, 1997, p. 9.

⁶ Vid. los estudios de J. Ravelo Astacio, T. Mejía Ricart y F. Murillo Rubiera cits. en mi trabajo “La enseñanza del Derecho en las Universidades americanas del siglo XVI”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 26, Madrid, 1997, ps. 257-258.

⁷ Vid. L. DÍAZ-TRECHUELO LÓPEZ-SPINOLA, *La vida americana en Indias (Siglos XVI y XVII)*, Universidad de Córdoba, 1982, ps. 4 y 45.

⁸ Vid. L. DÍAZ-TRECHUELO, *op. cit.*, p. 5.

⁹ Vid. L. DÍAZ-TRECHUELO, *op. cit.*, p. 6.

públicas americanas que tendrían campus en las capitales respectivas de los dos Virreynatos, el de Perú y la Nueva España¹⁰, y seguirían un modelo único: la Universidad de Salamanca; ésta, así, a través de su Facultad de Leyes —de cuyas cátedras y textos se han ocupado en sendos trabajos los romanistas españoles Iglesias Santos y Calonge¹¹— proyectó sobre las dos nuevas Universidades americanas las enseñanzas de Derecho natural y Derecho Romano que en Salamanca se impartían¹². La doctrina iusnaturalista española estaría sí desde mediados del XVI en la base la formación de los primeros juristas de Indias, precursores del Barroco y muy anteriores a la Ilustración¹³.

El segundo cauce de difusión de la doctrina española fue, como antes señalaba, el del envío de libros jurídicos a las Indias¹⁴. De modo especial quiero destacar aquí la presencia entre las relaciones de libros “del Conquistador” exhumadas por Leonard Irving, de las obras —tan importantes en tema de Derecho natural— de Domingo de Soto¹⁵ y de Francisco de Vitoria¹⁶. La difusión de estos libros jurídicos es paralela a la de obras

¹⁰ Sobre el procedimiento de erección seguido, *vid.* F. BENTANCOUR, “Proyección universitaria salmantina en Hispanoamérica (Siglos XVI-XLX)”, en *Verbo*, núm. 319-320 (nov.-dic. 1993), p. 1095.

¹¹ *Vid.* J. IGLESIAS, “Jurisprudencia áurea salmantina”, en el *Libro Homenaje al Prof. Francisco Hernández Tejero*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, p. 329, nota 2 y la obra de Real de la Riva allí citada, y A. CALONGE, “Algunas observaciones a propósito del ‘De legibus’ de Fray Luis”, en *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus Bodas de Oro con la enseñanza (1936-1986)*, Madrid, 1968, t. I, ps. 167 ss.

¹² La Universidad de Salamanca se convirtió, pues, en el *Alma Mater* del Nuevo Mundo y la savia salmantina la traspasarían más tarde San Marcos y Méjico a otras Universidades americanas (*vid.* M. A. RODRIGUEZ CRUZ, *Historia de la Universidad de Salamanca*, Fundación Ramón Areces, Salamanca, 1990, p. 104).

¹³ B. BRAVO LIRA, “La literatura jurídica indiana en el Barroco”, en *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, t. X, 1985, Valparaíso, p. 261.

¹⁴ De la amplitud de ese envío me he ocupado en el trabajo sobre “El Derecho español en América”, en *Verbo*, núm. 319-320 (monográfico del V Centenario), ps. 1.085-1.087.

¹⁵ *Vid.* I. A. LEONARD, *Los libros del Conquistador*, Fondo de Cultura Económica, 1ª. ed. española, Méjico, 1953, ps. 275, 287 y 293.

¹⁶ *Vid.* I. A. LEONARD, *op. cit.*, p. 287.

españolas de teología ascética que se detecta también en las listas de libros autorizados por la Inquisición para su envío a las Indias y en los catalogados por los primeros libreros americanos¹⁷. Ambos grupos de obras —las jurídicas y las ascéticas— están en la misma línea de proyección española de la cultura católica en América.

La base iusnaturalista de los libros teóricos del XVI difundidos en América se mantuvo en los libros prácticos posteriores que, también importados de España, alcanzaron amplia y persistente difusión en el continente americano a lo largo de los siglos XVIII y XIX¹⁸. Así, en la popular obra *Librería de Escribanos* de don José Febrero (conocida generalmente como “el Febrero”), que tantas ediciones alcanzó en España y alguna especial en Méjico¹⁹, no faltan alusiones al Derecho natural para fundamentar reglas concretas de Derecho civil²⁰. El jurista valenciano Joseph Berni, en su libro *El abogado penitente* afirma con carácter general que “nuestras Leyes van conformes con el Derecho Divino y Natural”²¹. El también jurista valenciano Juan Sala Bañuls, cuya *Ilustración del Derecho Real de España* fue tan popular en España y en América²², recoge desde las páginas iniciales de la primera edición de esta obra el concepto de Derecho natural tomado por las Partidas del Derecho justiniano, así como la definición dada por Gregorio López en su glosa al Código Alfonsino²³; una de las ediciones mejicanas del Sala, por otra parte, se

¹⁷ José Torre Revello destaca el envío de obras de “índole ascética y mística entre las que abundan las de Fray Luis de Granada, Santa Teresa de Jesús, San Juan de la Cruz, para no citar sino a los autores más renombrados y difundidos” (*Un catálogo impreso de libros para vender en las indias Occidentales en el siglo XVI*. Librería Española y Extranjera, Madrid, 1930, p. 10).

¹⁸ Me esforcé en señalar esa difusión en *La influencia de la literatura jurídica española en las Codificaciones americanas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984.

¹⁹ Vid. *La influencia* cit., ps. 86-89.

²⁰ Así por ejemplo, Febrero explica que “por Derecho natural está privado de testar el infante (que es el menor de siete años) porque carece de uso de razón; y por derecho positivo el pupilo, que es el varón menor de catorce, y la hembra de doce...” (*Librería de Escribanos*, t. 1, 1789, p. 20).

²¹ J. BERNI, *El abogado penitente y el pleyto más importante*, 2ª. impresión, Valencia, 1769, Prólogo, s. p.

²² Puede verse mi trabajo “La obra de Juan Sala Bañuls y su influencia en el Derecho privado español e iberoamericano”, en *Revista de Derecho Privado*, abril 1977, y ed. sep.

²³ Vid. J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 1ª. ed., Valencia, MVCCCIII, t. I, p. 2.

enfrenta abiertamente a Volney y a Bentham, que habían negado la existencia del Derecho natural, negación “que supone necesariamente la de Dios”²⁴. Otro de los autores españoles muy conocidos en América, el aragonés Joaquín Escriche, autor del Diccionario jurídico tan manejado por los juristas americanos²⁵, en su libro *Elementos de Derecho patrio*, donde la materia se ofrece a través de preguntas y respuestas, formula inicialmente la pregunta: “¿Qué es el Derecho natural?” Y responde: “La colección de las leyes que Dios mismo ha promulgado al linaje humano por medio de la recta razón”²⁶.

Recordemos también que las normas que rigieron el Derecho Mercantil en las Leyes de Indias respondían, según ha puesto de relieve el profesor argentino Carlos Giannone, a principios de justicia e igualdad²⁷. Ajustadas al Derecho natural estarían, por cierto, las Leyes de Indias, cuando hoy se puede escribir, como el también profesor argentino Conrado Ugarte lo hace, que “el indio americano vive todavía donde estas leyes rigieron y ha desaparecido donde ellas fueron desconocidas”²⁸.

II. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA Y EL POSITIVISMO EN LAS CODIFICACIONES AMERICANAS

²⁴ “Algunos escritores modernos, como Volney y Bentham, reproduciendo lo que dijeron algunos antiguos, niegan la existencia del Derecho natural. Ello supone necesariamente la de Dios, y sin venir al ateísmo, no es fácil sostener esa absurda opinión...” (*Novísimo Sala Mexicano o Ilustración al Derecho Real de España con las Notas del Sr Licenciado D. J. M. de Lacunza*, Méjico, 1870, p. 27, nota).

²⁵ Señalé la influencia de Escriche en América en mi trabajo “El Registro de la Propiedad a través de las ediciones del Diccionario de Escriche”, en el libro de VV. AA. *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, M. Pons, Madrid, ps. 635 ss.

²⁶ J. ESCRICHE, *Elementos de Derecho patrio*, 1ª. ed., Madrid, 1838, p. 2.

²⁷ C. D. GIANNONE, “El Derecho privado en la legislación de Indias”, en la obra de VV. AA., *Temas de Derecho indiano*, Instituto Argentino de Cultura Hispánica de Rosario, 1970, ps. 116-117.

²⁸ C. UGARTE, “Introducción al estudio de las Leyes de Indias”, en el vol. *Temas de Derecho indiano* cit., p. 28.

A lo largo de los siglos XVII y XVIII se produjo en Europa la corriente del iusnaturalismo racionalista que conducía a la elaboración de Códigos completos de Derecho natural presentados como el único Derecho válido según la razón para todos los pueblos. “Esta nueva tesitura del problema —ha escrito Delgado Pinto— se explica por la disolución de los supuestos metafísicos que fundamentaban, al mismo tiempo que limitaban, el Derecho natural de 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”²⁹. La antítesis entre la concepción racionalista y la tradicional es evidente y ha sido precisada por Vallet de Goytisoló y Hernández Gil³⁰. Lógico es que la difusión del ideario racionalista condujera en la Política a la “evolución y en el Derecho al positivismo jurídico”. Como observa Estanislao Cantero, en el ambiente intelectual de filósofos e ilustrados se elabora la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y “las nociones de ley y derecho pasan a constituir los pilares sobre los que, en lugar de Dios, se reconstruirá la visión del mundo”³¹. Sobre esos supuestos había de producirse el

²⁹ J. DELGADO PINTO, “Derecho, Historia, Derecho natural (Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia de Derecho natural y la historicidad de los Órdenes jurídicos)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*; núm. 4, fasc. 2, Granada, 1964, 1.87. Sobre el iusnaturalismo racionalista pueden verse, entre otros, L. RODRÍGUEZ-ARIAS, *Ciencia y Filosofía del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, ps. 236-237, y A. FERNÁNDEZ GALIANO, *op. cit.*, ps. 277 ss. Sobre la secularización del Derecho natural, puede verse el reciente trabajo académico de J. LOPEZ MEDEL, *Miguel Servet en el Derecho natural cristiano de la Reforma*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 1998, p. 36.

³⁰ Vid. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al Derecho natural*, Organización Sala Editorial, Madrid, 1973, ps. 190-194, y A. HERNANDEZ GIL, *De nuevo sobre el Derecho natural*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983, p. 14.

³¹ Señala este autor que “la fórmula de la Declaración deja, todo lo más, a Dios como testigo del acto declarativo de los derechos, pero de ningún modo le atribuye su origen o paternidad, ni se recoge respecto a Él obligación alguna”, y observa que “el rechazo a reconocer a Dios como autor de todas las cosas y Padre providente, lleva a la Declaración a un positivismo a ultranza” (E. CANTERO NUÑEZ, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Speiro, Madrid, 1990, Ps. 22-25).

ataque del positivismo al Derecho natural³², que sería fácil al ser ya distinto al tradicional el concepto de Derecho natural que se manejaba. Como Michel Villey ha puesto de relieve, los positivistas atacaban fórmulas que ellos mismos habían fabricado, puesto que el siglo XVIII y el positivismo jurídico habían forjado una teoría fantástica, insostenible e incomprensible, del Derecho natural, transformado en un cuerpo de reglas a imagen de los Códigos modernos de Derecho positivo³³. Desde España pasarían el racionalismo y el positivismo a la América española³⁴, favorecidos por el pensamiento ateo de esa centuria³⁵, aunque no sin resistencia e indiferencia en amplios sectores³⁶.

¿Qué idea del Derecho natural prevalecía en los territorios que a lo largo del XIX se iban emancipando de la Corona española? Cabe recordar que durante un tiempo considerable, más o menos extenso según los casos, el Derecho Privado siguió siendo en cada uno de tales territorios, ya constituidos en República, el mismo de la época española con la base iusnaturalista tradicional³⁷. Pero a la emancipación política había de seguir la emancipación legislativa. Si las nuevas Repúblicas habían sentido pronto la necesidad de normas nuevas de Derecho Público —lo que se tradujo en Constituciones que seguían, por cierto, modelos liberales³⁸—, habían de desear también nuevas normas de Derecho Privado, formalmente desgajadas del antiguo Derecho Común de las Indias. En Europa se producía

³² Sobre ese ataque en los siglos XVII y XVIII vid. L. RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 225.

³³ Vid. M. VILLEY, *Une définition du droit*, en *Archives du Philosophie du Droit*, Sirey, París, 1959, ps. 47 ss., espec. ps. 55-57.

³⁴ Iusnaturalismo racionalista y positivismo penetraron en la Universidad española, a través de varios canales, a partir del siglo XVIII. Sobre la introducción del iusnaturalismo racionalista y los cauces de su difusión, *vid.* el reciente estudio de A. ALVAREZ DE MORALES, *La difusión del Derecho natural y de gentes europeo en la Universidad española de los siglos XVIII y XIX*, en el vol. de VV. AA., *Doctores y escolares (II Congreso internacional de Historia de las Universidades hispánicas)*, Universitat de Valencia, 1998, ps. 49-59.

³⁵ Sobre las consecuencias del ateísmo, *vid.* F. PUY, *El pensamiento tradicional en la España del siglo XVIII*, ps. 170-177.

³⁶ *Vid.* las observaciones a este respecto del profesor García Cantero en su ponencia en estas Jornadas.

³⁷ De la permanencia del Derecho privado hispánico tras la Independencia, me ocupé en *La influencia de la literatura jurídica española en las Codificaciones americanas*, *cit.*, ps. 68-93.

desde comienzos del XIX el hecho histórico de la Codificación. En América había también de aspirarse a Códigos Civiles y Comerciales. Y comenzó, en efecto, en cada uno de los nuevos Estados, la labor codificadora del Derecho Privado.

Los codificadores, atentos a las ideas europeas y sensibles a las influencias del iusnaturalismo racionalista y del positivismo, eludieron frecuentemente reflejar en los nuevos textos legales las concepciones fundamentales de la Escuela española del Derecho natural, aunque las conocieran bien por la sólida formación jurídica que tenían los principales de entre ellos. Todo así contribuía a la preterición del Derecho natural clásico: la crítica ilustrada al Derecho Común hispanoamericano³⁹, la crítica local contra las leyes hispánicas e indianas⁴⁰, la influencia del positivismo francés y de la Codificación francesa⁴¹ y, en términos generales, la difundida tentación de imitar a Francia y a los Estados Unidos de América⁴². Bajo esas presiones trabajaron los codificadores civiles iberoamericanos. Entre ellos tienen especial importancia tres: Andrés Bello, Dalmacio Vélez Sársfield y Virgilio Teixeira de Freitas. Veamos brevemente sus respectivas posiciones ante el Derecho natural.

³⁸ Sobre los modelos de las Constituciones americanas, *vid.* P. HENRÍQUEZ UREÑA, *Historia de la cultura en la América hispánica*, Fondo de Cultura Económica, 11.ª reimpresión, Méjico, 1979, p. 70.

³⁹ Sobre esa crítica ilustrada y el tránsito del Derecho común al Derecho natural codificado, *vid.* B. BRAVO LIRA, *op. cit.*, ps. 262 y 264.

⁴⁰ Sobre esa crítica *vid.* A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello Codificador*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, t. I, ps. 136, 137, 141 y 142.

⁴¹ Sobre la posición de la Codificación francesa ante el Derecho natural, *vid.* L. RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, ps. 99-100. Sobre el impacto de la Revolución francesa en el Derecho, *vid.* el artículo de J. B. VALLET DE GOYTISOLO, “Cuáles son la esencia y las secuencias básicas de la Revolución francesa”, en *Verbo*, núm. 281-282 (monográfico de la Revolución francesa), ps. 149 ss., espec. 170-173, y su estudio “Influjo de la Revolución francesa en el Derecho civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLII, fasc. II (abril-junio 1989), ps. 261-316.

⁴² Sobre esa imitación y sobre la actuación del racionalismo contra la América hispana, *vid.* J. P. GALVAO DE SOUSA, *op. cit.*, ps. 473, 479 y 482.

A. El pensamiento del codificador Andrés Bello

Don Andrés Bello, venezolano de nacimiento y chileno de adopción, fue, como es bien sabido, autor del Código Civil chileno, que ostenta una cierta prioridad entre los Códigos iberoamericanos y tuvo una clara vocación de Código Civil tipo de la América que fue española⁴³. ¿Qué papel reconocía Bello al Derecho natural? Creo que una contestación a esta pregunta podría apoyarse en los siguientes hechos:

1.º Bello no era un enemigo del cristianismo, sino un católico que practicó durante toda su vida⁴⁴.

2.º Bello no era un enemigo de la Filosofía. Polígrafo eminente, de quién ha podido decirse que “era en su tiempo el hombre de más vasta cultura en el Nuevo Mundo”⁴⁵, además de jurista fue humanista⁴⁶ y filósofo⁴⁷.

3.º Bello no era enemigo de lo hispánico. El historiador chileno Alejandro Guzmán Brito ha puesto de relieve el aprecio de Bello a los juristas españoles⁴⁸.

⁴³ Vid. la monografía cit. de Guzmán Brito sobre Bello codificador. Por mi parte me esforcé en señalar la vocación continental del Código chileno en mi breve trabajo “El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano”, en *Anuario de Derecho Civil*, enero- marzo 1982 y ed. sep.

⁴⁴ Vid. H. TAPIA ARQUERO, “Don Andrés Bello y el Código civil de Chile”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966, p. 7.

⁴⁵ P. HENRÍQUEZ UREÑA, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁶ El romanista español Federico Fernández de Buján ha estudiado la faceta de humanista de Bello en *Andrés Bello: humanista y romanista*, Conferencia pronunciada en la clausura del Ciclo sobre “La Comunidad jurídica iberoamericana (1492-1992)” de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1991. A su juicio, Andrés Bello es “encarnación del modelo de hombre del Renacimiento, con capacidad e inquietud en todos los campos del saber”. Como manifestaciones de la condición humanista de Bello expone Fernández de Buján “su gramática, el intento de reconstrucción del Poema de Mío Cid y su amor y dedicación constante al periodismo”. Por otra parte califica a Bello de “consumado romanista”.

⁴⁷ Sobre los estudios de Filosofía seguidos por Bello en Caracas, vid. P. GRASES, *Algunos temas de Bello*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1978, p. 16.

Considerando estas bases de su formación y de sus sentimientos, se explica que Bello no desconociera ni despreciara al Derecho natural. Su conocimiento de éste como disciplina, consta de certeza en 1831, en los comienzos de la larga etapa chilena de su vida, abrió en su casa un curso de “Derecho natural y de gentes”⁴⁹. El profesor Murillo, en relación con este hecho, añade que la materia de aquel curso la había ya enseñado dos años antes José Joaquín de Mora en el Liceo de Chile, redactando para ella un texto “que Bello, entonces enfrentado con él, no consideró oportuno aprovechar, quizá por su excesivo tono racionalista, y, según su costumbre, dictó apuntes”⁵⁰. En cuanto a su aprecio por el Derecho natural, baste recordar que, como observa el ilustre bellista venezolano Rafael Caldera, Bello, desde las columnas de *El Araucano* defendió al Derecho natural frente a un artículo que había negado que haya reglas de Derecho Internacional que obliguen a las naciones sin su previo consentimiento⁵¹.

Cabe, eso sí, preguntarse a qué corriente del Derecho natural se adscribía Bello. Por un lado, su formación escolástica⁵² y su conocimiento de los juristas clásicos españoles le inclinarían inicialmente hacia el iusnaturalismo de la Escuela española. Y no faltan en su extensa obra textos que proclaman la existencia de un Dios legislador⁵³.

⁴⁸ Vid. A. GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, t. I, ps. 417-418. Sobre la influencia hispánica en el Código civil chileno, *vid.*, también J. L. DE LOS MOZOS, “Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código civil de Andrés Bello”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nov. 1978, ps. 437 ss.

⁴⁹ Vid. S. SCHIPANI, *Antecedentes del Código civil de Andrés Bello (De las instituciones a los principios generales del Derecho)*, trad. de F. Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989, p. 15.

⁵⁰ F. MURILLO RUBIERA, *Andrés Bello: historia de una vida y de una obra*, La Casa de Bello, Caracas, 1986, p. 352.

⁵¹ Vid. R. CALDERA, *Andrés Bello*, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1981, p. 138.

⁵² Vid. A. GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, t. I, p. 255.

⁵³ Así, refiriéndose Bello a las leyes que rigen el orden físico y moral del universo, escribe: “El Ser supremo, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o a la felicidad y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de estas leyes, y la razón no hace más que interpretarlas” (texto incluido en la ed. de *Obras Completas*, Caracas, t. X, p. 13 y recogido por R. CALDERA, *op. cit.*, p. 138).

Por otro lado, sin embargo, Bello no fue insensible a las corrientes del iusnaturalismo racionalista y del positivismo procedentes de Europa. A este respecto está estudiada la influencia de Bentham en Bello⁵⁴; pero también se ha señalado en estudios bellistas recientes, como el de Murillo Rubiera, la resistencia de Bello a la filosofía jurídica benthamista en orden a la fundamentación del Derecho por partir “de una total negación del Derecho natural, no sólo del trascendente, de acuerdo con su ateísmo, sino también del racionalista”⁵⁵. Bello, por otra parte, era sensible a la influencia de la Escuela histórica. Formado así su ideario jurídico con ingredientes dispares, se explica que hoy se le califique de “ecléctico” en filosofía jurídica⁵⁶ o que se hable del “sincretismo de Andres Bello”⁵⁷.

En todo caso, Bello, inmerso en el movimiento codificador iberoamericano y primera figura de él en Chile, país cuyos dirigentes estaban fascinados por el Código de Napoleón (recuérdese el deseo de O’Higgins de aplicarlo directamente a Chile, traducido al castellano), hubo de asumir su tarea codificadora con respecto al Derecho positivo y a la preeminencia de la ley entre las fuentes del Derecho; pero no dejó de traslucir su formación iusnaturalista, tanto en el Proyecto de Código Civil de 1853, cuyo art. 4.º, preparado por él, preveía la *analogia iuris* fundada en los “principios generales del Derecho y la equidad natural”⁵⁸, como en el Código finalmente promulgado, cuyo art. 1.470 contiene una invocación al Derecho natural.

⁵⁴ Sobre el benthanismo de Bello, *vid.* A. GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, t. I, p. 256; S. SCHIPANI, *op. cit.*, p. 15, y F. MURILLO, *op. cit.*, ps. 346, 347 y 353.

⁵⁵ Añade el profesor Murillo Rubiera que la falta de adhesión de Bello en este tema obedeció “al fondo de formación católica que en Bello permaneció siempre vigente, pese a las pruebas por las que pasó”, ya que “como creyente, siempre hubo en él conciencia de una ley natural que reconoce a Dios como autor y de la que toman fuerza todas las leyes positivas”. Terminantemente afirma Murillo que “no hay un solo texto de Bello que dé base para afirmar que esto no fue aceptado por él en algún momento de la evolución de su pensamiento” (*op. cit.*, p. 349).

⁵⁶ *Vid.* A. GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, t. I, p. 254.

⁵⁷ F. MURILLO, *op. cit.*, p. 254.

⁵⁸ Observa el profesor Sandro Schipani que esa previsión significaba un reenvío al Derecho romano como expresión de equidad (*op. cit.*, ps. 30 y 49).

B. El pensamiento del codificador Vélez Sársfield

Caso de alguna similitud con el de Bello es el de Dalmacio Vélez Sársfield, autor del Código Civil argentino. También jurista y humanista, había recibido educación católica, cursando las primeras letras en el Colegio de San Francisco⁵⁹ y figurando entre sus estudios el Derecho canónico y el Derecho español⁶⁰. Su conocimiento del Derecho hispánico y de los juristas españoles era considerable, como lo demuestran el catálogo de su biblioteca particular, hoy conservada íntegra en la Universidad de Córdoba (Argentina) y sus notas al Código argentino, repletas de citas a la legislación histórica española y a nuestra doctrina⁶¹.

Asumido por Vélez el encargo de redactar el Código, tenía que estar en la línea de un cierto positivismo. En aquél, sin embargo, no faltan muestras de respeto a la religión y al Derecho natural, incluso atendiendo éste a la manera de la Escuela española. Así, como observa un civilista argentino, “en la fundamental institución del Derecho Privado, la familia, la organizó conforme al sentimiento religioso y social de la sociedad argentina”⁶².

Por otra parte, en su nota al art. 530 habla de “las leyes divinas” lo que ha permitido afirmar que “en el pensamiento de Vélez las leyes divinas —Dios— impregnan la obra toda de nuestra ley en tan superior concepto”⁶³. Cabe también recordar las referencias a las “buenas costumbres” en los arts. 21 y 953, así como a la Moral y a la Justicia en la nota a ese último precepto⁶⁴.

⁵⁹ Vid. J. M. MUSTAPICH, Estudio preliminar de la edición *Código Civil de la República Argentina*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, p. 9.

⁶⁰ Vid. R. M. SALVAT, *Tratado de Derecho civil argentino* (Parte general), 5ª. ed., Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931, p. 82.

⁶¹ Procuré señalar esos conocimientos de Vélez en el trabajo “Los libros jurídicos españoles consultados por Vélez Sársfield”, en los *Estudios en homenaje al Dr Guillermo A. Borda*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1985, y ed. sep.

⁶² Vid. J. M. MUSTAPICH, *op. cit.*, p. 17.

⁶³ J. M. MUSTAPICH, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁴ A propósito de la moral y las buenas costumbres en el art. 953, vid. G. A. BORDA, *Tratado de Derecho civil argentino* (Parte general), Ed. Perrot, Buenos Aires, t. I, 3ª. ed. Buenos Aires, 1959, p. 24.

Es de notar que la importante reforma del Código Civil argentino realizada en 1968 a impulsos del profesor Borda, acentuó a través del nuevo art. 1.198 la importancia de la buena fe, la moral y las buenas costumbres⁶⁵.

C. El pensamiento del codificador Teixeira de Freitas

Junto a Bello y Vélez hay que referirse a otro de los grandes codificadores ibéricos: Virgilio Teixeira de Freitas. Si este gran jurista brasileño no llegó a ver promulgado en su patria su Proyecto de Código Civil —el célebre *Esboço*—, pasó con él a la historia del Derecho e influyó especialmente en la obra de Vélez. ¿Cuál era su posición ante el Derecho natural?

Cabe recordar, ante todo, que Freitas fue bautizado en la Iglesia Católica⁶⁶ y en ella se mantuvo. Su formación, desde niño, fue no sólo cristiana, sino humanista. Como señala su biógrafo Silvio Meira, Freitas estudió latín desde los ocho años y tuvo entre sus profesores a humanistas y sacerdotes⁶⁷. En los cursos jurídicos de Olinda conoció a la Escolástica; los grandes doctores medievales —San Agustín, Santo Tomás, San Buenaventura— debieron serle familiares⁶⁸, así como el Derecho canónico, que se impartiría en el Brasil en el marco de una enseñanza jurídica acorde con la portuguesa⁶⁹. En la ley de 11 de agosto de 1827, creadora de los dos grandes cursos de ciencias jurídicas y sociales —el de San Pablo y el de Olinda—, el art. 1º mencionaba al Derecho natural como primera de las materias a impartir⁷⁰.

Conocedor de la doctrina jurídica clásica y del Derecho histórico (que en Brasil tenía elementos portugueses y españoles), Freitas, aunque conociera también las

⁶⁵ Vid. D. M. FERREIRA RUBIO, *La buena fe (El principio general en el Derecho civil)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984, p. 308. Sobre el tema vid. también J. MOSSET ITURRASPE, *Justicia contractual*, Ediar, Buenos Aires, 1977, ps. 121 ss.

⁶⁶ Vid. S. MEIRA, *Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Impero*, 2ª. ed., Brasilia, 1983, p. 11.

⁶⁷ Vid. S. MEIRA, *op. cit.*, ps. 29-30.

⁶⁸ Vid. S. MEIRA, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁹ Vid. S. MEIRA, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁰ Vid. S. MEIRA, *op. cit.*, p. 50.

legislaciones de su tiempo, de las que tomaba lo aprovechable, quiso como legislador consolidar la obra del pasado y lo efectuó a través de la famosa *Consolidação* de las leyes civiles, cuya orientación, al decir de juristas como Braga da Cruz y Galvão de Sousa, “hizo caer en desgracia, de una vez para siempre, varias innovaciones preconizadas por la corriente progresista, que el Derecho brasileño, al contrario del Derecho portugués, ya no aceptaría nunca”⁷¹.

En esa línea estuvo también al redactar el Esboço de Código Civil. Y si no todas sus ideas sobre la persona son merecedoras de aplauso desde la óptica de nuestro tiempo, no faltan las que de forma original y valiente se dirigen a proteger a la persona humana desde el mismo vientre materno, llegando a establecer la patria potestad sobre el concebido y no nacido⁷².

III. EL IUSNATURALISMO EN LOS PRIVATISTAS HISPANO AMERICANOS DEL SIGLO XX.

Vistas, aunque muy resumidas, las ideas que algunos de los grandes codificadores hispanoamericanos tuvieron en torno al Derecho natural, hora es de asomarse a nuestro siglo XX, que toca ya a su fin, preguntándonos qué posiciones han asumido en él los privatistas de Hispanoamérica frente al tema.

Parece que las respuestas cabe encontrarlas por dos caminos: a) Examinando el planteamiento frontal en algunos autores —los que lo tienen— del tema de la existencia del Derecho natural, que obliga —si se hace— a tomar posición en favor o en contra del Derecho natural. Y b) Buscando en tratados, manuales y monografías de privatistas el enfoque que dan a ciertos temas clásicos del Derecho civil —como los principios generales del Derecho, la costumbre, la analogía, la equidad, la obligación natural, la buena fe...—,

⁷¹ Vid. J. P. GALVÃO DE SOUSA, *La historicidad del Derecho y la elaboración legislativa* (trad. de J. A. Sardina-Páramo), Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, Madrid, 1972, p. 108.

⁷² Señalé el interés de ese punto en el trabajo “La patria potestad en el Proyecto de Código civil de Teixeira de Freitas”, en el libro de VV.AA., a cargo de Sandro Schipani, *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Cedam, Padua, ps. 383-389.

cuyo desarrollo puede estar influido por la posición del autor ante el Derecho natural. Las páginas que siguen tratan de señalar brevemente algunas posiciones que de esa forma se descubre en la doctrina de algunos países iberoamericanos.

Comenzando por la doctrina chilena, brillante desde tiempos de Bello, cabe indagar la posición del destacado civilista Fernando Fueyo Laneri, profesor de Derecho civil de la Universidad de Chile, ya fallecido, cuya obra denota sensibilidad para elevarse con criterios espiritualistas por encima del puro Derecho positivo. Pues bien: Fueyo, en una de sus exposiciones, hace aplicación extensiva de la doctrina del daño moral y constata que hoy se ha realzado la Moral en el campo jurídico, a la que califica como “verdadera raíz del Derecho”⁷³. Y en una sugestiva monografía admite que “se dice, con acierto, que la concepción que reduce el Derecho a la ley —que corresponde a la teoría normativista, contrapuesta a la pluralista— vivió un tiempo relativamente breve y no tuvo verdadero fundamento histórico”⁷⁴.

En la *doctrina argentina*, que es extensa e importante, cabe de entrada encontrar, ciertamente, privatistas enmarcables en el positivismo. Algunos, así, al indagar el concepto de los principios generales del Derecho, entienden, como observa la Dra. Ferreira, que “estos principios se obtendrían inductivamente de las normas concretas que integran el ordenamiento”⁷⁵.

Para Busso “son los principios fundamentales de nuestra legislación positiva”⁷⁶. Es de notar, por otra parte, que alguna influencia sobre privatistas ha tenido una corriente producida en la filosofía jurídica argentina, la de la “teoría egológica” del profesor Carlos

⁷³ Vid. F. FUEYO LANERI, *Instituciones de Derecho civil moderno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, ps. 32-35.

⁷⁴ FUEYO LANERI, *Interpretación y Juez*, Santiago de Chile 1976, p. 57. Vid. también sus consideraciones sobre el valor de la costumbre en el Código de comercio chileno de 1867, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁵ M. FERREIRA RUBIO, Comentario al art. 16 del Código civil argentino en la obra de VV.AA., *Código civil y normas complementarias (Análisis doctrinario y jurisprudencial)*, dirigida por Alberto J. Bueres y coordinada por Elena I. Highton, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 33.

⁷⁶ Cit. por D. M. FERREIRA, *op. cit.*, p. 34.

Cossio⁷⁷, que teniendo coincidencias, aunque también discrepancias, con la doctrina de Kelsen, es ciertamente positivista y ajena a los planteamientos del Derecho natural. Así, el profesor Federico D. Quinteros, civilista influido por Cossio, hizo una aplicación de la teoría egológica al concreto tema de la petición de herencia⁷⁸.

Pero entre los grandes tratadistas argentinos de Derecho civil no es rara la crítica al positivismo y la afirmación del Derecho natural. Así, para el maestro Jorge Joaquín Llambías, el Derecho natural es el núcleo del Derecho, entendido como ordenamiento social justo. El Derecho positivo no es más que la “concrección del Derecho natural, es decir, la traducción del Derecho natural y su adaptación a las circunstancias sociales concretas de un momento histórico determinado”. En este sentido, el Derecho natural actúa como guía del Derecho positivo en la búsqueda de aproximaciones concretas a la Justicia; es el “atractivo de la Justicia” y sinónimo de ella. Esto le conduce a Llambías a afirmar que cuando el Derecho positivo contradice sustancialmente al Derecho natural, “resulta entonces un derecho injusto, es decir, un no derecho”⁷⁹.

Independiente del positivismo es también, en sus planteamientos generales, otro civilista clásico argentino, el profesor Raymundo M. Salvat, quién en su tratado, entre los métodos de interpretación de la ley, estudia con especial interés el de “la libre investigación científica” de François Geny⁸⁰.

⁷⁷ Vid. C. COSSIO, *La teoría egológica del Derecho (Su problema y sus problemas)*, Ed. Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1963. Un comentario crítico de las ideas de Cossio formuló en España J. M. NIN DE CARDONA, *La teoría egológica del Derecho*, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1966. Al redactarse esta ponencia está ya impreso el estudio de J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Las definiciones de la palabra Derecho y los múltiples conceptos del mismo* (Discurso de Apertura del Curso 1998-1999), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998), donde resume algunos aspectos de la teoría egológica (ps. 134-136).

⁷⁸ Vid. F. D. QUINTEROS, *Petición de herencia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

⁷⁹ J. J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho civil (Parte general)*, t. I, 5.ª ed. actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, núms. 28-30. Sobre antagonismos y contactos del positivismo con el Derecho natural, vid. A. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, ps. 8 ss.

⁸⁰ Vid. R. M. SALVAT, *op. cit.* ps. 146-148.

El también tratadista Alberto G. Spota, por su parte, ha formulado directas críticas al positivismo en general y a la doctrina kelseniana en particular. A propósito de ésta, habla de “la ceguera positivista” y defiende frente a Kelsen el dualismo derecho subjetivo-derecho objetivo⁸¹. Atacando al “mito de la omnipotencia legislativa”, escribe: “La ley no es la sola fuente del Derecho; una ley siempre llega tarde. Interviene cuando las circunstancias lo exigen y cuando las costumbres lo imponen. La costumbre, la jurisprudencia, la equidad, son las verdaderas fuentes reales del Derecho. Es necesario reconocer la importancia que la vida les da”. Así, “el examen del Derecho positivo vigente no puede bastar como meta del estudio a emprender”⁸². Por otro lado, y ya en el ámbito del Derecho mercantil, Spota, sobre la base del Código de comercio argentino, observa que “los usos y costumbres en Derecho mercantil conservan una significación fundamental” y que “la costumbre prima, a veces, sobre el propio texto mercantil”⁸³.

Otro tratadista, el profesor Guillermo A. Borda, que ocupa hoy un puesto clave en la doctrina civil argentina, se situó desde hace años en línea favorable al Derecho natural. Estudiando la vinculación entre la Moral y el Derecho, y tras constatar que “el positivismo jurídico ha sido llevado a su plenitud y ha alcanzado un renovado vigor a partir de las enseñanzas de Hans Kelsen”, somete éstas a severa crítica. “Es necesario reconocer — escribe— que la “teoría pura del Derecho” ha sido expuesta con un rigor lógico importante, lo que explica su vasta repercusión en el pensamiento jurídico moderno. Pero hay que admitir también que está muy lejos de satisfacer graves inquietudes del espíritu humano. No es posible aceptar esta separación total entre derecho y moral, no que tanto merezca el nombre de derecho la norma justa como el mandato arbitrario por el solo hecho de provenir del legislador. El llamado “derecho injusto” es un contrasentido: si es injusto, no es derecho”. Y preguntándose “cuál es el criterio que dentro de las complejísimas cuestiones jurídicas ha de permitirnos distinguir lo justo de lo injusto”, responde: “Ese criterio no es otro que el Derecho natural. Si la ley es conforme a él, es justa, si es incompatible con él, es injusta”; así, “el Derecho positivo debe ajustarse al Derecho natural”. Recuerda luego

⁸¹ Vid. A. G. SPOTA, *Tratado de Derecho civil*, t. I. vol. 1, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, ps. 285-301.

⁸² Vid. A. G. SPOTA, *op. cit.*, ps. XLVIII, ps. 12 y 409.

⁸³ A. G. SPOTA, *op. cit.*, p. 402.

Borda la importancia de la teoría clásica del Derecho natural, que ha sufrido eclipses y renace hoy: “Esta teoría del Derecho natural —dice—, prestigiada por los grandes filósofos de la Antigüedad, adquirió su máximo desarrollo y esplendor en la obra de Santo Tomás de Aquino. Por influencia del realismo jurídico, su prestigio sufrió largos eclipses, pero ha resurgido con renovado vigor, cada vez que una gran crisis de la humanidad ponía en peligro la libertad y la dignidad humanas. Ha servido de bandera en todas las grandes batallas del espíritu, ha dado lugar a la creación de ramas nuevas del derecho, como el internacional público y el obrero. La profunda crisis que está viviendo el mundo contemporáneo, ha producido un poderoso movimiento iusnaturalista, que en abierta lucha con el positivismo, combate por la dignidad del Derecho y por exaltar los valores eternos de la condición humana”⁸⁴.

Fuera ya de los tratados de Derecho civil, tanto la crítica al positivismo como el retorno al iusnaturalismo se manifiesta a través de libros monográficos de Derecho privado, artículos de revista o comentarios legales publicados en la República Argentina. Por citar unos pocos ejemplos, cabe recordar como auto res en esa línea:

— el Dr. Werner Goldschmidt, que en un estudio sobre la teoría egológica concluye que “hay que criticar con la máxima energía su repudio positivista de valores absolutos y específicamente su orfandad en materia dikelógica, la cual, más allá de sus defectos teóricos, conduce en la práctica al más nefasto de los conformismos, toda vez que la paz, según las inmortales palabras de San Agustín, no es sino el orden de la justicia”⁸⁵;

— la Dra. Delia Matilde Ferreira Rubio, que planteando el tema de los principios generales del Derecho a la luz del Código civil argentino, afirma: “La verdadera significación y trascendencia de la incorporación de los principios generales al ordenamiento residen en que los principios representan la forma de ingreso al sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad. El ordenamiento, para no convertirse en un pesado lastre, sino por el contrario ser un instrumento útil para la

⁸⁴ G. A. BORDA, *Tratado de Derecho civil argentino (Parte general)*, 3ª. ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1959, ps. 19-22. Sobre la presencia de Derecho natural en la contemporaneidad, cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, ps. 27 ss.

⁸⁵ W. GOLDSCHMIDT, “*La teoría egológica y la tridimensionalidad*”, en *Jurisprudencia Argentina*, 7 oct. 1965, Buenos Aires, ps. 1-2.

convivencia, debe vincularse con los valores superiores —por un lado— y con la realidad —por el otro—. Los principios generales son la válvula que permite la oxigenación de las normas concretas”⁸⁶;

— el profesor Jorge Mosset Iturraspe, que en tema también de fuentes del Derecho sobre la base del Código civil argentino, estudia con interés la equidad, poniendo de relieve la profunda penetración de ésta en el Derecho argentino a partir de las enseñanzas de Borda y la reforma del Código civil, augurándola un brillante futuro en el Derecho del siglo XXI, que posibilitará “una justicia más justa y equitativa”⁸⁷;

— el profesor Luis Alberto Casalini, que resumiendo el pensamiento de Michel Villey, detecta “el regreso de la teoría iusnaturalista a su hogar clásico aristotélico tomista, renegando de oscuras experiencias racionalistas”⁸⁸;

— el profesor Luis Moisset de Espanés, que en un estudio académico muy reciente en el que ha retomado el tema de la obligación natural, por él tratado ya en un trabajo de juventud, estudia en una línea espiritualista las relaciones entre Moral y Derecho y pone de relieve la influencia de las Partidas en las normas sobre el Derecho natural de los Códigos civiles de Chile, Argentina, Uruguay, Colombia, Ecuador y Salvador⁸⁹.

Con relación también a la República Argentina, cabe recoger el hecho de que la Corporación de Abogados Católicos tiene entre sus fines el de “contribuir al mejoramiento del orden jurídico positivo sobre la base de los principios del Derecho natural”⁹⁰.

⁸⁶ D. M. FERREIRA RUBIO, Comentario al art. 16 en la obra *Código civil* dirigida por Bueres y ya *cit.*, p. 34.

⁸⁷ *Vid.* J. MOSSET ITURRASPE, Comentario al art. 17 en la obra *Código civil* dirigida por Bueres y ya *cit.*, ps. 45-48.

⁸⁸ *Vid.* L. A. CASALINI, “El Derecho natural en la Filosofía del siglo XX”, en *Cuadernos de Derecho natural*, La Plata, 1/1997, p. 33. *Vid.* también en la doctrina argentina de derecho público, A. E. SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, donde se afirma que “el Derecho positivo no es sino la aplicación, a una circunstancia histórica, de un derecho metapositivo innato en la naturaleza del hombre” (p. 9).

⁸⁹ *Vid.* L. MOISSET DE ESPANÉS, “Obligaciones naturales y deberes morales”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, núm. 28, 1998, p. 522.

Saltando a la *doctrina uruguaya*, caber recordar al profesor Enrique Vescovi, que estudiando la división entre norma jurídica y norma moral, ha señalado la necesidad de que el Derecho tenga “una coincidencia general con la Justicia” y ha observado que “la moralización del Derecho positivo es un hecho” y que “la tendencia actual es a conceder al Juez más poderes y facultades, por habernos alejado del fetichismo de la ley proclamado por la Revolución Francesa”⁹¹.

La doctrina brasileña, por su parte, ha sido en términos generales fiel a la tradición iusnaturalista. Entre los civilistas contemporáneos, el profesor Antonio Chaves advierte en la época moderna una “vuelta al Derecho natural”, califica a éste abstractamente como “una construcción maravillosa” y estudia su proyección sobre varias instituciones concretas del Derecho civil. La prueba del Derecho natural está, a su juicio, en la misma contingencia que la prueba de la existencia de Dios; su reconocimiento, en una convicción íntima que cada cual tiene dentro de su alma. Así, el Derecho natural se transforma en la fuente de autoridad del Derecho positivo⁹².

Iusnaturalista brasileño es —si bien en el ámbito del derecho público— también el profesor José Pedro Galvao de Sousa —jurista, filósofo e hispanista—⁹³, que afirma la historicidad del Derecho sin admitir las ideas progresistas de nuestro tiempo sobre “el movimiento de la historia”. Galvao apunta los fallos del positivismo jurídico y del racionalismo jurídico; analiza, criticándola, la doctrina de Kelsen; elogia a Gény, “a quien tanto se debe el haber sido superada, en Francia, la angosta y unilateral concepción que reducía el derecho a la ley”; elogia también a Michel Villey como “jurista filósofo de

⁹⁰ Artículo 3.º de los Estatutos, cit. por B. MONTEJANO, *Ética pública*, Ediciones del Cruzamante, 1996, p. 11.

⁹¹ Vid. E. VESCOVI, *La regla moral en el proceso civil*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1959, ps. 18-23.

⁹² Vid. A. CHAVES, *Lições de Direito civil, Parte general, I*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1978, ps. 193-201.

⁹³ Una semblanza de este autor, recientemente fallecido, ha sido, publicada por el profesor MIGUEL AYUSO, en *Verbo*, núm. 345-346, mayo-julio 1996, ps. 487 ss.

ponderado sentido histórico” y advierte que el juez, por encima de todo, debe “orientar sus decisiones por los principios universales de justicia”⁹⁴.

Discípulo de Galvao el también brasileño Ricardo Henry Marques Dip busca en la doctrina tomista los conceptos de ley natural, ley eterna y bien común, estudiando a la luz de los iusnaturalistas clásicos y modernos el tema de la modificación de las leyes⁹⁵.

En la misma línea de los brasileños citados están otros compatriotas suyos. Así, Limongi França, que sigue a Santo Tomás y San Isidoro en el concepto de ley natural; el civilista Serpa Lopes, que afirma la realidad del Derecho natural, y el romanista Alexandre Correia, que señala “las consecuencias absurdas a las que conduce la negación del Derecho natural”⁹⁶.

Pasando a la doctrina peruana, cabe ver recogido el tema del Derecho natural en prestigiosos civilistas actuales. Así, el profesor Carlos Fernández Sessarego, aun sin haberlo tratado orgánicamente, lo menciona en la mayoría de sus libros, tratando de traducir a un lenguaje actual a la antigua posición escolástica; a su juicio, el Derecho natural, por ser connatural al ser humano, es una exigencia existencial y pertenece a la estructura misma de la persona⁹⁷. El profesor Max Arias-Schreiber, por su parte, en reciente e importante tratado con la colaboración de los también civilistas Carlos Cárdenas Quirós, Angela Arias-Schreiber M. y Elvira Martínez Coco, defiende, sobre la base del Código civil de 1984 y la Constitución de 1993 de Perú, la necesidad de contar con los principios generales del Derecho y con la costumbre en el campo de la hermenéutica⁹⁸.

En la *doctrina venezolana*, el profesor de la Universidad de los Andes Lino Rodríguez-Arias Bustamante, civilista e iusfilósofo de origen español, es abierto defensor

⁹⁴ Vid. J. P. GALVAO DE SOUSA, *La historicidad del Derecho y la elaboración legislativa*, cit, ps. 23, 24, 25, 51, 56, 59 y 60.

⁹⁵ Vid. R. H. MARQUES DIP, *Apuntamentos sobre a Mudanza das Leis e do Direito Adquirido à luz do Iusnaturalismo clássico*, San Pablo, 1975, ps. 5, 9-12 y 26.

⁹⁶ Vid. A. CHAVES, *op. cit.*, ps. 192-194, 200 y 188.

⁹⁷ Vid. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho y persona*, Grijley, Lima, 3ª. ed., 1998, ps. 35 ss.

⁹⁸ Vid. M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis del Código civil peruano de 1984*, t. I (Contratos: parte general), con la colaboración de C. Cárdenas Quirós, A. Arias-Schreiber y E. Martínez Coco, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.

del Derecho natural, al que considera como “la defensa mejor construida y más legítima que se puede levantar frente al poder omnímodo del Estado”. Suscribe las palabras de Legaz Lacambra de que “la historia de la filosofía del derecho tiene como eje central en torno al cual gira su especulación, la idea de un Derecho superior a toda ley escrita, a toda norma efectivamente vivida: un Derecho en el cual todo Derecho dado en la realidad debe de conformarse, y al cual anula en caso de discrepancia”. Cree que el principio de unidad del espíritu humano “asevera la existencia del Derecho natural”. Y advierte que en la ciencia jurídica se vuelve los ojos hacia el Derecho natural como una fórmula salvadora de la cultura cristiano-occidental, constatando el renacimiento del Derecho natural en varios países europeos e iberoamericanos⁹⁹.

En la *doctrina colombiana*, la romanista Emilsen González de Cancino ha señalado muy recientemente que, tras la adopción en Colombia del Código civil chileno, la ley 153 de 1887 introdujo reformas entre las cuales estaba la de permitir a los intérpretes recurrir a los principios del Derecho natural y a las reglas de la jurisprudencia para ilustrar la norma fundamental con el fin de delinear la doctrina constitucional que luego servirá de base a la interpretación de las leyes subordinada a ellas; y la de dar el carácter de fuente supletoria a las reglas generales del Derecho y a la costumbre que sea general y conforme con la Moral cristiana. La reforma, según observa la profesora González de Cancino, “marcó una ruptura con la posición del Código chileno que identificaba el derecho con la ley y mereció una acogida favorable en el país, aunque los Tribunales permanecieron, durante algunas décadas, fuertemente aferrados a la tradición exegética, sin excepciones”¹⁰⁰.

⁹⁹ Vid. L. RODRÍGUEZ-ARIAS, *Ciencia y Filosofía del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, ps. 226, 229, 237-238 y 250-252. Sobre la vuelta al iusnaturalismo en Europa, coincidente por las mismas razones con la producida en Iberoamérica y aludida reiteradamente en estas páginas, vid. B. AGUILERA BARCHET, *Introducción jurídica a la historia del Derecho*, Universidad de Externado-Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, Ps. 112-113. Sobre el “renacimiento del Derecho natural” en términos generales, vid. A. HERNÁNDEZ GIL, op. cit., ps. 31 ss.

¹⁰⁰ E. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Las bases romanistas del Código civil colombiano en materia de Obligaciones*, Tesis doctoral dirigida por el prof. Antonio Fernández de Buján, Madrid, 1998, p. 17.

En la *doctrina mejicana*, cabe de entrada advertir la huella del positivismo francés. Como nota el profesor Néstor de Buen Lozano, laboralista de ilustre linaje español, “el liberalismo en los Códigos civiles mexicanos, que fue evidente en los de 1870 y 1884, no es más que el resultado lógico de las influencias políticas y aun económicas que Francia ejerció en nuestro país en la segunda parte del siglo XIX”¹⁰¹. Pero no faltan entre los civilistas actuales testimonios de atención hacia el Derecho natural. Así, el profesor Rafael de Pina, que recoge en su tratado una bibliografía iusnaturalista española considerable, aun rechazando la concepción clásica del Derecho natural, reconoce que éste, a fines del XIX, “adquirió nuevos bríos, alcanzando en estos últimos tiempos un verdadero renacimiento”¹⁰². Y el profesor Fernando Flores, al estudiar las relaciones entre Moral y Derecho afirma que “estos dos órdenes están en íntima relación”, y al referirse entre las fuentes a los principios generales del Derecho, estima que éstos son semejantes al aire en que jurídicamente se vive”¹⁰³.

IV. CONCLUSIONES

El recorrido, siquiera rápido e incompleto, que para indagar la recepción del Derecho natural en Hispanoamérica me he esforzado en hacer, a través de esta ponencia, por el campo de la doctrina hispanoamericana de Derecho privado —desde el tiempo de la América española hasta nuestros días, pasando por la etapa de las Codificaciones—, permite e incluso obliga a esbozar unas conclusiones. Seguidamente ofrezco tres, sometiéndolas gustosamente a la crítica de los ilustres participantes en estas Jornadas.

1.^a La base del Derecho privado impartido y difundido en Hispanoamérica desde el Descubrimiento hasta la Independencia fue el Derecho natural de la Escuela clásica española.

¹⁰¹ N. DE BUEN LOZANO, *La decadencia del contrato*, Textos Universitarios, Méjico, 1965, p. 69.

¹⁰² Vid. R. DE PINA, *Elementos de Derecho civil mexicano*, vol. 1º, 3ª ed., Ed. Perrúa, Méjico, 1963, ps. 49-52.

¹⁰³ F. FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, *Introducción al estudio del Derecho y Derecho civil*, Ed. Porrúa, Méjico, 1973, p. 29.

2.^a Los codificadores hispanoamericanos, aunque conocedores por su formación cristiana y humanista de la doctrina iusnaturalista católica, habían de aceptar influencias del racionalismo y del positivismo europeo en la Codificación civil americana, pero no dejaron de manifestar en algunos textos el respeto al Derecho natural, incluso entendido a la manera hispánica.

3.^a Los civilistas hispanoamericanos del siglo XX han estado considerablemente influidos por el positivismo jurídico, pero no faltan testimonios de repulsa hacia éste, como son, entre otros, las críticas a Kelsen, la revisión de las fuentes del Derecho y los nuevos estudios sobre la interpretación jurídica, advirtiéndose hoy por varios civilistas la vuelta al Derecho natural.