

HISTORIA DEL DERECHO NATURAL EN ITALIA DURANTE EL SIGLO XX

Giancarlo Giurovich*

Universidad de Udine

I. INTRODUCCIÓN

Si por iusnaturalismo se entiende la doctrina que partiendo de una idea abstracta piensa obtener un código perfecto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, con el que poder regular todos los casos posibles de la vida humana, entonces no hay razón para que deba ser defendido e, incluso, se auspicie su renacimiento. El derecho racionalista que pretende ser natural, resulta, en realidad, o una construcción intelectual reguladora *a priori* o una falsificación de orientación voluntarista.

La confusión entre el derecho natural clásico (objetivo) y el iusnaturalismo abstracto del siglo XVII y de Rousseau, la reacción ante esta corriente por parte de la escuela histórica del derecho del siglo XIX, las teorías idealistas según las cuales la idea del derecho se concreta sólo en la historia entendida como devenir dialéctico y lugar en el que se realiza el Absoluto, el positivismo jurídico que considera el derecho con el criterio de que es un fenómeno acompañado por un grosero empirismo; todas estas fuerzas, frecuentemente en contradicción entre sí, fueron y son en parte causa de la condena del derecho natural.

Para los puros técnicos del derecho no existen más normas que las positivas, ni más principios que los de su «ciencia». Para esta corriente interpretativa, resulta que es positiva «toda norma que sea establecida *de hecho* para ser observada *de hecho* y que consiga *de hecho* ser observada por tal cualidad» (cfr. G. Balladore Pallieri, *Dottrina dello Stato*, Padua, 1964, pág. 239). Se especifica que las cursivas en cuestión subrayan aquella interdependencia que, en nuestra opinión, subsiste entre método dogmático positivo y método sociológico, pues

* Traducción castellana de la versión italiana de Armando Marchante.

es precisamente la interpretación sociológica la que considera el derecho como un hecho social, como tantos otros, que manifiesta las contradicciones presentes en la sociedad. La orientación sociológica y la positivista niegan, como se ha dicho, el derecho natural, el cual, en la mejor de las hipótesis, es calificado como «filosófico» y por lo tanto extrajurídico y, como tal, insignificante no sólo en la práctica sino en la misma teoría. Los juristas positivistas, al no ser filósofos, se inclinan a recibir las indicaciones adquiridas en los manuales con la consecuencia de hacer rígido lo que es dinámico con un sometimiento hacia lo existente completamente injustificado. Para tener una idea de lo que se ha dicho, es suficiente dar un rápido vistazo a lo que son las más difundidas manuales de Instituciones de derecho privado adoptados en nuestras Universidades. El de Trimarchi (*Istituzioni di diritto privato*, Milán, 1986), no habla absolutamente del derecho natural; el de Torrente-Schlesinger (*Istituzioni di diritto privato*, Milán, 1975, IX Edición, par. 2), dedica a la cuestión un párrafo en el que el derecho natural resulta ser una instancia crítica del derecho vigente, instancia desprovista de todo valor para el jurista positivo; en el de Rescigno (*Manuale del diritto privato*, Nápoles, 1985, VI ed.) hay un párrafo «Diritto e realtà naturale» donde por realidad natural se entiende exclusivamente «realidad física, ambiente social, campo económico» (cfr. *Ibid.*, p. 39).

El derecho natural al que nos vamos a referir es el que arranca de los clásicos, atraviesa la tradición escolástica y llega a nosotros como *philosophia perennis*, contiene principios que no pueden ser violados aunque contempla diversas aplicaciones históricas de contenidos que requieren ser recogidos por la instituciones y ser respetados por ellas.

Podemos decir que dentro de la misma doctrina del positivismo que tiene en Ardigò su maestro y a cuya enseñanza se refieren Marchesini, Bovio, Vanni (exigencia crítica) y Frangipane (pura fenomenología) emerge la necesidad de considerar las que ya Ardigò definía como «idealidades sociales», un deber ser postulado en función de la historia que se iba haciendo.

Junto al positivismo e indiferente a la cultura positivista estaba la tradición idealista que recuperaba a un cierto Vico y Hegel, tradición que se apoyaba en la mediación de la «escuela meridional» de los Spaventa. A los Filomusi, Guelfi y Petrone (sobre todo a este último) se debe el nacimiento de una corriente declaradamente idealista en el campo de la filosofía del derecho aferrada a aquella escuela reciente de Alemania, así como dice el título de la más afortunada obra de Petrone (*La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania. Analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, Pisa, 1895; *Il diritto nel mondo dello spirito. Saggio filosofico*, Milán, 1910.) El pensamiento de Petrone frecuentemente oratorio, a veces ingenuo, sin embar-

go hace familiares los nuevos temas de la filosofía del derecho en Alemania y aquel retorno a Kant y a su escuela al que se liga gran parte de nuestra reflexión iusnaturalista. Eran los años en los que *La Critica* (B. Croce), ejercitando una presencia sistemática en el mundo de la cultura, difundía el idealismo con una notable fuerza polémica ante los representantes del positivismo, del irracionalismo y del misticismo.

II. B. CROCE (1886-1952)

Como es sabido, en el historicismo crociano el derecho, al no poderse reconducir a la moral, es referido a la economía. Por tanto, se le identifica con la *utilidad* particular del individuo que necesita de la fuerza para imponerse. Dado que «la vida y la realidad es historia y nada más que historia» (cfr. «La nascita dello storicismo», en *La Critica*, 1937, pág. 328), resulta ilógico hablar no sólo de derecho natural sino también y sólo de un criterio deontológico del derecho. Su historicismo absoluto se ve obligado necesariamente a avalar tanto el positivismo jurídico como el relativismo histórico. Por tanto, el derecho, que es pura realización histórica tiene en el Estado su origen; como argumento Croce habla de «libre voluntad que produce en las nuevas condiciones de hecho la nueva ley» (cfr. *Filosofia della pratica*, Bari, 1950, sexta edición, pág. 322). Si el derecho es fuerza, tendremos siempre y solo un choque de fuerzas y para Croce ésto no es ni moral ni inmoral porque es «el misterio doloroso del hacerse de la Realidad», la cual es lucha, devenir, precisamente porque es vida. «El derecho natural –afirma Croce– la legislación universal, el código eterno que pretende fijar lo transeúnte, choca contra el principio de la mutabilidad de las leyes... Si al derecho natural se le dejase hacer lo que anuncia, si Dios permitiese que los asuntos de la Realidad fuesen administrados según las ideas abstractas de los escritores y profesores, se vería, con la formación y aplicación del Código eterno, detenerse de golpe el Desarrollo, concluir la Historia, morir la Vida, deshacerse la Realidad» (cfr. *Filosofia della pratica*, cit., pág. 323).

En 1916, G. Gentile publica la *Teoria generale dello spirito come atto puro e fondamenti della filosofia del diritto*; del neoidealismo tiene origen el actualismo y el principio activista se liga con los entusiasmos nacionalistas y con el *Valor ético de la guerra* para citar el artículo de Giuseppe Maggiore. Sergio Panunzio en 1917 debate el problema de la guerra justa (*Il concetto della guerra giusta*, Campobasso, 1917) después de que Del Vecchio hubiera indagado sus razones morales (*Le ragioni morali della nostra guerra*, Florencia, 1915).

La absoluta fe en la historia y su aversión hacia las «insipideces iusnaturalistas» que Croce ha manifestado repetidamente y en diversas formas no pare-

cen ser compartidas por dos pensadores adscribibles por derecho al historicismo crociano, nos referimos a Guido De Ruggiero y a Carlo Antoni. De Ruggiero en su *Storia della filosofia* (1948), en el volumen dedicado a Hegel, subraya una no coincidencia entre racionalidad y realidad, precisamente porque no puede estar justificado, como en el reciente pasado, todo viraje de la historia. C. Antoni precisamente en el año de su muerte, en 1959, publica *La restaurazione del diritto di natura*, (Venecia, 1959). En ambos casos, no nos parece correcto hablar de derecho natural porque la restauración a la que se referían ambos autores no era otra cosa que aquella razón moderna a la que se debía la libertad negativa y el liberalismo; era la razón iluminista-kantiana que combatía los mitos y nacía de la historia.

La concepción de la historia como manifestación de la idea en múltiples formas jamás exhaustivas caracteriza a algunos estudiosos que reciben en diversas formas el historicismo de la cultura alemana del XIX. No pueden adscribirse al área del derecho natural aunque se refieran a Vico. A este respecto, nos parece representativa la figura y la obra de Giuseppe Capograssi de quien deben tenerse presente sobre todo las siguientes obras: *Analisi dell'esperienza comune* (1930); *Studi sull'esperienza giuridica* (1932); *Il problema della scienza del diritto* (1937). El de Capograssi es un historicismo hecho de individualidades y de grupos que se forman en la historia gracias a la libre acción de los individuos que tiene un valor infinito porque están en contacto con Dios. Si la vida, que es experiencia y acción, encuentra su cumplimiento en Dios y el derecho desarrolla también una acción que podemos llamar salvífica porque tutela al individuo de la anulación y de la destrucción, en cambio, el Estado no puede dar un sentido a la vida de los individuos.

Su particular inspiración viquiana lo lleva a estar en sintonía con el historicismo de la escuela histórica alemana más cercana a Schleiermacher que a Hegel. De «acción», como se sabe, hablaba Blondel, autor muy querido por Capograssi, como le eran queridos Simmel, Scheler y un poco toda la *Lebensphilosophie* y todos sus pensadores; bastaba sólo saber descubrir en el interior de sus sistemas, y más allá de ellos, aquella «experiencia viviente» que es la «parte verdaderamente viva» que permite a Kant dialogar con San Agustín, Pascal y Rosmini.

Su «historicismo literalmente neoviquiano» (cfr. P. Piovani, *Introduzione a G. Capograssi, Il problema della scienza del diritto*, Milán, 1962, pág. XXXI) no tiene necesidad de referirse al derecho natural en cuanto que la fe en la Providencia, la cristiana aceptación de lo particular, de lo *cierto*, era a sus ojos la incesante realización de lo *verdadero*. La naturalidad a la que se refería, él que indagaba la experiencia jurídica que reasume el mundo del hombre, es la naturaleza de la historia. La naturalidad del derecho en su libre devenir, en su hacerse y en su cambio, llevaba a Capograssi a leer en el pensamiento de K. Bergbohm (acaso la posición más radical de todo el positivismo jurídico) un

aspecto de la naturalidad del derecho que, parece obvio recordarlo, es otra cosa que el derecho natural.

Precisamente en los años de la Segunda Guerra Mundial registramos un renacimiento tanto del iusnaturalismo como del derecho natural. La crisis del idealismo actualista lleva a muchos a descubrir el Dios personal cristiano, pero no siempre son «conversiones» que afectan al corazón y al intelecto. Recordemos, por ejemplo, a Felice Battaglia –en 1929 había escrito un libro sobre *La crisi del diritto naturale*, Venecia, 1929–, que ante la política racista y las persecuciones en Alemania ya no está dispuesto a avalar las tesis que reconocen al Estado una eticidad connatural. En una nota al libro de C. Schmitt, *Principi politici del nazionalsocialismo* (Florencia, 1935, traducción de D. Cantimori), afirma: «Hemos aludido a un derecho y a una ley en función del pueblo... en ella coexiste... un derecho de esencia aún más alta, una ley correspondiente a la naturaleza humana, expresión no de necesidades peculiares de una gente, sino... de la absoluta espiritualidad por la cual el hombre es tal universalmente... así lo quiere no sólo una doctrina coherente, sino que también lo enseña la sana tradición italiana cristiana y latina» («Stato, politica e diritto secondo Carlo Schmitt», en *RIFD*, XVI-1936, págs. 419-423). En los años siguientes, Battaglia tiende a subrayar cada vez más el tema del valor que trasciende la historia, la problemática existencialista y la del derecho en el sistema de valores (cfr. «Il diritto nel sistema dei valori», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964, págs. 465-507).

Concluida la guerra, y apagadas las polémicas que la habían seguido, *pluralismo, personalismo, historicismo* –que sólo en algunos se convierte en consideración legítima de la historicidad– actúan como catalizadores de nuevas soluciones y fórmulas. Recordemos a Pietro Piovani, discípulo de Capograssi, sobre todo por su presencia en las discusiones que se refieren al derecho natural (*Normatività e società*, Nápoles, 1949), quien manifiesta claramente la influencia de Capograssi: el derecho es un continuo hacerse de la sociedad, síntesis de naturalidad e historicidad. Las *Linee di una filosofia del diritto* (Padua, 1958), retoman no sólo el título de la obra de Hegel y son una defensa del historicismo en polémica contra el derecho natural. El iusnaturalismo, afirma Piovani en *Giusnaturalismo ed etica moderna* (Bari, 1961), donde se llega a teorizar una ética moderna toda ella dirigida a la creación de nuevos valores por parte de las diferentes individualidades en una lucha agonista: «Es una concepción universal, que el descubrimiento historicista de la individualidad –en una reflexión que va de Dilthey a Troeltsch, y a Meineke– ha discutido para sustituirla por una concepción distinta de la misma racionalidad» (*Ibid.*, pág. 15). Derecho natural y iusnaturalismo para Piovani son lo mismo, son «palabras ya desgastadas y por ello frágiles» (*Ibid.*, pág. 8). También Campanini, que es un estudioso más bien conciliador, no puede dejar de subrayar que Piovani «no pone suficientemente de relieve la diferencia substan-

cial existente entre el «derecho natural» y el «iusnaturalismo» y transfiere sobre el primero críticas únicamente válidas para el segundo, que trata de situarse en el plano de la historia y de ser juzgado en base a la historia, mientras que el «derecho natural», aun no renegando de la historia, se hace defensor de valores no propiamente históricos sino que absolutos en cuanto que están ligados a una concepción metafísica de la historia» (cfr. «La naturalità della legge e il rapporto natura e storia», en *RIFD*-1964, pág. 767, n. 25). El iusnaturalismo (o derecho natural) es para Piovani una experiencia concluida porque es como un árbol cuyas raíces ya se han secado. Hoy, reafirma el Autor, el pluralismo del pensamiento moderno postula una cosmología acósmica que no se compagina con la visión iusnaturalista del mundo.

Singular es la interpretación de Rosmini que, precisamente por su «derecho racional» que sintetiza –son palabras de Piovani– a Vico y Hegel considera que es un verdadero ejemplo del mundo católico que recuerda en esto la enseñanza del maestro (Capograssi) inclinado más a «reunir» que a «distinguir». El razonamiento no puede dejar de suscitar estupor al ver que la interpretación de Piovani sea considerada en ambientes rosminianos como interpretación autorizada y acreditada. En nuestra opinión, tal interpretación desacredita al Roveretano y acredita por caminos opuestos las reservas expresadas en su momento por un gran pensador metafísico (cfr. C. Fabro, *L'enigma Rosmini*, Nápoles, 1988).

Junto al nombre de Piovani pueden recordarse, porque comparten el clima historicista, a F. Tessitore y a G. Calabrò (*Dilthey e il diritto naturale*, Nápoles, 1968).

III. GUIDO FASSÒ (1915-1974)

Es, sin duda, el historiador más importante del iusnaturalismo y, al mismo tiempo, el crítico no imparcial del derecho natural. Los suyos son prevalentemente estudios historiográficos y su historicismo parte de un cierto Vico, el filósofo que en su opinión había afirmado «en antítesis con el racionalismo cartesiano y con todo el pensamiento del iluminismo, la historicidad y la creatividad del espíritu, la visión de la historia como concreta racionalidad. (cfr. *Il Vico nel pensiero del suo primo traduttore francese*, 1947, SFD, págs. 3-74). Para Fassò estas características «han actuado, no sólo sobre la doctrina de los filósofos verdaderos y propios, sino sobre toda la cultura y la vida italiana de los siglos diecinueve y veinte (*Ibid.*, pág.7).

La storia come esperienza giuridica (1953) resulta ser el intento de disolver la experiencia jurídica en toda la experiencia histórica. Esta solución obtenida especulativamente y realizada en un plano trascendente empobrece de hecho la experiencia. Tal forma de panjuricidad que disuelve toda la experiencia histórica y concreta en pura experiencia jurídica impide, en nuestra opinión, determi-

nar un criterio específico que permita distinguir entre la forma jurídica y las demás categorías.

Cristianesimo e società es una obra que Fassò publica en 1956 en la cual afirma la sustancial diferencia entre el mundo social y el cristiano. Tal oposición neta entre el mundo histórico e idea religiosa resulta ser no sólo dogmática y abstracta, sino ni siquiera sostenible por el mismo autor, quien no es coherente con esta contraposición en cuanto que distingue Valor y valores y no considera a estos últimos como contravalores. Fassò, aun situando el Absoluto como no objetivable y puro misterio, termina por objetivarlo, historizarlo y racionalizarlo (cfr. por ejemplo, las agudas observaciones de L. Bagolini, «A proposito di un libro su Cristianesimo e Società», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, págs. 935-942). La exasperada oposición entre fe y razón y entre gracia y naturaleza, lejos de defender lo genuino del cristianismo, son una reanudación de la exégesis racionalista y protestante que, en realidad, tiende a reducir el cristianismo a puro ascetismo.

En el arco de tiempo que comprende los años 50 y 60, se asiste a un vivo debate acerca del derecho natural en el cual tuvieron posibilidad de hacerse sentir voces —como ya hemos visto en parte—, muy diversas, desde la de Leo Strauss, defensor de la eterna validez del derecho natural, a la de Piovani, que juzgaba al «iusnaturalismo» como doctrina superada por el tiempo y por la historia, a la de Bobbio que, como veremos, distingue entre el concepto de iusnaturalismo (superado) y su función histórica de delimitar el poder del Estado (también superada).

En este contexto se inserta Fassò con *La legge della ragione* (1964). La obra es la defensa del iusnaturalismo historicista, de aquel derecho que, derivando de la concreta situación histórica de la sociedad, tal como es interpretada por la razón, se pone como límite a la omnipotencia del Estado y como garantía de la libertad del hombre y del ciudadano. El libro presenta algunas tesis, como mínimo, singulares: a) entre derecho natural y cristianismo el vínculo es sólo aparente porque tal derecho sólo habría podido afirmarse con una laicización de la moral cristiana; b) el «iusnaturalismo racionalista», sobre todo el tomista, no el voluntarismo, está en la base del liberalismo moderno.

No se puede dejar de poner en evidencia el hecho de que entre *Cristianesimo e società* y *La Legge della ragione*, la interpretación del cristianismo desempeña el papel de denominador común por el cual, en línea con las publicaciones protestantes, el cristianismo, anuncio de salvación dirigido a cada uno, no se interesa por la sociedad. Si Santo Tomás defiende las prerrogativas de la razón, en oposición al fideísmo voluntarista, esto no permite interpretar al Angélico como «racionalista laico» (Fassò), en cuanto que, si es justo distinguir el plano de la fe del de la razón, nada en Santo Tomás invita a anular el primero en

favor del segundo. Separar, como hace Fassò, la interpretación de la doctrina moral de Santo Tomás de toda su doctrina, cuando se admite –Fassò no lo niega– la estrecha relación entre ley eterna, natural y humana, para interpretar al Aquinate como pensador «laico», es también una operación, en nuestra opinión, discutible.

En *Società, legge e ragione* (Milán, 1974), un volumen que recoge diversos ensayos, comprendidos en los años que van de 1953 a 1973, Fassò revaloriza el iusnaturalismo en cuanto que razón jurídica del mundo que ha tenido un papel «en la defensa de la libertad contra el absolutismo político» (cfr. *Ibid.*, págs. 8-9). La polémica contra el iusnaturalismo metahistórico (léase derecho natural) que Fassò realiza frente a un pensamiento que se refiere a la filosofía perenne y que, como veremos, no es metahistórico, convence a Fassò a afirmar aquella *ley de la razón*, que le lleva a no refutar el iusnaturalismo cuando éste se propone como llamamiento a la ley de la razón. Dicho uso del término, no sólo no cancela la polémica de un «derecho natural extrahistórico, inmutable y eterno» (cfr. *Intervento sul positivismo giuridico*, 1966, en SFD, págs. 779-789) sino que reafirma que el derecho derivado de la naturaleza del hombre hay que entenderlo en el significado de naturaleza de la sociedad, que es historia.

Nos parece, independientemente de toda otra consideración, que identificar la naturaleza del hombre (sociedad) con la razón es efecto de un vicio de razonamiento que cambia la parte por el todo o que obliga a la parte a identificarse con el todo; otra cosa es entender la razón como cualidad característica del hombre que, sin embargo, en cuanto cualidad, no puede ser el fundamento de propiedades que, en cambio, deben ser referidas a la «substancia», precisamente a la naturaleza humana.

El derecho –para Fassò– es producto de la razón humana: aquél tiene origen en la relación recíproca de individuos y grupos, los valores últimos que nos sirven de guía en la acción no son demostrables por la razón sino experimentables emotivamente. Este mundo de valores ignora el derecho que necesariamente comporta, según el Autor, un conjunto de normas represivas adecuadas a la imperfección de los hombres con el fin de permitir la convivencia. Una vez más, Fassò demuestra su propia dependencia de la concepción protestante del derecho, que resulta ser pura exterioridad que no se distingue suficientemente de la naturalidad de la fuerza. Si el derecho concierne a la relación externa y del derecho deriva la coercibilidad, ¿es posible la instancia de la coexistencia o de la convivencia? De ello se sigue que desde tal perspectiva la síntesis jurídica es en todo y por todo una síntesis mecánica, totalmente desligada de la ética donde la conformidad de las voliciones con la ley es siempre *legalidad* y la obligatoriedad de las normas es inseparable del con-

cepto de coacción. En cambio, el fin de la *res publica* no es sólo garantizar la supervivencia o la convivencia de los árbitros sino sobre todo el de ayudar al hombre a vivir como hombre, a vivir racionalmente una vida virtuosa como bien enseña Aristóteles. Por tanto, el derecho como la política son realidades positivas y necesarias porque el hombre no puede no vivir en sociedad si quiere realizar su fin objetivo.

Que tal historicismo fuese condenado a la derrota ante fuerzas producidas por él mismo (relativismo, nihilismo...) es una cosa que al mismo Fassò parece aterrar, en cuanto su irracional opción mística frente a lo absoluto no está en grado de producir ningún remedio eficaz frente a un historicismo que, por definición, todo lo justifica.

Los neokantianos compartían con *La Critica* y con Croce los mismos adversarios pero los métodos y los objetivos eran sustancialmente distintos. Alfredo Bartolomei (*Lineamenti di una teoria del giusto e del diritto con riguardo delle quistioni metodologiche odierne*, Roma, 1901), Giorgio Del Vecchio (*I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905) y Adolfo Ravà (*I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Roma, 1907), contribuyeron con sus respectivos trabajos al estudio crítico de los problemas del derecho. En este campo, las reflexiones más importantes deben buscarse en la obra de Del Vecchio, como veremos. Adolfo Ravà (*Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911 y *Lo stato come organismo etico*, Roma, 1914), más cercano a Fichte y la lectura que éste hace de Kant, sensible al valor de las ciencias y de la historia (Windelband), desarrolla sus propias consideraciones, sobre todo sobre el derecho y sobre el Estado, que son para él instrumentos a través de los cuales el deber ser se realiza, realización siempre incompleta, es preciso afirmar, porque jamás la eticidad se manifiesta totalmente y sin residuos en el Estado, en cuanto que la tarea y el camino son infinitos. También Eugenio Di Carlo (*Filosofia del diritto*, Palermo, 1940), crítico del positivismo en defensa de los valores que no son reducibles al hecho, puede ser inscrito entre aquellos estudiosos sensibles a la filosofía alemana, sobre todo de escuela kantiana (Stammler).

Si debiésemos sintéticamente tomar el núcleo de los temas característicos de esta tradición de pensamiento, diremos que es reconducible al liberalismo de derivación kantiana y neokantiana; cree en el valor absoluto de la persona y en la convivencia libre y armoniosa de cada uno y de todos. Está bien reafirmar que la «persona» a la que se refiere la filosofía kantiana no es la persona defendida por la *filosofía perenne*. En Kant la persona, al ser razón, es universalidad sin individualidad: en cuanto persona, cada sujeto es igual al otro, es lo mismo que el otro porque las diferencias son propias del individuo, pero el individuo es lo negativo y los varios negativos (individuos) no pueden tener entre sí

lazos positivos. Para éstos vale sólo la fuerza, sólo ella puede obligar a la convivencia. En Kant tendremos o una moralidad irreal (persona) o una realidad inmoral (individuos). Para Kant existen realmente orden físico y orden moral, pero es bueno preguntarse qué entiende por *real*. Real para Kant es sólo lo universal y lo necesario en la razón de hombre, las impresiones de los sentidos son reales pero no constituyen un orden porque el orden es sólo el producido por la razón. El discurso acerca de la moral es análogo; no hay objeto –orden moral objetivo– que sea verdadero orden en cuanto éste es sólo producto de la razón práctica. Como el conocimiento no depende en modo alguno de la realidad externa, también la moralidad no puede de algún modo ser determinada por los fines sino sólo por las formas a priori de la razón. Una forma similar de «personalismo» permite sostener que el hombre llega al ateísmo no sólo partiendo de una opción materialista sino también sobre la base de una libertad absolutamente autónoma, privada de una ley objetiva y de una sanción divina. En Kant no se encuentra una afirmación explícita de ateísmo, si bien hay, como ha sostenido C. Fabro, un «ateísmo antropológico trascendental» (cfr. *La negazione assurda*, Génova, 1982, pág. 38) que impide poner como fundamento del orden moral la existencia de Dios, lo que supone la inmoralidad del hombre: «La moral en cuanto está basada en el concepto del hombre como ser libre, precisamente por eso obliga a cada uno mediante su razón a someterse a leyes incondicionadas, y no tiene necesidad ni de la idea de otro ser por encima de él para conocer su deber, ni de ningún otro estímulo que la misma ley para tomarla en consideración» (I. Kant, *La religione nei limiti della pura ragione*, Vorrede, pág. 1).

IV. GIORGIO DEL VECCHIO (1878-1970)

El neokantismo jurídico es, como se ha dicho, el lugar en el que situar el pensamiento de este autor, aunque hay quien ha sostenido, sobre todo en la última posguerra, su conversión al neotomismo. Para todos, recordemos el juicio expresado por G. Gonella que considera a Del Vecchio «uno de los más rigurosos sostenedores del derecho natural, ya sea contra las simplistas reducciones del tecnicismo jurídico como contra las construcciones arbitrarias del abstractismo filosófico» (cfr. «La filosofia del diritto secondo Giorgio Del Vecchio», en *Rivista di filosofia neo-scolastica*, Milán, 1932, III, pág. 247). El problema, al examinar a un autor, no es sólo valorar la intención presunta, sino, sobre todo, el verificar con rigor racional si tal intención está o no está fundada teóricamente; esto vale no sólo en el campo de la experiencia jurídica sino para la experiencia de toda la realidad.

La conciencia de la propia libertad e imputabilidad que para Del Vecchio es la suprema norma ética, lleva al sujeto humano a afirmar la ley fundamental: «actúa no como medio o vehículo de las fuerzas de la naturaleza sino como ser

autónomo, que tiene cualidad de principio y fin; opera en la conciencia de la pura espontaneidad de tus determinaciones, de la absoluta universalidad de tu ser; por lo tanto, también de tu identidad sustancial con el ser de todo otro sujeto» (cfr. *Lezioni di filosofia del diritto*, Milán, 1965, pág. 370). Esta ley del actuar tiene dos formas o momentos distintos «que corresponden precisamente a las dos categorías éticas universales de la *moral* y del *derecho*» (*Ibid.*, pág. 371): «En el momento en que la ley genera en el sujeto la necesidad o el deber de operar como principio autónomo, funda también en él la facultad de *valer como tal frente a todos*, y le atribuye la exigencia de no ser impedido o desconocido prácticamente por otros en esta su cualidad» (*Ibid.*, pág. 372). El principio del derecho es el carácter absoluto de la persona «que adquiere un significado y un valor *jurídico*, en cuanto es asumido como criterio y quicio de la relación de convivencia» (*Ibid.*, pág. 373).

El derecho es concebido por el Autor como delimitación que la persona se pone a sí misma con absoluta autonomía y al que corresponde por la otra parte la obligación de respetarlo. De este enunciado se deriva la norma cardinal del actuar social, el principio supremo y absoluto que emana de la subjetividad en general: «no extender tu arbitrio hasta imponerlo a los otros, no querer someter a quien, por su naturaleza, está sometido sólo a sí mismo» (*Ibid.*, pág. 373). Este principio supremo, este derecho absoluto es llamado por Del Vecchio «derecho natural». Tal ideal, como se lee en *La giustizia* (Roma, 1959), se identifica con lo justo absoluto (*Ibid.*, pág. 126). Sobre todo, es en esta obra donde Del Vecchio desarrolla la posibilidad de un enfrentamiento entre el derecho positivo, emanado del Estado, y derecho natural; aquí el discurso concierne al aspecto deontológico del derecho que prevalece sobre el formal. Es la misma justicia la que puede imponer «que se reconozca y se salve, incluso totalmente, aquel tanto de justicia que debe ser incorporado en el sistema vigente, cualesquiera que sean sus imperfecciones, y, sin poner en peligro aquellos gérmenes y núcleos vitales, se trabaje sobre ellos, en los límites del sistema, para llevarlos a mayores desarrollos» (*La giustizia*, cit., pág. 166). El autor subraya la necesidad de la idea de justicia y su relación con el concepto formal de derecho, pero la justicia no se agota en el hecho histórico porque, ante realizaciones empíricas, debe haber un contenido ideal como exigencia absoluta de la conciencia que se convierte en criterio para valorar los múltiples aspectos de la posible experiencia. Sin embargo, la justicia sigue siendo un criterio ideal, puramente formal, un arquetipo que trasciende el hecho empírico pero que no tiene un verdadero contenido, porque expresa una medida que es una pura expresión de la conciencia. «La correlación intersubjetiva, que constituye la esencia de lo justo –dice Del Vecchio– tiene como esquema lógico un significado puramente formal, y en este sentido deben entenderse propiamente las máximas clásicas del *suum cuique tribuere*, del *alterum non laedere* y otras análogas que expresan más o menos acertadamente tanto el lado positivo como el negativo de la misma correlación» (*Ibid.*, pág. 121).

La justicia y, por tanto, el derecho natural es, como se ha dicho, sólo un ideal, un arquetipo inmutable cuyo contenido formal sólo sirve para integrar «el inevitable incompletamiento» del mudable y pasajero derecho empírico. En el contenido ideal de la justicia, Del Vecchio hace entrar el derecho a la libertad en todas sus múltiples facetas (libertad de expresión, de pensamiento, de trabajo) y el respeto de la propia integridad física, el derecho a establecer la relación social basada en el consenso de los ciudadanos, el de expresar dicho consenso en la actividad legislativa y la imposibilidad de renegar las obligaciones asumidas en virtud de la capacidad racional de obligarse. Es la pura razón quien tiene la tarea de distinguir y proclamar tales derechos; corresponde pues a la actividad política y a la jurídica garantizarlos con normas adecuadas a las circunstancias, que son mudables.

En la base de la concepción formal de la justicia como en la del derecho está para Del Vecchio, como se ha dicho, el reconocimiento del valor absoluto de la persona humana; tal valor podría hacer aparecer las afirmaciones en cuestión como inspiradas en la filosofía cristiana; en realidad, en nuestra opinión, deben ser interpretadas a la luz de aquella inspiración kantiana que, como tal, resulta inconciliable con los principios de la filosofía perenne. La persona que el Autor dice ser el fundamento de la moral y del derecho, es, en realidad, aquella absoluta que es subjetividad en general, substancia única y universal, principio inmanente de vida y de acción. Desde esta perspectiva, la alteridad del derecho más que verdad racionalmente fundada, parece una de tantas afirmaciones *a priori* que justifica sólo la identidad de la persona consigo misma pero no la de la alteridad y de la relación bilateral. En el orden fenoménico Del Vecchio, como Kant, admite la existencia de una pluralidad de individuos; en cambio, en el nouménico donde reside la vida del derecho hay sólo una única substancia que no permite justificar la realidad de dos sujetos distintos entre los cuales corra la relación de derecho y deber. Más lógica, aunque equivocada, es la tesis idealista y actualista que, aboliendo del concepto de derecho la intersubjetividad, lo resuelve en un puro y simple acto de voluntad puesto en existencia por un yo trascendental. Ya Cordovani hacía notar que la tesis de Del Vecchio, para el cual «sólo la referencia a la subjetividad, la reducción del mundo a términos de creación individual y de emanación del yo, hace posible un fundamento de la moral y el derecho» (cfr. *RIFD*, IV, 1924, II, pág. 110), hacía imposible no sólo el fundamento del derecho natural (el yo que es siempre diverso no puede fundar un derecho natural, inmutable en su esencia), sino que, además, perjudicaba la misma diferencia que Del Vecchio pretendía establecer entre su posición y la de B. Croce.

Como se sabe, el idealismo contrapone al sujeto el objeto en el cual el yo se objetiva. Para Del Vecchio, sin embargo, el objeto que al sujeto se contrapone, «puede ser a su vez, reconocido por éste como *sujeto*, en cuya hipótesis surge una nueva relación que ya no es reducible simplemente a la fórmula antitética general –yo y no yo– sino que debe concebirse precisamente como relación intersubjetiva, es decir, entre yo y un otro yo» (*La giustizia*, cit., pág. 87). Este proceso de objetivación y de subjetivización del espíritu que para Del Vecchio vale para justificar la intersubjetividad requerida por el concepto de derecho, en nuestra opinión, introduce en el idealismo un elemento inconciliable con el proceso dialéctico en cuanto que, negada la unidad del yo, cae el mismo fundamento con el que se constituye esta filosofía abstracta y fantástica. Y, además, si el sujeto se contrapone como objeto frente al sujeto con respecto al cual se objetiva, no puede existir una relación intersubjetiva sino siempre la de objeto a sujeto en la que está vigente no la coordinación sino la subordinación.

Detengámonos brevemente sobre la distinción que el autor establece entre concepto de derecho e idea de justicia: la institución de la esclavitud –el ejemplo es de Del Vecchio– realiza el concepto, no la idea de justicia, pero, a pesar de todo, es una institución jurídica. Esta contradicción es debida al hecho de que el autor atribuye kantianamente la calificación de jurídico a todo fenómeno por el sólo hecho de haber sido establecido por una entidad supraindividual que es capaz de obligar a los sujetos a la obediencia de la ley y sin la cual el derecho se reduciría a consejo, exhortación carente del carácter de obligación. Así, la de Del Vecchio, a la par de las teorías positivistas e historicistas, al haber eliminado del campo del derecho toda fuente trascendente de obligación moral, es una doctrina que identifica el derecho con el Estado, no de forma diversa que el idealismo, contra el cual –hay que decirlo– el autor polemiza pues ha divinizado la voluntad suprema del Estado ante el cual el individuo debe siempre venir a menos al no poseer en sí ningún verdadero derecho.

Obligación moral, derecho a mandar, deber de obediencia, son realidades que, al no poder derivarse del derecho positivo (en cuanto que, si no por otra cosa, la primera ley presupone ya el derecho a mandar), requieren un muy diverso fundamento que necesita ser conocido para poder llegar a ser moralmente activo en la conciencia de quien obedece y en la de la autoridad.

Seguramente no se alcanza la metafísica partiendo de los análisis que hace el autor de una ley moral considerada hipotéticamente como emanación de la naturaleza racional del hombre que resulta intrascendible, sino partiendo de la consideración problemática de la naturaleza del hombre en cuanto hombre. Por lo tanto, no basta afirmar la existencia del derecho natural, lo que verdaderamente se necesita es poner en claro las razones de su fundamento, cosa que ni

Kant ni Del Vecchio pudieron hacer en cuanto que para ambos es impensable que la razón se haga problema de ella misma.

En los años entre las dos guerras, Giacomo Perticone (*La filosofia di Giorgio Simmel*, Turín, 1923; *Il problema morale e politico nella filosofia moderna*, Turín, 1930; *La libertà e la legge-Regime politico e ordine giuridico*, Roma, 1936) es la figura que en un horizonte historicista presenta perspectivas iusnaturalistas ligadas sobre todo a los valores colectivos reconducibles a una forma de socialismo. El intento de Perticone es el de dar contenidos concretos a aquel valor universal de la persona en presencia de hechos nuevos que requieren nuevas regulaciones. Su distinción entre concepto e idea del derecho distingue la perspectiva formalista de las ciencias de aquella de contenidos propia de la filosofía: «Así de la definición lógico formal, se pasa a la concepción teleológica del derecho, al que se subordinan en el terreno político los conceptos de justicia, responsabilidad y libertad que permanecen vacíos e inertes sin esta relación de adecuación a las exigencias de la vida asociada, que se expresa como idea jurídica» («Scienza, filosofia e diritto», en *RIFD*, VII-1927, pág. 285). Aquí el kantismo se enlaza con el materialismo histórico, síntesis hecha posible precisamente por la tesis de un iusnaturalismo historicista y, por tanto, de «contenido variable».

Quien niega la «pretensión iusnaturalista» como principio ideal normativo universalmente válido es Antonio Banfi, el cual ve la fuente del derecho en la vida del mismo derecho y en la cultura en general. Sin embargo, Banfi, comentando en 1927 el idealismo religioso de R. Eucken, subraya la noble fe, la norma ideal que constata la falta de adecuación de todas las soluciones parciales y habla de tarea infinita en la que la humanidad encuentra su verdadero destino (cfr. A. Banfi, «Rudolf Eucken (1846-1926)», en *RIFD*, VII-1927, págs. 79-90).

Recordemos ahora a F. Carnelutti (1879-1965) más por el peso y el nombre que tuvo como jurista que por el alcance especulativo de su pensamiento. Desde sostenedor del positivismo jurídico, al haber excluido decididamente que pueda ser derecho el no positivo en cuanto que «lo que está sobre el derecho no es ni puede ser derecho» (cfr. *Metodologia del diritto*, Padua, 1939, pág. 30), llega a afirmar que el derecho positivo no puede operar si no se conforma con el derecho natural (cfr. «La morte del diritto», en *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Padua, 1953, pág. 284), reflejo del principio ético sobrenatural e infinito que el hombre logra formular. La convicción del derecho natural como verdadero fundamento del derecho positivo en Carnelutti es fruto del sentido común; así en el mundo del espíritu nace un conjunto de reglas no de forma diversa a como en el mundo de la naturaleza nacen las plantas; a este conjunto de reglas que se revelan espontáneamente y que se ofrecen a los hombres como los frutos de las plantas damos el nombre

de derecho natural: «La voz del buen sentido o la voz de la conciencia que, dígame lo que se diga, no grita sino susurra... Surge así la necesidad de dar a conocer con un medio *artificial* las leyes que constituyen el derecho natural; quien se encarga de esta necesidad es otro personaje... este personaje se llama legislador (cfr. «Bilancio del positivismo giuridico», en AA.VV., *Eresie del secolo*, Asís, 1952, págs. 246-247).

V. NORBERTO BOBBIO (1909)

Alumno de Solari comparte con él el empeño antimetafísico y la afirmación de que la sociedad es ella misma una realidad ética. En realidad, el pensamiento iuspositivista de Bobbio, una ciencia jurídica sensible a la sociología, al neopositivismo y al historicismo, ha ejercitado y ejercita todavía una hegemonía cultural entre los estudiosos de varias procedencias, incluso católica.

Giusnaturalismo e positivismo giuridico (Milán, 1965) recoge ensayos que producidos durante un decenio, es decir, desde 1955 a 1965, representan, por los temas tratados, una crítica preconcebida del derecho natural: «La teoría del derecho natural —escribe Bobbio— cuando no es un intento erróneo de obtener un sistema de prescripciones a partir de un sistema de certificación de hecho, es un enmascaramiento ilusorio de un fundamento religioso, o tradicionalista o histórico, de una determinada moral social; en otras palabras, de un fundamento que hace referencia o a una autoridad divina o a la de la tradición o a la autoridad de una ideología históricamente relevante. El iusnaturalismo, como teoría de la moral, es el intento recurrente, destinado al fracaso, de mundanizar un derecho que deriva de Dios, o bien de hipostatizar un derecho que se expresa en la tradición, o de objetivar un derecho al que se presenta como la expresión de un determinado sistema de valores» (*Ibid.*, pág. 190).

En cambio, pensamos que una concepción objetiva de la moral y, en consecuencia, del derecho no puede prescindir de lo que Bobbio define como «un fundamento religioso de la ética»; constatar que la naturaleza tiende al bien porque las cosas están llamadas a la existencia por una voluntad inteligente con la que nuestra inteligencia tiene una analogía, no es prejuicio sino ejercicio de la razón.

¿Qué decir, además, de aquella omnipotencia del ser supremo a la que se refiere Bobbio? Más que la fe católica parece aludir a la confianza protestante, luterana-calvinista, que abdica dos veces: de la verdadera fe y de la inteligencia, para disolverse en una arbitraria potencia divina.

Si se admite que por derecho debe entenderse «un conjunto de reglas de la conducta humana que tienen por característica la de hacerse respetar por la fuerza en caso de violación», está claro que el «derecho natural» no puede ser

clasificado como derecho. Pero tal conclusión es el producto de una particular concepción jurídica que no resulta ser coherente ni siquiera con el ordenamiento positivo, porque, en el caso de revoluciones en realización, por ejemplo, cuando todavía no se puede hablar de victoria por parte de los revolucionarios porque, de hecho, el derecho antiguo no puede ser hecho respetar por la fuerza, el derecho cesaría de ser derecho. Cosa que, ni los mismos positivistas, ni siquiera el mismo Bobbio, admiten.

En el segundo decenio del siglo, el derecho natural, con el nacimiento de la Universidad Católica, entra una dirección bastante unívoca a través del estudio del pensamiento de Santo Tomás en observancia de las exhortaciones pontificias. E. Chiochetti y F. Olgiati combaten contra el pensamiento moderno y contemporáneo; para ambos el adversario es el idealismo y Olgiati es seguramente el pensador menos dispuesto a llegar a compromisos con las desviaciones y errores de la filosofía moderna.

VI. FRANCESCO OLGIATI (1896-1962)

De Olgiati recordaremos sobre todo las siguientes obras: *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia* (Milán, 1932, el autor era entonces Profesor encargado de Derecho Natural en la Católica) y *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino* (Milán, 1943).

Olgiati no piensa en un derecho natural que viva fuera de la historia y de los hechos, en un derecho que se construya en base a un concepto abstracto del hombre en nombre de un individualismo que juzga radicalmente errado. El autor apela a un concepto de justicia que no puede vivir sino «en la concreción de la realidad histórica y social» (*La riduzione del concetto...*, pág. 9). En el actual renacimiento del derecho natural Olgiati destaca rápidamente que la mayor deficiencia se refiere al fundamento filosófico, porque no basta partir del hecho, no basta detenerse en su descripción empírica; en cambio, hay que proceder a una elaboración conceptual del mismo dato, «tomar la idea en el dato, dar el concepto de una cosa» (*Ibid.*, pág.17). El autor considera que la metafísica del derecho, la fenomenología y su historia son tres búsquedas esencialmente distintas, pero necesarias porque es un error el desprecio que tiene el filósofo por el jurista, pero también es un error la ostentada indiferencia del jurista hacia el filósofo. Cuando el neocontractualismo –afirma Olgiati– sostiene que la obligatoriedad de la norma jurídica depende de la adhesión, del reconocimiento por parte de aquéllos que le están sujetos, recurre a un hecho para justificar la norma; no sucede de forma distinta en las democracias modernas que apelan a la mayoría electoral como último sostén del ordenamiento político y jurídico. Olgiati recuerda la distinción aristotélica repetida por Santo Tomás *entre el problema del hecho y el problema de la justificación racional del hecho*: pues

bien, se puede constatar el hecho como es o buscar su razón, porque el hecho es así y no puede ser de otra manera. El derecho, afirma nuestro autor, exige una justificación racional y ésta no puede ser dada por *hecho* del científico, ni por la *historia de los hechos* (Del Vecchio); más bien, la historia misma necesita una concepción filosófica para ser interpretada y comprendida; hay que distinguir entre *génesis histórica* (cómo se ha originado y producido algo) y *naturaleza* de una realidad, y para resolver el problema de la *naturaleza* (esencia) basta también un solo hecho jurídico, como es suficiente un solo círculo para descubrir la definición de circunferencia. Tampoco la historia del derecho puede responder a la pregunta *¿qué es el derecho?*, porque no es multiplicando la recogida de fenómenos como podemos penetrar en su esencia. Ya Platón se había dado cuenta de que decir *realidad* quería decir inteligibilidad; efectivamente, la realidad jamás carece de sentido. Todo ser en cuanto ser tiene una esencia, tiene un *eidos*, una idea ontológica o forma que constituye su naturaleza y le confiere su significado, su inteligibilidad.

La verdadera libertad moral, afirma Olgiati, es la libertad de ser hombres; en cuanto hombres somos moralmente libres cuando actuamos en la racionalidad que no consiste en crear las leyes del ser, como si se pudiese ser distinto de lo que se es, sino en actuar libremente en conformidad con aquellas. Si fuese válida la distinción kantiana entre moral (interioridad) y derecho (exterioridad), Estado y derecho perderían todo carácter de eticidad y la ética ya no ejercería su dominio sobre toda la actividad exterior. Lo absoluto de las normas éticas depende de las leyes del ser que son también absolutas y quien crítica esta condición confunde la realidad con el conocimiento de la realidad; en resumen, confunde el orden ontológico con el psicológico.

Olgiati, es, sin duda, uno de los pensadores que más subraya el tema de la *virtud* de la justicia que no puede prescindir de la interioridad del acto. El orden jurídico no es más que la práctica de la virtud de la justicia, parte del orden moral, una de las cuatro virtudes cardinales sobre las cuales se funda todo el orden moral. Pero reducir el concepto de derecho al de justicia no quiere decir que se sostenga la coincidencia de los dos conceptos. El verdadero derecho, como toda otra verdad, debe ser extraído de la realidad, de la ciencia de las cosas. En este sentido, se puede decir que la verdad es ley de justicia y sin verdad el derecho se convierte en mera legalidad. Mientras que la materia de la moral y del derecho natural son siempre acciones que poseen una intrínseca moralidad, el derecho positivo, recuerda Olgiati, a veces, prohíbe u ordena acciones en sí moralmente indiferentes (cfr. *Il concetto di giuridicità in S. Tommaso d'Aquino*, cit., págs. 205-206).

La familia, la sociedad y la sociedad de sociedades (Estado) derivan *ex natura*; si la acción del Estado es conforme a las leyes de razón, o sea a las leyes del ser, es necesariamente una actividad ética; si es disconforme con ellas, es

necesariamente inmoral. El fin del Estado –el *bonum commune*– es moral porque está regulado por las leyes del ser, de la razón y de la moral. Como existe el útil egoísmo del hombre en cuanto animal, existe el útil egoísmo del hombre en cuanto hombre y este egoísmo útil se identifica con la moral. Olgiati sabe, con Santo Tomás, que, como hay hombres y Estados *secundum quid* (sólo según un aspecto), hay hombres y Estados *simpliciter*, es decir, dignos del nombre de Estado y de hombre. El Estado no puede promover el *bien común* si olvida un aspecto del hombre. En este caso sería un Estado *secundum quid*, no completo, como lo es el Estado liberal que se proclama agnóstico en religión, en moral, en la verdad, en el bien, y como «se declara un Estado... asno pretende monopolizar no sólo la sal y el tabaco sino también la enseñanza» (*Il concetto di giuridicità in San Tommaso*, Milán, 1943, pág. 124).

Hay leyes del ser que tienen su fundamento intrínseco (derecho natural) y este fundamento tiene un valor absoluto que el Estado únicamente debe reconocer e imponer. Para Olgiati, negar un derecho natural equivale a sostener que un Estado puede hacer todo lo que le plazca a quien lo dirige, pero «ni la prepotencia de un loco, ni la tontería de los parlamentarios, ni los caprichos de los déspotas pueden cambiar las leyes del ser» (*Ibid.*, pág. 166), porque lo que es irracional es antiético y también antipolítico y antijurídico. De un concepto no se puede deducir el hecho de su concreción, que no puede ser dado sino por la experiencia, pero ésto –repite Olgiati– no hace mudables y contingentes los principios, solo varía su aplicación condicionada por el dato histórico concreto. El derecho natural, como la misma ley natural por la cual está determinado, es el fundamento y la condición necesaria del derecho positivo; a su vez, el positivo es el necesario complemento del natural: «Como nuestra alma, aun permaneciendo substancialmente idéntica, informa nuestro organismo siempre en evolución o involución, así las leyes del ser –de la razón, de la ética, del derecho natural– deben ser como la *forma informans* del derecho positivo» (*Ibid.*, pág. 174)

Si la fuerza del Estado y del derecho no significan la muerte de la autonomía subjetiva, es señal de que entre el Estado y el derecho, por una parte, y el yo, por la otra, no puede haber oposición radical, como, en cambio, pretende el liberalismo que proviene de Kant. El derecho y el Estado se convertirían en heterónomos *de hecho* cuando el imperativo político y la norma jurídica no fuesen conformes a las leyes del ser sino que las violasen, pero entonces –subraya nuestro autor– no tendríamos el *verdadero* Estado y el *verdadero* derecho, sino únicamente hechos privados de valor.

La naturaleza esencial de la juridicidad no es la exterioridad; un acto jurídico es ciertamente externo, pero no es jurídico porque sea externo. El derecho penal –recuerda Olgiati– ¿acaso no se interesa por el *animus* del reo y clasifica

el delito en doloso, culposo y preterintencional? El mismo derecho civil, ¿acaso no busca los vicios de la voluntad en el negocio jurídico (la culpabilidad o la buena fe)? Y, para terminar, ¿se puede prescindir del juramento en el proceso de la interioridad moral del testigo?

Si la base de todo el ordenamiento jurídico está en las cosas justas, ello significa que nace en el mismo seno de la justicia y, por tanto, de la moral. El derecho es *id quod alteri debetur*, es algo a lo que va unido un deber y el deber emerge siempre de la moralidad. Olgiati sabe, con Santo Tomás, que el derecho no es lo justo en toda su perfección, sino un *iustum imperfectum*, en cuanto puede obtenerse independientemente de las disposiciones de ánimo del agente (*etiam non considerato qualiter ab agente fiat*): cuando el ánimo humano no se adecúa a la objetividad moral del acto, tenemos aquella «amoralidad» de la que nos habla Santo Tomás.

Olgiati nos presenta un tomismo que toma posiciones frente a la vida moderna y contemporánea, un tomismo que no se deja arrastrar por simpatías o antipatías de orden práctico o de rivalidades de escuela, un sistema orgánico donde cada idea está ligada con la otra y donde nada se afirma dogmáticamente, sino que todo está justificado a la luz de la evidencia objetiva en virtud del valor esencial de los conceptos de ente y finalidad intrínseca: «La negativa a reducir el individuo a la relación que tiene con la comunidad o con el Estado –afirma Olgiati– no es otra cosa que la consecuencia de la concepción del ente, que *tiene*, sí, relaciones con los demás entes (relaciones, como hemos insistido, cuyas raíces se encuentran en la intrínseca naturaleza del mismo ser), pero *no* es reducible a las relaciones, al contrario, no podría tener aquellas, si, ante todo, no existiese» (*Ibid.*, pág. 244).

Pío XII da un inequívoco apoyo al derecho natural ligado al pensamiento de Santo Tomás en sus Radiomensajes de Navidad entre los que recordamos de modo especial el del año 1942: «...en cualquier cambio o transformación, la finalidad de toda vida social sigue siendo idéntica, sagrada, *obligatoria*: el desarrollo de los valores personales del hombre, imagen de Dios; y permanece la *obligación* de todo miembro de la familia humana de llevar a cabo sus fines inmutables, cualesquiera que sea el legislador y la autoridad a la que obedece. Por lo tanto, sigue existiendo también su derecho inalienable a un ordenamiento y a una praxis jurídica que sientan y comprendan que es su deber esencial servir al bien común» (cfr. I. Giordani, *Le Encicliche sociali dei Papi*, Roma, 1956, págs. 754-755). No se puede olvidar en esta cuestión el Discurso que el mismo Papa dirigió a los juristas católicos italianos el 6 de noviembre de 1949, en el que reafirmaba los principios siempre unidos al pensamiento tomista. Dos años más tarde vio la luz el libro de varios autores fruto de la colaboración de juristas y pensadores católicos, *Diritto naturale vigente*, Roma, 1951).

VII. GIUSEPPE GRANERIS (1888-1981)

De este autor tendremos solamente presentes las *Contributi tomistici alla filosofia del diritto* (Turín, 1949) y *La filosofia del diritto* (Roma, 1961). La de Graneris resulta ser una lectura atenta y puntual de toda la obra de Santo Tomás con el fin de atestiguar su actualidad, bien entendido que no se funda en el principio de autoridad sino sobre el correcto ejercicio de la razón.

La pertenencia de algo a alguno, afirma nuestro autor, puede ser originada *ex natura rei* (derecho natural), o bien *ex condicto* (por contrato privado) o por la ley (derecho positivo). Santo Tomás nos habla de ordenanzas que *ex sola lege humana vigorem habent* (*S. th.*, I^a-II^{ae}, 95, 2) pero no se debe olvidar que siempre *omnia iusta positiva vel legalia ex iusto naturali oriuntur* (*Comment. Ethic: Nic.*, V, lect. 12, n. 1023). Por lo tanto, si en el plano positivo la cosa es sostenida por la ley, ésta es, a su vez, sostenida por lo justo. Un ordenamiento jurídico concreto, afirma Graneris, es siempre una solidificación de elementos positivos sobre un núcleo natural; existe una delimitación exacta de fronteras en cuanto a una cosa naturalmente justa pero no bien delimitada materialmente. Así: que el hurto deba ser castigado es exigido por la justicia natural; cómo y con qué pena lo determina la justicia legal (*sicut furem esse puniendum est iustum naturale sed quod sit etiam puniendus tali vel tali poena, hoc est legale positivum* (cfr. *Ibid.*).

La *res* que está situada en la base del ordenamiento jurídico no es algo malo, sino algo justo, debido, en lo que resplandece una *proportio ad alterum* (*S. th.*, II^a-II^{ae}, 58, 4). El derecho seguirá siendo una *res* que, sin embargo, necesita ser esclarecida por una fórmula racional que será *ratio iuris* y también *ratio operis*; esta fórmula se llama *ley* y para Graneris la verdadera ley es aquella que ciceronianamente se lee en las cosas a la luz de la razón.

El ordenamiento jurídico requiere el paso del derecho desde el mundo de las cosas al de las personas, desde situaciones de hecho a normas de vida. Este paso, para Graneris tiene tres momentos:

1. Adaptación del principio inmutable al hecho mutable.
2. Deducción de conclusiones que se derivan de las relaciones que funcionan como principios.
3. Determinación, es la actividad humana que determina lo que está indeterminado.

La ley explica su causalidad eficiente de dos maneras: o creando la obligatoriedad de determinados actos mediante el imperio (*ad legem pertinet praecipere*), o creando lo justo mediante la instauración de un orden de justicia.

Graneris vuelve también sobre el tema de la amoralidad en el derecho y sostiene que la amoralidad viene de fuera, del sujeto que no se adecúa a la

moralidad objetiva del acto en cuanto que el derecho o será moral o no será en modo alguno derecho. Así como hay una justicia-orden (justicia de la cosa separada de la intención del agente), hay una justicia-virtud en su perfección moral (*iustum formaliter*), que es la rectitud del ánimo del sujeto operante. Sin el *animus* del agente tendremos lo *iustum* pero no la *iustificatio*, es decir, tendremos la justicia –orden social–, no la justicia-virtud. Sin la buena disposición de ánimo no se hace nada *virtuoso*, esto es válido para todas las virtudes, incluida la justicia. Pero sólo la justicia, a diferencia de todas las demás virtudes, puede obtener algo materialmente justo incluso en ausencia de la buena disposición de ánimo. Para Graneris, la imperfección de la justicia jurídica no es algo extrínseco; el ordenamiento jurídico ha nacido para disciplinar esta forma reducida de justicia humana. La justicia pura no representa el *deber ser* del derecho, el verdadero *deber ser* del derecho es el acuerdo entre la justicia y el orden, mediación entre la justicia pura y las exigencias de la vida humana asociada.

Si la moral regula la conducta del hombre en función del bien individual, y el derecho la conducta del hombre en función del bien social o común, como éste no debe ser entendido como el bien de un ente superindividual, sino como el bien de todas las personas sin distinción, que están unidas en sociedad por el vínculo de exigencias y aspiraciones comunes, expresión de una naturaleza común, excluido el conflicto de fines queda excluida también la colisión de las reglas respectivas en vista del fin. Por lo tanto, una hipotética negación de la moral por parte del derecho equivaldría de hecho a una negación del derecho.

Dikaion physei e dikaion nomô

El *dikaion* era el contenido, el *nomos* era el continente (la norma, la regla). Los griegos, afirma nuestro Autor sabían que más allá de las medidas convenidas socialmente, existían otras, antecedentes y superiores a cualquier convención humana: así, junto a lo que es justo según la norma (convenida y oficial, *dikaion nomô*) colocaban otro género de lo justo, cuya justicia se mide según reglas de diversa procedencia y de diverso nombre: *theios logos*; *orthos logos*; *physis*; *dikaion physei* (justo por naturaleza). Para los latinos el *dikaion physei* se convierte en *ius naturale*, pero *ius* no coincidía con *dikaion*; en Atenas *dikaion* era una *cosa justa*, en Roma *ius* era la unión de la cosa justa con la norma de su justicia y la precedencia le correspondía a la norma.

Santo Tomás, refiriéndose a la tradición griega, en lugar de latinizar el *dikaion* hace griego el *ius*, de manera que se convierte en lo *iustum* que es la *ipsa res iusta*, *ius naturale* precisamente. Santo Tomás, afirma Graneris, habla en latín

pero piensa en griego y así evita el equívoco de la terminología romana, es decir, que el *ius naturale*, fuese sistema bien arquitecturado de fórmulas que bastaba copiar de la naturaleza. El iusnaturalista, caminando sobre la plantilla del derecho civil de *su tiempo*, producía un *Corpus Iuris* llamado por él *natural*, pero artificial en realidad, compuesto de elementos demasiado parecidos al *ius civitatis suae*, propio –afirma Graneris–, como había hecho Cicerón y como harán Wolff y Pufendorf. Si, en cambio, *ius* es la *res iusta*, entonces el *ius naturale* o lo *iustum natura* ya no está obligado a concretarse en un *Corpus Iuris*. Éste será ya un entrelazado de cosas capaz de guiar los pasos del hombre presentando los caracteres de la *lex naturalis* adecuada al reino de la justicia. La ley tomista, afirma Graneris, admite una sinuosidad que aparece de forma máxima en la *lex naturalis*, que, refractaria a todo intento de codificación, es una *indicatio* o *inclinatio*, sólo la primera es *directio actuum nostrorum ad finem* (*S. th.*, I^a- II^{ae}, 91, 2, ad secundum), es una participación nuestra en la ley eterna que, sin embargo, requiere un complemento de *particulares directiones* (*S. th.*, I^a- II^{ae}, 91, 3, ad primum) que debe realizarse mediante leyes positivas. Hasta que ello no ocurre, la ley natural es insuficiente para regular la vida humana, especialmente la vida en sociedad.

En Santo Tomás tenemos un *iustum naturale* en el que la justicia es vista directamente en la cosa y un *iustum* en el que la justicia *consequitur ex ipsa*, es como una conclusión que deducimos de la naturaleza, es el fruto de un razonamiento, no una interpretación. Recuerda Graneris que hay casos en los que la naturaleza es muda. Por ejemplo, ¿el matrimonio debe ser contraído en presencia de dos o de cuatro testigos? Las relaciones económicas entre cónyuges ¿deben desarrollarse en régimen de dote, de gananciales o de separación de bienes? Y, todavía más, ¿los hijos deben llevar el apellido del padre, de la madre o de los dos? En tales casos ni la intuición ni el razonamiento fijan una norma, entonces *stat pro ratione voluntas*, pero esta *voluntas*, precisa nuestro autor, no es ni la moderna ni la de razón histórica.

E de physis telos estin (Aristóteles), ya no causalidad eficiente, ciega, necesaria sino causa final y la causa final es siempre una perfección. Por tanto, cesan de ser naturales las enfermedades, los vicios, las monstruosidades. En derecho llamaremos natural no a toda forma de vida y mucho menos a todo hecho consumado, sino únicamente lo que permite al hombre la realización de su perfección. No parece que Graneris pueda aceptar la definición de derecho natural que se encuentra en el *Decreto* de Graciano (*quod in Lege et Evangelio continetur*) si se piensa en extender la naturalidad a todos los preceptos del Viejo y del Nuevo Testamento, comprendidos los sobrenaturales. No toda inclinación debe ser considerada como ley o derecho natural sino únicamente las que *regulantur ratione*; quedan fuera, como se ha dicho, los vicios porque actúan *contra ordinem rationis*.

¿Derecho natural o racional? Para Graneris, si la naturaleza nos amenaza con empujarnos demasiado abajo, en lo infrahumano, la razón puede levantarnos demasiado arriba en el racionalismo que conduce a la razón como suprema legisladora, a la razón como principio de todo derecho, a la absoluta autonomía, a la soberanía. La racionalidad del derecho natural para nuestro autor está implícita en el derecho substantivo (Cathrein), pues donde no hay razón, no hay derecho.

Para Graneris el iusnaturalismo es esencialmente ateo y lo es también históricamente pues nació con Grocio, quien con su profesión de ateísmo o, por lo menos, de agnosticismo metódico, afirma que el derecho natural tendría valor *etiamsi daremus non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*. Es verdad, recuerda nuestro autor, que aquél admitía el inciso *quod sine summo scelere dari nequit*, pero esta profesión de fe podría bastar para salvar al autor, no su doctrina que se queda en una atmósfera atea.

El derecho natural, ¿es estático o dinámico? De Santo Tomás, afirma Graneris, aprendemos que el derecho natural no es un castillo de fórmulas, no es un Código ya hecho, sino un núcleo de principios en los cuales deberán inspirarse las fórmulas de los Códigos: *praecepta legis naturae hoc modo se habent ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculativam* (S. th., I^a-II^{ae}, 94, 2). El derecho natural es la cosa o la relación justa *ex natura rerum*. El destino de este derecho es el destino de la naturaleza de las cosas. Entre quienes tienen una naturaleza inmutable permanecen inmutables sus relaciones y, por lo tanto, inmutable su derecho natural; pero entre sujetos mudables debemos esperar al cambio de sus relaciones y, por lo tanto, también el de su derecho natural. Las naturalezas creadas están sujetas a depravaciones y son capaces de mejorar, todo ello provoca cambios en las prerrogativas que se derivan de la naturaleza, entre estas prerrogativas, recuerda Graneris, están también aquellas relaciones de justicia que son nuestro derecho natural. La naturaleza de los seres creados y sus relaciones naturales cambian pero no hasta el infinito, no locamente. El hombre puede depravarse o perfeccionarse, pero no hasta el punto de destruirse a sí mismo. Cambian las relaciones pero siguen fijas las leyes de relación. Si de esta afirmación alguien piensa extraer motivos contra el derecho natural, sería bueno que vuelva a Aristóteles y se convenza de que, incluso de lo mudable, se deduce una ciencia inmutable.

El fin del derecho

En las antiguas *Summas* se podía leer *in operabilibus finis est principium*, por lo tanto quien trata de problemas de la vida práctica descuidando el fin, se comprometería como quien quisiese estudiar la geometría ignorando sus pri-

meros postulados. Vale la pena subrayar que, en lo que concierne al derecho, los postulados no deben ser entendidos como opciones, asunciones acríticas o puntos de vista sino como principios que la razón toma y comprende en su valor metafísico.

¿Cómo se puede afirmar, se pregunta nuestro autor, que el ordenamiento jurídico sea un medio para realizar la justicia, si crea instituciones como, por ejemplo, la prescripción, que violan la justicia de forma evidente? Justicia y orden para Graneris son dos fines colocados en diversos puntos de la línea que une el derecho al fin último del hombre. La justicia está más cerca del final, el orden está más cercano al principio de la línea. El filósofo mira a la justicia, el jurista al orden. Filósofo y jurista dicen verdad en cuanto cada uno afirma la existencia de su respectivo fin, dicen mentira en cuanto pretenden excluirse mutuamente. Fin es aquello a lo que se tiende; tarea (*officium*) es lo que se debe hacer. El fin es mucho más elevado y acaso inalcanzable en el caso concreto; la tarea es mucho más modesta y es siempre realizable. Graneris, con Cicerón, afirma que la tarea (*officium*) del derecho es crear el orden social, su fin es realizar la justicia. Justicia y orden se apoyan y se condicionan mutuamente: sin una cierta dosis de justicia el orden no se sostiene y sin un mínimo de orden la justicia no vive. El valor del orden, *ordo autem ad rationem boni pertinet* (S. th., II^a-II^{ae}, 81, 2), depende del criterio que se utilice al ordenar. Tarea del derecho es establecer un orden conforme a justicia y esto precisamente para que no se arruine la sociedad (*fiat iustitia ne pereat mundus*).

VIII. GIOVANNI AMBROSETTI (1915-1985)

Este autor, igual que Piovanini discípulo de Capograssi, encuadra su concepción del derecho natural en el filón «aristotélico-agustiniano-tomista» (cfr. *Tra la metafisica classica e filosofia dei valori: il senso del diritto-Lezioni*, S.T.E.M., Módena, 1978, pág. 67). De Santo Tomás toma lo que define como «esencialidad filosófica» concretada en los tres conceptos fundamentales de la filosofía del ser: *realidad, analogía, orden*; hay una relación de ósmosis entre el ser y el que conoce que lleva a Ambrosetti a subrayar el primado de la racionalidad, de una racionalidad que atraviesa al Ser y que, en cierto modo le liga a la misma racionalidad divina. De la devaluación de la racionalidad se sigue el escepticismo y la arbitrariedad; en cambio, la referencia a la racionalidad equivale al empeño contra el racionalismo que lleva a separar realidad y razón y, a la larga, a hacer prevalecer la primera sobre la segunda (razón). En el tomismo, el autor, encuentra el primado de la razón sobre la voluntad (cfr. «Natura, persona e diritto en S. Tommaso d'Aquino», en *Atti e Memorie della Accademia Nazionale di Scienze, Lettere e Arti di Modena*, Serie VI, XVI, 1974, pág. 20, aquí pág. 8), un primado que no devalúa la voluntad porque si a la razón le corres-

ponde la función cognoscitiva de lo que es justo, corresponde a la voluntad la tarea de realizarlo. El contenido de la volición, hecho objetivo porque es justificado por la razón, sirve para reconducir la norma de *derecho positivo* a la de *derecho natural*. Ambrosetti refuta categóricamente la tesis que pretende referir el derecho natural tomista al derecho positivo. Santo Tomás, afirma Ambrosetti, inserta todo el problema de la existencia en una concepción objetiva del ser y en una relación de éste con el conocimiento. Por lo tanto «objetividad» es «dinamicidad» del derecho. La objetividad no es heterónoma como pretendía el kantiano Del Vecchio, en cuanto que la justificación del derecho (este razonamiento vale también para la autoridad política) no se agota en su fundamento sobrenatural, es decir, no es un acto de fe.

La triple dimensión del hombre (materia, espíritu y sobrenaturaleza) hace decir a Ambrosetti que el derecho es como un medio para «la afirmación concreta e histórica de valores objetivos ...por parte del principio dinámico de la persona, en una situación concreta e histórica» (*Ibid.*, pág. 11).

El tema «razón e historicidad» constituye la cuestión de fondo de *Il diritto naturale della riforma cattolica. Una giustificazione storica del sistema di Suarez*, (Milán, 1951). El fin es la conciliación de libertad y orden objetivo, de la concepción racional y de la concepción voluntarista del mundo. El interés por la historia, en nuestra opinión, no hace de Ambrosetti un historicista. Un historicista se limita a constatar el derecho en su devenir y en su evolución; por el contrario, para nuestro Autor la misma variedad de sistemas jurídicos en el tiempo lleva a considerar que la *idea* del derecho, sin la cual no nos podemos dar cuenta de su evolución, existe y tal existencia se concreta en el concepto de justicia.

La misma sociedad manifiesta una exigencia fundamental de armonía, aquella armonía de la comunidad política que no existiría allí donde estuviese desatendida la exigencia fundamental de justicia. La idea de justicia, obviamente, no es una idea kantiana. Ambrosetti no parte de una visión idealista que asigna a la idea una función generadora que determina la búsqueda y las decisiones relativas. La idea no es un punto de partida sino de llegada, en cuanto la búsqueda parte de la observación de una realidad social dada para captar la idea que ella implica: el método es el platónico-aristotélico-tomista, es el «momento crítico» que nace de la consideración del objeto, del conocimiento en acto. Ambrosetti recoge una afirmación de G.B. Vico (*Scienza nuova*, L.I, Sección II, Dignidad LIII): «Los *hombres* primero *sienten* sin advertir; después *advierten*, con ánimo perturbado y conmovido, finalmente reflexionan con “mente pura”». Y mediante una breve explicación: en la historia «tenemos ... un mundo de práctica que sigue a un mundo de razonamiento» («Giustizia e diritto», en *Studi in memoria di C. Esposito*, Padua, 1972, II, pág. 1331) Sólo una observación: el Vico de Ambrosetti no es el de Piovani.

