ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 AÑOS DE NUESTRA SOCIEDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor:
Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2001

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 19
2 0 0 1

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Valparaíso, Católica de Temuco, de Concepción, de Chile, de los Andes, Internacional SEK, del Mar, Diego Portales, de la República, y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. S. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2001

20 AÑOS DE NUESTRA SOCIEDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

LAS ANTINOMIAS EN EL PENSAMIENTO DE NORBERTO BOBBIO

MAX SILVA ABBOTT *

1. *Introducción*

Norberto Bobbio es, sin duda alguna, uno de los filósofos del Derecho más influyentes del presente siglo. Nacido en Turín en 1909, ha dedicado casi 70 años a la docencia y a la investigación, siendo el conjunto de sus obras de magnitud verdaderamente asombrosa ([1]). Su influencia dentro y fuera de Italia también se ha hecho

---

* Profesor de Fundamentos Filosóficos del Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Doctor (C) en Derecho por la Universidad de Navarra.

1. En efecto, se han realizado varias recopilaciones de la monumental bibliografía bobbiana, que comprende sólo hasta 1993 más de 2.000 títulos, compuestos fundamentalmente por recensiones, artículos en revistas especializadas, conferencias, entrevistas y libros. La bibliografía de este autor resulta especialmente engorrosa no sólo por su cuantía, sino además, porque ha sido común que varios artículos aparecidos en diferentes revistas —principalmente italianas, aunque también francesas, alemanas, españolas y norteamericanas, entre otras— han sido con posterioridad, refundidos en varios libros publicados también en varios idiomas. A esto debe agregarse que no pocas veces se ha cambiado el título original de algún escrito en esta reedición, lo que dificulta aún más las cosas.

Varios autores han realizado un catastro de la biografía bobbiana. En nuestro caso ha sido de particular utilidad la obra de VIOLI, CARLO, *Biblio-*

sentir, no sólo en materias jurídico-filosóficas, sino además, filosófico-políticas. Se ha llegado a hablar incluso de la 'Escuela de Bobbio', que cuenta con ilustres seguidores, particularmente en Italia y España ([2]).

---

grafia degli scritti di Norberto Bobbio 1934-1993, Roma-Bari, Laterza, 1995. Este trabajo es la culminación de varios años de labor, que en su oportunidad dieran origen a dos publicaciones más junto a otro autor: VIOLI, CARLO; MAIORCA, BRUNO, *Norberto Bobbio: 50 anni di studi. Bibliografia degli scritti 1934-1983, a cura di Carlo Violi. Bibliografia di scritti su Norberto Bobbio, appendice a cura di Bruno Maiorca*, Milán, Franco Angeli, 1984; y un 'suplemento' del anterior: *Norberto Bobbio. Bibliografia degli scritti 1984-1988, a cura di Carlo Violi. Bibliografia di scritti su Norberto Bobbio, a cura di Bruno Maiorca*, Milán, Franco Angeli, 1989. Todos estos trabajos tuvieron su origen en un artículo de Violi "Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio (1934-1964)" aparecido en *Studi Senesi*, vol. LXXVII (1965), pp. 121-186.

Por su parte, también deben mencionarse las obras de BORSELLINO, PATRIZIA, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, Milán, Giuffre, 1983; de ORECCHIA, RINALDO, *La filosofia del diritto nelle universite italiane 1900-1965. Saggio di bibliografia*, Milán, Giuffre, 1967, pp. 45-63; y la de RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Filosofia y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 431 y ss. También tiene este último autor una lista de los trabajos jurídicos de Bobbio en la recopilación que realizara en BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres editor, 1980, edición y traducción a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, pp. 58-65.

Como advertencia, debe señalarse que por la gran cantidad de obras que se citan del pensador italiano, en aquellos escritos que sean a su vez parte de un libro, se entiende que dicho libro también es de autoría de Bobbio, salvo que se señale lo contrario.

2. En efecto, es particularmente con motivo de un par de obras de 1950 relativas a la Ciencia jurídica (*Teoria della scienza giuridica*, Turín, Giappichelli, 1950, y "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. IV (1950), pp. 342-367 —hay una traducción al castellano, por la que se cita: "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 173-200—), que surgen una serie de discípulos suyos, primero en Italia y luego fuera de ella. Estos discípulos continuarán fieles a su maestro, tanto en su vertiente analítica como kelseniana, aun cuando el propio Bobbio irá modificando la postura manifestada en esos años en estas y otras materias. Dentro de la doctrina italiana destacan autores como Uberto Scarpelli, Giovanni Tarello, Giacomo Gavazzi, Amadeo Conte, Mario Losano, Mario Jori, Letizia Gianformaggio, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini y Enrico Pattaro (si bien estos dos últimos han criticado bastantes aspectos de la obra bobbiana). (Cfr. Pattaro, Enrico, "La crisis del kelsenismo italiano desde la perspectiva neoempirista de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli", en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XXX (1987, pp. 236-237).

Por su parte, en el ámbito español figuran autores tales como Gregorio Peces-Barba Martínez, Elías Díaz, Manuel Atienza, Alfonso Ruiz Miguel, Rafael de Asís Roig, Luis Prieto Sanchís y Juan Carlos Bayón, entre otros. En nuestro medio nacional, han recibido su influencia pensadores de la talla de Carlos Peña y Agustín Squella.

Sobre la 'Escuela de Bobbio', vid. BARRERE UNZUETA, MARIA ANGELES, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990; y ZACCARIA, ANNALISA, "La scuola di Bobbio", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. LXI (1984), pp. 337-350.

Si bien la obra de Bobbio se inicia en 1934, se puede considerar con bastante fundamento que su período de madurez comienza a fines de los 40, aproximadamente en 1948, con un curso suyo, las *Lezioni di filosofia del diritto* de ese año. Aquí yacen las bases de su concepción de la ciencia, que si bien irá sufriendo una evolución en los siguientes años, permanecerá fiel en sus lineamientos generales a lo sostenido en esta época ([3]).

---

3. La obra de Bobbio mencionada es *Introduzione alla filosofia del diritto*, Turín, Giappichelli, 1948, sin perjuicio de las ya citadas *Teoria della scienza giuridica* y "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje".

Concuerdan en situar por esta época el inicio del período de madurez de Bobbio, BORSELLINO, PATRIZIA, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Milán, Giuffre, 1991, pp. 1-32; ID, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XXX (1987), pp. 283-284 y nota 6; ID, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, cit., pp. 1-7 y 30-33; GUASTINI, RICCARDO, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. VII (1978), pp. 294-295; y RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 18-20 y 40-44.

El propio Bobbio lo señala, por lo demás entre otros muchos lugares, en: "Prefazione", a *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizione Scienti-

Por todo lo apuntado, resulta evidente que la obra bobbiana se ha referido a prácticamente la totalidad de los temas propios de la Filosofía del Derecho, sin perjuicio de otros muchos de filosofía política y de política contingente italiana. Lo curioso es, sin embargo, que Bobbio no posee un gran libro, ni una especie de compendio que sea el corazón de su obra. Al contrario, si hubiera que caracterizar su producción intelectual, habría que catalogarla —si cabe el neologismo— de 'articulista', en razón precisamente, de haber producido sobre todo artículos. Tal vez las únicas obras que pueden considerarse orgánica, además de *Teoria della scienza giuridica* y la *Introduzione alla filosofia del diritto,* ya citadas, son *Teoria de la norma giuridica, Teoria dell'ordinamiento giuridico* y por último, *Il positivismo giuridico,* todos correspondientes, en realidad, también a apuntes de clases posteriormente revisados por el autor. Estas tres últimas obras han sido numerosamente reeditadas y traducidas, motivo por el cual son tal vez las más conocidas de Bobbio en sede jurídica ([4]).

---

fiche Italiane, 1992, pp. 5-8; "Síntesis Panorámica", en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio,* edición a cargo de Angel Llamas, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 112-113; (junto a POLITO, PIETRO) "Dialogo su una vita di studi", en *Nuova Antologia,* Nº 2200 Florencia, Le Monnier, octubre-diciembre 1996, pp. 45-47; y en "Hans Kelsen, la teoría del diritto e il diritto internazionale. Un dialogo con Danilo Zolo", *pro manuscripto,* p. 3. (Corresponde al borrador de este artículo, fruto de una entrevista realizada por Zolo, el 1º de julio de 1997, suministrado gentilmente por el propio Bobbio al suscrito en Turín, el 23 de octubre de ese año.

4. Las obras en cuestión son: *Teoria della norma giuridica,* Turín, Giappichelli, 1958, *Teoria dell'ordinamento giuridico,* Turín, Giappichelli, 1960, y por último, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dr. Nello Morra,* Turín Editrice cooperativa libraria universitaria, 1961 (hay una segunda edición aumentada, Turín, Giappichelli, 1979). Las dos primeras obras han sido unificadas posteriormente, primero al traducirlas al español, bajo el título *Teoría general del Derecho,* Bogotá, Temis, 1987, traducción de Eduardo Rozo Acuña (hay también una versión española más conocida, por la que se cita en adelante, Madrid, Debate, 1991). Existe por último también en versión italiana: *Teoria generale del diritto,* Turín, Giappichelli, 1993. En

2. *Algunas premisas del positivismo jurídico de Bobbio*

Bobbio es considerado, y él mismo lo ha declarado reiteradamente, un discípulo de Kelsen ([5]). De hecho, fue prácticamente el primer difusor de este pensador en Italia, ya antes de los años 40. Lo curioso, sin embargo, es que ambos juristas sólo tuvieron un encuentro, bastante breve, que no dice relación alguna con el grado de influencia ejercido por el autor austríaco ([6]). En todo caso, Bobbio no es un mero repetidor o divulgador de Kelsen. Lo anterior por dos razones: en primer lugar, por haber recibido otras influencias, particularmente la filosofía analítica de Carnap (como lo demuestran las obras de los años 50); y en segundo lugar, por haberse dedicado también de manera constante, sobre todo desde 1970, a la filosofía política, dadas las innegables relaciones entre Derecho y poder. De ahí que resulte imposible pasar por alto otras influencias sobre el profesor de Turín, particularmente de pensadores como Pareto, Weber y Hobbes.

---

cuanto a la tercera obra, también hay una traducción al español, texto por el cual se cita: *El positivismo jurídico,* Madrid, Debate, 1993, traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi, con un estudio preliminar del primero de ellos.

Cabe destacar que además existe otra obra, poco conocida, de similares características, titulada igualmente *Teoria dell'ordinamento giuridico,* Turín, Giappichelli, 1955, correspondiente también a un curso universitario de Bobbio.

5. Así por ejemplo, en "Francesco Carnelutti, teorico generale del Diritto", y "Teoria generale del Diritto e teoria del rapporto giuridico", ambos artículos reeditados en *Studi sulla teoria generale del diritto,* Turín, Giappichelli, 1955 pp. 22-24 y pp. 57 y 72, respectivamente; *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 8 y 94; "Formalismo jurídico y formalismo ético" y "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", ahora en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 114 y 260 respectivamente, y el "Prólogo a la edición española" de Bobbio a esta recopilación, p. 12; "Prefazione", a *Teoria generale del Diritto,* cit., pp. VII-XI, y "Prefazione" a *Diritto e potere. Saggi su Kelsen,* cit., pp. 5-12.

6. El encuentro entre Bobbio y Kelsen tuvo lugar en París, en 1957, en un seminario internacional organizado por el *Institut International de Philosophie Politique,* sobre el Derecho natural.

El resultado de todo esto ha sido, en sede jurídica, un escepticismo moral y una defensa de los postulados científicos defendidos por el positivismo jurídico. Estos postulados se manifiestan fundamentalmente por: *a)* un marcado *empirismo; b)* la *aproximación avalorativa* al fenómeno jurídico; y *c)* la consideración del mismo desde una óptica *normativa*. Lo anterior significa, de manera correlativa, tres cosas, que deben tenerse permanentemente en cuenta si se quiere contemplar las cosas como lo hace Bobbio y en general, la tradición positivista ([7]).

a) En primer lugar, en virtud del *empirismo,* sólo pueden ser analizados científica —o racionalmente, que para estos efectos es lo mismo—, los hechos perceptibles por los sentidos, y no los valores ([8]). Esto es algo común tanto para el positivismo jurídico normativista como para las corrientes sociológicas del Derecho. De tal suerte, los valores se encuentran excluidos del ámbito racional. Esta exclusión se debe precisamente a su carácter no-empírico, motivo por el cual quedarían reducidos a los meros sentimientos o pareceres ([9]).

En estrecha relación con esta idea, se parte de la tajante separación entre el mundo de los hechos y el de los valores. Es la llamada 'falacia naturalista', la división *Sein-Sollen* o la *is-ought question,* esto es, la imposibilidad de pasar desde meros juicios de hecho

---

7. Una interesante crítica de estos y otros presupuestos del positivismo jurídico puede encontrarse, entre otros muchos lugares, en ORREGO SANCHEZ, CRISTOBAL, *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico,* Pamplona, Eunsa, 1997, especialmente pp. 15-192; SERNA BERMUDEZ, PEDRO, "Prólogo" a la obra antes citada, pp. XV-XXVIII; Id., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos,* Pamplona, Eunsa, 1990, especialmente pp. 13-133; Id., "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", en *Persona y Derecho,* vol. 37 (1997), pp. 279-314.

8. Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRES, *Derechos humanos y metodología jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 17-25 y 119-126; ROBLES MORCHON, GREGORIO, *Introducción a la Teoría del Derecho,* Madrid, Debate, 1988, pp. 75-91, 103-110 y 137-138.

9. Entre otros muchos lugares en que también lo declara Bobbio, cfr. "Filosofía del Derecho y Teoría general del Derecho", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 75-76 y *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 15.

a juicios de valor sin caer en un error lógico. De los hechos sólo pueden surgir hechos, y de los valores sólo pueden surgir valores. Esta crítica es esgrimida fundamentalmente contra el iusnaturalismo, que pretendería deducir de simples hechos (esto es, del concepto de 'naturaleza', entendida para el positivismo como mera empirie), una serie de pautas de valor o de deber ser. Sin perjuicio de que esta materia escapa al presente trabajo, debe dejarse constancia, dentro de la abundante discusión que ha generado el tema, que la visión que posee sobre este punto la tradición positivista es incompleta. En efecto, aún cuando lógicamente se arriba a una conclusión correcta —de los meros hechos no pueden desprenderse valores—, lo cierto es que tal como ha sido planteada la cuestión, no se comprende que se está partiendo de un concepto diferente de 'naturaleza' en uno y otro caso (la tradición positivista y el iusnaturalismo tomista, respectivamente). En el caso de este último, se trata, en realidad, de un concepto *dinámico,* que tiende hacia ciertos objetivos, que en el hombre tienen la calidad de fines. Como tales, representan no un simple 'hecho' —como lo plantea el positivismo—, sino una exigencia a alcanzar, una propuesta de superación: el hombre es algo —posee una naturaleza—, pero en virtud de ese 'algo', tiene una serie de potencialidades que lo impulsan a hacerse más, a superarse. De esta manera, junto a los datos de hecho, se esconde en este concepto dinámico de naturaleza, una *prescripción,* que como tal, puede ser seguida o no. O dicho de otra manera, para lograr una proposición prescriptiva —de deber ser—, al menos una de las proposiciones que le da origen también debe ser prescriptiva, aun cuando la otra sea descriptiva, como en este caso ([10]).

---

10. Sobre este tema y en general la refutación de la llamada 'falacia naturalista', puede consultarse, entre otros, MASSINI-CORREAS, CARLOS IGNACIO, *La falacia de la «falacia naturalista»,* Mendoza, Idearium 1995, *passim,* especialmente pp. 17-79; GARCIA-HUIDOBRO, JOAQUIN, *Razón práctica y Derecho natural. El iusnaturalismo de Tomás de Aquino,* Valparaíso, Edeval, 1993, pp. 14-23 y 264-275; Id., "La *'is-ought question'* y el valor del argumento de la perversión de las facultades naturales", en *Persona y Derecho,* vol. 29 (1993), pp. 167-179; HOFFE, OTFRIED, "Derecho natural sin falacia naturalista", en Id., *Estudios sobre Teoría del Derecho y otros ensayos,* México, Fontamara, 1992, traducción de Jorge M. Seña, pp.

b) La *aproximación avalorativa* al fenómeno jurídico significa, en segundo lugar, que el Derecho es analizado desde una perspectiva *formal,* esto es, sólo atendiendo a su *estructura* o *forma,* sin prestar atención a su contenido. Esto se explica debido precisamente a la exclusión de los valores del ámbito racional por parte del positivismo jurídico: si en su opinión no son susceptibles de un análisis 'objetivo' —al no ser empíricamente verificables—, difícilmente puede pretenderse incluirlos en un estudio 'científico' del Derecho. Por el contrario, siguiendo con esta perspectiva, lo único que puede ser objeto de análisis racional son los hechos sociales o las normas jurídicas válidas. Esto ha dado origen a las corrientes sociológicas y normativistas, respectivamente, ubicándose Bobbio en estas últimas. De ahí que el Derecho se reduzca a la norma jurídica en cuanto tal, independientemente de su contenido ([11]).

Sin embargo, el enfoque normativista ha sido atacado, entre otros, por pensadores que también se declaran 'positivistas'. En efecto, desde las filas del realismo escandinavo se ha criticado, y con razón, que las normas en general y las jurídicas en particular, no pueden ser asimiladas sin más, a simples 'hechos', perceptibles empíri-

---

105-132; LOPEZ HERNANDEZ, JOSE, "La falacia naturalista y el Derecho natural", en *Persona y Derecho,* vol. 29 (1993), pp. 265-292; HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho natural,* Pamplona, Eunsa, 1987, 5ª ed., pp. 146-152; SERNA BERMUDEZ, PEDRO, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos,* cit., pp. 118-130; D'AGOSTINO, FRANCESCO, *Filosofia del diritto,* Turín, Giappichelli, 1993, pp. 87-99; CARPINTERO BENITEZ, FRANCISCO, "¿Hay que admitir la «falacia naturalista»?", en *Persona y Derecho,* vol. 29 (1993), pp. 139-166; ERRAZURIZ MACKENNA, CARLOS JOSE, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Visión crítica,* Pamplona, Eunsa, 1986, pp. 64-83. CAPESTANY J., EDWARD, "El reto de la falacia naturalista por la teleología", en *Persona y Derecho,* vol. 29 (1993), pp. 293-306.

Sobre la concepción del positivismo jurídico de la naturaleza como mero hecho, además de las obras recién citadas, vid. GARCIA-HUIDOBRO, JOAQUIN, MASSINI-CORREAS, CARLOS I.; BRAVO LIRA, BERNARDINO, *Reflexiones sobre el Socialismo Liberal,* Santiago, Editorial Universitaria, 1988, pp. 29-60 y 103-119; BALLESTEROS, JESUS, *Sobre el sentido del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1984, pp. 19-42.

11. Sobre este punto puede verse OLLERO TASSARA, ANDRES, *Derechos humanos y Metodologia jurídica,* cit., pp. 17-25; LARENZ, KARL, *Metodologia de la Ciencia del Derecho,* Barcelona, Ariel, 1994, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero (de la 4ª ed. alemana definitiva, Berlín-Heildelberg, Springer Verlag, 1979), pp. 39-140; FASSO, GUIDO, *Historia de la Filosofía del Derecho,* vol. III, Madrid, Pirámide, 1981 (2ª ed.), traducción de F. J. Lorca Navarrete, pp. 133-160.

Este importante tema ha sido también tratado por Bobbio en múltiples lugares. Entre otros, pueden citarse: "Filosofía del Derecho y Teoría general del Derecho", pp. 75-80 y 87; "Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho", pp. 98 y 100-101; "Formalismo jurídico y formalismo ético", pp. 105-110, 114 y 116; "La Teoría pura del Derecho y sus críticos", pp. 120 y 132-134; "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", pp. 246-251; "Para una clasificación de las normas jurídicas", p. 306; "Derecho y fuerza", pp. 337, 339-340 y 348; todos ahora reunidos en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit. Otros lugares que tocan este tema son: recensión de "GOLDSCHMIDT, JAMES, *Problemi generali del Diritto,* Padua, Cedam, 1950, pp. X-144", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* vol. IV, (1950), p. 1019; *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 15, 35-37 y 43-46; *El positivismo jurídico,* cit., pp. 145, 147, 151-155 y 227, "Introduzzione", pp. VII-VIII; "Francesco Carnelutti, teorico generale del Diritto", pp. 2-8 y 23-24; y "Teoria generale del Diritto e teoria del rapporto giuridico", p. 73, los tres ahora en *Studi sulla teoria generale del diritto,* cit., "Formalismo jurídico", y "Positivismo jurídico", ambos ahora en *El problema del positivismo jurídico,* Buenos Aires, Eudeba, 1965, traducción de Ernesto Garzón Valdés, pp. 18-23 y 25-26; y 41-43 y 47, respectivamente; "Due teorie generali del Diritto in lingua francese", en *Rivista Internazionales di Filosofia del Diritto,* vol. XXXI (1954), p. 247; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 348; "La Teoria generale del Diritto di Jean Haesaert", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* vol. XXXII (1955), pp. 202-205; "Gurvitch y los derechos sociales", en *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig, pp. 28-29; "Pareto y la crítica de las ideologías", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci,* Madrid, Debate, 1985, traducción y estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel, p. 328; "Promessa", a *Studi per una teoria generale del diritto,* Turín, Giappichelli, 1970, p. 9.

camente. Como entes, las normas poseen un 'sentido' que va mucho más allá de lo que revelan los simples sentidos. El resultado ha sido pretender aplicar a una realidad perteneciente al mundo del deber ser —las normas—, un estatuto científico similar al del mundo del ser —los hechos—. Este es un tema que escapa al presente trabajo, pero sin duda requiere mayor atención ([12]).

Por eso —siguiendo con el enfoque formal— Bobbio insiste reiteradamente que el positivismo jurídico estudia el Derecho tal como *es* —aceptando su contenido tal cual ha sido establecido, sin criticarlo ni alabarlo, para no salirse así del ámbito 'científico'—, no como *debiera ser* —esto es, con un contenido *justo*—, según los ideales del estudioso ([13]).

c) Por último, y teniendo en cuenta todo lo anterior, en tercer lugar, esta perspectiva formal-estructural se aboca al estudio del Derecho entendiéndolo como un complejo de normas que constituyen un ordenamiento jurídico. Como tal, debe ser analizado de manera independiente a los elementos que lo conforman. En consecuencia, el estudio formal es doble: desde la perspectiva de la norma aisladamente considerada y del ordenamiento en su conjunto ([14]).

En virtud del tema del presente trabajo —las antinomias—, aquí interesa la segunda de estas perspectivas. Ahora bien, dado que para el pensador italiano este conglomerado de normas no es una mera yuxtaposición de prescripciones, sino un conjunto ordenado, resulta indispensable indagar qué entiende por 'sistema', puesto que el ordenamiento jurídico es analizado permanentemente bajo esta perspectiva, esto es, como un sistema normativo.

3. *El ordenamiento jurídico como sistema*

Para Bobbio, *sistema* es "una totalidad ordenada, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto orden" ([15]). También lo define como "un conjunto de elementos en relación de interdependencia entre sí y con el todo [...] cuya estructura, una vez individualizada, permite explicar la composición, el movimiento y el cambio de las partes específicas" ([16]).

Este conjunto ordenado —en el caso del Derecho— de normas, no es un fenómeno espontáneo. El mérito de su construcción no se encuentra en quién crea las normas que lo componen, sino en quién las *estudia:* "el sistema no es el ordenamiento tal como ha sido es-

---

12. Cfr. ROSS, ALF, *El concepto de validez y otros ensayos,* México, Fontamara, 1993, traducción de Genaro R. Carrió y Osvaldo Pascheco, pp. 7-32; PATTARO, ENRICO, *Elementos para una Teoría del Derecho,* Madrid, Debate, 1985, traducción de I. Ara Pinilla, pp. 41-121; Id., "Per una mappa del sapere giuridico", en AA. VV., *La teoria general del diritto. Problemi e Tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio,* a cargo de U. Scarpelli, *problemi attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio,* a cargo de U. Scarpelli, Milán, Comunita, 1983, pp. 260-261 y 270-276; Id., "Il positivismo giuridico dalla rinascita alla crisi", en *Diritto e analisi del linguaggio,* cit., pp. 469- 484.
Desde otras perspectivas, puede consultarse, LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del Derecho,* cit., pp. 85-90; ROBLES MORCHON, GREGORIO, *Las limitaciones de la teoría pura del Derecho,* México, Unam, 1989, *passim.*

13. Cfr. *El positivismo jurídico,* cit., p. 141. Por eso señala: "Para un positivista la ciencia debe excluir de su ámbito los juicios de valor [,] ya que pretende alcanzar un conocimiento puramente *objetivo* de la realidad, mientras que dichos juicios de valor son siempre *subjetivos* (o personales) y por ello incompatibles con la exigencia de objetividad" (*ibid,* p. 145).

14. Cfr. "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 251; *El positivismo jurídico,* cit., p. 9-10 y 202; *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 7-11 y 153-155; *Teoria generale del Diritto,* cit., pp. VII-X; "Premessa" a *Studi per una teoria generale del Diritto,* cit., pp. 9-10.

15. *Teoría general del Derecho,* cit., p. 189.

16. "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", p. 252. La misma idea, entre otros muchos lugares, en *ibid,* pp. 252-254, y en "Formalismo jurídico y formalismo ético", ambos ahora en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 189-196 y 223; y 111-112, respectivamente; y *El positivismo jurídico,* cit., pp. 201 y 241.

tablecido por el legislador, sino como ha sido elaborado por el científico del Derecho" ([17]).

Esta es la razón por la que en opinión de Bobbio, y dada su filosofía analítica, la Ciencia del Derecho debe ser entendida como una *ciencia formal* ([18]). Como tal, se trata de una

> forma de saber que no tiene por objeto hechos del mundo físico o humano, sino *calificaciones normativas de hechos* y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la *construcción,* y en última instancia, el sistema [...] 'Construcción' es el término más comúnmente usado por los juristas para indicar la operación característica de la Ciencia del Derecho (diferente precisamente de la mera interpretación de las leyes), que consiste en definir un hecho, un acto, una relación, una institución, *con el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos.* A través de aquel complejo de operaciones que se designan con el nombre de 'construcción', el jurista subsume un hecho dado o un acto o una relación o una institución en esta o en aquella categoría jurídica, *con el fin de atribuirle tal o cual calificación normativa y ordenarlo dentro del sistema. De la construcción depende la atribución de determinadas consecuencias jurídicas* a un hecho, a un acto, a una relación o a una institución; a la construcción se le confía la formación del *sistema jurídico.* En esta acepción el término 'construcción' está estrechamente vinculado con la noción de 'dogmática'; la dogmática es, en el sentido dinámico, el efecto de la construcción de los juristas, en sentido estático, un conjunto de modelos proporcionados por la obra de construcción ([19]).

Por tanto, una primera conclusión de esta aproximación al concepto de sistema, es su *artificialidad.* En efecto, puesto que —al me-

17. *El positivismo jurídico,* cit., p. 205.

18. Cfr. *Ibid,* pp. 215 y 223-225; "Formalismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico,* cit., pp. 23-27.

19. "Formalismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico,* cit., pp. 23-24. Las cursivas (excepto *construcción)* son nuestras.

nos en un principio ([20])— es una *construcción,* su materia prima son las normas que componen el ordenamiento. Estas normas contienen las diferentes *calificaciones normativas,* razón por la cual el objetivo de la Ciencia jurídica es *situarlas dentro del sistema y atribuirles determinadas consecuencias jurídicas.* De ahí que el nexo de unión entre condición y consecuencia —entre prestación y sanción— no sea de causalidad, sino —siguiendo a Kelsen— de *imputación* ([21]).

Lo anterior lo confirma Bobbio al expresar 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 ([22]).

Esto es resultado de la ya comentada división *Sein-Sollen,* entre el mundo del ser y del deber ser. Para el positivismo no existen materias jurídicas de suyo (ello equivaldría a reconocer la existencia de un Derecho natural o de *hechos* con un estatuto jurídico propio), motivo por el cual es necesaria en todos los casos la co-

20. Decimos 'al menos en un principio', debido a que con posterioridad a la labor del científico del Derecho (cuyo punto de partida son las calificaciones normativas), esto es, una vez elaborados los conceptos e insertados dentro del sistema, esta construcción puede ser aprovechada por el legislador o el juez y tener una importante influencia en su labor. Desde este punto de vista, resulta obvio que tendrá consecuencias muy concretas y palpables en el mundo jurídico. Para probarlo, sólo basta con comprobar el enorme grado de influencia que sobre la jurisprudencia tiene la doctrina en cada país, si bien se trata de una influencia que demora algún tiempo en hacerse sentir.

21. Cfr. *El positivismo jurídico,* cit., pp. 198 y 205; "Formalismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico,* cit., pp. 18-24; *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 105-108; "Due variazioni sul tema dell'imperativismo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* vol. XXXVII (1960), pp. 72-74, "Norma giuridica", en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. XI, Turín, Utet, 1965, p. 335; "Considerazioni in margine"; en *Rivista di Filosofia,* vol. LVII (1966), pp. 235-237; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. V, Turín, Utet, 1960, pp. 770-771.

Por su parte, la relación de *imputación* la desarrolla Kelsen —entre otros lugares— en *Teoría pura del Derecho,* México, Porrúa, 1965, traducción de Roberto J. Vernengo, pp. 90-105.

22. "Formalismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico,* cit., p. 24.

rrespondiente *calificación normativa.* Esto explica a su vez, la estrecha relación que para Bobbio hay entre Ciencia jurídica y normativismo: el trabajo del científico del Derecho sólo recae sobre estas calificaciones normativas. Por tanto, si todo depende en última instancia de la voluntad humana —el origen de esta calificación ([23])—, se entiende por qué la dogmática no tiene por misión preguntarse por la causa o el fin de los hechos o institutos calificados normativamente —al ser desde su perspectiva, susceptibles de otras calificaciones diferentes, todas igualmente subjetivas para el positivismo—, sino solamente *ubicarlos en el sistema.* Lo contrario equivaldría a reconocer una juridicidad propia del mundo del ser ([24]).

Por eso

> Desde el punto de vista de la técnica científica del jurista, suele ser considerada incorrecta toda definición jurídica que explique cómo nace y para qué sirve una institución, si no determina también cuál es su *status normativo* ([25]).

La construcción del sistema es así una *creación del teórico del Derecho,* que "se resuelve en una reducción de los comportamientos a las estructuras y en una continua constitución y reconstitución de las estructuras mismas" ([26]). De esta manera, cabe también concluir que puesto que no se trata —en el fondo— de una realidad empírica, sino de calificaciones normativas, no resulta imposible que esta construcción —el sistema—, pueda variar de un jurista a otro. Lo anterior hace inevitable preguntarse también hasta qué punto el

---

23. No debe confundirse esta *voluntad humana* que es el origen de la norma con la *norma ya emanada* de ella. En efecto, la voluntad como tal es, para el positivismo jurídico, un mero *hecho,* y la norma, no, por pertenecer al mundo del *deber ser.* Sobre esta materia, vid. PATTARO, ENRICO, *Elementos para una teoría del Derecho,* cit., pp. 91-121; LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho,* cit., pp. 57-60 y 85-90.

24. Cfr. "Formalismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico,* cit., pp. 23-27 y 31; "Teoria generale del Diritto e teoria del rapporto giuridico", en *Studi sulla teoria generale del diritto,* cit., p. 66.

25. "Formalismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico,* cit., p. 24

26. *Ibid,* p. 25.

positivismo realiza un análisis del Derecho *tal cual es* —como ha manifestado reiteradamente—, y no, por el contrario, de un Derecho *ideal* o como *debiera ser,* desde el punto de vista del estudioso que crea el sistema.

Ahora bien, siguiendo con el pensamiento bobbiano, pueden darse tres significados de 'sistema', según se lo entienda:

a) Como *sistema deductivo,* al modo del iusnaturalismo racionalista, lo que Kelsen llama *sistema estático.* Esta tentativa, que el pensador italiano califica "sin duda de desesperada" ([27]), consiste en ir derivando el contenido del sistema —desde las normas superiores a las inferiores— a partir de unas premisas básicas, que hacen las veces de axiomas o postulados, como en el caso de las ciencias naturales o de las matemáticas ([28]).

b) Como *jurisprudencia sistemática,* es decir, entendiendo la labor del juez no como arte, sino como ciencia. Mediante un proceso de inducción, a partir de las normas particulares, se intenta llegar a conceptos generales. El resultado es la unificación y clasificación del material jurídico —sea el ordenamiento en general o de un sector del mismo—, lo que permitiría, por ejemplo, acudir a la analogía o a los principios generales del Derecho para los casos no regulados expresamente por el legislador. Un buen ejemplo de esto puede ser la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX ([29]); y

c) Como sinónimo de *no-incompatibilidad* al interior del ordenamiento, de tal modo que de existir normas no conciliables entre sí, una o todas puedan ser eliminadas mediante un procedimiento establecido también por el propio sistema, solucionando así el problema.

---

27. *Teoría general del Derecho,* cit., p. 193.

28. Cfr. *ibid.,* pp. 189-191 y 193-194.

29. Cfr. *ibid.,* pp. 194-195. Sobre la jurisprudencia de conceptos, vid. LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del Derecho,* cit., pp. 39-56.

Con esta última noción, que es la defendida por Bobbio, éste pretende salvar a la teoría que considera al ordenamiento jurídico como un sistema, de las críticas esgrimidas por sus adversarios, que apuntan básicamente a su falta de perfección y coherencia. Es decir, mediante una menor exigencia en la estructuración del ordenamiento, éste debe cumplir menos requisitos para ser considerado como sistema. Le basta sólo una débil *coherencia* entre sus pares y tener en definitiva un *origen común* —lo que se relaciona a la norma fundamental—, y no una armonía global a toda prueba, como es un sistema físico o matemático. Es decir, por medio de esta definición más 'laxa', se busca evitar que, a costa de mantener un significado más rígido de lo que debe considerarse un sistema, termine derrumbándose toda la teoría.

Por eso Bobbio insiste que en el caso del ordenamiento jurídico, no se trata de un sistema deductivo, sino —siguiendo a Kelsen— *dinámico,* es decir, una estructura en la que existe una relación de *delegaciones sucesivas de poderes* desde las normas superiores a las inferiores. Como tal, es una delegación de tipo formal, no material:

> la estructura del ordenamiento jurídico de la que habla Kelsen es una estructura no lógica, sino dinámica, pues la relación que media entre las diversas normas de un sistema no es una relación de inferencia, sino de delegación ([30]).

De esta manera pueden explicarse las contradicciones propias de un ordenamiento con pluralidad de fuentes, aun cuando todas acaben al final dependiendo de la norma hipotética fundamental, siguiendo a Kelsen. Así, dos o más normas contradictorias pueden ser consideradas como legítimas, por haber sido dictadas correctamente por la autoridad competente, siguiendo el procedimiento preestablecido ([31]).

---

30. "Risposta di Norberto Bobbio", en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico,* en *Il Politico,* vol. XXXI (1966), p. 565.

31. Cfr. *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 189-196 y 223; *El positivismo jurídico,* cit., p. 241; "Formalismo jurídico y formalismo ético", y "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", ambos ahora en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 111-112 y 253-254, respectivamente.

Ahora bien, es precisamente por su carácter de *sistema dinámico,* que el ordenamiento posee una *estructura* en virtud de la cual no sólo adquiere su juridicidad, sino que a juicio de Bobbio se diferencia de otros ordenamientos normativos posibles.

4. *La estructura del ordenamiento dinámico*

Como es lógico, al interior del ordenamiento existen varias clases de prescripciones. No son, sin embargo ellas las que según Bobbio, le dan su carácter 'jurídico', sino lo contrario: es a partir de la estructura propia de este conglomerado de normas —al ser un sistema dinámico— que se desprende la juridicidad de las partes que lo integran. Dicho de otra manera, es "el modo en que las normas están unidas unas a otras en el sistema" ([32]), lo que permite saber cuándo se está frente al fenómeno jurídico y cuándo no.

Que el vínculo al interior de un sistema *dinámico* no sea de inferencia, sino de *delegación,* quiere decir que las normas se considerarán parte del todo no por su contenido —como en un *sistema estático*—, sino por su *génesis* y por ello, debido a su *pertenencia* al mismo. Es decir, será atendiendo a su *modo de producción* que podrá saberse si una norma pertenece o no al sistema. Esto se relaciona con el problema de la *validez.*

La *validez* puede definirse como la existencia de una norma dentro del ordenamiento ([33]). En principio, para el positivismo, es un mero *juicio de hecho,* que requiere una investigación empírico-racional, que como tal, sólo verifica que la norma se encuentre constituida de acuerdo al procedimiento establecido de antemano por el mismo ordenamiento, independientemente de su valoración ética. Lo que importa es que esa norma "forma parte de un ordenamiento jurídico real, existente en una determinada sociedad" ([34]). En palabras de Bobbio,

---

32. "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 258.

33. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho,* cit., pp. 23-37.

34. *El positivismo jurídico,* cit., p. 147. Cfr. *ibid.,* pp. 146-147 y 169; *Teoría general del Derecho,* cit. pp. 33-38, 166 y 181; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. V, cit., p. 775.

El positivismo jurídico, al definir el Derecho como un conjunto de mandatos promulgados por el soberano, introduce únicamente en su definición el elemento de la *validez,* y por ello considera como normas jurídicas todas las producidas en la forma establecida por el propio ordenamiento jurídico, prescindiendo del hecho de que sean o no efectivamente aplicadas en la sociedad: en la definición del Derecho no se introduce el requisito de la *eficacia* ([35]).

Para que una norma sea válida —la eficacia se verá dentro de poco—, debe haber sido producida, como se ha dicho, de acuerdo al procedimiento establecido por el propio ordenamiento jurídico. Para saber qué procedimiento es este, ante una determinada prescripción, habrá que remontarse a su vez a la norma en virtud de la cual fue posible hacerla nacer. Como tal, esta segunda norma no sólo es *cronológicamente anterior* a aquélla, sino que también se encuentra en un *grado más elevado* dentro del sistema, lo que quiere decir que existe una *jerarquía* entre las mismas.

Esta referencia a otras normas significa en el caso de la relación temporal, que hay una norma previa; en el caso de la relación funcional, que hay una norma al servicio de otras normas, en el caso de la relación jerárquica, que hay normas cuya existencia depende de la existencia de otras normas ([36]).

Las normas superiores son, como toda norma, *prescripciones,* que pretenden influir en el comportamiento del destinatario. Ahora bien, dentro de los posibles comportamientos que pueden regularse, caben también aquellos que *establecen cómo se deben producir otras normas del sistema,* que serán lógicamente inferiores en jerarquía y posteriores en el tiempo que aquellas que determinan el mecanismo en cuestión ([37]). En otras palabras, es lo que Bobbio llama una

35. *El positivismo jurídico,* cit., pp. 151-152.

36. "Normas primarias y normas secundarias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 323.

37. Cfr. "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 173.

norma de estructura, que como tal, *atribuye poderes* ([38]). Como dice el pensador italiano:

[L]a primera condición para que una norma sea considerada válida es que haya sido dictada por una autoridad que detente legítimamente el poder de producir normas jurídicas. Pero ¿cuál es la autoridad que tiene ese poder legítimo? La autoridad a la cual una norma superior, también legítima, le haya atribuido ese poder ([39]).

Por tanto, una norma superior será la que otorgará "la autoridad normativa que va unida a su función de órgano capaz de producir normas jurídicas" ([40]). Todo órgano o autoridad productora de normas, obtiene el poder para hacerlo de otra norma del sistema, norma jerárquicamente superior, que a su vez, ha sido creada por otro órgano al cual se le atribuyó en su oportunidad el poder correspondiente mediante otra norma más elevada, y así sucesivamente, en una relación recíproca entre normas y poderes. Esto se relaciona con la *norma fundamental* y al *poder soberano,* problemas que evidentemente, escapan al presente trabajo.

Ahora bien —se ha mencionado—, cabe destacar que el *criterio de pertenencia* de la norma al sistema, fruto de su *validez,* no se ve mermado por el hecho de que la norma no sea obedecida, esto es, *no depende de su eficacia.* Es decir, contrariamente a lo que ocurre en un sistema científico-natural —piénsese por ejemplo en una ley física—, en el cual una de sus partes deja de pertenecer al todo si no es eficaz —en el sentido de no ser aplicable—, en el ordenamiento jurídico basta con el *principio de autoridad.* Mientras en el primer caso es obvio que una ley científico-natural debe verificarse, y

38. Cfr. *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 172; *El positivismo jurídico,* cit., p. 170 "Normas primarias y secundarias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 331-333.

Las 'normas de estructura' de las que habla Bobbio son similares a las 'reglas de cambio', que se ubican como una de las posibles 'normas secundarias' de Hart. (Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió, pp. 113-123).

39. *Teoría general del Derecho,* cit., p. 181.

40. *Ibid.,* pp. 50-51.

en caso contrario resultará falsa (salvo si otra ley más específica logra explicar la excepción sin desvirtuar a la ley más general), en el Derecho —al menos en lo que se refiere a la prescripción aisladamente considerada— no se requiere esta 'vivencia' de la norma.

Creemos que es inexacto considerar incompleta la definición iuspositivista basada únicamente en el requisito de la validez: en efecto, ella se adecua y refleja fielmente la actitud práctica que el jurista adopta en la realidad. El jurista, en el desarrollo de su actividad, adopta ante el Derecho el punto de vista normativo, considera las normas jurídicas en el plano del deber ser: antes de estudiar el contenido de una norma o de una institución jurídica, se pregunta por su validez, pero no por su eficacia, es decir, por la medida en que son o serán aplicadas (41).

Por igual razón —y con esto se entra de lleno en el tema del presente trabajo— caben también dos normas válidas pero contradictorias, evento en el cual existe una *antinomia* (42). A analizar este problema se dedicarán los apartados siguientes.

5. *Las antinomias dentro del ordenamiento jurídico*

Señala Bobbio que existe una *antinomia* "...cuando dos normas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico son incompatibles" (43) entre sí, de tal suerte "que no pueden ser ambas, en el

41. *El positivismo jurídico,* cit., p. 152.
Debe recordarse que si se mira el ordenamiento jurídico en su conjunto, éste descansa en último término en la eficacia, única manera de justificar la *Grundnorm.* Aquí, por el contrario Bobbio alude sólo a la norma individualmente considerada.

42. Cfr. *Teoría general del Derecho,* cit., p. 119; *El positivismo jurídico,* cit., pp. 151-152.

43. "Antinomia", en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. I, Turín, Utet, 1957, p. 667.

mismo tiempo y en el mismo caso, aplicadas" (44). Surge así la necesidad de determinar cuál debe ser utilizada para el caso que se presenta, aun cuando cabe la posibilidad de no aplicar ninguna de ellas (45).

Las condiciones previas para la existencia de una antinomia son: *a)* que ambas normas pertenezcan al *mismo ordenamiento jurídico* (pues si fueran distintos ordenamientos, se trataría, en realidad, de un caso de *coordinación* o de *subordinación* de ordenamientos diferentes, tema que no se analiza aquí (46), y *b)* que tengan el *mismo ámbito de validez,* esto es, de espacio, tiempo, personas o materia (47).

Lo importante para estos efectos —con relación al positivismo jurídico del siglo XIX (48)— es que se está reconociendo su existencia, aun cuando el ordenamiento proporcione los criterios para su superación —como se verá— sea de manera explícita o implícita; precisamente, si se dan dichos criterios para resolverlas, es porque se las

44. "Diritto e morale nell'opera di Giorgio del Vecchio", en AA. VV.., *Scritti vari di filosofia del diritto, raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgio del Vecchio,* Milán, Giuffre, 1961, pp. 81-82. En igual sentido se expresa Bobbio en "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 349.

45. Cfr. *ibidem; Teoría general del Derecho,* cit., pp. 196, 199-200; *El positivismo jurídico,* cit., pp. 202 y 205-206.

46. Cfr. *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 256-270.

47. Cfr. *ibid,* pp. 200-202. Dependiendo del grado de oposición entre los 4 elementos mencionados en la letra *b),* la antinomia puede ser: 'total-total' (cuando ambas se superponen completamente); 'parcial-parcial' (si queda algún ámbito en que no se topen); y 'total-parcial' (cuando una absorbe por completo a la otra, quedando además, un sector libre).
Bobbio habla también de 'antinomias impropias', dentro de las cuales destacan las 'antinomias de principios', las 'antinomias de valoración' (que serían en realidad para él, un caso de justicia), y las 'antinomias teleológicas' (*ibid,* pp. 202-203), que no serán analizadas en este escrito.

48. Parte del positivismo jurídico del siglo XIX pretendía negar la existencia de las antinomias y de las lagunas, presentando al ordenamiento jurídico como un sistema compacto, coherente y completo. Sobre esto puede verse LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho,* cit., pp. 39-56;

presupone. De ahí que declare Bobbio enfáticamente:

> Ningún legislador hoy puede negar que surjan antinomias en el ordenamiento; se limita a pretender que sean eliminadas. Del mismo modo que en un sistema científico dos proposiciones incompatibles no pueden ser ambas verdaderas, también en un ordenamiento jurídico dos normas incompatibles no pueden ser ambas válidas ([49]).

La misma idea la expresa en otro lugar de la manera siguiente:

> El principio, sostenido por el positivismo jurídico, de la coherencia del ordenamiento jurídico, consiste en negar que en él puedan existir *antinomias*, o sea, normas incompatibles entre sí: dicho principio queda garantizado por una norma implícita en todo ordenamiento, por la que dos normas incompatibles (o antinómicas) no pueden ser válidas al mismo tiempo sino que, por el contrario, sólo una puede (pero no necesariamente debe) formar parte del mismo ordenamiento; o lo que es lo mismo: la compatibilidad de una norma con su ordenamiento (es decir, con las restantes normas) es condición necesaria para su validez ([50]).

Es decir, este sistema presupone, a modo de exigencia mínima, o la no-incompatibilidad en su interior de los entes que lo constituyen o, en caso de haberla, que existan en principio mecanismos de

---

FASSO, GUIDO, *Historia de la Filosofía del Derecho,* vol. III, cit., pp. 151-160; BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 221-238; *El positivismo jurídico,* cit. pp. 79-143 y 210-212; y "Le bon législateur", en *Logique et Analyse,* vol. XIV (1971), p. 244.

49. "Antinomia, en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. I, cit., p. 667. La misma idea también en "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 349; *Teoría general del Derecho,* cit., p. 203; *El positivismo jurídico,* cit., pp. 205-206; "Norma" en *Contributi ad un Dizionario Giuridico,* Turín, Giappichelli, 1994, pp. 208-209.

50. *Ibid,* p. 206. Tanto en esta cita como en la de la nota anterior, pareciera haber una contradicción de Bobbio con lo señalado un poco más adelante (vid. nota 97), en cuanto a que aún en el caso de una antinomia, ambas normas serían válidas. Tal vez lo que quiere significar el profesor turinés en los casos arriba transcritos, es que ambas normas, siendo válidas a pesar de su mutua oposición, no pueden ser ambas *eficaces.*

solución para la misma. De esta manera, la presencia de antinomias dentro del ordenamiento no sería contradictoria con su existencia, en atención al tercer significado de 'sistema' adoptado por Bobbio. Lo importante para estos efectos es que el sistema sigue en pie, o lo que es igual, existen reglas dentro de él que hacen que algunas antinomias sean 'lícitas', algo así como una regla de clausura. Se trata, en definitiva, de una regla que permite tener un mayor o menor grado de tolerancia hacia las antinomias, cuya importancia dependerá, en cada sistema, de circunstancias particulares. De esta manera, en el común de los casos, el juez podrá llegar a una solución ([51]). Por el contrario, si al interior del sistema hubiese una regla fundamental que *prohiba* las antinomias, en caso de producirse éstas, se pondría en juego la existencia misma de dicho sistema.

Para Bobbio siempre existen al menos algunos criterios para resolver las antinomias debido a "... la tendencia de todo ordenamiento jurídico a constituirse en sistema..." ([52]). Pero a diferencia de lo que ocurre en su opinión con el Derecho natural, el jurista ha de batírselas sólo con el material que tiene: el Derecho positivo. Esto quiere decir que en principio, no puede apelar a elementos ajenos al sistema. De hecho, el intérprete tiende a conservar las normas dadas, de tal manera que en el sistema exista la menor cantidad de desorden, para afectar así lo menos posible el principio de autoridad ([53]).

Sin embargo, aun cuando se salva en este caso la existencia del sistema, se estaría, no obstante, atentando contra el ideal de la *certeza.* En efecto, la certeza es definida por Bobbio como

> La determinación, de manera definitiva, de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a un comportamiento dado, de modo que el ciuda-

---

51. Cfr. "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 197-198.

52. *Teoría general del Derecho,* cit., p. 203.

53. Cfr. *Ibid,* pp. 212-213; "Otras consideraciones acerca del positivismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico,* cit., pp. 101-104.

dano esté en la posibilidad de saber con anticipación las consecuencias de sus propias acciones ([54]).

De esta manera, puede afirmarse que la certeza es puesta en tela de juicio cada vez que existe una antinomia, pues si las reglas para resolverlas no dan la solución para todos los casos, el juez puede decidir en un sentido o en otro, no habiendo forma de anticipar a ciencia cierta qué ocurrirá ([55]).

En todo caso, sobre este tema comenta Bobbio:

> Se puede responder ante todo, que la certeza del Derecho es una exigencia ético-política, que puede solamente satisfacerse proponiendo leyes distintas, más precisas y rigurosas que las existentes, y no haciendo decir a las leyes que existen cosas que no se encuentran en ellas, en segundo lugar, que por muy riguroso que sea un lenguaje, siempre existirán casos no previsibles, de los que por tanto no se ha dado ninguna definición precisa, justamente porque no han sido previstos, y frente a los cuales, así pues, existirá incertidumbre sobre si subsumirlos en esta o aquella categoría de términos rigurosamente definidos ([56]).

En consecuencia, siendo la certeza una exigencia ético-política, resulta al final compatible con la existencia de antinomias al interior del ordenamiento jurídico.

6. *Las antinomias y la lógica jurídica*

Ahora bien, dando por sentada la 'licitud' de las antinomias, debe, no obstante, aclararse cuándo se está en presencia de ellas, para lo cual un buen instrumento es la lógica simbólica. He aquí una

---

54. "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 140.

55. Cfr. "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 199.

56. *Ibidem.* Ideas similares en *Teoría general del Derecho,* cit., p. 203, donde señala que la antinomia produce 'incertidumbre'. La influencia analítica se nota aquí en la rigurosidad que le exige al lenguaje.

clara muestra de la influencia de la filosofía analítica en el pensamiento del profesor turinés.

Señala Bobbio que García Máynez —y también Kelsen— habla del principio de no-contradicción, común tanto al mundo del *Sein* como del *Sollen:* 'A *es*' o 'A *debe ser*' resulta incompatible con 'A *no es*' o 'A *no debe ser*', respectivamente ([57]). De ahí que se pueda concluir que dos normas jurídicas contradictorias no pueden ser ambas válidas a la vez, aun cuando pudieran ser al mismo tiempo *las dos inválidas.* Este problema no sólo se da en el Derecho, sino también en la moral, y en general, en cualquier sistema normativo en que se reconozca la existencia de las cuatro modalidades típicas: *mandar, prohibir, permitir hacer y permitir no hacer u omitir.* La contradicción se da precisamente entre estas modalidades ([58]).

Es decir, de acuerdo a la lógica simbólica, y siendo las modalidades deónticas lo *obligatorio* y lo *no obligatorio* (o *permitido*), cada una puede a su vez dividirse según se permita u obligue a *hacer* algo o a *no hacerlo.* De esta manera, surgen 4 posibilidades: *obligatorio hacer* (o *mandado*); *obligatorio no hacer* (o *prohibido*); *no obligatorio hacer* (o lo que es igual, *permiso de no hacer u omitir*); y *no obligación de no hacer* (en otras palabras, *permiso de hacer*).

También podría representarse lo anterior combinando los signos positivo [+] y negativo [—]. Si lo 'obligatorio' se asimila a [+] y a lo 'no obligatorio' a [—], por un lado; y por otro, 'hacer' es asimilado al signo [+] y 'no hacer' al signo [—], se tienen las 4 relaciones tan conocidas propias de las matemáticas: [+ +] (= 'obligatorio hacer', mandado); [+ —] (= 'obligatorio no hacer', prohibido); [— +] (= 'no obligatorio hacer', permiso de no hacer); y [— —] (= 'no obligatorio no hacer', permiso de hacer).

---

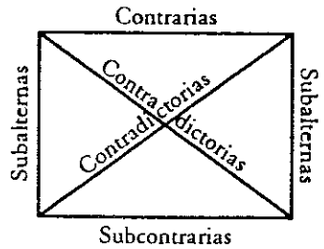
57. Cfr. GARCIA MAYNEZ, EDUARDO, *Introducción a la lógica jurídica,* México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 27 y ss.

58. Cfr. "La logica giuridica di Eduardo García Máynez", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* vol. XXXI (1954), pp. 650-652; "Diritto e morale nell'opera di Giorgio del Vecchio", en AA. VV., *Scritti vari di filosofia del diritto, raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgo del Vecchio,* cit., pp. 82-84, 87 y 90-91.

Todo lo anterior puede expresarse —tal como lo hace el propio Bobbio— en el siguiente cuadro ([59]):

[a] Obligatorio hacer
(mandado)
[+ +]

[b] Obligatorio no hacer
(prohibido)
[+ —]



[d] No obligatorio no hacer
(permitido hacer)
[— —]

[c] No obligatorio hacer
(permitido no hacer u omitir)
[— +]

De esta manera, se pueden hacer las siguientes relaciones, siguiendo el sentido de los punteros del reloj:

(1) mandado y prohibido ([a] [b] o [+ +] y [+ —])

(2) mandado y permitido no hacer ([a] [c] o [+ +] y [— +])

(3) mandado y permitido hacer ([a] [d] o [+ +] y [— —])

(4) prohibido y permitido no hacer ([b] [c] o [+ —] y [— +])

(5) prohibido y permitido hacer [b] [d] o [+ —] y [— —])

(6) permitido no hacer y permitido hacer ([c] [d] o [— +] y [— —]).

59. Cfr. "La logica giuridica di Eduardo García Máynez", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* vol. XXXI (1954), cit., pp. 666-667; *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 146-148, 196-200 y 245-249; y *El positivismo jurídico,* cit. pp. 191-200, 206-210 y 217-223.

Ahora bien, de las seis combinaciones posibles, no todas son iguales, porque en ciertos casos habrá compatibilidad entre ellas —si bien de diferente intensidad— y en otras no —también de manera distinta—. Es este último caso el que interesa para el problema de las antinomias. En dicho evento, pueden haber dos clases de incompatibilidad: una relación de normas *contrarias* o de normas *contradictorias,* siendo la segunda hipótesis más fuerte que la primera. O dicho de otra manera, en la segunda incompatibilidad (las normas contradictorias) existe una mayor oposición mutua que entre las normas simplemente contrarias.

Es por eso que esta distinción entre normas *contradictorias* y normas *contrarias* significa que si bien hay antinomias, no todas son de igual naturaleza, por lo que debe investigarse el grado de oposición existente entre las normas en conflicto.

> Contradictorias se dice de dos normas que son incompatibles entre sí y no puede haber ninguna otra norma incompatible con ambas. Contrarias si son dos normas que son incompatibles entre sí, pero puede existir una norma incompatible con ambas ([60]).

Existe incompatibilidad en los casos (1), (2) y (5) (esto es, [a] [b], [a][c] y [b][d], o si se prefiere, [+ +] [+ —], [+ +] [— +] y [+ —] [— —], respectivamente). Sin embargo, el caso 1) se trata de normas *contrarias,* mientras que los casos (2) y (5) son de normas *contradictorias;* siendo estos últimos, como se ha dicho, más fuertes que el primero.

En el caso (1), ambas normas no pueden ser al mismo tiempo válidas, pero sí inválidas, pues cabe la existencia de una tercera norma diferente, cuya posibilidad no la cubre ninguna de las normas en pugna: una *permisión.* Es una relación *contraria,* porque cabe otra modalidad deóntica: entre el choque de un mandato y de una prohibición, es posible la existencia de una permisión. Por su parte, en los casos (2) y (5), donde existe una relación de *contradictoriedad,*

60. "Antinomia", en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. I, cit., p. 667.
Un curioso juego con estos términos hace Bobbio al hablar de la filosofía de Kant, en "Kant y las dos libertades", en *Estudio de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci,* cit., p. 198.

se trata, como se ha dicho, de una oposición más fuerte, puesto que no pueden ser ambas normas al mismo tiempo ni válidas ni inválidas; de esta manera, no cabe una tercera posibilidad entre ambas: *tertium non datur*. En efecto, si la oposición es entre modalidades deónticas diferentes (mandato o prohibición por un lado, y permiso positivo o negativo por otro), entre ambas agotan todas las posibilidades ([61]).

En los restantes casos, o sea, (3), (4) y (6) (esto es: [a] [d], [b] [c] y [c] [d], o representado de otra manera, [+ +] [— —], [+ —] [— +] y [— +] [— —], respectivamente), se trata de una relación de *compatibilidad,* aunque de diferente grado. Todo depende de si se están relacionando obligaciones —positivas o negativas— con permisiones, esto es, los casos (3) y (4), o si se trata de un vínculo sólo entre permisiones —positivas y negativas—, esto es, (6). En (3) y (4) depende, a su vez, de dónde se lo mire y se da, por así decir, el aforismo 'quien puede lo más, puede lo menos': si se manda algo, es evidente que la acción al mismo tiempo también *puede hacerse;* y una prohibición implica igualmente que la conducta al mismo tiempo *puede no hacerse*. Es decir, la prescripción más intensa abarca o comprende a la más débil. Sin embargo, no se da la relación inversa, esto es, que algo *pueda* hacerse no quiere decir que *deba* hacerse; ni que algo *no pueda* hacerse no significa necesariamente que se *prohiba*. Por último, en el caso (6), existe una relación entre normas *subcontrarias:* ambas pueden ser válidas pero no inválidas al mismo tiempo. En todo caso, lo importante es que en estos tres eventos señala Bobbio que no existe una antinomia. Esto es, sólo acontece en las hipótesis (1), (2) y (5) ([62]).

---

61. Cfr. "La logica giuridica di Eduardo García Máynez", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* vol. XXXI (1954), cit., pp. 667-669, *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 196-200; *El positivismo jurídico,* cit., pp. 191-200, y "Norma", en *Contributi ad un Dizionario Giuridico,* cit., pp. 196-197.

62. Bobbio realiza un interesante análisis de las características y atributos de las distintas modalidades deónticas en "Norma", en *Contributi ad un Dizionario Giuridico,* cit., pp. 189-190.

En todo caso, para Bobbio son más importantes las normas imperativas (positivas y negativas) que las permisivas. De hecho estas últimas serían a su juicio, en un sistema de normas como el jurídico, de carácter subsidiario. Es decir, para el pensador italiano, sería posible la existencia de un sistema normativo compuesto únicamente de mandatos y prohibiciones, pero no lo contrario, esto es, constituido sólo de permisos, sean positivos o negativos. Aunque aún en este caso, esto es, si está compuesto sólo de mandatos y prohibiciones ello no significa que de hecho no existan comportamientos permitidos, pues todo lo no mandado o prohibido caería dentro de esta categoría ([63]).

Debe recordarse, por último, que antes de realizar este examen lógico, lo importante para Bobbio es que las normas en pugna sean 'verificadas' según los cánones del positivismo jurídico: deben ser parte integrante del sistema jurídico, esto es, ser *válidas* ([64]).

Dicho con otras palabras: la oposición entre normas *contradictorias* es más fuerte que la existente entre normas *contrarias,* porque en el caso de las primeras, todo lo que no encaja en la esfera de una, cae en el ámbito de la otra (así, entre lo *permitido* y lo *obligatorio* —sean obligaciones positivas o negativas— todo lo no obligatorio es permitido y viceversa), de tal suerte que el mundo se divide entre ambas: *tertium non datur*. En cambio, en el segundo caso —normas contrarias—, entre las dos modalidades deónticas no agotan todas las posibilidades, por lo que cabe un tercer término ([65]). De esta manera, en el caso de una *contradicción,* se deberá aplicar una sola de las normas en pugna —puesto que ambas no pueden coexistir, salvo que se las elimine a ambas—, y ninguna de ellas en caso de

---

63. Cfr. *Ibid,* pp. 196-197.

64 Cfr. "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 350-351.

65. Cfr. "Antinomia", en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. I, cit., p. 667; "Kant y las dos libertades", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci,* cit., p. 198; "Diritto e morale nell'opera di Giorgio del Vecchio", en AA. VV., *Scritti vari di filosofia del diritto, raccolti per l'inaugurazione, della Biblioteca Giorgio del Vecchio,* cit., p. 82.

que se trate de una antinomia entre normas *contrarias* —pues se acude a la tercera norma posible— ([66]).

7. *Los criterios para resolver las antinomias*

Dado que las antinomias son un fenómeno frecuente dentro del ordenamiento jurídico, se suscita el problema de los *criterios para resolverlas*. Bobbio no considera una respuesta satisfactoria señalar que en caso de una antinomia se aplicará la norma más 'justa', porque como se ha mencionado, la justicia pertenece al mundo del deber ser, de los valores, y el pensador italiano busca una solución 'científica' según los criterios empiristas del positivismo jurídico ([67]). De ahí que este procedimiento de resolución en muchos casos se encuentre regulado de manera muy minuciosa, precisamente para evitar una decisión discrecional del juez basada en pautas de valor imposibles de justificar para esta corriente. Aun cuando siguiendo a Perelman, reconoce Bobbio que es imposible eliminar totalmente la arbitrariedad, lo importante es atentar lo menos posible contra el ideal de la certeza ([68]).

---

66. Cfr. "Sobre los criterios para resolver las antinomias" (1964), en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 349.

67. Cfr. *ibid,* pp. 349-350. Por eso señala que "Sabemos bien que la justificación de una norma desemboca en valores últimos no justificables ulteriormente" (*ibid,* p. 351), precisamente por su no cognitivismo ético.

De hecho, según Bobbio, en todo sistema normativo existen valores antinómicos, que se plasman en el llamado 'espíritu del sistema' o 'principios generales del Derecho', tema que escapa a este trabajo: junto a la antinomia de normas, existiría, así, la antinomia —aun cuando se trate de una antinomia 'impropia'— de valores (Cfr. *ibid,* pp. 351-352; *Teoría general del Derecho,* cit., p. 203).

68. Cfr. *ibid,* pp. 350-351 y 352. La idea del autor belga, citada por Bobbio está en PERELMAN, CHAIM, *De la justicia,* México, Unam, 1964, p. 68.

Precisamente porque el Derecho necesita certeza, sucede que criterios que dejan un amplio margen a las valoraciones subjetivas son sustituidos, donde es posible, por criterios objetivos ([69]).

Los expedientes más socorridos para resolver las antinomias son el *cronológico* y el de grado o *jerárquico,* aunque el problema mayor se presenta cuando ambas características se dan de manera análoga en las normas en conflicto (como por ejemplo, en el caso de un código: todas han sido promulgadas al mismo tiempo —o así se lo considera— y tienen en principio, igual jerarquía). En este evento se acude al criterio de *especialidad.* En todo caso, debe señalarse —esto es esencial— que en principio no existe una fórmula *a priori* para saber de manera 'automática' cuándo se está ante una antinomia, tema sobre el que se volverá al final de este artículo. Sin perjuicio de esto, el intérprete tiene, además de la posibilidad de reconocer que se encuentra ante una antinomia, dos caminos más: la *interpretación correctiva* (para demostrar que se trata de una incompatibilidad sólo aparente), siendo el proceder más usual; y la *interpretación abrogante* (por la cual se elimina una de ambas normas, la menos conforme con el espíritu del sistema), siendo su uso más raro. Ambos casos no se analizan aquí ([70]).

Ahora bien, suponiendo que efectivamente se concluya que se está en presencia de una antinomia, se deben usar los mecanismos establecidos para su superación. A juicio de Bobbio, el criterio *cronológico* es el más débil. Obedece no tanto a razones científicas como ideológicas, pues

Detrás de la aceptación del criterio cronológico para la solución de las antinomias está la presunción de que el legislador no envejece nunca, que no hay períodos de decadencia, que lo nuevo es mejor que lo viejo [...] Nos encontramos ante un criterio cómodo, porque es de fácil aplicación; pero los

---

69. "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 351.

70. Cfr. "Antinomia", en *Novissimo Digesto Italiano,* vol. I, cit., pp. 667-668; *Teoría general del Derecho,* cit., pp. 204-207; *El positivismo jurídico,* cit., pp. 171 y 208; "Norma", en *Contributi ad un Dizionario Giuridico,* cit., pp. 208-209.

criterios fáciles no son ciertamente los más fuertes, los más persuasivos ([71]).

Por el contrario, el criterio *jerárquico* es más sólido, porque la relación superior-inferior es más fuerte que la relación precedente-subsiguiente, aun cuando de ello no se desprenda necesariamente que la norma gananciosa será la más justa. De hecho, la menor justicia de la norma vencedora es un fenómeno frecuente en este caso, si se considera que dicha norma de jerarquía mayor abarca más que la norma que resulta vencida, y ve, por eso mismo, de manera más deficiente los detalles. De todas formas, lo importante para Bobbio es que este criterio permite mantener otro de los pilares del sistema jurídico: el orden ([72]).

Naturalmente, si no pusiéramos como fundamento del sistema el criterio del respeto a la jerarquía, pondríamos en el brete a uno de los fines del Derecho: la institución de la conservación del orden ([73]).

Debe recordarse, sin embargo, que para el enfoque avalorativo propugnado por el positivismo jurídico, lo importante es llegar a una solución cierta, no a una solución justa, dado su no cognitivismo ético.

Por último, el criterio de *especialidad* tiende a relacionarse más con la idea de justicia —por tratar la materia con mayor detalle—, aun cuando en opinión de Bobbio, muchas veces esconde, en realidad, un privilegio ([74]).

Por eso señala que en el caso de los criterios cronológico y jerárquico, se produce una antinomia 'total-total' —hay que optar por una o por otra—, y en el caso del criterio de especialidad, una antinomia 'total-parcial' —la norma especial no anula completamente a la norma general— ([75]).

71. "Sobre los criterios para resolver las antinomias" en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 359.

72. Cfr. *ibid,* pp. 359-360; *Teoría general del Derecho,* cit., p. 217.

73. "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 360.

74. Cfr. *ibid,* pp. 360-361.

Ahora bien, lo interesante es que puede darse un caso de conflicto no entre normas, sino *entre los criterios de resolución* (una antinomia entre los criterios para resolver las antinomias, llamadas también por Bobbio 'antinomias de segundo grado', 'antinomia entre criterios', 'incompatibilidad de segundo grado', etc.). De esta manera, ante un caso dado, de aplicarse un criterio, triunfaría una de las normas en pugna; de aplicarse el otro, ocurre lo contrario. La pregunta evidente es, pues, si existe algún criterio para resolver los conflictos de criterios, esto es, si poseen una jerarquía entre sí. A juicio de Bobbio lo anterior sólo podría ser resuelto de manera 'científica' (es decir, en lo posible de manera no arbitraria o discrecional, o lo que es igual para el positivismo, sin acudir a criterios de valor), si al interior del ordenamiento existen a su vez, criterios para resolver los posibles conflictos de criterios. Esto se logra, por lo general, estableciendo una jerarquía entre ellos, sea de manera expresa o tácita ([76]).

De esta manera, si chocan el criterio *cronológico* y el *jerárquico* (una norma anterior-superior con una norma posterior-inferior), si se opta por el criterio de la jerarquía, se aplicaría la primera norma; si es el cronológico el usado, la segunda. A juicio de Bobbio, en este evento prima el criterio *jerárquico,* porque en caso contrario, "la propia disposición jerárquica del ordenamiento se vendría abajo" ([77]), de tal suerte que el juicio cronológico sólo se utiliza entre normas de igual nivel. Por otro lado, en caso de conflicto entre la *especialidad* y la *cronología* (norma anterior-especial y norma posterior-geneneral), no existe uniformidad en cuanto al criterio a elegir, debido por lo común, a razones ideológicas —o éticas—, aunque Bobbio parece

75. Cfr. *Teoría general del Derecho,* cit., p. 207.

76. Cfr. *ibid,* pp. 213-216; *El positivismo jurídico,* cit., pp. 209-210; "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 361; "Norma", en *Contributi ad un Dizionario Giuridico,* cit., pp. 209-210.

77. *Ibid.* p. 362.

optar por el de *especialidad*. Por último, en el evento de choque entre el criterio *jerárquico* y el de *especialidad* (norma superior-general y norma inferior-especial), en principio, gana el *jerárquico* ([78]).

De tal manera, se habría establecido una escala de criterios en este orden, procediendo desde el más débil al más fuerte: el criterio cronológico cede siempre ante el jerárquico y a veces ante el de especialidad; el criterio de especialidad cede a veces ante el cronológico y siempre ante el jerárquico; el criterio jerárquico vence siempre a ambos ([79]).

En todo caso, Bobbio reconoce que en ciertos eventos, este 'criterio de criterios' se rompe por razones de justicia del caso concreto, que como tales, escapan al conglomerado de reglas expuestas. Pero aun cuando la relación entre los elementos jerárquico y cronológico es más clara, al primar en general el primero, cuando aparece la especialidad, no hay una regla fija con relación a los dos anteriores ([80]). De esta manera, la influencia ineludible del factor valorativo —el criterio que el juez considere más justo— es reconocida por el profesor turinés, pues en estos casos,

la solución no es automática sino que debe obtenerse a través de la interpretación, la cual, abandonada a sí misma, dejada sin reglas, viene a encontrarse cara a cara, sin la intermediación de una presunción, con el estudio de la justicia, es decir, con la regla de que hay que tratar a lo igual de manera igual y a lo diferente de manera diferente. [...] La antimonia entre los criterios de solución de las antinomias revela en definitiva que, a pesar de la armadura de reglas con las que la labor del jurista está protegida contra el peligro de la valoración personal sobre lo que es justo e injusto, hay situaciones últimas en las que la armadura no sirve, más aún, estorba, y hay que afrontar la dificultad a pecho descubierto. No hay duda de que en este caso extremo —falta de criterio para resolver los conflictos entre criterios—, el criterio de los criterios es el criterio último de la justicia. De esta forma, la respuesta del jurista se une a la del hombre de la calle, [...] según la cual entre dos normas incompatibles debe prevalecer la más justa ([81]).

78. Cfr. *ibid*, pp. 361-363; *El positivismo jurídico*, cit., p. 209.

79. "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 363.

80. Cfr. *Ibid*. pp. 363-364: *El positivismo jurídico*, cit., pp. 209-210.

Ahora bien, todo este rodeo, tanto de antinomias de normas, como de antinomias de criterios para resolverlas, es lo que hace concluir a Bobbio que en realidad, en el ordenamiento habría que distinguir las antinomias *aparentes* o *solubles*, (en que aun cuando a primera vista existen, el ordenamiento cuenta con los mecanismos necesarios para salvarlas), y las antinomias *reales* o *insolubles* (esto es, cuando o no existe una solución aplicable o, habiéndola, es más de una, pudiendo optarse libremente por cualquiera de ellas, lo cual conduce a resultados diferentes). En suma, existiría una antinomia real cuando se abre la puerta a la discrecionalidad del intérprete ([82]).

Por último, cabe preguntarse por qué es necesario llegar a una solución en el caso de encontrarse ante una antinomia. La razón no puede —obsta decirlo— justificarse señalando que se busca la solución más 'justa', dado el no-cognitivismo ético del positivismo jurídico. En realidad, comenta Bobbio, la necesidad de aplicar una de las normas antinómicas se debe sólo a una razón de hecho, no moral (de justicia): sencillamente, porque es imposible materialmente aplicar ambas normas a la vez. Pero las dos normas contradictorias siguen siendo perfectamente válidas dentro del sistema, motivo por el cual otro tribunal podría aplicar esa otra disposición ([83]).

8. *La evolución posterior*

Será con motivo de un congreso realizado en Pavía en 1966, que esta anterior visión de las antinomias —entre otros muchos te-

81. "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 364.

82. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 204-207; *El positivismo jurídico*, cit., p. 142.

83. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 217-218.

mas— sufrirá un vuelco considerable ([84]). Dentro del tema que aquí se analiza, lo importante es destacar el reconocimiento —o mejor: el pleno reconocimiento, porque se trata de un proceso que venía gestándose desde hace algunos años— de la inevitable intromisión de juicios de valor por parte del intérprete no sólo al momento de intentar desvelar el sentido de una norma, sino también en la determinación misma de su existencia, lo que usualmente ha sido llamado 'juicio de validez'. En efecto, luego de manifestar que en el caso de las antinomias, y pese a la presencia de reglas predeterminadas para solucionarlas, existe una valoración prejudicial ([85]), señala el pensador de Turín que el método interpretativo que se utiliza en cada momento no sólo está determinado por factores ideológicos, sino también que la interpretación, por su propia naturaleza, no es meramente declarativa, sino creadora de Derecho. Esto quiere decir que el juez en particular no se limita a una mera disección seca de

84. Este punto de inflexión fue la *Tavola rotonda sul positivismo giuridico,* realizada el 2 de mayo de 1966 por iniciativa de Bruno Leoni, en el Aula Magna de la *Facolta di Scienze Politiche* de la Universidad de Pavía. En este evento, un grupo de profesores analizó las obras de Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico y Cos'e il positivismo giuridico,* respectivamente, ambas publicadas en Milán, por la editorial Comunita, en 1965, dentro de la colección jurídica "Diritto e cultura moderna", que dirigían Renato Treves y el propio Scarpelli. El congreso tenía por objeto analizar y confrontar las diferentes conclusiones a las que llegaban ambos autores, considerados los máximos representantes del positivismo jurídico italiano de ese momento. Participaron, además de Leoni, Bobbio y Scarpelli, los profesores Bagolini y Fasso, de la Universidad de Bolonia; Cammarata, de la Universidad de Roma; Nova, Denti y Conte, de la Universidad de Pavía; Di Robilant, de la Universidad de Trieste; Baratta, de la Universidad de Messina; Cattaneo, de la Universidad de Milán; Gavazzi, de la Universidad de Turín; y Tarello, de la Universidad de Génova. Contó además con la participación de los doctores Donati, Losano, Rossolillo y Stoppino, de la Universidad de Pavía.

El desarrollo de la *Tavola rotonda* se encuentra en la revista *Il Politico,* vol. XXXI (1966), pp. 222-238; 356-368; 539-570 y 812-829; y en el vol. XXXII (1967), pp. 179-190. Las intervenciones de Bobbio están en el vol. XXXI, pp. 363-365 y 565-570.

85. Cfr. "Ser y deber ser en la Ciencia jurídica", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 218.

la ley y de las normas en general, sino que se encuentra permanentemente evaluando situaciones, tomando posición respecto de ellas ([86]).

Esto es lo que lo hace confesar la existencia de "una divergencia entre el método efectivamente practicado y la metodología propuesta y proclamada" ([87]), es decir, entre la práctica y la teoría, o como la llama él, entre la *jurisprudencia* —la actividad real— y la *metajurisprudencia* —la teoría acerca de la práctica real— ([88]).

> Mientras la metajurisprudencia prescriptiva, propia de la concepción positivista, propone el ideal de una jurisprudencia meramente descriptiva, la metajurisprudencia descriptiva de la edad post-positivista redescubre la función prescriptiva del jurista en la sociedad. [...] Se puede decir que mientras la metajurisprudencia positivista miraba a establecer lo que la jurisprudencia debía ser, la metajurisprudencia actual mira a establecer lo que ella es, y así, poner de manifiesto que la jurisprudencia no es de hecho lo que se consideraba debía ser. Lo que el jurista debería haber hecho se encontraba en la esfera del *Sein.* Por el contrario, su obra, de hecho, parece pertenecer de pleno derecho a la esfera del *Sollen* ([89]).

Lo anterior es un duro revés a la postura positivista tradicional,

86. Cfr. "Tullio Ascarelli", en *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi studi di Teoria del Diritto,* Milán, Comunita, 1977, pp. 219-220 y 256-257; "Principi generali del diritto", en *Contributi ad un Dizionario Giuridico,* cit., pp. 260-261 y 269-270; "Ser y deber ser en la ciencia jurídica", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit. pp. 218-220.

Este es un dato que va siendo reconocido, como se ha dicho, poco a poco por Bobbio, primero de manera tenue, para ir aumentando posteriormente. Entre los lugares en que comienza este reconocimiento destacan "Ragionamento giuridico" y "Metodo", ambos ahora en *Contributi ad un Dizionario Giuridico,* cit., pp. 288-290; 167-169 y 171-173, respectivamente.

87. "Tullio Ascarelli", en *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi studi di Teoria del Diritto,* cit., p. 219.

88. Cfr. "Ser y deber ser en la ciencia jurídica, en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 204-205 y 208, "Essere e dover essere nella scienza giuridica", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* vol. XLV (1968), cit., pp. 475-479).

89. *Ibid,* p. 479.

que tiende a ver en el intérprete y en el juez en particular, casi un mero repetidor y aplicador de la normativa vigente. El juez toma así un papel no sólo innovador, sino incluso creador de Derecho, adaptándolo a las circunstancias sociales cambiantes de cada momento. De ahí que la 'armadura' —como la llama Bobbio— de criterios existentes para la resolución de las antinomias resulte un tanto artificial, al asentarse sobre una premisa falsa: que el juez y el jurista realizan una labor avalorativa o neutral al momento de interpretar. Pero los hechos demuestran lo contrario: el juez permanentemente toma posición, y no sólo, como se ha dicho, para interpretar una disposición normativa. El elemento valorativo, tan rehuido por el positivismo jurídico —y también por las corrientes sociológicas, dada la separación ser-deber ser y al no cognitivismo ético— aparece por doquier ([90]).

Dicho de otro modo: tradicionalmente se ha sostenido que la Ciencia jurídica tiene por misión el estudio de normas, o lo que es igual, *describir prescripciones* (señalar el significado y las relaciones de las normas jurídicas, que como tales, son prescripciones). Sin embargo, a la luz del nuevo enfoque, la labor del jurista no es meramente 'descriptiva' de normas, sino que es además, *prescriptiva*. Esto significa que con su labor *modifica* el objeto de su estudio: el resultado de dicha actividad es eminentemente *prescriptivo*, porque el fruto de su labor —las normas interpretadas que como tales adquieren un 'sello' del intérprete—, influye a su vez en el comportamiento social de los destinatarios de esas normas jurídicas. De esta manera, dicho comportamiento será diferente según la interpretación que de esa norma se haga. El juez se transforma así en una auténtica *fuente del Derecho* ([91]), porque parte de su labor queda en la norma misma, tal como el Rey Midas convierte en oro todo lo que toca. Por eso la jurisprudencia *altera* el orden jurídico en el cual se inserta. Se rompen así dos dogmas del positivismo jurídico tradicional íntimamente relacionados: *a)* que la jurisprudencia es valorativamente neutral (pues no cabe la aproximación avalorativa al fenómeno jurídico), lo que a su vez es un duro golpe a la neutralidad de la ciencia (la llamada *Wertfreiheit);* y *b)* que la jurisprudencia no es una fuente del Derecho (pues en definitiva altera el ordenamiento jurídico existente) ([92]).

Pero el asunto tiene alcances más profundos, no sólo porque esta valoración es *previa* a la interpretación (el juez llega primero a un modelo 'justo' y a posteriori busca dentro del ordenamiento las normas que le permitan justificar a este resultado), y en consecuencia, *anterior* a la detección de una antinomia —o también de una laguna—, sino que además, el juicio mismo de *validez,* esto es, la determinación de la existencia de una norma como tal dentro del or-

90. Cfr. "Ser y deber ser en la ciencia jurídica", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 201-203; "Tullio Ascarelli", en *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi studi di Teoria del Diritto,* cit., pp. 257-259.

91. Por 'fuente del Derecho' entiende Bobbio "los hechos o actos a los que un determinado ordenamiento jurídico atribuye la idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas", según expresa en *El positivismo jurídico,* cit., p. 169. Esta definición se repite casi literalmente en pp. 182 y 186, y en *Teoría general del Derecho,* cit., p. 170; y en "Comandi e consigli", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* vol. XV (1961), p. 338. Esta validez es determinada a su vez por las llamadas 'normas de estructura" esto es, "las normas que indican cuáles son los hechos o los actos a los que se atribuye el poder de producir normas pertenecientes al sistema" (cfr. "Normas primarias y normas secundarias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 325, y de manera muy similar, en *Teoría general del Derecho,* cit., p. 171).

92. Cfr. "Ser y deber ser en la ciencia jurídica", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 208-209 y 216-223; "Essere e dover essere nella scienza giuridica", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* vol. XLV (1968), pp. 478-479; "Perelman e Kelsen", en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen,* cit., pp. 186-189; "Situazioni e orientamenti", y "La filosofia del diritto e i suoi problemi", ambos ahora en *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico,* Milán, Comunita, 1965, pp. 33-35 y 68-73, respectivamente; "Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia, en *Giurisprudenza Italiana* (1968). Disp. 6ª, Parte I, Sección I, cols. 695 y 700-702.

denamiento jurídico, también es una labor influida por aspectos valorativos. No se limita, por tanto, a una mera 'constatación de un hecho', como se ha propugnado reiteradamente —la simple constatación de los procedimientos establecidos para crearla—. Esto resulta claro si se considera además que las normas no son 'hechos', y pertenecen —como insiste con razón el positivismo jurídico—, al mundo del deber ser, del *Sollen*. Por eso se señaló que las normas poseen un 'sentido' que va mucho más allá de lo que muestran los solos sentidos. De ahí que no sea posible asimilarlas a un proceso de determinación análogo al del mundo del ser, del *Sein*, que por lo demás tampoco es un proceso tan 'objetivo' como se ha sostenido tradicionalmente ([93]).

En consecuencia, el juicio de validez es, al menos en parte, un juicio ideológico, valorativo, no meramente fáctico. Y el que determina en el fondo este juicio de validez es el propio intérprete, que para lograrlo debe hacer, a su vez, un juicio interpretativo y acudir a las normas de estructura del sistema. La validez es así una tarea en cual él también interviene, no un dato previo al que se adhiere sumisamente. De ahí que se transforme en una pieza fundamental para la vida misma del fenómeno jurídico ([94]).

Más aún: este proceso de validez es un dato que está en permanente movimiento. En efecto, tal como presenta las cosas el positivismo jurídico —según reconoce el propio Bobbio—, da la impresión que el Derecho —en este caso, el conjunto de normas que para el intérprete forman un 'sistema'—, es un ente estático, quieto,

93. Cfr. GARCIA-HUIDOBRO, JOAQUIN, *Razón práctica y Derecho natural*, cit., pp. 13-33. Para más bibliografía sobre este tema, nos remitimos a la nota 9.

Es evidente que Bobbio no asimila las normas sin más a 'hechos', dada la influencia ejercida en él por la filosofía analítica. Pero aun siendo proposiciones de deber ser, prescripciones, intenta en los primeros años darles un tratamiento que conduciría al mismo grado de rigor que el propio de las llamadas ciencias naturales, como puede apreciarse en *Teoria della Scienza Giuridica*, cit., *passim*.

94. Cfr. "Tullio Ascarelli", en *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi studi di Teoria del Diritto*, cit., pp. 259-261; "Ser y deber ser en la ciencia jurídica", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 211-212.

casi pétreo, que 'está ahí', de manera independiente del tiempo; en definitiva, un dato ya dado. Por el contrario, en estos años, el profesor turinés señala exactamente lo contrario: el Derecho es un fenómeno *dinámico*, no sólo por la constante producción normativa de los diferentes órganos (en esta relación de derechos y poderes de la que se ha hablado), una secuencia de conjuntos de normas que se suceden continuamente, sino porque la existencia de las normas al interior del ordenamiento es determinada constantemente en gran medida por el juez. Es por esto mismo que —con mayor razón— la eficacia también descansa en su actividad. El sistema está en constante creación y recreación; es siempre un producto provisorio y mudable ([95]).

> No existe ley que no tenga necesidad, para ser aplicada, de ser interpretada, donde la interpretación es una operación no subsidiaria, sino necesaria; no existe interpretación que no obligue al intérprete a tomar posición frente a este o a aquella alternativa, y por consiguiente, a expresar una evaluación personal ([96]).

Esto no quiere decir que el acto de interpretación sea una labor irracional ni que haya una total ausencia de reglas que la encaucen. Pero pretender que se limita sólo a estas reglas supuestamente avalorativas o neutrales, es tan irreal como pretender que no tiene cauce alguno para desarrollar su labor ([97]).

De todas maneras, lo importante es destacar que la neta dife-

95. Cfr. "Tullio Ascarelli" en *Dalla Struttura alla Funzione...*, cit., pp. 257-258; "Norma", en *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 210; "Risposta di Norberto Bobbio", en *Il Politico*, vol. XXXI, (1966), cit., pp. 566-568.

96. "Tullio Ascarelli", en *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi studi di Teoria del Diritto*, cit., p. 257.

97. Cfr. *ibid*, pp. 261-262.

De ahí, por ejemplo, algunas incursiones de Bobbio en la retórica de Perelman, como lo demuestran algunos escritos suyos sobre el tema (Cfr. PERELMAN, CHAIM, *La giustizia*, Prefazione di Norberto Bobbio (pp. 5-11), Turín, Giappichelli, 1959, traducción de Liliana Ribet; "Prefazione", a PE-

renciación entre el Derecho que *es* y el que *debe ser,* propuganada por el positivismo jurídico, también comienza a desdibujarse. O dicho de otra manera: la relación entre el estudioso y el objeto de su estudio no es tan aséptica como se creía. El objeto comienza a ser también manipulado por el estudioso, no sólo analizado sin más. De esta manera, el resultado final no es propiamente el 'descubrimiento' del Derecho tal cual *es,* sino en parte la *creación* de un Derecho tal como *debiera ser* para ese intérprete. La tajante división entre la labor descriptiva y la prescriptiva llega a su fin ([98]).

Por eso decía Bobbio que la teoría y la práctica de la jurisprudencia han ido por caminos separados: antes se había señalado que realizaba una labor objetiva (o meramente declarativa) sobre un objeto prescriptivo (las normas, esto es, prescripciones); la realidad es que ni su labor es meramente descriptiva ni el objeto está ya determinado de antemano. En el fondo no describe prescripciones, sino que en parte, prescribe, al alterar en alguna medida las normas del sistema.

9. *Conclusión*

Para intentar comprender la cuestión de fondo, esto es, las bases desde las cuales la teoría de Bobbio —inserta a su vez dentro de la tradición del positivismo jurídico— contempla el problema, hay que detenerse en dos puntos fundamentales. En primer lugar, se reconoce la existencia de antinomias al interior del ordenamiento jurídico. Por eso no es sorprendente que declare que

RELMAN, CHAIM; OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica.* Prefazione di Norberto Bobbio (pp. XI-XIX), Turín, Einaudi, 1966; "Perelman e Kelsen", en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen,* cit., pp. 179-192; y "Sulla nozione di giustizia", en *Archivo Giuridico,* vol. CXLII, (1952), pp. 16-33).

98. Cfr. "Risposta di Norberto Bobbio", en *Il Politico,* vol. XXXI (1966), cit., pp. 567-568.

la exclusión total de antinomias no es condición necesaria para la existencia de un ordenamiento jurídico, puesto que un ordenamiento jurídico puede tolerar en su seno normas incompatibles, sin desaparecer ([99]).

Esto se relaciona, como se vio en su oportunidad, con la 'rebaja' del concepto de sistema, rebaja que resulta imprescindible si se pretende que el ordenamiento jurídico, pese a sus problemas sea, a toda costa, una unidad sistemática. También debe recordarse que la sistematización es en realidad, obra del estudioso, no del legislador.

En segundo lugar —esto es fundamental—, la existencia de las antinomias es vista a la luz de la separación tajante entre hechos y valores, lo que permitiría —aunque sea idealmente— una aproximación avalorativa y 'científica' al fenómeno jurídico. Esta situación no cambia con el reconocimiento de la intromisión de valores en la labor interpretativa, porque aún se contempla este hecho desde el ángulo del no cognitivismo ético: para el positivismo no existe forma de justificar racionalmente una decisión ética. Por este motivo, la solución a la que se llegue, o no puede en principio acudir a criterios de valor, o si lo hace, constituye un dato que difícilmente puede ser asimilado o explicado desde su perspectiva.

Ahora bien, de acuerdo a estos supuestos, ¿por qué es tan necesario eliminar las antinomias? Se entiende que la pregunta está planteada desde esta última perspectiva, esto es, sin que sea lícito justificar dicha actuación apelando a razones de justicia, porque al caer dentro del plano valorativo no sería una respuesta auténticamente 'racional'. Si para que exista una norma sólo es necesaria su validez, en caso de una antinomia, ¿qué impide aplicar en un caso la primera de las normas en conflicto y en otro la segunda, o, en el mismo caso, una u otra indistintamente —aunque no a la vez— si ambas son válidas? A fin de cuentas, ninguna sería más 'justa' que la otra, y se puede acudir igualmente al aparato coactivo del Estado para imponerlas. Por eso se insiste aquí en que la norma es tal por emanar de órganos determinados, no por su contenido. Todo esto, si

99. *Teoría general del Derecho,* cit., p. 223. Ideas similares en *ibid,* pp. 217-219; y en *El positivismo jurídico,* cit., donde señala que la compatibilidad o coherencia no es un criterio de validez (p. 241).

se continúa mirando el problema —se insiste— única y exclusivamente desde las premisas del positivismo jurídico.

Dicho de otra manera —y esto lo reconoce el propio Bobbio— ([100]), todo este aparataje de criterios de solución responde a la idea de que la existencia misma de una antinomia es algo *malo*, o lo que es igual, que sería *mejor* que un ordenamiento jurídico no las tuviera. Ahora bien, ¿puede justificarse esta postura sólo a partir del positivismo coherentemente planteado —esto es, avalorativo— y en caso de serlo, cuál sería dicha justificación?

Una de las claves de esta cuestión es lo que Bobbio llama "el deber de la coherencia" ([101]), esto es, la tendencia que para el positivismo tienen —o mejor: *deben* tener— las normas para constituirse en un sistema. Como tal, esta ordenación va mucho más allá de una mera disposición de las partes con vistas a un fin, porque en la noción misma de sistema subyace la idea de *autosuficiencia*. Esto quiere decir que el sistema —en este caso, el ordenamiento jurídico— debe ser capaz de enfrentar todas las situaciones posibles (antinomias, lagunas, etc.), sacando de su interior —y sólo de su interior— las soluciones correspondientes. En principio, está vedado acudir a elementos extrasistémicos para justificar las decisiones. En consecuencia, la pregunta es: ¿por qué es tan necesario ser autosuficiente?

Tampoco se percibe un cambio de perspectivas con el reconocimiento de la intromisión de valores en la labor interpretativa, valores que estarían muchas veces ubicados *fuera* del sistema. Lo anterior, porque aún así, para Bobbio dichos valores deben necesariamente pasar por la instancia interpretativa. Esto quiere decir que la puerta de entrada o la llave maestra que permite a estos valores integrarse en el sistema, es un órgano autorizado por otras normas del mismo sistema, para actuar de esa manera. O lo que es igual, que sólo en virtud de una *autorización* emanada de una norma superior —una 'norma de estructura' que da el poder de dictar normas al órgano inferior, en este caso, el juez—, el destinatario está facultado para introducir valores en su labor. Así, dichos valores se 'legitiman', debido a que han sido dictados de acuerdo al procedimiento preestablecido, esto es, son *válidos* ([102]). Por eso, aun cuando ingresan al sistema, no lo hacen de cualquier manera, sino sólo por los cauces legítimos predeterminados por el mismo ordenamiento, que de esta manera sigue ejerciendo un 'control' sobre las diferentes instancias normativas.

Así entonces, el sistema sigue en pie, porque en principio sólo se conforma de la manera que él establece, no quedando ningún cabo suelto gracias a su estructura jerárquica, salvándose así su unidad. Aún cuando se admiten elementos foráneos, el sistema logra asimilarlos al imponerles requisitos de pertenencia al mismo.

Pero cabe preguntarse si esta tendencia del ordenamiento a constituirse en sistema, promovido por los estudiosos del Derecho (lo cual estaría en la raíz del problema no sólo de los mecanismos de solución, sino también en la justificación de la necesidad de resolver las antinomias, además de las lagunas o de la analogía, por ejemplo), es una visión real de las cosas. Dicho de otro modo: surge la interrogante de saber si esta estructura sistemática refleja al Derecho que efectivamente *es* en los hechos —en la realidad social—, o por el contrario, es una manifestación del Derecho tal como *debería ser*, de acuerdo al modelo ideal del estudioso. No cabe duda —según lo declara el mismo Bobbio— que el sistema está en su mente, y sólo parcialmente en la de los creadores de las normas jurídicas. No quiere decir, por supuesto, que las normas sean elaboradas sin ton ni son, pero resulta evidente que el legislador, por ejemplo, no tiene en mente *todo* el ordenamiento jurídico —o un sector acabado del mismo— al momento de dictar una norma; de ahí precisamente la existencia de las antinomias, entre otros muchos problemas.

Esta dificultad se agrava si se considera que los ordenamientos jurídicos actuales cuentan con varias clases de fuentes —esto es, que sean 'complejos'—, no sólo la voluntad del legislador. De ahí precisamente su estructura 'dinámica' promovida por Kelsen y la unificación de todas las instancias normativas por medio de la norma fundamental, única manera de darle, aunque sea en teoría, unidad

100. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 216-217.

101. *Ibid*, p. 216.

102. Cfr. entre otros muchos lugares, *El positivismo jurídico*, cit., p. 170.

y coherencia a este conglomerado de normas. Sin perjuicio —se insiste— que debe existir un cierto orden, una jerarquía y concordancia entre las normas jurídicas, la cuestión es *por qué* siempre tiende a verse este orden en términos sistemáticos.

Una de las claves de este asunto se encuentra, al parecer, en el no cognitivismo ético. En efecto, si es imposible, desde las premisas que maneja el positivismo jurídico, justificar racionalmente las opciones éticas —y lo mismo puede decirse de las corrientes sociológicas, que son, en realidad, herederas más legítimas del positivismo filosófico que aquél ([103])—, es evidente que se mirará con desconfianza cualquier posibilidad de intromisión de este elemento que no logra comprenderse; o más bien, al que se ha desterrado, al parecer de manera definitiva, del campo de los saberes que tienen el estatuto científico. En consecuencia, puesto que el mundo ético de cada uno depende de sus preferencias y gustos personales —al haberse olvidado la noción de razón práctica—, es en principio muy difícil convencer a los demás, a menos que se haga por medio de argumentos también emotivos, pero al fin de cuentas, 'irracionales'. De esta manera, por fuerza, para que no surja el caos al interior del ordenamiento, deberá existir —al menos en teoría— una sola voluntad que nutra de contenido material a este conglomerado normativo; o que, en caso de admitir otras fuentes portadoras de valores, las autorice previamente.

Por eso no se tolera en principio la presencia de otras instancias valorativas o se tiende a legitimarlas a toda costa, subordinándolas a una superior. Nuevamente hay que recordar que no se puede fundamentar esta actitud —desde el positivismo jurídico—, señalando que el orden impuesto es más 'justo' que cualquier otro, ni que la razón de todo este aparataje sea la protección o tutela de los súbditos. Un coherente no cognitivismo ético no puede responder de esta manera.

103. Cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho,* cit., pp. 57-103; FASSO, GUIDO, *Historia de la Filosofía del Derecho,* vol. III, cit., pp. 133-160; KOLAKOWSKI, LESZEK, *La filosofía positivista. Ciencia y filosofía,* Madrid, Cátedra, 1988, traducción de Genoveva Ruiz-Ramón, *passim;* D'AGOSTINO, FRANCESCO, *Filosofia del Diritto,* cit., pp. 101-109; ROBLES MORCHON, GREGORIO, *Introducción a la Teoría del Derecho,* cit., pp. 76-91; Id, *Sociología del Derecho,* Madrid, Civitas, 1993, pp. 15 y ss.

Ahora, si el mantenimiento de ese orden no puede justificarse éticamente por su contenido, tal vez una respuesta posible sea señalar que el orden, cualquiera que sea, es una situación *mejor* que el caos o el desorden. Sin perjuicio de que esta finalidad, aun siendo muy genérica, obedece a un juicio de valor (se considera *mejor* que exista un orden a que no haya ninguno en absoluto), indefendible desde el no cognitivismo ético, resulta claro que se ha arribado a una hipótesis similar a la planteada por Hobbes y su estado de naturaleza ([104]). En un caso semejante, los hombres salen de este lamentable escenario entregando todos sus 'derechos naturales' al soberano, con tal que los proteja, porque se considera mejor una existencia con poca o ninguna libertad, que el peligro e inseguridad de ese estado de naturaleza ([105]).

Sin embargo, cabe también preguntarse si en esta situación no se estará incurriendo en la llamada 'falacia naturalista', esto es —como se ha visto—, en la deducción de un juicio de valor a partir de un mero hecho. En efecto, para el enfoque positivista, se está justificando a partir de un mero *factum* —el peligro que encierra el estado de naturaleza— un valor —lo bueno o positivo que resulta el paso al estado social—.

Pues bien, otra respuesta que podría explicar este razonamiento

104. Esta coincidencia no es casual, tomando en cuenta la influencia que este autor inglés ha ejercido en el profesor de Turín. La mayoría de los varios escritos del segundo sobre el primero se encuentran ahora en *Thomas Hobbes,* México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 2ª ed., traducción de Manuel Escrivá de Romaní. La recopilación original ha sido publicada con el mismo título en Turín, por Einaudi, en 1989.

105. Cfr. HOBBES, THOMAS, *Diálogo entre un filósofo y un jurista,* estudio preliminar y notas de Miguel Angel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1992, *passim;* Id., *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil,* Madrid, Sarpe, 1984, traducción de Juan Carlos García Borrón, Parte I, Cap. XIII, pp. 133 y ss. y Parte II, Cap. XVII, pp. 175 y ss.

A una conclusión similar llega SERNA BERMUDEZ, PEDRO, "Prólogo", a ORREGO SANCHEZ, CRISTOBAL, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico,* cit., especialmente pp. XXV-XXVIII.

—y que al menos en Hobbes se acepta más claramente—, es también la voluntad de poder. De hecho, no resulta descabellado percibir una voluntad de dominio en la fisonomía que quiere darse a toda costa al fenómeno jurídico. No hay ninguna instancia externa o superior a la voluntad de quien crea las normas (al menos las más altas del ordenamiento), siendo libre en principio para darles el contenido que quiera. De ahí que en el mundo del *Sollen,* como se ha señalado, siguiendo a Kelsen, no existe el vínculo de causalidad, sino de *imputación* ([106]). Ahora bien, esta voluntad no puede tolerar otras voluntades que se le opongan o, en caso que existan, debe lograr someterlas a su control, para asegurar así su supremacía; de ahí la teoría de la norma fundamental. Por eso la ley tiene un puesto privilegiado y el juez es en principio un mero aplicador de la misma, motivo por el cual el proceso interpretativo se encuentra minuciosamente regulado ([107]). Por eso mismo, en caso de haber contradicciones en esta voluntad superior —una antinomia— o un vacío —una laguna—, la solución del problema también debe seguir bajo el control de dicha voluntad soberana. De ahí los criterios 'objetivos' para la resolución de las antinomias, o en el caso de las lagunas, los métodos de autointegración.

Esta y no otra pareciera ser la razón por la cual las normas se constituyen —o tienden a constituirse— en un 'sistema', que para mantenerse como tal, debe bastarse a sí mismo, esto es, sacar de su interior la solución a dichos problemas, o autorizar debidamente la entrada de elementos foráneos para así asimilarlos y legitimar dicha solución.

Por eso el ordenamiento tiene la 'tendencia' a convertirse en sistema. Aun cuando se habla de la mantención del sistema jurídico con el fin de introducir el menor desorden al interior del mismo, el

106. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho,* cit., pp. 90-105.

107. De ahí que señale Bobbio que al legislador se le suelen atribuir una serie de bondades a priori, al momento de interpretar las normas surgidas de su labor, bondades que obviamente no reflejan el Derecho que *es,* sino el que *debiera ser.* (Cfr. "Le bon législateur", en *Logique et Analyse,* vol. XIV (1971), cit., pp. 243-249).

propio Bobbio ha reconocido que lo que se busca es mantener o afectar lo menos posible *el principio de autoridad,* "...según el cual las normas adquieren existencia por el sólo hecho de ser promulgadas" ([108]). Dicho de otro modo, lo que interesa es *mantener el orden establecido* ([109]), que la voluntad soberana que diera origen a las normas que conforman el ordenamiento jurídico, no sea ineficaz por una contradicción mutua inevitable de las mismas, por una laguna o por una actuación no regulada en la labor del juez. Esto quiere decir en definitiva, que bajo los ropajes de la coherencia y la mantención del sistema, se esconde una voluntad de poder que desea ser respetada a toda costa.

En todo caso, cabe destacar que esta conclusión no debiera sorprender, toda vez que este problema se está analizando desde las mismas bases propugnadas por el positivismo jurídico, que ha excluido de su horizonte la apelación a criterios de justicia.

Y aún cuando se diga que el ordenamiento es así por razones de certeza ([110]), esto es, para que el ciudadano pueda prever de antemano las consecuencias de sus acciones, habría que preguntarse *por qué* el Derecho —según declara Bobbio— *necesita certeza.* De hecho, la certeza (si bien es un tema que escapa al presente trabajo) tiene su fundamento natural precisamente en *evitar una injusticia,* esto es, cautelar porque no surjan 'sorpresas' imposibles de advertir por el ciudadano, que en definitiva lo perjudiquen. Es una opción por reglas claras y conocidas a las que atenerse al momento de actuar y a las que acudir en busca de auxilio en caso de una arbitrariedad de la autoridad. Pero si es así, se está dando por sentado que este orden de cosas es *bueno,* que precisamente está hecho para

108. *Teoría general del Derecho,* cit., p. 212. Para esta última idea, cfr. *ibid,* pp. 212-213.

109. Cfr. "Risposta di Norberto Bobbio", en *Il Politico,* vol. XXXI (1966), cit., pp. 568-570.

110. Cfr. *ibid,* pp. 218-219.

proteger al ciudadano, para conseguir la paz y el orden ([111]). En caso contrario, esto es, si el ordenamiento fuera intrínsecamente *malo* para el destinatario de sus normas, la certeza serviría precisamente para *eludir* su cumplimiento, lo cual contradice su misma razón de ser. Ello además es imposible, si se toman en cuenta las palabras de Bobbio cuando señala que

> No puedo esconderme a mí mismo que el *approach* científico característico del positivismo jurídico [esto es, la aproximación avalorativa] estaba ligado al valor de la certeza. Esto puede explicar que también como movimiento científico, el positivismo jurídico haya sido condicionado históricamente ([112]).

La *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* constituye sin lugar a dudas un hito fundamental en la extensa obra de Bobbio. A este respecto puede hablarse de un *antes* y un *después* ([113]). También es un dato a tener en cuenta al momento de analizar al positivismo jurídico en general. De hecho, no puede menos que llamar la atención el comentario final de su ponencia:

> He comenzado diciendo que el positivismo jurídico ha nacido como una opción científica, pero ahora me es lícito reconocer que tras la elección científica había una exigencia política. Políticamente el positivismo es la aceptación del status quo. En cuanto tal, está sujeta, como todas las elecciones, a soportar los altos y bajos de la historia. Fasso ha observado justamente que yo he dicho en el prefacio a mi volumen [se refiere a *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, cit.] que en un cierto período de nuestra historia habíamos aceptado al positivismo porque permitía defenderse contra los cambios de un sistema que considerábamos bueno, mientras en otro momento lo habíamos refutado porque nos había obligado a aceptar un sistema que considerábamos malo. Puesto que la concepción positivista del Derecho implica la aceptación del *status quo*, es buena o mala según que se considera buena o mala la situación a conservar.
>
> ¿Queremos una conclusión? Habíamos venido con la idea de concluir: 'El positivismo ha muerto, viva el positivismo'. Me parece, en cambio, que nos iremos exclamando: 'El positivismo ha muerto, ¡viva el iusnaturalismo! ([114]).

Sin embargo, aun cuando el *shock* que ocasionó en Bobbio este descubrimiento lo hizo buscar otras alternativas para abordar el fenómeno jurídico y otras materias relacionadas a él (el análisis funcional del Derecho, la apertura a la Sociología jurídica, la teoría política, etc., pero nunca el iusnaturalismo, excepto para atacarlo, temas todos por lo demás, ajenos a este artículo), la verdad es que de alguna u otra manera, los efectos tan drásticos que a primera vista pudieran imputarse a este congreso, fueron suavizándose con el tiempo, por lo que Bobbio nunca abandonó realmente la óptica normativista de cuño kelseniano, ni, en sus líneas generales, el enfoque propugnado por el positivismo jurídico y el no cognitivismo ético ([115]).

---

111. Cfr. *ibidem;* "Sobre los criterios para resolver las antinomias", en *Contribución a la Teoría del Derecho,* cit., p. 351.

112. "Risposta di Norberto Bobbio", en *Il Politico*, vol. XXXI (1966), cit., p. 568.

113. A una conclusión semejante llega BORSELLINO, PATRIZIA, *Norberto Bobbio metateorico del diritto,* cit., pp. 102-113; Id., *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982,* cit., pp. 88-89.

114. "Risposta di Norberto Bobbio", en *Il Politico* vol. XXXI, (1966), cit., pp. 569-570.

115. Así por ejemplo, en "La razón en el Derecho", en *Doxa,* vol. II (1985), traducción de Alfonso Ruiz Miguel, pp. 17-20; y en el volumen *Diritto e potere. Saggi su Kelsen,* cit., en que se recopilan un conjunto de artículos sobre el autor austríaco, varios de ellos muy posteriores a 1966.

Este no cognitivismo es además patente si se analizan los trabajos del pensador turinés relativos a los derechos humanos, casi todos reunidos ahora en el volumen *El tiempo de los derechos,* Madrid, Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig, y de ética, ahora también reunidos en *Elogio della mitezza ed altri scritti morali,* Milán, Linea d'ombra, 1994.