

La armonización del Derecho y la justicia en el pensamiento jurídico-político de Guido Fassò

Por FERNANDO H. LLANO ALONSO

Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *Un presupuesto de partida: la justicia no puede prescindir totalmente de la seguridad jurídica.* II. *Razón, Derecho natural y «Common Law».* III. *El protagonismo del poder judicial en el proceso de adaptación del Derecho a las exigencias de la sociedad.* IV. *La función de la razón práctica en la argumentación jurídica.* V. *Anotaciones críticas en torno al binomio razón-Derecho.*

I. El problema de la vinculación judicial a las leyes ha sido tradicionalmente uno de los temas más apasionantes y controvertidos en los foros de debate iusfilosófico. En efecto, desde que Montesquieu afirmase que el juez de la nación no era más que el instrumento que pronunciaba las palabras de la ley, es decir, un ser inanimado que no podía moderar ni la fuerza ni el rigor de las normas¹, se sucedieron diversas argumentaciones doctrinales: desde aquellas que ensalzaban a la seguridad jurídica como uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, inspirándose en la iluminista exigencia de racionalidad, claridad y conocimiento, hasta otras que apelaban a un Derecho espontáneo, directamente emanado de la sociedad. De cualquier forma, con el devenir de los tiempos, cada sistema de Derecho ha respondido a unas precisas coordenadas radicadas en un determinado período histórico y en unas concretas características sociales.

¹ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Lib. XI, Cap. VI, trad. cast., M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, p. 156.

Pero si un momento de la historia de la Filosofía del Derecho ha tenido especial significación, ha sido la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, porque tras la angustiosa experiencia sufrida bajo la amenaza de los regímenes totalitarios (donde los jueces debían atenerse al *Volsgeist*, sacrificando el principio de legalidad o la seguridad jurídica del sistema normativo) hubo una bandera común enarbolada tanto por los sociólogos del Derecho americanos, como por los iusnaturalistas católicos o los neopositivistas: la necesidad de no reducir la aplicación del Derecho al arbitrio subjetivo del intérprete, o lo que es igual, la preocupación por alcanzar un *minimum* de seguridad jurídica, de forma que ningún ciudadano temiese la existencia de diferentes juicios hermenéuticos para un mismo supuesto de hecho, adaptando, por consiguiente, el Derecho a las exigencias de una sociedad en continua evolución.

No obstante, lejos de arribar a una solución que garantizase un consenso para las múltiples teorías presentes en el panorama iusfilosófico, se abría una nueva interrogante, ya que ante la desproporcionada producción normativa cristalizada en una recalcitrante hipertrofia legislativa, se presentaba el dilema de optar entre una vía que asegurase la aplicación formalista de la ley o, en cambio, otra que aspirase a unos paradigmas de justicia concordantes con la conciencia social. Así, mientras que en Estados Unidos Jerome Frank² desvaloraba al Derecho como norma cierta, aportadora de seguridad para el hombre y fomentadora de una ilusión que evitase su temor hacia lo desconocido, al entender que esa seguridad jurídica equivaldría a un asentimiento tácito de la renuncia a la libertad, en Europa —concretamente en Italia— los estudios en torno a la Teoría General del Derecho se centraron en una desesperada búsqueda de seguridad jurídica. Fruto de esta etapa es un volumen común titulado *La certezza del diritto*³, donde se sugerían dos alternativas: una positivista, para la que el Derecho se definía como una realidad empírica, reduciéndose la cuestión a la mera captación material de esa realidad, persiguiendo por ello una dilucidación de la problemática gnoseológica del Derecho, y otra iusnaturalista, cuyos fundamentos no se limitaban únicamente al conocimiento de las normas, puesto que su principal objetivo sería el de dirigirse hacia la búsqueda de la verdad del Derecho, esto es, de la justicia⁴.

Dentro de esta segunda corriente doctrinal merecen especial consideración los estudios de Guido Fassò, para quien el fenómeno de la seguridad jurídica no era una contingencia, sino que representaba la «razón de ser» del Derecho, aunque eso no equivaliese a reputarla como valor absoluto, puesto que 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 preeminencia en el terreno sociopo-

² FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, New York, Cowasd-Mc Lann, 1930, pp. 20-21.

³ AA. VV., *La certezza del diritto*, en LÓPEZ DE OÑATE, F., ed., Roma, Consorzio Nazionale, 1942.

⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Zaragoza-Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971, pp. 132-133.

lítico, que no era, desde luego, la dimensión donde se hallaban las categorías absolutas⁵. De todo ello se desprendía su convicción de que la legalidad y la justicia no deberían ser incompatibles o recíprocamente excluyentes como estimaban algunos autores⁶, sobre todo considerando que sobre un plano político la legalidad es necesaria para evitar la injusticia.

II. Lejos de asumir la función de apologizar incondicionalmente el iusnaturalismo, Fassò se mostró primero crítico hacia esta doctrina, pero posteriormente apostó por la revaloración de su cometido histórico, sosteniendo la perentoriedad de una ley de la razón que afirmase límites racionales y objetivos al poder del Estado, capaz de proclamar derechos inalienables para el individuo además de asegurar su libertad; todo ello sin ocultar que era imposible prescindir de la ley positiva y concebir al mismo tiempo cualquier forma de convivencia humana que no hiciese referencia objetiva a una norma: en otras palabras, no se podía negar la amoralidad (por no decir inmoralidad) de la ética legalista. Sin embargo, Fassò mantenía que era indiscutible no preguntarse si en la vida social, donde existen relaciones intersubjetivas, se podía prescindir de la ley, ya que quien negase la legitimidad del Derecho natural reconocería, paradójicamente, que «*nelle relazioni fra gli uomini si fa sentire, e non può essere fatto tacere, l'appello a ciò che viene chiamato giustizia*»⁷.

Estos argumentos le condujeron a un horizonte jurídico diverso al de los países mediterráneos –herederos de la tradición romanista– en el que se satisfacían simultáneamente las exigencias de racionalidad y de positividad del Derecho, consiguiendo finalmente la realización de una forma de vida política en la que se garantizaba, mejor que en ninguna otra, la libertad de los hombres: en suma, aludía al Derecho anglosajón. Consciente de que estaba inspirado en la concreta praxis de los tribunales y que, consecuentemente, se repudiaban los esquemas abstractos de las leyes positivas conjuntamente con aquellos pertenecientes a un Derecho natural intolerante y absoluto, no desesperó en su intento de hallar lazos de familiaridad entre el Derecho natural de tipo racional y la «*Common Law*» británica⁸.

⁵ FASSÒ, G., *Società, legge e ragione*, Milano, Comunità, 1971, p. 111; «Il giudice e l'adeguamento del Diritto», en PATTARO, E., FARALLI, C., y ZUCCHINI, G., eds., *Scritti di Filosofia del Diritto* (II), Milano, Giuffrè, 1982, p. 1008. Coincidiendo con esta perspectiva de la seguridad jurídica, vid., PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994 (2.ª ed.), pp. 79-80; para este autor «se trata de una razón de ser que no es atributo inmanente de cualquier Derecho, sino condición y meta del Derecho justo».

⁶ CARNELUTTI, E., «La certezza del diritto», en *La certezza del diritto*, op. cit., p. 193. En cuanto a la combinación entre la legalidad y la justicia en FASSÒ, vid., PÉREZ RUIZ, C., *La construcción social del Derecho*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, Cap. I, nt. 32.

⁷ FASSÒ, G., «La legge della ragione», op. cit., pp. 731-741. Cfr. LLANO ALONSO, F. H., «Iusnaturalismo y razón práctica en Guido Fassò», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 72, 1995, pp. 549-561.

⁸ Utilizamos el género femenino para referirnos a la «*Common Law*» porque tras la polémica surgida en torno al sexo del término «*Common Law*» entre GIOVANNI CRISCUOLI, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, IV, 1967, pp. 1466-1473, y ARNALDO BOLLA,

Ciertamente, el concepto de un Derecho natural absoluto, inmutable, universal y dogmático está en contraste con la tradición jurídica anglosajona, además, su norma prevalente es la «*Common Law*», que no se impone por la fórmula «*principi placuit*», sino que, muy al contrario, debe ser consonante con una regla inderogable: la denominada «*Rule of Law*», la cual se corresponde con los conceptos de regla y supremacía del Derecho natural entendido históricamente⁹. Tanto la «*Common Law*» como el Derecho natural poseen una característica similar: el ser leyes de la razón, con la particularidad de que en los países de tradición jurídica anglosajona, al estar satisfecha la necesidad de racionalizar las normas a través de un Derecho positivo anterior y superior al estatal con el que convive en perfecta armonía, se prescinde de la expresión «Derecho natural»¹⁰. Esta circunstancia no implica, tal y como advertía Fassò, que el pueblo británico no sienta la exigencia iusnaturalista, dado que la ha complacido al elaborar un Derecho positivo que procede de la razón, no de la voluntad de un soberano, siendo por tanto superior y anterior al ordenamiento jurídico estatal, además de ser proclamado por sus jueces.

Por otra parte, Fassò demostró que la idea del Derecho natural en cuanto norma de la razón era inmanente a toda la tradición jurídica británica, para ello recurría a numerosos ejemplos de identificación entre la «*Common Law*» y el Derecho racional, destacando —entre otros— el mismo Hobbes y su *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Commons Laws of England*, donde un filósofo (Hobbes) partidario del Derecho estatutario del rey y un discípulo de Coke, seguidor de la «*Common Law*» en cuanto representación de la razón, la definía de este modo: «... it is also a dictate of the law of reason, that statute laws are necessary means of the safety and well-being of man in the present world, and are to be obeyed by all subjects, as the law of the reason ought to be obeyed, both by king and subjects...»¹¹. Es en ese sistema de Derecho donde Fassò ve representado su ideal iusnaturalista, porque al igual que los juristas británicos, él también creía fundamental evitar aislar el Derecho natural emanado de la razón y de la historia¹².

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, II, 1969, pp. 659-661, Guido Fassò escribió «Intorno al sesso della *Common Law*», inclinándose por el género femenino, porque —como afirmaba socarronamente— «all' orecchio italiano *Common Law* fa buon sentire il genere femminile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, III, 1969, pp. 1112-1116.

⁹ FASSÒ, G., «La legge della ragione», *op. cit.*, p. 732; HOLDSWORTH, W., *A History of English Law*, (II), London, Methuen Co. & Sweet and Maxwell, 1966, pp. 234-290; en el capítulo dedicado a BRACON recoge su aforismo según el cual «*In Anglia minus curatur de iure naturali quam aliqua regione de mundo*».

¹⁰ *Ibid.*, p. 732.

¹¹ HOBBS, T., «A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Commons Laws of England», *The English Works of Thomas Hobbes (vol. VI)*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1966, p. 9, trad. cast., M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992.

¹² A este respecto, M. A. CATTANEO, *Il Politico*, 4, 1966, p. 825, contrastaba con FASSÒ cuando aseveraba que «*prescindiendo dalla questione della validità dell' argomento storico in sede di discussione teorica... vorrei obiettare che la Common Law ha avuto nel suo sviluppo una serie di irrazionalità e di barbarie soprattutto in relazione al diritto penale, come attestano le critiche di Bentham*».

El caso de Fassò no supone un hecho aislado en el terreno iusfilosófico, porque también su actuación en el Reino Unido le parecía el único caso en el que se realizó firme y establemente el Estado de Derecho; efectivamente, también para Fassò un Estado de *Rule of Law* es quizás aquel que todavía hace apreciar la idea del Estado de Derecho, esto es, la exigencia de un límite al poder estatal real y efectivo¹³.

No obstante, nuestro autor, buen conocedor de la historia de la Filosofía del Derecho, se apresuró de inmediato a puntualizar que no pretendía realizar un injerto en el Derecho continental del sistema constitucional anglosajón, porque, como él mismo reconocía, sería del todo antihistórico plantearse la modificación de una mentalidad y una costumbre consolidadas a través de milenios¹⁴. Lo único que Fassò sugería era una confirmación de la posibilidad de un Derecho positivo surgido como expresión de la razón antes que como mandato de una voluntad dominante, concluyendo además que entre el Derecho natural y el Derecho positivo no tendría que haber necesariamente una constante antítesis. En definitiva, se proponía una suerte de Derecho natural positivo que irradiaba de la realidad social interpretada por la razón. Esta última anotación presenta una indiscutible afinidad con la teoría del «*Positive Natural Law*» y del «*Natural Natural Law*», con una clasificación que recordaba a la que Coke había establecido entre «*Artificial Reason*» y «*Natural Reason*»¹⁵.

Esa especie de iusnaturalismo sociológico había sido ya contemplada por Ehrlich cuando, a comienzos de siglo, opuso la libre búsqueda del Derecho contra el principio positivista de la aplicación mecánica de la ley a los casos concretos, reivindicando un mayor protagonismo de los jueces, que no debían arrogarse tan sólo la función expresa de ejecutar la voluntad rígida y abstracta de las leyes¹⁶.

¹³ FASSÒ, G., «La legge della ragione», *op. cit.*, p. 737; también A. PASSERIN D'ENTREVES dedicó algunos de sus estudios al Derecho anglosajón en perspectiva histórica, *vid.*, *La Teoria del diritto e della politica in Inghilterra all' inizio dell' età moderna*, Torino, Giappichelli, 1929; «Hooker e Locke. Un contributo alla storia del contratto sociale», en *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1931, pp. 228-250; *Riccardo Hooker*, Torino, Giappichelli, 1932; *La dottrina del diritto naturale*, Milano, Comunità, 1962 (2.^a ed.).

¹⁴ *Ibid.*, p. 736.

¹⁵ POUND, R., «Natural Natural Law and Positive Natural Law», *Natural Law Forum*, V, 1960, p. 70, en este artículo se explica qué se entiende por ambos conceptos: «*I distinguish Natural Natural Law and Positive Natural Law, and my proposed definitions are: Natural Natural Law – a rationally conceived picture of the justice as an ideal relation among men, of the legal order as a rationally conceived means of promoting and maintaining that relation, and of legal precepts as rationally conceived ideal instruments of making the legal order effective for its ideal end. Positive Natural Law – a system of logically derived universal legal precepts shaped to the exigencies of universal problems and so taken to give legal precepts of universal problems and so taken to give legal precepts of universal validity*»; *The Spirit of the Common Law*, Boston, Marshall Jones Company, 1931, trad. cast., J. Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1954; *Law and Morals*, Colorado, Fred B. Rothman & Co., Littleton, 1987; FASSÒ, G., «Recensione di Giustizia, diritto, interesse», *Rivista di Diritto Civile*, I, 1962, pp. 598-600, *Scritti di Filosofia del Diritto (III)*, *op. cit.*, pp. 1442-1445.

¹⁶ EHRLICH, E., «La sociologia del diritto», *Rivista Internazionale Filosofia del Diritto*, I, 1922, p. 102; FASSÒ, G., *Il Diritto naturale*, Roma, E.R.I., 1972 (2.^a ed.), pp. 98-116.

Esta doctrina sería desarrollada con posterioridad por Kantorowicz, quien postuló la teoría del Derecho libre, producto de las convicciones jurídicas de la sociedad, de la Ciencia jurídica y de la sentencia de los jueces; dicha corriente no se circunscribió sólo a Europa, también en Estados Unidos brotó la jurisprudencia sociológica representada por Holmes, Cardozo o Pound. Se trataba de un Derecho constituido por los precedentes judiciales, ejerciéndose una constante aplicación por parte de los jueces de un criterio racional que interpretaba la historia y adaptaba el Derecho a los tiempos. Empero, del mismo modo que el Derecho legislado, también este Derecho natural comprometido con la mutante realidad social ocasionaba cuestiones relativas a la seguridad jurídica, por ello, se hacía precisa la invocación a una razón que substrajese la vida social y política al dominio de lo irracional, del mito, de la voluntad de los individuos y grupos siniestros que se autoproclamasen legítimos representantes de la justicia y del bien absoluto, de ahí que Fassò advirtiese la necesidad de obrar con cautela al desarrollar estas teorías, porque si el legalismo ético era deleznable, mucho más lo sería un sistema de Derecho basado en una ética subjetiva donde cada individuo se creyese autorizado para abordar sin trabas la tarea hermenéutica del Derecho natural, confundiendo las obligaciones jurídico-políticas, que suponen un requisito *sine qua non* para la supervivencia de una comunidad intersubjetiva, con las obligaciones derivadas de la conciencia. Por ello, nuestro autor, al tratar el tema de la obligación política con relación a la libertad de conciencia, se preguntaba: «*coscienza di chi?*»¹⁷.

III. Por el motivo antes manifestado, Fassò creía necesario que fuesen los jueces quienes asumieran la responsabilidad de adaptar el Derecho a la realidad de sus destinatarios a través de principios que reflejasen las pretensiones morales de la racionalidad práctica; a este respecto se han esbozado algunos rasgos paralelos entre las teorías de Ronald Dworkin y Guido Fassò, sobre todo a tenor de su común revaloración de la práctica social, entendida como canal de penetración en el Derecho de unos principios que reflejan las exigencias políticas y morales de la racionalidad histórica. La única diferencia entre ambos planteamientos estribaría en

¹⁷ FASSÒ, G., «Società, Diritto e repressione», *Scritti di Filosofia del Diritto (III)*, op. cit., pp. 1073-1074, 1084 y 1086, también en *Società legge e ragione*, op. cit., pp. 168-189; sobre este tema propugna «*la libertà dalla condizione umana, ma nella stessa misura in cui è libertà dalla ragione. Tanto il diritto quanto la ragione ci reprimono; ma chi riconosceremo legittimato a non essere represso dalla ragione?*»; «Obbligazione politica e libertà di coscienza», *Scritti di Filosofia del Diritto (III)*, op. cit., p. 1113. En España ha sido el profesor EUSEBIO FERNÁNDEZ quien ha estudiado especialmente este asunto en *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 21-71 ss., también en *Estudios de ética jurídica* Madrid, Debate, 1990, p. 81 ss., concluyendo que «*se entenderá que un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales*»; también al profesor PABLO J. BADILLO O'FARRELL le parece que la racionalidad es una «*condición sine qua non para que se dé la autonomía*» considerándose autónomo el ser «*que actúa sobre la base de los principios autoelegidos*», vid., *¿Qué libertad? En torno al concepto de libertad en la actual Filosofía política británica*, Madrid, Tecnos-Fundación Luño Peña, 1991, p. 34.

que para el profesor boloñés, en los Estados de Derecho, esas facultades quedarían reservadas a la cúspide de la magistratura, esto es, a los Tribunales Constitucionales, evitando así provocar una absoluta discrecionalidad judicial que pudiera comprometer el principio de legalidad o la seguridad jurídica, y que quebrase las garantías institucionales¹⁸. Esas supremas instancias judiciales tendrían un punto de referencia válido e imprescindible, materializado en la Constitución como norma suprema de todo ordenamiento jurídico, y en la que se plasmarían las principales aspiraciones de la sociedad de un determinado momento histórico. A esta norma de rango superior deberían adherirse todos los jueces, legisladores y destinatarios del Derecho, por ello, el Tribunal Constitucional estaría legitimado para interpretar el espíritu de la Carta Magna de toda nación democrática, de tal forma que su exégesis podría establecer unívocamente unas pautas o criterios paradigmáticos que sirvieran como precedentes vinculantes para la posterior interpretación de los órganos judiciales subordinados¹⁹, los cuales, cuando estimasen que una norma con rango de ley fuera aplicable a un supuesto práctico, dependiendo de su validez el fallo y pudiendo ser contraria a la Constitución, elevarían una cuestión de inconstitucionalidad sobre ésta.

Solventado el primer escollo concerniente a la seguridad jurídica, habrá quien pueda oponer una objeción formalista y que acuse a esta postura defendida por Fassò de auspiciar una invasión de las prerrogativas exclusivas del poder legislativo por parte del poder judicial. Sobre este último punto, nuestro autor replicó que la argumentación del Tribunal Constitucional se ubicaba en un orden de «*ius voluntarium*» implícitamente recogido en la norma suprema del ordenamiento jurídico.

Complementando este primer argumento, Fassò añade que, en la actualidad, la división de poderes es más un ideal que una realidad, por ello, partiendo de que los poderes soberanos no pueden mantenerse tan independizados y puros como los concibieran Montesquieu o Locke, y aceptando la inevitabilidad de su interrelación, siempre será más aconsejable, en orden a garantizar la justicia y la legalidad del Estado de Dere-

¹⁸ FASSÒ, G., «Il giudice e l'adeguamento del Diritto», *op. cit.*, pp. 1042-1050; PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Sevilla, 1993, p. 61; FARALLI, C., «I momenti della riflessione critica su Guido Fassò», *Scritti di Filosofia del Diritto (III)*, *op. cit.*, p. 1512; VILLANI, A., *Legge e potere del giudice in una recente esperienza costituzionale*, Napoli, Morano, 1965, pp. 7-10; GIULIANI, A., PICARDI, N., «La responsabilità del giudice nello stato reppublicano», en *La responsabilità del giudice*, Perugia, Libreria Editrice Universitaria, 1978, p. 593; PINTORE, A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 71; TRABUCCHI, A., «Recensione di Società, legge e ragione», *Rivista di Diritto Civile*, I, 1974, pp. 616-618. JORI, M. sitúa a FASSÒ dentro de una corriente doctrinal favorable al Derecho jurisprudencial y a la Jurisprudencia sociológica, *vid.*, «Definizioni e livelli di discorso giuridico», en *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 512; «I principi nel diritto italiano», *Sociologia del diritto*, 2, X-93, pp. 7-33. Especial mención merece su reputación de FASSÒ como un iusnaturalista sociológico, *vid.*, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 77 ss.

¹⁹ FASSÒ, G., *ibid.*, pp. 1022 y 1046.

cho, una confusión entre el poder judicial y el legislativo que entre éste último y el administrativo ²⁰.

IV. Sobre la perentoriedad de establecer un paralelismo entre Derecho y razón práctica, Fassò esbozó una teoría que con ulterioridad serviría de inspiración a estudios más recientes como el de Martin Kriele en su libro *Recht und praktische Vernunft*, donde se expresa la necesidad de recurrir a consideraciones jurídico-rationales como aplicación de la razón práctica a la obtención del Derecho y a la orientación de la conducta; simultáneamente, Kriele reivindica el valor de la prudencia judicial, esto es, de la razón práctica del juez como forma específica de razonamiento jurídico, a través de la cual se configura y amplía el conocimiento jurídico mediante argumentaciones fundadas racionalmente ²¹. En cambio, para Fassò, son las leyes de la naturaleza las que establecen relaciones que nuestra mente reconoce constatándolas en un complejo de fenómenos empíricamente aprehendidos en un orden, y tratando así de reducir a unidad los dispersos datos de la experiencia, sin que nunca pueda conseguirse, porque la unidad de lo real escapa de los esquemas que la mente humana utiliza para poder captarlos, y además se perderá de vista la noción de lo individual. De modo que, adhiriéndonos a la interpretación de Pattaro, podemos afirmar que para Fassò el conocimiento científico, resultado de los procesos de generalización, estaba afectado por un doble límite, ya que ni podría captar la concreta unidad de lo real (que se encuentra más allá de los esquemas puramente generalizadores de la razón), ni podría tampoco mantenerse próximo por más tiempo a la concreta multiplicidad de la que partió; se tratará, a la sazón, de un conocimiento abstracto y general que no podría reputarse ni universal ni individual ²².

²⁰ FASSÒ, G., *ibid.*, p. 1048; cfr., SCARPELLI, U., «La formazione extralegislativa del diritto nell'esperienza italiana», *Quaderni del Foro Italiano*, suppl., 1 gennaio 1970, cc. 81-82; SPAGNA MUSSO, E., «Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale quale struttura sociale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, I, 1972, pp. 31-56; PÉREZ LUÑO, A. E., «Razón e historia en la experiencia filosófica y jurídica de Guido Fassò», en FARALLI, C. & PATTARO, E., eds., *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984 (I)*, Milano, Giuffrè, pp. 50-51; el subrayado pertenece a «Sociologia e Diritto nel loro nesso e nei loro limiti», *Scritti di Filosofia del Diritto (I)*, *op. cit.*, pp. 235 ss. Naturalmente, han existido serios intentos que buscaban una correspondencia entre FASSÒ y aquellos otros autores que participan en la teoría de la razón práctica, como HABERMAS, KRIELE o DWORKIN y algunos de los principales iusnaturalistas españoles de los siglos XVI-XVIII. A este respecto *vid.*, PINTORE, E. A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 71; DELGADO PINTO, J., *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 33; PÉREZ LUÑO, A. E., *La polémica en el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Trotta, 1992, p. 111; *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, p. 126; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995 (5.ª ed.), p. 166. En torno a la utilidad de los criterios de la racionalidad práctica, *vid.*, FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, pp. 37-38.

²¹ KRIELE, M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, pp. 9 ss.; tomo la cita de PÉREZ LUÑO, A. E., «Razón e historia en la experiencia filosófica y jurídica de Guido Fassò», *op. cit.*, pp. 50-51.

²² PATTARO, E., «In che senso la storia è esperienza giuridica: L'istituzionalismo trascendentale di Guido Fassò», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, II, 1983, p. 394.

A pesar de que supone un ímprobo esfuerzo conducir lo múltiple a la unidad, el devenir al ser, lo contingente a lo necesario, lo variable a lo permanente, lo irracional a lo racional, el proceso generalizador anterior a la creación normativa es una actividad necesaria, siendo inviable cualquier conocimiento que no se adquiriera por dicha vía y, consecuentemente, resultando tal ejercicio epistemológico un indispensable presupuesto de la acción que en la experiencia pura no tendría fundamento²³.

De todo lo estudiado, se colige la indiscutibilidad de la equiparación entre el mundo natural y el histórico, dado que en ambos es necesario solventar el inicial problema de la «multiplicidad de lo real» a través de leyes naturales abstrayentes y generalizantes. Pero si nos atenemos a la consideración del carácter jurídico que para el profesor boloñés tenía la historia, no sería complicado concluir que la experiencia jurídica es también histórica, precisamente por este motivo subrayaba Fassò que si el término «sociedad» quería decir «ley», «vivir en sociedad» significaría hacerlo jurídicamente, practicar el Derecho *rebus ipsis et factis*; encarnándose en dicha vida *hominis ad hominem proportio* la misma experiencia jurídica²⁴.

La razón, como atributo básico del hombre, y la historia, como observadora de la sociedad, son claves indispensables para acceder al modelo iusnaturalista fassoniano, configurado para la conquista de la emancipación humana y abocado, abnegadamente, a la salvaguardia de la libertad y de la justicia.

V. La conexión realizada por nuestro autor entre la razón y el Derecho asienta en *La legge della ragione* y en la *Storia della Filosofia del Diritto* sus principales cimientos. A esta circunstancia obedece el hecho de que el Congreso celebrado en Bolonia con motivo del décimo aniversario de la desaparición de Guido Fassò acogiese todas las ponencias allí presentadas bajo el título de *Reason in Law*; precisamente, de entre todos esos estudios, se nos antojan de particular interés para nuestra investigación las anotaciones críticas que, en torno a este tema, realiza Norberto Bobbio.

En primer lugar, señala el profesor turinés, debe biseccionarse de forma diáfana el binomio integrado por los factores «razón» y «Derecho», puesto que la combinación y la alteración de ambos términos da origen a grados semánticos diferentes. De este modo, si el vocablo «razón» se usa como complemento especificativo o como adjetivo calificativo, adquiere un sentido grave del que dimana la expresión «ley de la razón», pero si por el contrario se sustantiva ese mismo concepto se obtendrá un producto diferente: «razonamiento jurídico». En cualquier caso, añade Bobbio, no podría establecerse una correspondencia totalmente recíproca entre las dos nociones sin que con anterioridad se evita-

²³ FASSÒ, G., *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 40-41.

²⁴ FASSÒ, G., *ibid.*, pp. 98-99; cfr. CARNELUTTI, F., «Recensione di *La storia come esperienza giuridica*», *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1954, p. 310.

se una mutua confusión, ya que se trata de «*diversi momenti dell'universo giuridico... il momento della creazione del diritto e il momento dell'applicazione*»²⁵.

Siguiendo esta línea argumentativa, Norberto Bobbio añade que en la expresión «ley de la razón», al gozar el segundo término de una acepción fuerte —como la facultad consubstancial al hombre de aprehender la naturaleza de las cosas—, se da por supuesta una capacidad humana que no está definida con la suficiente nitidez, propiciándose así las censuras de autores como Uberto Scarpelli, el cual desconfiaba de esa presumible aptitud de los individuos de intuir su propia esencia mutable e histórica principios estables y ciertos de Derecho natural, de ahí que concluyese afirmando: «*Legga ciascun altro in sé l'umanità, e consideri se al contrario intuisca i principi di un diritto naturale con certezza cartesiana*»²⁶.

En una postrera aproximación al análisis de la ecuación razón-Derecho, orientado desde una prospección histórica, el filósofo piemontés reduce a tres las exigencias comunes a las que la tradición iusnaturalista de corte racionalista ha debido dar satisfacción en el decurso de los siglos: de un lado, surge la necesidad de emancipar la jurisprudencia de la teología; por otra parte, debe fundamentarse el Derecho sobre bases más sólidas y menos aleatorias que la voluntad del superior, ya sea Dios, el príncipe o el pueblo; como última condición, se requieren reglas de conducta universalmente válidas que no pueden ser recabadas de la experiencia histórica ni inferidas de un *consensus humani generis*.

Dentro de este esquema, correspondiente a una ética racionalista cuyas normas se encuentran vinculadas únicamente a los límites impuestos de la razón, se ha desarrollado lo que para algunos se denomina «*falacia iusnaturalista*», pues se confía en la racionalidad humana como fuente infalible de verdades sempiternas que no precisan de ninguna demostración empírica²⁷.

Tras la exposición de las principales objeciones planteadas por Bobbio a la expresión «*legge della ragione*», en la que creía atisbar los rasgos clásicos de la Escuela del Derecho natural, convendría responder a cada una de esas cuestiones a través de la reformulación del iusnaturalismo racionalista efectuada por nuestro autor en las obras citadas anteriormente, puesto que de ellas parte el estudio crítico del insigne maestro turinés:

Respecto a la primera observación, en la que se insistía sobre la perentoriedad de discernir las dos permutaciones posibles de los términos «razón» y «Derecho», a fin de no incurrir en errores sistemáticos de concepción teórica, cabría argüir que para Fassò, dentro del controverti-

²⁵ BOBBIO, N., «La ragione nel diritto», *Reason in Law*, op. cit., pp. 76-79; cfr., LLANO ALONSO, F. H., «Iusnaturalismo y positivismo jurídico en Guido Fassò y Norberto Bobbio», *Derechos y libertades*, 4, 1995, pp. 203-224.

²⁶ BOBBIO, N., *ibid.*, p. 77; SCARPELLI, U., «Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale», *Reason in Law (I)*, op. cit., p. 252.

²⁷ BOBBIO, N., *ibid.*, pp. 83 y 88.

do binomio analizado por Bobbio, es la razón la que detenta un sentido más enérgico, manando de ella una legislación que no sea «*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, legge di cui nessun eroe o pseudo-eroe possa pretendere di atteggiarsi a vendicatore*»²⁸. Es obvio que pese a relegar al factor jurídico a un plano secundario, no por ello se ignora la relevancia de la racionalidad jurídica en el mundo del Derecho; de esa inquietud sentida por Fassò hacia todo lo concerniente a la teoría de la argumentación, la racionalidad práctica o la seguridad jurídica, representan un magnífico ejemplo tanto sus libros *La legge della ragione* o *Società, legge e ragione*, como sus ensayos «*Che cosa intendiamo con Diritto naturale?*», «*Intervento sul positivismo giuridico*» e «*In giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*»²⁹.

En lo tocante a la segunda puntualización, que reprocha al Derecho natural su falta de certeza, Fassò se preguntaba si a su vez lo era el ordenamiento jurídico positivo, sobre todo considerando que el vertiginoso fluir de la historia, la continua transformación de la sociedad y la progresiva ampliación de la esfera de competencias del legislador, hacían imposible la estabilidad de la legislación, provocando además una desordenada proliferación de normas efímeras y de escasa eficacia. De todo lo que precede, concluía el profesor boloñés, se deduce la necesidad de que, a través de una suprema jurisdicción como la del Tribunal Constitucional, se realice un control de legitimidad para comprobar si el Derecho estatal acoge o se adapta al espíritu inspirador de la Carta Magna³⁰.

Respecto a la tercera anotación crítica de Bobbio, no puede soslayarse el hecho de que, también para nuestro autor, el Derecho natural debía renunciar «*alla pretesa di esprimere un sistema di valori assoluti, per sempre dati, esterni alla storia e perciò all'uomo*», pero, como es sabido, en opinión de Guido Fassò era verosímil un modelo normativo que se situase por encima de una instancia jurídica estrictamente positiva, para avalar esta tesis confrontó la «*Common Law*» con el Derecho natural, extrayendo, como hicimos constar en el epígrafe II, una característica común a entrambos cuerpos normativos: los dos irradiaban de la ley de la razón. Naturalmente, el hecho de someter el Derecho positivo a una legislación superior, encerraba algunos riesgos, como los de incurrir en cierto legalismo ético, ahora bien, agregaba Fassò, «*anche chi nega la legittimità del richiamo al Diritto naturale riconosce che nelle relazioni fra gli uomini si fa sentire, e non può essere fatto tacere, l'appello a ciò che viene chiamato giustizia*». Sólo mediante la referencia objetiva a una

²⁸ FASSÒ, G., *La legge della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1966 (2.ª ed.), p. 247.

²⁹ FASSÒ, G., «*Che cosa intendiamo con Diritto naturale?*», *Scritti di Filosofia del Diritto (II)*, op. cit., pp. 501 y ss.; «*Intervento sul positivismo giuridico*», *Scritti di Filosofia del Diritto (II)*, op. cit., pp. 779 ss.; «*Il giudice e l'adeguamento del Diritto alla realtà storico sociale*», op. cit., pp. 1005-1006.

³⁰ FASSÒ, G., *La Legge della ragione*, op. cit., pp. 233-234.

ley racional canalizadora del «sentimiento de justicia» que cada individuo atesora en su fuero interno podría armonizarse la convivencia intersubjetiva de la sociedad; aquí radicaba su profunda convicción de que, a pesar de todos los defectos y límites que comportaba, el iusnaturalismo racionalista revisado era el sistema más adecuado para organizar convenientemente el mundo habitado por los hombres³¹.

³¹ FASSÒ, G., *ibid.*, pp. 243-244 y 251-252.