

LA CONVERSIÓN DE CARNELUTTI AL IUSNATURALISMO REALISTA SIN SALIR DEL NORMATIVISMO

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

1. Acerca del tema de la definición del derecho, FRANCESCO CARNELUTTI recibió un impacto muy grande que le hizo evolucionar notablemente, aunque —pienso— que no llegó a una solución que acabara de satisfacerle, tal vez porque le faltó tiempo o porque, en su filosofar por su cuenta, le faltaron conocimientos históricos y filosóficos del derecho para dar, finalmente, a la definición del derecho el giro que —según MICHEL VILLEY, como hemos visto— requiere retornar a la encrucijada donde cruzaron sus espadas el tomismo y el nominalismo, manejada la de éste por OCKHAM.

Ha escrito GUIDO FASSÒ (1) acerca de la “clamorosa conversión” de “un jurista, CARNELUTTI, que, renegando claramente de cuanto había afirmado en su *Metodología del derecho* y en otros escritos, al realizar el balance del positivismo jurídico, aceptó la idea y el nombre mismo del derecho natural (*Balace del positivismo jurídico*, 1951, *Discursos acerca del derecho*, III, Padua, 1953). Aún con limitada conciencia del alcance filosófico del problema, CARNELUTTI declaró que ni siquiera pretendía referirse a un derecho natural fuera de la historia”.

Lo cierto es que a CARNELUTTI —como ha notado RECASENS SICHES (2)—: “La profundización en el derecho procesal y el trato

(1) GUIDO FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 3, cap. 14, 4.^a ed., Madrid, Pirámide, 1982, págs. 290 y sig.

(2) LUIS RECASENS SICHES, *Panorama de pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Ed. Porrúa, 1963, cap. 14, 4, págs. 290 y sig.

cotidiano con la experiencia jurídica en sus funciones de abogado le hicieron sentir la urgencia de llegar a formarse una visión esencial y total del derecho". Y no sólo "por necesidad teórica", sino porque "la experiencia teórica y práctica del derecho planteó de un modo auténtico a CARNELUTTI los interrogantes filosóficos sobre el derecho, le incitó a buscar una visión máxima en extensión y en intensidad del mundo jurídico. Y, así, a lo largo de su carrera, CARNELUTTI va ahondando más y más y dedicando cada día mayor tiempo a la meditación filosófica sobre los temas fundamentales del derecho. Y de esas meditaciones se engendraron sus libros *Metodología del derecho* (1939), *Teoría general del derecho* (1940) y *Arte del derecho* (1949)".

Por ese camino —sigue páginas después RECASENS (3)—, "levantándose cada vez más y más por encima del plano técnico hacia la región ética, CARNELUTTI ha llegado a la reivindicación rigurosa de los valores éticos en el mundo del derecho. Y en los últimos años ha llegado a hacer plena confesión de criterios iusnaturalistas". Así, "desde 1946, CARNELUTTI se ha ido aproximando a la idea del derecho natural; y en 1951 habló de un «complejo de reglas que parecen haber nacido en el mundo del espíritu como las plantas han nacido en el mundo de la naturaleza», y definió expresamente ese complejo «como derecho natural»".

2. Ciertamente resulta dramático el modo como se debatió CARNELUTTI entre las ideas jurídicas de Kelsen y Bobbio y su reivindicación de que el derecho debe imponer los valores éticos en la vida social y económica.

En 1939 escribía (4): "La función del derecho es, ..., la de someter la economía a la ética" ... "La dificultad más que la imposibilidad de su misión y, por tanto, su drama, resulta muy claro: la regla ética pierde su carácter cuando se formula y se impone". Así "el derecho llena", respecto de "la humanidad", "la función de un aparato ortopédico. Después de lo manifestado espero no ser

(3) *Ibid.*, pág. 297.

(4) FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, 1.ª ed., 1940, § 41; cfr. en castellano, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1941, págs. 56 y sig.

mal comprendido si en un libro reciente he osado sustituir la superstición del *cada vez más derecho* por la verdad del *cada vez menos derecho*".

Once párrafos después (5), advierte que "los hombres, a fin de reducir la economía a la ética, en vez de limitarse a formular preceptos [particulares o concretos, aclara líneas después], formulan también *reglas o normas*". En la producción de éstas "hay que tener en cuenta, en primer lugar, la necesidad de garantizar la bondad del precepto y de la sanción; en segundo lugar, la necesidad de que las reglas éticas, que no tienen otra voz que la de la conciencia, por lo que frecuentemente no hablan claro o por lo menos no logran hacerse oír", "se formulen con claridad e impongan con energía. De esta manera se construye el concepto de norma jurídica".

"Desde el punto de vista de la función, la norma jurídica se formula, como la regla ética, para establecer el orden y la paz entre los hombres y, por ende, para reaccionar contra el peligro provocado por el conflicto de intereses. Esta identidad de funciones, acerca la ética al derecho, ha producido, entre otras cosas, la "*contaminatio*" terminológica por virtud de la cual se designa como derecho al conjunto de reglas éticas, distinguiéndolo del verdadero derecho con el nombre de derecho natural, en contraposición al verdadero derecho positivo".

Vemos, por este párrafo, que CARNELUTTI considera: *a)* el contenido del derecho integrado por preceptos y normas, *b)* que el derecho positivo es el verdadero derecho, mientras el derecho natural es el conjunto de reglas éticas. Esto implica, a mi entender, dos confusiones: una, la del derecho con las reglas o normas y preceptos; y otra, la del derecho natural con el conjunto de reglas éticas.

Considera que las relaciones entre ética y derecho "son casi relaciones entre contenido y continente". Diferenciándose los dos términos, "por la estructura: en el contenido, porque la norma jurídica no puede hacer efectiva la ética en toda su extensión, y

(5) *Ibid.*, § 52, págs. 52 y sigs.

en el continente, porque la norma jurídica necesita una fórmula y la regla ética no se presta a esta operación.

"Con frecuencia se ha dicho que el derecho representa un *minimum* ético. Y es verdad".

De ahí su concepción de que la *equidad* "es justicia del derecho, o sea conformidad del precepto con la regla ética" o "justicia del caso". Y enuncia este corolario: "Cuando la conformidad no afecta ya a un precepto, sino a una regla, una parte grande o pequeña de la equidad se desvanece". Para que eso no ocurra, entiende que la norma jurídica "debe tener un *minimum* de rigidez", y la regla ética, "por el contrario, un *maximum* de rigidez".

En contra de la necesidad de que los hombres, "más o menos, sepan escuchar la voz de la conciencia y, más o menos, poscan la ciencia y el arte de traducirla en palabras" —dice— "conspiran sobre todo la falta de honestidad y la ignorancia; y a esta última va ligada aquella moderna tendencia a creer en la virtud taumatúrgica y, por tanto, a realizar una multiplicación de leyes que conduce a una verdadera enfermedad de transformación social y determina fenómenos de hipertrofia o inflación legislativa tan conocida como dañosa, aunque sólo fuera porque los interesados no logran encontrar el hilo en una madeja increíblemente grande y enmarañada".

3. En la tercera y última edición de la misma obra, progresa en su enunciado esfuerzo, ya "convertido" al iusnaturalismo, tratando de superar el positivismo con nuevos fundamentos y argumentos.

"Justicia —dice (6)— es *conformidad* con el *orden del universo*, lo cual no es la misma cosa que conformidad y adecuación con una regla o ley. Quien confunda una definición con la otra o, lo que es peor, prefiera la segunda a la primera, olvida sencillamente que la regla excluye, mientras que el orden abarca las excepciones, y no es otra cosa que una exigencia de la justicia lo que determina tanto la regla como la excepción. Puesto que el

(6) *Ibid.*, 3ª edición, 1.ª parte, 1, 7; cfr. en castellano, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1953, págs. 34 y sig.

problema de tal conformidad se plantea respecto el obrar del hombre y es, precisamente el problema del *mos* o del *etbos*, la justicia de un acto se resuelve en su *moralidad* o *eticidad*. Por eso el orden del universo, en cuanto juzga la conducta del hombre, se llama orden ético o moral.

"El orden imprevisible o inconcebible en si mismo, o sea en su infinitud, se descompone, a fines de poder ser conocido, en un complejo de *leyes* o *reglas* que toman el nombre de derecho natural".

Como vemos, ahí resulta ya patente su conversión al iusnaturalismo. Aunque no alcance a diferenciar el derecho de la moral por el distinto punto de vista que tienen (el de la conducta, aquélla, y el de la determinación de lo que es justo en el reparto de los bienes de toda clase, el derecho) y siga centrando el derecho principalmente en un "complejo de leyes o reglas"; en cambio incluye en él también las excepciones, y, asimismo, considera como leyes las dimanantes del orden de la naturaleza.

Reconoce, además, a las reglas de derecho natural el carácter de derecho, puesto que —sigue explicando— "sirven para resolver conflictos de intereses y, por eso, para procurar la paz"; e, incluso, reconoce que se produce una interacción entre el derecho natural y el positivo, porque "la naturalidad de las reglas en que se descompone el orden ético no excluye la obra del hombre", que "tiene el carácter inventivo propio del arte".

Dos epígrafes después (7), insiste en que el *fin del derecho* consiste en "*reducir la economía a la ética*", advirtiendo: "No es ésta una opinión formada *a priori*, sino deducida *a posteriori*, o sea de la experiencia adquirida acerca del modo como se comportan los hombres para obtener aquella composición de los conflictos intersubjetivos de los intereses sin la que no podrían vivir".

Por eso, a su juicio, el derecho "tiene una posición intermedia entre la ética y la economía"; y su "drama" resulta de que "la ética pierde su naturaleza cuando queda formulada e impuesta". Porque —sigue— "al formularse e imponerse, el orden pierde su verdadera naturaleza"; y, siendo así, "el derecho, aunque se

(7) *Ibid.*, 9, págs. 37 y sig.

modela a través del derecho natural, sobre aquél orden, continúa siendo infinitamente alejado de él". Alejamiento que "se traduce en una antítesis; pues, "mientras la moral es el reino de la libertad, el derecho es un sustituto de la libertad y, al subrogársele la suprime". [Pienso que, más bien, la limita.]

Aquí vemos que CARNELUTTI sigue aún sufriendo carencias por causa de su enfoque inicial, y continua confundiendo el derecho con las limitaciones que imponen las normas que tratan de concretarlo y con la coacción que debe protegerlo. Como vengo repitiendo (8), las normas son instrumentos para ayudar a la determinación del derecho como *quod iustum et aequum est*, y la coacción no se halla en el ser del derecho, sino que se le sobreañade para asegurar su aplicación, frente a quienes no lo cumplen voluntariamente, razón por la cual la esfera del derecho no puede aislarse de la esfera de la fuerza política, cómo tampoco de la del amor (9).

De ahí que sea preciso, a mi juicio, rectificar las dos siguientes afirmaciones de CARNELUTTI: "Si todos los hombres fueran libres, es decir capaces de obedecer, no habría necesidad del derecho. Por no ser libres, en realidad, es por lo que se crea el derecho, que viene a ocupar el puesto de la libertad". Pienso que de lo que no habría necesidad es de la coacción, pero sí del derecho, que no ocupa el lugar de la libertad, sino que la delimita, en las relaciones de derecho voluntario, y enjuicia cuales son sus límites, en caso de conflicto de intereses. La coacción que impone el derecho es la que sustituye la libertad —como opción que ésta es para obtener el bien— de quienes no quieren ejercerla conforme a derecho y actúan guiados por sus apetitos egoístas.

Todavía se le presenta a CARNELUTTI un segundo y fundamental obstáculo para salir del positivismo legalista; y aquí es donde

(8) Cfr. lo que dije en *Panorama del derecho civil*, I, Barcelona, Bosch Casa Ed., 1.ª ed., 1963 y 2.ª ed., 1973, pág. 7 y sigs. y, más extensamente, en *Metodología de las leyes*, 90, págs. 212 y sigs.

(9) Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática*, 168, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, 1996, págs. 877 y sigs.; y mi discurso *Panorámica general de la interpretación jurídica*, 18, Madrid, R.A.J. y L., 1995, págs. 49 y sigs.

más dramática resulta su lucha por apartarse de él basándose en las dos premisas antes indicadas, que le hemos rectificado, y de tomar por punto de partida uno de los presupuestos básicos del positivismo legalista (10): "La sociedad, al transformarse por obra del derecho, o sea, según el modo acostumbrado de hablar, cuando está ordenada jurídicamente, se llama *Estado*". Pero, si bien —recogiendo la tesis de Kelsen— dice que "al existir en esta fase el Estado ético, la única forma de Estado es el jurídico, de donde Estado y Estado jurídico significan una misma cosa", lo rebate diciendo que "si el Estado es jurídico en cuando recibe la vida del derecho, no puede ser [el Estado] el mismo derecho que se le da".

A partir de ahí, va razonando circularmente: "Sólo a condición de entender por derecho *ordenamiento jurídico, sociedad jurídicamente organizada y ordenamiento jurídico de la sociedad*, queremos decir la misma cosa. Se puede añadir que si por institución se entiende, a su vez, un conjunto de cosas adecuado para no disgregarse (de *ius-tare*, casi un hacerle estar en un único continente), el Estado en una especie de este tipo; y si, como se dijo, ordenamiento jurídico y Estado son dos conceptos que se resuelven el uno en el otro, lo mismo debe decirse de institución jurídica y de ordenamiento, que son ambos dos aspectos de la misma cosa. En cambio, a propósito de la equiparación, no entre Estado y ordenamiento jurídico, sino entre ordenamiento jurídico y derecho, surge inmediatamente de las mismas palabras una grave duda: puesto que jurídico significa algo que corresponde al derecho, no puede ser el derecho, al mismo tiempo, lo que da y recibe la juridicidad. Ciertamente, es lícito, por general asentimiento, llamar derecho al ordenamiento jurídico y, por tanto equipararlo con el Estado; pero esto no excluye que la palabra derecho pueda, y más bien deba, tener un significado distinto. Lo que el derecho significa en este otro sentido es ciertamente algo que no puede existir sin el Estado, pero no es precisamente el mismo Estado. En otras palabras: hay entre Estado y derecho no identidad sino causalidad. Pero en este sentido se

(10) CARNELUTTI, *op. y ed. ult. cit.*, 10, págs. 38 y sigs.

presenta otro problema: ¿el Estado es causa del derecho, o lo es el derecho del Estado?"

Los modernos —dice refiriéndose a los positivistas de su tiempo en Italia, en especial a BOBBIO— adoptan la primera solución. CARNELUTTI, en cambio, sigue la segunda —dice—, "puesto que considero al Estado como un resultado del derecho. *El ordenamiento es jurídico porque es producto del derecho, no porque produzca el derecho*". Y, a lo largo de las siguientes páginas, trata de demostrarlo, como vamos a ver.

Para ello, comienza CARNELUTTI (11) por advertir que al derecho, "la historia, entendida como reconstrucción de la vida de los pueblos, lo encuentra ya formado".

"Lo que se llama el *orden* o el *principio ético* es la suprema expresión del orden del universo: para él, el bien responde al bien y el mal al mal. Esta correspondencia no se entiende solamente en el sentido de un premio o un castigo ultraterreno, sino en el de que el bien engendra el bien y el mal engendra el mal en el curso de la historia: el llamado deber ético o moral no es sino un reflejo del precepto derivado de la constancia de esta relación, en la que se halla la más alta de las leyes conocidas por los hombres". Pero, "como los hombres no tienen la sabiduría suficiente para comprender que el cumplimiento de ese deber se resuelve en un provecho", ese cumplimiento se refuerza con una sanción para quien lo incumple.

Según nuestro autor entiende: "en cuanto el orden ético es sancionado ya no es orden ético en su simplicidad y pureza; por virtud de la sanción se convierte en *ordenamiento jurídico*. También el significado original de *ius*, que alude a una unión o ligazón (reflexiónese en la raíz común de *ius* y de *iusgere*) entre los hombres, sirve para descubrir mejor esa verdad; en cuanto a la sanción sirve para garantizar la observancia del orden ético convierte el *mos* en *ius* porque reúne mejor, es decir, mantiene unidos a los hombres en la sociedad".

Para CARNELUTTI, *precepto* "es la indicación del comportamiento que debe mantenerse para evitar la sanción".

(11) *Ibid.*, 11, págs. 44 y sigs.

Pero puede ocurrir que el precepto no recoja el debido contenido ético de cuyo cumplimiento precisamente debe ser garante, de ahí que —advierte—, “de igual modo que el billete sin cobertura es una moneda falsa, aunque legalizada, el precepto sin contenido ético es un derecho falso, aún cuando circule como verdadero; y el curso forzoso del derecho, por desgracia, no encierra en sí menores desastres que el de la moneda”.

Por otra parte, reconoce “la dificultad, más bien la imposibilidad, de descomponer el orden ético en un conjunto de reglas sin que éstas, que son abstracciones de aquél, pierdan más o menos su carácter y su fuerza. El orden es de tal clase que no se revela enteramente más que a través de lo concreto del hecho. Así la *equidad* que es la justicia del derecho, o sea su conformidad con el orden o principio ético, fue llamada *justicia del caso individual*; cuando la conformidad no se refiere a un caso concreto, sino a una serie de casos, alguna fracción, grande o pequeña de la equidad se desvanece. Para evitar esa pérdida es preciso contentarse con fórmulas generales como aquella de la jurisprudencia romana, que no contengan otras indicaciones salvo las de conducirse conforme la regla formulada: *honeste vivere, neminem laedere, suum quique tribuere*’.

Los esfuerzos que efectúa CARNELUTTI para pasar de la convicción normativista-legalista a la iusnaturalista, dimana de querer salir del equivocado camino de aquél metiéndose en la angostura, abriéndose paso en ella para alcanzar la cima del orden ético, en lugar de retornar a la encrucijada en la que se abandonó el buen camino del realismo clásico y se siguió el malo del nominalismo.

El derecho persigue la realización de una virtud moral, la justicia; pero con una perspectiva diferente de la ética, que se centra la determinación en la conducta social humana, en los deberes. El derecho atiende a la determinación de lo que es justo en concreto en las relaciones humanas, a un justo reparto de los bienes. De ahí la autonomía del derecho, como ciencia y como arte, respecto de la moral y la ética. De la que debe tener noticia como de todo lo divino y humano; pero no es sierva suya. Va por otro

camino con otra perspectiva (12). Las normas no son el derecho propiamente hablado; no son sino conclusiones y determinaciones instrumentales a fin de facilitar la orientación en el camino para hallar lo justo y lo equitativo (13).

4. CARNELUTTI continúa su dramático empeño y, al examinar las *fuentes jurídicas* (14), efectúa nuevos avances hacia la verdadera meta. En los dos primeros párrafos que les dedica, expone dos metáforas que significan dos nuevos pasos hacia la meta. Una es la comparación entre la orden jurídica y la célula biológica con su membrana en cuyo interior se fecunda el núcleo con el citoplasma. "De modo semejante —escribe— el precepto no se combinaría con la sanción sin la intervención de un *quid* que tiene un poco el oficio de teca, dentro del cual se produce el nacimiento del derecho.

"Desde hace tiempo hablan los juristas de *fuentes jurídicas o fuentes del derecho*, con una transposición análoga a la que se recurre hablando de *fuentes de la vida*: se imagina que el derecho fluye de aquello que se llama fuente; pero ese *quid*, en realidad, constituye más su ambiente que su principio".

El derecho se ha formado —advierte— en una *societas*, sin la cual no podría formarse. "La sociedad humana así entendida es, por tanto, la teca dentro de la que se realiza —si se me permite la frase— algo que equivale, en el campo jurídico, a la cariocinesis celular". *Ubi societas ibi ius* —recuerda—. Fuente del derecho "es la sociedad", entendida como "grupo de hombres, respecto al cual actúa el derecho, disciplinando y consolidando su convivencia". Y ahí razona con esta paradoja: "Siendo el Estado, nada más que el mismo ordenamiento jurídico, si fuese concebido como fuente del ordenamiento, éste nacería de sí mismo;

(12) Cfr. lo que digo en *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, R.D.E. y A. 18 26, págs. 81 y sigs., recogido en, *En torno al derecho natural*, págs. 135-172, y en *Metodología de las leyes*, 102, págs. 241 y sigs.

(13) Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2^a-2^a, 57, 1 ad 2 y lo que digo en la *Introducción general a mi Metodología de la determinación del derecho*, 4, vol. I, págs. 7 y sigs.

(14) CARNELUTTI, *op. y ed. cit.*, 21, págs. 69 y sigs.

en cambio la verdad es que de la sociedad nace el ordenamiento, y de igual modo el Estado.

"En la sociedad, considerada como fuente jurídica, están comprendidos tanto los hombres que mandan como los hombres mandados". Es así porque en ella se precisa: "Una elemental adhesión por parte de los súbditos y, por eso, para la formación del derecho" ... "En ese sentido fuente del derecho es el grupo social entero".

Con esta perspectiva, CARNELUTTI clasifica las fuentes jurídicas (15) en *materiales* y *formales*. Fuente material del derecho —dice— "lo es la sociedad"; fuente formal "*es el conjunto de los hombres que constituyen un órgano del Estado destinado a la producción jurídica*".

Habla aquí CARNELUTTI de órgano del Estado en un sentido que yo preferiría llamar órgano social. Y, en ese sentido, explica (16) que "ciertas órdenes han sido formadas por *personas que son partes* en el conflicto que la misma orden regula; y otras *por personas que no lo son*: en el segundo caso se habla de regulación *super partes*; en el primero de una regulación *inter partes*". En ese sentido muestra que se ve la diferencia: "no entre legislación y ejecución", "sino entre *heteronomía* y *autonomía*"; que es "la fundamental clave de la clasificación de las fuentes".

Pero, además, observa que ciertas órdenes no se forman "por entero ni *super partes* ni *inter partes*, sino por *la colaboración de las partes con uno o varios terceros*". Para definir este último concepto advierte que puede ser una fórmula exacta "la de *soberanía vinculada*; si bien la orden se ha formado *super partes* [por un juez, un tribunal o uno o varios árbitros], no puede ser creada por ese tercero más que en cuanto haya precedido una actividad de las partes" [demanda y contestación que producen la *litis contestatio*, o bien convenio arbitral, que trazan los carriles por los cuales se debe mover la sentencia o el laudo].

(15) *Ibid.*, 22, págs. 71 y sig.

(16) *Ibid.*, 24, págs. 78 y sigs.

5. CARNELUTTI ilumina su pensamiento con un símil, cuando, en otro lugar (17), escribe: “*Interpretar*. La palabra lleva consigo la idea de una mediación, es decir, de una conjunción”. Y, le da mayor claridad con otro símil con el arte musical que a continuación ofrece: “El intérprete une, se diría, el productor y el consumidor. Todavía un puente”. Los arcos de ese puente son el compositor y el intérprete de la composición musical. “La diferencia entre BEETHOVEN y TOSCANINI no está en que BEETHOVEN no sea también un puente, sino en que no se deja ver una de las riberas unidas por este puente. Y cuando la novena sinfonía nos deleita, un puente se junta al otro para abrirnos el sendero, que conduce a la ribera desconocida”.

Según yo entiendo el traslado de este símil al derecho: el juicio de legalidad y el juicio de equidad son dos arcos de un mismo puente, o dos puentes comunicantes, que, unen el origen genuino, pero incierto, de la justicia en el orden del universo con la justa resolución del caso singular enjuiciado. Puente en el cual la intersección de sus arcos se apoya, como uno de sus pilares mediadores, en la ley positiva.

“¿El código sería una especie de partitura?”, pregunta CARNELUTTI y responde (18): “La semejanza del arte del derecho con el arte musical, denunciado por la necesidad del intérprete, se confirma con la oposición entre la suma ilimitación del fin con la suma limitación del modo representativo”.

Veamos cómo el propio autor explica el orden jurídico y su relación con la ley. Los hombres para juzgar —dice (19)— necesitan “ver el todo”. Así “se aclara, una vez más, la necesidad de la prudencia predicada con la enérgica admonición del Evangelio: ¿cómo juzgará quien no ve el todo” ... “la fuente de juicio es *el sentido del todo*; el sentido diremos, y no el conocimiento, porque del todo no se puede tener más que la intuición. El *orden*, podemos decir, en lugar del todo, para indicar su cuali-

(17) CARNELUTTI, *Qué es el becho*, en “Arte del derecho”, cfr. ed. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, págs. 54 y sig.

(18) *Ibid.*, págs. 55 y sig.

(19) *Ibid.*, ¿*Qué es el juicio?*, en “Arte del derecho”, págs. 71 y sig.

dad, que es su bondad, por la cual cada causa tiene su propia consecuencia y no hay ninguna otra causa que tenga la misma consecuencia como no hay otra consecuencia que tenga la misma causa. Ahora bien, el *sentido del orden* es el sentido de lo bueno; así aflora la importancia del *buen sentido*, como medio indispensable para juzgar".

Explica, seguidamente (20), con otro parangón, cuál es la relación entre la ley y ese orden: "¿Qué es el todo: la luz o los colores? Las leyes son al orden como los colores a la luz o los sonidos al silencio. De la misma manera que los hombres no pueden descubrir todas las leyes, en las cuales se descompone el orden, tampoco llegan a descubrir todos los sonidos o los colores, que resultan de la ruptura del silencio o la luz. Bastaría para demostrarlo que no hay ley sin excepción; ahora la excepción no es menos que una ley que nuestros pobres ojos no llegan a ver, como el infrarrojo o el ultravioleta.

"Los juristas, por lo demás, han intuído, desde el principio, esa verdad, distinguiendo el *ius* y la *aequitas* y concibiendo esta última cual una justicia que no se deja formular en una ley".

Con ese guión, veamos ahora lo que este eximio jurista dice acerca del juicio de legalidad y del juicio de equidad:

El *juicio de equidad*, referido a ésta "como justicia del *caso singular*" —dice (21)—, "no se efectúa mediante un silogismo". Su concepto fundamental de referencia "es el orden del universo que los hombres comprenden por la vía del *buen sentido* o *sentido del bien* (menos exactamente se diría por la vía de la *consciencia*)". Hace notar que éste "no es un juicio absolutamente autónomo", ni "tampoco un juicio libre". Verdad —dice— que es "expresado desde antiguo con la antítesis entre *arbitrium merum* y el *arbitrium boni viri*; y nadie ha sostenido jamás que la *aequitas* se alcance mediante el *arbitrium merum*, a menos que se comprenda en éste la *aequitas cerebrina*. Otra debe ser, empero, la fórmula cuando se asigne a la palabra libertad su propio significado; si ésta se entiende rectamente, como la capacidad de

(20) *Ibid.*, págs. 74 y sig.

(21) *Ibid.*, *Teoría general*, ed. ult. cit., 217, págs. 516 y sigs.

obedecer, o sea, de poner en obra el orden, el juicio de equidad es su verdadera expresión”.

Recordando la diferencia expuesta, también por él mismo, entre el *orden* y las *leyes*, advierte acerca de aquél que, el hombre “lo descubre (*invenit*), pero no lo establece”. Y esto —dice— explica además su naturaleza.

La justicia de legalidad, en apariencia no tiene lugar —indica (22)— “si el juicio crítico ya ha sido dado por quien ha formulado el mandato sobre el que se funda el juicio de equidad”. No obstante —añade— queda “la duda de si el juicio de legalidad es la simple conclusión de un silogismo, o sí, por el contrario, bajo esta simple vestidura, se esconde un verdadero y propiamente juicio crítico”. La clave para resolverlo —estima— “se encuentra probablemente en aquella relación entre derecho y moral, o ética”. El derecho —dice— “brota de la moral y desemboca en la moral; el orden ético es como la atmósfera, en la que el ordenamiento jurídico está inmerso; y sin la cual no podría vivir”.

Aunque, según el criterio de CARNELUTTI, el derecho contiene un mandato, en la ley advierte que, en “un último análisis, el juicio en torno a la eficacia del hecho jurídico implica el juicio en torno a la justicia de lo mandado, y más aún de la norma que define esa juridicidad; y el juez es, al mismo tiempo, más o menos conscientemente, el juez de la parte y el juez del legislador”.

Por otra parte —añade—, “cuanto más se abstrae el mandato, tanto más pierde, o corre el peligro de perder, en eticidad. Esta es la íntima contradicción del derecho, que desde hace tiempo vengo representando en los términos de la oposición entre la exigencia de justicia y la exigencia de certeza. Oposición y contraste que se presenta, inexorablemente, no sólo en el momento de la formación, sino también en el de la aplicación de sus normas. El trabajo de valoración *a posteriori* renueva así el trabajo de valoración *a priori*”.

Concluye: “siempre, más o menos, de modo imperceptible o manifiesto, esta última fase de la dinámica del derecho se liga de

(22) *Ibid.*, 218, págs. 518 y sigs.

nuevo a la primera y su nobleza se manifiesta en el esfuerzo inexhausto por adecuar la ley, mediante su aplicación a la justicia”.

6. Ese largo y trabajoso giro mediante el cual, con su genialidad, CARNELUTTI se aleja del positivismo y se aproxima al derecho natural, dimanante del orden de la Creación divina, lo corona y explica, en su discurso, publicado en 1959, *La antinomia del derecho natural* (23).

De antinomia fue calificada por PIERRI, en su traducción al italiano de la obra de LEO STRAUSS, *Derecho natural e historia* (24), obra de cuya lectura he sacado hace años abundante fruto y admiro. Debo advertir aquí que esa pretendida antinomia —acerca de la cual CARNELUTTI razona para mostrar que entre ambos conocimientos no hay sino complementariedad— la refiere LEO STRAUSS al derecho natural racionalista y constructivista de la Modernidad, y no al genuino derecho natural realista y práctico aristotélico-romano-tomista.

CARNELUTTI trata de recomponer explicativamente *ex novo* ese derecho natural dimanante del orden de las cosas creadas. Con su asombroso genio supo vislumbrarlo en su tiempo, entre las sombras derivadas del positivismo y el iusnaturalismo idealista imperantes, pero lo intentó y coronó sin salir de la servidumbre de los conceptos en los que uno y otro coincidían entonces: derecho=conjunto de leyes y derecho natural=conjunto de leyes naturales que debe servir de modelo al legislador humano. Consecuentemente con esto, considera equivocado confundir el derecho natural con la equidad (25), pero no porque aquél sea lo naturalmente justo —o sea un adjetivado— o el arte para determinarlo, y la equidad sea un sustantivo —que expresa una igualdad, un ánimo, una actitud—, diferencias gramaticales por

(23) *Ibid.*, *L'antinomia del diritto naturale*, Rivista di diritto processuale, 1959, págs. 511 y sigs., recogido en sus *Discorsi in torno al diritto*, vol. III, Padova, CEDAM, 1961, págs. 261-276.

(24) PIERRI, introducción a la edición italiana de la op., cit. de LEO STRAUSS, Venecia, Neri Pozza, 1957. Yo manejo la edición francesa *Droit naturel et histoire*. Paris, Plon, 1950.

(25) CARNELUTTI, *op. y loc. cit.*, 8, pág. 270, *in fine* y sig.

las cuales si adjetivamos la equidad ya no es erróneo identificar lo justo con lo equitativo (26) ni el arte del derecho con el arte de la equidad (27).

Lo genial de CARNELUTTI fue precisamente lograr salir tanto del positivismo como del iusnaturalismo idealista, a pesar de no haberse librado de esas adherencias que acabamos de observar.

Pero vayamos al discurso de CARNELUTTI, que comienza (28) confesando su profunda convicción de que "el derecho positivo no puede ser sin el derecho natural, y que es cuestión de conciencia meditarlo y remeditarlo, ya que probablemente es nuestro problema más grave". Razón por la cual, recuerda (29) que el derecho natural "resurge continuamente con otros nombres: derecho *libre*, derecho *justo*, derecho *ideal*..., o incluso derecho *racional*, derecho *latente*, derecho *espontáneo* ...".

Inicia su análisis (30) con la observación de que la naturaleza "es una especie de materia con la cual el hombre fabrica la historia"... "nacen las dos, naturaleza e historia *para el hombre o del hombre*; pero, precisamente por esto, se desarrollan en dirección contraria; la naturaleza hacia el futuro y la historia del pasado". "Si el derecho es esencialmente histórico [puesto que "la experiencia muestra, en cuanto al derecho, que los hombres operan estableciendo leyes, pronunciando juicios e infligiendo penas"], ¿cómo puede ser natural?".

Y, siendo el derecho histórico, por ser obra del hombre, ¿que hace el hombre para hacerlo? Pregunta a la que responde (31), que lo hace por su *libertad*, que opera *mediante una elección*, que requiere determinar los conceptos de *hecho* y de *valor*. Esto hace reflexionar a CARNELUTTI acerca del concepto de valor, y toma como módulo comparativo una moneda, que vale porque

(26) ARISTÓTELES, *Ética*, 5, 10, 1137 b, dijo que "lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto".

(27) En ese sentido, dijo CELSO y lo repitió ULPIANO; "*tus est ars boni et aequi*".

(28) CARNELUTTI, *op. y loc. cit.*, 1, págs. 263 y sigs.

(29) *Ibid.*, 2, págs. 264 y sig.

(30) *Ibid.*, 3, págs. 265 y sig.

(31) *Ibid.*, 4, 5, págs. 266 y sigs.

implica posibilidades. Razona que el valor de una cosa o un hecho es “su *potencia causal*” o “*idoneidad para producir cierto efecto*”. Estamos en el terreno de la *causalidad*. Por ello, “el valor es de hecho o está en el hecho, no sobre el hecho; en suma “el valor implica un hecho, porque no se expresa sino en el hecho; y el hecho, a su vez, *implica el valor*, porque no hay hecho sin valor”. Por otra parte, “existe un hecho en cuanto hay una causa: *hecho* y *causa* son, en el plano estático y en el dinámico, una misma cosa”.

El hombre —sigue CARNELUTTI (32)— “*ha de hacer* y, por lo tanto, *ha de escoger*”. No entre dos *hechos*, sino entre dos *factibles*, mediante su *representación*, en el sentido de *hacer presente* el hecho futuro, *represándose el supuesto de hecho* —“*fattispecie*”, o sea la *specie* del hecho—, su imagen “proyectada en esquema mental por un procedimiento psicológico”.

Ahora bien, el problema de la elección —advierte (33)— no sólo implica el *hecho* y el *valor* sino también, la *medida* para confrontar y “*reducir el orden infinito a la ley, así como las leyes que son finitas*, lo cual no puede lograrse sin una valoración aproximativa”. Ocurre tal como en matemáticas para la medición de una circunferencia, que sólo puede obtenerse inscribiendo en ella un polígono con el máximo número posible de lados o bien a través de multiplicar su diámetro por un coeficiente que tiene su decimal infinito. La valoración en ambos casos es aproximativa.

Y ahí viene el intento —tal como él lo concibe (34)— de medir la *naturaleza* con las *leyes naturales*. La dificultad se halla en la *libertad* del hombre, que es quien mide y en que la libertad implica su contrario, la causalidad, y, consiguientemente, la *responsabilidad*, que “no es sino la *sujeción a las consecuencias de la elección*”.

El hombre busca estas leyes en la *experiencia histórica*. Y el problema consiste en que los hombres, debido a su libertad, son

(32) *Ibid.*, 6, págs. 268 y sig.

(33) *Ibid.*, 7, pág. 269.

(34) *Ibid.*, 8, págs. 269 *in fine* y sigs.

menos obedientes a las leyes de la naturaleza que las estrellas. "Esa es la razón por la que la historia aparece más desordenada que la naturaleza y, por lo cual, además, mientras las leyes de la naturaleza esconden su carácter aproximativo, en cambio éste resulta bastante más visible en las leyes de la historia; particularmente porque las leyes naturales se han inventado para regular la historia, como leyes artificiales que forman el ordenamiento jurídico positivo".

CARNELUTTI muestra la necesidad de situar, entre la historia y estas leyes humanas, "las leyes que deben ser denominadas *naturales* porque son totalmente independientes de la voluntad del hombre, con lo cual, se perfila netamente la diferencia entre estas leyes naturales y aquellas otras, que son impuestas con el fin de poner orden en la sociedad, por la voluntad de la cabeza —"del capo"— [de la sociedad o el Estado]".

Las denominadas leyes naturales —dice— "merecen este nombre no porque conciernen a la naturaleza y no a la historia, sino porque son impuestas al hombre y no por el hombre, o sea se refieren a aquella parte de la realidad que el hombre halla, no que el hombre hace, y así no proceden de su hacer".

De ahí hace CARNELUTTI (35) un paralelo entre el análisis de la experiencia a los efectos de la determinación de la ley positiva, y la disección que un anatomista hace del cuerpo al que efectúa la autopsia, en la que no puede seccionar sin preparar sus bisturís. Los instrumentos para el análisis de la experiencia son los conceptos, de los cuales —dice— la construcción deberá ocuparse ante todo.

"Debo repetir aún —advierte— que la experiencia jurídica no es la norma de la que tanto se habla en el plano positivo, sino el hecho o el acto de quien lo hace". Pero, el "núcleo" de la observación que enjuicia el hombre, "es la valoración de un hecho o mejor de un supuesto de hecho" porque su objetivo se halla "en conjugar los medios a fin de que se realice o no realice, o mejor, ocurra o no ocurra tal hecho y no otro diverso".

Pero, según sigue CARNELUTTI, "ocurre que la valoración de un

(35) *Ibid.*, 9, pág. 272.

hecho no basta para garantizar el orden entre los hombres". Entiende (36) que la valoración de un hecho no puede hacerse sino por el rasero de la ley; y esta ley no puede ser sino una ley natural "que valora el supuesto de hecho que obtiene de la observación de la historia", prestando atención a la "*convertibilidad de la relación en relación final*"; y —advierte— "no hay ley causal que no pueda ser enunciada como ley final, ni viceversa, ley final que no pueda enunciarse como ley causal".

Aquí el genial jurista italiano rebate —sin decirlo— la afirmación de HUME, que de una relación de hecho no cabe deducir otra de derecho; y lo hace con esta comparación: el médico a la vez que diagnostica, medica; y quien ordena un movimiento ferroviario no se limita a decir que quien atraviesa la vía corre el riesgo de ser arrollado por el tren, sino simplemente: *no debe atravesarse la vía*.

Del mismo modo, "el legislador, una vez cumplida su valoración del supuesto de hecho, enuncia la ley causal, con la cual le es servida la necesidad de enunciar, tanto en forma causal como final, la *norma de conducta*. Así, "mientras las leyes naturales enuncian lo que es; la ley jurídica observa lo que *debe ser*".

"Por lo tanto, el análisis de la experiencia —explica (37)— ha mostrado que las leyes jurídicas presuponen leyes naturales, en las cuales, si se me consiente repetir la metáfora, se hallan contenidas como la semilla en el fruto. Son leyes éticas; pero también las leyes éticas pertenecen a la gran categoría de las leyes naturales, porque, a diferencia de las leyes jurídicas, son independientes de la voluntad del hombre.

"Si todos los hombres fueran no sólo sabios sino prudentes, bastarían éstas leyes para poner orden entre ellos, por eso, si derecho es un *método de poner orden entre los hombres* (...) ¿por qué no debemos hablar de derecho natural?".

Por ello, "las leyes naturales son aquellas que sirven para orientar la elección del legislador", mediante los cuales "se valo-

(36) *Ibid.*, 10, págs. 272 *in fine* y sig.

(37) *Ibid.*, 11, págs. 273 *in fine* y sig.

ran los hechos, o mejor los supuestos de hecho, y orientan la elección”.

Son: “Leyes de las leyes; leyes naturales de las leyes jurídicas; leyes que se imponen al legislador si quiere tener éxito en su función; leyes a las cuales debe obedecer al legislador si quiere ser obedecido”.

Sin estas leyes naturales —insiste (38)— “no podrían ser valoradas las leyes jurídicas”.

A su juicio (39), en la disputa entorno al derecho natural “no toda la equivocación es de los iuspositivistas”. Dice que el error de los iusnaturalistas es “haber creído en la perfección. Las leyes, que presiden la formación del derecho no valen más que cualquier otra ley natural, en cuanto no son el orden o la justicia en sí, sino únicamente aquella parte que de este infinito y, por tanto, inasequible a los hombres que, con su mente limitada, no alcanzan a captar. Por lo tanto, incluso el derecho natural, *deviene*, como la naturaleza de la que proviene” ... “El ídolo que no debemos adorar es el derecho natural perfecto e inmutable que es confundido con la justicia; pero esto no quiere decir que derecho natural y derecho histórico sean una sola cosa, porque éste y no aquél proceden de la elección del hombre. En el plano psicológico, el derecho natural es fruto de la inteligencia; y el derecho positivo es fruto de la voluntad. En el plano lógico, el derecho natural se descubre, la ley jurídica se hace”.

A su juicio, “en todos sus aspectos, la historia es alimentada por la naturaleza, que suministra al hombre los medios para hacer la historia: las cosas y las leyes”. El derecho es “una *opus* (que debiera ser, pues difícilmente alcanza a serlo, una obra de arte) ahonda sus raíces en la naturaleza. Y aquí el discurso también se ha de interrumpir, pero debería proseguir mostrando que incluso aquellas leyes que sirven para hacer el derecho son más, son principios, los *principios* a los cuales deberíamos retornar para interpretarla”.

(38) *Ibid.*, 12, págs. 274 y sig.

(39) *Ibid.*, 13, págs. 275 y sig.

7. Como he dicho antes, las dificultades que al razonar padece CARNELUTTI, en su retorno al derecho natural realista, se hallan precisamente en el punto de partida de aceptar que se denomine derecho natural al conjunto de leyes naturales y de que llama ley al conjunto de leyes positivas. La explicación que él efectúa, comparando la labor del anatomista con la del jurista que indaga el orden insito en la naturaleza, hace patente su desvío; pues, si las leyes son el instrumento para el análisis del orden de la naturaleza como los bisturís lo son para disección de los anatomistas, tampoco el estudio de las leyes es el estudio del derecho, del mismo modo que el estudio de los bisturís y demás instrumentos de disección no son el estudio de la anatomía.

La ciencia del derecho es la ciencia de lo justo y de lo equitativo que constituye precisamente lo que es derecho; y las leyes son medios instrumentales para ayudar a determinarlo, iluminadas por la luz de los principios, en relación con los hechos de que se trate, tipificados, a su vez, de conformidad a la naturaleza de las cosas. La ciencia de las leyes es solo una parte de la ciencia del derecho. Es sólo la ciencia de uno de los medios instrumentales precisos para llegar a culminar la ciencia que trata de determinar lo justo y lo injusto, lo equitativo y lo inicuo en las relaciones humanas generales y particulares (40).

(40) Por eso, estudio como metodologías diferentes, la metodología de las leyes y la metodología de la determinación del derecho.