

## NORBERTO BOBBIO Y EL POSITIVISMO JURIDICO

Jorge E. Gutiérrez Chávez

I. Es indudable que la sistematización y la objetivización de las diferentes formas que históricamente ha asumido el positivismo jurídico han encontrado su origen justamente en “lo intolerablemente ambiguo de esta expresión”<sup>1</sup>. Esta ambigüedad, como es ampliamente conocido, se ha manifestado constantemente a través del uso poco preciso e indiscriminado de este término: baste mencionar que tanto para su defensa como para su crítica, una genérica caracterización del positivismo jurídico, lejos de ayudar a resaltar sus virtudes o problemas conlleva sólo, en el primer caso, como bien dice Bobbio, “meter en un mismo saco”<sup>2</sup> interpretaciones sobre el Derecho que aún formando parte de esta corriente y teniendo concepciones que en ciertos aspectos están relacionadas, en su parte medular pueden diferir en manera por demás radical; y si por el contrario se trata de su crítica, al argumentar la misma partiendo de la premisa de que el positivismo es un todo armónico y unitario, se corre el riesgo de realizar un análisis poco serio y riguroso ya que, como hemos mencionado, el mismo no puede ser caracterizado unívocamente sino que tiene que ser visto y estudiado siguiendo las varias tendencias por las cuales se ha desarrollado y haciendo énfasis en las peculiaridades tan disímiles que han expresado cada una de ellas.

En este último sentido el antecedente quizás más fructífero lo ha constituido el ensayo del prof. Hart, publicado en el año de 1958<sup>3</sup>; sin embargo y no obstante la importancia del mismo, pensamos que la preocupa-

<sup>1</sup> G. CARRIO, *Dworkin y el positivismo jurídico*, cuadernos de crítica, UNAM, 1981, p. 5.

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, editorial universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 63.

<sup>3</sup> EN H. L. A. HART, *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1962, pp.1-64.

ción específica que Bobbio manifestó sobre el tema, coincide con un encuentro celebrado en Bellagio, Italia, en el año de 1960. Este encuentro, que tenía justamente como argumento "El Positivismo Jurídico", reunió un buen número de juristas de primera línea<sup>4</sup> y dio como resultado diversos trabajos sobre la temática ahí abordada. Dentro de estos trabajos sobresale el ya famoso artículo de Norberto Bobbio intitulado "Sul positivismo giuridico"<sup>5</sup>, en el cual este autor ofrece, por primera vez, una caracterización detallada de los diferentes modos con los que, desde su punto de vista, históricamente se ha presentado el positivismo jurídico.

Es obvio que este término había ya sido usado y analizado por el autor, pero parece que es sólo después del mencionado encuentro y fundamentalmente a raíz de un curso impartido entre los años de 1960-1961 que él "comienza a diseccionar los distintos significados del término"<sup>6</sup> y que se propone, con mayor rigor, distinguir e ilustrar los diferentes aspectos presentes en el positivismo jurídico así como, usando sus palabras, "demostrar cómo la aceptación de uno u otro puede dar lugar a significados diversos e inconfundibles de la misma expresión", por lo que "sólo teniendo en cuenta estos diversos significados se puede comenzar una discusión sobre lo muerto y vivo del positivismo jurídico"<sup>7</sup>.

II. En la obra citada, el prof. Bobbio nos habla de las tres formas como históricamente, a su juicio, se ha presentado el positivismo jurídico:

1. Como modo de acercarse al derecho (*approach*).
2. Como una determinada teoría o concepción del derecho.
3. Como una determinada ideología de la justicia.

En esta estructuración, los tres aspectos del positivismo jurídico se encuentran, según Bobbio, en una relación de dependencia sucesiva, pero no de implicación recíproca: el modo de aproximación no implica ni la teoría ni la ideología positivistas, la teoría no implica la ideología, pero sí presupone el modo de aproximación y la ideología presupone la teoría.

La delimitación sugerida y el objeto de este trabajo, nos obliga a describir por separado todos y cada uno de estos modos, así como dar el mismo tratamiento a los demás temas propuestos por el autor y en la parte final, a manera de conclusión, buscar una confrontación entre algunas ideas nuestras y aquellas que nos proponemos revisar.

Por lo que toca al "modo de acercarse al derecho" es claro que éste se refiere a la aplicación del método científico operada por el positivismo, lo que significa según Bobbio, que esta corriente se preocupa por realizar una delimitación precisa de su objeto de estudio distinguiendo el derecho real del derecho ideal, el derecho como hecho, del derecho como valor, o

4 Al encuentro asistieron entre otros. ALESSANDRO PASSERIN D' ENTREVES, HART, RENATO TREVES, BRIAN BARRY, SCARPELLI, M. CATTANEO, G. GAVAZZI, ALF ROSS Y el propio BOBBIO.

5 N. BOBBIO, *Op. Cit.*

6 A. RUIZ MIGUEL, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 208.

7 N. BOBBIO, *Op. Cit.* p. 39.

bien, con otras palabras, el derecho que “es” del derecho que “debe ser”. Esta orientación, que el autor juzga como científica, permite descalificar del objeto “derecho” toda consideración teleológica y por ende, todo juicio de valor acerca del derecho: el jurista, en esta perspectiva científica, se propone como éticamente neutral para buscar la mayor objetividad en su análisis sobre el derecho. Sobre la base de esto, el criterio para distinguir una norma jurídica de aquella que no lo es, debe apoyarse exclusivamente en datos verificables y no en la menor o mayor correspondencia con un dado sistema de valores: una norma será jurídica si ha emanado de ciertos órganos, bajo ciertos procedimientos y si es habitualmente obedecida por los ciudadanos y aplicada por los jueces

Desde este punto de vista, el objeto de la ciencia jurídica no es otro que el llamado “derecho positivo”; sin embargo, este concepto, siguiendo a Bobbio, no engloba el término genérico de derecho, ya que constatar que el objeto de estudio de la ciencia jurídica es el derecho positivo, “es algo diferente a afirmar que no existe otro derecho que el positivo”<sup>8</sup>. Esta doble caracterización del derecho que parece poner en crisis la expresa asunción que Bobbio, en algunos de sus escritos, había hecho de este “modo de acercarse al derecho” no es, sin embargo ajena a él: esta vacilación de no aceptar el derecho positivo como el único derecho, que más adelante se acentuará como una crítica a las limitaciones científicas de esta corriente, se deja sentir ya claramente en la introducción al texto que estamos analizando cuando afirma: “(. . .), la oposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico se lleva a cabo dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre. . . En tanto científicos, nos sentimos continuamente tentados a defender algunas exigencias del positivismo con el mismo empeño y con la misma coherencia con las que defendemos las razones últimas del jusnaturalismo en tanto hombres libres”<sup>9</sup>.

El segundo aspecto que analiza Bobbio es el del positivismo como teoría, y ésta no es sino aquella concepción que vincula el fenómeno jurídico con la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Partiendo de esta premisa inicial, no es difícil calificar este aspecto como la teoría estatal del derecho y entender que la misma parte del dato histórico de que a la formación del estado moderno corresponde la monopolización de la producción jurídica por parte del mismo<sup>10</sup>. Bobbio ve en la obra de Ehrlich (*Die Juristische Logic* de 1918) la configuración más clara de este procedimiento y encuentra en ella tres principios que le parecen fundamentales:

a) Toda decisión judicial presupone la existencia de los preceptos que aplica;

<sup>8</sup> N. BOBBIO, *Op. Cit.* p. 43.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *Op. Cit.* p. 9.

<sup>10</sup> Quizá no sea difícil introducir en esta consideración teórica los trabajos de Weber *Economía y Sociedad*, Cerroni *La libertad de los modernos* y el mismo Kelsen *Teoría pura del derecho*, ya que todos ellos ven en la formación del estado de derecho y en la monopolización, por parte de éste, de la coacción un elemento estructural para la descripción y comprensión de el derecho y estado modernos.

- b) Estos emanan siempre del Estado;
- c) El conjunto de estas reglas constituyen una unidad.

Este segundo aspecto denota claramente que el interés de sus seguidores no es tanto la norma como tal, sino el origen histórico-fáctico de la normatividad moderna por lo que no es extraño que Bobbio relacione la estatalidad del derecho con otras teorías inmersas dentro del mundo del positivismo. Así por ejemplo: 1) por lo que se refiere a la definición del derecho, con la teoría de la coactividad que entiende por derecho un sistema de normas que se hacen valer por medio de la fuerza o que reglamentan el uso de ésta dentro de un conglomerado social; 2) por lo que concierne al concepto de norma jurídica, con la teoría imperativa para la cual las normas jurídicas no son otra cosa que mandatos; 3) referente a las fuentes del derecho, con la doctrina de las fuentes formales que postula la supremacía de la legislación positiva sobre las otras fuentes; 4) acerca del orden jurídico como un todo, con la idea de que forma un sistema que posee una plenitud o ausencia de lagunas y que, en forma subordinada, es coherente y esta exento de toda antinomia; 5) respecto al método de la ciencia jurídica y al de la interpretación, con la consideración de que la actividad del jurista y del juez es una actividad esencialmente lógica y en manera especial, con la consideración de la ciencia del derecho como simple hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectista).

A lo anteriormente expuesto, baste sólo hacer un breve señalamiento en cuanto que Bobbio, respecto al positivismo como teoría, sugiere una diferenciación entre una versión rígida: que defiende la definición del derecho como un conjunto de normas coactivas, imperativas, coherentes y plenas en las que existe una supremacía de la ley y que se interpretan por métodos lógico-deductivos; y una versión amplia: que comprende únicamente las tesis de la coactividad, de la imperatividad y de la supremacía de la ley, pero no las de la plenitud y la coherencia normativas ni la del logismo interpretativo; de las dos nos parece que nuestro autor acepta solamente la segunda versión<sup>11</sup>.

El tercer aspecto tratado por Bobbio es aquel que denomina el positivismo jurídico como ideología de la justicia que no es otra cosa que el atribuir al derecho que "es", por el sólo de existir, un valor positivo, prescindiendo de todo vínculo con el llamado derecho ideal. Esta atribución que en positivo se hace del derecho que "es", según el autor, se basa en dos tipos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el simple hecho de serlo o mejor dicho por emanar de la voluntad dominante, es justo. En este sentido, lo justo o injusto de las leyes puede ser recabado del criterio adoptado para determinar la validez o invalidez de las mismas: justa será una ley promulgada conforme a un procedimiento previamente establecido y emanada de los órganos facultados para este fin, 2) el conjunto de normas creadas o impuestas por aquel poder que detenta el monopolio de la fuerza en una dada sociedad, sirve, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines tales como el orden, la paz, la certeza y,

<sup>11</sup> Para un análisis más detallado sobre el tema, A. RUIZ MIGUEL, *Op. Cit.* p. 209y sigs.

en general, la justicia legal. Ambas concepciones, según el autor, nos inducen a afirmar que las leyes deben ser obedecidas en sí mismas, sea porque lo legal es lo justo o por el criterio de conveniencia en que se basa: el derecho positivo, con todo, conduce a la preservación de la paz, hecho que por sí mismo, justifica la obediencia hacia las normas jurídicas. Por esta razón, concluye el autor: "la obediencia de las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia"<sup>12</sup>.

Aún cuando el autor se muestra bastante crítico respecto a este carácter ideológico del positivismo cuando sostiene que: "El paso de la teoría a la ideología del positivismo o jurídico es el paso de la verificación de un hecho a la valoración positiva del mismo —y que— (. . .). El efecto de este paso es la transformación del positivismo jurídico de teoría del derecho en teoría de la justicia", existen evidencias de que, a pesar de sus críticas, él acepta aquella que considera que la paz y el orden son valores defendibles que el derecho protege, pero que no se toman como los únicos ni supremos valores jurídicos<sup>13</sup>. Este nuevo titubeo nos permite confirmar cómo su acercamiento o su pretendida asunción del positivismo (como método) es bastante menos abierta de lo que pareció ser y, sin lugar a dudas, también nos da la pauta para entender sus posteriores opiniones sobre las limitaciones científicas del positivismo y sus implicaciones ideológicas, que expresara en el año de 1966. No obstante esto, y en razón de la línea seguida en este trabajo, quedémonos por el momento con su anterior posición diciendo que, si bien para él el positivismo como ideología no es otra cosa que la exaltación del Estado, ésto no significa que aquel positivista que utiliza el método de acercarse al derecho, por necesidad caiga en esta caracterización; y que "por honestidad científica se puede ser estadistas, pero por convicciones morales, o políticas uno puede ser contrario al mismo"<sup>14</sup>. Es claro que aquí él utiliza el criterio de que describir un sistema de normas surgido y puesto en acción por un determinado orden político, no significa aceptarlo ni menos exaltarlo, toda vez que la función del científico del derecho es la de describir avalorativamente el derecho tal como "es" excluyendo toda opinión personal sobre el mismo.

III. En otro apartado Bobbio nos proporciona los criterios para distinguir los tres aspectos del positivismo.

Como forma de abocarse al estudio del derecho, el juicio sobre el que se apoya el positivismo es de conveniencia y de oportunidad que el autor formula así: "partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el de proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema de derecho vigente"<sup>15</sup>. Este criterio, como es lógico, se basa en un expediente empírico-verificable, es decir, que el derecho que aplican los tribunales es

12 BOBBIO, *Op. Cit.* p. 47.

13 BOBBIO, *El positivismo Jurídico* Torino, Cooperativa Libreria Torinese, 1961, pp. 312-316; también, aunque más implícitamente, en "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", *Rivista di diritto civile*, VIII, No. 6, 1962.

14 BOBBIO, *El problema. . . Cit.* pp. 48-49.

15 BOBBIO, *Op. Cit.* p. 49.

un conjunto de reglas, cuya validez no es derivada de un derecho ideal, sino del hecho de que estas reglas son “puestas” por una determinada autoridad y aplicadas por quien tiene la facultad para hacerlo.

Por lo que toca al derecho como teoría, el juicio o los juicios sobre los que se apoya los resume el autor en la siguiente fórmula: “es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas y aplicadas por el Estado”<sup>16</sup>.

Por último la ideología del positivismo es resumida en estos términos: “El derecho, por la manera como es puesto y hecho valer o por el fin al que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones”<sup>17</sup>.

IV. Finalmente, después de haber analizado los modos que históricamente ha asumido el positivismo jurídico, el autor nos ofrece una defensa de todos y cada uno de ellos.

El positivismo como ideología, nos dice, ha sido, y sigue siendo, el blanco más atacado por los críticos de esta corriente y el ataque está basado en la acusación de que este modo de positivismo es el responsable de algunos hechos trágicos generados por algunos regímenes totalitarios que, al amparo de esta corriente, han podido legitimar las acciones más reprobables: en la base de este razonamiento está el hecho de que este tipo de positivismo exige un deber ético de prestar obediencia incondicional a las leyes vigentes. Frente a tal acusación, el autor, inmediatamente reacciona afirmando que si en alguna teoría existe el deber ético de prestar obediencia a las leyes es en el llamado *jusnaturalismo* tradicional y no en el positivismo jurídico; asimismo, continuando con su defensa, vuelve una vez más a la distinción entre la doctrina positivista que sostiene la justicia en sí misma de las leyes positivistas y aquella que sostiene que la obligación de obedecer a las leyes impuestas está en función de que las mismas tiendan a la realización de ciertos valores como la paz, el orden, etc. Respecto de la primera, no encuentra ningún positivista que en alguna ocasión haya sostenido semejante cosa; por lo que toca a la segunda, nos dice que la obligación moral de obedecer a las leyes tiene una doble condición a saber: por un lado, que las leyes sean un medio para obtener un fin que les es propio, y por el otro, que los valores garantizados por el derecho no entren en conflicto con otros valores —como la vida, la libertad o la dignidad humana— *que la conciencia moral juzga superiores*. Por último, también niega la relación entre ideología del positivismo y dictadura fundando su afirmación en el hecho de que los antecedentes históricos del liberalismo, de Montesquieu a Kant, muestran que la legalidad se postuló como un freno al despotismo, como defensa de la libertad individual y como una garantía de trato frente a los privilegios<sup>18</sup>. Esta constatación le da pie para sostener que “La ideología del positivismo jurídico no es ni mejor ni peor que otra —y que— no conduce a la dictadura más de lo que conduce al estado de libertad”<sup>19</sup>. Lo anterior-

16 BOBBIO, *Op. Cit.* p. 50.

17 BOBBIO, *Op. Cit.* p. 51.

18 Para un análisis más detallado sobre el tema, N. BOBBIO, *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Giappichelli Editori, Torino, 1969.

19 N. BOBBIO, *El problema. . . Cit.*, p. 54

mente expuesto, visto en otra perspectiva, podría entenderse como que tan malo es postular la obediencia como la desobediencia absoluta de las leyes positivas.

Para encuadrar su defensa del positivismo como teoría, Bobbio distingue los ataques dirigidos a ésta respecto de aquellos que se le hacen al positivismo como ideología, diciendo que si éstos, por lo que toca a la ideología positivista, pueden ser entendidos como una crítica de los “horrores”, los referidos al positivismo como teoría pueden ser definidos como la crítica de los “errores”. En este orden de cosas, el autor encuentra nuevamente en la citada obra de Ehrlich el ejemplo más claro de esta segunda posición crítica: el ataque se centrará ahora en el argumento de que las nociones de derecho, de la función del jurista y la del juez expresadas por el positivismo, son erróneas.

Estas críticas a los “errores” del positivismo, siguiendo al autor, muestran por un lado, el avance de la teoría sociológica y por el otro, hay que decirlo, han sido asimiladas en diferentes formas por los seguidores de esta corriente:

a) Negando los errores y acusando a sus adversarios de incompreensión. Esta orientación encuentra, en el debate sobre la plenitud de orden jurídico, su ejemplo más típico: con el surgimiento de la Teoría del espacio vacío (Bergbohm y Romano), se sostiene que “el caso no regulado por las leyes positivas no es una laguna del orden, sino un hecho jurídico irrelevante”<sup>20</sup>; y con la teoría de la norma jurídica exclusiva (Zitelmann y Donati) se afirma que un caso no regulado por la norma especial entra dentro de los límites de la norma general, la cual excluye de la reglamentación de la norma especial todos los casos posibles que no entren en ella.

b) Modificando las propias tesis para poder hacerse cargo de las críticas sin abandonar sus principios. El ejemplo más esclarecedor de esta segunda respuesta, siguiendo a Bobbio, nos lo da la polémica en torno a la imperatividad: este concepto, con todo, ya no es visto como esencial para el positivismo al grado de que ha sido substituido por la noción más genérica de “prescripción”, de la cual el mandato es sólo una especie<sup>21</sup> o, en el lenguaje de Ross, por el término de “directiva”<sup>22</sup>.

c) Reconociendo abiertamente el error y adaptando la teoría de tal manera que pueda incluir las tesis adversarias. Esta aceptación se hace eviden-

20 N. BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 56.

21 “Las normas jurídicas (. . .) según su sentido, son mandatos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos; pero no sólo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones (. . .) el derecho permite, ordena, faculta; no informa”. “Pero la ciencia del derecho sólo puede ‘describir’ algo”, H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, UNAM, 1983, p.p.84 y 86.

22 “La interpretación de que el derecho está constituido por reglas respaldadas por la fuerza no es admisible”, “Las normas jurídicas son directivas”; “Una regla de ajedrez es vigente, significa que dentro de una comunidad determinada esta regla recibe adhesión efectiva, porque los jugadores se sienten socialmente obligados por las ‘directivas’ contenidas en ella”; “No hay duda de que el propósito de esta discusión sobre el ajedrez, (. . .) apunta a que el concepto de ‘norma vigente’ de ajedrez puede funcionar como modelo del concepto de ‘derecho vigente’”. ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, pp 51-38 y 18.

te en la teoría de las fuentes cuando el positivismo introduce una modificación a sus postulados anteriores: si antes se reconocía como la única fuente productora de normas jurídicas a la legislación, ahora es comúnmente aceptado que también el juez crea derecho, a pesar de la supremacía de la ley y de la obligación de decidir conforme a reglas previamente establecidas.

Estas reformulaciones, como bien dice Bobbio para apuntalar su defensa, no niegan que la fuente principal siga siendo la legislación; lo que se ha hecho aquí es un simple ajuste que opera donde la institución del procedente es obligatoria y aún más: "Esta creación del derecho por parte del juez, más que ser una exigencia que podría conducir a la modificación del sistema, es una realidad dentro del sistema mismo, contra lo cual se estrellan los argumentos éticos como flechas contra una muralla"<sup>23</sup>. De lo antes dicho se puede desprender que esta particular forma de producción de normas jurídicas, lejos de realizarse fuera del sistema, encuentra justamente en éste su capacidad productora: la calificación que, de jurídicas, reciben estas normas, no está basada en la libre actuación del juez o en la coincidencia de su decisión con ciertos valores, sino más bien en la autorización o facultamiento que recibe el juzgador del sistema mismo, para, en determinados casos, producir normas jurídicas individuales o generales.

La última defensa que hace Bobbio se refiere al "approach" positivista del derecho. En la misma nos dice que si como "teoría" el positivismo genera una confrontación con el realismo jurídico, como "modo de acercarse al derecho" estas dos corrientes concuerdan y forman un frente común contra el jusnaturalismo. Este deslinde inicial lo lleva a refutar categóricamente la tesis de la "insuficiencia del método positivista" pregonada por algunos seguidores del jusnaturalismo, la cual puede ser resumida como sigue: las consideraciones fácticas, base de los postulados positivistas, resultan "insuficientes" para dar una justificación del derecho ya que éstas, lejos de dar una descripción global del derecho, reducen al mismo a la simple fuerza.

La respuesta que ofrece Bobbio y que él mismo califica como severa, está dividida en dos argumentos diferentes, pero, según nosotros, unidos entre sí: el primero se refiere a que a una investigación fáctica sobre el derecho no se le puede exigir una justificación ética sobre los hechos en cuestión, es decir, que a la descripción hecha por el científico del derecho no deben sobreponerse criterios valorativos ya que los mismos, lejos de ayudar, provocan una pérdida de la objetividad y de rigor en el análisis; el segundo, que está en relación a que el positivismo reduce el derecho a la simple fuerza, es el siguiente: el positivismo, como conocimiento científico sobre el derecho, no tiene como objeto, primario o secundario, el constituirse como una teoría acerca de la justificación del derecho, razón por la

23 Al respecto, Kelsen confirma esta tesis cuando nos dice: "Un tribunal especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente. Es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales". KELSEN, cit. p. 258.

cual, es incorrecto atribuirle esta etiqueta, y más incorrecto aún afirmar que la misma justifica la fuerza como fundamento último del derecho; el hecho de que el positivismo considere aquellas reglas que son efectivamente obedecidas y aplicadas como base de su investigación, no autoriza a afirmar que la eficacia de las normas se base únicamente en la fuerza ejercida por los órganos del poder, ya que ésta puede derivarse de una adhesión espontánea; y en la misma forma, el acto de fuerza no necesariamente debe ser calificado de arbitrario, dado que él mismo pudo haber obtenido su legitimidad del consenso. En base a estas premisas Bobbio sostiene que entre “el principio de efectividad y la reducción del derecho a la fuerza, hay una gran diferencia: uno establece el ámbito de la ciencia jurídica e indica aquello que es oportuno considerar como derecho a los fines de una investigación científica; el otro, es una de tantas tentativas, más o menos inteligentes, de justificar aquello que sucede”<sup>24</sup>.

V. Después de haber hecho una descripción, espero, detallada de las diferentes formas que históricamente, según Bobbio, ha adoptado el positivismo jurídico, pienso que estamos en posición de sacar algunas conclusiones y emitir algunos comentarios críticos al respecto:

Creo que inicialmente y en base a las consideraciones que el autor nos da sobre los diferentes modos de positivismo es posible constatar que él, por lo menos en esta etapa, asume el modo positivista de acercarse al derecho, ya que el método científico que utiliza permite dar cuenta, con mayor objetividad, del derecho; acepta la versión amplia del positivismo como teoría, es decir, aquella que comprende únicamente las tesis de coactividad, de imperatividad y de supremacía de la ley, rechazando la plenitud y la coherencia normativa; y está de acuerdo con la versión moderada del positivismo como ideología, vale decir, la que considera que la paz y el orden son valores defendibles que el derecho protege, pero que no son los únicos ni supremos valores jurídicos.

Visto lo anterior, trataremos de analizar si sus caracterizaciones son del todo precisas o si es posible hacerle algunas objeciones introduciendo, por honestidad, algunas ideas que el autor posteriormente ha vertido sobre el mismo tema. Por lo que respecta al derecho como ideología, se puede advertir, en las opiniones de Bobbio, una clara contradicción cuanto afirma que de la valoración positiva del derecho como “es”, realizada por las dos tendencias (nosotros utilizamos el término argumento) se puede deducir que para ambas, las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas y que, por lo tanto, esta obediencia es un deber moral, entendiéndolo por éste una obligación interna o de conciencia, lo que significa en otros términos: “que la obligación debida por respeto a las leyes, está en contraposición a aquella obligación externa o por temor a la sanción”<sup>25</sup>; sin embargo, cuando nos ofrece su defensa de este modo positivista, sostiene que

<sup>24</sup> N. BOBBIO. *Op. Cit.* p. 57

<sup>25</sup> N. BOBBIO. *Op. Cit.* p. 47

este deber ético de obediencia a las leyes se debe a un criterio jusnaturalista tradicional más que a uno positivista y al continuar, se retracta de ambos diciendo que el mismo "no es ni jusnaturalista ni positivista, porque deriva de la verificación, vieja como la filosofía del derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse confiando únicamente en una obediencia basada en el temor de la sanción"<sup>26</sup>. Dejando a un lado estas opiniones tan encontradas y basándonos en la versión moderada que él acepta, es posible advertir que su caracterización y defensa del positivismo como ideología, más que sostenerse en argumentos positivistas, nos conduce a relacionar su defensa con la tesis kantiana de las dos legislaciones cuando ésta nos dice que: "La legislación que de una acción hace un deber, y que al mismo tiempo da este deber por motivo, es la legislación laboral. Pero la que no hace entrar el motivo en la ley, que por consiguiente permite otro motivo que la idea del deber mismo, es la legislación jurídica"<sup>27</sup>. Ahora bien, si el deber de acatar la norma no surge del dato naturalístico de la sanción y por ende no puede tampoco apoyarse en un expediente legal, dado que las normas creadas por el legislador o el juez no necesariamente conducen a la paz o al orden, entonces el deber de que nos habla Bobbio no es otro que aquel moral, con lo cual el derecho positivo y sus obligaciones vendría a ser subsumido por la eticidad misma, criterio que difícilmente podría ser aceptado por un positivista. Por otro lado, es cierto, y estamos totalmente de acuerdo, que la eficacia de las normas no se basa en el temor a la sanción, ya que ésta responde a menudo a razones completamente distintas; pero no podemos contentarnos con la tesis de Bobbio toda vez que ésta, más que apoyarse en un análisis positivista parece coincidir y dar razón a un tipo de jusnaturalismo<sup>28</sup>. Para confirmar que este pretendido deslinde del positivismo como ideología no es más que una velada formulación jusnaturalista, Bobbio, en un artículo del año de 1962 nos dará un argumento por demás claro cuando sostiene que: "manteniendo su defensa del modo de aproximación al derecho, se declaraba ideológicamente jusnaturalista y teóricamente ni positivista ni jusnaturalista"<sup>29</sup>.

La cita arriba referida nos sirve para retomar el tema del positivismo como teoría y repetir que Bobbio, por lo menos, en el año de la publicación del texto, de las dos versiones que él nos da, acepta la versión amplia por medio de la cual se enlaza el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano que ejerce el monopolio de la función coactiva, integrando en ésta, la imperatividad y la supremacía de la ley, aún cuanto también re-

26 N. BOBBIO, *Op. Cit.* p. 52

27 I. KANT, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, nuestros Clasicos No. 33, UNAM, 1978, pp. 17-18.

28 Comentando la parte del texto que estamos analizando, Maynes dice: "Pero esto, comentamos nosotros, demuestra la necesidad de poner en conexión *el valor de la obediencia con la bondad de lo que se obedece* o, en otras palabras, la falsedad del aserto de que los preceptos legales, deben ser acatados porque emanan de los órganos del poder público, o porque vinculan a sus destinatarios sea cualquiere su contenido". "Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo". UNAM, 1977, pp. 20-21.

29 A. Ruíz, Miguel. *Op. cit.* p. 210.

conoce la función creadora de normas que el realismo atribuye a los jueces. Al respecto sólo una pregunta: ¿es el derecho, necesariamente, derecho de estado? Si se contesta afirmativamente, para poder caracterizar como derecho aquel internacional, tendríamos que aceptar a la ONU como un estado supremo respecto de los demás, pero tendríamos también que aceptar que la coacción no es una de las características de esta regulación jurídica.

Sin embargo, como se desprende de lo dicho en 1962, parece que Bobbio no comparte más, creemos que ni en sentido amplio, la tesis del positivismo como teoría y así, analizando esta teoría y la jusnaturalista, dirá que éstas no agotan el campo de las teorías posibles, sino que representan “los dos polos extremos entre los que hay lugar para teorías intermedias”<sup>30</sup>. Los cuestionamientos que hace Bobbio al positivismo como teoría en el año de 1962, pensamos, desborden los límites de éste para transformarse en una aguda crítica al positivismo como que expondrá en el año de 1966, que es señalado como el año clave de la crisis del positivismo jurídico en Italia.

No es una simple coincidencia que hayamos dejado para la parte final el replanteamiento crítico del positivismo como modo de acercarse al derecho, éste obedece fundamentalmente a que en la caracterización del mismo hecha por Bobbio, encontramos algunos puntos con los cuales no estamos de acuerdo; que este tipo de positivismo es el que el autor defiende con mayor encomio; y que finalmente el autor lo ha abandonado en lo que algunos llaman, su época de madurez.

Si bien estamos de acuerdo que la aplicación del método científico en el positivismo tiene como finalidad el determinar con mayor precisión y rigor su objeto de estudio, no podemos coincidir con Bobbio cuando afirma que esta determinación tiene por objetivo distinguir el derecho real del derecho ideal o en otras palabras, el derecho como hecho, del derecho como valor. Aceptando la primera distinción, tendríamos que aceptar también que existen dos tipos de derechos, cosa que pensamos no corresponde a lo postulado por el positivismo en su forma metódica: sin embargo, tratando de seguir a Bobbio, se podría ajustar este criterio diciendo que aquel denominado “ideal” no es en estricto sentido *derecho*, es decir, que no es un verdadero derecho en términos positivos. Ahora bien, si éste, en estricto sentido, no es derecho, ¿por qué llamarlo así? si no lo es, resulta que en realidad sólo hay un derecho que no es más que aquél positivo, con lo cual la distinción aludida sería poco precisa y es más, contradictoria. Pensamos que el criterio más correcto al respecto podría ser aquel que alude a que el derecho positivo no es el único orden normativo que regula la conducta de los individuos en sociedad, sino que existen otros ordenes normativos, que sin tener las características de aquél, también sirven para regular la conducta de los individuos: nos referimos a la moral o a la religión. Pero, en ningún sentido, podríamos denominar estos ordenes como derecho desde el

<sup>30</sup> N. BOBBIO, *Jusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di comunista, 1965, p. 141.

punto de vista del positivismo como método<sup>31</sup>. Por lo que toca a los términos de derecho como hecho y derecho como valor, tampoco podemos asentir con Bobbio que el primero pueda caracterizar el objeto de estudio del positivismo como ciencia: por más que las conductas humanas, entendidas como hechos, sean el contenido de las normas jurídicas, éstas no son en sentido estricto hechos, sino una significación del real o, dicho en otras palabras, un valor que positivizado se relativiza; o en términos de la Teoría Pura: “La norma objetivamente válida, (...), constituye un valor positivo o negativo —y estas normas— establecidas por los hombres, y no por una autoridad sobrehumana, constituyen sólo valores relativos<sup>32</sup>. Y aún más, si aceptamos su distinción entre derecho que “es” y derecho que “debe ser”, nos veríamos obligados a aceptar la existencia de dos derechos y a perder de vista que la relación “ser” y “deber” ser, que por lo menos en Kelsen, no se refiere a la existencia de dos ordenes normativos, sino a la relación, ya bastante discutida, entre validez y eficacia. Visto lo anterior, podemos constatar que la existencia de otro derecho, fuera del derecho positivo, como parece hacer entender Bobbio, más que concordar con la teoría positivista, la tergiversa.

Por lo que respecta a su defensa de la “insuficiencia” del método positivista, aún cuando sobre la misma han modificado substancialmente sus juicios, estamos totalmente de acuerdo en que un estudio científico del derecho debe, en razón de este carácter, dejar a un lado toda justificación ética sobre el mismo: sin embargo, olvidándonos de esta crítica de corte jusnaturalista, y utilizando el mismo método científico, se podría constatar que, por lo menos en la perspectiva de Kelsen, la pureza metódica utilizada no soporta el confinar la naturaleza misma del derecho a la pura normatividad subsumiendo el hecho productor de normas en una ficticia norma hipotética. Esta subsunción, sin ninguna mediación, del hecho como norma, presupone, sin lugar a dudas, aceptar que la positividad de las normas tienen como único y último fundamento la simple fuerza. La aceptación expresa de Kelsen respecto de lo ficticio de la norma fundamental<sup>33</sup> y la revisión constante de los postulados metódicos del positivismo, influirán decisivamente, pienso, en la nueva actitud de Bobbio respecto a la defendida científicidad del positivismo. Esta nueva actitud la deja nitidamente acentada en la Mesa Redonda sobre el Positivismo Jurídico celebrada en Pavia en

31 “Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma (...) Según la índole del fundamento de validez cabe distinguir de sistemas de normas: uno estático y uno dinámico”. El primero por ejemplo, puede corresponder a un sistema moral y el segundo corresponde a un sistema jurídico, Kelsen, *Teoría...* Op. Cit., pp. 201, 203 y 205.

32 H. KELSEN. *Op. Cit.* pp. 30-31.

33 “(...) Tengo que modificar mi teoría de la norma fundamental y su representación correspondiente. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe”, citado en Ulises Shmill y Roberto J. Vernengo, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*. UNAM, 1984, p. 36.

Mayo de 1966: “Tomo nota de que el positivismo jurídico está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por lo demás yo mismo había ya admitido, sino también como modo de aproximación al estudio del derecho. He comenzado diciendo que el positivismo jurídico nació como elección científica, pero me sea permitido reconocer ahora que detrás de la elección científica había una exigencia política. Políticamente, el positivismo jurídico es la aceptación del status quo. En tanto tal, está sujeto, a sufrir los altos y bajos de la historia (...). Puesto que la concepción positivista del derecho implica la aceptación del *status quo*, es buena o mala según se considere buena o mal la situación a conservar”<sup>34</sup>.

La revisión hecha deja claro, para Bobbio, la insuficiencia del método científico positivista y el carácter ideológico subyacente en este modo de acercarse al derecho, pero también parece constatar que la fuerza es a la vez el origen de muchos sistemas jurídicos, si no es que el de todos, y el instrumento típico del derecho, opinión que no compartimos, pero que se acentúa claramente en Bobbio en una conceptualización del derecho que merece ser transcrita en forma íntegra a manera de conclusión: “conjunto de normas de conducta y de organización, que constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de las relaciones fundamentales de convivencia y la supervivencia del grupo social, como son las relaciones familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder (o relaciones políticas), además de la reglamentación de los modos y formas con los que el grupo social reacciona contra la violación de las normas de primer grado, o institucionalización de la sanción, y que tiene como fin mínimo el impedimento de las acciones más destructivas del tejido social, la solución de los conflictos que de no ser resueltos amenazan con hacer imposible la subsistencia misma del grupo, en suma la obtención y el mantenimiento del orden o de la paz social. Si además se añade, según la dirección predominante de la teoría del Derecho, que el carácter específico del ordenamiento normativo del Derecho respecto de las demás formas de ordenamiento normativas (como son la moral social, las costumbres, los juegos, los deportes, etc.) consiste en el hecho de que el Derecho recurre en última instancia a la fuerza física para obtener el respeto de las normas, para —como suele decirse— hacer efectivo o eficaz el ordenamiento en su conjunto, la conexión entre derecho (entendido como ordenamiento normativo coactivo) y política se hace tan estrecha que obliga a considerar al derecho como el principal instrumento a través del cual las fuerzas políticas que poseen el poder dominante en una determinada sociedad ejercen su propio dominio”<sup>35</sup>.

A manera de una segunda conclusión, podríamos válidamente afirmar que si Bobbio en su madurez encuentra a la fuerza como el único y real sustento del Derecho, tendrá que hacer valer la conciencia moral como el

<sup>34</sup> N. BOBBIO, “Risposta di Norberto Bobbio”, en AA.VV., “Tavola rotonda sul positivismo giuridico”, *Il politico*, XXXI, N. 3, 1966, p. 73.

<sup>35</sup> N. BOBBIO, “Diritto”, en *Dizionari di Politica*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1976, p. 320.

instrumento más eficaz para regular, en última instancia, las posibles arbitrariedades que puedan sucederse por una mala administración del poder y en este momento se confirmaría que su presunto alejamiento del jusnaturalismo se transforma en una asunción plena del mismo. El círculo, en este caso, quedaría completamente cerrado. Esta última conclusión que quizá sea tomada como demasiado arbitraria, pero que en ningún modo quiero que sea entendida peyorativamente, puede fundarse en la parte final de uno de sus discursos pronunciados en el año de 1971 en el que había comenzado por preguntarse: ¿Qué justicia?; la respuesta última era ésta:

“Cuando la preocupación principal de quienes están encargados de la tutela jurídica y del mantenimiento del orden, cuando la ideología de la magistratura se convierte, como se ha dicho, en ‘la ideología del orden’, o, aún más propiamente, en la ideología de la seguridad pública, entonces la libertad, o, más precisamente, las concretas libertades cuya garantía es la esencia del Estado de Derecho, tienen los días contados.”<sup>36</sup>

<sup>36</sup> N. Bobbio, “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, *Qualegiustizia*, II, n. 8, 1971, pp. 273-274.