

BOBBIO Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1965. 113 pp.

El libro que se reseña se compone de cuatro capítulos en los cuales se trata de las siguientes cuestiones: en el primero, el autor se ocupa de los diversos significados del formalismo jurídico; en el segundo, de los diversos aspectos o formas que asume el positivismo jurídico; en el tercero, de las distintas maneras como se pueden interpretar las relaciones entre el positivismo jurídico y el jusnaturalismo; y, por último, en el cuarto, se vuelve a analizar el tema del segundo capítulo bajo la forma de un comentario crítico al libro de M. A. Cattaneo, *El positivismo jurídico inglés*. Hobbes, Bentham, Austin.

Una de las preocupaciones fundamentales de Bobbio es la de aclarar la significación de los conceptos que se manejan en la polémica entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico, por esta razón, en el primer capítulo, para orientar la polémica general en contra del formalismo jurídico, considera conveniente dilucidar qué significa éste, en virtud de que si no se procede así se caerá en equívocos, discusiones estériles, confusiones e incomprensiones.

Trata el autor de referencia de cuatro significaciones del formalismo jurídico, pero no pretende agotarlas. En primer término se refiere a la concepción formal de la justicia. Se entiende por formalismo jurídico, de acuerdo con la significación anterior, la concepción de la justicia según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley e injusto el que no está de acuerdo con ella. En esta acepción el formalismo jurídico coincide con la concepción legalista de la justicia no sólo se refiere al derecho positivo sino también al derecho natural, así, cuando Carnelutti sostiene que: "la justicia es la conformidad con el orden del universo", suministra una concepción formal de la justicia.

Indudablemente que esta concepción formal de la justicia ya sea referida al derecho positivo o al derecho natural, es muy importante y esto se manifiesta, desde luego, en que no se ha podido prescindir de ella en el desarrollo de la idea de justicia.

La concepción formal de la justicia satisface dos valores que son: el orden y la igualdad, el primero en virtud de que no alude a que las reglas tengan éste o aquel contenido, sino a que sean aplicadas aun cuando tenga que utilizarse la fuerza; y el segundo, porque del hecho de que los sujetos ajusten su conducta a las normas establecidas, se deduce que los propios sujetos son tratados de la misma manera. Ahora bien, aquí estamos en presencia de una igualdad puramente formal.

La segunda concepción del formalismo jurídico, a la que alude Bobbio en el libro que se reseña, es la del derecho como forma.

La doctrina kantiana del derecho, según nuestro autor, constituye un ejemplo clásico de la concepción del derecho como forma. En este orden de ideas recuerda Bobbio que según Kant se pueden encontrar tres notas del concepto del derecho que se extraen de la noción de la relación intersubjetiva fijada por el último. La relación jurídica según

el autor de la Crítica de la Razón Pura tiene tres características que son: I. Externa. II. Recíproca. III. Formal.

Que la relación jurídica sea formal significa que no toma en cuenta la materia del arbitrio, o sea, el fin que uno se propone alcanzar con el objeto que se anhela, sino que sólo se debe tomar en cuenta la forma en que un arbitrio se relaciona con otro cuando se les considera absolutamente libres, y examinar si concuerdan la acción de uno con la libertad de otro, según una ley universal de libertad.

Por otra parte, el pensamiento de Kant, según Bobbio, presenta una analogía en relación con la que en nuestros días se considera como la interpretación clásica de la Teoría del Derecho como forma, o sea, la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, a respecto cita un párrafo de la *Metafísica de las Costumbres* en donde Kant observa: "Este (el derecho público) no contiene nada más o no contiene otros deberes de los hombres entre sí que aquellos que pueden ser pensados en el primero (en el derecho privado). La materia del derecho privado es igual en ambos casos. Las leyes del derecho público consideran, pues, sólo la forma jurídica de la unión de los hombres entre sí (su constitución)".

Para Kelsen lo importante es la forma jurídica, no la materia de la reglamentación, en virtud de que toda conducta humana salvo la necesaria o la imposible no puede ser objeto de una regulación jurídica. En este pensador, la forma de la reglamentación es la coactiva. Este concepto del Derecho es formal y se opone a aquél que hace referencia al contenido, como por ejemplo el que sostiene, que el Derecho es un conjunto de normas que aspiran a la justicia, al bien común, etcétera.

Otra expresión del formalismo jurídico es el normativismo, corriente que se encamina a sostener que un hecho es jurídico cuando se le considera en función de una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias. Aquí por forma se entiende recipiente, y en este orden de ideas se puede afirmar que los actos y hechos humanos, las relaciones y las instituciones tienen carácter jurídico cuando caen dentro de un esquema normativo. En resumen, el normativismo jurídico permite concebir la experiencia jurídica como *sub specie legis*.

Otra acepción del formalismo jurídico es la de la ciencia jurídica como ciencia formal, pero no en el sentido en el que se dice por ejemplo, que la Lógica es una ciencia formal como opuesta a las ciencias empíricas, aquí lo formal se refiere a la calificación normativa de determinados hechos, y la tarea de la ciencia jurídica es la de construir y sistematizar.

La ciencia del Derecho en cuanto ciencia formal construye y esto significa que no es explicativa, sino que su finalidad consiste en subsumir un hecho, un acto, una relación o una institución en una categoría jurídica para otorgarle tal o cual calificación normativa dentro del sistema. A mí me parece que la Ciencia Dogmática del Derecho Penal responde a esta exigencia o ideal de la ciencia jurídica como ciencia de la construcción. Así, los juristas frecuentemente emplean el término construcción dogmática con respecto a una institución. Ahora bien, "La designación de una investigación así orientada como "formal" o, en sentido peyorativo, "formalista", se explica si se tiene en cuenta que el fin de la investigación no es ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa".

Un cuarto significado del formalismo jurídico se refiere a la interpretación formal del Derecho. Las características de una teoría formalista en el campo de la interpre-

tación jurídica, aluden a notas que puede tener el método de interpretación, o bien la función que se atribuye al intérprete o a ambos.

Con referencia al método se puede decir que es formalista una interpretación que toma en cuenta los elementos lógicos-sistemáticos, frente a un método de interpretación que se basa en elementos histórico-teleológicos. Esta distinción se manifiesta en la controversia entre la jurisprudencia de conceptos y la de intereses.

Por lo que toca a la función judicial se considera como formalista la doctrina que atribuye al juez una potestad meramente declarativa en su sentencia, frente a la doctrina que le da a dicha potestad una función creadora. La disputa en torno a esta cuestión se manifiesta entre los partidarios del método tradicional y los seguidores de la escuela del derecho libre.

En el segundo capítulo del libro que se analiza trata Bobbio de la relación entre el formalismo jurídico y el positivismo jurídico, concluyendo que las principales acepciones del primero, reaparecen en los principales significados del segundo.

Dada la naturaleza de una reseña bibliográfica me ocuparé brevemente, de explicar los tres aspectos del positivismo jurídico, según Bobbio.

En el primer aspecto, esto es, aquél que se refiere al modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico se caracteriza por una clara distinción entre el Derecho Real y el Ideal. En esta acepción es positivista el que se acerca a estudiar el Derecho en una actitud éticamente neutral, esto es, que para distinguir las normas jurídicas de otras clases de normas recurre al criterio que se deriva de la existencia de hechos comprobados por la experiencia, tales como que dichas normas jurídicas hayan sido creadas por órganos competentes, siguiendo el procedimiento previamente establecido para su creación, y de que sean obedecidas durante cierto tiempo por sus destinatarios.

Esta forma de acercarse al estudio del derecho rechaza la mentalidad que incluye en la definición de éste, determinados elementos finalistas entre los que cabe mencionar: el bien común, la justicia, la seguridad, la protección de ciertos derechos como los de libertad de bienestar, etcétera.

La acepción del positivismo jurídico como teoría, que es la segunda significación de esta doctrina, según Bobbio, se vincula al fenómeno de la creación del estado soberano. Aquí estamos en presencia de un aspecto del positivismo jurídico que lo identifica con la concepción estatal del Derecho. A esta significación de positivismo jurídico se vinculan algunas teorías, que a menudo son consideradas como notas del positivismo jurídico, a saber: "1) con respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social dado; 2) con respecto a la definición de normas jurídicas, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos, con todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales); 3) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en

particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectista alemana)" (pág. 45).

En una tercera acepción se entiende el positivismo jurídico como ideología, y en este sentido se atribuye al derecho positivo existente un valor positivo. Por medio de dos razonamientos se justifica dicha atribución: 1o. El derecho positivo por el simple hecho de ser el producto de quienes detentan el máximo poder es justo, o dicho en otros términos, no se distingue entre justicia y validez, ya que basta que las normas jurídicas sean creadas por órganos competentes siguiendo el procedimiento previamente establecido para su creación, para que se les considere justas y, 2. El derecho por ser resultado del poder estatal que es el que monopoliza la coacción, sirve por el simple hecho de su existencia, independientemente del contenido que eventualmente las normas que lo integran puedan asumir, a determinados valores, que me atrevería a calificar de formales, tales como la certeza, el orden, la paz y la justicia legal. De los dos razonamientos expuestos se extrae la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas atendiendo a un deber moral.

En el capítulo tercero se ocupa Bobbio de los planos en que la polémica entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico debe llevarse, y para ello sostiene, en primer término, que el primero es dualista, es decir, que al lado del derecho positivo admite la existencia del derecho natural, y en segundo, que es necesario distinguir entre tres formas principales de entender el jusnaturalismo que representan a su vez tres maneras de explicar la dependencia del derecho positivo respecto al derecho natural; y la crítica positivista se encierra a mostrar cómo el derecho natural ha sido eliminado del lugar en el que se le había situado por las posiciones jusnaturalistas a las que vamos a aludir:

I. En primer lugar, encontramos el derecho natural tradicional, concepción según la cual éste está integrado por el conjunto de primeros principios éticos en los que se inspira el derecho positivo, ya sea por determinación o por conclusión, frente a esta concepción la crítica que lleva a cabo el positivismo jurídico sostiene que no existen principios éticos que tengan un valor universal. Las leyes naturales primarias son meramente formales, tales como el principio que formula Santo Tomás en el sentido de que se debe hacer el bien y evitar el mal, de allí que se pueda dar cualquier contenido al derecho positivo con base en este principio.

La corriente del positivismo jurídico ha sacado la siguiente conclusión, si no hay leyes de conducta de validez universal, si las reglas que regulan la conducta humana son mutables, contingentes, entonces no hay otro criterio para establecer lo que es bueno o malo que aquél a que se refiere la autoridad políticamente dominante.

En un segundo sentido el derecho natural es un conjunto de dictados de la recta razón que suministran la materia de la regulación, en tanto que el derecho positivo es la serie de medios prácticos de tipo político que sirven para hacer efectiva la regla en su parte preceptiva, o sea, la que le da la calificación normativa a un determinado comportamiento.

Se ha argumentado en contra de esta forma de entender el jusnaturalismo que, en manera alguna existen materias jurídicas privilegiadas, sino que todo comportamiento puede ser contenido de la regulación jurídica.

Ahora bien, lo que nos permite afirmar que estamos en presencia de una norma jurídica no es el contenido específico de ésta, sino el modo en que es creada o eje-

cutada. Aquí reconocemos las doctrinas positivistas del derecho que entienden a éste como mandato del soberano o como conjunto de normas de carácter coactivo; dichas doctrinas desplazan el elemento esencial del derecho de la materia a la forma de la norma jurídica, por eso se explica la identificación entre positivismo jurídico y formalismo.

En un tercer sentido la función del derecho natural consiste en servir de fundamento al derecho positivo, en la medida en que prescribe a los súbditos la obediencia de lo que ordena el soberano, dándole legitimidad al poder del legislador humano. "En esta concepción, que caracteriza, según mi opinión, la teoría de Hobbes, el derecho natural queda reducido a una única forma. En la sociedad de iguales: "hay que cumplir las promesas"; en la sociedad de desiguales: "hay que obedecer las órdenes del superior" (págs. 71 y 72).

Frente a esta idea del derecho natural, se argumenta desde el punto de vista positivista, que la fundamentación del derecho positivo no está en otro derecho, el natural, sino que: "aquello que hace que un conjunto de reglas de conducta constituya un orden jurídico en una determinada sociedad, no es ya la existencia de un deber de obediencia de sus miembros, derivado de una ley extrapositiva, sino el hecho, el simple hecho, históricamente verificable, de que el orden es obedecido habitualmente por la mayor parte de las personas a quienes se dirige" (pág. 74).

Por otra parte, en contra de esta concepción de la ley natural como atlante de todo el sistema jurídico positivo, se encuentra la de Kelsen de la norma fundamental hipotética, la cual sirve de fundamento de validez a todas las normas jurídicas que integran un orden jurídico positivo, pero sólo puede funcionar dicha norma sobre el supuesto de que el orden jurídico de que se trate sea, en su mayor parte, eficaz.

Por último, en el apéndice del libro que se reseña, se insiste y se desarrolla el tema analizado en el segundo capítulo del propio libro, sólo que bajo la forma del análisis crítico del libro de Cattaneo mencionado al principio de esta reseña.

Ahora bien, este último autor se inspira en un trabajo de Eisenmann para fijar tres significados del positivismo jurídico; en dicho trabajo su autor se planteaba el problema de saber en qué consistía la influencia del derecho natural sobre la actividad del jurista, del juez y del legislador, excluyéndolo en el primer caso, excluyéndolo y admitiéndolo según fueran las circunstancias en el segundo, y admitiéndolo en el tercero.

Cattaneo, en efecto, no se plantea el problema del derecho positivo en el lugar que ocupa en las actividades del jurista del juez y del legislador, sino de las consecuencias que implica la adhesión al positivismo jurídico en estos tres casos.

En opinión de Bobbio el estudio de Cattaneo se presenta como el análisis de las actitudes específicas que el positivismo jurídico hace surgir a los que hacen de las normas jurídicas objeto de la investigación; de los destinatarios de las normas jurídicas, es decir, a los que deben aplicarlas, ciudadanos y jueces; y, por último, a los que tienen la tarea de crearlas, o sea, a los legisladores.

Dichas actitudes se pueden resumir de la manera siguiente: "1) en el plano del conocimiento, el positivismo jurídico se presenta como aquella teoría que distingue el estudio del derecho que es del estudio del derecho que debe ser, e invita al jurista a considerar como derecho aquello que efectivamente es practicado en una sociedad, independientemente del hecho de que sea moralmente valioso; 2) en el plano de la

aplicación, el positivismo se presenta como aquella teoría que "afirma la existencia de un deber de fidelidad y de obediencia al derecho positivo independientemente del o aun a costa del deber de obediencia a las normas morales" (p. 21), e invita al ciudadano y al juez a obedecer incondicionalmente las leyes en tanto tales; 3) en el plano de la producción jurídica, el positivismo jurídico se presenta como aquella teoría que niega que haya modelos absolutos de conducta que puedan inspirar al legislador, o sea, niega, en otras palabras, la posibilidad de conocer y determinar racional y objetivamente los valores (p. 31) y "coincide, para decirlo brevemente, con el relativismo ético" (págs. 94 y 95).

Bobbio considera que la exposición anterior se podría reducir, sin forzarla a los siguientes momentos: I. En el primer caso se está en presencia del sentido del positivismo jurídico como *approach* al estudio del derecho. II. En el segundo sentido el positivismo jurídico es una mera ideología, es decir es una pauta para distinguir lo bueno de lo malo, lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer. III. En el tercer sentido el positivismo jurídico va acompañado de la teoría filosófica que se denomina relativismo ético.

Según Bobbio, Cattaneo, ha distinguido correctamente los dos primeros significados del positivismo jurídico, pero al exponer el tercer significado del propio positivismo jurídico se concreta a mostrar la relación concomitante que existe entre el fenómeno complejo del positivismo jurídico y una filosofía moral tal cual es el relativismo ético. Es un error de Cattaneo, según el autor del libro que se reseña cuando sostiene que en la coincidencia que según él existe entre juspositivismo y relativismo ético ha individualizado "un tercer tipo de positivismo jurídico" (p. 32), equivale a sostener que el relativismo ético es un tipo de positivismo jurídico" (pág. 97), ya que para atribuirle a un autor el carácter de positivista basta la adhesión al positivismo jurídico en el primero y en el segundo de los significados mencionados, pero la aceptación del tercero no es suficiente por sí misma para considerar a un jurista como adscrito a la corriente del positivismo jurídico.

Los tres casos descritos por Cattaneo como diversas formas del positivismo jurídico, sostiene Bobbio, no se encuentran en el mismo plano aun cuando tengan algo de común entre sí. Y precisamente lo que tienen en común es que constituyen tres formas de oposición al jusnaturalismo. Esta oposición se manifiesta, en el primer caso, o sea, cuando el positivismo jurídico se entiende como método, es decir, como la separación entre el derecho que es del que debe ser, que constituye una forma de oposición a la posición jusnaturalista que reduce la validez del derecho a la justicia; en el segundo caso esto es, el positivismo jurídico como ideología que afirma la obligación de obedecer las leyes por ser tales, se opone a la doctrina jusnaturalista que sostiene la obligación moral de obedecer sólo las leyes justas; y, por último, la teoría del relativismo ético se opone a la concepción del jusnaturalista en sus principales versiones, que sostiene una doctrina objetivista de los valores. Aquí el autor del libro que se reseña hace una observación interesante, "Pero el hecho de que las tres sean formas de oposición al jusnaturalista no se deduce que las mismas sean formas de positivismo jurídico" (pág. 98).

Es conveniente advertir que, y en esto compartimos la opinión de Bobbio, es impropio denominar positivismo jurídico al relativismo ético, en virtud de que éste no se opone al derecho natural en lo que preconiza ésta última doctrina el primado del de-

recho natural sobre el derecho positivo, sino en cuanto se coloca, el propio derecho natural, como un defensor del objetivismo de los valores, y por ende, combate al derecho natural no en el plano de la antítesis entre el derecho natural y el positivo, sino al nivel de la oposición entre una concepción absolutista y una relativista de los valores.

Considera el autor del ensayo que se reseña que en el libro de Cattaneo, no se tomó en cuenta un tercer significado del positivismo jurídico, el cual se puede expresar en los siguientes términos: "Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella teoría del derecho que en otras épocas ha sido llamada estatal-legalista y que está caracterizada por la afirmación de la preeminencia del derecho del Estado sobre el derecho de todo otro ordenamiento, y por la afirmación de la preeminencia de las leyes sobre cualquier otra fuente de derecho" (pág. 99).

Considera Bobbio que la teoría positivista del derecho presenta una serie de características que recurren sobre los siguientes aspectos: 1) la definición del derecho; 2) la teoría de la norma jurídica; 3) la teoría de las fuentes del derecho; 4) la teoría del ordenamiento jurídico; 5) la teoría de la interpretación y de la ciencia jurídica" (pág. 100).

Las características de la teoría positivista del derecho se manifiestan en relación con los aspectos aludidos, respectivamente, por lo que toca a la definición del derecho se caracteriza la teoría de que se trata por considerar que hay una identificación entre la voluntad creadora del derecho y la del soberano político, en resumen se reduce el derecho, al derecho estatal; por lo que hace a la concepción de la norma jurídica se le considera como un mandato; por lo que respecta a las fuentes del derecho el positivismo jurídico se caracteriza por la sobreestimación de la ley en relación con el derecho consuetudinario y el judicial; por lo que toca a la doctrina del ordenamiento jurídico, considera que existe el dogma de la plenitud de éste, lo cual implica la ausencia de lagunas legales. Por último, la teoría de la interpretación que expone la doctrina de que se trata consiste en que el jurista y el juez deben declarar el derecho preexistente y no crear reglas nuevas y el método de la interpretación se resume en meras operaciones lógicas.

Por lo que toca a la función que según Bobbio dentro del positivismo jurídico le corresponde al juez, es inexacto que dicha función sea puramente declarativa para las diversas formas del positivismo jurídico, ya que para el Kelseniano la función del juez es semejante a la del legislador, sólo que la creación que lleva a cabo es de normas jurídicas individualizadas: sentencias, en tanto que la función del legislador es la de crear normas jurídicas generales.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto anteriormente parece correcto sostener que la última característica que Bobbio le asigna al positivismo jurídico no conviene a toda forma de expresión de éste último.

Afirma el autor de referencia que no es necesario que concurren todos los elementos mencionados para que una doctrina merezca el nombre de positivista.

Por último, Bobbio sostiene que, en el libro de Cattaneo, no se precisan los aspectos particulares del positivismo jurídico como teoría, haciendo de esta una teoría autónoma, aun cuando el propio Cattaneo alude, cuando caracteriza el positivismo de Hobbes, Bentham y Austin, a algunos aspectos del positivismo jurídico como teoría al llevar a cabo la caracterización mencionada, con respecto a esta deficiencia sostiene nuestro autor que: "Sólo que no ha tratado, por una razón que no resulta clara en la exposi-

sión, de extraer los aspectos singulares de esa teoría y hacer de ella una especie autónoma. Esta falta ha inducido a Cattaneo a formular juicios históricos que no parecen del todo correctos y lo ha privado de una categoría útil para la interpretación y la clasificación de los mismos autores estudiados" (pág. 104).

Cattaneo, según Bobbio, caracteriza al positivismo jurídico inglés por la distinción entre el derecho que es y el que debe ser, y en opinión del último de los autores mencionados tanto Hobbes, Bentham y Austin, son positivistas en el sentido del positivismo jurídico como teoría, y por ende, en el mismo grado y sentido en que los juristas del continente son positivistas.

Ahora bien, considerar a los tres autores ingleses mencionados, como lo hace Cattaneo, como positivistas sólo en virtud del método empleado y no también en función del tipo de teoría creada acarrea dos inconvenientes que son: 1o. No permite observar los vínculos entre el positivismo jurídico continental y el inglés, en relación con algunos aspectos de la teoría general del derecho; y 2. No se da el énfasis debido a la analogía de pensamiento que se presenta entre los mencionados autores ingleses tanto desde el punto de vista jurídico: estatismo, voluntarismo, imperativismo, legalismo, como desde el punto de vista filosófico: utilitarismo, objetivismo.

Me parece que el mérito fundamental del libro de Bobbio, que nos ocupa, es el de poner en claro las diversas acepciones del positivismo y del jusnaturalismo, lo cual facilita el planteamiento correcto de la polémica entre aquellos que se afilian a una o a otra concepción, ya que frecuentemente dicha polémica es una mera ilusión, puesto que los adversarios inspirados por el entusiasmo se dedican a atacar a un enemigo inexistente o deformado, y no se preocupan por el esclarecimiento de las cuestiones controvertidas.

Leandro AZUARA

Director del Seminario de Sociología de la Facultad de Derecho de la U. N. A. M.