

IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO EN GUIDO FASSÒ Y NORBERTO BOBBIO

Fernando M. Llano Alonso

Universidad de Sevilla

(A María Dolores)

SUMARIO: I. Iusnaturalismo, positivismo jurídico y los problemas de la Filosofía del Derecho.—II. Iusnaturalismo y positivismo jurídico frente al problema ontológico.—III. Iusnaturalismo y positivismo frente al problema gnoseológico.—IV. Iusnaturalismo y positivismo jurídico frente al problema deontológico.—V. Conclusiones: diferencias y afinidades entre Bobbio y Fassò.

I. Iusnaturalismo, positivismo jurídico y los problemas de la Filosofía del Derecho



ODO investigador que se interna en los dominios de la Filosofía del Derecho, es consciente del protagonismo que tradicionalmente han disfrutado las corrientes iusnaturalistas y positivistas de cara a la resolución de los problemas que suelen aquejar a nuestra disciplina. Naturalmente, en la mente del jurista se plantea una primera incógnita al hilo de estas consideraciones, porque, si son

evidentes las diferencias que enfrentan al positivismo y al iusnaturalismo, ¿cuál sería el método más adecuado para desvelar las claves de dicha polémica?

En un esquema ampliamente difundido en todos los círculos doctrinales filosófico-jurídicos, se han tratado de encauzar todas estas eventualidades desde tres líneas directrices y criterios-guía orientados por: una perspectiva ontológica o doctrina de lo que el Derecho es; otra vertiente deontológica o explicativa de lo que el Derecho debe ser, y, finalmente, una dirección gnoseológica que se aproxima al conocimiento del Derecho¹.

Solventada esta interrogante metodológica que permite una estrecha aproximación a la citada controversia, surge de inmediato una segunda cuestión más cuantitativa que cualitativa: ¿qué autores nos permiten acceder a un verdadero análisis meticuloso y exacto de ambas teorías sin que por ello debamos guiarnos por elaboraciones que en ocasiones son más apasionadas y vehementes que rigurosas u objetivas?

La respuesta sería incierta porque son muchos los autores que tanto en Italia como en el resto de Europa han realizado serios esfuerzos de profundización en un tema que ha ocupado una de las páginas más trascendentes de la historia de la Filosofía del Derecho. No obstante, dentro de esa vasta tradición doctrinal cultivadora tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico, nos atreveríamos a destacar dos estudiosos que han tenido una gran repercusión en la filosofía jurídica italiana de la segunda mitad del siglo XX; el primero, Norberto Bobbio, porque desde lo que algunos han denominado «Positivismo inquieto»², ha logrado realizar una crítica tan exhaustiva del Derecho natural, y, con posterioridad, del Derecho positivo, que, finalmente, ha sido considerado como «il più autorevole ed efficace sostenitore del positivismo giuridico in

¹ Esta clasificación ha sido compartida por Norberto BOBBIO en «La Filosofia del Diritto in Italia», *Ius*, VIII, núm. 2, 1957, pp. 183-198, también en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, 2. Ed, Milano, 1972, pp. 53-73; aunque el profesor turinés reconoce una cuarta categoría fenomenológica; Passerin D'ENTRÈVES, A., *Le Droit Naturel*, Presses Universitaires de France, Institut de Philosophie Politique, Paris, 1959; trad. esp. Elías Díaz, *Crítica del Derecho Natural*, AA.VV, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1966; en España LUÑO PEÑA, E., *Derecho natural*, La hormiga de oro, Barcelona, 1961, pp. 66-67; PÉREZ LUÑO, A. E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza-Bolonia, 1971, pp. 117-118.

² COTTA, S., «Bobbio: un positivista inquieto», AA.VV., *La teoria generale del Diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cura di Scarpelli, U., Comunità, Milano, 1983, pp. 41-55; el mismo Bobbio se define como «un hombre de la duda» que siempre «se encuentra en el bando de los no satisfechos», en AA. VV., *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Coordinado por Angel Llamas, «BOE»-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, p. 313.



Italia»³; el segundo, Guido Fassò, el cual, desde el decidido afán de independencia que marca sus obras y el deseo de atenerse a una escrupulosa objetividad se ha destacado como uno de los juristas que en mayor grado contribuyó al renacimiento del iusnaturalismo en la Italia de la posguerra tras el periodo de eclipse en que se vió sumido durante la primera parte de nuestro siglo, dominada por la tendencia estatalista y por el positivismo jurídico⁴.

Lejos de ser figurada, la comunicación entre ambos autores se puede constatar a lo largo de sus obras⁵; con todo, nos centraremos exclusivamente en aquellas que se sitúan en el binomio iusnaturalista-positivista, desglosándolo a través de la tríada metodológica descrita al inicio; ello nos permitirá, además de contrastar el pensamiento de ambos autores, tener una visión generalizada del iusnaturalismo y el positivismo jurídico en la Italia contemporánea, para terminar con la propuesta de unos puntos de afinidad que garanticen la pacífica convivencia entre ambas concepciones del Derecho.

II. Iusnaturalismo y positivismo jurídico frente al problema ontológico

A) Guido Fassò

Si por iusnaturalismo fenomenológico se entiende una crítica a la reducción del concepto del Derecho a la noción de Derecho positivo, «en base a la noción de experiencia jurídica y de los valores culturales de la Historia encarnados en el Derecho natural y que deben hallarse presentes en la vida del

³ FASSÒ, G., *La legge della ragione*, Il Mulino, 2. Ed., Bologna, 1966, p. 213; PATTARO, E., *Introduzione al Corso di Filosofia del Diritto*, C.L.U.E.B., Bologna, 1987, pp. 272-373, donde Bobbio es considerado el iniciador y su más autorizado representante; COTTA, S., *op. cit.*, p. 42, considera al jurista turinés el mayor kelseniano de Italia; GIULIANI, A., «Guido Fassò e i problemi del nostro tempo», en AA. VV., *Reason in Law* (vol. I), Edizione di Carla Faralli ed Enrico Pattaro, Giuffrè, Milano, 1987; LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, 5.ª Ed., Bosch, 1975, p. 218.

⁴ PEREZ LUÑO, A. E., «Racionalidad práctica, iusnaturalismo e historia en los Scritti di Filosofia del Diritto de Guido Fassò», *REP*, núm. 51, 1986, pp. 174-175, también en *Reason in Law* (vol. I), *op. cit.*, pp. 60-61; QUAGLIO, D., *Guido Fassò. Della Ragione come Legge*, ESI, Napoli, 1991, p. 1.

⁵ En Norberto BOBBIO sobre Guido Fassò: *La Filosofia del Diritto in Italia*, *op. cit.*, pp. 188-189; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.*, pp. 10, 11, 32, 60-62, 139, 179, 235; «Risposta di Norberto Bobbio» en la «Tavola rotonda sul positivismo giuridico», *Il Politico*, XXXI, núm. 3, 1966, pp. 565-570; también en el núm. 4 de 1967, pp. 69-73; «Introducción al Positivismo Jurídico», *Debate*, 1.ª ed., 1993, p. 10; «Premessa alla nuova edizione», *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, 2.ª ed., Torino, Giappicchelli, 1979, p. 2.

En Guido FASSÒ sobre Norberto Bobbio: «Recensione di Studi sulla teoria generale del diritto», *RDC*, IV, 1961, pp. 1476-1480; «Recensione di Il positivismo giuridico», *RDC*, I, pp. 600-606; *La legge*

Derecho y proyectarse en la dinámica de su concepto»⁶, podemos afirmar que hasta 1964 -fecha en la que se publicó *La legge della ragione*- Guido Fassò, bajo la influencia de Vico, militó dentro de esta corriente. Precisamente extrajo del filósofo napolitano la visión de la historia como «concreta razionalità»⁷, y la idea de que la experiencia es jurídica «in quanto è integrale esperienza storica», de ahí su interpretación del Derecho como forma necesaria o natural de la historia, resolviendo el mundo jurídico en el entero «mondo giuridico» en el «mondo della vita e della umanità», o lo que es igual, el «Diritto naturale delle genti»⁸, y es precisamente en éste donde debía encontrarse el fundamento último de juridicidad, que para Fassò era un término equivalente al de historicidad. De todo lo dicho puede concluirse, por tanto, que en el binomio Derecho natural-historia propuesto por el filósofo boloñés, el Derecho natural no era ahistórico, absoluto, sino que emanaba de la misma naturaleza humana, de una razón operante en la historia; un Derecho natural que al ser inherente al hombre, se hallaba, consecuentemente, en la naturaleza de la sociedad, la cual, vista en sentido diacrónico, era historia⁹.

A partir de 1964, Fassò, sin renunciar a su perspectiva histórica del Derecho natural, propendería al iusnaturalismo axiológico, esto es, a considerar al Derecho natural como un conjunto de principios valorativos esenciales a su propio ser. Los derechos serían atribuidos al hombre por una ley de la naturaleza que fuera, a su vez, el imperativo de una razón que se relacionaba con la deviniente realidad histórica, y que constituía «il fondamento ultimo della validità di qualsiasi norma»¹⁰.

En esa defensa de un iusnaturalismo fundado en la naturaleza humana, muchos han creído ver la presencia de Grocio y de Gabriel Vázquez en

della ragione, op. cit., pp. 171, 213, 215, 237; *Il Diritto naturale*, 2.ª ed., RAI, Torino, 1972, pp. 152, 153, 157, 160; «Intervento sul positivismo giuridico», *Il Politico*, XXXI, núm. 3, 1966, pp. 559-565; *Società, legge e ragione*, Comunità, Milano, 1974, pp. 53-63; *Storia della Filosofia del Diritto* (vol. III), Il Mulino, 2.ª ed., pp. 410-412, 418; trad. esp. Lorca Navarrete, J. F., Pirámide, Madrid, 1980; Carta enviada a Bobbio el 23-IX-57, vid., *Scritti di Filosofia del Diritto* (I), Ed. Pattaro, E., Faralli, C., Zucchini, G., Giuffrè, Milano, 1982, p. LXVI.

⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, op. cit., p. 123.

⁷ FASSÒ, G., «Il Vico nel pensiero del Michelet» (1949), en *Scritti di Filosofia del Diritto* (I), op. cit., p. 6.

⁸ VICO, G. B., «Principi di una scienza nuova», en *Vico, opere filosofiche*, a cura di Cristofolini, P. (ed. 1725), Sansoni, Firenze, 1971, pp. 169-338.

⁹ FASSÒ, G., *La Storia come Esperienza Giuridica*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 12, 151, 131; TARANTINO, A., «La natura delle cose in alcune pagine di Guido Fassò», en *Reason and Law* (vol. I), op. cit., p. 65; PÉREZ LUÑO, A. E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, op. cit., p. 125.

¹⁰ FASSÒ, G., *La legge della ragione*, op. cit., p. 236.

Fassò ¹¹; de Romagnosi tomará, en cambio, la teoría de la concordancia entre ley antecedente y ley consecuente como inmediato precedente a su particular entendimiento de la doctrina de la naturaleza de la cosa; en efecto, el adjetivo «natural» es el más adecuado –según el profesor boloñés– para calificar al Derecho que brota de la naturaleza misma de las relaciones sociales, las cuales está llamado a presidir ¹².

Al invocar la «naturaleza de la cosa», Fassò advertía las objeciones que a lo largo del tiempo se le habían interpuesto a esta teoría, comenzando por imputarle lo que en Italia se conocía como «fallacia giusnaturalistica», una horrible traducción, aseveraba en tono jocoso el profesor boloñés, del término inglés «fallacy», que en realidad significaba y se traducía al italiano como «sofisma»; también se hacía eco Fassò de las críticas formuladas por Hume y, sucesivamente, por Moore, aunque para nuestro autor en la exposición de estas recriminaciones sólo se habían contemplado algunas de las muchas doctrinas de la naturaleza de la cosa, adoleciendo de rigor y exhaustividad en sus planteamientos. Afirmar dicha teoría no significaba derivar de la observación de «lo que es» (la razón), el «deber ser» (en el sentido de valores absolutos), sino muy al contrario, valores relativos, técnicos o hipotéticos, de lo cual se deducía que todas las normas técnicas que regulaban en cada momento la vida de la sociedad y las relaciones intersubjetivas eran recabadas de la observación de los hechos, y esto también sucedía respecto al Derecho ¹³.

En suma, para Fassò lo importante era que el Derecho tuviese un fundamento connatural a la evolución de la conciencia social en la historia. Así, el Derecho se presentaba como una plasmación en las leyes de las exigencias de esa conciencia entendida como una espontánea manifestación de la naturaleza humana en el decurso de la historia. Esto significaba que la función del Derecho podía considerarse «natural», si tenía capacidad de asegurar una correspondencia de las leyes con unas relaciones intersubjetivas que, pese a su mudabilidad y a que no eran siempre las mismas, debían regularse, pues se desarrollaban conjuntamente con la vida social ¹⁴.

¹¹ FASSÒ, G., *Storia della Filosofia del Diritto* (vol. II), 2.ª ed., 1972, *op. cit.*, pp. 87 y 107; TARANTINO, A., *op. cit.*, p. 63.

¹² FASSÒ, G., «Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale», *RTD e PC*, III, 1972, pp. 897-952; también en *Società, legge e ragione*, *op. cit.*, pp. 89-158; *Scritti di Filosofia del Diritto* (II), *op. cit.*, 1035.

¹³ FASSÒ, G., *ibidem*, pp. 1034-1035.

¹⁴ FASSÒ, G., *Società, legge e ragione*, *op. cit.*, p. 140, aunque Fassò ya había tratado con anterioridad esta teoría de la naturaleza de las cosas, *vid. La storia come esperienza giuridica*, *op. cit.*, p.87;

El modelo es el mismo que el aplicado en su artículo «Legge naturalistica e legge pratica», donde la «ley naturalista» sería aquella de la cual el hombre se sirve al conocer, y la «práctica» de la que se vale al obrar, ya que, como es sabido, si la ley naturalista –o cognoscitiva– enuncia que para el advenimiento de un determinado fenómeno deben concurrir de un modo concreto una serie de condiciones, quien quisiera provocarlo debería asumir la ley cognoscitiva como norma de la propia acción –ley en sentido práctico–. En definitiva, según Fassò, la norma, fundamentalmente, es siempre la traducción en imperativo de aquella proposición indicativa que es la ley naturalista ¹⁵.

Esa voluntad racional, conforme al Derecho natural que hoy se concibe, no atiende a reglas abstractas que puedan deducirse como verdades matemáticas de la razón, sino que se funda en la historia, la cual está en movimiento perenne y regula la vida de los ciudadanos según las exigencias históricas que la razón reconoce sin dejarse guiar por mitos o ideales irracionales. Es necesario pues, evitar confusiones y permanecer fieles a la idea de una ley de la «naturaleza» que sea propia de la naturaleza humana, que se adecue a aquello que distingue al hombre de otros seres vivos, la razón ¹⁶.

Precisamente es en esa ley de la razón donde el Derecho natural propuesto por Fassò encuentra un complemento idóneo para educar a la humanidad a no seguir aventadamente quiméricos ideales demagógicos e irracionales; para instruir la y guiarla en aras de una madurez social que le haga comportarse, espontáneamente, de forma racional ¹⁷.

B) Norberto Bobbio

Como bien sostiene Ruiz Miguel, los estudios de Bobbio sobre el iusnaturalismo presentan un doble perfil; de un lado, se enfrenta a esta disciplina desde la teoría del derecho, una perspectiva donde predomina, sobre todo, el análisis ontológico del iusnaturalismo; de otro, un examen marcado por mati-

«Legge naturalistica e legge pratica», en *Studii parmensi*, 1953, pp. 277-317; *Scritti di Filosofia del Diritto* (I), *op. cit.*, 165-209; TARANTINO, A., *op. cit.*, p. 67.

¹⁵ FASSÒ, G., «Legge naturalistica e legge pratica», *op. cit.*, pp. 200, 202 y 208.

¹⁶ FASSÒ, G., *Il Diritto Naturale*, *op. cit.*, pp. 113 y 127.

¹⁷ FASSÒ, G., *ibidem*, p.128; respecto a la educación de los hombres ya habló Platón en *La República*, libro V, 458 a 459, (tomo II), de la trad. Pabón, J. M., y Fernández Galiano, M., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969; sobre la necesidad de enseñar a los hombres a razonar, BERLÍN, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. Julio Bayón, Alianza, Madrid, 1988, pp. 219-220.

ces más deontológicos que ontológicos, y llevado a cabo a través de la teoría de la justicia ¹⁸.

Las primeras críticas bobbianas contra el iusnaturalismo ontológico pueden ubicarse, cronológicamente, a partir de 1958, fecha en la que escribió «Quelques arguments contre le droit naturel»; en este artículo plantearía tres objeciones al sustantivo «Derecho», dentro de la expresión «Derecho natural»:

En primer lugar, advertía que el término «Derecho» venía adoptado con dos significados diversos, al hacer mención uno al Derecho positivo y otro al Derecho natural; para el profesor turinés «il diritto naturale è un diritto disarmato» que aunque manifieste una exigencia o una propuesta de Derecho futuro, no encuentra la fuerza requerida para hacerse valer y, por tanto, no es Derecho en el sentido vulgar de la palabra.

La segunda acusación versaba sobre la inutilidad del Derecho natural para ayudar a conservar la sociedad de los hombres, dado que era una teoría común al iusnaturalismo iluminista la que defendía la imposibilidad del estado de la naturaleza, al no estar las leyes naturales en disposición de garantizar a los individuos componentes de una comunidad socio-política la seguridad de su existencia.

Como último reparo, debido al expansionismo característico del Derecho positivo, quedaban obsoletizadas las antiguas funciones del iusnaturalismo referentes a la resolución de las controversias interestatales, entre gobierno y pueblo, o, simplemente, la salvación de las lagunas del Derecho positivo ¹⁹.

Por lo que atañe al segundo término integrante de la expresión «Derecho natural», a Bobbio la noción de «naturaleza» le parecía equívoca e imprecisa ²⁰, por ello en «Über den Begriff der *Natur der Sache*» ²¹ efectuó una disección del concepto de la «naturaleza de las cosas», una vez más, desde una tríada hermenéutica que se detiene en el problema del fundamento del Derecho ante el dilema razón-voluntad; posteriormente en el de las fuentes del Derecho positivo, o sea, en la indagación de posibles alternativas a la ley o a la costumbre; y, por último, en el de la interpretación jurídica, o lo que es igual, en

¹⁸ RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 199-200.

¹⁹ BOBBIO, N., «Quelques arguments contre le droit naturel», en AA.VV., *Le Droit Naturel*, op. cit.; citamos por *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., pp. 163-167.

²⁰ BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 178.

²¹ BOBBIO, N., «Über den Begriff der *Natur der Sache*», *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, XLIV, núm. 3, 1958, pp. 305-321; *Giusnaturalismo y positivismo giuridico*, pp. 197-212, trad. esp. Ruiz Miguel, A., *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, pp. 143-154.

el de los métodos usados por la jurisprudencia para colmar las lagunas del ordenamiento jurídico positivo.

Con referencia a la primera cuestión, basta decir que para Bobbio permanecía en la naturaleza de las cosas la exigencia de no detenerse en la voluntad del legislador como criterio jurídico supremo, porque, muy al contrario, el iusnaturalismo contempla los últimos valores más allá de los de cualquier sistema normativo positivo. En este sentido la teoría de la «naturaleza de las cosas» podía ser juzgada «come un aspetto della concezione generale del diritto», según el cual «il diritto è una tecnica della convivenza sociale», siendo éste el aspecto de la «naturaleza de las cosas» que más convencía a Bobbio ²².

Sin embargo, lo que no compartía este autor es que dicha doctrina pretendiese derivar juicios de valor de la realidad empírica, puesto que dicha constatación podría indicar cuál fuera el mejor medio para alcanzar un determinado fin, si bien, no aclaraba por qué éste resultaba más digno de ser perseguido que cualquier otro.

Respecto al segundo planteamiento, la «naturaleza de las cosas» se aliaba con la teoría sociológica en una común cruzada contra el positivismo jurídico de estrecha observancia (contra el formalismo); no obstante, Bobbio reputaba que debía trazarse una línea divisoria entre las concepciones sociológicas y las genuinamente jurídicas, porque, había dos modos de entender la expresión «fuente del Derecho»: como causa de una regla o como elemento de cualificación, es decir, mientras que la primera podía ser constituida por un hecho o una serie fáctica, la segunda siempre se fundaba en una norma.

El problema del origen de las reglas es puramente sociológico y no jurídico, una cuestión relativa a la causalidad o a la derivación de las normas, no a su validez ²³.

El último problema hacía mención a la «naturaleza de las cosas» en contraposición al legalismo; también en este punto aconsejaba Bobbio un discernimiento del aspecto metodológico respecto al estrictamente ideológico, ya que en el tema de las lagunas del Ordenamiento Jurídico, el juez podría elegir los medios de integración únicamente donde el legislador no hubiera previsto otras fuentes suplementarias a la ley, no siendo viable la metodología de la «naturaleza de las cosas». Volvía a reproducirse, en opinión del profesor turinés, la confusión entre ambas modalidades de jurisprudencia, la concepción lógico-sistemática y la sociológica.

²² BOBBIO, N., *ibidem*, p. 202.

²³ *Ibidem*, pp. 205-207; para un concepto de reglas constitutivas, reglas hipotético-constitutivas y reglas técnicas, vid., ALARCÓN CABRERA, C., *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 15 y ss.



Concluyendo, aunque, como el mismo autor reconocía, era innegable la relevancia de la «rivalutazione della nozione di natura delle cose», debían imponerse dos condiciones para su aceptación: la primera, que este concepto fuese precisado y se utilizara no como una fórmula sugestiva, sino con un significado técnico riguroso, para ello proponía un procedimiento que recabase reglas de la naturaleza de las cosas mediante un razonamiento teleológico, debido a lo cual tendría que sustituirse la expresión citada por la de «función económico-social»; la segunda, que dicha teoría reconociese sus límites y no pretendiera invadir áreas que le estaban vetadas, porque existían tres obstáculos insalvables para ella: la diferencia entre búsqueda de medios y la posición de los fines, entre el conocimiento de una regla y su legitimación, entre una ciencia empírica cualquiera y la ciencia jurídica ²⁴. En resumen, Bobbio no creía que la naturaleza de las cosas pudiera proporcionar reglas, porque no podía delimitar sus fines, todo lo más, ofrecería medios para alcanzarlos, porque si bien esta teoría sugería una relación entre medios y fines, no por ello debía deducirse que este vínculo fuese único o imprescindible, además de que no existía certeza de que hubiese acuerdo sobre el fin deseable, incluso aceptando que de la naturaleza de las cosas pudieran obtenerse reglas de conducta, ésta no podría considerarse fuente de Derecho, ya que, a pesar de que las reglas extraídas de la naturaleza de las cosas tenían rango jurídico, se debía al hecho de que habían sido impuestas por los operadores del Derecho, esto es, por el legislador, por el juez o por todo aquel que estuviera autorizado por el Derecho para establecer normas ²⁵.

III. Iusnaturalismo y positivismo jurídico frente al problema gnoseológico

A) Guido Fassò

Estudiar la problemática gnoseológica del Derecho natural supone una rememoración de la agónica crisis inherente a la filosofía jurídica italiana de la posguerra, la cual se tradujo en un anhelo desesperado de certeza, de manera que, como subrayaba López de Oñate, reputado como el promotor de los

²⁴ *Ibidem*, pp. 208-212.

²⁵ BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, pp. 185-186. Cfr., con la revaloración de la naturaleza de las cosas de Leoni y su exposición crítica sobre los juicios técnicos y jurídicos, *Il Politico*, 1966, núm. 2, p.357; en el mismo número vid. la referencia de Baratta y la observación que Stoppini le formula a Leoni, p. 359.

estudios en torno a la seguridad jurídica y a la certeza del Derecho desde que en 1942 publicase la *Certezza del diritto*, el problema de la filosofía «è divenuto, in maniera prepotente ed intransigente, quello della certezza, così come nell'epoca precedente è stato quello della verità, e nell'epoca classica quello della realtà»²⁶; no ha de extrañar, por tanto, el hecho de que un abundante sector doctrinal²⁷ centrase su atención en torno a semejante hesitación, que planteaba una clara disyuntiva entre una solución positivista y otra iusnaturalista.

Obviamente, también Fassò y Bobbio, desde posturas encontradas, reflexionaron sobre este motivo, dado que si para los positivistas el Derecho se definía como una realidad empírica, la cuestión quedaría reducida a la mera «captación material de esa realidad», persiguiendo, por ello, la dilucidación de la problemática gnoseológica del Derecho. En cambio, el punto de vista del iusnaturalismo no se limitaba tan sólo al simple conocimiento de las normas, puesto que su principal objetivo sería el de orientarse hacia la «búsqueda de la verdad del Derecho», esto es, de la justicia²⁸.

A juicio de Guido Fassò, los fenómenos de la certeza o de la seguridad jurídica, no eran contingentes, sino que representaban la razón de ser del Derecho, aunque eso no equivaliese a afirmar que la seguridad fuera un valor absoluto, porque la moral y el Derecho eran para el profesor boloñés conceptos diversos; sin embargo, a pesar de que la seguridad jurídica no poseía valor ético, no por ello perdía su preeminencia en terreno socio-político, que no era, desde luego, la dimensión donde se hallaban las categorías absolutas²⁹.

Respondiendo a los reproches lanzados contra el Derecho natural, habitualmente tachado de «incierto», se preguntaba Fassò: «si può ancora parlare di certezza del diritto legislativo?»³⁰, sobre todo pensando en el desbordamiento normativo que comenzaba a experimentarse en su época, ahí radicaba su particular propuesta de constituir una instancia superior a las leyes que decidiese la legitimidad de algunas normas; tal órgano de control podría descansar en una apropiada jurisdicción, evitando una simbiosis entre el poder ejecutivo y el legislativo que permitiese al detentador del poder legislar y gobernar

²⁶ AA.VV., *La certezza del diritto*, Tip. Consorzio Nazionale, Roma, 1942. También en el volumen dedicado a la certeza del Derecho por AA.VV., bajo el cuidado de Guido Astuti, Giuffrè, Milano, 1968, p.29.

²⁷ CALAMANDREI, P., «La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina», *RDCo*, I, pp. 341 ss.; CARNELUTTI, F., «La certezza del diritto», *RDC*, I, 1943, pp. 81 y ss.; FEDELE, P., «La certezza del diritto e l'ordinamento canonico», *Archivio di diritto ecclesiastico*, V, 1943, todas ellos en el volumen citado de Astuti, G., *Il dibattito sulla «certezza»*, op.cit., pp. 165 y ss.

²⁸ PÉREZ LUÑO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, op. cit., pp. 132-133.

²⁹ FASSÒ, G., *Società, legge e ragione*, op.cit., p.111.

³⁰ FASSÒ, G., *La legge della ragione*, op. cit., p.233; *Il Diritto Naturale*, op. cit., p. 15.

simultáneamente, sirviéndose de la ley, y llegando incluso a obrar «in fraudem legis»³¹, abusando con ello del aforismo ciceroniano: «legum servi sumus, ut liberi possimus», y aumentando también el riesgo de hipertrofia legislativa.

Lo cierto, aseguraba Fassò, es que a pesar de que se hable de Derecho o de justicia, es decir, de orden positivo o de orden ideal, «l'ordine costituito dà in somma quel bene che si suole scorgere nel diritto e che si usa dire certezza», con la seguridad jurídica, los hombres intentaban proporcionarse un mínimo de certidumbre que les permitiera representarse racionalmente el supuesto descrito en la norma, y prever con exactitud las consecuencias correlativas a determinadas conductas. En suma, era la cobardía y la debilidad de los hombres la que les conducía a procurarse leyes, rechazando el preciado don de la libertad.

Conviene advertir que esta última afirmación no debería interpretarse como una coincidencia con el planteamiento expuesto por el realista norteamericano Jerome Frank en *Law and the modern mind*³², ya que según sus tesis, el valor atribuido por los juristas a la seguridad jurídica, era el efecto del perdurar en el subconsciente de los adultos, la reminiscencia infantil de buscar la protección, la fuerza y el amparo en el regazo paterno, esto es, si Frank desvaloraba el Derecho como norma cierta, aportadora de seguridad al hombre, favorecedora de una ilusión que evitase su temor a lo desconocido, símbolo de la consciencia de la carencia de valor moral del Derecho en cuanto medio reportante de sosiego y calma, era debido a que entendía que esa certeza jurídica equivaldría a un asentimiento tácito a la renuncia de la libertad. Sin embargo, Fassò dejaría suficientemente esclarecido el hecho de que el orden establecido suministraba, en resumen, aquel bien que se solía divisar en el Derecho y que habitualmente se denominaba seguridad³³: la posibilidad de prever con seguridad las consecuencias de nuestras acciones y de elegir por eso, con tranquilidad, la propia línea de conducta, poseyendo la certeza de la obtención de lo que se desea, evitando el advenimiento de lo que se teme, en otras palabras, sentenciaba Fassò «l'elemento che da qualsiasi concezione del diritto non si può eliminare senza farlo cessare d'essere diritto è la certezza»³⁴.

³¹ CARNELUTTI, F., «Il giudice e la legge in fraudem legis», *RDP*, VII, 1952, pp. 9-18.

³² FRANK, J., *Law and the modern mind*, Cowas-Mc Lann, New York, 1930, pp. 20-21; BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, trad. Roza Acuña, E., Debate, Madrid, 1991, p. 49.

³³ FASSÒ, G., «Il diritto come viltà», *RTD e PC*, I, 1971, p. 173; en *Scritti di Filosofia del Diritto* (II), *op. cit.*, p. 937; también en *Studi in memoria di Orazio Condorelli*, I, Milano, 1974, pp. 455-463, y en *Società, legge e ragione*, *op. cit.*, pp. 159-167.

³⁴ FASSÒ, G., «Il giudice e l'adeguamento del diritto», *RTD e PC*, III, 1972, p. 910; también en *Scritti di Filosofia del Diritto* (II), *op. cit.*, p. 1002, y en *Società, legge e ragione*, *op. cit.*, pp. 89-158.

B) *Norberto Bobbio*

Las primeras referencias bobbianas al tema de la seguridad jurídica se recogen en una recensión a *Law and the modern mind*, donde censuraba la ambición de Jerome Frank según la cual el Derecho debería disolverse, en última instancia, en la decisión del juez. Obviamente, existían motivos suficientes por los que el jurista turinés no estaba dispuesto a auspiciar semejantes postulados; ante todo, se trataba de una tesis concebida, esencialmente, para implantarse en un sistema normativo muy diverso al continental y que estaba asentado sobre el firme soporte de una tradición jurídica construida por un Derecho prevalentemente judicial, en nada parecido a cualquier ordenamiento jurídico europeo que hubiera sido engendrado en el seno de una cultura tan receptiva a las filtraciones e influencias procedentes del Derecho romano, más tendente a las codificaciones legislativas que a fomentar el protagonismo de sus magistrados. Además de todo esto, Bobbio hacía constar el error en que se incurría cada vez que se resolviese un conflicto de intereses, eludiendo cualquier mención a las ocasiones en que aquél regulaba pacíficamente el comportamiento de los consociados, por lo que era prácticamente imposible aprehender el fenómeno jurídico en su plena complejidad.

Estas razones explicaban que Bobbio tildase al procedimiento adoptado por Frank de «scientismo ingenuo», e incluso impulsó de manera decisiva la invocación del sentido histórico que distinguía a la doctrina iusfilosófica europea, con un patente halo hegeliano, de la escuela neo-positivista anglosajona; de ahí que terminase asertando: «non può esimerci dall'esercitare ancora una volta lo spirito critico che lo spirito critico dello storicismo ha da noi già una volta condotto contro le affettate conclusioni dello scientismo positivistico»³⁵.

Aunque en esa primera etapa Bobbio consideraba, en términos rigurosamente positivistas, que la seguridad jurídica era un elemento intrínseco del Derecho «sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»³⁶ y que la reducción de la validez a justicia sólo conducía a una grave consecuencia: la destrucción de uno de los valores fundamentales sobre los que se apoyaba el

³⁵ BOBBIO, N., «La certezza del diritto è un mito?»; *RIFD*, I, 1951, pp. 149, 151, 152; PECES BARBA, G., sitúa la seguridad jurídica en una concepción normativista aunque sea corregida, alejándose así de «posiciones tópicas que oscurecen la idea de seguridad jurídica», refiriéndose al realismo escandinavo y anglosajón, *ADH*, 6, 1990, p. 225; también en *Derecho y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 261-281.

³⁶ BOBBIO, N., *ibidem*, p.146.

Derecho positivo (la seguridad jurídica)³⁷; a comienzos de los años sesenta perfiló esta noción, apreciándola como una de las manifestaciones más características del positivismo jurídico en su dimensión ideológica, y situando sus orígenes en el siglo XVIII, durante el apogeo de las doctrinas liberales de Montesquieu a Kant, precisamente aquellas que cumplían la función de servir como dique de contención a los despotismos imperantes en el viejo continente, defendiendo al mismo tiempo las libertades individuales contra los desmanes del poder ejecutivo y del arbitrio del príncipe, garantizando de esta forma la igualdad de trato contra los privilegios de una minoría³⁸.

Posteriormente, en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* admitiría que la asunción de la obligación moral de obedecer a las leyes positivas no era ni iusnaturalista ni positivista, porque, en realidad, derivaba de la constatación, tan antigua como la Filosofía del Derecho, de que ningún ordenamiento jurídico podría mantenerse apoyándose tan sólo en la obediencia a las normas por el temor a la sanción que pudiera desencadenarse tras la infracción de éstas.

Abundando en estas consideraciones, Bobbio propondría una esquematización comprensiva de las diversas versiones localizadas en las ideologías iusnaturalistas y positivistas en el decurso de la historia, discerniendo una radical y otra moderada por cada variante:

a) Según la ideología positivista radical, las leyes deberían ser acatadas en cuanto tales por ser justas (teoría de la obediencia activa).

b) Para la ideología positivista moderada, las normas habrían de respetarse porque la legalidad garantizaba el orden y la paz (teoría de la obediencia condicionada).

c) La ideología iusnaturalista radical, postulaba que existía un derecho de resistencia a las leyes injustas en todos los hombres (teoría de la desobediencia activa o de la resistencia).

d) En cuanto a la ideología iusnaturalista moderada, las normas podrían ser injustas, mas a pesar de ello, deberían ser obedecidas (teoría de la obediencia condicionada o pasiva).

Ahora bien, continuaba Bobbio, mientras que las dos modalidades radicales (obediencia y desobediencia activa) son antitéticas y constituyen una alternativa, las dos posturas moderadas (obediencia y desobediencia condicio-

³⁷ BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 52-54, trad. esp. Rozo Acuña, E., *Teoría General del Derecho*, Debate, 1991, Madrid, pp. 42-43.

³⁸ BOBBIO, N., «Sul positivismo giuridico», *RF*, I, 1961, pp. 14 ss.; en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 116; *Teoria del ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, p. 142.

nadas) son convergentes y su línea de demarcación se torna evanescente; en cualquier caso, ambas fórmulas moderadas apuestan por una limitación del derecho a la desobediencia, ya que rinden un tributo al valor del orden social ³⁹.

Expuesto este esquema, Bobbio concluiría con una interpretación ponderada del positivismo jurídico como ideología, aseverando que no era «*nè migliore nè peggiore di un'altra*»; al positivismo jurídico, nacido en una época marcada por la gran confianza en las leyes, en la ciencia de la legislación, en las codificaciones y en el Estado de Derecho, no se le podían reprochar las consecuencias extraídas de un régimen de leyes cautivas; es más, si, efectivamente, no se podía admitir que la obediencia a las leyes en cuanto tales fuera siempre un bien, tampoco debería aceptarse la opinión contraria, esto es, que la obediencia escrupulosa a las leyes fuese siempre un mal, sin que esta última afirmación le impidiese confesar que el principal defecto del positivismo jurídico había sido el de elevar la ideología de la obediencia a valor absoluto ⁴⁰.

IV. Iusnaturalismo y positivismo jurídico frente al problema deontológico

A) Guido Fassò

De las copiosas objeciones que han sido promovidas contra el iusnaturalismo, quizás la más grave sea la de aquellos que, viendo en él una forma característica de legalismo ético, le reprochaban su manifiesta contradicción con la esencia misma de la moralidad; en realidad, añadía Fassò, no se podía ocultar que toda ética legalista representaba una evidente inmoralidad.

Pero, incluso, quien le negaba legitimidad al Derecho natural, reconocía que en las relaciones intersubjetivas se apela a lo que se conoce como justicia, que según Fassò era la expresión de un sentimiento cuya legitimidad parecía degradarse cuando empezaba a revestirse de formalismos legales: como sucedía cuando ese sentimiento de la justicia se anquilosaba en los esquemas jurídicos de la ley «natural», porque, precisamente en sus orígenes, la justicia era un sentimiento, estaba sujeta a la apariencia de los mitos: utopía o trasposición en nuestro mundo de una realidad ultraterrenal, o bien, dictada por cualquier voluntad infa-

³⁹ BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., pp. 137-138.

⁴⁰ BOBBIO, N., *ibidem*, p.117.



libre, lo cierto es que al inicio, la justicia se configuró como un mito irracional; al respecto aseveraba Fassò que el concebirla en la forma del Derecho natural «è la razionalizzazione, sia pure contingente, di quell'ideale nato dal sentimento», o lo que es igual, «è nato il tentativo di ricondurlo... dal mythos al logos»⁴¹.

No es que Fassò considerara al iusnaturalismo racionalista como la ética más sublime, y, por tanto, que la moral orientada a la trascendencia estuviese supeditada a dicho racionalismo ético por ser inferior, al contrario, este autor dejaba abierta la posibilidad de la existencia de un nexo de unión entre la moral absoluta y el Derecho, aunque situase el mundo de los valores en un plano diferente al del mundo jurídico, formando parte el primero de la dimensión trascendental o metafísica, mientras que el segundo pertenecía al orden de lo real, lo empírico o lo relativo⁴².

Pero, dado que los hombres no viven en el reino de Dios, donde es probable que no existan problemas de coexistencia, sino en un terreno dominado por la multiplicidad de los individuos, donde cada uno limita y contradice a sus semejantes, la presencia de normas reguladoras de la comunidad se antoja imprescindible; una ley emanada de la razón humana, descubierta por ésta, gradualmente, a través de la historia; por este motivo subrayaba Fassò que «la legge che accettiamo di sentire sospesa sul nostro capo non è quella della volontà di nessuno, nemmeno della nostra, se non è in pari tempo la legge della ragione che sola può farla essere in pari tempo legge della volontà di tutti, leggi di cui nessun eroe o pseudoeroe possa pretendere di atteggiarsi a vendicatore»⁴³.

Con todos sus defectos y límites, el iusnaturalismo ha desempeñado a lo largo del tiempo una función primordial, la de educar a los hombres a organizar racionalmente, humanamente, su convivencia, sometiendo los ideales morales, políticos o religiosos a la crítica de la razón, facilitando con esta medida que se compatibilicen armónicamente las conductas individuales de los miembros de la sociedad, sin que ninguno de ellos imponga su voluntad a la fuerza⁴⁴.

Sin embargo, Fassò no creía que el hecho de que la ley constituyese el mejor instrumento para asegurar la pacífica y libre coexistencia de los hom-

⁴¹ FASSÒ, G., *La legge della ragione, op.cit.*, pp. 243-244.

⁴² FASSÒ, G., *La storia come esperienza giuridica*, 1.ª ed., Giuffrè, Milano, 1953.

⁴³ FASSÒ, G., *La legge della ragione, op. cit.*, p. 247.

⁴⁴ PÉREZ LUÑO agrega que «la subordinación del Derecho positivo al Derecho natural no implica para Fassò el reconocimiento de unos valores absolutos captados por la vía de la lógica demostrativa, sino que invita a buscar los fundamentos axiológicos de las normas positivas en un examen de la realidad social llevado acabo en términos de la lógica argumentativa, esto es, no de la razón, sino, como suele decirse en el lenguaje de la nueva retórica, de lo racional o de lo razonable», «L'itinerario intellettuale di Guido Fassò», *RIFD*, III, 1976, p. 380; también en *REP*, núm. 202, 1975, p. 225.

bres, supusiera por ello la realización de la justicia, porque ésta no podía ser encorsetada en esquemas abstractos y formales, los cuales representan un obstáculo, en cierto sentido, para la realización de la justicia, porque —especificaba Fassò— la adoración a la ley representaba una conocida forma de irracionalidad: la peor quizás, ya que era la más solapada e hipócrita, enmascarada por un nombre majestuoso como el de la ley, sacrificándose la substancia a la forma y el espíritu a la letra ⁴⁵.

En clara alusión a quienes formulaban teorías lógicas, o, simplemente, rendían tributo a la lógica deóntica ⁴⁶, Fassò equiparaba la actitud de estos iuspositivistas con la de un estudioso de anatomía que, ante la complejidad del cuerpo humano, constituido por un entresijo de sistemas y aparatos heterogéneos, como el tejido nervioso, el aparato digestivo, la circulación sanguínea, etc... y al que, ansioso de hacer un discurso sobre el cuerpo humano absolutamente riguroso, sólo se le consintiera investigar el sistema óseo, dijese: «el verdadero cuerpo humano es el esqueleto; todo lo demás, sí, parece que pueda existir, pero no es esencial y, por tanto, no lo tomo en consideración: yo elaboro un buen tratado sobre el hombre como sistema de huesos, y quien se ocupa de la sangre, los nervios o los músculos, es un iusnaturalista que aún vive en el medioevo» ⁴⁷.

Basando sus observaciones en una sólida formación histórica, Fassò reprochó a Bobbio y Scarpelli el haberse dejado tentar por la «sirena del sistema», porque a éste último habían sacrificado la realidad de la materia que trataban —el Derecho—, y, también, por haber realizado un discurso absolutamente abstracto que prescindía de la realidad y de la historia, «facendo esattamente ciò che facevano i vituperati giusnaturalisti del Sei e del Settecento, che proprio alla costruzione di un sistema razionale di diritto sacrificavano la realtà storica del diritto medesimo».

De todas estas consideraciones, se desprendía el hecho de que para el jurista boloñés, el positivismo jurídico era una teoría desfasada, construida para un momento de la historia en que la sociedad se caracterizaba por su estatismo y anquilosamiento, pero que al comenzar la revolución industrial en las postrimerías del siglo XIX no supo adaptarse a la celérica evolución de una sociedad que mutaba al mismo ritmo que lo hacían sus ideales y exigencias,

⁴⁵ FASSÒ, G., «Dobbiamo insegnare l'obbedienza assoluta alla legge?», *Genitori*, VII, 1960; también en *Scritti di Filosofia del Diritto* (I), *op. cit.*, p. 472.

⁴⁶ FASSÒ, G., «Il positivismo giuridico contestato», *RTD e PC*, I, 1969, p. 299; *Scritti di Filosofia del Diritto* (II), *op. cit.*, p. 898; *Società, legge e ragione*, *op. cit.*, 64-74.

⁴⁷ FASSÒ, G., «Intervento sul positivismo giuridico», *Il politico*, núm. 3, 1966, pp. 559-560.

mientras que el positivismo jurídico se hundía paulatinamente en el abstrac-tismo en el que afondó su antecesor, el iusnaturalismo iluminista ⁴⁸.

B) *Norberto Bobbio*

El estudio que realizó el profesor turinés en torno al iusnaturalismo como teoría de la moral y al positivismo en su vertiente ideológica, representa el aspecto más controvertido y vacilante de la teoría de la justicia bobbiana; enlazar ambas teorías podría resultar una tarea ardua, a tenor de que, como este mismo autor señala «si potrebbe dire che nel caso in cui s'incontrano in quanto ideologie sono nemici ma non fratelli», empero, convendría añadir que Bobbio ha ido desarrollando su planteamiento deontológico del Derecho partiendo de una «aparente convergencia» ⁴⁹ con las posiciones iusnaturalistas católicas correspondientes al periodo de la trasguerra italiana, pasando por una endémica crisis del positivismo jurídico, que culminaría dando origen al Congreso de Pavía de 1966 y, finalmente ente, arribando al «esbozo» de una teoría funcional del Derecho ⁵⁰.

Hasta la aparición de su libro *Il positivismo giuridico*, se puede asegurar que para Bobbio, el iusnaturalismo poseía, al menos, una lectura favorable, y es que, no ocultaba su reconocimiento a esta teoría por haber cumplido el papel de trascender críticamente aquellos valores que estuviesen positivados mediante la fuerza y el poder ⁵¹; de otro lado, debemos indicar que hasta 1961, no se había preocupado de estudiar, detenidamente, la noción de Derecho positivo, un concepto que hasta ese momento venía definido como la doctrina que reducía la justicia a la validez ⁵².

Con la llegada de los años sesenta, Bobbio, además de distanciarse en algunos aspectos de la teoría general del Derecho kelseniana, advirtió la relevancia de la ideología iuspositivista, pues era precisamente en este terreno donde el Derecho positivo se veía más vulnerado por los ataques iusnaturalistas, sobre todo, a raíz de la argumentación de la «*Reductio ad Hitlerum*», lo que motivó que Bobbio fuese decidido partidario de distinguir la crítica de los «errores» de la de los «horrores» ⁵³.

⁴⁸ FASSÒ, G., *ibidem*, núm. 2 y 3, pp. 358-359 y 564-565, respectivamente.

⁴⁹ RUIZ MIGUEL, A., *op. cit.*, p. 353.

⁵⁰ BOBBIO, N., «Sulla funzione promozionale del diritto», *RTD e PC*, XXIII, IV, 1969, pp. 1313-1329; utilizamos el término «esbozo» porque coincidimos con Ruiz Miguel al afirmar que Bobbio nunca dio el paso definitivo a una teoría jurídica funcional.

⁵¹ BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁵² BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 228-229.

⁵³ BOBBIO, N., *ibidem*, p. 241.

Acerca de estas reflexiones, Bobbio diferenciaba una forma extrema y otra moderada de la ideología iuspositivista; así, mientras la variante radical defendía al Derecho como valor final, la versión moderada contemplaba al Derecho como un valor instrumental, esto es, mientras la primera admitía el deber absoluto o incondicional de obedecer a la ley en cuanto tal, la segunda implicaba la obligación de atenerse a las normas porque constituían el medio a través del cual se realizaría el valor del orden; pues bien, al término de esta exposición Bobbio se decantó por una ideología iuspositivista moderada, eso sí, siempre que concurriesen «circunstancias normales», un año después, en 1962, a simple vista parecía que Bobbio había matizado su juicio precedente y viraba en un sentido diametralmente opuesto, porque a este respecto aseveraba con convicción que «di fronte allo scontro delle ideologie, dove non è possibile alcuna tergiversazione, ebbene sono giusnaturalista»⁵⁴.

Ruiz Miguel apunta dos probables explicaciones a este cambio radical, una de ellas, desechable a todas luces, trataría de justificar o de corroborar la diversificación entre método, teoría e ideología, categorías en las que Bobbio pretendía diseccionar y comprender al iusnaturalismo y al positivismo jurídico; la otra, mucho más elocuente, manifestaba que la modificación introducida por Bobbio tenía un carácter más nominal que de contenido, puesto que en la esquematización realizada por Bobbio sobre el iusnaturalismo y el positivismo, había dos categorías radicales y otras tantas moderadas; teniendo presente que defendía, tanto en 1961 como en 1962, una versión mesurada, ya sea del positivismo jurídico como del iusnaturalismo, se deduce que, substancialmente, desde ambas posiciones había una coincidencia al afirmar la necesidad de oponerse a toda forma de totalitarismo, y de auspiciar a los regímenes democrático-liberales⁵⁵.

En 1965, aprovechando la introducción a la recopilación hecha en Giusnaturalismo e positivismo giuridico de todos sus escritos en torno al iusnaturalismo y al positivismo jurídico, Bobbio respondía a unas duras objeciones proferidas por Matteucci en su artículo «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en la que censuraba la distinción realizada por Bobbio entre ciencia y política: «Questa, per noi, è una soluzione assai grave, perchè ripropone una pericolosa scissione fra una scienza, che di nome è radicale e di fatto è velleitaria»⁵⁶; a lo que Bobbio respondió subrayando que: «siamo continua-

⁵⁴ BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p.146.

⁵⁵ RUIZ MIGUEL, A., op. cit., pp. 360-361.

⁵⁶ MATTEUCCI, N., «Positivismo giuridico e costituzionalismo», *RTD e PC*, XVII, 1963, p. 1056.

mente tentati di difendere alcune esigenze del positivismo in quanto scienziati, con lo stesso impegno e con la stessa coerenza (nonostante la apariencia del contrario) con cui difendiamo le ragioni ultime del giusnaturalismo in quanto uomini liberi. Esiste dunque un limite tra positivismo e giusnaturalismo che taglia a metà la nostra stessa persona e per el quale ci accade di essere o positivisti o giusnaturalisti non secondo i tempi o le occasioni ma addirittura secondo la parte che rappresentiamo nella società»⁵⁷.

En el fondo latía una cuestión referente a la presunta inmoralidad con la que algún sector de la doctrina quería imputar al positivismo jurídico⁵⁸; lo cierto es que al positivismo jurídico le restaban pocos días de esplendor, y comenzaba a barruntarse un cisma dentro de la misma Escuela del Derecho positivo, con la presencia de dos postulados opuestos; uno el de Bobbio que venía madurándose desde la publicación de su artículo «Scienza del diritto e analisi del linguaggio»⁵⁹, y que alcanzaba su cenit en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*; el otro pertenecía a su discípulo Scarpelli, esgrimido en su libro *Cos'è il positivismo giuridico*⁶⁰; de este modo, en opinión de Enrico Pattaro⁶¹, se daba inicio a un proceso de erosión o fagotización de la teoría jurídica tradicional por parte de otra teoría recién llegada al mundo de la filosofía jurídica.

El 2 de mayo de 1966 tuvo lugar en Pavía una mesa redonda sobre el positivismo jurídico, y es allí donde, circunvolando en torno a sus dos ejes fundamentales, Bobbio y Scarpelli, se intentó poner fin a la crisis del positivismo jurídico.

Scarpelli trataba de diseñar un concepto unitario del positivismo jurídico, fundamentándolo en una opción política o ideológica, y no en una opción de tipo científico; por ello, le formuló dos cuestiones fundamentales a Bobbio: en primer lugar se preguntaba si el positivismo jurídico debía considerarse como ciencia, o también como práctica del Derecho, y unida a esa primera demanda, se derivaba otra más precisa en la que se dudaba la existencia del sociólogo o del historiador contemporáneo y la manera de hacerlo del jurista.

⁵⁷ BOBBIO, N., *Introduzione a Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 13.

⁵⁸ En septiembre de 1960, se celebró en Bellagio un congreso cuyo tema central era el positivismo jurídico, una de cuyas caracterizaciones consistía en separar el Derecho de la moral, a fin de diferenciar lo que el Derecho «es» y lo que «debería ser». *RDC*, 1961, parte II, p. 548.

⁵⁹ BOBBIO, N., «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», en AA.VV., *Saggi di critica delle scienze*, Torino, De Silva Editore, 1950, pp. 23-66; también en *RTD e PC*, IV, núm. 2, 1950, pp. 342-367.

⁶⁰ SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

⁶¹ PATTARO, E., *Filosofía del Diritto* (vol. II), CLUEB, Bologna, 1987, p. 388.



Para Bobbio, en cambio, había una función prevalente en el positivismo jurídico, aquella que se ocupaba del Derecho tal y como era (en contraposición al Derecho natural); de donde extraía su concepción metodológica-científica del positivismo jurídico; de otro lado, Bobbio diferenciaba un positivismo jurídico como opción ideológica (materializándose cuando se afirmaba que la ley debía ser obedecida en cuanto tal, independientemente de su contenido) y otro como opción política (en el que se elegía un ordenamiento en cuanto tal, sin apreciar su valor ético); Scarpelli, en cambio, establecía una división un tanto maniqueísta en la que el positivismo jurídico, en su vertiente ideológica, se alzaba a la postre como la aceptación de un sistema jurídico en cuanto que era «bueno»⁶².

No obstante, aunque pudiera parecer que Bobbio se afianzaba con solidez en sus racionamientos, lo cierto es que acabaría reconociendo que la actitud científica era insostenible, sobre todo cuando se era consciente de la dificultad que comportaba el deslindar, en un Derecho en continua evolución, el Derecho ya formado (que «es») y el Derecho en formación (el que «debe ser»), y por eso mismo revisaría su tesis al mismo tiempo que acogía la argumentación de Scarpelli, admitiendo, además, que «dietro la scelta scientifica c'era un'esigenza politica»⁶³.

En los años sucesivos a 1966, Bobbio se decidiría a proponer una teoría funcionalista del Derecho que, en opinión de Pattaro, podría interpretarse como una teoría sociológica y, por tanto, «a differenza della teoria giuspositivistica, formale, relativa alla struttura del diritto come teoria conciliabile con il modello neoempiristico delle scienze descrittive ed esplicative»⁶⁴.

Retomando las razones que nos condujeron a establecer este tríplico integrado por la ontología, la gnoseología y la deontología jurídica, como formas idóneas para responder a los problemas padecidos por el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, ha llegado el momento de concluir este estudio comparativo de dos autores con distinta visión del Derecho, aunque supondría un craso error pensar que no existen entre ellos las suficientes coincidencias como para no desechar la posibilidad de sugerir una vía intermedia en la que se hallen las claves que aporten una solución a las interrogantes que se han presentado tradicionalmente desde el Derecho natural y el Derecho positivo.

⁶² BOBBIO, N., «Risposta di Norberto Bobbio», en AA.VV., «Tavola rotonda sul positivismo giuridico», *Il Politico*, núm. 3, 1966, p. 569.

⁶³ BOBBIO, N., *ibidem*, p. 570.

⁶⁴ PATTARO, E., *Filosofia del Diritto* (vol. II), *op. cit.*, p. 416.

V. Conclusiones: diferencias y afinidades entre Bobbio y Fassò

A fin de poder ofrecer al lector con total rigurosidad las circunstancias que enfrentaron a Bobbio y a Fassò, creemos que el mejor método que pueda seguirse sea el de realizar un balance retrospectivo de las conexiones entre ambos autores, porque sólo a través de un seguimiento cronológico de su paralela maduración intelectual, podrán establecerse las conclusiones más genuinas y ajustadas al pensamiento de estos dos autores.

Por lo que respecta al tema que tratamos, debemos destacar que fue a comienzos de la década de los sesenta cuando ambos iusfilósofos se interesaron especialmente por el positivismo jurídico y el iusnaturalismo ⁶⁵; aunque el impulso motriz de la mutua crítica que durante esa década enfrentaría a Bobbio y a Fassò se produjo a raíz de una recensión sobre *Il positivismo giuridico* que el profesor boloñés dedicó a su colega turinés; básicamente allí se constituirían las bases de futuras disensiones que, sobre todo, cristalizarían en el Congreso de Pavía de 1966.

En la citada publicación, Fassò reconocería el carácter injustificado de algunas críticas emanadas de las posiciones iusnaturalistas, pues denunciaban un presunto colaboracionismo de la ideología positivista con los regímenes totalitarios – lo que se conoció como la «*Reductio ad Hitlerum*»–; sin embargo, Fassò no dejó de significar la simplista clasificación con la que Bobbio se refería al positivismo jurídico, descomponiéndolo en una tríada integrada por la teoría, la ideología y el método. Naturalmente, creía que la subdivisión que a su vez establecía Bobbio dentro de la ideología positivista, diferenciando una versión moderada de otra extremista, era inaceptable, porque con ella lo que se pretendía era imputar al aspecto más radical todos los infortunios de los que se responsabilizó al positivismo jurídico, dejando expedita una vía escapatoria a la posibilidad de un positivismo que no se postrase ante los totalitarismos, y que no incurriese en indignas estadolatrías ⁶⁶; aunque Fassò se mostrase mucho más contemporizador en otro comentario a su obra *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, continuaba su reprobación de la artificiosa separación entre un plano de validez del Derecho y otro ético concerniente a la eficacia del Derecho ⁶⁷.

De todas formas, no sería hasta la Mesa Redonda de Pavía cuando se pondría de manifiesto el ostensible distanciamiento entre Bobbio y Fassò.

⁶⁵ BOBBIO publicó *Il positivismo giuridico*, *op. cit.*, en el mismo año en que apareció el artículo de Fassò «*Che cosa intendiamo con diritto naturale?*», *RTD e PC*, 1961, 168-190.

⁶⁶ FASSÒ, G., *Recensione di Il positivismo giuridico*, *RTD e PC*, IV, 1961 p. 1478-1480.

⁶⁷ FASSÒ, G., *Recensione di Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, *RDC*, 1 parte, 1966, p. 603.

Frente a la censura del profesor boloñés a los esquemas lógico-formales o a las tendencias puristas en las que militaban Bobbio y Scarpelli —recordemos ahora el símil del esqueleto—⁶⁸, Bobbio adujo que se había confundido al positivismo con el formalismo jurídico; pero no parecía un argumento sólido⁶⁹ frente ante la opinión fassoniana de que el positivismo jurídico era una teoría jurídica arcaica⁷⁰, estancada en un modelo de sociedad inmóvil, estática en sus estructuras y carente de ideales e intereses que la hiciesen evolucionar.

Junto a esta crítica del positivismo jurídico, la disputa doctrinal también se presentó en el terreno iusnaturalista, a este efecto, Fassò subrayó que si, en efecto, era una *communis opinio* el rechazo a todo Derecho natural extrahistórico, inmutable y eterno, mucho más debería serlo un derecho positivo que se aislase de cualquier vinculación política, social o económica, porque también reiteraría el mismo defecto del fenecido iusnaturalismo iluminista y abstracto. Así lo estimó Bobbio al comprobar que tras la opción científica, había una exigencia política, «Politicamente —diría Bobbio— il positivismo è l'accettazione dello status quo è buona o cattiva secondo che si consideri buona o cattiva la situazione da conservare».

Supone, en cambio, un punto de mutuo consenso el reconocimiento que entrambos autores hacían de los logros históricos conquistados por el iusnaturalismo, pues al fin y al cabo Bobbio, según Fassò, era un positivista con ligeros tintes historicistas, por lo que ambos luchaban en aras de un acercamiento de las dos teorías; aproximación que en buena medida ya se ha producido, si tenemos presente que a lo largo de este último siglo, el iusnaturalismo ha remitido, definitivamente, en su postrero intento de imponer un Derecho abstracto, inmutable y universalizado; mientras que el positivismo jurídico ha postergado, a su vez, la visión formalista de la realidad al mismo tiempo que admite del Derecho natural ciertos paradigmas axiológicos que inspiren al Ordenamiento jurídico.

Quizás, la mejor forma de concluir este artículo dedicado al estudio del iusnaturalismo en su relación con el positivismo jurídico, sea el juicio de uno de los más ilustres observadores de la doctrina iusfilosófica italiana contemporánea, John Merryman, quien afirmaba con rotundidad que en Italia «la scissione tra filosofi e giuristi sembra in via di perdere un po' della sua rigidezza»⁷¹.

⁶⁸ FASSÒ, G., «Intervento sul positivismo giuridico», *op. cit.*, pp. 559-560.

⁶⁹ BOBBIO, N., «Risposta di Norberto Bobbio», *op. cit.*, p. 565.

⁷⁰ FASSÒ, G., *ibidem*, p. 564.

⁷¹ MERRYMAN, J. H., «Lo stile italiano: la dottrina», *RTD e PC*, IV, 1966, p. 1206; Cfr. PIOVANI, P., «Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto», *RIFD*, I, 1963, pp. 79-80; RODOTÀ, S., «Gli studi di diritto contemporaneo», II parte del vol. colectivo de Aquarone, Urgari y Rodotà, *Gli studi di storia e di diritto contemporaneo*, Comunità, Milano, 1968, pp. 101 y ss.