

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 20 / 2002

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA



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
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

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 efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Joaquín García-Huidobro, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, este volumen contiene una sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vicepresidente de la corporación, Antonio Bascañán Valdés, con ocasión de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía
Jurídica y Social*

ESTUDIOS

¿QUE QUEDA DEL CONCEPTO DE VALIDEZ JURIDICA?

MAX SILVA ABBOTT *

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El camino obligado. 3. El concepto de validez. 4. El paso de la norma al ordenamiento. 5. El papel del juez. 6. La evolución de la Ciencia jurídica en Norberto Bobbio. 7. Validez y juicios de valor. 8. Algunas conclusiones.

1. Introducción

De acuerdo a la concepción de la ciencia manejada por el positivismo jurídico de corte normativista, cuya máxima figura durante el siglo XX fue Hans Kelsen, deben distinguirse clara y netamente *hechos* y *valores*, o si se prefiere, el mundo del *Sein* y el mundo del *Sollen*. El primero está constituido por hechos o fenómenos, de suyo medibles y cuantificables, motivo por el cual pueden ser estudiados de una manera objetiva y neutral o, si se prefiere, científica. El segundo, por el contrario, pertenece al ámbito de la creación humana, de la cultura, que en razón de emanar de la libertad del hombre, se encuentra impregnado de valoraciones. De este modo, y entre otros motivos, puesto que las valoraciones no son asimilables a los hechos y por lo mismo, resultan imposibles de medir (al menos con el grado

* Profesor en la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

de exactitud que se pretende alcanzar respecto de los fenómenos), esta corriente considera que pertenecen al ámbito de lo irracional y dependen, en consecuencia, de pareceres u opiniones subjetivos y cambiantes. Esta es la razón por la cual el mundo de los valores queda excluido del ámbito científico (1).

No sólo eso: siendo considerados verdaderos compartimientos estancos, el paso de uno a otro, del ser al deber ser, se encuentra también vedado, en particular por la llamada 'Ley de Hume', más conocida como 'falacia naturalista': de los hechos sólo pueden surgir hechos, y los valores sólo pueden provenir de otros valores. Esto constituye un auténtico dogma del positivismo jurídico y un constante motivo de crítica hacia el Derecho natural (2).

Ahora bien, desde esta perspectiva, parece obvio que la realidad jurídica se enmarca de lleno en el mundo del *Sollen*, tal como ocurre con la moral. Moral y Derecho, ambas realidades culturales (3), buscan regular la actuación humana mediante *normas*, esto es, una clase de prescripciones o pautas de conducta. Desde este instante, y puesto que las normas son una guía orientadora, se ven forzadas a *elegir* entre diferentes alternativas (de ahí que sus formas deónticas clásicas sean *mandar, prohibir y permitir*), todo lo cual hace que tengan una estrecha vinculación con los valores. En efecto, en la misma *orientación* del contenido de una norma, sea jurídica, moral o de cualquier índole, existe una valoración, ya sea mediante la opción por un camino específico que se cree mejor que otro para lograr un determinado objetivo (como en una norma que *manda* hacer algo o que lo *permite*, por ejemplo), ya sea vedando una conducta que se considera mala o intentando disuadir al sujeto de su realización (v. gr., mediante una norma *prohibitiva* o que *permite no hacer algo*) (4).

De esta forma, sea en el ámbito jurídico o en el ámbito moral, las valoraciones se manifiestan por doquier. Por eso se dice que las normas son *prescripciones*, esto es, 'mensajes' que pretenden influir sobre la conducta del destinatario. Lo anterior significa que este destinatario es un ser libre, que puede elegir entre diferentes alternativas, puesto que se considera que no todo uso de la libertad es indiferente o igualmente valioso. Por eso la norma también opta por alguna de las alternativas *posibles*. Necesariamente debe tratarse de alternativas *posibles*, o lo que es igual, el contenido de una norma

debe ubicarse entre lo *imposible* y lo *necesario*. En efecto, una norma que prescribiera una acción *imposible* (una que se encuentre más allá de las posibilidades humanas) sería *superflua* —porque no es factible llevarla a cabo—, y una que pretendiera regular algo *necesario* (esto es, una conducta que ocurrirá de todas formas, o lo que es igual, que no puede evitarse, aunque se quiera) sería *inútil* —porque ese evento llegará a existir con o sin esa prescripción— (5).

Otro motivo por el cual las valoraciones se manifiestan por doquier, tanto en el ámbito jurídico como el moral, radica en que para que una norma —no importa cuál— llegue a existir, es necesario un *acto de voluntad*, esto es, que la norma emane de 'alguien'. De hecho, es necesaria no sólo una voluntad, sino también de una *inteligencia* que *produzca* la norma, porque éstas requieren ser *pensadas y formuladas por alguien*; son por tanto, un producto cultural (6).

En consecuencia, para el positivismo jurídico es fruto de un *acto de voluntad*, y por ende, de un elemento *artificial*, que se atribuye *carácter jurídico* a algún aspecto de la naturaleza o de la realidad humana. Es la llamada 'calificación jurídica'. La juridicidad es así, un *atributo* conferido exclusivamente por el hombre al mundo que lo rodea, no algo que deba ser aceptado o reconocido por éste. Es el mundo del *Sollen* el que juridiza realidades propias del mundo del *Sein*. De este modo, es sólo porque ciertas normas jurídicas han reglamentado determinadas materias, que éstas adquieren carácter jurídico (7).

En íntima relación con esto, el positivismo normativista de Kelsen señala que la vinculación entre el contenido de la norma de conducta y el de la norma que establece la sanción jurídica, o si se prefiere, entre la prestación y la sanción coactiva aparejada en caso de incumplimiento, no es de causalidad, sino de *imputación* (8). Esto significa que tanto el contenido de la pauta de conducta, del castigo (o premio) (9) aparejado y la relación mutua entre ambos, depende absolutamente de la voluntad humana, no habiendo materias jurídicas 'de suyo', ni relaciones obligadas entre prestación y sanción (10). Por el contrario, la relación de causalidad se da sólo en el mundo del *Sein*, y no es más que la manifestación de un orden preestablecido de las cosas, que puede ser observado por el hombre; alude por ello,

a reglas objetivas, que pese a lo defectuoso que puedan ser los métodos de observación que se empleen, como fenómenos tienen un grado de fijeza que no depende del arbitrio humano. Es, en el fondo, una clara manifestación de la división *Sein-Sollen*, o si se prefiere, entre el mundo de lo racional o científico (donde se da la causalidad) y el de lo cultural o humano (donde se da la libertad del hombre).

Por el contrario, pretender que el contenido de las normas jurídicas o la relación entre prestación y sanción sea de causalidad y no de imputación, significaría reconocer una realidad jurídica objetiva o 'de suyo', esto es, sin que sea necesaria la 'invención' humana a este respecto, o incluso, la existencia de situaciones en que dicha voluntad se viera constreñida a aceptar un cierto estado u orden de cosas. Además, significaría a primera vista, ignorar la separación entre hechos y valores, infringiendo la 'ley de Hume'. En todo caso, por tratarse de una materia ajena a este trabajo, sólo se deja constancia de ella ⁽¹¹⁾.

Por último —e igualmente constituye un tema que sólo puede dejarse planteado— es también por lo antes dicho que la *sanción coactiva*, el castigo, se presenta como un elemento fundamental del fenómeno jurídico: desde el momento en que su contenido ha quedado entregado a los solos caprichos humanos y resulta imposible justificarlo 'objetivamente' (porque ello significaría reconocer la existencia de una realidad jurídica 'de suyo' y/o la racionalidad de las valoraciones), no hay modo real de demostrarle a los demás que el contenido de las normas jurídicas es razonable o justo; de ahí pues, que la sanción coactiva se presente casi como la única forma de obligar a los sujetos a cumplir lo prescrito por dichas normas. Por eso el mismo Kelsen señala no sólo que las normas son cumplidas muchas veces no tanto por las consideraciones que el sujeto haga respecto de lo prescrito por ellas, sino más bien como una forma de evitar la sanción, sino más profundamente, que las *verdaderas* normas jurídicas son en realidad, las que establecen la sanción coactiva, no las que determinan la prestación a seguir ⁽¹²⁾.

De este modo, y concluyendo, las normas en general y las jurídicas en particular, pertenecen al mundo del *Sollen* y no del *Sein*, por varios motivos. Primero, porque las normas no son hechos, sino

proposiciones, o si se prefiere, un tipo de lenguaje; en segundo lugar, porque dichas proposiciones no son descriptivas de hechos (no describen lo que de hecho ocurre), sino *prescriptivas* de la conducta humana (señalan lo que *debe ocurrir*, situación que no necesariamente llegará a existir); en tercer lugar, porque no expresan un juicio de hecho, sino que un *juicio de valor* (al *optar* por alguna de las *conductas posibles*), con toda la carga ideológica que ello conlleva; y por último, en cuarto lugar —y sin perjuicio de otros motivos—, porque estas prescripciones emanan de la voluntad humana, son *artificiales*, motivo por el cual para el positivismo jurídico normativista, siempre debe existir la *calificación jurídica* y la relación existente entre prestación y sanción debe ser de *imputación* y no de causalidad.

2. El camino obligado

De este modo, existiría una gran similitud entre Derecho y moral: ambos son órdenes normativos, pertenecientes al mundo del *Sollen* —en virtud de requerir de la intervención humana—, que pretenden orientar la conducta del hombre, todo lo cual hace que se encuentren 'impugnados' de valoraciones. De ahí que moral y Derecho puedan incluso *calificar un mismo hecho* —cada uno desde su perspectiva particular—, lo que implica que se encuentran en un mismo nivel ontológico. Sin embargo, una de las constantes preocupaciones del positivismo jurídico normativista (al punto de constituir casi una obsesión) ha sido no sólo identificar, sino *diferenciar* clara y tajantemente al Derecho de la moral. Es decir, pese a que ambos son órdenes *normativos*, al positivismo le interesa distinguir de manera nítida e incuestionable al Derecho, llegar a un objeto 'puro' ⁽¹³⁾.

Ahora bien, la o las diferencias entre Derecho y moral pueden enfocarse fundamentalmente desde dos perspectivas: atendiendo a su *contenido* o a otra cosa diferente de dicho contenido, lo que usualmente se ha llamado '*forma*'. Con todo, el problema radica en que dada la separación *Sein-Sollen*, y puesto que las valoraciones han quedado excluidas del ámbito científico —entre otros motivos, en virtud de su no-empiricidad—, desde el punto de vista del contenido, de lograrse una distinción entre Derecho y moral, ésta no pasaría de

ser irracional, o si se prefiere, no podría calificarse de 'científica', siendo en consecuencia, meramente emotiva. De ahí que el camino obligado tomado por el positivismo jurídico de corte normativista, haya sido intentar encontrar un elemento claramente diferenciador del orden jurídico respecto del orden moral, que *no* aluda ni tome en cuenta el contenido o lo regulado por sus normas.

Este otro elemento no valorativo o de contenido, es lo que se ha llamado (la nomenclatura no pretende ser exhaustiva), aspecto *formal* o *estructural* de las normas. De este modo, el esfuerzo de este positivismo ha sido identificar y estudiar únicamente aquellos elementos formales o estructurales que sólo se darían en las normas jurídicas y no en las normas morales o de otra índole ⁽¹⁴⁾.

Con todo, este camino que en cierto sentido se ve obligado a tomar el positivismo jurídico de corte normativista, conduce a una auténtica paradoja. En efecto, se da el curioso fenómeno, fruto de la tajante división *Sein-Sollen*, que el Derecho —en este caso, las *normas* jurídicas—, realidad que de manera evidente pertenece al mundo del *Sollen* (de ahí, como se ha mencionado, la constante crítica al Derecho natural), sea estudiado de acuerdo a los parámetros del mundo de *Sein*. O si se prefiere, se pretende analizar el fenómeno jurídico (o al menos a parte de él), *como si se tratara de una realidad medible y cuantificable*; en una palabra, como si tratara de un '*hecho*'. Esto significa que las *normas jurídicas en cuanto tales*, y no los *hechos* regulados por ellas, son analizados considerándolos meros '*fenómenos*'.

Lo anterior no puede dejar de llamar la atención, se insiste, porque si el Derecho es considerado por esta corriente como *norma jurídica* (o *conjunto de normas jurídicas*), no sólo su vinculación a las valoraciones resulta evidente, sino que de manera más profunda, *las normas no son hechos*, no son un *Sein*. Basta recordar las características de las normas jurídicas señaladas más arriba para concluir sin mayor dificultad que resulta bastante forzado contemplar estas *proposiciones prescriptivas*, que emanan del capricho humano, como si se tratara de hechos medibles y cuantificables, aún cuando se acuda a sus elementos '*formales*' o '*estructurales*'. Mas, el intento cons-

tante del positivismo jurídico de corte kelseniano, ha sido dotar al estudio del Derecho de las herramientas necesarias para convertirlo en una auténtica ciencia, dotarlo de un estatuto científico ⁽¹⁵⁾.

Con todo, aún siendo una paradoja, lo anterior tiene una clara explicación: si sólo el mundo del *Sein* es susceptible de análisis racional, en virtud de reducirse a hechos o fenómenos, que pueden ser medidos o cuantificados, y sólo este ámbito se hace sinónimo de racionalidad, pretender un estudio también racional de algún aspecto del mundo del *Sollen*, requiere mirarlo desde esta misma perspectiva. Ahora bien, como el *contenido* o *lo regulado* por las normas en general y jurídicas en particular obedece a *valoraciones*, consideradas aquí irracionales y subjetivas, un estudio '*científico*' no puede '*contaminarse*' con materias de esta índole. De ahí pues, que su aproximación a este problema deje de lado estas valoraciones, tanto en el *enfoque*, *método* o *modo de abordar* la cuestión a tratar, como en su *objeto de análisis* ⁽¹⁶⁾.

Esta y no otra —se insiste— es la razón por la cual para lograr este objetivo, y dadas las premisas de lo que se considera científico, se hace absolutamente necesario dejar de lado las valoraciones al enfrentarse al fenómeno jurídico. O lo que es igual, se torna imperioso preservar algún aspecto suyo de las pautas de valor ⁽¹⁷⁾.

De ahí que se trate a la norma como un auténtico '*recipiente*' o '*continente*', cuya estructura permanecería constante. Lo anterior no obsta a que su contenido pueda variar, e incluso ser de cualquier especie —al no haber materias jurídicas '*de suyo*'—, al descansar todo en la *calificación jurídica* y la *relación de imputación*. Lo que importa, por tanto, es dejar algún elemento a salvo de las valoraciones, de suyo cambiantes e irracionales ⁽¹⁸⁾.

Con todo, pareciera partirse de una premisa implícita: que este elemento formal o estructural, supuestamente '*objetivo*', no tiene vinculación alguna con lo regulado por las normas. Es decir, no se plantea la cuestión de saber, en primer lugar, si es realmente posible distinguir algún elemento formal o estructural *al margen* del contenido de las normas jurídicas o de su aspecto material —sobre lo cual se volverá en breve—, y en segundo lugar, si no será precisamente en virtud de su contenido o de *lo regulado*, que estas normas poseen una determinada estructura y no otra. Al contrario, esta

estructura es tomada como un dato que no es puesto en discusión y cuya fundamentación no interesa mayormente.

De ahí pues, que se proponga respecto del fenómeno jurídico, un estudio sólo *formal* o *estructural*, si es que se pretende hacer auténtica ciencia, dejando el análisis del contenido para la Filosofía del Derecho o la ética, por ejemplo (19).

En el fondo, lo que se intenta hacer es dotar a una realidad cambiante como la jurídica, de un elemento constante, casi eterno, que tenga el mismo grado de fijeza que las realidades fácticas del mundo del *Sein*, para lo cual es absolutamente necesario dejar de lado las valoraciones, pese a que el Derecho como realidad social, se encuentra surcado por ellas. De ahí que la diferencia entre forma y contenido, no sea otra cosa que un reflejo de la división *Sein-Sollen*.

3. El concepto de validez

Como se ha dicho, para lograr este resultado, el positivismo normativista ha despojado de valoraciones su campo de acción. Para ello, y siguiendo la concepción de la ciencia manejada por él, ha 'desvalorizado' no sólo su *objeto* de estudio (las normas jurídicas, entendiéndolas como 'recipiente' con una 'estructura' constante), sino también, el *método* o enfoque desde el cual contempla dicho objeto, la realidad jurídica, o en verdad, una parte de ella (la formal o estructural) (20).

De este modo, el positivismo no sólo propugna por un estudio del Derecho entendido como forma o estructura, sino que en estrecha vinculación con esto (y siguiendo el ideal de las llamadas 'ciencias duras'), pretende tener una visión *neutral* o *avalorativa* de dicho objeto. O lo que es igual, llama a reproducir el objeto estudiado de la manera más fiel posible, al modo de un espejo, de tal modo que éste objeto no se vea alterado en lo más mínimo por apreciaciones subjetivas del observador. De ahí que éste no deba tomar posición acerca de lo que estudia, juzgándolo de bueno o malo, sino sólo reproducirlo fielmente, le guste o no. Es decir, tanto el objeto como el método deben encontrarse libres de valoraciones, a fin de hacer auténtica ciencia. Cualquier contaminación valorativa será considera-

da perniciosa y restará seriedad y rigor a este tipo de estudio (21).

Por eso entonces, la misión del científico del Derecho será *constatar la mera existencia* de una norma jurídica, desde un punto de vista *formal* o *estructural*, sin atender a su contenido, de un modo *neutral* o *avalorativo*. Esta es la razón por la cual el positivismo normativista señala que el estudioso debe analizar el Derecho (las normas desde una perspectiva formal) tal cual *es*, y no como desde su peculiar —y supuestamente irracional— punto de vista, *debiera ser* (esto es, atendiendo a su contenido) (22).

De ahí que combinando la exclusión de valoraciones tanto en el *método* como en el *objeto* de estudio, resulte de vital importancia poder llegar a determinar la *existencia* del Derecho —en este caso, de las normas jurídicas entendidas como 'recipiente'—, no sólo de una manera 'objetiva', sino además, *indubitable*, y de ser posible, *universal*. Para ello, el positivismo kelseniano ha elaborado el concepto de *validez* (definida, de acuerdo a palabras de Kelsen, como "la existencia específica de una norma" (23) dentro del ordenamiento jurídico) diferenciándolo así del concepto de *valor* (en general referido a cualquier clase de norma), o de *justicia* (en el caso particular de las normas jurídicas), que apuntan a su contenido. El concepto de *validez*, pues, es la herramienta que permitiría identificar *la existencia del Derecho tal cual es*, no como *debiera ser*. Sólo hasta ahí debe llegar la labor del científico del Derecho, por corresponder el resto al análisis crítico de su contenido (24).

Validez y avaloratividad se encuentran así, íntimamente ligadas. La primera permite distinguir entre la *existencia* de una norma como tal, desde un punto de vista meramente estructural, y su *contenido valorativo*, que pertenece al campo *ideológico*; la segunda —la avaloratividad—, permite aproximarse a este fenómeno tal cual es, de una manera objetiva. De hecho, ambos se potencian mutuamente: la validez exige avaloratividad, y la avaloratividad se consigue en buena medida mediante el uso del concepto de validez (y el de eficacia, que no se analiza aquí) (25).

Ahora bien, resulta de vital importancia que el concepto de validez sea de tal naturaleza, que cualquiera que se enfrente a sus exigencias al estudiar el fenómeno jurídico, concluya de manera indubitable acerca de la existencia o no existencia del mismo. Es decir,

tal como en el ámbito de las llamadas 'ciencias duras', todo aquel que tenga los conocimientos pertinentes y use el método adecuado puede comprobar lo realizado por otro en esa área del saber, en el campo jurídico debe ocurrir lo mismo: el concepto de validez debe ser universal, y en el fondo, medible y cuantificable. Es decir, debe ser posible que cualquiera pueda determinar de manera objetiva e indubitable si una norma jurídica existe o no, lo cual, si se mira con atención, es algo de vital importancia. Sólo a partir de este punto es posible realizar un estudio 'objetivo' o 'científico' de aquellos elementos formales o estructurales que la componen. La validez es, pues, la primera manifestación y exigencia de un estudio auténticamente formal —científico— del fenómeno jurídico ⁽²⁶⁾.

Para determinar si una norma es o no válida, debe estudiarse si ha sido producida de acuerdo a los mecanismos contemplados por el propio sistema jurídico ⁽²⁷⁾. Puesto que se trata de una materia suficientemente conocida, no se abundará mayormente en ella. De este modo, para que una norma sea válida, y puesto que según se ha dicho, las normas son una creación del hombre, algo *artificial*, para llegar a nacer, debe cumplir una serie de requisitos o procedimientos contemplados por el propio ordenamiento jurídico.

En todo caso, debe advertirse un problema, que a su vez, muestra lo coherente que son las corrientes positivistas con la división *Sein-Sollen*: como tal, un acto de voluntad es reducido por el positivismo en último término, a *fenómenos físico-químicos* ⁽²⁸⁾; desde este momento, pues, se trata sólo de un *hecho*, de un *Sein*. De ahí que para que este conjunto de hechos físico-químicos a que se reduciría un acto de voluntad logren ser aceptados por el mundo del *Sollen*, requieren de un *sentido dado de antemano*, una especie de *autorización* para que sean entendidos como el nacimiento de una *norma jurídica*. Esta autorización —prosigue el positivismo— sólo es posible mediante la existencia de *otra norma jurídica anterior*, que es la que permite atribuir a este acto de voluntad (un *Sein*) un *significado* (un *Sollen*). Lo que importa, pues, es que la norma como tal, *emane enteramente del entendimiento humano*, de la espiritualidad humana. Este entendimiento se manifestará, evidentemente, en hechos concretos (tal como para expresar las ideas, es necesario modular palabras, lo que puede descomponerse en sonidos, que en sí

mismos, son simples hechos); pero el *sentido* último de estos hechos debe estar dado de antemano y sobre todo, emanar del propio hombre, ser una prerrogativa suya y nunca algo que sólo pueda (o incluso deba) ser reconocido ⁽²⁹⁾.

Así las cosas, *la validez es fruto de una calificación jurídica*: se requiere de una norma que establezca los mecanismos mediante los cuales puede crearse otra norma; estos mecanismos son en realidad, diferentes *hechos*, que han sido previamente *calificados* mediante estas normas anteriores, como idóneos para que su resultado sea a su vez considerado 'Derecho'. Es lo que se ha llamado 'hecho normativo', esto es, aquel acontecimiento previamente calificado como idóneo para la producción de normas jurídicas por una norma jurídica anterior ⁽³⁰⁾.

4. El paso de la norma al ordenamiento

Ahora bien, el problema de la validez ha contribuido en no poca medida a desplazar el punto de mira desde la norma aisladamente considerada (aún cuando ésta haya sido analizada desde una perspectiva sólo 'formal'), al *ordenamiento* en su conjunto, esto es, al conglomerado de normas jurídicas que existen en una sociedad dada. Como tal, este ordenamiento posee problemas propios, diferentes a los que aquejan a las normas aisladamente consideradas ⁽³¹⁾.

Este cambio de perspectiva resulta evidente, porque el Derecho positivo, considerado un *Sollen*, debe ser, como se ha dicho, necesariamente una creación humana, algo artificial. No pueden por eso existir normas jurídicas 'previas' a esta voluntad, algo así como 'hechos' ante los cuales no quede más remedio que aceptar su existencia, porque en este caso, se volvería, por así decir, al mundo del *Sein*; de ser así, el Derecho tendría, al menos en ciertos eventos, una *existencia autónoma* a la voluntad humana, sería un dato dado de antemano ante el cual no quedaría más que su acatamiento. Esta posibilidad se encuentra vedada, como también se ha dicho, porque en caso de existir, ello significaría además, que al menos algunos valores o pautas de conducta serían objetivos, algo así como 'hechos' que están 'ahí', esperando ser descubiertos. Mas, lo anterior choca frontalmente con la afirmación según la cual, las valoraciones son sub-

jetivas y sobre todo, artificiales. Por tanto, o el Derecho emana *totalmente* de la voluntad humana, de un querer, única manera de sostener que los valores son siempre subjetivos y una creación humana, o en caso contrario, la división *Sein-Sollen* sufre una importante excepción, y se acaba reconociendo, aunque sea veladamente, una especie de Derecho natural: un cierto orden de las cosas que no depende de la voluntad o del capricho humano y que, a menos que se quiera caer en la arbitrariedad, hay que seguir y respetar. Esto además, echaría por tierra la llamada 'falacia naturalista'. Con todo, por tratarse de un problema bastante complejo, sólo se deja enunciado aquí ⁽³²⁾.

En consecuencia, la validez de una norma presupone todo un procedimiento para que esta norma salga a la luz; pero este procedimiento debe estar regulado de antemano, para lo cual se requieren de otras normas; a su vez, estas otras normas también han requerido cumplir ciertos requisitos para llegar a existir, lo que nuevamente, remite a otras normas anteriores de las cuales deriva la validez de estas últimas, y así sucesivamente. De esta manera, se forma una *cadena de validez*, en que unas normas dependen de otras, porque —se insiste— lo importante es que siempre exista la intervención del intelecto humano ⁽³³⁾.

Como resulta obvio, esta cadena de validez se vincula estrechamente al problema de la *Grundnorm* o norma hipotética fundamental, tema que por su vastedad, también escapa al presente trabajo. En todo caso, no puede dejar de hacerse hincapié en que al final, el conjunto de normas que constituye el ordenamiento jurídico todo, acaba apoyándose en la eficacia ⁽³⁴⁾. Por eso es necesario un acto de voluntad amparado por la fuerza para hacerla cumplir, aparejando a su violación una sanción coactiva institucionalizada, en este caso, además, por medio del *nexo de imputación* correspondiente.

Como se ha dicho, se requiere de un conjunto de normas. Ahora bien, este conjunto de normas dista mucho de ser una mera yuxtaposición de prescripciones. Muy por el contrario, existe todo un conjunto de relaciones mutuas, un entramado entre ellas, que hace que unas dependan de otras y que por lo mismo, no todas tengan la misma función dentro de este conglomerado. En suma, se trata de (o se lo considera como) un *sistema normativo complejo* ⁽³⁵⁾.

Lo anterior se vincula al carácter *dinámico* del ordenamiento, esto es, a que es el mismo ordenamiento jurídico quien contempla sus mecanismos de producción: lo que importa es que las normas que lo integran sean válidas, hayan cumplido los requisitos preestablecidos por el mismo ordenamiento para su venida al mundo. Al ser siempre necesaria la *calificación jurídica* o si se prefiere, al no existir materias jurídicas 'de suyo', y al haber una *relación de imputación* entre prestación y sanción, se habla de sistema *dinámico*, porque su orientación queda entregada totalmente al arbitrio humano, que es libre para darle el contenido que quiera, a diferencia de los sistemas 'estáticos' o materiales, en que las vinculaciones de las normas que lo componen debe ser de contenido y no sólo formal, y en que que no existe total libertad para determinar dicho contenido ⁽³⁶⁾.

De ahí que en estrecha vinculación con el concepto de validez, dentro de la teoría del ordenamiento jurídico entendido como conglomerado 'complejo', se haya distinguido entre *normas primarias* y *secundarias* ⁽³⁷⁾ o, siguiendo la terminología de Bobbio, entre *normas de conducta* y *de estructura*. Las primeras son aquellas que establecen la conducta o comportamiento que debe seguir el destinatario, la *prestación* propiamente tal; las segundas, si bien establecen conductas (al ser toda norma una prescripción), se dirigen a las entidades encargadas de la producción —y aplicación— de las normas jurídicas. Esto es, su objetivo, entre otros, es *regular la creación de nuevas normas jurídicas*, autorizando a ciertos órganos para elaborarlas. De este modo, de ellas depende el *nacimiento, conservación, cambio y muerte* de las normas del sistema. Por eso se dice que son *normas que versan sobre normas*, 'metanormas', motivo por el cual se las diferencia de las normas comunes. Las normas secundarias o de estructura, pues, tienen un papel fundamental en la cadena de validez, y son una consecuencia del traslado del punto de mira desde la norma individualmente considerada al ordenamiento en su conjunto, entendido en un sentido dinámico ⁽³⁸⁾.

De este modo, es una norma secundaria superior la que otorga una cierta "autoridad normativa que va unida a su función de órgano capaz de producir normas jurídicas" ⁽³⁹⁾. Es decir, todo órgano

o autoridad productora de normas obtiene el poder para hacerlo de otra norma —secundaria— 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 secundaria más elevada, y así sucesivamente, en una relación recíproca entre normas y poderes. Esto significa que al interior del ordenamiento, las normas superiores delegan en las inferiores el poder de crear nuevas normas jurídicas; y a su vez, estas últimas vuelven a delegar parte de ese poder en otras de un nivel más bajo, y así sucesivamente. Por eso el ordenamiento jurídico puede conceptualizarse como “un sistema dinámico de sucesivas delegaciones de poderes” (40), y ser considerado, dependiendo del ángulo desde el cual se lo mire, como un conjunto de normas —desde arriba hacia abajo— o como un conjunto de poderes —de abajo hacia arriba—. Por igual razón, mientras más abajo se esté, los poderes serán menores y más limitados, las normas más específicas y concretas, y viceversa (41).

Como puede fácilmente comprenderse, esto se relaciona con la *norma fundamental* y al *poder soberano*, problemas que evidentemente, escapan al presente trabajo (42).

Por eso puede decirse desde una perspectiva formal, que la norma jurídica no es tal por regular materias determinadas, sino por *emanar de un poder que a su vez está regulado*, o lo que es igual, es jurídica no en virtud de su justicia, sino de su *validez*, esto es, *por pertenecer a un ordenamiento jurídico* (43).

En todo caso, no ha dejado de observarse, y con razón, que pese a esta diferenciación comúnmente aceptada, las normas ‘secundarias’ o ‘de estructura’ (44) aluden inevitablemente a *elementos materiales*; esto es, que hay materias ‘estructurales’ que tienen sin embargo, importantes elementos de ‘contenido’, sin los cuales sería imposible siquiera constatar su existencia, como por ejemplo, las normas que regulan la *producción de normas*, las que establecen la *jerarquía* entre las mismas normas, y las que determinan las *condiciones de nulidad* de otras normas o de los contratos. En todos estos y en otros casos, la Teoría general se ve obligada a acudir al *contenido material* de estas normas de estructura para poder percatarse de su existencia, o si se prefiere, identificarlas como tales (45).

Dicho de otro modo: el *contenido* de las normas de ‘estructura’ no sería tan variable o tan ‘dinámico’ como se cree, puesto que su objeto es establecer *cómo crear* nuevas normas del sistema, o si se prefiere, la opción por la nomodinámica “no implica necesariamente caer en un escepticismo normativo radical” (46). De ahí que

En ese proceso de delegación y autorización, sin embargo, es fundamental determinar en qué medida la atribución formal de competencia (*poder jurídico*) queda vinculada por el *contenido material o sustantivo* de la norma que confiere poder. Se podría decir, por ello, que la noción de ‘poder jurídico’ se encuentra a caballo entre la concepción estática y dinámica del sistema jurídico (47).

Por último, se ha señalado que las normas de estructura son igualmente normas ‘de conducta’, desde el momento en que son *prescripciones*. O si se prefiere, la producción de normas por parte de los órganos encargados, también es un *comportamiento*. Por tanto, desde una perspectiva analítica, la diferencia entre normas de comportamiento y de estructura no resultaría tan nítida (48).

Ahora bien, teniendo en cuenta todo lo dicho acerca del concepto de validez, habría que preguntarse, al momento de aplicar el Derecho existente en una sociedad dada —esto es, el conjunto de normas jurídicas—, quién es el principal encargado de determinar si una norma existe o no, o si se prefiere, si es válida. Es aquí donde pareciera encontrarse el meollo de la cuestión.

5. El papel del juez

No parece muy aventurado sostener que es el juez el principal llamado a determinar en cada caso que se le presenta, cuáles son las normas válidas dentro del ordenamiento, a fin de aplicarlas —hacerlas eficaces— para esa situación particular. Esto resulta evidente, toda vez que su sentencia debe fundamentarse, dentro de lo posible, en las normas del sistema. De hecho, la idea clásica es que en principio, el juez sólo base su resolución en las normas y sólo en las normas del sistema, sean estas explícitas o implícitas (como en el caso de una laguna), y en lo posible, además, sin introducir valoraciones persona-

les. De ahí también que en caso de una antinomia o de una laguna, sea el mismo ordenamiento quien establezca de antemano los mecanismos necesarios para superar la contradicción o colmar ese vacío, no siendo extraño que esas normas sean bastante minuciosas a este respecto, propugnen por la autointegración y también pretendan evitar la discrecionalidad del intérprete. Todo esto demuestra que el ideal del positivismo jurídico, al menos en un principio, es lograr una sentencia 'limpia', que sólo se limite a reproducir, sin alteraciones, las normas válidas existentes, lo que despectivamente se ha llamado, 'jurisprudencia mecánica' ⁽⁴⁹⁾.

Como se recordará, la idea que existe detrás del concepto de validez, es que la determinación de la existencia de una norma jurídica se convierta en algo 'objetivo', es decir, independiente a las consideraciones que el intérprete pueda tener respecto del contenido de la norma en cuestión. De ahí que se diga que la validez es un *juicio de hecho* y la calificación del contenido de la norma jurídica de justa o injusta, sea un *juicio de valor*. Por eso una ley para existir sólo debe ser válida, sin importar si es justa o injusta: la ley es la ley ⁽⁵⁰⁾.

Sin embargo, esta supuesta existencia 'objetiva' de la ley al momento de su aplicación, es un dato que por lo general se ha dado por descontado: se supone que la norma debe seguir ciertos procedimientos formales preestablecidos por el propio ordenamiento y el jurista o el juez sólo debe constatar que ellos se hayan cumplido y proceder a hacerla eficaz.

Ahora bien, después de todo lo dicho hasta aquí, sería lícito preguntarse, sin embargo, *cómo determina el juez si una norma es válida*, o lo que es igual, la manera en que ella existe como tal dentro del ordenamiento jurídico que le sirve de base para su sentencia.

La respuesta pasa por volver a la distinción entre normas primarias y secundarias, o si se prefiere, entre normas de contenido y de estructura. No cabe duda que la clave se encuentra en estas últimas, en las normas secundarias. En efecto, puesto que se trata de normas que versan sobre otras normas, uno de sus principales contenidos apunta al *proceso de producción* de estas otras normas, sean ellas a su vez primarias o secundarias. Es decir, algunas normas del ordenamiento (las secundarias) establecen qué pasos deben darse para

que un órgano determinado, siguiendo el itinerario establecido por ellas, pueda crear normas, esto es, ser una *fuerza de validez*. Por tanto, para determinar si una norma es válida, no basta con contemplar la norma 'de conducta', sino también la 'de estructura'.

Sin embargo —y aquí radica el meollo del asunto—, como tal, esta norma, aún siendo 'secundaria', es eso: una *norma*. Lo anterior significa que desde este momento, ella debe ser *interpretada*, como cualquier otra norma. Ahora bien, dadas así las cosas, resulta absolutamente fundamental indagar en la labor del juez, o si se prefiere, en la *Ciencia del Derecho*.

Es precisamente en la consideración de la Ciencia del Derecho de Norberto Bobbio, donde se percibe no sólo una muy interesante evolución a su respecto, sino además, una serie de consideraciones de no poca importancia para el tema del presente trabajo: el concepto de validez.

6. *La evolución de la Ciencia jurídica en Norberto Bobbio*

Dentro de la obra de Bobbio referida a la Ciencia Jurídica (que no es la predominante, puesto que la mayoría de sus escritos jurídicos se refieren a la Teoría general del Derecho), se pueden distinguir de manera muy somera, tres etapas fundamentales. En un primer momento, que se ubica en 1950 (fecha de publicación de dos interesantes obras suyas sobre esta materia ⁽⁵¹⁾), la Ciencia jurídica de este autor se encuentra fuertemente influida por la teoría del lenguaje de Carnap. Este es el motivo por el cual señala que la labor del juez debe reducirse al *análisis del lenguaje* con el cual están compuestas las normas jurídicas válidas de un sistema, a fin de estudiar los *conceptos* contenidos en ellas y formar así un *sistema de conceptos*. De este modo, en esta primera etapa, el juez calza de manera bastante cercana con el ideal de la llamada 'jurisprudencia mecánica', porque en principio, sólo *reproduce* el ordenamiento existente —aún cuando también pueda sacar a la luz elementos implícitos del mismo— de una manera 'objetiva' ⁽⁵²⁾.

Con posterioridad, entre 1950 y 1966, Bobbio sufrirá, con avances y retrocesos, una interesante evolución, mediante la cual, irá percatándose cada vez con mayor fuerza, de la *inevitable intromisión de*

juicios de valor por parte del intérprete. De esta forma, concluirá que la labor del juez es bastante menos 'pura' de lo que en un primer momento había supuesto, y que la mera lógica no basta para explicar su manera de proceder ⁽⁵³⁾.

Por último, luego de 1966, y en particular con motivo de un congreso de esa época ⁽⁵⁴⁾, Bobbio llegará a la convicción de que resulta imposible escindir la labor del juez de sus propias valoraciones. Esto significa que en su desempeño, éste aborda la realidad con la cual debe trabajar —las normas— desde una perspectiva particular, esto es, *influido por sus propias valoraciones*, o si se prefiere, *introduciendo juicios de valor*.

En realidad, la 'contaminación' que, fruto de sus valoraciones, se produce en la labor del juez, es doble: afecta tanto su *modo de aproximación* a su material de trabajo, como a su *objeto*. De esta manera, el juez no 've' las normas que interpreta de un modo totalmente 'objetivo', sino que lo hace a la luz de sus propias valoraciones, lo que trae como consecuencia que dichas normas se vean afectadas por su análisis. Como puede fácilmente comprenderse, ambos fenómenos no pueden menos que alejarse totalmente de los ideales de una labor auténticamente 'científica'. En efecto, debe recordarse que dada la división *Sein-Sollen*, y puesto que los valores han sido excluidos del ámbito científico, toda introducción de valoraciones es considerada subjetiva e incluso irracional.

De este modo, el juez no se limita a reproducir el Derecho que simplemente *es*, como se ha sostenido tradicionalmente, sino que en realidad, arriba al Derecho que desde su particular punto de vista, *debiera ser*. O como dice Bobbio, tradicionalmente se ha considerado que en su labor, el juez nada introduce a su objeto de análisis, las normas. Por el contrario, con estas últimas consideraciones, se aprecia claramente que la diferencia entre objeto y método tiende a mitigarse, de tal suerte que el estudioso acaba, como se ha dicho, modificando su propio objeto, influido por las valoraciones desde las cuales lo contempla. Esto es lo que lleva a confesar a Bobbio la existencia de "una divergencia entre el método, efectivamente practicado y la metodología propuesta y proclamada" ⁽⁵⁵⁾.

La misma idea es expresada por Bobbio cuando introduce la distinción entre la labor interpretativa propiamente tal o *jurispru-*

dencia, y el *estudio* que se hace sobre dicha labor interpretativa (llamada por eso *metajurisprudencia*). Siguiendo esta nomenclatura, concluye el pensador italiano que de acuerdo a la teoría tradicional (y aunque no lo diga, según lo sostenido por él mismo en 1950), se afirmaba que la jurisprudencia era 'objetiva', o si se prefiere, 'neutral', y que no influía en su objeto, esto es, las normas jurídicas. Mas, para ello, se estaba analizando no lo que realmente ocurría (esto es, no era una *metajurisprudencia descriptiva u objetiva*), sino aquello que de acuerdo al punto de mira del estudioso, *debía ser*. De ahí que prefiera hablar con respecto a este tipo de estudios, de una *metajurisprudencia prescriptiva*, es decir, que no decía lo que realmente ocurría —lo que hacían de hecho los jueces—, sino lo que *debía ocurrir* de acuerdo a las valoraciones del estudioso de dicha *metajurisprudencia*, que consideraba imperiosa su neutralidad. Se daba así una *metajurisprudencia prescriptiva* que creía llegar a una *jurisprudencia descriptiva* —la despectivamente llamada 'jurisprudencia mecánica'—, siendo que en realidad, se trataba de una *metajurisprudencia prescriptiva* (que no se sabía tal), que alteraba su objeto de estudio al presentarlo como si fuera neutral (una *jurisprudencia descriptiva*), no viéndolo como lo que era: una *jurisprudencia prescriptiva* ⁽⁵⁶⁾.

De ahí que reconozca Bobbio sin titubeos que pese a señalarse reiteradamente lo contrario, el juez es, efectivamente, una *fuerza del Derecho*, que *crea Derecho*, y no se limita sólo a reproducirlo mecánicamente. Y además, que esta labor de creación no se reduce sólo a 'explicitar lo oculto' en un proceso de autointegración (como se ha sostenido ante el problema de las lagunas, por ejemplo), sino que *introduce elementos nuevos* por el mero hecho de interpretar las normas existentes. De este modo, el juez *va adaptando* el Derecho a las diferentes circunstancias históricas, dándole así un *dinamismo* y una *elasticidad* insospechados. El modelo tradicional propuesto por la primitiva Ciencia jurídica, pecaba por tanto, de una excesiva rigidez, una especie de atemporalidad irreal ⁽⁵⁷⁾.

Esto significa que el elemento ideológico influye tanto en la *aplicación* como en la *modificación* del Derecho existente, ambas tareas realizadas en gran medida por el juez, no sabiéndose bien dónde

comienza una y termina la otra. El juez siempre *toma posición*, porque *evalúa constantemente* lo que tiene enfrente, motivo por el cual el ordenamiento jurídico se encuentra en una *constante reestructuración sistemática*. De ahí que la búsqueda de la *ratio legis* sea, en realidad, una *adaptación* que hace el intérprete de la norma a la *función* que de ella tiene en mente ⁽⁵⁸⁾.

Este es el motivo por el cual los conceptos jurídicos van *evolucionando* de acuerdo a los cambios sociales que a su vez, fluyen por medio de las valoraciones del intérprete ⁽⁵⁹⁾:

Cuál sea el contenido variable de estos conceptos, el intérprete está llamado a establecerlos de cuando en cuando, en el momento en que la norma abstracta, que contiene algunos de estos términos, debe ser aplicada; y debe establecerlo observando la realidad. Por eso en esta operación, el intérprete es por así decir, abandonado a sí mismo, y *adapta la solución a las orientaciones generales ético-políticas a las que adhiere (también si se cree absolutamente neutral)*. [...] En último término, el intérprete [...] *se encontrará siempre frente a alternativas, de entre las cuales deberá decidir: y toda decisión presupone una evaluación*. Una situación jurídica no se encuentra completa ni terminada porque las normas contengan referencias a una tipología de cosas, actos o eventos, que mudan con el tiempo: *la determinación de los tipos variables espera al intérprete. Si no existiera el intérprete, la norma no podría ni siquiera ser aplicada por falta de una referencia específica a la realidad que debe ser regulada* ⁽⁶⁰⁾.

La interpretación une así la ley con la realidad cambiante. Incluso, una norma sería sólo eficaz sólo en la medida en que *sea interpretada*. Es decir, una norma sólo formaría *de hecho* parte del ordenamiento jurídico si y sólo si es interpretada en conjunción con el sistema jurídico todo. Por tanto, el sistema se forma no sólo a partir de las normas formalmente válidas, sino que *requiere de la interpretación*: el ordenamiento jurídico es por ello, *un resultado, un proceso continuado en el tiempo*; posee una dimensión *espacial* y otra *temporal*. Interpretación y ordenamiento jurídico se funden y logran una continuidad ⁽⁶¹⁾.

El ordenamiento jurídico, en otras palabras, en un proceso, un sistema en devenir, un todo móvil y movable en movimiento en el tiempo, una especie de corriente de río que se engruesa en el camino, pero

que sigue siendo el mismo río. En este proceso, la interpretación es como el afluente que contribuye a la crecida de la masa de agua; pero una vez confluida en la corriente, no se la distingue de ella ⁽⁶²⁾.

De este modo, como resulta natural, puesto que las valoraciones se introducen por doquier en la labor interpretativa, la neutralidad o avaloratividad resultan imposibles. Ahora bien, si los valores 'contaminan' de este modo la interpretación, y lo que se 'interpreta' son las normas, resulta evidente que dentro de este proceso, también se verán afectadas las *normas secundarias o de estructura*. Esto significa, por tanto, que las valoraciones personales del juez también afectarán la comprensión de las normas que versan sobre normas ⁽⁶³⁾.

Es decir, se descubre casi con estupor, que las valoraciones, esos elementos considerados subjetivos e irracionales, que mil veces se ha intentado en vano expulsar de la labor científica del Derecho, se encuentran por doquier. Por tanto, puesto que también influyen en la interpretación de las normas secundarias, esto significa que igualmente inciden en la *determinación misma del concepto de validez*. En efecto, para comprobar si una norma es o no válida, esto es, si *existe* como tal dentro del sistema, hay que *interpretar este sistema* (hay que estudiar la *nomodinámica*), lo que sitúa al intérprete de lleno frente a las normas secundarias. Ahora bien, si las valoraciones se encuentran implícitas en toda interpretación, resulta evidente que ellas influirán también en la *determinación del concepto de validez*, porque habrá que interpretar el ordenamiento para cerciorarse si las normas que pretende utilizar, son 'legítimas', formalmente hablando, esto es, válidas. Como dice Bobbio:

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 esta o a aquella alternativa, y por consiguiente, a expresar una evaluación personal ⁽⁶⁴⁾.

Lo anterior es importante, porque desde el momento en que se reconoce esta introducción de juicios de valor en la determinación misma del concepto de validez, la diferencia entre *validez* y *valor* tiende a desdibujarse. El juicio de validez deja de ser considerado un mero juicio 'de hecho', como se ha sostenido tradicionalmente, por-

que lo que el juez 've' no es tanto el Derecho que simplemente *es*, según se ha dicho, sino el que desde su perspectiva, *debe ser*. 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) ⁽⁶⁵⁾.

A una conclusión semejante se llega desde una perspectiva analítica. En efecto, de manera tradicional, se ha sostenido por lo general, que la Ciencia jurídica tiene por misión el estudio de normas, o lo que es igual, *describir prescripciones* (esto es, señalar el significado y las relaciones mutuas de las normas jurídicas existentes, que como tales, son prescripciones). Sin embargo, a la luz de este nuevo enfoque, se descubre que la labor del jurista no es una mera 'descripción' de normas, sino que es, además, *prescriptiva*. Esto significa que con su desempeño *modifica* el objeto de su estudio: el resultado de dicha actividad es, pues, *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 *fuentes del Derecho*, como se ha dicho, 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* ⁽⁶⁶⁾.

En definitiva, a través de las normas (que son sus instrumentos de labor), el jurista asume una *función social*: la de *calificar los comportamientos como obligatorios, prohibidos o permitidos*, y por ello, *establecer derechos y deberes*, que afectarán la conducta concreta de los destinatarios de las normas jurídicas. Es así, una especie de artesano o artista, que con sus propias manos influye en el Derecho existente. A esto hay que agregar que en su análisis, la norma se ve mezclada con una serie de otros elementos extra gramaticales, que apuntan en realidad, a su *espíritu o sentido*. Lo anterior, sin perjuicio de

la inevitable *mezcla entre lenguaje y metalenguaje* (el lenguaje de la norma interpretada y el metalenguaje del intérprete ⁽⁶⁷⁾), lo cual —entre otras cosas— facilita el papel creador del juez y en términos más abstractos, la modificación del objeto por el método de estudio ⁽⁶⁸⁾.

Incluso, no parece aventurado sostener que lo que pareciera ocurrir es que la valoración del intérprete es una instancia *previa* a la misma interpretación de las normas jurídicas existentes. Es decir, el juez primero llegaría al resultado que considera 'justo' y a posteriori busca dentro del ordenamiento las normas que le permitan justificar este resultado. En consecuencia, no es que las normas estén 'ahí', esperando ser 'descubiertas' en razón de su evidente objetividad, sino que en cierta medida, son 're-creadas' por el juez, que las mira —y 'descubre'— tras el cristal de su propia valoración del asunto, adaptándolas en cierto modo a sus necesidades. De ahí que en caso de no encontrar normas que se adecúen a dicha valoración, se hable de una 'laguna', o si existen varias que regulan la misma materia pero de manera incompatible, de una 'antinomía'.

De este modo, como se ha dicho, el juicio de validez es en cierto modo, un juicio de valor. No se limita, por tanto, a una mera 'constatación de un hecho', como se ha propugnado reiteradamente, en este caso, de la simple verificación 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*, son un *Sollen*. Por eso resulta evidente 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 ⁽⁶⁹⁾.

Por otro lado, debe ser puesto de relieve que fruto de todo lo anterior, la neta diferenciación propugnada por el positivismo jurídico entre el Derecho que *es* y el que *debe ser*, comienza a desdibujarse. En efecto, puesto que la relación entre el estudioso y su objeto de estudio no es tan aséptica como se creía, el resultado final de su labor 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 ⁽⁷⁰⁾.

Más aún: este proceso de validez es un dato que está en permanente movimiento. En realidad, 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, 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 ⁽⁷¹⁾.

Con todo, 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 sostener que no tiene cauce alguno para desarrollar su labor ⁽⁷²⁾.

Ahora bien, es precisamente este cúmulo de conclusiones lo que llevará a Bobbio a confesar que la validez, *no es un juicio de hecho*, semejante a una realidad propia del mundo del *Sein*, sino que *debe ser determinada por alguien*; de este modo, la validez "ya no es un dato a constatar, sino un problema a resolver" ⁽⁷³⁾, e incluso se pregunta "hasta qué punto es engañosa, e incluso hipócrita, toda solución que tiende a ocultar la responsabilidad personal del juez a la hora de elegir una solución en vez de otra" ⁽⁷⁴⁾. El juez primero analiza la constitucionalidad de la ley, lo cual implica que la validez no se constata como un hecho, sino que se resuelve como un problema, con lo cual intervienen una serie de factores distintos y en conjunción con la lógica, contrariamente a lo tradicionalmente expresado ⁽⁷⁵⁾.

Esto significa, por tanto, que el juez tiene un papel fundamental en la *determinación práctica de la existencia de las normas del sistema*: es él quien determina no sólo *cuáles serán aplicadas y cuáles no* (esto es, *cuáles son eficaces*), sino de manera más profunda,

tiene mucho que decir en la *determinación de aquellas que son consideradas válidas*; o si se prefiere, cuáles normas tienen *existencia* para efectos prácticos. Es él, en definitiva quien determina en último término, *qué es Derecho y que no*, o si se prefiere, *cuáles son, cuándo existen, dónde se encuentran y quién produce* las normas jurídicas de un sistema dado ⁽⁷⁶⁾.

7. Validez y juicios de valor

Luego de todo lo dicho hasta aquí, y de acuerdo a las constataciones de uno de los mayores positivistas del siglo XX, puede afirmarse que el intento del positivismo jurídico por lograr una parcela del conocimiento del Derecho libre de valoraciones, no ha conseguido su propósito, porque el concepto considerado 'objetivo' por excelencia —la validez—, se encuentra en la práctica, tachonado de valoraciones. En efecto, presentadas así las cosas, cada vez cuesta más distinguir las diferencias entre validez y valor, porque *el juicio de validez termina dependiendo en gran medida de un juicio de valor*. Lo anterior se encuentra en las antípodas de las exigencias de científicidad propugnadas por esta corriente, puesto que como se ha mencionado, se considera que los juicios de valor son irracionales.

En efecto, dado que el juez no acude sólo a un juicio meramente formal-empírico, sino que requiere también *criterios de validez material*, está permanentemente apelando a valores. Es decir, puesto que su interpretación abarca varios sectores del sistema vigente, dicha labor acaba siendo influida por los valores imperantes de una sociedad en un momento dado de su historia ⁽⁷⁷⁾.

Tanto el juicio de validez sobre un ordenamiento, como el juicio de validez de una norma singular, no son meras constataciones o afirmaciones, sino interpretaciones y calificaciones de un hecho. [...Así:] 1) el juicio de validez es un juicio interpretativo y eso significa que también para juzgar si una norma es o no válida, el jurista o el juez no puede limitarse a una pura constatación de un hecho, sino que debe entender el significado, y más que el significado, la fuerza de una proposición normativa; 2) el juicio interpretativo de validez es un juicio complejo que no puede limitarse a utilizar el mero criterio de validez formal, o el mero criterio de validez empírica, sino que debe recurrir a menudo también a otro criterio, que yo llamaría voluntario o de validez material ⁽⁷⁸⁾.

Por eso se ha dicho que no resulta del todo tan nítida la separación entre *forma* y *contenido* de las normas de estructura o secundarias, puesto que para identificar estas normas que establecen el modo de producción normativa, se hace absolutamente necesario atender a su contenido, para lo cual también deben ser interpretadas.

En consecuencia, las normas acaban perdiendo esa 'objetividad' que el positivismo tradicional ha intentado encontrar en el concepto de validez. Ha sido un esfuerzo en verdad notable, porque —también se ha comentado— ha pretendido emplear un criterio perteneciente al mundo del *Sein* —la *verificabilidad*, aplicable a los hechos— a una realidad propia del *Sollen* —las normas—, lo que con toda razón han criticado, entre otras, las corrientes sociológicas ⁽⁷⁹⁾.

De este modo, los juicios de valor "están constantemente presentes en el camino a través del cual el intérprete pone a punto (construye) el instrumento normativo que después utilizará" ⁽⁸⁰⁾. Los valores intervienen en todas las etapas del 'silogismo': tanto en la elección de la norma (premisa mayor) como en la determinación del hecho (premisa menor), para lo cual se escoge entre las diversas reglas de la prueba. Por eso, para algunos autores, el Bobbio de esta época estaría más cerca de la *retórica* que de la demostración lógica. El juez tiene, como se ha dicho, una importancia fundamental —y en consecuencia, las valoraciones también—, en cuanto a *cuáles* son, *cuándo* existen, *dónde* se encuentran y *quién produce* las normas jurídicas. Su labor es así una '*interpretación-resultado*' ⁽⁸¹⁾. En consecuencia,

La Ciencia del Derecho (como, en general, cualquier otra ciencia social) debe admitir que es imposible alcanzar un conocimiento del fenómeno jurídico, que no sea conocimiento referido a valores ⁽⁸²⁾.

De ahí que existan poderosas razones para dudar que la labor interpretativa sea una *ciencia*, al menos tal como la entiende el positivismo jurídico. Como se ha dicho agudamente, desde una perspectiva sociológica:

En conclusión, la Ciencia jurídica que como ponía de manifiesto Bobbio, estudia *lo regulado*, es decir, *el contenido* de las reglas jurídicas, *no es una ciencia* que conoce el propio objeto formulando hipótesis y

leyes y a partir de éstas infiere previsiones y explicaciones para someter a control empírico, ni tampoco es una ciencia formal auxiliar que abastece de los instrumentos necesarios para las operaciones antedichas. Es una ciencia que *crea*, o al menos *concorre a crear su propio objeto*, es decir, el *contenido* de las reglas jurídicas, porque 'las normas no existen en el mismo sentido que los objetos de la naturaleza física', *no están fuera* de la ciencia jurídica que los estudia, sino en buena medida *son el producto de la actividad del jurista* ⁽⁸³⁾.

Por tanto, la Ciencia jurídica *no es una ciencia* (al menos tal como la entiende el positivismo y las corrientes sociológicas), porque *no es una actividad ni empírica ni objetiva*, si bien se sigue hablando a su respecto como 'ciencia' jurídica. Por eso Pattaro preferiría llamarla 'doctrina jurídica' o 'dogmática jurídica' ⁽⁸⁴⁾:

La Ciencia jurídica es una disciplina práctica, tanto en sus conceptos como en su método, y se encuentra más cercana a la ética que a la ciencia; lo que es suficiente para considerar que en el mapa del saber jurídico en que estamos buscando, ella no pueda ser colocada al lado de la ciencia sino (obviamente) en el lugar de la filosofía ⁽⁸⁵⁾.

Y no es extraña esta conclusión, porque no parece factible poder llegar a otro resultado desde un no-cognitivismo ético auténtico:

Una metaética no cognitivista coherente, en cambio, *no puede admitir valores que sean objetivamente cognoscibles como valores*: y no puede admitir valores que sean objetivamente cognoscibles como valores, porque siendo 'positivos', de cualquier manera, están ligados a hechos. Considerar esto significaría contradecir el divisionismo, que el no cognitivismo ético ha asumido como central: *ne se puede coherentemente ser no-cognitivista y subjetivista en relación a la ética y cognitivista y objetivista en relación al Derecho*, tanto menos en relación al Derecho positivo, si el Derecho es concebido normativamente como deber ser en vez de como ser ⁽⁸⁶⁾.

Además, si Derecho y moral pueden calificar un mismo hecho, ello significa que ontológicamente se encuentran al mismo nivel: en el mundo del *deber ser*. Por eso *la validez deviene en un juicio de deber ser, no un juicio de hecho*.

8. *Algunas conclusiones*

Como puede apreciarse, es con motivo de la constatación de la verdadera labor interpretativa del juez (esto es, al arribarse a una metajurisprudencia auténticamente *descriptiva*) que se descubre que su papel es totalmente distinto en la vida del Derecho al que se creía. De haber sido considerado un mero repetidor de la ley, ha pasado a ser la *pieza clave* del ordenamiento jurídico, o si se prefiere, la piedra que desecharon los arquitectos, se ha convertido en la *piedra angular* de todo el sistema: no sólo influye en su objeto, transformándolo, determinando en cada momento el Derecho que desde su perspectiva, *debe ser aplicado*, sino además, para efectos prácticos, decide *qué se considerará Derecho y qué no*. De esta manera, no sólo la *eficacia* o aplicación de una norma está en sus manos, sino la misma *validez*, que termina siendo en parte, un juicio de valor ⁽⁸⁷⁾.

Lo anterior se hace sentir, como es obvio, no sólo ante una laguna o una antinomia: en la misma *interpretación de las normas expresas*, incluso de aquellas que no ofrecen en principio dificultad o que no son 'oscuras', es él quien tiene el papel protagónico. De ahí que con mayor razón todavía, sus valoraciones resulten esenciales al momento de tener que integrar el sistema o de resolver una antinomia, en buena medida, porque en virtud de dicha valoración el intérprete *se da cuenta* de la existencia de una laguna o de una antinomia.

Lo importante para este tema es que la jurisprudencia deja de ser neutral, y que el jurista tiene por tanto un *papel político* en la sociedad. Es un *creador del Derecho*, que para estar 'vivo', requiere ser interpretado a la luz de la realidad social y las ideologías imperantes en un momento dado ⁽⁸⁸⁾.

Por eso se sostenía al principio de este trabajo que resultaba paradójico intentar aproximarse a las normas jurídicas, un producto *cultural* y por ello, tachonadas de valoraciones, como si se tratara de un fenómeno propio del mundo del *Sein*. O lo que es igual, que parece imposible entender una realidad de tipo prescriptivo desde una óptica supuestamente descriptiva ⁽⁸⁹⁾.

Precisamente por eso Bobbio señalaba —siguiendo la tradición del positivismo normativista— que puesto que las normas no son hechos, resulta imposible afirmar a su respecto que sean *verdaderas*

o *falsas*, sino a lo sumo, que ellas existen o no, esto es, que son válidas o inválidas, puesto que la verdad o falsedad sólo puede predicarse de hechos. O si se prefiere, desde una perspectiva analítica, que sólo son verdaderas o falsas las proposiciones *descriptivas*, mas no las *prescriptivas*, que únicamente podrían ser válidas o inválidas, lo cual resulta lógico desde las premisas manejadas por el positivismo jurídico. En efecto, si para esta corriente los valores no tienen un status cognoscitivo racional, no pueden ser ni verdaderos ni falsos, porque en el fondo, no son una realidad empírica propiamente tal, un *Sein* ⁽⁹⁰⁾.

En consecuencia, no puede más que concluirse que las normas jurídicas son *valoraciones*, y sólo son entendibles desde esta perspectiva. Ello explica por qué las valoraciones del intérprete se funden con las normas interpretadas, lo que demuestra que normas y valores se encuentran en un mismo nivel ontológico.

De ahí que para incursionar en la realidad práctica, deba no sólo hablarse en un lenguaje que esté capacitado para comprenderla, sino además, tenerse en cuenta *la razón de su existencia o su fin*. Sin esto, el ámbito jurídico queda desprovisto de cualquier punto de referencia, al ser una realidad propia del mundo del deber ser. Sin embargo, algunos positivistas, pese a advertir la importancia creciente de las valoraciones, han seguido con el enfoque meramente descriptivo. Mas, no parece así las cosas posible ni verosímil, explicar al Derecho sólo como un simple conjunto de normas coercitivas dirigidas a determinados funcionarios, o como mera fuerza regulada, por ejemplo.

Más aún: debe recordarse que incluso para observar el hecho más trivial, por muy 'objetivo' que sea, se requiere *valorar*, o lo que es igual, existe una insuficiencia de los criterios epistemológicos manejados por quienes pretenden una ciencia avalorativa meramente descriptiva. Ni los términos que se emplean, ni la materia tratada, se encuentran rigurosamente demarcadas de antemano, porque siempre es inevitable recurrir a algunos *principios de selección*: toda descripción supone, por tanto, una evaluación, no necesariamente moral, sin la cual es imposible entender a cabalidad las acciones o hechos que se pretenden describir. Por igual motivo, existen ciertas elecciones previas a la determinación de los conceptos fundamentales

del Derecho. Dicho de otro modo: como para esta descripción se requiere una valoración —para poder descubrir qué es lo importante y lo significativo del objeto analizado—, una metodología meramente 'descriptiva' es imposible ⁽⁹¹⁾.

En consecuencia, desde una perspectiva auténticamente 'positivista', no cabe duda que la Ciencia jurídica *no es una ciencia*, sino otra cosa: *política*. Es imposible que una labor perteneciente a la razón práctica cumpla con los requisitos exigidos para un modo de conocimiento propio de la razón especulativa (lo cual no quiere decir, ni con mucho, que el modelo propuesto por esta corriente respecto de la razón especulativa sea correcto, por los motivos arriba apuntados).

Ahora, por el tenor con que algunos positivistas llegan a esta conclusión (que la Ciencia jurídica no es ciencia, sino política), da la impresión de que se trataría de una realidad lamentable. Mas, *por qué* sea 'lamentable', es algo que nuevamente resulta inexplicable desde una óptica realmente 'científica' o 'neutral'. El problema puede seguir de manera indefinida, porque permanentemente se está acudiendo a valoraciones para justificar cualquier modo de proceder (sea al contemplar el objeto, sea al emplear el método considerado idóneo, sea al calificar lo positivo o negativo de un resultado), lo cual sólo puede ser explicado a cabalidad, teniendo presente cuál es el punto de vista, siempre valorativo, desde el cual se contempla la cuestión.

Es decir, parece imposible lograr justificar de manera 'neutral' la opción —valorativa— por la neutralidad: *la neutralidad se apoya en un juicio de valor*. En efecto, la sola *preferencia por la objetividad* descansa inevitablemente en una valoración, porque se considera *mejor* un estudio objetivo que uno que no lo es. Pero con esto se descubre que el método no sería tan 'objetivo' como se ha pretendido, en razón de existir una idea previa o un propósito a conseguir. Dicho de otro modo: la opción por la avaloratividad no puede ser a su vez una decisión neutral: la avaloratividad esconde un valor, el valor de la objetividad, lo que a su vez descansa en algún ideal velado, como la justicia, por ejemplo ⁽⁹²⁾.

Por eso, tal vez en lugar de arribar a esta conclusión —que la Ciencia jurídica no es una 'ciencia'— con consternación o pesar

por parte del positivismo jurídico —el cual es claramente identificable en el último Bobbio—, sería mejor quizás intentar cambiar los requisitos que se exigen a la ciencia para salir del atolladero, en vez de seguir criticando todo aquello que no se amolde al esquema propuesto. No para tranquilizar las conciencias, sino sencillamente porque la realidad se hace, curiosamente, cada vez más incomprendible por este camino ⁽⁹³⁾.

NOTAS

1. Así por ejemplo, KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 8ª ed., traducción de Roberto J. Vernengo, pp. 15-18 (nn. 2-4b); Id., "¿Qué es justicia?", en *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982, edición y traducción de Albert Calsamiglia, pp. 35-63; BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, traducción de Asís Roig y Andrea Greppi, pp. 154 y 227; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunita, 1965, pp. 187-190, 214-217 y 228-229; Id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, traducción y estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel, pp. 77-80 y 243-244.

Como dice Bobbio a este respecto: "[E]l rasgo fundamental de la ciencia, según las diferentes corrientes del positivismo filosófico, consiste en su *neutralidad valorativa*, o sea, en la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor* y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho. El motivo de esta distinción y de esta exclusión consiste en la diferente naturaleza de estos dos tipos de juicio: el *juicio de hecho* consiste en un *conocimiento acerca de la realidad*, en cuanto que la formulación de dicho juicio tiene como única finalidad la de *informar*, la de comunicar a alguien una constatación; en cambio, el *juicio de valor* consiste en una *toma de posición frente a la realidad*, en cuanto que su formulación no pretende informar sino influir sobre alguien, esto es, hacer que alguien haga una elección igual a la mía y, en su caso, siga mis prescripciones". (BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, cit., p. 145). De este modo, "La ciencia es una *toma de posesión* de la realidad; la filosofía, una *toma de posición* frente a la realidad. Por ello la ciencia es indiferente a los valores, y de ahí su carácter —subjetivamente— de investigación desinteresada y —objetivamente— de investigación pura. La filosofía [por el contrario] está axiológicamente orientada y comprometida, y de ahí su carácter de ideología".

(*Contribución a la teoría del Derecho*, cit., p. 87). Esta es la razón por la cual "sin objetividad no hay ciencia" (*ibid.*, p. 120).

En esto, el positivismo jurídico normativista es heredero del positivismo filosófico, que pretendía llegar a un conocimiento que tuviera los atributos de la ciencia: rigor y exactitud, siendo la física su modelo. De ahí que lo fundamental sea el estudio de los *hechos*, aún cuando no acabe de justificarse *por qué* sólo los hechos son susceptibles de estudio científico, y de manera más profunda, qué requisitos debe tener algo para ser calificado de 'hecho'. (Cfr. BALLESTEROS, JESUS, *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 20-21; ROBLES MORCHON, GREGORIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1988, pp. 76-82; KOLAKOWSKI, LESZEK, *La filosofía positivista: ciencia y filosofía*, Madrid, Cátedra, 1979, trad. de Genoveva Ruiz-Ramón, pp. 15-23).

Con todo, esto no significa que *toda* realidad cultural quede, por este motivo, excluida del estudio científico. De hecho, las corrientes sociológicas investigan los comportamientos humanos como si se tratara de fenómenos, de manera análoga al modo en que se estudiarían hechos de la naturaleza. Lo importante es que esta aproximación a una realidad cultural, para ser 'objetiva', debe cumplir los mismos requisitos que cualquier estudio que se pretenda científico y limitarse sólo a sus aspectos empíricos. Así, por ejemplo, para estas teorías puede estudiarse de manera 'científica' —esto es, empírica— un lenguaje incluso como el prescriptivo, pero únicamente analizando los comportamientos que, fruto de este lenguaje, realizan sus destinatarios, mediante la sociología y la psicología. (Cfr. PATTARO, ENRICO, "Norberto Bobbio y Alf Ross: comparación entre dos teorías de la ciencia jurídica", en AA. VV., *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, edición a cargo de Angel Llamas, Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1994, traducción de Andrea Greppi, pp. 141-142; Id., "Per una mappa del sapere giuridico", en AA. VV., *La teoria del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cargo de Uberto Scarpelli, Milán, Comunita, 1983, pp. 257 y 269.

2. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 18-23 (n. 4b) y 117-122 (n. 26); Id., "La doctrina del Derecho natural ante el tribunal de la ciencia", en *¿Qué es justicia?*, cit., pp. 64-112; BOBBIO, NORBERTO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 187-190 y 214-217; Id., "Algunos argumentos contra el Derecho natural", en AA. VV., *Crítica del Derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966, trad. de Elías Díaz, pp. 230-233 y 237.

Con todo, debe recordarse que el concepto de *naturaleza* esgrimido por el positivismo es concebido como una causalidad ciega y sin sentido, un mecanismo o mero *factum*. De ahí que perdida la noción *teleológica* a este respecto, no pueda hablarse propiamente de 'inclinaciones naturales'. En efecto, al haberse reducido la realidad a meros 'movimientos', no importa tanto el 'por qué' de las cosas, sino 'cómo' ocurren. Para el iusnaturalismo clásico, se trata, por el contrario, de un concepto *dinámico*, entendido como *physis*, esto es, como

principio interno de movimiento, lo cual permite descubrir el *orden* ínsito en las cosas, y por tanto, *hacia dónde* se dirigen y *cuál es* el sentido de los cambios que se producen. Sin este punto de referencia, es imposible distinguir la conducta correcta de la desviada, de tal modo que malograr los objetivos propios de las 'tendencias' sería algo tan 'natural' como alcanzarlos. En definitiva, para el positivismo todo lo que ocurre, por el sólo hecho de ocurrir, es considerado 'natural' y por ello, carente de sentido. De esta manera, la tradición positivista posee una visión incompleta del problema.

Para el problema de la 'falacia naturalista', puede consultarse, entre otros: BALLESTEROS, JESUS, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pp. 71-83; SPAEMANN, ROBERT, "La naturaleza como instancia de apelación moral", en MASSINI-CORREAS, CARLOS I., (compilador), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 351-352; D'AGOSTINO, FRANCESCO, *Filosofía del Derecho*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 111-112; MASSINI CORREAS, CARLOS IGNACIO, *La falacia de la «falacia naturalista»*, Mendoza, Idearium, 1995, *passim*; Id., "La teoría del Derecho natural en el tiempo posmoderno", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. LXXIV (1997), pp. 636-639; SERNA BERMUDEZ, PEDRO, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 119-130; GARCIA-HUIDOBRO, JOAQUIN, *Razón práctica y derecho natural*, Valparaíso, Edeval, 1993, pp. 261-262.

Más aún: en algunos casos extremos de no cognitivismo ético, se aboga incluso por el *no descriptivismo ético*. En efecto, según estas corrientes, al ser los valores inderivables de cualquier observación fáctico-empírica, los discursos éticos y prescriptivos en general, carecerían totalmente de significado, o lo que es igual, sería imposible abordar racionalmente algo que de suyo, no tiene explicación. Puesto que provienen de meras *emociones morales*, no expresables en categorías lógico-teóricas, y a lo sumo relevantes sólo en clave estrictamente psicologista, cualquier intento de aproximación a su respecto resultaría vano. (Cfr. D'AGOSTINO, FRANCESCO, *Filosofía del derecho*, cit., p. 89).

3. Como dice Bobbio: "Las normas pertenecen al universo de la cultura (en su sentido antropológico del término) de una determinada sociedad. Son un producto, más o menos espontáneo, más o menos consciente, más o menos artificial, de la vida asociada (también existen normas individuales, es decir, normas que un individuo se da a sí mismo). Como tales, las normas regulan comportamientos pero son ellas mismas el producto de comportamientos, es decir, pertenecen al mismo universo de la conducta humana en sociedad al que pertenecen los comportamientos que ellas regulan". (BOBBIO, NORBERTO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1984, p. 204).
4. La idea del Derecho como creación humana es afirmada por Kelsen por ejemplo, en *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 44-46 (n. 6a).

Una interesante exposición de las diferentes clases de prescripciones posibles se encuentra en BOBBIO, NORBERTO, en "La lógica jurídica de Eduardo García Máynez", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XXXI (1954) pp. 644-669; Id., *El positivismo jurídico*, cit., pp. 187-200; Id., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, traducción de Eduardo Roza Acuña, pp. 141-150 y especialmente, en "Comandi e consigli", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. XV (1961), pp. 369-390.

5. Estas reflexiones pertenecen a Bobbio. Señala el pensador italiano que las acciones prescritas por las normas, sean o no jurídicas, deben ubicarse entre lo imposible y lo necesario, porque el destinatario debe tener la opción de elegir entre varias alternativas al momento de actuar, y al menos, entre la posibilidad de cumplir o no cumplir dicha prescripción. Esto resulta bastante lógico: si el sujeto estuviera atrapado por las leyes de la necesidad, no habría en realidad ningún comportamiento que regular, porque la conducta en cuestión, se daría de manera ineludible. Por igual motivo, tampoco tendría razón de ser la sanción, porque sería imposible salirse del curso causal. En síntesis, se estaría volviendo a una realidad similar a la del mundo del *Sein*. (Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1954, traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 21; Id., *El positivismo jurídico*, cit., p. 154; Id., *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 157 y 178).
6. Aquí se presenta la vieja disputa respecto del iusnaturalismo en cuanto a si el orden natural de las cosas posee fuerza normativa. Este problema, por lo general mal comprendido, es planteado como si de la propia naturaleza, de una manera casi fantástica o mágica, surgieran pautas de deber ser, normas o prescripciones. La realidad es que esto constituye una visión simplificada del problema. Las normas, puesto que manifiestan un *mensaje*, o si se prefiere, una *voluntad*, y además, se dirigen a un ser inteligente (que por dicho motivo puede comprenderlas y por tanto, acatarlas o no), requieren para su nacimiento, de una voluntad y de una inteligencia. Desde esta perspectiva, pues, una norma es algo *artificial*, en cuanto *requiere ser creada por alguien*. Pero una cosa es decir que la norma, como elaboración racional surge de la psiquis humana, y otra muy distinta, es buscar el *contenido* o la *justificación* de dicha elaboración racional. La idea que subyace al iusnaturalismo es que dicho contenido y justificación pueden encontrarse en el *orden natural de las cosas*. Mas, esto significa que debe existir *alguien* (el hombre) que 'observa' ese orden natural, esa naturaleza. Precisamente por tratarse de un ser inteligente, le es factible *percibir* la existencia de un *orden* (una adecuada disposición de las cosas o partes de algo con vistas a un fin). De hecho, el orden no es algo propiamente físico, sino de índole *espiritual*; pero se manifiesta en la realidad de las cosas, en su distribución o manera de ser, siendo precisamente como fruto de la observación de dicha realidad, que es posible aprehenderlo.

De este modo, tal como se percibe un orden en la naturaleza que ha sido descifrado y ha servido de fundamento para el avance de las llamadas ciencias naturales (la física, la química, la biología, etc.), el iusnaturalismo sostiene que también respecto de la conducta del hombre, en cuanto ser libre, existe en la naturaleza (en la propia naturaleza humana, en la estructura propia o forma de ser del hombre) un orden, una armonía. Este orden puede ser descubierto, y como tal, da pautas de aquello que se *debe hacer* para perfeccionar este orden. El hombre posee una estructura pero puede llegar a más, puede sacarse provecho. Por eso los clásicos decían que el objetivo de la ley natural era alcanzar la felicidad, la plenitud, el estar mejor consigo mismo, con lo que se es. También podría plantearse señalando lo contrario: seguir la pauta dada por el orden de la naturaleza humana al menos evitará producirnos un daño, perjudicarnos a nosotros mismos.

Precisamente, esta es la misma idea que subyace tras la noción de orden ecológico: existe una armonía natural de las cosas, que impone ciertos modos de proceder respecto de dicha armonía, cuya transgresión no resulta indiferente, al verse afectado ese ecosistema. (Cfr. MASSINI-CORREAS, CARLOS IGNACIO, *El Derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1998, pp. 23-32 y 55-65).

El problema (es obvio), es que en el caso del hombre, estamos en presencia de un ser *libre*, que puede o no seguir esta pauta. Pero por mucho que la niegue, para el iusnaturalismo esta pauta dada por la naturaleza humana permanece como tal, y los resultados de su transgresión se harán sentir, tarde o temprano, para bien o para mal.

Por tanto, las normas como realidades racionales, son 'artificiales' en cuanto a que requieren un origen humano, alguien que las piense, que las formule; pero esto es muy distinto al *origen último de su contenido material*. No todo su contenido viene de la observación del orden natural de las cosas, esto también es evidente (y es lo que siempre ha sostenido el iusnaturalismo clásico), pero sí su núcleo.

Finalmente, para quienes sostengan que con todo este argumento se estaría violando la incomunicabilidad ser-deber ser, además de remitirnos a la nota 2, y siguiendo a Poincaré, lo que aquí ocurre no es, como ha señalado reiteradamente el positivismo jurídico normativista o sociológico, un paso desde simples hechos a valores, sino que en realidad, subyace una premisa implícita de tipo valorativa o *prescriptiva* en dicho razonamiento: existe una realidad fáctica dada, pero en el caso del hombre, éste tiene todo un potencial que desarrollar, labor que se le presenta como una tarea, como un *deber ser*. O si se prefiere, el despliegue de las facultades humanas tiene por base su propia forma de ser, su estructura o naturaleza. De este modo, existe en este razonamiento, tanto una premisa descriptiva como una prescriptiva, de modo que la conclusión (lo que se debe hacer) no es más 'fuerte' ni resulta incongruente con dichas premisas.

Por lo demás, el mismo Bobbio estaría infiriendo valores a partir de simples 'hechos', al señalar por ejemplo, que el contenido de las normas debe ubicarse entre lo *imposible* y lo *necesario* (vid. nota 5).

7. Esto es lo que Kelsen llama "dominio de validez". Para esta idea, cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 23-37 (nn. 4 c, d y e). Ideas similares en BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, cit., pp. 184-185 y en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 226-229 y 232.

8. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 89-105 (nn. 17-22); BOBBIO, NORBERTO, *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 21-22 y 73.

9. A este respecto, la teoría de la sanción coactiva pareciera algo incompleta, puesto que junto a ellas también existirían las llamadas 'sanciones positivas' o 'premios', según señala BOBBIO, NORBERTO, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 383-390.

Sobre esto hemos tratado en SILVA ABBOTT, MAX, "Normas, castigos y premios en la teoría jurídica de Bobbio", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. XVIII (2000) pp. 409-428.

10. Por eso el Derecho (la norma jurídica) es "la estructura calificativa de ciertos actos y hechos del mundo social y económico, que adquieren el carácter de la juridicidad precisamente en cuanto que son referibles a esta estructura y, como tales, son los *contenidos* variables de una *forma* constante". (BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 134).

11. A este respecto, nos remitimos a las notas 2 y 6.

Con todo, no deja de darse cierta circularidad entre el mundo del ser y del deber ser, aspecto que también escapa a los límites del presente trabajo. En efecto, de acuerdo al positivismo normativista, es el mundo del deber ser el que 'juridiza' las conductas o los hechos, al no haber materias jurídicas 'de suyo'; mas, se da una mutua dependencia, porque el deber ser requiere de un 'ser' (un hecho o comportamiento) al cual calificar, al punto que sin hecho susceptible de calificación, no hay calificación posible; y a su vez, para que se ponga en movimiento la maquinaria jurídica —el *Sollen*—, es necesario que suceda algún acontecimiento del mundo del ser —previamente calificado— para que se produzca la consecuencia jurídica esperada. Así las cosas, el ser y el deber ser dependen uno del otro, en una relación evidentemente circular. (Cfr. PATTARO, ENRICO, *Elementos para una teoría del Derecho*, Madrid. Debate, 1985, trad. de Ignacio Ara, pp. 43-50).

Por eso se señalaba que no deja de percibirse una cierta dependencia del *Sollen* respecto del *Sein*, lo cual ha sido puesto de relieve, por ejemplo, y según se ha visto, cuando Bobbio señala que el contenido de una norma jurídica debe ubicarse entre lo *imposible* y lo *necesario*, aspectos que evidentemente pertenecen al mundo del *Sein*.

12. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 67-70 (n. 6 e).

13. Cfr. *ibid.*, pp. 15-37 (nn. 1-4); BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, cit., pp. 145-155; y HART, HERBERT L. A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió, pp. 1-22.
14. Como dice Bobbio: "El término 'forma' es uno de aquellos términos que han adquirido en el lenguaje filosófico, los más diversos significados y por eso debe ser utilizado con mucha cautela. Aquí lo usamos en el mismo sentido que cuando se habla del Derecho como forma, sentido ahora corriente entre los cultores de la filosofía y de la Ciencia jurídica. En este contexto, 'forma' significa una cierta estructura [...], dentro de la cual se insertan determinados comportamientos sociales del hombre (y también determinados hechos naturales) que, una vez insertados en esa estructura, adquieren la calidad de *actos* (o hechos) *jurídicos*. De esta manera, forma se debe entender —cuando se dice que el Derecho es forma— como *calificación* o estructura calificadora de ciertos actos o hechos. Esto quiere decir que los actos o los hechos *no son en sí mismos jurídicos*, o a mayor abundamiento, que no existen actos o hechos de suyo jurídicos. Estos actos o hechos se hacen jurídicos cuando se insertan en una determinada estructura calificadora que constituye, justamente, el Derecho". (BOBBIO, NORBERTO, *Teoría della Scienza Giuridica*, Turín, Giappichelli, 1950, p. 143). Ideas similares en *Teoría general del Derecho*, cit., p. 156 y en *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 25-26.
15. Como dice Kelsen: "Mientras que me contenté entonces [se refiere a la primera edición] en formular los resultados especialmente característicos de una doctrina jurídica pura, intento hoy dar solución a los problemas tan importantes de una teoría general del Derecho conforme con los principios fundamentales de la pureza metódica del conocimiento jurídico-científico, precisando al hacerlo el lugar de la ciencia jurídica en el sistema de las ciencias, más de lo que anteriormente se hiciera". (KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 11).
- Por su parte, Bobbio señala algo similar: "El positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir el Derecho en una auténtica ciencia que posea los mismos caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. Ahora bien, el rasgo fundamental de la ciencia, según las diferentes corrientes del positivismo filosófico, consiste en su *neutralidad valorativa*, o sea, en la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor* y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte del científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho" (BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, cit., p. 227).
16. Como se ha dicho: "Las explicaciones de Kelsen sólo son comprensibles, y en este caso enteramente consecuentes, si se les pone como base el concepto positivista de ciencia. Este, como sabemos, excluye de la Ciencia toda

- Metafísica, toda Ética material y toda doctrina de valores. Sólo reconoce como ciencia, de un lado, las Ciencias causales basadas en la experiencia, de otro lado la Lógica y la Matemática como doctrina de las 'formas puras' de los cuerpos y de los números. Kelsen se dio cuenta acertadamente que la Ciencia del Derecho no tiene que ver, o no primariamente, con la conducta efectiva de los hombres o con los fenómenos psíquicos como tales, sino con normas jurídicas y con su contenido de sentido. Por ello no puede ser una Ciencia natural que describe hechos o investiga su enlace causal. Pero entonces, si es que es realmente una ciencia, sólo puede ser, según el concepto positivista de ciencia, una doctrina de las 'formas puras' del Derecho". (LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2ª ed. 1980, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, p. 95).
17. Por eso, comentando a Bobbio, señala Ghezzi que el pensador italiano estima que el criterio de distinción entre una regla jurídica y una regla no jurídica debe ser un *juicio verificable* y no un sistema de valores (cfr. GHEZZI MORRIS LORENZO, "Giudizi di fatto e di valore e tolleranza liberale nel pensiero di Norberto Bobbio", en *Sociologia del Diritto*, vol. V (1978), p. 42).
18. Como dice Bobbio: "La Teoría formal del Derecho no es el único ni exclusivo modo de estudiar el fenómeno jurídico, sino simplemente el modo que se interesa de cómo está hecho un ordenamiento jurídico, es decir, de aquello que es constante en todos los sistemas jurídicos, no importa a cuál ideología corresponda. Pero el estudio de la estructura formal del Derecho no excluye ni el estudio de los valores ni de las clases de hechos-tipo, variables de ordenamiento en ordenamiento. Ciertamente, la misma clase de caja puede ser llenada de flores y de explosivos. Y puesto que el oficio de hacer la caja es diferente del de rellenarla, no existe ninguna razón para atribuir al fabricante de cajas el propósito de que éstas deban ser siempre llenadas con los mismos objetos ('iusnaturalismo impenitente'), ni se le puede reprochar el desear que queden siempre vacías ('árido formalismo')". (BOBBIO, NORBERTO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1955, p. VII).
19. Cfr., BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 105-106 y 134-135; Id., *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 18-21 y 105-106.
20. Una interesante crítica a este reduccionismo se encuentra, por ejemplo, en FASSO, GUIDO, "Riposta di Guido Fasso", en AA.VV., *Tavola Rotonda sul positivismo giuridico*, en *Il Politico*, Vol. XXXI (1966), pp. 559-561.
21. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 15 (n. 1), 30-37 (n. 4 e) y 79-80 (n. 12); BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*,

- cit., pp. 145-146; Id., *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 41-42.
22. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, cit., pp. 145-155.
23. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 23. Si bien la validez está tratada en toda la obra, se la aborda más específicamente en *ibid.*, I, 4, c) (pp. 23-28); I, 6 c) (pp. 57-63); III, 16 (pp. 84-88); III 21 (pp. 100-103), y en capítulo V, en general (pp. 201-284, y particularmente en las pp. 219-225).
24. Cfr. *ibid.*, pp. 18-28 (n. 4 b y c); BOBBIO, NORBERTO, *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 18-21; Id., *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., pp. 134-135.
25. Por nuestra parte, hemos tratado algunos aspectos relacionados a la eficacia en SILVA ABBOTT, MAX, "La constante relación entre Derecho y fuerza en Norberto Bobbio", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, vol. IX (2001) pp. 301-349.
26. Como dice Bobbio: "Cuando me coloco frente a una norma individual y me pregunto si es o no una norma jurídica, el criterio de juridicidad no es ciertamente la sanción, sino la pertenencia al sistema, o sea, la *validez*, en el sentido ya aclarado de referibilidad de la norma a una de las fuentes de producción normativa reconocidas como legítimas". (BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, cit., p. 130. En similares términos, señala lo mismo en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 345).
Según se ha apuntado, el positivismo considera que al estar 'puesto' el Derecho, 'existe' igual que un 'hecho' y puede ser reconocido mediante la simple experiencia. (Cfr. PEREZ LUÑO, ENRIQUE, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971, pp. 53-54).
27. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 18-28 (nn. 4 b y 4 c).
28. Cfr. *ibid.*, pp. 18-23 (n. 4 b).
Hace un interesante comentario acerca de este tema, LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 57-60.
29. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 17-28 (n. 4 a, b, c).
30. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 26; Id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 149-150. Por eso comenta: "Una regla, en cuanto se considera como un hecho, deriva

- de otro hecho; pero recibe su validez en un sistema por obra de otra norma". (Id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 149). Y en otro lugar, agrega: "Según la teoría normativista, las fuentes del Derecho son los hechos a los que el ordenamiento jurídico atribuye como consecuencia la producción de normas jurídicas; en la terminología hecha común entre los juristas italianos, se llama 'hecho normativo'". (Id. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 26).
31. De ahí que Kelsen hable de la *Nomoestática* y la *Nomodínámica* (cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., capítulos IV y V, pp. 123-200 y 201-284, respectivamente).
En igual sentido, BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, pp. 201 y ss.; Id, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 151 y ss.
32. A este respecto véase la nota 2.
33. Por eso "Sólo se puede hablar de Derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento y que, por tanto, el Derecho no es una norma, sino un conjunto coordinado de normas" (BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, cit., p. 25).
34. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 219-225 (n. 34 g); BOBBIO, NORBERTO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Schientifiche Italiane, 1992, pp. 120-122 y 126-128.
Sobre esto nos remitimos nuevamente a nuestro artículo "La constante relación entre Derecho y fuerza en Norberto Bobbio", cit., pp. 301-349.
Una interesante crítica de la teoría kelseniana se encuentra, por ejemplo, en ROBLES MORCHON, GREGORIO, *Las limitaciones de la Teoría pura del Derecho*, México, Unam, 1989, *passim*.
35. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 331.
36. Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 201-284 (Cap. V).
37. Las 'reglas secundarias' son tratadas por HART en *El concepto de Derecho*, cit., pp. 99-123. En todo caso, debe dejarse constancia que en el momento en que Bobbio habla por primera vez de las normas 'de estructura', no había llegado a sus manos *The concept of Law*, según él mismo confiesa en *Teoría general del Derecho*, cit., p. 9. Además, el propio Bobbio diría varios años más tarde que había definido al Derecho con relación al ordenamiento y no a las normas que lo integran, acuñando la terminología de normas 'de estructura', 'antes que Hart' (cfr. *De Senectute*, Madrid, Taurus, 1997, traducción de Esther Benítez, pp. 158-159).

38. Estas normas regulan el modo en que deben ser producidas otras normas del sistema, atribuyendo los poderes correspondientes a los organismos encargados de su elaboración. De este modo, al estar dirigidas a otras normas, de ellas depende, como se ha dicho, su nacimiento, muerte, conservación y cambio. Esto hace además, que ellas sean anteriores en el tiempo y superiores en jerarquía que las normas 'de conducta' propiamente dichas.

Como dice Bobbio: "Consideradas en toda su extensión, las normas sobre la producción jurídica ofrecen los criterios necesarios y suficientes para 'reconocer' cuáles son las normas válidas del sistema" (BOBBIO, NORBERTO, *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 240. Ideas similares en *ibid*, pp. 236-240. También habla de este tema en *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 172 y ss; *El positivismo jurídico*, cit., p. 170 y *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 331-333).

39. BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 50-51.
40. BOBBIO, NORBERTO, "Intervento". en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, en *Il Politico*, vol. XXXI (1966), p. 364.
41. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 175-179.
42. Nuevamente nos remitimos a nuestro artículo sobre "La constante relación entre Derecho y fuerza en Norberto Bobbio", cit. pp. 301-349.
43. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Studi sulla Teoria generale del Diritto*, cit., p. 68.
44. No deben confundirse las 'normas de estructura' o normas 'secundarias', que son aquellas que versan sobre otras normas, con los elementos 'estructurales' de toda norma —primaria o secundaria—, que aluden, como se ha dicho, a aquellos elementos constantes que son distintos de su contenido. En todo caso, Bobbio utiliza el mismo vocablo ('estructura') para designar dos cosas en parte diferentes (según se ha visto) pero a la vez, en parte semejantes, porque se supone que para determinar si una norma es 'de estructura', sólo bastaría con constatar su función dentro del sistema atendiendo a su vez, a sus elementos 'estructurales' o formales, cosa que aquí se desmiente.
45. Cfr. RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 155.
46. GREPPI, ANDREA, "Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII (1995), p. 563.

47. *Ibidem*. Las cursivas 'contenido material o sustantivo' son nuestras. Para esta idea, *ibid*, pp. 562-563.
48. Cfr. BARRERE UNZUETA, MARIA ANGELES, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid Tecnos, 1990, pp. 162-163.
49. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, cit., pp. 44-47 y 215-225; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 68-69; Id., *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 209-210.
- Sobre esto hemos tratado en SILVA ABBOT, MAX, "Las antinomias en el pensamiento de Norberto Bobbio", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. XIX (2001) pp. 189-239.
50. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, cit., pp. 146-147 y 151-152; Id., *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 33-38.
51. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Teoria della Scienza Giuridica*, cit., *passim*, y "Scienza del Diritto e analisi del linguaggio", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. IV (1950), pp. 342-367.
52. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Teoria della Scienza Giuridica*, cit., pp. 217-220.
53. Este período de transición ha quedado de manifiesto en multitud de artículos del pensador italiano. Sólo por mencionar algunos de los más representativos, vid. "La logica giuridica di Eduardo García Máynez", cit., pp. 644-669; *Derecho y lógica*, México, UNAM, 1965, traducción de Alejandro Rossi, *passim*; "Antinomia" en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, Turín, Utet, 1957, pp. 667-668.
- Sobre esta materia hemos tratado en parte en SILVA, ABBOTT, MAX, "Las antinomias en el pensamiento de Norberto Bobbio", cit., pp. 179-206.
54. La *Tavola Rotonda sul Positivismo Giuridico* se realizó en 1966, en la Universidad de Pavía. En este evento, un grupo de profesores italianos intentó llegar a un consenso respecto de qué debía entenderse por 'positivismo jurídico'. 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 se encuentran en el primero de estos volúmenes, en las pp. 363-365 y 565-570.
55. BOBBIO, NORBERTO, *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi studi di Teoria del Diritto*, Milán, Comunita, 1977, p. 219. Para esta idea, cfr. *ibid*, pp. 217-274; y *Contribución a la teoría del Derecho*, cit., pp. 201-224.

56. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 204-205 y 208; Id., "Essere e dover essere nella scienza giuridica", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XLV (1968), pp. 475-479. Como señala en esta última obra: "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*" (p. 479).

57. 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, en *Teoría general del Derecho*, cit., p. 170, y en "Comandí e consigli", cit., 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" (BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 325, y de manera muy similar, en *Teoría general del Derecho*, cit., p. 171).

Coinciden en esto varios comentaristas de la obra de Bobbio, entre otros, PATTARO, ENRICO, "Per una mappa del sapere giuridico", cit., pp. 267-268 y GUASTINI, RICCARDO, "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, Bolonia, Il Mulino, 1980, pp. 483 y ss.

58. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Dalla Struttura alla Funzione*, cit., pp. 255-258.

59. Cfr. *ibidem*.

60. *Ibid.*, pp. 257-258. Las cursivas son nuestras.

61. Cfr. *ibid.*, pp. 258-259; Id., "Risposta di Norberto Bobbio", en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, en *Il Politico*, vol. XXXI (1966), pp. 567-568.

62. BOBBIO, NORBERTO, *Dalla Struttura alla Funzione*, cit., p. 259.

63. Cfr. *ibid.*, pp. 258-260.

64. *Ibid.*, p. 257.

65. Cfr. *ibid.*, pp. 259-261; Id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 211-212.

66. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 208-209 y 216-223; Id., "Essere e dover essere nella scienza giuridica", cit., pp. 478-479; Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 186-189; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 33-35 y 68-73.

En realidad —comenta Pattaro—, la labor interpretativa no es descriptiva sino prescriptiva, puesto que sobre la base de determinados argumentos y en vista de ciertos fines, se atribuye a ciertos enunciados un significado determinado, no siendo además extraño que surjan nuevos enunciados dentro del sistema jurídico, puesto que acaba confundándose el lenguaje objeto de las normas jurídicas, con el metalenguaje del propio intérprete. La actividad interpretativa es así, *prescripción sobre prescripciones*. (Cfr. PATTARO, ENRICO "Per una mappa del sapere giuridico", cit., pp. 269-270).

67. Se habla de metalenguaje, porque es el lenguaje del intérprete, que versa no sobre hechos, sino sobre otro lenguaje, su lenguaje-objeto, el de las normas que analiza.

68. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 211 y ss., especialmente, 216-223.

Comentan esto también GUASTINI, RICCARDO "Norberto Bobbio, teorico del diritto (II) 1961-1965", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. IX, Bolonia, Il Mulino, 1979, pp. 535-536; Id., "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", cit., pp. 483 y ss; PATTARO, ENRICO, "Per una mappa del sapere giuridico", cit., pp. 267-268.

69. Cfr. GARCIA-HUIDOBRO, JOAQUIN, *Razón práctica y Derecho natural*, cit., pp. 13-33. Para más bibliografía sobre este tema, nos remitimos a la nota 91.

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 *Teoría della Scienza Giuridica*, cit., *passim*.

70. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, "Risposta di Norberto Bobbio", cit., pp. 567-568.

71. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, en *Dalla Struttura alla Funzione*, cit., pp. 257-258; Id., *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 210; Id., "Risposta di Norberto Bobbio", cit., pp. 566-568.

72. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pp. 261-262.

De ahí, por ejemplo, algunas incursiones de Bobbio en la retórica de Perelman, como lo demuestran varios escritos suyos sobre el tema ("Prefazione", a PERELMAN, CHAIM, *La giustizia*, Turín, Giappichelli, 1959, traducción de Liliana Ribet, pp. 5-11; "Prefazione", a PERELMAN, CHAIM; OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Turín, Einaudi, 1966, pp. XI-XIX; "Perelman e Kelsen", en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 179-192; y "Sulla nozione di giustizia", en *Archivio Giuridico*, vol. CXLII, (1952) pp. 16-33).

73. BOBBIO, NORBERTO. "Quale Giustizia, quale lege, quale giudice?", en *Qualegiustizia*, vol. II (1971), p. 269.

74. *Ibidem*.

75. Cfr. *ibid.*, pp. 269-274.

Comenta esto desde otra perspectiva más cercana a la Teoría general, PRIETO SANCHIS, LUIS, "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", en AA.VV., *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1994, pp. 106-107.

76. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Dalla Struttura alla Funzione*, cit., pp. 219-220 y 256-257; Id., *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 260-261 y 269-270; Id., *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 218-220.

Por eso comenta Pattaro que las normas no son sólo 'datos para su uso', sino que el jurista las 'fabrica' con sus propias manos. (Cfr. PATTARO, ENRICO, "Per una mappa del sapere giuridico", cit., p. 268).

77. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, recensión de "MENECELLI, RUGGERO, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padua, Cedam, 1964", en *Rivista di Diritto Civile*, vol. XII (1966), pp. 591-593.

78. *Ibid.*, pp. 591-592. Y continúa: "... el jurista y el juez, cuando deben verificar la validez de una norma, no se limitan a constatar la conformidad meramente formal de la norma a interpretar con las normas de producción con base a las cuales ella ha sido creada [... Por eso] un juicio de validez no puede prescindir de una interpretación del contenido de las normas [...]. A mi juicio el problema de la validez no consiste en encontrar, de entre los

varios criterios de validez contenidos en las diferentes corrientes de pensamiento jurídico, el criterio por excelencia, sino *en analizar y redefinir los criterios propuestos* y en precisar los casos y las ocasiones de su utilización, total o parcial, acumulativa o alternativa, concurrente o prevalente, igual o privilegiada. Abstractamente, pero sólo abstractamente y en principio, se puede decir que *el juicio de validez es un juicio global*, que abarca el valor, la legalidad y la aceptación de parte de los asociados de una norma, donde una norma es en principio válida sólo si es al mismo tiempo *justa*, legalmente puesta y *observada*. De hecho, el equilibrio de los tres tipos de normas es inestable, y varía también en el ámbito del mismo ordenamiento, de acuerdo al tipo de norma que sea, según los sujetos que las asumen como regla de conducta, y varía también de ordenamiento en ordenamiento, donde sucede que no siempre los tres criterios están colocados con igual consideración [...] (*ibid.*, pp. 592-593, cursivas nuestras).

Como puede apreciarse, resulta bastante elocuente la similitud con la "regla de reconocimiento", de Hart. (Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 117-118 y 120-123).

Comentan esto, RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 212-214 y BORSELLINO, PATRIZIA, *Norberto Bobbio metateórico del derecho*, Milán, Giuffrè, 1991, pp. 174-176.

79. Cfr. ROSS, ALF, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2ª ed., 1993 (1ª ed., 1991), traducción de Genaro R. Carrió y Osvaldo Pascheco, pp. 7-32.

80. BORSELLINO, PATRIZIA, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XXX (1987), p. 319.

81. Cfr. PATTARO, ENRICO, "Per una mappa del sapere giuridico", cit., pp. 268-269; GUASTINI, RICCARDO, "Norberto Bobbio, teórico del diritto (II) 1961-1965", cit. p. 536.

82. GREPPI, ANDREA, "Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)", cit., pp. 548-549.

83. PATTARO, ENRICO, "Per una mappa del sapere giuridico", cit., p. 270 (Cursivas nuestras). Ideas similares en PATTARO, ENRICO, "Norberto Bobbio y Alf Ross: comparación entre dos teorías de la ciencia jurídica", cit., pp. 143-144.

84. Cfr. PATTARO, ENRICO, "Per una mappa del sapere giuridico", cit., pp. 269-270.

85. *Ibid.*, p. 270.

86. *Ibid.*, p. 279. (Cursivas nuestras).

También este autor ha criticado —aunque sea una materia que escapa al presente trabajo— la distinción kelseniana entre deber ser subjetivo y deber ser objetivo (cfr. PATTARO, ENRICO, *Elementos para una teoría del Derecho*, cit., pp. 65-67 y 92-93 54-55).

Además —y también es un tema que sólo puede dejarse planteado—, existe el problema de la fuerza o valor moral de la validez, aspecto que ha sido permanentemente puesto de relieve por los realistas. De acuerdo a esta aguda observación, se critica al positivismo normativista porque en el fondo, considera que el Derecho tiene una obligatoriedad o fuerza vinculante por el solo hecho de existir. Es decir, el solo hecho de que las normas jurídicas hayan sido producidas de acuerdo a un procedimiento preestablecido por el propio ordenamiento, les estaría dando, subrepticamente, cierta legitimidad, lo que se liga inconscientemente a la teoría de la validez jurídica. Esta legitimidad velada aparece de manera bastante clara por ejemplo, en la famosa comparación de Kelsen entre la orden que emana de un bandido y la que emana del Estado, cuando opta por esta última (cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 57-63 —n. 6 c—). De este modo, la validez deviene en la obligación de obedecer al Derecho, lo que no puede ser sino una fuerza moral oculta en la mera existencia de una norma jurídica. Para esta idea, cfr. PATTARO, ENRICO, "Il positivismo giuridico italiano della rinascita alla crisi", en AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cargo de Uberto Scarpelli, Milán, Comunita, 1976, pp. 464 y ss. y de manera más general, ROSS, ALF., *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., pp. 7-32.

87. Cfr. RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., p. 157.

No ha dejado de ser criticada esta visión por considerarla demasiado 'es-tática'. En efecto, siguiendo con esta línea de argumentación, sería posible la existencia de normas eficaces pero inválidas formalmente hablando, esto es, que el juez cree normas totalmente nuevas o en otros casos, aplique algunas que formalmente han sido derogadas. (Cfr. PRIETO SANCHIS, LUIS, "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", cit., pp. 97-98, 101-103 y 106-110).

88. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Dalla Struttura alla Funzione*, cit., pp. 260-263 y 264-266.

A una conclusión similar llegaría por estos años, SCARPELLI, UBERTO, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Comunita, 1965, pp. 77-8 y 127-134.

89. Por otro lado, parece indudable, tal como se ha comentado ya, que resulta bastante difícil comprender una realidad como la prescriptiva, desde proposiciones sólo descriptivas, porque la proposición asertiva alcanza a descu-

brir una parte de la realidad, es sólo "un flash de lo real" (D'AGOSTINO, FRANCESCO, *Filosofía del Diritto*, cit., p. 92. Para este tema, *ibid.*, pp. 92-93). Comparten esta idea, entre muchos otros, 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. 118-127; GOMEZ-LOBO, ALFONSO, "El nuevo rostro del iusnaturalismo", en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XLI (1996), pp. 341-342 y 351-352; y KALINOWSKI, GEORGES, "Sobre la relación entre el hecho y el Derecho", en MASSINI-CURRETS, CARLOS I., (compilador), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 146-147.

Una dura crítica a la intención de aplicar parámetros del mundo del ser al del deber ser, desde una perspectiva también 'positivista', se encuentra en PATTARO, ENRICO, *Elementos para una Teoría del Derecho*, cit., pp. 87-121.

90. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Derecho y lógica*, cit., pp. 22-24 y 33-35; Id., *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 53-63; Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 186-190.

91. Cfr. BALLESTEROS, JESUS, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pp. 65 y ss; ROBLES MORCHON, GREGORIO, *Introducción a la teoría del derecho*, cit., pp. 133-138; GARCIA-HUIDOBRO, JOAQUIN, *Razón práctica y derecho natural*, cit., pp. 23-26 y 266-279.

92. Como se ha señalado a este respecto: "Si el objeto de una disciplina científica es producido por ella misma, al valerse de un determinado método, carece de sentido que esa disciplina reciba información procedente de otros campos del saber, acerca de su objeto. Esto implicaría que el objeto preexiste y trasciende a esta ciencia, lo que contradice los presupuestos neokantianos de la Escuela de Marburgo" (ERRAZURIZ MACKENNA, CARLOS JOSE, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, Pamplona, Eunsa, 1986, p. 56). Como señala el autor, esto tiene particular relación con la teoría del conocimiento de Hermann Cohen y la escuela de Marburgo, que influyó poderosamente en Kelsen (cfr. *ibid.*, pp. 38-64).

93. Es decir, el problema es que al reducirse artificialmente su objeto de estudio, se acaba dejando de lado lo que 'molesta'. Como ha dicho lúcidamente Fasso: "Prescindiendo de todo aquello que, respecto al fenómeno jurídico, afecte la pureza de un razonamiento exclusivamente formal, el positivismo jurídico permite de hecho construir un edificio lógico riguroso: a condición, sin embargo, de no ocuparse ni de las premisas ni de las consecuencias de esta construcción lógica, fingiendo que eso no interesa porque pertenece, en abstracto, a otro plano. Es un modo de proceder que recuerda, aunque decirlo sea horrible, al del iusnaturalismo iluminista: el cual, para poder construir un sistema coherente de Derecho, reducía todo el Derecho a Derecho natural, sin preocuparse en absoluto por la sociedad humana concreta: el Derecho real era diferente, por tanto, de aquel sobre el cual ellos razonaban *continuo ratiocinationis filo*" (FASSO, GUIDO, "Intervento di Guido Fasso", en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, en *Il Politico*, vol. XXXI (1966), pp. 559-560).