ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2005

PONENCIAS EN BUENOS AIRES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 23 / 2005

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2005

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 23
2005

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

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

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

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

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2005

PONENCIAS EN BUENOS AIRES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés, Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, 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 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* número 23, correspondiente a 2005. Sin perjuicio de su sección habitual de *Estudios,* este volumen reproduce la versión escrita de algunas de las ponencias de autores chilenos que fueron presentadas en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires. Cabe señalar que la segunda de tales Jornadas, efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en Santiago, desde el 20 al 22 de octubre de 2006, coincidió con la aparición de este *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* número 23.

Esta obra contiene también una sección de *Necrologías,* en la que se recuerda a Aleksander Peczenik y Luiz Luisi.

El número 24 de nuestro Anuario, correspondiente a 2006, aparecerá en 2007, y contendrá las ponencias presentadas en la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentino de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, en especial las 12 leídas en el igual número de sesiones plenarias de la Jornada.

Este y demás números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, Chile, o bien a asquella@vtr.net

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS *

* Ponencias presentadas por algunos de los participantes chilenos en la Primera Jornada argentino-chilenas de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Buenos Aires, 2004.

un superior, si no es para la errada concepción del voluntarismo: la obligación es simplemente la necesidad racional de algunos medios para un fin objetivo (op. cit., pág. 78). Así, según Finnis, puede la ley natural ser comprendida, aceptada y aplicada, y analizada reflexivamente, prescindiendo de la existencia de Dios, la cual sólo proveerá una explicación adicional, añadiendo significación al bien de la "razonabilidad práctica" que es de por sí evidente. Todo esto no puede menos de calificarse como un grave error, y queda refutado con lo que se ha expuesto precedentemente. Además no cabe explicación adicional donde algo está bien explicado, y por último, no debe confundirse la Filosofía del Derecho con la concepción útil, y que debe aprovecharse y respetarse sí, pero esencialmente trunca y deficitaria, que pueda tener un ateo de la ley natural.

Además, es poco feliz el ejemplo que pone Finnis cuando dice que es dable una buena explicación del movimiento molecular sin acudir a la causa primera e increada (págs. 81-82). Y no es buena porque: a) La obligatoriedad supone un superior conceptualmente; b) con mayor razón supone la ciencia filosófica de la obligatoriedad moral, conocer la causa eficiente primera y la final última de la legalidad, si la filosofía ha de ser estudio de las cosas por sus primeros principios; y c) tampoco es verdad que pueda haber una explicación suficiente y por tanto buena del movimiento molecular sin acudir a la causa primera, si se está en el plano filosófico, al cual pertenece sin duda la teoría de la ley natural.

Lo dicho no se opone a que hagamos ver, y a que aun debamos hacer ver, que el iusnaturalismo puede ser aceptado por quienes no comparten su fundamentación metafísica y antropológica, y aun por los ateos: es una labor necesaria y benemérita; pero una cosa es eso y otra muy distinta, prescindir de sus primeros fundamentos o declararlos filosóficamente prescindibles.

BOBBIO Y EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS DEL DERECHO

MAX SILVA ABBOTT *

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La defensa de Bobbio del positivismo jurídico y sus partes. 3. El positivismo entendido como una teoría del Derecho. 4. El paso de la norma al ordenamiento y las diferentes nociones de "sistema". 5. Las lagunas desde la óptica de la Teoría general. 5.1 *Planteamiento.* 5.2 *El ordenamiento como sistema* completable. 5.3 *Los Principios generales del Derecho.* 5.4 *La analogía dentro del ordenamiento jurídico.* 6. Las lagunas desde la óptica de la Ciencia jurídica. 7. Conclusión: lagunas, interpretación y valores.

1. INTRODUCCIÓN

Como resulta evidente en una producción jurídica de la magnitud de la de Bobbio, a menudo las fronteras entre los diversos sectores de la Filosofía del Derecho tienden a hacerse difusas, cuando no a desaparecer. Es esto precisamente lo que ocurre con el tema de las lagunas del Derecho, en que los límites entre la Ciencia jurídica y la Teoría general del Derecho son tan sutiles, que resulta difícil seguirle la pista a esta interesante cuestión de una manera orgánica. De ahí que si bien el pensador italiano trate este tema sobre todo a propósito de la Teoría

* Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Profesor de Fundamentos Filosóficos y de Filosofía del Derecho, Universidad Católica de la Ssma. Concepción. Para comentarios, msilva@ucsc.cl

general —en particular al abordar el ordenamiento jurídico—, puesto que su vinculación con la interpretación del Derecho resulta más que evidente, una comprensión adecuada no sólo sugiere, sino que exige enfocar este tema también desde la óptica de la Ciencia jurídica o Jurisprudencia.

De ahí que el presente trabajo tenga por objeto primero intentar llegar a una formulación sistemática respecto de las lagunas del Derecho en la obra bobbiana —tarea nada fácil, en este verdadero mar de escritos directa o indirectamente referidos al tema—, para posteriormente arribar a algunas conclusiones que intenten explicar los resultados alcanzados por Bobbio en esta materia.

2. LA DEFENSA DE BOBBIO DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y SUS PARTES

Tal vez uno de los mayores aportes bobbianos a la filosofía jurídica de su tiempo haya sido su particular enfoque para explicar qué debe entenderse por "positivismo jurídico". Como se sabe, estos intentos por aclarar conceptos obedecían a la profunda crisis en la que el positivismo kelseniano se encontraba con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, tema que el mismo Bobbio abordó en más de una oportunidad[1].

Ahora bien, para el pensador italiano, lo que justificaba al positivismo no es sólo haber arribado a una teoría acerca de lo que el Derecho es, sino sobre todo el *enfoque* empleado para estos efectos, o si se prefiere, lo más destacable de esta corriente iusfilosófica es su manera de estudiar las cosas, su *metodología,* que como es sabido, pretende convertir al Derecho en una ciencia, o si se prefiere desde sus postulados, en una disciplina auténticamente racional.

Este modo de concebir lo que debe entenderse por "ciencia" obedece, como es de sobra conocido, a la ya tradicional división entre hechos y valores, o si se prefiere, entre el mundo del *Sein* y del *Sollen,* propugnada por el positivismo, con la consecuente incomunicabilidad mutua. Además, para este enfoque sólo los hechos pueden ser estudiados de manera "científica", fundamentalmente por ser *medibles* y *cuantificables;* inversamente, el mundo de los valores, al no poseer estos atributos, por regla general es recluido al ámbito de la irracionalidad, dependiente en consecuencia de los gustos o pareceres de cada cual y por tanto, acientífico. De ahí que se hable a este respecto de un "no cognitivismo" ético, puesto que si sólo es posible conocer racionalmente aquello que encaja dentro de lo "científico" (esto es, lo fáctico, los hechos, de acuerdo a sus premisas), los valores quedan automáticamente excluidos de este ámbito. Por último, todo lo dicho se vincula a (o para otros deriva de) la llamada "ley de Hume", que prohíbe pasar de los simples hechos a los valores, al constituir ambas realidades, como se ha dicho, auténticos compartimentos estancos.

En consecuencia, si de acuerdo a estas premisas lo que se pretende es hacer "ciencia", se requiere de un estudio que verse sólo sobre los hechos y no sobre los valores que se encuentren imbuidos en ellos, cualquiera sea el objeto de estudio que se tenga, lo cual a su vez obliga a tener un enfoque avalorativo o neutral. Es decir, tanto el *objeto* como el *método* deben verse en lo posible completamente purificados de estas valoraciones, de suyo irracionales y cambiantes. Por tanto, de acuerdo a la división fundamental entre hechos y valores, entre el mundo del *Sein* y del *Sollen,* sólo cabría un estudio racional del primero de estos sectores.

Con todo, y según se ha advertido en más de una oportunidad, en el positivismo jurídico de corte normativista —kelseniano— se da un fenómeno sorprendente: este consiste en que se pretende estudiar una realidad perteneciente al mundo del *Sollen,* cual es el Derecho, co-

---

1. Cfr. Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* Milán, Comunità, 1965 [en adelante *GPG*], pp. 12-13, 21-23, 26, 31-34 y 56-58; *El positivismo jurídico,* Madrid, Debate, 1993, traducción de Rafael de Asís Roig y Andrea Greppi [en adelante, *PJ*], pp. 229-230 y 237-340; *Contribución a la Teoría del Derecho,* Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980, edición y traducción a cargo de Alfonso Ruiz Miguel [en adelante *CTD*], pp. 134-135 y 241-246; *El problema del positivismo jurídico,* Buenos Aires, Eudeba, 1965, traducción de Ernesto Garzón Valdés [en adelante *PPJ*], pp. 21-23. También en una mirada retrospectiva, "An Autobiographical Aperçu of Legal Philosophy", en *Ratio Juris,* vol. IX (1996), translation by Anne Collins, p. 123.

Debe advertirse que a menos que se indique el autor, todas las obras citadas pertenecen a Bobbio.

mo si se tratara de un *Sein,* de simples hechos. En efecto, puesto que el Derecho es entendido como "normas" producidas por el hombre, fruto de su voluntad, su estatus ontológico no puede ser más opuesto al de los hechos, que —por decirlo de algún modo— "existen" de manera independiente e incluso muchas veces previa al hombre, al punto que de alguna manera se *imponen* al mismo[2]. Esto significa en el fondo, que se está intentando aplicar los criterios de cientificidad propugnados por el positivismo filosófico (empiricidad y avaloratividad) a una materia de suyo cargada de valoraciones (las normas, de donde deriva el nombre de positivismo "jurídico"), pero por lo mismo, dejando de lado dichas valoraciones casi como si no existieran y además, pretendiendo que un estudio de tales características es capaz de mostrar al Derecho tal como efectivamente es.

Como se ha dicho, esto no deja de ser sorprendente —si bien es un tema que no puede abordarse aquí—, puesto que resulta evidente que las normas (entendidas como prescripciones de la conducta humana, que pueden obedecerse o no, motivo por el cual están dotadas de algún tipo de sanción en caso de incumplimiento) se encuentran tachonadas de valoraciones. En efecto, si su objetivo es orientar o dirigir la conducta humana, resulta evidente que deben *optar* entre las acciones posibles del hombre; mas, se sepa o no, se quiera o no, desde este momento están *valorando,* porque —no importa cuál sea la justificación— se considera que la alternativa elegida es *mejor* que las otras no elegidas, cualquiera sea la modalidad deóntica empleada (mandato, prohibición, permisión). Si se manda una conducta determinada, es porque se la considera *preferible* a las otras posibles; o si se prohíbe algo, es porque se estima que dicha acción es *perniciosa* (injusta, inmoral, sacrílega o descortés, si tomamos los clásicos cuatro tipos de normas: jurídicas, morales, religiosas y de uso o trato social), siendo *más valiosa* que las restantes o algunas de las conductas no prohibidas.

En consecuencia, puesto que la norma jurídica es una clase más de norma (motivo por el cual comparte una serie de atributos con las

2. En el sentido de que o existen sin su intervención, o en aquellos casos en que existe dicha intervención, adquieren realidad propia: lo hecho, hecho está, y como tal, puede ser analizado de manera independiente a su origen.

demás prescripciones que llevan este nombre), parece algo paradójico que se intente llegar a una comprensión cabal o al menos satisfactoria de lo que la norma jurídica y el Derecho es en general, sin acudir a esta dimensión esencial de la misma. Y lo anterior es más llamativo aún, si se considera por otra parte que uno de los "dogmas" —o incluso obsesión— del positivismo jurídico ha sido la tajante separación entre Derecho y moral.

Sin embargo, el positivismo normativista ha hecho el intento, y de manera pertinaz. De este modo, ha propugnado por un estudio *avalorativo* del fenómeno jurídico, que no juzgue el *contenido* o *lo regulado* por las normas que lo integran, y ha abogado permanentemente por un estudio *formal* o *estructural,* no material o valorativo del mismo, esto es, que deje de lado dicho contenido. Esto significa en resumidas cuentas, que el estudioso no debe tomar posición respecto de lo que analiza, sino reproducirlo de la manera más fiel que le sea posible y además, este estudio debe preocuparse de analizar su objeto como mero recipiente o estructura, como una mera "caja vacía", en una famosa frase de Bobbio, que puede ser rellenada con cualquier contenido, ya se trate de flores o explosivos[3].

Ahora bien, esta subvaloración de los valores implícitos en el Derecho fue en definitiva lo que motivó las críticas que recibiera el positivismo jurídico luego del Holocausto, en atención a que gracias a este modo de proceder se lo había convertido no sólo en una espada de doble filo que podía ser utilizada con la misma eficacia para una democracia o para el peor de los regímenes totalitarios, sino además, porque lo había privado de las armas valóricas para resistir al Derecho injusto[4].

Con todo, la defensa bobbiana arranca fundamentalmente de la ya aludida separación *Sein-Sollen,* y por tanto, del no cognitivismo ético. Esto es fundamental, puesto que como desde su perspectiva es imposible llegar a un conocimiento racional respecto de los valores, una defensa del positivismo no puede basarse en valores —esto equivaldría a traicionarse a sí mismo—, sino en motivos "científicos"; esto es, que

3. Cfr. *Studi sulla teoria generale del diritto,* Turín, Giappichelli,1955 [en adelante *SSTGD*], p. VII.

4. Vid nota 1.

desde su óptica, si lo que se pretende es hacer un estudio verdaderamente científico del Derecho, se impone un análisis formal y avalorativo del mismo. Es por eso que hemos señalado que la defensa bobbiana del positivismo es sobre todo metodológica[5].

Con todo —y tampoco es un tema que pueda verse aquí— este razonamiento esconde una valoración: la de la ciencia. En efecto, de acuerdo a lo sostenido por Bobbio, se considera *mejor* un conocimiento científico que otro que no tenga este carácter. Mas, *por qué* se estima mejor o preferible uno al otro es algo que no sólo conlleva una valoración, sino que no puede explicarse a partir de la ciencia misma[6].

De ahí que uno de los argumentos repetidos constantemente por el positivismo bobbiano sea que su enfoque permite arribar al Derecho que *es*, al que simplemente *existe* —sea bueno o malo, justo o injusto—; y por el contrario, que introducir valoraciones en dicho estudio equivale a analizar el Derecho que *debe ser*, un Derecho *ideal* (lo que comúnmente llama 'Derecho natural')[7]. Aun cuando insista reiteradamente que la dimensión valórica del fenómeno jurídico es una tarea fundamental, ella apunta sobre todo a la *modificación*, no al estudio del Derecho existente. Con todo, si los valores son irracionales, no deja de percibirse a veces una cierta inutilidad en esta tarea, puesto que de ser coherentes, desde este ángulo es imposible alcanzar algún grado de racionalidad para justificar una decisión en pos de otra[8].

---

5. Cfr. Borsellino, Patrizia, *Bobbio metateorico del diritto*, Milán, Giuffrè, 1991, *passim*.

6. Sobre esto hemos tratado en Silva Abbott, Max, "Un referente de los valores contemporáneos: Norberto Bobbio", en *Revista de Filosofía*, Universidad Católica de la Ssma. Concepción, vol. I (2002), pp. 135-156.

7. La diferencia entre el Derecho que *es* y el que *debe ser* es una materia recurrente en Bobbio. Sólo por vía ejemplar, cfr. *PJ*, pp. 145-146, 215 y 223-225; *PPJ*, pp. 41-42; *PPJ*, pp. 56-59 y 61-62; *CTD*, pp. 249-251; "Algunos argumentos contra el Derecho natural", en AA. VV., *Crítica del Derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966, trad. de Elías Díaz, p. 237; *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994 [en adelante *CDG*], p. 283.

8. Esto mismo explica, como se verá, la estructura formal planteada por Bobbio para el Derecho existente, el llamado positivismo *teórico*, que se verá pronto.

En consecuencia, Bobbio siguió defendiendo el enfoque formal propugnado por el positivismo jurídico, fundamentalmente por razones "científicas", lo cual no significaba desconocer posibles errores metodológicos en que pudiera haberse incurrido en el pasado.

De este modo, Bobbio comenzó a principios de los años 50 un interesante análisis del término "formalismo", puesto que a su juicio este concepto estaba siendo utilizado por los antipositivistas de una manera desordenada y en el fondo, como una especie de Caballo de Troya para demoler desde dentro la ciudadela kelseniana. Con todo, un análisis de esta interesante parte de su obra escapa al presente trabajo[9]. Y la razón fundamental radica en que a fines de esta misma década, y en particular con motivo de un encentro de ese entonces (el *Colloquio sul positivismo giuridico*, realizado en Bellagio en 1960), esta primitiva explicación sería absorbida por las conclusiones a las que llegaría Bobbio con posterioridad al mismo. Con todo, su paralelismo con los diferentes significados de formalismo resulta más que evidente, y en el fondo, puede considerarse que este congreso vino a complementar y en cierta medida, coronar el esfuerzo bobbiano de estos años.

El *Colloquio* intentó llegar a algún acuerdo respecto de qué debía entenderse por 'positivismo jurídico', tarea nada fácil, si se analizan los comentarios vertidos en tan interesante encuentro[10].

Para los efectos que interesan aquí, lo importante es que Bobbio distinguió tres conceptos de positivismo jurídico: el positivismo entendido como *método* o *approach*, como *teoría* y como *ideología*.

---

9. Cfr. *PPJ*, pp. 11-13 y 37; *CTD*, pp. 242 y 348; *GPG*, p. 77; *TGD*, pp. 54-55. Entre otros, comentan los diferentes significados de 'formalismo' en Bobbio: Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio, teorico del diritto (II) 1961-1965", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Bolonia, Il Mulino, vol. IX (1979), p. 526; Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 203-207; Barrère Unzueta, María Ángeles, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 111-113.

10. Un interesante comentario respecto del *Colloquio* se encuentra en Falk, Richard A.; Shuman, Samuel I., "Un colloquio sul positivismo giuridico", en *Rivista di Diritto Civile*, Padua, Cedam, vol. VII (1961), pp. 542-557.

El *approach* positivista apunta a un problema metodológico —de lejos lo que más preocupa al pensador italiano—, y en el fondo, repite lo dicho hasta aquí: el estudio del fenómeno jurídico debe ser neutral (avalorativo) y sólo estructural o formal (no ocuparse de lo prescrito por las normas jurídicas)[11].

Por su parte, el positivismo como *teoría* apunta a la *concepción* del Derecho elaborada por los estudiosos, o también como dice en otro lugar, a la *doctrina* respecto de lo que el Derecho es. Como tal, su contenido es variable, porque el fenómeno jurídico va cambiando con el tiempo, si bien —conviene repetirlo— es una doctrina jurídica que sólo atiende a su aspecto estructural o formal, no de contenido. De ahí que su derivación del positivismo entendido como metodología resulte evidente, puesto que viene a ser un resultado de la misma[12].

Por último, el positivismo *ideológico* consiste no en un método de estudio o el resultado de dicho método, sino en una *actitud* ante dichos resultados: en este caso, una actitud de complacencia, esto es, de considerar que este Derecho estudiado, supuestamente desde una óptica avalorativa y formal, es *justo o bueno,* o si se prefiere, que es el Derecho que *debe ser*[13].

Ahora bien, señala Bobbio que a partir del positivismo metodológico es posible arribar al positivismo teórico, aunque también podría haberse desembocado en otra doctrina jurídica distinta (como la teoría de la institución, por ejemplo); y que a su vez, luego de arribar al positivismo teórico, es posible acabar tomando partido por él, considerándolo bueno o correcto, esto es, profesar un positivismo ideológico. Con todo, además de evitable, este último paso constituye en realidad un desvirtuamiento del genuino espíritu positivista, porque de acuerdo a su metodología, no se debe juzgar su objeto de estudio.

---

11. Cfr. *PPJ,* pp. 39-40, 59-64, 75-77, 83-86, 89, 99-100 y 104-106; *PJ,* pp. 141-143, 145-151, 157 y 237-241.

12. Cfr. *PJ,* pp. 141-143 y 157-225; *PPJ,* pp. 40-46; *CTD,* p. 149; *TGD,* pp. 229-230.

13. Cfr. *PPJ,* pp. 40-41, 46-49, 75, 78-79 y 84; *PJ,* pp. 227-235.

De este modo, y si se mira esto en sentido inverso, el *positivismo ideológico* es una posible aunque no inevitable derivación del *positivismo teórico;* y éste, a su vez, es también una derivación más, dentro de varios intentos por explicar lo que el Derecho es, del positivismo *metodológico*. Sin embargo, la relación no es la contraria; esto es, a partir de este último no necesariamente se llega al positivismo teórico, ni de éste, al ideológico[14].

Es por ello que en su defensa del positivismo jurídico, Bobbio llama a aceptar sin más el positivismo metodológico, a rechazar en principio el ideológico, y a aceptar al teórico en algunas de sus partes y por lo mismo, lo que afecta a un sector, no necesariamente afectará a los otros[15].

Por razones de espacio, no es posible analizar aquí el positivismo metodológico (de lejos la parcela del positivismo más celosamente defendida por Bobbio) ni el ideológico, ni tampoco sus relaciones mutuas. Sólo se comentará brevemente el positivismo teórico, puesto que resulta indispensable para entender el tratamiento dado por Bobbio a las lagunas.

3. EL POSITIVISMO ENTENDIDO COMO UNA TEORÍA DEL DERECHO

Como su nombre lo indica, corresponde a una determinada *teoría* o *concepción* del Derecho, motivo por el cual se trata de un *conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí,* una multitud de *fenómenos estudiados y posteriormente sistematizados*[16]. O como dice Bobbio, "[N]o [es] el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el *modo de entenderla,* de dar una descripción y explicación global de ella"[17].

---

14. Cfr. *PPJ,* pp. 40-41, 48-51 y 77; *PJ,* pp. 237-241.

15. Cfr. *PPJ,* pp. 40-41 y 77; *PJ,* pp. 237-241.

16. Cfr. *PPJ,* p. 40.

17. *Ibídem.* La cursiva es nuestra.
Comenta este aspecto de la obra bobbiana, Serna, Pedro, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", en *Persona y Derecho,* vol. XXXVII (1997), pp. 284-289.

En sus orígenes, esta corriente del positivismo se relacionó con el surgimiento y consolidación del Estado Moderno y del concepto de soberanía. Ahora bien, resulta evidente que dicho escenario influyó sobremanera en su desarrollo. Es esta la razón por la cual al tenor de su época, terminó por identificarse al Derecho con el Estado y con la Ley. La relación Derecho-Estado-Ley representa, pues, la armazón de esta doctrina[18].

De ahí que esta corriente coincida con lo que habitualmente se entiende por 'positivismo jurídico', debido a lo cual Bobbio lo llama 'positivismo tradicional'[19]. Por idéntico motivo, a su juicio gran parte de las críticas esgrimidas por sus adversarios se dirigen contra esta doctrina y no hacia la totalidad del positivismo.

Este "positivismo jurídico de estricta observancia"[20] posee una multitud de tópicos muy conocidos, que pueden ser divididos en seis, a saber[21]:

a) Es *voluntarista,* porque la producción jurídica —las normas— emana de la voluntad del soberano, al estar en presencia de un poder supremo que en teoría no reconoce límites[22];

---

18. Cfr. *PJ,* pp. 35-138, especialmente pp. 43-60 y 131-133; "La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", en AA. VV., *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo,* Turín, Arti grafiche Plinio Castello, 1951, pp. 8-10.
Comenta la evolución histórica de este proceso, por el cual existe una 'apropiación del Derecho por el Estado', Serna, Pedro, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos,* Pamplona, Eunsa, 1990, pp. 43-48 y 65-70.

19. Cfr. *PPJ,* pp. 43-46.

20. *CTD,* p. 149. La misma idea también en *TGD,* pp. 229-230.

21. Cfr. *PPJ,* pp. 43-46, 75-76, 80 y 99-104; *PJ,* pp. 141-225 (especialmente pp. 141-143) y pp. 237-241; *TGD,* p. 82.

22. Debe recalcarse que Bobbio no habla expresamente del *voluntarismo* como una parte más del positivismo entendido como teoría. Sin embargo, aún cuando no lo hace, nos ha parecido oportuno incluirlo como un elemento más, no sólo porque se subentiende (puesto que siempre se requiere de la calificación jurídica, al no haber desde la perspectiva del positivismo, hechos jurídicos 'de suyo'), sino también porque es un auténtico telón de fondo que permite explicar las partes de esta teoría.

b) Es *imperativista,* porque la norma jurídica es entendida —en particular gracias a la influencia de Austin— como un mandato;

c) Define al Derecho *en función de la coacción,* al considerarla como un elemento indispensable e incluso a veces diferenciador del mismo;

d) Es *legalista,* por ser la ley la fuente máxima o única del Derecho, en desmedro de la costumbre o de la labor del juez;

e) Aboga por la existencia de un *ordenamiento jurídico,* porque considera que la producción normativa forma un *sistema.* De aquí surgen tres consecuencias, llamadas usualmente 'dogmas' del positivismo jurídico, siendo las dos últimas derivaciones —y también patologías— de la primera, a saber:
   i) la *unidad* del ordenamiento, lo cual apunta a su calidad de *sistema*[23];
   ii) la *plenitud* del ordenamiento, esto es, que no existen lagunas en su interior; y
   iii) la *coherencia,* es decir, que no hay antinomias en el mismo; y por último,

f) Entiende la *Ciencia Jurídica* como aquella labor hecha por el jurista o el juez con el sólo objeto de *declarar las normas preexistentes,* o dicho de otra manera, considera la interpretación como una *mera operación lógica.* De ahí que sus adversarios la califiquen peyorativamente de *jurisprudencia mecánica.*

Ahora, si bien los tópicos anteriores son todas las consecuencias que pueden resultar de esta corriente del positivismo, desde la perspectiva bobbiana la presencia de los seis no es obligatoria o imprescindible para encontrarnos ante la misma[24].

---

23. Propiamente, Bobbio no habla de la *unidad* como uno de los 'dogmas' del positivismo teórico, sino que directamente de un 'ordenamiento jurídico'. Con todo, hemos preferido tratarlo de manera independiente, porque se trata de una idea implícita: sin ella, no tendría sentido hablar de los otros dos: la coherencia y la plenitud.

24. Cfr. *PPJ,* p. 101; *PJ,* pp. 157 y 237-241.

Por eso resulta obligado recordar la importancia que tuvo para esta corriente del positivismo la aparición del Estado Moderno y todas las consecuencias políticas que la idea de soberanía llevó consigo. Para efectos de este trabajo, baste constatar que el Derecho fue concebido, al menos en un principio, como un instrumento para hacer posible ese poder. En efecto, al no reconocer otro superior a sí mismo, su control sobre el territorio, así como sobre los habitantes que le estuvieran sometidos, debía ser máximo. Por tal razón era evidente que instituciones tales como la costumbre jurídica, la relativa independencia del juez o la existencia del Derecho canónico, resultaron incompatibles con él.

Ahora bien, no deja de ser llamativo —y es precisamente una de las críticas que se le han hecho al positivismo, en cuanto a haber convertido al Derecho en una espada de doble filo— que la misma estructura jurídica formal sirva —o al menos se pretenda que sirva— para hacer funcionar dos concepciones políticas diametralmente opuestas: una *autocracia* y una *democracia*. En efecto, en un principio el Derecho se redujo a un instrumento de dominio al servicio del soberano al estilo hobbesiano[25]. Mas —y aquí está la paradoja—, con posterioridad, *y sin que mediara transformación formal alguna* al interior de esta férrea maquinaria en que se había transformado el Derecho, su papel fue concebido de manera diametralmente opuesta, esto es, como la mayor garantía de los derechos de los ciudadanos, otorgados por el mismo ordenamiento jurídico, al evitar —o al menos intentar evitar— los posibles abusos de poder[26].

La razón de este giro tan radical se debería al cambio de la titularidad de la soberanía, pasando ésta del rey a los ciudadanos. De ahí

25. Sobre el surgimiento del Estado moderno y sus consecuencias jurídicas, cfr. *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci,* Madrid, Debate, 1985, traducción de Juan Carlos Bayón, pp. 136-145; "Hegel y el iusnaturalismo", en *Dianoia,* vol. XIII (1967), traducción de Alejandro Rossi, pp. 67-70; *CDG,* pp. 91-92; "La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", cit., pp. 8-11 y 14-15; (junto a Pierandrei, Franco) *Introduzione alla Costituzione,* Bari, Laterza, 1959 (se cita por la 24ª edición, corregida y aumentada, 1982), pp. 142-143; *PJ,* p. 238; *TGD,* pp. 20-22 y 225.

26. Así por ejemplo, en *PPJ,* p. 63; *GPG,* p. 32; *CTD,* pp. 123-124.

que para los antipositivistas lo anterior vendría a demostrar que el Derecho así concebido —como una estructura formal—, era un arma de doble filo, un simple mecanismo que podía utilizarse para distintos fines.

En todo caso, debe tenerse presente que al obedecer a una época histórica muy determinada, el positivismo como teoría tiene por lo mismo una vigencia limitada. De hecho, en la actualidad algunas de sus tesis parecen insostenibles, entre otras cosas por la crisis del Estado o el desarrollo del Derecho internacional. Por igual motivo, es una teoría difícilmente aplicable a épocas anteriores a la aparición del Estado moderno[27].

Para dar mayor orden a la exposición, se analizarán brevemente las características del positivismo jurídico como *teoría* en el mismo orden en que se han mencionado anteriormente.

a) *El voluntarismo jurídico:*

De acuerdo con Bobbio, la concepción *voluntarista* del Derecho quiere decir dos cosas. En primer lugar, que la norma jurídica emana de un poder supremo, sobre el cual no existe —o sencillamente no se reconoce— otro superior. Ahora bien, para ser tal, este poder debe tener la capacidad suficiente para expresar su voluntad sin cortapisas. O lo que es lo mismo, le debe ser factible manifestarse del modo y sobre las materias que estime convenientes, sin pedir consejo o permiso a nadie, ni obedecer a pautas previas que lo limiten[28].

27. Cfr. D'Agostino, Francesco, *Filosofia del diritto,* Turín, Giappichelli, 1993, pp. 103-104; Pérez Luño, Enrique, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna,* Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971, pp. 43-46 y 60-64; Serna, Pedro, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", cit., pp. 284-285.

28. Cfr. "La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", cit., pp. 8-10; *Introduzione alla Costituzione,* cit., pp. 141-143; "Introducción", a Hobbes, Thomas, *Del Ciudadano.* Traducción del latín y nota preliminar por Andrée Catrysse, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966, pp. 24-25; *El problema de la guerra y las vías de la paz,* Barcelona, Gedisa, 1982, traducción de Jorge Binaghi, p. 109; *El tiempo de los*

En segundo lugar —y fruto de la consideración precedente—, quiere decir que se opone a aquella otra doctrina jurídica 'racional' o 'intelectualista', cuyo máximo representante es el iusnaturalismo. De acuerdo con este último —y pese a sus variadas manifestaciones—, la norma jurídica debe ser fruto de la razón, motivo por el cual no puede prescribir cualquier cosa. Por eso debe tener un contenido mínimo que va más allá del capricho de quien la impone. Más aún: es precisamente esta orientación la que le da su carácter de juridicidad, y el verdadero motivo por el cual resulta obligatoria. Quiere decir, en consecuencia, que existen materias que son jurídicas por su propia naturaleza y otras que contrariamente, no podrían serlo nunca[29].

Esto es diametralmente opuesto a la concepción voluntarista, porque desde su perspectiva, no habría en teoría materia sobre la que el Derecho no pudiera versar. Más aún: llevada a sus extremos, considera no sólo que el Derecho puede tener cualquier contenido, sino más profundamente, que una materia es *jurídica* precisamente *por ser regulada por una norma.* Sería en virtud de la *calificación normativa previa* que adquiriría el carácter de Derecho, no existiendo así materias jurídicas de suyo. A este fenómeno se da el nombre de *normativismo*[30].

---

derechos, Madrid, Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig, p. 29; *GPG,* pp. 33 y 70-71; "Sul diritto naturale", en *Rivista di Filosofia,* Turín, Taylor, vol. XLV (1954), pp. 435-437.

29. Comenta este voluntarismo de Bobbio, Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* cit., pp. 227-237 y 240-243. En todo caso, para este autor el voluntarismo de Bobbio no es 'extremo', sino 'moderado' (e incluso llega en algunos momentos a acercarse de algún modo a posturas intelectualistas) tanto porque debe existir cierta lógica interna entre las órdenes del soberano, como porque el contenido de las normas debe ubicarse entre lo *imposible* y lo *necesario,* lo cual se vincula a la *validez material,* según se verá.

30. El 'normativismo' o calificación jurídica es uno de los tópicos de Bobbio, siendo exigido constantemente como requisito de juridicidad. Por mencionar sólo los lugares más conocidos en que alude al tema, cfr. *TGD,* p. 109; *PJ,* pp. 204 y 240-241; *SSTGD,* pp. 15, 62-64 y 66-67; *CTD,* pp. 76 106, 114, 121, 134-135, 139 y 149-150; *PPJ,* pp. 21-23.

Claramente se percibe que el voluntarismo en su segundo sentido —esto es, como opuesto al intelectualismo—, depende, o es una consecuencia del mismo entendido en su primer sentido —es decir, la emanación de la norma jurídica del poder soberano—. En efecto, puesto que sobre este último hipotéticamente no puede haber nada que lo limite, dicha inexistencia incluye también contenidos materiales mínimos o ineludibles. Es decir, en caso de que se reconocieran materias vedadas o contrariamente, si se consideraran otras como obligatorias de antemano para esa voluntad soberana, dejaría de ser tal, caería por su base esta teoría. Lo anterior, porque existiría algo —no importa qué— inmodificable por ella, y que por lo mismo, escaparía a su voluntad. Mal podría, así las cosas, ser realmente un poder omnímodo o soberano[31].

De las consideraciones precedentes se desprende que esta doctrina jurídica *necesariamente* debe construirse sobre una concepción voluntarista del Derecho, por depender del concepto de *soberanía,* sin perjuicio de que pueda variar su titular, como se ha comentado. Por otro lado, resulta imposible no percibir aquí una clara huella del no cognitivismo ético: al ser imposible arribar a un estatuto racional para los valores, resulta vano desde esta perspectiva intentar encontrar un contenido *justo* para el Derecho. No cognitivismo y voluntarismo se encuentran así, estrechamente relacionados.

b) *El imperativismo:*

El segundo elemento del positivismo como *teoría* es el *imperativismo.* Su derivación del voluntarismo resulta evidente, puesto que

---

31. Una de las expresiones más claras de este voluntarismo la manifiesta Bobbio cuando señala que el positivismo jurídico es "aquella corriente según la cual no existe otro Derecho diferente que el Derecho positivo, cuya característica es la de ser *impuesto por una voluntad soberana* (el positivismo jurídico *se identifica con la concepción voluntarista del Derecho*).

"Dondequiera que exista un poder soberano existe un Derecho, y todo poder soberano es, por definición, independiente de cualquier otro poder soberano[;] luego todo Derecho constituye un ordenamiento en sí mismo. Hay tantos Derechos diferentes entre sí, cuantos poderes soberanos existan. Es una realidad fáctica que los poderes soberanos son múltiples e independientes." (*TGD,* p. 254. La cursiva es nuestra).

sería ilógica una voluntad ilimitada que pudiendo usar incluso la fuerza para imponer sus deseos (lo que constituye la tercera característica, que se verá a continuación), no se dirigiera a sus destinatarios mediante *órdenes* o *mandatos*. Sería ridículo si luego de elucubrar de manera autónoma el contenido normativo que estimara conveniente y teniendo la facultad de hacerlo cumplir, requiriera de la anuencia de otra u otras voluntades para ser llevada a la práctica.

Es decir, la forma a través de la cual esta voluntad se canaliza o manifiesta es a través de normas jurídicas. Pero por eso mismo, su cumplimiento no puede depender de la buena voluntad de quienes las reciben. Al contrario, para estar *realmente* ante un poder soberano, debe tener la facultad de imponerse incluso *contra* la voluntad de aquellos a quienes va dirigida la norma y aún por la fuerza. La forma de sus dictámenes no puede ser otra que la de un imperativo, pues "el mandato es la manifestación de una voluntad *determinada* y personal", lo que implica además una "*relación de subordinación*"[32].

En consecuencia, es debido a una necesidad *política* que ha surgido tanto la teoría *imperativista* del Derecho, esto es, aquella que considera a la norma jurídica un mandato, como la de la *coacción* (que se verá enseguida), que ampara a este mandato por medio de la fuerza. Precisamente si el origen de la norma es la voluntad omnímoda del soberano y no existiendo tampoco nada sobre él, es lógico considerar dichas manifestaciones de voluntad como órdenes. Si no hay nada *sobre* esa voluntad, tampoco debe haber nada que, estando *bajo* ella, pueda oponerle resistencia[33].

---

32. Para ambas citas, *PJ*, p. 187.

33. Cfr. *PPJ*, pp. 45, 75-76 y 100-101; *PJ*, pp. 142 y 187-200; *CTD*, p. 145; "La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", cit., p. 13; *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 27-28.

Comenta esta parte de la obra bobbiana, Serna, Pedro, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", cit., pp. 285-287.

c) *El Derecho entendido en función de la coacción:*

Puesto que el fenómeno jurídico es concebido como expresión de la voluntad omnímoda del soberano por medio de un mandato, no resulta extraño que se lo defina de esta manera, es decir, en relación con la capacidad —prevista por el mismo Derecho— de hacerse valer incluso por la fuerza en caso de desobediencia de sus destinatarios.

Lo anterior es factible si se considera que el Derecho regula acciones *prioritariamente externas*. De esta manera, como lo que interesa es que se lleve a cabo lo que éste ordena de manera independiente al acatamiento interior del destinatario, dicho cumplimiento no se desvirtúa si es obtenido por medio de la fuerza[34].

Ahora bien, así las cosas, la referencia al Estado resulta ineludible. En efecto, de poco serviría para esta voluntad soberana crear un ordenamiento jurídico completo, si la coacción quedara en manos de los particulares mediante la autotutela. Por el contrario, para dar auténtica eficacia a esta voluntad, la coacción debe emanar también de ella misma. Es decir, debe ser el propio Estado el encargado de llevarla a cabo —mediante los órganos pertinentes—, por ser la "organización social que posee esa fuerza de forma principal y exclusiva"[35], sin perjuicio de posibles delegaciones a los súbditos en casos muy particulares[36].

Es precisamente el paso de la *autotutela* a la *heterotutela*, esto es, que se regule específicamente la aplicación de la fuerza dentro del grupo social, lo que según Bobbio, caracteriza a un Derecho evolucionado. Desde que se encuentra normado *quién, cómo, cuándo* y *en qué cantidad* debe aplicarse la fuerza, es posible arribar a los ideales de *proporcionalidad, imparcialidad* y *certeza*, todo lo cual permite obtener una "eficacia reforzada"[37]. Es lo que Bobbio llama sanción *institucionalizada*, o

---

34. Cfr. *PJ*, pp. 141-143 y 160-161.

35. *Ibid*, p. 157.

36. Vgr., la legítima defensa.

37. *TGD*, p. 126. Cfr. *ibid*, pp. 124-126; "Comandi e consigli", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, Giuffrè vol. XV (1961), pp. 385-386; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, vol. V, 1960, pp. 772 y 774.

sea, "organizada, querida y realizada por el mismo sujeto que ha producido el mandato"[38].

Sin embargo, con el tiempo la coacción fue adquiriendo un papel cada vez más preponderante, al punto de llegar en ciertos casos a identificarse Derecho, Estado y coacción. No sólo eso, sino que su *posición* dentro del fenómeno jurídico cambió radicalmente. En efecto, antes se la tenía como un *elemento subsidiario* para garantizar el cumplimiento de lo prescrito por las otras normas del ordenamiento; lo que importaba por tanto, era aquello que las mismas prescribían, su *contenido material.* Las normas sancionatorias eran igualmente jurídicas, pero se las tenía, por así decirlo, como normas ubicadas en un segundo plano, en espera de la violación de las otras normas, evento gracias al cual pasaban a primer orden.

Pero con este proceso, la sanción pasó desde este segundo plano, a ser la protagonista del fenómeno jurídico, o si se prefiere, de ser considerada en un principio como un *medio* para hacer efectivas las normas jurídicas, pasó a ser en ciertos sectores *el objeto mismo de su regulación.* De ahí que para algunos —como Kelsen y Ross—, el *objeto* de regulación del Derecho sea *la propia sanción,* y la prestación (es decir, aquel comportamiento contemplado en la norma dirigida a los ciudadanos), considerada antes como el aspecto fundamental, se convierta ahora únicamente en *una manera de evitar la aplicación de dicha sanción.* Con esto, la norma que contenía la prestación no sólo quedaba relegada a un segundo plano, sino que su misma juridicidad dependía del hecho de ser la condición en virtud de la cual podía evitarse la sanción. De este modo poseería una juridicidad refleja, no propia[39].

38. *PJ,* p. 191. Cfr. *ibid,* pp. 157 y 166-167; *TGD,* pp. 124-126.
Con todo, parece discutible que pueda arribarse a estas características de la sanción sólo desde una perspectiva formal o estructural y avalorativa. Sobre esto hemos tratado en Silva Abbott, Max, "Algunas consideraciones acerca del concepto de sanción jurídica", en *Revista de Derecho,* Universidad Católica de la Santísima Concepción, vol. XI (2003), pp. 297-325.

39. Como ha dicho Bobbio: "Con una cierta simplificación se puede decir que en el primer tipo de teoría la sanción está colocada para salvaguardar un comportamiento calificado como obligatorio por una norma válida del sistema, para el segundo tipo, la obligatoriedad de un comportamiento es la consecuencia del hecho que el sistema prevé una sanción para los comportamientos desviados ." ("Considerazioni in margine", en *Rivista di Filosofia,* Turín, Taylor, vol. LVII (1966), p. 237).

Por eso es que la coacción ya no se vio como una parte más del fenómeno jurídico, sino como el "elemento esencial y típico del Derecho"[40], la característica diferenciadora por excelencia —aunque no necesariamente la única—, que permitía distinguirlo de otros ordenamientos normativos, como por ejemplo, el moral[41].

d) *La ley como fuente única o privilegiada:*

Dado todo lo anterior, si se ha desembocado en una doctrina voluntarista, imperativista y coactiva del Derecho, es muy posible que se esté en presencia de una teoría *legalista* del mismo. Nuevamente la concatenación resulta bastante lógica. En efecto, si se tiene en cuenta que: *a)* la norma jurídica es considerada como la manifestación de la voluntad del soberano; *b)* se la concibe como un mandato y *c)* está amparada por la fuerza, su existencia es incompatible con otras fuentes de producción jurídica independientes a ese soberano, cualquiera sea la jerarquía de éstas.

Dicho de otra manera, el concepto mismo de soberanía exige que su expresión típica —esto es, su voluntad con forma de mandato coactivo— emane *directamente* de ese poder y que se le dé primacía por sobre cualquier otra manifestación del fenómeno jurídico. Dicha primacía puede manifestarse de dos maneras: *a)* una radical, que la considera como la única fuente de producción jurídica; y *b)* una más atenuada, que concibe la existencia de otras fuentes, pero únicamente si han sido *previamente calificadas como tales* por la voluntad del soberano. Ahora, como esta voluntad se manifiesta a través de normas jurídicas

40. *PJ,* p. 157.

41. Cfr. *ibid,* pp. 159-166; *TGD,* pp. 113 y 126; "Considerazioni in margine", cit., pp. 236-237.
Sobre esto hemos tratado en Silva Abbott, Max, "Algunas consideraciones acerca de la sanción jurídica", cit., *passim.*

emanadas de este poder, llamadas usualmente 'leyes', se habla en consecuencia de *legalismo*. La ley se transforma de esta manera, en la fuente única o —dependiendo del caso— máxima de calificación jurídica. Sin embargo, de una u otra forma, siempre se desemboca en ella.

El *legalismo* es así "una manifestación directa del poder soberano del Estado"[42], y constituye un modo práctico de plasmar su voluntad imperativa respaldada por la fuerza. Le otorga los medios para manifestar su querer sin contrapeso, hacerlo cumplir a todos sus súbditos y evitar o controlar otras manifestaciones jurídicas independientes a dicho querer. Es decir, el legalismo es una consecuencia lógica del imperativismo coactivo, con el que se complementa, puesto que si no reconoce poder superior al suyo, el concepto de soberanía resultaría contradictorio si al interior de su territorio hubieran fuentes jurídicas independientes o que no requirieran al menos un reconocimiento suyo mediante una ley.

Por dicho motivo, ante este auténtico "fetichismo legislativo"[43], la costumbre pierde autonomía como fuente del Derecho, debiendo ser legitimada por la ley. Pero como de hecho ella ha existido con anterioridad a la aparición de esa ley, se acude a argumentos tales como el de la voluntad 'tácita' o 'presunta' del legislador, puesto que no puede haber o existir algo que la voluntad soberana no haya querido[44].

Una cosa parecida ocurre con el Derecho producido por el juez, tema que por corresponder a la letra *f)* de la enumeración dada por Bobbio, se analizará posteriormente.

Por último, también resulta bastante evidente que el legalismo explica los 'dogmas' de la unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, tema que pasa a verse a continuación.

---

42. *PJ*, p. 171.

43. *CTD*, p. 151.

44. Por todo lo dicho, cfr. *PJ*, pp. 142 y 169-186; *PPJ*, pp. 43-46, 80 y 100-101; "La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", cit., p. 10; *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 27-28; *GPG*, pp. 23-24; *CTD*, pp. 145-146 y 151; *Introduzione alla Costituzione*, cit., pp. 141-142; *CDG*, pp. 90-91; *TGD*, pp. 20-22, 157-158 y 225.

e) *El ordenamiento jurídico:*

Del *legalismo* no es difícil arribar posteriormente a la concepción del *ordenamiento como sistema*. Esto, porque al ser todas las leyes obra del mismo poder, es lógico pensar que forman algo más que un conjunto de normas agrupadas sin ton ni son. Resulta más satisfactorio creer que se trata de preceptos congruentes entre sí, que obedecen a ideas directrices constantes del soberano. Es por dicha razón que pueden buscarse estas ideas directrices al interior del sistema y condensarlas en lo que usualmente se conoce como *principios generales del Derecho*.

Que las normas emanadas del soberano formen una 'unidad' se debe, como se dijo, a una necesidad lógica y también política. En efecto, siendo en teoría todas expresión de la misma voluntad, resulta coherente pensar que dicha voluntad no cambia sin razón justificada. De tal manera, deben existir elementos comunes, precisamente por tener un mismo origen.

Por otro lado, la anterior convicción se hizo más necesaria debido al hecho de que con el tiempo, una cantidad cada vez mayor de la producción normativa —si bien no la más importante— fue siendo realizada por órganos inferiores que recibían una delegación del soberano. Esta labor debía limitarse estrictamente a las directrices otorgadas por ese poder, motivo por el cual sólo tiene competencia sobre determinadas materias y su actuar debe seguir una pauta muy precisa fijada de antemano.

Así, tanto por el hecho de ser representantes suyos, como por la circunstancia de crear normas jurídicas inferiores a las del soberano, la armonía entre todos los mandatos producidos —fueran superiores o inferiores, por vía directa o por delegación— se hacía imprescindible. Lo anterior, porque a fin de cuentas todo reconducía al poder supremo[45].

---

45. Cfr. *PPJ*, pp. 43-46 y 101; *PJ*, pp. 142 y 201-213; *TGD*, pp. 151-270, particularmente pp. 157-158 y 166; *CDG*, pp. 90-91.

Por igual motivo, se pretende que este conglomerado de normas que forman el ordenamiento jurídico constituya un *sistema,* aspecto que se analizará en el epígrafe siguiente.

Dentro de esta concepción del Derecho como ordenamiento jurídico, y también como consecuencia de la idea de poder soberano, surgieron dos conocidos dogmas del positivismo 'tradicional' (además del de la unidad, implícito en la noción de 'sistema'): el de la *plenitud* y el de la *coherencia.* Como tales, se encuentran muy vinculados al *normativismo:* si sólo es Derecho lo que la norma 'toca', "el ordenamiento jurídico es todo el Derecho; el ordenamiento jurídico es todo él Derecho; no hay en él no Derecho"[46].

Mediante el primero, se considera que por su carácter omnímodo, el poder soberano lo prevé y regula todo. Como resultado de lo anterior, el conjunto de normas que crea ya sea directa o indirectamente no sólo resulta armónico, sino que en su interior no pueden existir vacíos o lagunas. Por eso en caso de que a primera vista surgiera una, se tiende a considerar que en realidad no existen. Para esto se argumenta que si bien el soberano lo regula todo, ello no significa que lo haga siempre y en cada caso de igual manera, puesto que es posible que lo realice en forma *tácita.* Esto, unido al dogma de la coherencia —que se verá a continuación—, obliga al intérprete a buscar la solución al interior —y sólo al interior— del sistema jurídico mediante los métodos preestablecidos, quedando estrictamente vedado acudir a elementos ajenos al mismo. En una palabra, sólo se legitima la *autointegración* del ordenamiento jurídico, no la *heterointegración* del mismo[47].

Por su parte, el dogma de la *coherencia* —que equivale a llevar a sus máximas consecuencias la idea de *sistema* aplicada al ordenamiento— significa que dado que el Derecho en su totalidad emana del mismo poder soberano, debe constituir un conjunto armónico, o lo que es igual, a que en su interior no existen contradicciones o antinomias. Si una es su fuente y por tanto uno su fin, no puede, estrictamente hablando, haber normas que apunten a objetivos incompatibles entre sí.

46. Serna, Pedro, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", cit., pp. 288-289.

47. Cfr. *TGD,* pp. 221-252; *PJ,* pp. 142, 210-213 y 221-222; *PPJ,* p. 45, 80 y 101.

En caso de haberlas, se trata sólo de una apariencia, y el mismo ordenamiento da los mecanismos para solucionar el problema[48].

f) *La jurisprudencia mecánica:*

Por último, de la teoría del ordenamiento jurídico —y siempre en relación con la idea de voluntad soberana y todo lo que ésta lleva consigo—, se desemboca en la llamada *jurisprudencia declarativa.* Según esta doctrina, en su labor de interpretación el juez no debe agregar ni quitar nada a la ley, sino limitarse a aplicarla como un autómata. Esto guarda estrecha relación con el principio de soberanía, porque llegado el momento de hacer realidad la voluntad de este poder máximo que no reconoce otro por encima de él, sería absurdo que el juez pudiera alterarla o incluso desobedecerla. Su papel como mera 'boca del Derecho', en la conocida frase de Montesquieu, es, pues, la coronación jurídica del concepto de soberanía.

En efecto, no yerra Bobbio cuando señala que precisamente el papel que se le atribuya al juez es un claro indicio de la doctrina jurídica que se profesa[49]. En este caso, viene a culminar el edificio jurídico construido para satisfacer las exigencias del poder soberano. Desde las alturas de una voluntad omnímoda, que crea el Derecho a su antojo mediante leyes imperativas y coactivas, que forman un sistema coherente y completo, hay que encontrar la forma de llevarlas a la práctica. De poco valdría todo este armazón, si el juez pudiera actuar según su parecer u oponer otro Derecho —por ejemplo, el consuetudinario— a los designios del legislador.

En este sentido, por tanto, el papel del juez ha cambiado. De ser un defensor del súbdito ante los posibles abusos del soberano, ha pasado a ser un simple funcionario de este último, un brazo ejecutor de sus

48. Cfr. *TGD,* pp. 189-219; *PJ,* pp. 142 y 205-210; *PPJ,* p. 45, 80 y 101.
Sobre esto último hemos tratado en Silva Abbott, Max, "Las antinomias en el pensamiento de Norberto Bobbio", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* vol. 19 (2001), pp. 189-239.

49. Cfr. *PJ,* p. 45.

mandatos. Por tanto, como nada puede ni debe escapar a esa voluntad, se quita al juez cualquier papel innovador o modificador al momento de interpretar y aplicar la norma jurídica. Sin embargo, frente al cambio de titularidad de la soberanía —ya comentada brevemente—, con posterioridad tendrá un papel análogo al desempeñado en un principio, esto es, de defensor de los derechos del ciudadano. Pero con la salvedad de que en teoría, el material jurídico a aplicar no emana más de una labor creadora suya, ni tampoco de una fuente independiente, sino que debe aplicar sólo el Derecho emanado de la ley o reconocido por ésta, igualmente de manera mecánica o declarativa[50].

Como de costumbre, la pluma de Bobbio resume con increíble claridad toda esta relación de elementos de la cual se ha estado tratando:

> De la afirmación de que el Derecho es la expresión de una voluntad dominante, se deduce la teoría que ve en el positivismo jurídico exclusivamente mandatos; la consideración de la norma jurídica como mandato o imperativo conduce a subestimar las fuentes del Derecho que mal pueden ser definidas en términos de mandato, tales como el Derecho consuetudinario y el Derecho científico, y dar la palma al Derecho legislativo, y subordinadamente también al Derecho judicial, relegado a Derecho secundario por el dogma de la omnipotencia del legislador. A su vez, el dogma de la omnipotencia del legislador funda la plenitud y la coherencia del sistema; y la plenitud y coherencia del sistema es uno de los presupuestos para la teoría del juez autómata y, más en general, para la consideración de la actividad del intérprete como actividad esencialmente lógica[51].

No obstante, debe recordarse que en principio Bobbio acepta sólo algunas partes de este positivismo teórico: el imperativismo, la coacción y el legalismo; si bien deben ser retocados en atención a las críticas de que han sido objeto, resultan ineludibles y esenciales en todo Derecho. En cambio, las impugnaciones contra la coherencia, la plenitud y

50. Cfr. *ibid*, pp. 44-47, 142-143, 178-179 y 215-225; *PPJ*, pp. 45, 101 y 104; *GPG*, pp. 68-69; *CDG*, pp. 91-92; *CTD*, p. 146; *TGD*, pp. 209-210.

51. *PPJ*, p. 101.

la jurisprudencia mecánica parecen insalvables: el ordenamiento no es ni pleno ni totalmente coherente, y el juez introduce valores al interpretar y aplicar una norma, según se verá a propósito de la Ciencia jurídica. Como desde su perspectiva la adhesión a algunos elementos de este positivismo teórico no conlleva necesariamente participar de los restantes, el abandono de los últimos no conlleva una renuncia de los primeros[52].

Por su parte, el voluntarismo y la unidad, aspectos implícitos de este planteamiento, siguen estando presentes: el primero, porque siempre es necesaria la calificación jurídica, al no haber hechos jurídicos 'de suyo'; el segundo, porque en el fondo Bobbio continúa estimando que el ordenamiento es un 'sistema', lo que se analizará en el epígrafe siguiente.

4. EL PASO DE LA NORMA AL ORDENAMIENTO Y LAS DIFERENTES NOCIONES DE "SISTEMA"

Dentro de su defensa del positivismo jurídico entendido como teoría, Bobbio hace un interesante análisis de las características y atributos que usualmente han sido asignados a las normas jurídicas, a fin de indagar si desde esa óptica es posible encontrar algún elemento diferenciador del fenómeno jurídico, tema que por razones de espacio, evidentemente no se analiza aquí[53].

Para efectos de este trabajo, lo importante es constatar que a juicio del pensador italiano la respuesta es negativa, esto es, que no resulta posible hallar este elemento diferenciador a partir de una óptica formal en la norma jurídica aisladamente considerada[54]. De ahí que señale que la única manera de encontrar dicho elemento diferenciador sea cambiando el punto de mira, es decir, pasando desde la norma al orde-

52. Cfr. *PJ*, pp. 225 y 241; *TGD*, pp. 223 y 248; *GPG*, pp. 27-31; *PPJ*, pp. 27-29, 56-57 y 64.

53. Cfr. *TGD*, pp. 81-140.

54. Cfr. *ibid*, pp. 155-159.

namiento en su conjunto. Como puede verse, la influencia kelseniana se percibe claramente[55].

Este ordenamiento debe ser considerado como "un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen"[56], motivo por el cual posee una estructura y unos problemas que van más allá de las prescripciones individualmente consideradas, problemas que a menudo han sido subestimados, mezclados con otros, o considerados como propios de las normas aisladas[57].

Como es lógico, la definición más general de 'ordenamiento' es "conjunto de normas"[58]. Sin embargo, en opinión de Bobbio esta multiplicidad de normas puede darse en cualquier clase de ordenamiento, no sólo en uno 'jurídico'. De ahí que un dato importante a destacar sea que el ordenamiento se compone de *varias clases o tipos de normas:*

> El ordenamiento jurídico es un conjunto complejo de reglas y como tal está compuesto de reglas de diverso tipo: toda teoría reduccionista que trate de identificar la norma jurídica con un solo tipo de imperativos es unilateral y por tanto, está destinada a empobrecer arbitrariamente la riqueza de la experiencia jurídica[59].

Por tanto, un ordenamiento se compone no sólo de muchas normas, sino que también de diferentes clases de ellas, cosa que por lo demás tampoco ocurre sólo en el Derecho. En consecuencia, si se pretende diferenciarlo de otros conjuntos de prescripciones, a juicio de Bobbio el *quid* radica en que constituye no sólo "un conjunto coordinado de normas", sino además, que ellas acaban "formando un *sistema normativo*"[60].

---

55. Cfr. *ibid,* pp. 153-164.

56. *PJ,* p. 202.

57. Cfr. *TGD,* pp. 154-155.

58. *Ibid,* p. 162. La misma idea en *CTD,* p. 98; "Consuetudine (Teoria generale)", en *Enciclopedia del Diritto,* vol. IX, Milán, Giuffrè, 1962, p. 436.

59. *TGD,* p. 88.

60. *Ibid,* p. 25, cursivas nuestras.

Esto es importante, porque en la definición de Derecho que busca Bobbio, compuesta exclusivamente de *elementos formales* analizados desde una perspectiva *avalorativa,* es precisamente la *estructura* de este conglomerado de normas lo que en su opinión daría un sello distintivo al fenómeno jurídico. Es decir, el esfuerzo bobbiano pretende definir el Derecho en virtud de ser "una regla o un conjunto de reglas de comportamiento que se distinguen de otras reglas o conjuntos de reglas por determinadas características"[61] que no se encuentran en las reglas que lo componen, sino en ese conglomerado al cual pertenecen. Tan importante es este punto de mira, que a su juicio:

> no hay ordenamientos jurídicos porque existan normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas *porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos*[62].

Dicho de otra manera, desde su perspectiva, un ordenamiento jurídico puede ser considerado como "un ente unitario constituido por el *conjunto sistemático* de todas las normas"[63]. Mas, no todo grupo de normas es necesariamente un ordenamiento jurídico, pues el elemento caracterizador se encuentra en su misma *estructura,* estructura que debe existir "en todos los tiempos y lugares"[64]. Esta estructura guarda estrecha relación con la idea de *sistema,* lo cual hace imperioso indagar en lo que entiende Bobbio por el mismo.

---

61. "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano,* cit., p. 769.

62. *TGD,* p. 161. La cursiva es nuestra. La misma idea en *ibid,* pp. 90-91 y 128-129; *CTD,* pp. 252, 329-330 y 346; *CDG,* p. 290.

63. *PJ,* p. 201. La cursiva es nuestra.

64. "Prefazione", a *Teoria generale del Diritto,* 1993, p. X. Debe tenerse presente que esta obra, homóloga de *TGD,* es de aparición bastante posterior en lengua italiana, como puede apreciarse. De ahí también que cada una tenga un prólogo diferente. En todo caso, el origen de ambos libros es el mismo: la fusión de los cursos universitarios *Teoria della norma giuridica,* Turín, Giappichelli, 1958, y *Teoria dell'ordinamento giuridico,* Turín, Giappichelli, 1960.

Para Bobbio, un *sistema* es "una totalidad ordenada, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto orden"[65]. También lo define como "un conjunto de elementos en relación de interdependencia entre sí y con el todo [...] cuya estructura, una vez individualizada, permite explicar la composición, el movimiento y el cambio de las partes específicas"[66].

Ante todo, este conjunto ordenado de elementos no es un fenómeno espontáneo. Muy por el contrario, aclara el profesor de Turín que el mérito no se encuentra en quien crea las normas que lo componen —el legislador o el juez—, sino en quien las *estudia:* "el sistema no es el ordenamiento tal como ha sido establecido por el legislador, sino como ha sido elaborado por el científico del Derecho"[67].

Por tanto, una primera conclusión a la aproximación al concepto de sistema, es su *artificialidad.* En efecto, puesto que al menos en un principio es una *construcción,* su materia prima no son propiamente hechos perceptibles por los sentidos, sino las *calificaciones normativas.* Son estas calificaciones las que analiza el estudioso, a fin de *situarlas dentro del sistema* y *atribuirles determinadas consecuencias jurídicas*[68]. Sin embargo, debe recordarse que el nexo de unión entre condición y consecuencia —entre prestación y sanción— no es de causalidad, sino de *imputación*[69].

Es decir, como resultado de la división *Sein-Sollen,* para el iuspositivismo no existen materias jurídicas de suyo, motivo por el cual es necesaria en todos los casos la correspondiente *calificación normativa.*

---

65. *TGD,* p. 189.

66. *CTD,* p. 252. La misma idea también en *PJ,* p. 201.

67. *PJ,* p. 205. En parte, algo similar dirá años más tarde en su artículo "Le bon législateur", en *Logique et Analyse,* vol. XIV (1971), pp. 243-249.

68. Cfr. *PPJ,* pp. 23-24; *CTD,* pp. 211 y 217.

69. Lo anterior lo confirma Bobbio por negación, al expresar que "el fin de la investigación no es *ni la explicación causal ni la justificación teleológica* de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa" (*PPJ,* p. 24. Cursivas nuestras).

Por tanto, si todo depende en última instancia de la voluntad humana, se entiende por qué la dogmática no tiene por misión preguntarse por la causa o el fin de los hechos o institutos calificados normativamente —al ser desde su perspectiva, susceptibles de otras calificaciones diferentes—, sino solamente *ubicarlos en el sistema.* Lo contrario equivaldría a reconocer una juridicidad propia del mundo del ser o incluso una objetividad del mundo del deber ser[70].

De este modo, la construcción del sistema es una *creación del teórico del Derecho,* que "se resuelve en una reducción de los comportamientos a las estructuras y en una continua constitución y reconstitución de las estructuras mismas"[71]. De esta manera, puesto que el estudioso no está frente a una realidad empírica, no resulta imposible que esta construcción —el sistema— pueda variar de un jurista a otro, todo lo cual hace surgir la incógnita de saber hasta qué punto se estará en realidad ante un Derecho *tal cual es* —como pretende el positivismo— y no, por el contrario, ante un Derecho *ideal.*

Ahora bien, para Bobbio pueden darse tres significados de 'sistema', según se lo entienda:

a) Como *sistema deductivo,* al modo del iusracionalismo, lo que Kelsen llama *sistema estático.* Esta tentativa consiste en derivar el contenido del sistema desde las normas superiores a las inferiores a partir de unas premisas básicas, que hacen las veces de axiomas o postulados, como en el caso de las ciencias naturales o de las matemáticas[72];

b) Como *jurisprudencia sistemática,* es decir, entendiendo la labor del juez no como arte, sino como ciencia. Mediante un proceso de inducción, a partir de las normas particulares se intenta llegar a con-

---

70. Cfr. *ibid,* pp. 23-27 y 31; *SSTGD,* p. 66. De ahí que declare que: "Desde el punto de vista de la técnica científica del jurista, suele ser considerada incorrecta toda definición jurídica que explique cómo nace y para qué sirve una institución, si no determina también cuál es su *status* normativo" (*ibid,* p. 24).

71. *Ibid,* p. 25.

72. Cfr. *TGD,* pp. 189-191 y 193-194; *CDG,* pp. 206-207.

ceptos generales. El resultado es la unificación y clasificación de todo el material jurídico, lo que permitiría por ejemplo, acudir a la analogía para los casos no regulados expresamente por el legislador[73]; y

c) Como sinónimo de *no incompatibilidad* al interior del ordenamiento, de tal modo que de existir normas no armonizables, una o todas puedan ser eliminadas mediante un procedimiento establecido también por el propio sistema, solucionando así el problema. A su vez, esta noción se vincula a la de ordenamiento *dinámico,* de origen kelseniano[74].

Con esta última noción, que es la defendida por él, Bobbio pretende salvar a la teoría del sistema de las críticas esgrimidas por sus adversarios, que apuntan básicamente a su falta de perfección y coherencia. Es decir, mediante una menor exigencia al ordenamiento, éste debe cumplir menos requisitos para ser considerado como 'sistema', bastándole sólo una *no-incompatibilidad* entre sus partes, no una armonía global a toda prueba. Por medio de esta definición más 'laxa', busca evitar que a costa de mantener un significado más rígido, termine derrumbándose toda la teoría.

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

> la estructura del ordenamiento jurídico de la que habla Kelsen es una estructura no lógica, sino dinámica, pues la relación que media entre las diversas normas de un sistema no es una relación de inferencia, sino de delegación[75].

---

73. Cfr. *ibid,* pp. 194-195.

74. Cfr. *ibid,* pp. 195-196.

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

De esta manera pueden explicarse y justificarse las contradicciones propias de un ordenamiento con pluralidad de fuentes. Además, permite considerar a normas contradictorias como legítimas, por haber sido dictadas correctamente por la autoridad competente, siguiendo el procedimiento preestablecido, esto es, por ser *válidas*[76].

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

En efecto, como se ha dicho, al interior del ordenamiento existen varias clases de prescripciones. No son, sin embargo, ellas las que le dan su carácter 'jurídico', sino lo contrario, es decir, a partir de la estructura propia de este conglomerado de normas se desprende la juridicidad de las partes que lo integran. Dicho de otra manera, es "el modo en que las normas están unidas unas a otras en el sistema"[77] lo que permite saber cuándo se está frente al fenómeno jurídico.

De este modo, el concepto de *validez* se vincula con las *normas de estructura o secundarias* del ordenamiento y también a la *jerarquía* de las normas que lo componen[78]. Esto significa que la clave está en estas *normas que establecen cómo se deben producir otras normas del sistema*[79]:

---

76. Cfr. *TGD,* pp. 189-196 y 223; en *CTD,* pp. 111-112 y 253-254; *PJ,* p. 241; *CDG,* pp. 206-209; *Diritto e potere. Saggi su Kelsen,* Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1993pp. 186-187.

Comenta esto, Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* cit., p. 227. Por su parte, Guastini señala que Bobbio se contenta con una coherencia en sentido 'débil', porque las partes del 'sistema' sólo poseen entre sí una mera compatibilidad, no una implicación (cfr. Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica,* Bolonia, Il Mulino vol. VII (1978), p. 340).

77. *CTD,* p. 258.

78. Cfr. *ibid,* p. 323.

79. Cfr. *ibid,* p. 173.

[L]a primera condición para que una norma sea considerada válida es que haya sido dictada por una autoridad que detente legítimamente el poder de producir normas jurídicas. Pero ¿cuál es la autoridad que tiene ese poder legítimo? La autoridad a la cual una norma superior, también legítima, le haya atribuido ese poder[80].

Las llamadas 'normas de estructura', *normas sobre normas*[81], "imperativos de segunda instancia"[82] o "metanormas"[83], que son las encargadas de atribuir poderes, constituyen tal vez uno de los mayores aportes de Bobbio a la Teoría general del Derecho, aun cuando no se le haya prestado la debida atención. En efecto, Bobbio constató la existencia de esta nueva clase de normas y elaboró una teoría a su respecto *antes* que la mucho más conocida doctrina de Hart sobre las 'reglas secundarias'[84], según él mismo expresa en más de una oportunidad[85]. Al estar dirigidas

80. *TGD*, p. 181.

81. Cfr. *CTD*, pp. 331-333.

82. *TGD*, p. 172.

83. Esta denominación pertenece a Guastini, quien, comentando esta materia, distingue entre 'metanormas' o normas sobre normas, y 'normas-objeto' (Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., p. 332).

84. Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió, pp. 99-123.

85. En efecto, 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 *TGD*, 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.)

Por su parte, el artículo sobre Hart, "Ancora sulle norme primarie e norme secondarie", apareció originariamente en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, Giuffrè, vol. LIX (1968), pp. 35-53, siendo traducido posteriormente en *CTD*, pp. 317-148, por el cual se cita en este trabajo.

a otras normas, de ellas depende su nacimiento, muerte, conservación y cambio[86].

En todo caso, debe hacerse la advertencia en cuanto al uso no del todo unívoco de los términos por parte del profesor italiano. En efecto, 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. El problema es que 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' (si es 'secundaria'), sólo bastaría, en principio, con constatar su *función* dentro del sistema, para lo cual habría que atender, a su vez, a sus elementos 'estructurales' o formales —cosa que no es del todo exacta, según se comentará al final de este epígrafe—.

Por tanto, es esta *estructura compleja*, compuesta no sólo de varias clases de prescripciones, sino también de normas acerca de normas —propia de un ordenamiento jurídico dinámico—, lo que en opinión de Bobbio caracterizaría al fenómeno jurídico: lo que distingue a un ordenamiento como 'jurídico' es la existencia no sólo de *normas de conducta*, sino también *normas de estructura*, jerárquicamente ordenadas[87].

En consecuencia, *una norma se considerará jurídica si y sólo si pertenece a este conjunto de normas que regula además su modo de producción:* por el sólo hecho de *ser parte del ordenamiento*, por ser *válidas*, por

86. Como dice Bobbio, son "normas que regulan la forma mediante la cual tiene que ser regulado el comportamiento de los súbditos, dando origen a una regulación de la regulación (podría casi decirse una regulación al cuadrado)". (*PJ*, p. 170.) Sobre esto en general, cfr. *TGD*, p. 63, *CDG*, pp. 199-206 y 236-240; "Norma giuridica", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, vol. XI, Turín, Utet, 1965, pp. 336-337, y en *CTD*, pp. 340-341; *El filósofo y la política. Antología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, edición y traducción a cargo de José F. Fernández Santillán, pp. 130-131 y 392-393; *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, cit., pp. 261 y 265-269; *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 136-137.

87. Cfr. *TGD*, pp. 130 y 175-179; *CTD*, pp. 322-331.

haber sido creada de acuerdo a los mecanismos prescritos por las normas de estructura, es jurídica. De esta manera, como se ha adelantado, para Bobbio *no son las normas las que convierten en jurídico al sistema, sino que es el ordenamiento el que juridiza a las partes que lo integran.*

Ahora bien, en principio no parece razonable dudar de que el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico deban tener entre sí cierto *orden*. Mas, que este orden sea un *sistema,* es algo muy distinto. En efecto, lo que pareciera existir aquí es un verdadero 'dogma' que *obliga* a arribar a un 'sistema' para la ordenación del material recopilado, en este caso, las normas. Como 'sistema', éste es contemplado desde una perspectiva 'dinámica', no 'estática' (y por tanto, sólo atendiendo a las delegaciones entre sus normas). Mas, como ni aún así se logra arribar a un *verdadero* sistema, según los cánones de las ciencias naturales, se 'rebaja' su concepto ante la existencia evidente de lagunas y antinomias, fisuras que en un auténtico *sistema* harían dudar de su carácter de tal[88]. De ahí que se haya comentado que

> Bobbio acepta el concepto de sistema, pero lo despoja del logicismo y pone el acento en el dinamismo y las interdependencias entre normas superiores y normas inferiores. Por otra parte, acoge también el análisis de Hart que ve en el Derecho una conjunción de normas primarias y secundarias[89].

Con todo, esto no impide que la coherencia y la plenitud sigan siendo un *ideal,* y que el ordenamiento deba hacer todo lo que esté de su mano para alcanzarlos, aun cuando, como se verá, no siempre se logre, o al menos, del modo óptimo.

---

88. Es algo similar a lo que ha señalado Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 335-341 (quien no duda en señalar que esto obedece a una ideología, de un postulado político, no científico); y Calsamiglia, Albert, "Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio", en AA. VV, *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio,* edición a cargo de Ángel Llamas, Madrid, Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 120-123.

89. Calsamiglia, Albert, "Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio", cit., p. 120.

Con todo, habría que hacer algunos alcances respecto de las nociones de 'sistema' desechadas por el profesor de Turín. En efecto, si se mira con atención, Bobbio no permanece tan ajeno, como él mismo sugiere, a la primera significación de 'sistema'. Esto se demuestra por la importancia que da a la *validez material* —la coherencia entre el *contenido* de las normas del ordenamiento—, no bastándole sólo la validez formal, motivo por el cual su concepción del ordenamiento no es en realidad puramente 'dinámica'. Además, si se piensa detenidamente, esta alusión al *contenido* o elemento 'estático' resulta fundamental incluso para entender la tercera acepción de 'sistema' como *no-incompatibilidad,* defendida por él, porque desde su perspectiva —y según se verá más adelante—, la 'incompatibilidad' se da precisamente entre los *contenidos* de las normas del sistema[90].

Dicho de otro modo: resulta imposible comprender un ordenamiento jurídico que se pretende sistemático, incluso como lo entiende Bobbio, atendiendo sólo a su elemento 'dinámico': al estar compuesto por normas, que precisamente tienen por objetivo influir en la conducta de los destinatarios, es evidente que el elemento 'estático' se hace ineludible: si todo fuera 'dinámica', no habría, propiamente, regulación de comportamiento alguno, al menos de los ciudadanos; si el ordenamiento estuviese compuesto *sólo* por normas de producción, lo único que se regularía sería el *modo de producir otras normas,* sin importar lo prescrito por ellas (las llamadas normas de contenido); su materia podría quedar así al arbitrio de cada ente productor, al no exigirse tampoco una coherencia a su respecto al interior del sistema (la validez material de Bobbio). De ahí que el Derecho como 'técnica de control social' implique ir mucho más allá de la mera preocupación por elaborar los instrumentos para dicho control: presupone también preguntarse por el *contenido* del mismo[91]. En consecuencia, desde esta perspecti-

---

90. A esto apunta Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., p. 304, nota 31.

91. A esto ha apuntado, entre otros, 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), pp. 565-566.

va, todo sistema —concediendo por ahora en que sea un 'sistema'— es *mixto:* estático y dinámico a la vez; en caso contrario, de existir antinomias o lagunas, estas sólo se podrían dar entre normas de estructura[92].

Con todo, habría que preguntarse si esta delegación 'formal', de la que habla Bobbio puede entenderse sólo 'formalmente', esto es, sin acudir a los elementos 'estáticos', materiales o de contenido de las normas jurídicas del sistema[93].

Pero además, este mismo problema 'estático-dinámico' existe también respecto de las normas secundarias, porque sólo acudiendo a su contenido es posible *diferenciarlas* de las llamadas 'normas primarias', aspecto que sólo puede dejarse enunciado aquí[94].

Sin embargo, el problema de fondo pareciera ser otro: que desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico *no puede dejar de ser un sistema* (y es en parte a lo que se intenta responder con este trabajo, desde el ángulo de las lagunas); mas, *por qué debe ser un sistema* es algo que merece una respuesta que muchas veces se elude o contesta parcialmente. Además, se comprende sin mucha dificultad que esto no obedecen al

92. Algo así ocurre con las llamadas 'antinomias de segundo grado', tema del cual hemos tratado en nuestro artículo "Las antinomias en el pensamiento de Norberto Bobbio", cit., pp. 221-223.

93. En efecto, para saber, por ejemplo, cuándo una norma delega poderes, parece imprescindible analizar qué dice dicha norma, esto es, acudir a su contenido.

94. Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* cit., pp. 154-155; Barrère Unzueta, María Ángeles, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica,* cit., pp. 162-163.

De ahí que se haya comentado 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". Greppi, Andrea, "Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)", cit., p. 563. Las cursivas '*contenido material o sustantivo*' son nuestras. Para esta idea, *ibid,* 562-563).

Derecho *real,* sino a "prescripciones de cómo *debe ser un buen Derecho*"[95].

Esta verdadera obsesión por arribar a un 'sistema' ha recibido duras críticas por parte de los sociólogos, quienes acusan al positivismo de ser una *ideología*. En efecto,

> el propio término 'ordenamiento' responde a una función ideológica: 'la de especializar un sinónimo de Derecho para la función de ocultar fracturas y destacar una coherencia del sistema (unidad del ordenamiento) cuando la percepción inmediata presenta contradicciones y conflictos entre fuerzas que se reconocen como jurídicas, convalidando siempre el resultado del conflicto', rehabilitando así el peso de la interpretación jurídica como elemento que, en su ambigua formulación y en su dependencia de las actitudes históricoculturales del intérprete, sustituye la noción de norma o de ordenamiento en la determinación de un núcleo de la juridicidad[96].

Ahora bien, desde un punto de vista interno a la teoría de Bobbio, pese a la rebaja de la noción de sistema, el problema de las lagunas no sólo sigue existiendo (en realidad, en parte es por ello que existe dicha noción de 'sistema'), sino que además, requiere de una solución. A esta interesante materia se consagrarán los epígrafes siguientes.

5. LAS LAGUNAS DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA GENERAL

5.1 *Planteamiento*

Como se ha dicho, la *completitud* es el dogma sustentado por el positivismo jurídico según el cual no pueden existir vacíos o lagunas al interior del ordenamiento.

95. Calsamiglia, Albert, "Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio", cit., pp. 122-123, cursivas nuestras.

96. Ara Pinilla, "Estudio preliminar", en Pattaro, Enrico, *Elementos para una Teoría del Derecho,* Madrid, Debate, 1986, traducción de I. Ara Pinilla, p. 22. Cita a Tarello, Giovanni, "Intervento", en *Il Diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo. Atti del X Congreso nazionale della società italiana di Filosofia Giuridica e politica,* Milán, Giuffrè, 1976, p. 70.

Con todo, y según se ha expresado, Bobbio reconoce la existencia de las llamadas *lagunas del Derecho*. Este fenómeno consiste en "la falta de una norma jurídica apta para regular un caso controvertido"[97], es la "falta en un ordenamiento jurídico dado [de] una regla a la cual pueda acudir el juez para resolver una determinada controversia"[98].

La noción de laguna se opone diametralmente a la de *integridad*, esto es, "la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una

---

97. *CDG*, p. 7.

98. *Ibid*, p. 89.

Algunos estudiosos distinguen entre *lagunas de Derecho* y *lagunas de ley*. Las primeras miran al ordenamiento jurídico en su conjunto y las segundas a las normas aisladamente consideradas. De esta manera, para ciertas corrientes sólo habría *lagunas de ley*, pero no propiamente *de Derecho*, pues éste acabaría integrándose de alguna u otra manera. Sin embargo, esta distinción no satisface a Bobbio, porque el término 'Derecho' es impreciso, y debe por ello ser determinado en cada caso. Como él mismo señala para aclarar las cosas: "En la expresión 'lagunas del Derecho', el término 'Derecho' significa 'ordenamiento jurídico', y denota aquel conjunto de reglas a las que el juez puede (o debe) acudir para decidir una controversia determinada" (*CDG*, p. 90).

De esta manera, como la *fuente* de estas reglas puede ser muy variada (la labor legislativa, la tradición, la voluntad del más fuerte, la interpretación de los jueces y de los juristas, etc.), considera correcto hablar sólo de *lagunas 'del' Derecho* (no lagunas 'de' Derecho). Por el contrario, las llamadas *lagunas de ley* se encuentran vinculadas más bien al estatalismo, esto es, a la monopolización de la producción jurídica por parte del poder central por medio de la ley, convertida en la fuente única o privilegiada. Es decir, se relaciona al positivismo entendido como *teoría* (cfr. *CDG*, pp. 90-91).

En todo caso, debe hacerse notar que aun cuando Bobbio habla de esta 'pluralidad de fuentes', todas han de converger necesariamente al ordenamiento jurídico entendido como sistema. Es decir, de alguna u otra manera, deben pasar lo que podría llamarse 'prueba de la validez'. Por este motivo el estatalismo no se encuentra tan mitigado, según se verá en parte a propósito de la Ciencia jurídica.

Comentan esto Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 244-253 y 259-261; Borsellino, Patrizia, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., pp. 146-149; Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 347-349; Id., "Introducción a la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", AA. VV., *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit., pp. 90-91.

norma para regular cada caso"[99]. Como esto a todas luces resulta imposible, Bobbio considera prudente reconocer la existencia de vacíos al interior del ordenamiento, según se ha visto a propósito del positivismo entendido como *teoría* y respecto de la noción de sistema por él profesada. Curiosamente, considera el problema de las lagunas más importante que el de la unidad o del de la coherencia, puesto que a su juicio es "...el punto central, el corazón del corazón (si fuera lícita esta expresión) del positivismo jurídico"[100].

Bobbio distingue varias clases de lagunas, tema que por razones de espacio, no puede ser comentado aquí[101].

---

99. *TGD*, p. 221.

100. *PJ*, p. 210. Para esta idea en general, *ibid*, pp. 202 y 210-211.

101. Bobbio distingue varias clases de lagunas. Entre otras muchas clasificaciones, se habla de lagunas subjetivas y objetivas. Las *subjetivas* son aquellas cuya existencia es el resultado de una omisión del legislador, que no tuvo en cuenta ciertas situaciones, sea por ignorancia, negligencia u otra causa evitable; las lagunas *objetivas* son, por el contrario, las que no dependen de un descuido del legislador, sino que se deben a la natural evolución de la sociedad y de la técnica, de manera que le era imposible prever la situación nueva que deja obsoleta a la legislación antigua. (Cfr. *CDG*, p. 7. Con relación a las lagunas 'objetivas', también cfr. *ibid*, pp. 90 y 93.)

Por otra parte, también existen las lagunas *políticas* o —como las llama igualmente Bobbio— *ideológicas*. Consisten en la ausencia no de una solución a un caso determinado, sino de una solución *satisfactoria* o *justa*. A ojos del positivismo no representan una auténtica laguna (porque de hecho, *existe* una norma *válida* aplicable), sino simplemente una *imperfección* del ordenamiento. Esta laguna es llamada de *iure condendo* o de *lege lata*, y se trata de un fenómeno absolutamente normal al interior de un ordenamiento jurídico. De ahí que también se las llame 'lagunas impropias', porque se compara el sistema existente (tal como *es*) con otro sistema ideal (tal como *debiera ser*), motivo por el cual en opinión del pensador italiano, el único caso en que no se darían este tipo de lagunas sería en el Derecho natural. Por el contrario, las lagunas 'reales' o *de iure conditio* (también llamadas *de lege farenda*) son las únicas que desde la óptica de la Teoría general debieran ser consideradas por el jurista. Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no deba tenerlas a ambas en consideración al momento de dictar normas, pues a fin de cuentas, una mayor atención a las mismas permitirá en el futuro colmar lagunas 'reales' o dar una solución moralmente más satisfactoria a estas 'lagunas ideológicas'. No ocurre así en el jurista, quien no debiera

Ahora bien, dejando atrás las clasificaciones aludidas —que a veces parecieran complicar más las cosas—, señala el pensador italiano que el tema de las lagunas se encuentra estrechamente vinculado al de las *antinomias*. En efecto,

> Se dice 'coherente' aquel ordenamiento en el cual no existen normas incompatibles; se dice, en cambio 'completo' aquel en que existe siempre una norma o ésta y la norma incompatible con ella. Por el contrario, se dice que es 'incoherente' aquel ordenamiento en que existe *tanto* una norma que regula un determinado hecho-tipo *como* su incompatible; se dice que es 'incompleto' aquel en el que no existe *ni* la norma que regula una determinada situación-tipo *ni* aquella incompatible. En otras palabras, 'coherencia' significa, para un ordenamiento, exclusión de toda situación en que pertenezcan al sistema dos normas opuestas entre sí; 'completitud' quiere decir exclusión de

---

tenerlas en cuenta, porque desde esta perspectiva, son inexistentes. En consecuencia, las lagunas 'reales' debe colmarlas el juez o el legislador y las 'ideológicas' sólo el segundo. (Cfr. *TGD*, pp. 238-241; *PJ*, p. 213; *CDG*, pp. 96-97.)

Por eso señala que "Desde este punto de vista, el Derecho natural podría ser definido como un Derecho sin lagunas ideológicas, en el sentido que él es, por definición, el Derecho que debe ser. Pero este ordenamiento perfecto del Derecho natural es pura y simplemente un ideal". (*CDG*, p. 97.)

Desde otra perspectiva –y supuesto todo lo anterior–, Bobbio habla de las lagunas *extra legem* y las lagunas *intra legem*. En el primer caso, o falta una norma válida (hay una 'laguna real'), o falta una norma justa (hay una 'laguna ideológica'). En el segundo, se trata de una omisión dentro de una ley determinada. En las primeras, y pese a las diferencias apuntadas más arriba, existiría una *imperfección del ordenamiento jurídico en su conjunto*. Por el contrario, en las lagunas *intra legem* (llamadas a veces también *lagunas técnicas*) existe un vacío *dentro de una norma determinada*, siendo frecuentes en el Derecho constitucional y el internacional. Consisten en que la norma sólo enuncia principios generales y no las modalidades de su aplicación; o sólo indica los fines, pero no los medios necesarios para alcanzarlos. Se trata de una norma muy general, demasiado amplia y vaga y por tanto, de un caso abierto que puede ser rellenado de varias maneras, todas en principio igualmente posibles. A diferencia de las lagunas *extra legem*, sean éstas *objetivas* (las que no dependen del legislador, sino que del avance del tiempo y de los cambios sociales) o *subjetivas* (causadas por una omisión suya evitable), las lagunas *intra legem* son en general *subjetivas* y *voluntarias*, esto es, han sido *dejadas a propósito* por el legislador, estableciendo sólo sus lineamientos generales, muchas veces en razón del dinamismo propio de la materia objeto de regulación (Cfr. *CDG*, pp. 97-98; *TGD*, pp. 240-241).

> toda situación en la que no pertenezcan al sistema ninguna de las dos normas opuestas entre sí[102].

Es decir, se estaría pasando desde una situación en que hay un *exceso* de normas que se contradicen mutuamente (la antinomia), motivo por el cual hay que *purgar* el sistema, a otra en que hay una *falta* de normas, una incompletitud (la laguna), en cuyo evento hay que *integrarlo*[103].

El dogma de la integridad del ordenamiento se vincula al *estatalismo* y a la llamada *jurisprudencia mecánica*, unidos ambos a la creencia en la *omnisciencia del legislador*. En efecto, el surgimiento del Estado moderno y el mantenimiento del poder que ello implicaba, no podía dejar al azar este problema; le era imprescindible establecer el dogma de la plenitud del ordenamiento, de tal suerte de no tener necesidad de reconocer otro Derecho que el emanado de su propia voluntad. Por este mismo motivo, el juez debía ser reducido a un mero aplicador, en lo posible irreflexivo de dicha voluntad. Ello explica por otra parte, el fenómeno codificador, al punto de señalar Bobbio que "la ilusión de la codificación es la integración"[104]. Este 'fetichismo de la ley' es lo que motivó, además, el surgimiento de la Escuela de la Exégesis, ilustre representante del ideal de la completitud, típico del siglo XIX[105].

Con posterioridad, y debido a la evolución de las ideologías políticas, estos dogmas acabaron relacionándose al liberalismo y a la teoría de la separación de poderes. Aquí también el legislador debía preverlo todo, pero no para oprimir a aquellos que tuviera bajo su voluntad,

---

102. *CDG*, p. 89. En similares términos se expresa cuando señala que "La coherencia significa exclusión de toda situación en que dos normas que se contradicen pertenezcan al sistema; la integridad significa exclusión de toda situación en la cual no pertenezca al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen" (*TGD*, p. 222).

103. Cfr. *CDG*, p. 89.

104. *TGD*, p. 225.

105. Cfr. *ibid*, pp. 225-229 y 242; *PJ*, pp. 142 y 211; *PPJ*, pp. 55-56, 75 y 101-104; *CDG*, pp. 90-93.

sino para garantizar los derechos naturales de libertad que se veía obligado a reconocer en virtud del contrato social (se entiende que de tipo lockeano, no hobbesiano). Como lo fundamental eran los individuos aisladamente considerados y el legislador debía ser fiel tutor de estos derechos, la separación de poderes venía a garantizar entre otras cosas, la imparcialidad judicial. Pero aun cuando eran en principio órganos diferentes los encargados de dictar leyes y los de aplicarlas, en el fondo el segundo debía atenerse estrictamente a lo establecido por el primero (al punto que cualquier grado de discrecionalidad implicaba un abuso de su parte), puesto que el legislador debía ser el protector político de estos derechos individuales en virtud de los cuales se le había dado ese poder. En el fondo, el sistema seguía formalmente igual: una voluntad que se aplicaba al pie de la letra; la diferencia radicaba en el *origen* de esa voluntad: los derechos naturales del hombre y del ciudadano[106].

Ahora bien, este ideal de *unidad* y de *previsibilidad* había calado tan hondo, que de manera casi imperceptible acabó vinculándose a las ideas democráticas. De esta manera, terminó siendo el control popular el que en principio guiaba la labor del legislador y no el Derecho natural. Por eso concluye Bobbio a este respecto:

---

106. "Dogma de la completitud y teoría de la separación de poderes se encuentran estrechamente relacionados: de hecho, sólo donde la producción del Derecho por parte del poder legislativo provee de una solución para todos los casos posibles, el poder judicial puede permanecer dentro en los límites de la función que le es asignada, esto es, de mera aplicación de reglas preconstituidas; al contrario, una legislación lagunosa es un dique abierto para la creación del Derecho por parte del juez. El valor liberal de la completitud se consigue en el evento de que una legislación no ofrezca a los jueces el pretexto para decidir caso por caso, lo cual garantiza el bien de la certeza del Derecho, y el bien de la certeza es uno de los máximos valores del Estado de Derecho (entendido aquí en el sentido de Estado legalista): la completitud se encuentra siempre considerada, en la tradición de la teoría liberal del Estado, como una de las condiciones para la actuación del principio de legalidad". (*CDG*, pp. 91-92).

Esta materia nos introduce de lleno en el plano de la teoría y filosofía política, otra de las riquísimas vetas del pensador italiano y que escapan al análisis del presente trabajo. Para un profundo e interesante análisis de la filosofía política bobbiana, vid Greppi, Andrea, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

De la victoria del movimiento de la codificación en adelante (al menos en la Europa continental), la completitud se transforma en un ideal permanente de jurista, al punto de ser considerado como uno de los ideales más constantes y más característicos de aquella corriente del pensamiento jurídico que ha tenido prevalencia en el siglo pasado (y la tiene en parte todavía), denominada 'positivismo jurídico'[107].

De ahí que ante la existencia de vacíos, se estableció posteriormente el principio de *inexcusabilidad del juez*. De hecho, este principio "es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema", sin el cual "el sistema no podría funcionar en su complejidad"[108]. Es decir, en todo ordenamiento jurídico existiría para Bobbio la necesidad de juzgar todos y cada uno de los casos que se presenten, y siempre de acuerdo a alguna norma perteneciente al mismo. La *integridad* se eleva así al carácter de dogma, a condición que se conserven los dos pilares mencionados (la inexcusabilidad y su consecución por medio de elementos intrasistémicos). Lo contrario equivaldría a dejar la puerta abierta a elementos extraños al sistema —como el Derecho natural— que lo pondrían en crisis[109].

Todo esto ha originado el apelativo de 'formalismo', vinculado a la crítica esgrimida contra el positivismo jurídico luego de la Segunda Guerra Mundial, en el sentido de ser una espada de doble filo. En efecto, basta contemplar lo antes dicho para darse cuenta de que este aparataje jurídico se presta para cualquier servicio, dependiendo de quién detente el poder. Se podría así decir a su respecto, parafraseando la crítica hecha a propósito del iusnaturalismo por Alf Ross, que el positivismo es una 'obediente cortesana', que presta sus servicios al mejor postor, sirviendo así de fiel instrumento para sus fines, en vez de ser —como por el contrario ha pretendido el iusnaturalismo— una garantía contra el abuso de ese mismo poder.

Además, en toda época ha existido también la crítica de las corrientes sociológicas. Su ataque al normativismo —y que viene por ello a justificar la existencia de lagunas— se basa en el envejecimiento de

---

107. *CDG*, p. 92.

108. Por ambas citas, *TGD*, p. 223.

109. Cfr. *ibid*, pp. 223-224; *PJ*, p. 210.

las codificaciones y de la legislación en general, como consecuencia de las profundas transformaciones sociales. Esto sin perjuicio del propio desarrollo de las ciencias sociales. A su vez, las corrientes normativistas han contraatacado, básicamente por razones de certeza. Como resulta obvio, la *certeza* se encuentra en estrecha relación con las lagunas y las antinomias, y a su respecto se ha dado el mismo debate, de forma paralela. Tan fundamental ha sido la importancia de este valor, que concluye el pensador italiano que "detrás de la batalla de los métodos había, como siempre una batalla ideológica"[110].

También los intentos normativistas por superar el problema de las lagunas han sido acusados de 'formalistas', en razón de acudir a criterios más bien 'objetivos' (la 'jurisprudencia mecánica'), es decir, en principio independientes de la ideología de turno, desconociendo el papel creador del juez. Esto hace concluir nuevamente al pensador italiano que detrás de la disputa entre formalistas y antiformalistas ha habido una cuestión ideológica[111].

Por último, debe dejarse constancia que dentro de los intentos de superación de este problema por los normativistas, han existido incluso teorías que *niegan* la existencia de lagunas, tema que por razones de espacio, tampoco es posible analizar aquí[112].

---

110. *TGD*, p. 230. Para la idea en general, *ibid*, pp. 229-230.

111. Cfr. *PPJ*, pp. 27-31.

112. La teoría del *espacio jurídico vacío* considera que lo *no regulado* es por eso mismo, *jurídicamente irrelevante*. Como tal, se trataría de una materia que se ubica *fuera* del Derecho, más allá de su esfera de interés. Ahora, desde el momento en que no ha recibido regulación jurídica alguna, se trataría de un comportamiento *permitido*, y a su respecto existiría plena libertad de obrar. Lo regulado, por el contrario, constituye el 'espacio jurídico pleno', y ha sido objeto de regulación precisamente para dirigir a los ciudadanos en su obrar. En consecuencia, como lo no regulado se encuentra *fuera* del Derecho (algo así como sus límites o como la ribera de un río), el fenómeno jurídico no tendría lagunas. Sin embargo, Bobbio no comparte esta teoría, sobre todo porque no considera correcto asimilar lo 'no jurídico' con lo 'no relevante' (y lo contrario), pues ambas calificaciones pertenecen a mundos diferentes (el teórico y el ideológico, respectivamente).

La doctrina de *la norma general excluyente o exclusiva* sostiene que a toda norma la acompaña, como su sombra, otra *norma implícita* (la norma general excluyente o exclusiva), según la cual *lo no previsto* tiene una *regulación tácita opuesta* a lo regulado expresamente. De esta manera, tampoco habría lagunas al interior del ordenamiento, al existir esta especie de norma de clausura. La ausencia de lagunas no se debería, como en la teoría anterior, a que haya aspectos 'irrelevantes' para el Derecho, o que estén 'más allá' de sus fronteras, sino por el argumento contrario, es decir, porque sea de manera expresa o tácita, *todo se encuentra regulado, de alguna u otra manera:* lo no ocupado por la norma expresa lo está por la *norma general excluyente o exclusiva*, de tal manera que entre ambas agotarían toda posible conducta humana. Por todo lo anterio., cfr. *PJ*, pp. 211-213; *PPJ*, pp. 55-56; *TGD*, pp. 102, 230-233; *CDG*, pp. 94-96; *Thomas Hobbes*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, traducción de Manuel Escrivá de Romani, p. 116.

Comenta estas teorías, Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 350-351.

Sin embargo, tal vez el mayor escollo de ambas teorías y en particular de la segunda, radica en que no logran explicar el uso de los expedientes tradicionales para solucionar el problema de las lagunas (con lo cual se las estaría desconociendo): los *principios generales del Derecho* y la *analogía*. Esto, sin perjuicio que ellos son una excepción a la 'norma general excluyente', no sólo porque no la reconocen (por el contrario: ante una laguna se aplica *otra* norma del sistema —la analógica o un principio general—, y no la norma general excluyente), sino de manera más profunda, porque en los hechos se llega a un *resultado exactamente opuesto* a aquel al cual se arriba con ella: en vez de aplicar a la 'laguna' la regulación *contraria* a las normas expresas del ordenamiento, se le aplica precisamente una *semejante* (con las salvedades del caso), contemplada en la norma análoga o el principio general. Para explicarlo desde la óptica de esta misma teoría, el uso de ambos expedientes se encontraría autorizado no por una 'norma general excluyente', sino por la llamada *norma general inclusiva*, esto es, una norma que ordena usar para el caso no regulado, la analogía o los principios generales, en vista de la semejanza entre ambos y no una regulación opuesta, como es el caso de la 'norma general excluyente'. De esta manera, el universo no puede simplemente dividirse entre *lo regulado* y *lo no regulado* (ni este último sector puede tampoco presuponerse 'irrelevante' ni por ello, 'permitido'), porque existiría además un tercer campo intermedio entre ambos: el de *lo similar a lo expresamente regulado*, que es *relevante* y *no necesariamente permitido*. Como se ve, la opción por uno u otro camino depende de lo que se considere *relevante*, y de la determinación misma de la *semejanza* entre el caso previsto y el no previsto, todo lo cual depende, a su vez, del intérprete.

Este es precisamente el 'hecho' que el positivismo jurídico da por descontado y no explica: cómo el intérprete 'se da cuenta' de una semejanza, de una laguna o de una antinomia, donde obviamente intervienen juicios de valor, según se verá. Comenta esto Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 246-250.

5.2 *El ordenamiento como sistema* completable

Ahora bien, dado que la existencia de las lagunas es una realidad innegable, surge el problema de su superación. A este respecto se señala tradicionalmente que las lagunas son colmadas ya sea mediante la *heterointegración*, ya sea por la *autointegración*. De acuerdo con Bobbio,

la *heterointegración* recurre a los siguientes expedientes: *a)* fuentes jurídicas *no legales* (como el Derecho natural o la equidad); *b)* a fuentes del mismo ordenamiento *no dominantes* (costumbre *praeter legem,* el poder creador del juez —basado muchas veces en la equidad—, o la doctrina o 'Derecho científico'); y *c)* por último, a *ordenamientos jurídicos extraños* (mediante el *reenvío* a ordenamientos precedentes u otros vigentes contemporáneamente). Lo importante es que no acude a las 'fuentes oficiales' del ordenamiento. Por su parte, la *autointegración* busca solucionar el problema únicamente acudiendo a expedientes que se encuentran *dentro* del mismo, como la *analogía* y los *principios generales del Derecho*. Esta última actitud es la prevalente en los sistemas continentales gracias al predominio del positivismo jurídico, pues se considera por lo general, no sólo que el ordenamiento es completo o completable, sino más profundamente, que constituye un sistema orgánico y cerrado en sí mismo (*Geschlossenheit des Rechts*). Por el contrario, la heterointegración se ha relacionado permanentemente desde esta perspectiva al iusnaturalismo. No faltan, sin embargo, autores como Del Vecchio, para quienes los principios generales del Derecho serían una manifestación del Derecho natural y por tanto, un mecanismo de heterointegración. Como buen positivista, Bobbio no comparte esta última tesis y los considera por el contrario —al menos en un principio, según se verá—, como una expansión lógica del propio ordenamiento jurídico positivo[113]. De ahí que concluya que

> Se puede decir en líneas generales que los ordenamientos jurídicos estáticamente considerados, no son completos, pero es preciso añadir que son *completables* (completables precisamente porque no son completos)[114].

113. Cfr. *TGD,* pp. 242-245; *PJ,* p. 213; "Due teorie generali del diritto in lingua francese", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* Milán, Giuffrè, vol. XXXI (1954), p. 280; *CDG,* pp. 7 y 99-101.

114. *CDG,* p. 99, cursivas nuestras.
En términos casi análogos se expresa en *TGD,* p. 242, cuando señala que "Si el ordenamiento jurídico considerado estáticamente no es completo, sino en virtud de la norma general exclusiva, es, sin embargo, dinámicamente considerado *completable*". Ideas similares en cuanto a la plenitud en principio del ordenamiento, en *PJ,* pp. 142, 202 y 213. Por eso agrega en otro pasaje algo posterior: "...sistema estático y sistema dinámico no existen en estado puro. Bien mirado, un sistema normativo únicamente

En todo caso, lo importante y conclusivo para estos efectos es que el ordenamiento jurídico sigue existiendo aun en caso de tener lagunas[115], según se vio a propósito de la 'rebaja' de la noción de 'sistema'. Por tanto, más que de completitud, Bobbio prefiere hablar de *autosuficiencia* del ordenamiento, que acude si es necesario al *papel creador del juez,* que se verá a propósito de la Ciencia jurídica. En todo caso, advierte Bobbio que la teoría de las lagunas ha sido expuesta sólo tenien-

estático puede bien ser considerado un sistema en el sentido propio de la palabra, pero es discutible que pueda ser llamado propiamente *normativo,* es decir, capaz de cumplir la función propia de las normas que es la de *modificar el comportamiento,* si no viene asumida por una autoridad capaz de hacerlo valer; así, un sistema dinámico es normativo en el sentido propio de la palabra, pero es discutible que pueda considerarse en igual modo propiamente un sistema *si las normas que lo componen no obedecieran a las reglas que caracterizan a un sistema racional, como las de la coherencia o de la completitud.* Lo saben bien los juristas, que aún acogiendo la tesis del ordenamiento dinámico, deben hacer frente a los dos problemas de las antinomias, esto es, de la presencia en el sistema de normas incompatibles, y de las lagunas, es decir, de la ausencia de una norma para el caso concreto, en otras palabras, se deben preocupar para el buen funcionamiento del sistema de dos problemas de *la coherencia y la completitud que son dos características de todo sistema racional.* Un sistema dinámico justamente por el modo en que está construido y representada su unidad, no es necesariamente ni coherente ni completo, porque no existe ninguna necesidad, ni lógica ni factual, que la autoridad competente en ese caso específico, produciendo normas válidas del sistema, establezca normas que no estén en oposición con otras normas del sistema (emanadas de otra autoridad igualmente legítima), y establezca todas las normas que deban ser creadas porque una materia esté completamente regulada. *Pero un ordenamiento jurídico, ¿puede cumplir su función, que es la de regular la vida asociada de un grupo compuesto de muchos individuos si no es coherente ni completo?*" (*CDG,* p. 209, cursivas nuestras).

Como puede verse, aquí existe un reconocimiento abierto no sólo a la importancia que da Bobbio a la *validez material,* sino también a que ella resulta *imposible de no considerar,* al momento de trabajar con normas, puesto que al tratarse de *prescripciones,* ellas pretenden *influir en la conducta de alguien.*

Es a la importancia que da Bobbio a la validez material a lo que han apuntado los comentarios de Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* cit., pp. 259-261; Guastini, Riccardo, "Presentazione", a *CDG,* pp. XIII-XIV; Prieto Sanchís, 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,* cit., pp. 97-98; Greppi, Andrea, "Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)", cit., pp. 564-565, entre otros.

115. Cfr. *PJ,* pp. 218 y 241.

do en cuenta el Derecho estatal, no el internacional, que se encuentra en pleno desarrollo[116].

En todo caso, hay que llamar la atención sobre un aspecto de suma importancia: que la *constatación* de la existencia de una laguna es fruto de una *labor interpretativa,* siendo 'descubierta' por el jurista o el juez cuando las normas existentes no concuerdan con la solución que busca (aspecto que el positivismo bobbiano da por descontado y no explica). Dicho de otro modo: *sin interpretación no hay 'laguna'*. Este hecho pone nuevamente de manifiesto la esencial importancia de la Ciencia jurídica en esta materia.

Por tanto, lo importante para Bobbio es que el propio ordenamiento establezca los mecanismos necesarios para colmar lagunas, siendo estos expedientes, según se ha dicho, los principios generales del Derecho y la analogía, que pasan a verse a continuación.

---

116. *CDG,* p. 101.

Con todo, y a la luz de esta realidad innegable, Bobbio se pregunta si este ideal de la omnipresencia del legislador heredado del positivismo 'tradicional', es legítimo o incluso beneficioso. A este respecto concluye no sólo que es una aspiración irrealizable, sino también irracional, aun cuando pudiera parecer lícita. La razón de que no resulte beneficioso este ideal radica en gran medida por el detrimento del desarrollo de las demás fuentes del Derecho en favor de la sola ley. Esto conduciría a su juicio, a un estancamiento de la creación jurídica y al subsiguiente empobrecimiento del fenómeno jurídico, motivo por el cual no sería un ideal conveniente. Y aun cuando se pretenda lograr la certeza, para Bobbio no sería este el bien superior del Derecho (cfr. *CDG,* p. 93). Esta afirmación resulta curiosa en el contexto del tratamiento bobbiano del ordenamiento jurídico. Es precisamente la certeza lo que pareciera explicar en última instancia los dogmas de la unidad, coherencia y plenitud del 'sistema' jurídico. Puede, por ello, ser considerado un pasaje aislado.

Cabe destacar sin embargo, que aun cuando a la luz de la anterior reflexión la ley deje de tener el monopolio de la producción jurídica, debe tenerse permanentemente en cuenta que para el pensador italiano, todas las instancias de producción jurídica deben desembocar en el ordenamiento, por lo que deben pasar la 'prueba de la validez'. Esto es lo que ha llevado a concluir que ni el estatalismo ni el valor de la certeza se encuentran tan mitigados en el pensamiento bobbiano como pareciera a primera vista.

5.3 *Los Principios generales del Derecho*

Los principios generales del Derecho, aun siendo considerados un "complejo, oscuro, [y] esquivo concepto"[117], son definidos por Bobbio como

> ...el procedimiento mediante el cual la disciplina del caso no regulado viene dada no ya por otro caso similar, sino por un principio general no expresado que se puede obtener del examen del sistema jurídico en su conjunto o de una parte homogénea del mismo[118].

Desde la perspectiva tradicional del positivismo jurídico, estos principios son *intrasistémicos,* y constituyen junto a la analogía, uno de los mecanismos de autointegración del ordenamiento jurídico. Esto significa que si bien el sistema no se considera completo, sino completable (pues en caso de ser completo, existiría una norma para cada caso y no serían necesarios los principios o la analogía), se lo tiene por *autosuficiente*. De ahí que estos principios representen "el espíritu del sistema"[119], la expansión lógica del ordenamiento jurídico (o de muchos ordenamientos, al caber principios comunes a varios sistemas jurídicos)[120].

> [L]os principios generales del Derecho, al menos en su interpretación más corriente y agradable a los juristas, son reglas generales sacadas del espíritu del ordenamiento positivo, por lo que juzgar de acuerdo a esos principios no significa trascender al ordenamiento, sino integrarlo. Si se acepta la distinción entre método de autointegración y método de heterointegración del ordenamiento jurídico, la *communis opinio* de los juristas es que acudir a los principios generales del Derecho pertenece al primero de ellos[121].

---

117. *CDG,* p. 260.

Comenta esto, Borsellino, Patrizia, *Norberto Bobbio metateorico del diritto,* cit., pp. 309-316.

118. *CDG,* p. 11.

119. *TGD,* p. 252.

120. Cfr. *GPG,* pp. 225-226 y 229-232; *TGD,* p. 252; *CDG,* pp. 99-101.

121. "Due teorie generali di diritto in lingua francese", cit., p. 280.

Aun cuando se los conoce también con el nombre de *analogia iuris* —si bien según Bobbio es una nomenclatura en extinción—, no se trata propiamente de un proceso de analogía, pese a la semejanza de nombres. El proceso lógico en uno y otro es distinto. Mientras en la analogía se busca una regulación similar al caso no normado, en los principios generales (o *analogia iuris*) se acude a un proceso de *abstracción* y de *subsunción,* por el cual una *species* (el caso no regulado) se relaciona a un *genus* (el principio). Son, dos mecanismos distintos, puesto que

> ...entre el caso no regulado y el principio invocado para regularlo no interviene la relación de semejanza que interviene entre caso y caso, entre materia y materia, sino una relación muy distinta de subsunción entre la especie y el género[122].

Por el contrario, en opinión del pensador italiano, se utilizaría el mismo expediente lógico tanto en la analogía como en la *interpretación extensiva,* pese a la diferencia de nombres. Con todo, lo que sí comparten los principios generales y la analogía sería su función: la autointegración del sistema[123].

En cuanto a la polémica de si los principios generales son o no normas, comenta Bobbio:

> En mi opinión, los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas, como todas las otras[124].

---

122. *CDG,* p. 11.
Comenta esto, Atienza, Manuel, "La analogía en la obra de Bobbio", cit., pp. 277-278.

123. Cfr. *CDG,* p. 11; *TGD,* pp. 249-252; *PJ,* p. 213.
Comenta esto, Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 352-353.

124. *TGD,* p. 251.

El anterior razonamiento tiene su fundamentación, en primer lugar, en el hecho que al menos algunos de los principios generales se extraen o emanan de normas particulares del ordenamiento, por medio de sucesivas generalizaciones. En consecuencia, no pueden no ser normas, pues el efecto debe tener la misma naturaleza de la causa,

> de donde no se alcanza a ver cómo, logrado un cierto grado de generalidad, la norma cambia de naturaleza y no sea ya más una norma, sino cualquier otra cosa (de una norma extraigo normas, así como de una especie de animales extraigo un género de animales y no de flores o de constelaciones)[125].

En segundo lugar, su función es resolver o regular un caso para el cual no existe en apariencia, norma aplicable. Como lo que se pretende es influir en la conducta de alguien, se trata evidentemente de normas o reglas, si bien generalísimas[126]:

> La función para la cual sirven (generalmente en caso de falta de normas particulares) es la de proveer a la falta de prescripciones, esto es, de modelos de conducta a los operadores jurídicos: su función no es distinta de la que cumplen las normas particulares[127].

Por último, en tercer lugar, los criterios con base a los cuales se pretende distinguir los principios de las normas son, a juicio de Bobbio, poco claros. Para algunos, la diferencia radicaría en que los principios son normas más generales, que se refieren a una institución jurídica (negocios jurídicos, propiedad, familia, etc.), a una rama entera del De-

---

125. *CDG,* p. 264.
En todo caso, se ha observado que de una norma pueden extraerse varios principios, motivo por el cual, el razonamiento no es 'limpio', al existir discrecionalidad, puesto que es necesario *optar* por uno de ellos,. (Cfr. Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", en *Revista de Ciencias Sociales,* Universidad de Valparaíso, vol. XXX (1987), p. 316).

126. Cfr. *TGD,* p. 251; *CDG,* pp. 262 y 264.

127. *CDG,* p. 264.

recho (civil, procesal, penal, etc.), o incluso para el Derecho en su conjunto. Pero se trata en su opinión de una diferencia meramente cuantitativa, no cualitativa, sin perjuicio que esta 'generalidad' depende en gran medida de cuál sea el punto de mira de dicha generalidad (de acuerdo a los ámbitos de vigencia de tales principios: instituciones jurídicas, ramas del Derecho o el Derecho en su conjunto, respectivamente). Otras opiniones los consideran ya sea normas-base o fundamentales del sistema —sus vigas maestras— que permiten darle coherencia al mismo; también normas directivas o principios-guía que indican la dirección ético-política que inspira al sistema; o por último, no faltan quienes opinan que se trata de normas indefinidas o incluso normas indirectas. Lo importante, para lo que interesa aquí, es que para Bobbio siempre se trata de *normas*[128].

En todo caso, reconoce el pensador de Turín que para muchos juristas los principios constituyen entidades diferentes a las normas, y son por ello, consideradas meras construcciones doctrinales, nociones técnicas o incluso orientaciones o ideales de política legislativa. Sin embargo, Bobbio rechaza estas teorías, pues en su opinión confunden el *modo* o *manera* por medio del cual se llega a la enunciación de estos principios, con su *función:* la de servir de guía para la conducta humana[129].

> Que los principios sean construcciones doctrinales no excluye de hecho que puedan tener en un determinado tiempo y lugar eficacia normativa. Por lo demás, también las mismas normas especiales son, respecto al modo como han sido enunciadas y formuladas, construcciones doctrinales[130].

Ahora bien, visto el problema desde una perspectiva más realista y pese a todo lo dicho, a juicio de Bobbio resulta ingenuo considerar a los principios generales sólo como elementos intrasistémicos, característica que ha sido puesta en duda también desde las filas del propio positivismo. Esto se relaciona con la *fuente* de los principios generales del Derecho, también una materia sumamente discutida. Para lo anterior debe distinguirse entre *fuente material* ("el conjunto de los datos materiales de los que se infieren") y *fuente formal* ("la autoridad de la cual emana el fundamento de su validez"[131]). En su primera acepción, no cabe duda que la materia prima de la que se componen no se encuentra ni se agota toda en las solas normas del sistema. Y como resulta natural que estos principios se expresen por medio de la labor jurisprudencial, ello lleva a replantearse la labor de la Ciencia jurídica, en cuanto a la introducción de valores por parte del juez (tema que se verá luego). De esta manera, esto se vincula con la noción de fuente formal (la autoridad de la cual emanan el fundamento de su validez)[132]:

128. Cfr. *ibid,* pp. 264-266.

129. Cfr. *ibid,* pp. 262-263.

130. *Ibid,* p. 262.

> Junto con la gradual revalorización de la función creativa del juez, ha ido ganando reconocimiento el origen extrasistémico de los principios generales. [...] Sólo hoy, en el ámbito de una doctrina siempre más atenta, también en los países de Derecho codificado, a la función insuprimible de la Jurisprudencia en la transformación y la evolución de un sistema jurídico, se va haciendo espacio la idea de que los principios generales son el producto específico de la obra innovadora del juez, el medio principal a través del cual se abre una brecha, en países tradicionalmente hostiles, a la *Jurisprudencia como fuente autónoma del Derecho*. En un campo como la de la justicia administrativa, donde en resumidas cuentas la preeminencia del legislador es menos marcada, [...] ha sido acogida y documentada la tesis según la cual la validez jurídica de los principios generales depende de la enunciación y recepción de la Jurisprudencia, especialmente en Francia[133].

Por eso señala Bobbio que la labor de la Jurisprudencia se vale de estos principios como medio de "interpretación, de integración y de adaptación del Derecho"[134] a las cambiantes circunstancias de la realidad social.

131. Para ambas citas, *ibid,* p. 266.

132. Cfr. *ibid,* pp. 266-267.

133. *Ibid,* pp. 269 y 270, cursivas nuestras. En igual sentido, *ibid,* pp. 100-101.

134. *Ibid,* p. 274.

Pero además, ha sido en gran medida gracias a la teoría de la institución de Santi Romano que se habría dado a los principios una naturaleza en parte independiente de las normas del sistema. Desde su perspectiva, se trataría de principios presentes en todo sistema por el sólo hecho de existir, no reconducibles a ninguna otra fuente del Derecho, por ser 'instituciones' originarias del mismo. En definitiva, una fuente inmediata y autónoma, informal y 'no artificial' o 'natural' (de una manera análoga a la costumbre)[135]. De esta manera, el institucionalismo de Santi Romano

> ...sirve para ablandar el rígido formalismo positivista (que ha demostrado ser un Lecho de Procusto), sin recaer en los brazos del iusnaturalismo tradicional[136].

Por consiguiente, el ordenamiento se compondría de *normas* y *principios,* que para Bobbio también son normas, aunque no tanto o exclusivamente por emanar de otras normas del sistema, sino por regular conductas.

En todo caso, debe dejarse constancia que pese a sus orígenes extrasistémicos, para Bobbio los principios generales parecieran obtener validez —y eficacia— *sólo por vía de interpretación judicial,* motivo por el cual deben pasar lo que podría llamarse 'prueba de validez', sobre la cual se volverá en su momento. O dicho de otro modo: siempre debe existir una *voluntad autorizada* para darle vida.

Otro punto importante para superar la concepción tradicional de los principios generales del Derecho es posicionarlos correctamente frente a la analogía. Para esto Bobbio modifica en parte sus anteriores opiniones en cuanto a las diferencias entre los raciocinios de ambos mecanismos de interpretación:

> Por otro lado, ha sido repetido y justamente observado que si los principios generales se conciben exclusivamente, por así decir, como 'extractos' de normas particulares, el recurso a los principios generales no se distingue en nada del recurso a la analogía: el procedimiento analógico consiste, de hecho,

135. Cfr. *ibid,* pp. 272-273.

136. *Ibid,* p. 273.

> en entender las disposiciones de una norma particular expresa para un caso no contemplado mediante la extracción de un principio que se considera común al hecho-tipo expresado como al no expresado: procedimiento analógico y recurso a un principio general (en este significado restringido) indican por este motivo el mismo tipo de argumentación, esto es, un procedimiento de subsunción de un caso particular a un principio general, pero quedando firme una diferencia, que no debe ser descuidada y que justifica la distinción terminológica, entre la subsunción *indirecta,* esto es, a través del caso similar, propia de la analogía. Tanto el procedimiento analógico como el recurso al principio general están sujetos a la misma regla de exclusión en el Derecho excepcional [...] Dicho de otra manera, la excepcionalidad bloquea la extensión analógica porque bloquea la enunciación de un principio; inversamente, la enunciación de un principio general, condición que hace posible la extensión analógica, es a su vez posible sólo si la norma o las normas particulares puestas en consideración son consideradas como aplicaciones específicas de una regla más general no expresada; y por consiguiente en definitiva, como un adelanto o un indicio del principio general a obtener[137].

Ahora bien, todo lo anterior ha hecho que la *función* de los principios generales haya cambiado con respecto a la visión tradicional de los mismos. De esta manera, se estima no sólo que poseen una fuerza *lógica,* sino también *axiológica* dentro del fenómeno jurídico, esto es, ya no se los considera únicamente un mecanismo de integración, sino además de *interpretación,* que permiten dar prioridad a ciertos significados normativos del sistema en vez de a otros. Por lo mismo, se ha tendido a poner de relieve su función *sistemática,* que vela por la coherencia del sistema, aun cuando en muchos casos su valor sea meramente doctrinal. También se los ha considerado en su *función directiva* (como las normas o principios programáticos de una Constitución o del Derecho administrativo, que inspiran la labor de los órganos sometidos a ella), lo cual puede relacionarse a la llamada 'naturaleza de las cosas' y las normas técnicas[138]. En otras oportunidades se los ha invocado como

137. *Ibid,* pp. 276-277.

138. La 'naturaleza de las cosas' es entendida por Bobbio como la necesidad lógica de medios idóneos para llegar a un fin determinado (algo así como las normas técnicas), una especie de limitación objetiva y evidente al arbitrio de los órganos productores de normas jurídicas. (Cfr. *CTD,* pp. 143-151; *TGD,* 224-225; *PJ,* pp. 182-183; *GPG,* pp. 225-238).

fuentes autónomas del ordenamiento jurídico, ya sea para la actuación estatal o el Derecho internacional. En síntesis, lo que interesa destacar es que de ser un modesto mecanismo de integración del ordenamiento, el tema de los principios generales "...se está convirtiendo en un capítulo fundamental de la Teoría general del Derecho, [...propio de] una cultura jurídica siempre más sensible a la obra creativa del juez"[139], teniendo por consiguiente una *función normativa* que influye en la conducta de los destinatarios por varios mecanismos[140].

La creciente importancia que se viene reconociendo a los principios generales en la legislación y en la jurisprudencia deriva del reconocimiento de su función al mismo tiempo *preeminente* y *delimitadora* en el vértice de un sistema: la cual no excluye por otro lado, la función *unificadora* en el campo más estrictamente doctrinal[141].

De esta manera, existen principios *intrasistémicos* (los alcanzados por medio de generalizaciones normativas, por la labor interpretativa del juez y por las instituciones propias e indispensables de todo ordenamiento jurídico, si se sigue a Romano), y principios *extrasistémicos* (que penetran en el ordenamiento también por medio de la actividad del juez, el cual se inspira en la 'naturaleza de las cosas', las reglas técnicas o en las ideas, convenciones o tradiciones comunes de una sociedad). Todo esto influye en su fuerza vinculante. Así, serían normas más 'fuertes' en caso de tener una función integradora o limitadora, más 'débiles' en cuanto a su función interpretativa y directiva, y dejarían de ser normas en lo que se refiere a su función sistematizadora[142], al punto que podrían tal vez ser asimilados a los consejos[143].

---

139. *CDG,* p. 261.

140. Cfr. *ibid,* pp. 100-101, 260-261, 269 y 277-279.
Comenta esto, Atienza, Manuel, "La analogía en la obra de Bobbio", cit., p. 278.

141. *CDG,* p. 279.

142. Cfr. *ibid,* pp. 277-279.

143. Sobre consejos, cfr. "Comandi e consigli", cit., pp. 369-390.

La conclusión de Bobbio pretende así mostrar muy a las claras lo lejos que se encuentra la teoría positivista 'tradicional' de los auténticos principios generales del Derecho:

En otras palabras, la disputa sobre si los principios generales estén fuera o dentro del sistema no se puede responder de una vez por todas, pues los principios pueden tener fuentes diversas y el camino para llegar a su enunciación y formulación no es uno solo. Ciertamente el camino más seguido por el juez, que desea tener los pies sobre un terreno sólido, en su búsqueda de la solución de un caso que escapa a la regulación de normas específicas expresas, es la de la extracción de los principios de una o más normas del sistema...[144].

Con todo, esta 'ventana' al mundo exterior que son los principios generales y la labor del juez, no rompe por completo la estructura monolítica y autosuficiente del ordenamiento jurídico, por lo que la anterior afirmación debe ser tomada con bastante cautela. En efecto, si bien se admite la existencia de principios extrasistémicos, debe recordarse que la clave se encuentra en la noción de *fuente formal:* estos principios se *incorporarán al sistema,* serán *válidos,* sólo en virtud de su *recepción* por parte del juez, lo que a su vez se encuentra autorizado por las *normas de estructura* del ordenamiento, que dan origen a lo que se ha llamado *'prueba de validez'*. Como se ve, el normativismo estatalista bobbiano sigue en pie.

En otro orden de cosas, ha sido justamente observado que por muchas puertas de entrada que se establezcan para legitimarlos (las 'pruebas de validez'), la existencia de principios generales extrasistémicos pone en tela de juicio la noción misma de *Derecho 'positivo'* o *Derecho 'puesto',* según se verá con más detalle a propósito de la Ciencia jurídica. Con todo, debe recordarse que este es sólo uno más de los inconvenientes a los que se ven enfrentados el normativismo y la validez propugnados por el positivismo jurídico[145].

---

144. *CDG,* p. 276.

145. Cfr. Ollero Tassara, Andrés, "La eterna rutina del positivismo jurídico", en Massini-Correas, Carlos I. (compilador), *El iusnaturalismo actual,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 260-261.

Por último, y sin perjuicio de que también se dirá algo a propósito de la Ciencia jurídica, se echa en menos un tratamiento más detenido del *tipo de razonamiento* que se utiliza, ya sea para 'encontrar' estos principios al interior del sistema, ya sea para 'introducirlos' en él. Si se analiza la evolución que tuvo Bobbio a este respecto, de lo que no cabe duda, es del paulatino abandono de las teorías que pretendían responder a esta pregunta acudiendo a la sola lógica[146].

5.4 *La analogía dentro del ordenamiento jurídico*

La analogía jurídica, (o también llamada 'razonamiento por analogía', 'procedimiento por analogía', 'extensión analógica', 'interpretación analógica', etc.), es definida por Bobbio como

> ...aquellas operaciones realizadas por los intérpretes del Derecho (juristas y jueces en especial), mediante las cuales se atribuye a un caso o a una materia que no posee una regulación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma solución prevista por el legislador para un caso o para una materia *similar*[147].

La función de la analogía es colmar las lagunas y se enmarca dentro de los mecanismos de autointegración, que acude en este caso sólo a otras normas del ordenamiento, no a los principios generales del Derecho. Parte del supuesto —como se ha visto— que el ordenamiento es completable y por tanto a la postre, un sistema orgánico y cerrado en sí mismo[148].

---

146. Sobre esto hemos tratado en Silva Abbott, Max, "Algunas consideraciones acerca de la evolución de la Ciencia jurídica en Bobbio", en Squella, Agustín, (ed.) *Norberto Bobbio: su pensamiento político y jurídico,* Valparaíso, Edeval, 2005, pp. 39-109.

147. *CDG,* p. 1. En otro lugar señala que "por 'analogía' se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similar" (*TGD,* p. 245).

148. Cfr. *CDG,* p. 7. Esto se relaciona con la tercera acepción de 'sistema' ya vista.

Mirado el problema desde la perspectiva del positivismo 'clásico' (el positivismo como *teoría*), la analogía busca una afinidad entre el comportamiento regulado y el no regulado. De esta manera, pueden darse el *argumentum a simili* y el *argumentum a contrario*. El primero existe cuando se encuentra la afinidad que permite aplicar a ambos casos la misma normativa. El segundo surge cuando no se encuentra esta semejanza, pero sí afinidad para el caso contrario (la regulación de una materia relacionada en el sentido opuesto). Como el legislador reguló el caso de manera contraria —continúa Bobbio—, se entiende que en la laguna que se intenta colmar habría una voluntad suya por dejarla al margen. En consecuencia, en este último caso no existiría propiamente una laguna (por tratarse, en realidad, de los límites o fronteras del Derecho, siguiendo a la teoría del 'espacio jurídico vacío'); en el primer caso, la existencia de la laguna resulta evidente, y se colma por la analogía. Esta doctrina se relaciona, como puede fácilmente apreciarse, con las teorías de la 'norma general inclusiva' (que permite la analogía) y la 'norma general exclusiva' (que marca los límites del Derecho: lo no similar a lo regulado debe tener una calificación opuesta). Con la conjunción de ambas, se pretende así una autointegración perfecta, de tal modo que nunca existan realmente lagunas: o es el límite del Derecho, o son rellenables[149].

La argumentación *a contrario* o *a simili* no debe, sin embargo, confundirse con las *normas excepcionales*. Como señala Bobbio:

> Se entiende por norma excepcional aquella norma que deroga una norma general (vale decir, para la generalidad de los casos), o bien que regula un determinado comportamiento de manera opuesta a aquella en que estaría regulado si la norma excepcional no existiese. [...] La norma excepcional, en suma, es aquella que sustrae en determinadas circunstancias o por un determinado tiempo, un comportamiento de la regla general[150].

---

149. Cfr. *ibid,* p. 8; *TGD,* pp. 235-236; *PJ,* p. 219. Las teorías de la *norma general inclusiva y exclusiva* y del *espacio jurídico vacío,* se han tratado brevemente en la nota 112.

Cabe preguntarse, sin embargo, qué ocurre en el caso en que en ciertas materias quepa al mismo tiempo en parte el *argumentum a contrario* y en parte el *argumentun a simili*. Comenta esto, Atienza, Manuel, "La analogía en la obra de Bobbio", cit., p. 270.

150. *CDG,* p. 12.

Es decir, la regla especial deroga parte de la general para un caso específico, cambiando en consecuencia su modalidad deóntica: de permitido pasa a ser prohibido (y viceversa), o lo obligatorio se transforma en omitible lícitamente (y viceversa). En estos casos, por lo general hay una excepción a las reglas de la analogía, pues se considera que sólo la ley común está en real armonía con el resto del sistema jurídico —lo cual hace lícita la analogía— no así la norma excepcional. Sin embargo, a Bobbio este argumento no le satisface, porque en ambos casos el legislador ha tenido motivos para actuar así, y cabría la posibilidad que la norma excepcional se extendiera a otro caso no regulado que presente la misma causal de excepcionalidad, aun cuando de hecho sea más difícil[151].

Por todo lo antes señalado, tradicionalmente se ha tendido a pensar que el juez no crea una norma nueva por medio de la analogía, sino que sólo estaría explicitando algo que estaba *oculto* dentro del ordenamiento, una *norma implícita,* inspirada en el argumento de la misma *ratio*. No faltan sin embargo, posturas diferentes, que la consideran no una explicitación —un expediente meramente interpretativo—, sino una *creación normativa*[152].

Se ve, en cambio, muy bien como de la tesis del *eadem ratio* procede la negación del carácter creativo de la analogía, precisamente porque el *eadem ratio* atribuye a la analogía el valor de un *procedimiento lógico* vinculado de reglas, que no permite al jurista ni al juez crear una solución distinta de la que pueda ser alcanzada dentro del sistema de esas reglas[153].

La analogía se ha vinculado tradicionalmente a la lógica. De esta manera, se trataría de un razonamiento en el cual existen dos términos

151. Cfr. *ibid,* pp. 12-13. Aquí existe otra poderosa prueba de que es imposible prescindir del aspecto 'estático' del ordenamiento jurídico.

152. Cfr. "Intorno al fondamento del procedimento per analogia, en *Giurisprudenza Italiana,* Parte VI, Disp. 3ª, (1951). Se cita por extracto (Turín, Utet, s/f), pp. 8-9.

153. *Ibid,* p. 9. Cursivas nuestras.

semejantes, de tal suerte que las características de uno pueden ser predicadas del otro. Al ser similares, poseen uno o más elementos en común (no todos, porque de ser así serían *idénticos,* no *análogos;* ni tampoco pueden no tener nada en común, porque en este caso serían *diversos*), elementos que al mismo tiempo deben ser *relevantes.* Sólo así puede haber *razón suficiente* (también llamada *ratio legis*) para atribuir las mismas propiedades o características a ambos términos: ante la misma razón, se aplica la misma disposición, motivo por el cual se procede de una manera similar a un silogismo. Por eso se dice también que la analogía es "la capacidad de *expansión lógica* del ordenamiento jurídico"[154], que busca la 'voluntad presunta' del legislador. Por último, este razonamiento es considerado por algunos autores de naturaleza inductiva y por otros, deductiva[155].

Siguiendo con la concepción 'tradicional' sobre este tema, en principio ante una laguna caben dos caminos: *extender el contenido de una norma jurídica determinada a casos no previstos* (la llamada *interpretación extensiva*), que se acercaría más a la 'creación' normativa; o la *búsqueda de una norma implícita* en el sistema (la analogía). En este último caso, el procedimiento consistiría en subir desde una norma expresa a otra más general que comprende tanto el caso regulado como el no regulado similar, para posteriormente bajar a este último: es la analogía o *interpretación analógica* (que sería más 'interpretación' que 'creación' normativa). Según Bobbio, de acuerdo al tenor de la jurisprudencia italiana de 1949-1950, la interpretación extensiva dilata las *palabras* del legislador, mientras que la analogía extiende su *pensamiento* (esto es, se intenta adivinar lo que hubiera pensado ante el caso que se trata de resolver). De esta manera, sólo en la analogía se estaría realmente sobrepasando la norma dada por él, porque se intenta determinar el

154. *PJ,* p. 221.

155. Cfr. *CDG,* pp. 3-5; *TGD,* pp. 247-249; *PJ,* pp. 219-221; "Intorno al fondamento del procedimento per analogia, cit., pp. 6-8).
Comenta esto, Atienza, Manuel, "La analogía en la obra de Bobbio", cit., pp. 268-269.

comportamiento de una situación que no ha regulado en absoluto, a diferencia de lo que ocurre en la interpretación extensiva[156].

Sin embargo, para Bobbio la diferencia entre ambas no es siempre fácil de reconocer, porque la operación lógica utilizada sería la misma. Lo que cambia es el *ámbito* en que dicho procedimiento opera: uno opera desde una norma ya dada; el otro 'entresaca' una nueva regla —supuestamente implícita— con base a una norma que puede ser común entre el caso regulado y el no regulado. Aun así, la diferente nomenclatura tiene su importancia, toda vez que según Bobbio, a la misma operación podría llamársela de una u otra manera, dependiendo del sector jurídico en el que se encuentre el intérprete. Así por ejemplo, en el Derecho penal no cabe la analogía, pero sí la interpretación extensiva, por lo que podría eludirse la prohibición de usar el primer expediente, señalando que se trata, en realidad, del segundo. Donde sí cabe diferenciarlas es en su *función:* la interpretación extensiva busca eso: *interpretar;* la analogía busca *integrar,* aun cuando —como se ha dicho— la estructura lógica de ambas sea similar[157].

De esta forma, Bobbio distingue entre: *a)* la *analogia legis* (o analogía propiamente dicha); *b)* la *analogia iuris* (los principios generales del Derecho, que propiamente, no son una analogía); y *c)* la *interpretación extensiva* (que considera similar a la analogía)[158].

En conclusión, para el profesor de Turín, la analogía es un elemento que permite colmar lagunas, un método de *autointegración* del sistema. La autointegración supone así el triunfo del dogma positivista de completitud del ordenamiento[159].

---

156. Cfr. "Intorno al fondamento del procedimento per analogia", cit., p. 8. Esta conclusión de Bobbio será mantenida posteriormente en una nueva publicación aparecida en el mismo lugar: "Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia", en *Giurisprudenza Italiana,* vol. CXX (1968), pp. 695-699.

Comenta esto, Atienza, Manuel, "La analogía en la obra de Bobbio", cit., pp. 274-277.

157. Cfr. *CDG,* pp. 9-11, 13 y 14; *CTD,* p. 195.

158. Cfr. *TGD,* p. 248; *CDG,* p. 11.

Comenta esto, Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", cit., pp. 307-308.

159. Cfr. *CDG,* pp. 99-100; *PJ* (1961), p. 213.

Ahora bien, la analogía, ¿es interpretación o creación jurídica? Para Bobbio se trataría de un problema de definiciones, un problema verbal. Ante un significado estrecho de 'interpretación', la analogía sería creación de Derecho, no así ante un significado amplio del término. Por el contrario, si 'creación' designa la elaboración originaria de normas jurídicas, la analogía es mera *interpretación,* porque toma como modelo normas ya dadas, motivo por el cual se lo considera un método de autointegración[160].

Este segundo sería el sentido que pareciera darle Bobbio a este término, si se tiene en cuenta lo dicho a propósito del *normativismo* (la absoluta necesidad de la calificación para que un hecho sea considerado jurídico). De ahí que la analogía sea el procedimiento más utilizado "para el acrecentamiento interno de un sistema legislativo y su mejor adaptación a la realidad social"[161].

Por eso a su *validez lógica* debe añadirse la *validez jurídica,* a fin de que se trate de una operación lícita. Para ello el expediente de la analogía debe encontrarse *establecido por una norma* —secundaria— *del sistema,* sea esta norma expresa o tácita. En el caso de ser una norma tácita, se trataría de una prescripción similar a la que prohíbe las antinomias: una norma que (dadas las características del sistema jurídico propugnadas por el positivismo) *no puede no existir,* precisamente para lograr que el sistema subsista. De ahí también que los ordenamientos jurídicos establezcan límites al razonamiento por analogía (como por ejemplo en el Derecho penal), según se ha mencionado ya[162].

---

160. Cfr. *CDG,* p. 9; *PJ,* pp. 218-219.

161. *CDG,* p. 2.

162. Cfr. *ibid,* p. 6, cursivas nuestras.

Como ha dicho Atienza: "El reconocimiento del razonamiento por analogía como procedimiento jurídicamente lícito descansa en el postulado de que el legislador es un ser racional que fija libremente los fines y elige los medios más idóneos para alcanzarlos. Por otro lado, al separar la noción de validez lógica y de licitud jurídica, Bobbio sostiene que el ordenamiento jurídico puede limitar la licitud jurídica del argumento por analogía —no su posibilidad lógica— en ciertas esferas del ordenamiento jurídico como el Derecho penal o el Derecho excepcional." (Atienza, Manuel, "La analogía en la obra de Bobbio", cit., pp. 271-272. Para esta idea, *ibid,* 271-274).

La norma que autoriza o impone la analogía, cuando no es expresa, corresponde al mismo género de *normas implícitas* del sistema a las cuales pertenece la norma que prohíbe las antinomias, según la cual, dos normas incompatibles no pueden ser ambas válidas. *Son normas implícitas* en el sentido que *son válidas aunque no sean expresas,* y *son válidas por el sólo hecho de ser presupuestas, ya sea para la validez o para el funcionamiento del sistema mismo,* en el sentido que *sin ellas, el ordenamiento jurídico no podría ni ser establecido ni conservado.* En cuanto a su validez jurídica, dependen de la *naturaleza* misma del sistema, y pueden llamarse, en el único sentido aceptable de la palabra, normas de Derecho natural[163].

Debe observarse por tanto, que la *licitud* del uso de la analogía nuevamente se hace derivar de los *mecanismos de validez* del ordenamiento. Su juridicidad depende, pues, de su *pertenencia al sistema,* mediante la correspondiente 'prueba de validez'. De hecho, resulta tan fundamental, que incluso acude a normas *presupuestas o tácitas,* que *no pueden faltar en todo ordenamiento.* De este modo, como se *permite* al juez el uso de la analogía, se estaría legitimando no sólo este expediente interpretativo, sino además, los posibles elementos extrasistémicos (juicios de valor) que dicho razonamiento lleve consigo[164].

Esta apelación permanente a su lógica ínsita es lo que ha hecho decir que "la fundamentación de la analogía en la razón de la ley o del

---

También habla de una 'norma de clausura en Bobbio, Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., nota 19, p. 299.

163. *CDG,* p. 6. Salvo en la frase 'sin ellas, el ordenamiento jurídico no podría ni ser establecido ni conservado', las cursivas son nuestras.

Por eso es dable creer que esta verdadera *necesidad lógica* del sistema podría asimilarse a una *norma técnica,* que permite descubrir el camino ineludible para conseguir el fin propuesto.

Comentan esto, Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* cit., pp. 252-253; Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 299-300.

164. Comenta esto, Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", cit., p. 303 nota 96.

ordenamiento jurídico y no en la voluntad del legislador es una tesis que Bobbio defenderá en toda su obra sobre la analogía"[165]. Esta insistencia podría estar relacionada con los límites que Bobbio asigna a la calificación normativa, en el sentido de seguir una 'lógica' mínima: ubicarse entre lo imposible y lo necesario[166].

Con todo, y puesto que se habla de esta verdadera *norma de clausura tácita* (y por tanto, *formalmente inválida*) como una auténtica *necesidad del sistema,* habría que hacer la misma observación que hace Calsamiglia respecto a la norma hipotética fundamental, en el sentido de *si una elaboración doctrinaria puede 'crear' una norma;* o si se prefiere desde otro ángulo, y siguiendo a Prieto Sanchís, aquí se reconocería implícitamente *la preeminencia de la eficacia por sobre la validez en las normas individualmente consideradas,* porque la existencia de esta norma que permite la analogía podría muy bien ser impuesta por la práctica judicial en un ordenamiento que no la contemple expresamente[167].

Ahora bien, pese a situar a la analogía dentro de los medios de autointegración del ordenamiento, la presencia de elementos *ideológicos* en la labor interpretativa y en la misma analogía, es algo reconocido de manera expresa por Bobbio cuando señala que:

---

165. Atienza, Manuel, "La analogía en la obra de Bobbio", cit., p. 273, nota 20.

166. Para Bobbio, el contenido de una norma y pese a lo sostenido a propósito de la calificación normativa, debe ubicarse entre lo *imposible* y lo *necesario,* esto es, no regular conductas que estén más allá de las posibilidades humanas —lo imposible—, ni aquellas que son inevitables —lo necesario—, lo cual no puede dejar de vincularse al problema de la validez material de las normas jurídicas. Sobre lo imposible y lo necesario, cfr. *PPJ,* pp. 21-22; *TGD,* p. 157; *Teoria della Scienza Giuridica,* Turín, Giappichelli, 1950, pp. 171-172.

167. Cfr. Calsamiglia, Albert, "Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio", cit., p. 121, nota 89; Prieto Sanchís, Luis, "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", cit., pp. 97-98 y 105; Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., p. 339.

Sobre la norma hipotética fundamental, pueden consultarse entre otros, Robles Morchón, Gregorio, *Las limitaciones de la Teoría Pura del Derecho,* México, México, Unam, 1989, pp. 26-37; y García Amado, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental,* Madrid, Marcial Pons, 1996, *passim*.

En particular, el reconocimiento del razonamiento por analogía como procedimiento jurídicamente lícito, cuando no obligatorio, descansa en uno de los postulados en que se inspira la actividad interpretativa: el legislador es un ser razonable, entendiéndose por 'ser razonable' un ser que: 1° establece libremente sus fines; 2° escoge los medios más idóneos para alcanzar ese fin. Cuando el intérprete extiende el contenido de un caso expreso a un caso no expreso, para lo cual apela a la razón suficiente de la norma, cumple un acto de confianza en la razonabilidad del legislador, y en último término, presupone dicho postulado[168].

Por último, también se ha comentado que la 'completabilidad' del ordenamiento puede dar paso a equívocos, porque —siguiendo a Alchourrón y Bulygin—, es como decir que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos. Se confunde así la *plenitud prevista* del Derecho preexistente o ideal, con la *plenitud posible* del Derecho real[169].

Ahora bien, más que el problema de la *legitimación* del expediente analógico, tal vez el mayor vacío o incógnita sea en realidad, saber a ciencia cierta qué camino y qué requisitos deben existir de manera 'objetiva' (esto es, en lo posible sin la introducción de elementos ideológicos, tal como postula el positivismo jurídico), para *darse cuenta* de la existencia de una analogía (y de modo más general, de una laguna). Como señala el pensador italiano, precisamente echando en falta una guía a este respecto:

Pero el ordenamiento, en general, no dice nada sobre las condiciones con base en las cuales dos casos pueden ser considerados como similares. La decisión sobre la semejanza de los casos corresponde al intérprete[170].

---

168. *CDG*, pp. 6-7. Ideas similares expresa Bobbio en "Le bon législateur", cit., pp. 243-249.

169. Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 251-252.

170. *TGD*, p. 235.

La misma idea la señala de esta otra manera:

Ante todo, la legislación, incluso cuando prevé la analogía como medio para colmar las lagunas, no establece los requisitos en base a los cuales dos institutos pueden considerarse semejantes: corresponde al intérprete establecer en cada ocasión si dos institutos son semejantes y es sabido que el procedimiento más utilizado a este fin es precisamente la naturaleza de las cosas. Y no hablemos del caso en que se trata no ya de formular una regla, sino de encontrar la disciplina de una institución completa...[171].

Es todo lo anterior lo que llevará a la postre a reconocer al profesor de Turín que detrás de la analogía (aunque lo mismo podría decirse de las lagunas y de manera más general de la interpretación en su conjunto), existe una *elección subjetiva del juez*. A pesar de todo el aparataje construido y defendido por el positivismo jurídico, pareciera que en realidad el juez primero llega a la solución que cree correcta —muchas veces de manera inconsciente— y posteriormente intenta justificarla, usando para ello los mecanismos de interpretación de que dispone dentro del ordenamiento. Más que de una operación lógica, se trataría de un *procedimiento retórico*. El mismo fenómeno sería el que explicaría también la elección del juez entre la interpretación extensiva o la analogía ante un caso dado. Como resulta previsible, Bobbio llama la atención por el alto grado de *incerteza* que conlleva este modo de proceder[172]:

---

171. *CTD*, p. 152.

172. Cfr. "Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia", cit., pp. 700-702; "Norma" (1980), en *CDG*, p. 210.

Como puede verse, se trata de un razonamiento no del todo lógico. Comentan esto, Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 245-253; Prieto Sanchís, Luis, "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", cit., p. 106; Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", cit., pp. 319-320.

Por eso dice Borsellino que uno de los objetivos de la analogía es conseguir la certeza, al impedir en lo posible que el juez introduzca valoraciones. (Cfr. *ibid*, pp. 292-285).

En particular, el reconocimiento del razonamiento por analogía como procedimiento jurídicamente lícito, cuando no obligatorio, descansa en uno de los postulados en que se inspira la actividad interpretativa: el legislador es un ser razonable, entendiéndose por 'ser razonable' un ser que: 1° establece libremente sus fines; 2° escoge los medios más idóneos para alcanzar ese fin. Cuando el intérprete extiende el contenido de un caso expreso a un caso no expreso, para lo cual apela a la razón suficiente de la norma, cumple un acto de confianza en la razonabilidad del legislador, y en último término, presupone dicho postulado[168].

Por último, también se ha comentado que la 'completabilidad' del ordenamiento puede dar paso a equívocos, porque —siguiendo a Alchourrón y Bulygin—, es como decir que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos. Se confunde así la *plenitud prevista* del Derecho preexistente o ideal, con la *plenitud posible* del Derecho real[169].

Ahora bien, más que el problema de la *legitimación* del expediente analógico, tal vez el mayor vacío o incógnita sea en realidad, saber a ciencia cierta qué camino y qué requisitos deben existir de manera 'objetiva' (esto es, en lo posible sin la introducción de elementos ideológicos, tal como postula el positivismo jurídico), para *darse cuenta* de la existencia de una analogía (y de modo más general, de una laguna). Como señala el pensador italiano, precisamente echando en falta una guía a este respecto:

Pero el ordenamiento, en general, no dice nada sobre las condiciones con base en las cuales dos casos pueden ser considerados como similares. La decisión sobre la semejanza de los casos corresponde al intérprete[170].

---

168. *CDG*, pp. 6-7. Ideas similares expresa Bobbio en "Le bon législateur", cit., pp. 243-249.

169. Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 251-252.

170. *TGD*, p. 235.

La misma idea la señala de esta otra manera:

Ante todo, la legislación, incluso cuando prevé la analogía como medio para colmar las lagunas, no establece los requisitos en base a los cuales dos institutos pueden considerarse semejantes: corresponde al intérprete establecer en cada ocasión si dos institutos son semejantes y es sabido que el procedimiento más utilizado a este fin es precisamente la naturaleza de las cosas. Y no hablemos del caso en que se trata no ya de formular una regla, sino de encontrar la disciplina de una institución completa...[171].

Es todo lo anterior lo que llevará a la postre a reconocer al profesor de Turín que detrás de la analogía (aunque lo mismo podría decirse de las lagunas y de manera más general de la interpretación en su conjunto), existe una *elección subjetiva del juez*. A pesar de todo el aparataje construido y defendido por el positivismo jurídico, pareciera que en realidad el juez primero llega a la solución que cree correcta —muchas veces de manera inconsciente— y posteriormente intenta justificarla, usando para ello los mecanismos de interpretación de que dispone dentro del ordenamiento. Más que de una operación lógica, se trataría de un *procedimiento retórico*. El mismo fenómeno sería el que explicaría también la elección del juez entre la interpretación extensiva o la analogía ante un caso dado. Como resulta previsible, Bobbio llama la atención por el alto grado de *incerteza* que conlleva este modo de proceder[172]:

---

171. *CTD*, p. 152.

172. Cfr. "Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia", cit., pp. 700-702; "Norma" (1980), en *CDG*, p. 210.

Como puede verse, se trata de un razonamiento no del todo lógico. Comentan esto, Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 245-253; Prieto Sanchís, Luis, "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", cit., p. 106; Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", cit., pp. 319-320.

Por eso dice Borsellino que uno de los objetivos de la analogía es conseguir la certeza, al impedir en lo posible que el juez introduzca valoraciones. (Cfr. *ibid*, pp. 292-285).

...no es el procedimiento a disposición del juez el que determina el sultado, sino el resultado que se desea alcanzar es el que determina la regla ıe es adoptada cada vez. Que el procedimiento analógico sea llamado en ertas ocasiones interpretación extensiva [...es] un indicador bastante seguro ıra darnos cuenta de la flexibilidad y disponibilidad de las reglas sobre la terpretación, y de la importancia que asume en un examen caso a caso su lor operativo[173].

Esta falta de certeza se debe, como es lógico, a la *intromisión de icios de valor,* incomprensibles para el positivismo jurídico dado su no ›gnitivismo ético. Por eso se ha dicho a este respecto que

Si a las consideraciones arriba expuestas acerca del carácter inevitableıente valorativo de la investigación acerca del motivo y del fundamento de na norma, se agrega la importancia de que en el razonamiento analógico ene aquél de carácter prejudicial a la misma individualización del principio, sto es, a la posición de las premisas en el cual el jurista afirma la falta de una orma expresa, entonces es forzoso concluir que *la analogía no es un razonaıiento de certeza,* si con ello se entiende un razonamiento en el cual no hay un aso confiado a la discrecionalidad del intérprete, sino que es, por el contrario, *un razonamiento de probabilidad,* o quizá mejor, un razonamiento en el ual el rol desenvuelto, en diversos momentos, por las valoraciones del intérprete, aparece fundamental[174].

En consecuencia, existiría una *laguna de criterios* en cuanto a la *nanera de determinar si existe o no la semejanza* que permite aplicar la ınalogía (y lo mismo podría aplicarse a una laguna y en realidad, a la nterpretación en general). De ahí que en definitiva sea imposible una abor interpretativa no sólo como la que pretende la 'jurisprudencia mecánica', sino también el positivismo depurado de Bobbio. Esto resulta evidente, si se toma en cuenta que una visión 'avalorativa' del fe-

173. "Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia", cit., pp. 701-702.

174. Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", cit., p. 317. Para esta idea, *ibid,* pp. 317-318.

nómeno normativo en general (esto es, del mundo del *deber ser*) es, por decir lo menos, incompleta, porque le faltan las herramientas adecuadas para comprenderlo. Y lo anterior no cambia, por mucho que se señale que los valores introducidos por el juez al sistema deben pasar la llamada 'prueba de validez'.

6. LAS LAGUNAS DESDE LA ÓPTICA DE LA CIENCIA JURÍDICA

Según se ha dicho en más de una oportunidad, si bien el problema de las lagunas puede ser analizado desde la óptica de la Teoría general, parece imposible no enfocarlo también desde la perspectiva de la Jurisprudencia, en atención a que colinda de manera directísima con la interpretación jurídica. De ahí que se señalara al principio de este trabajo que las fronteras entre una y otra área del saber no siempre son nítidas, puesto que resulta evidente que lo que se concluya respecto de la labor interpretativa tendrá directa relación con el positivismo jurídico entendido como *teoría,* sobre todo respecto de la llamada 'jurisprudencia mecánica'.

Según se ha señalado, los trabajos relativos a la Ciencia jurídica constituyen un importante sector de la obra bobbiana, si bien la preeminencia la tiene la Teoría general. Aun cuando este tema tampoco puede ser abordado aquí, lo importante para estos efectos es que el pensador italiano se fue dando cuenta cada vez con mayor claridad de la importancia que los juicios de valor tienen en el proceso interpretativo[175]. Si bien se trata de un largo proceso, que va desde principios de los años 50 hasta mediados de los 60, resulta imposible no detenerse un momento en las reflexiones vertidas por él a propósito de un congreso realizado en Pavía en 1966: la *Tavola rotonda sul positivismo giuridico,* en que participaron destacados académicos italianos a fin de arribar a un concepto unitario de 'positivismo jurídico'[176]. De hecho, este encuentro

175. Sobre esto hemos tratado en Silva Abbott, Max, "Algunas consideraciones acerca de la evolución de la Ciencia jurídica en Bobbio", cit.

176. Las ponencias fueron publicadas en Il *Politico,* en el vol. XXXI (1966), pp. 222-238, 356-368; 539-570 y 812-829; y en el vol. XXXII (1967),

puede ser considerado un verdadero punto de inflexión en la obra jurídica bobbiana. También es necesario aludir a lo que expresa en dos artículos de esta época: "Ser y deber ser en la Ciencia jurídica" y en *Dalla struttura alla funzione*.

Aun cuando el análisis de este interesante congreso sobrepasa los límites de este trabajo, deben constatarse varias cosas. Tal vez la más importante para estos efectos es que Bobbio reconocerá que la distinción entre el Derecho que *es* y el que *debe ser* comienza a desdibujarse, como consecuencia del permanente cambio y evolución del mismo. Es decir, el sistema jurídico como conjunto de normas no permanece estático, sino que se encuentra en constante movimiento, no sólo gracias a la creación de nuevas normas, sino también por la mejor comprensión de la labor interpretativa, que las va *adaptando* a las distintas necesidades sociales. De este modo, el Derecho firme y el Derecho en formación resultan difíciles de separar. A esto se suma la crisis de las fuentes tradicionales del Derecho y la aparición de otras nuevas (o mejor dicho, la constatación de su real existencia), entre ellas la labor del juez. Es precisamente el juez quien "también sin saberlo, incluso en los sistemas en que su labor se encuentra más reglamentada, crea Derecho nuevo"[177] e introduce valores en el ordenamiento, contribuyendo en gran medida a su evolución y dinamismo. Consideraciones similares hace a propósito de los principios generales del Derecho, todo lo cual viene igualmente a alterar la tradicional teoría de las fuentes[178].

---

pp. 179-190. Las intervenciones de Bobbio se encuentran en el primero de estos volúmenes, en las pp. 363-365 y 565-570.

177. "Risposta di Norberto Bobbio", en *Il Politico* (1966), p. 567.

178. "[E]l positivismo jurídico comienza a entrar en crisis cuando se comienza a colocar entre las fuentes del Derecho [...] las intervenciones del juez creador. [...] [E]s siempre un juicio de valor —y no un procedimiento técnico— el que establece la regla jurídica." ("Intervento", en *Il Politico,* vol. XXXI (1966), p. 364).

También apunta a estas ideas en "Risposta di Norberto Bobbio", cit., p. 567. Sobre esta visión 'ingenua' del positivismo, cfr. D'Agostino, Francesco, *Filosofia del Diritto,* cit., p. 102.

De esta manera, este cúmulo de observaciones demuestra que el Derecho es en realidad un fenómeno bastante 'impredecible' y 'movedizo' —continúa Bobbio—, por lo que el enfoque anterior adolecía de cierta ingenuidad, no sólo por creer que las valoraciones podían quedar fuera de su estudio, sino además, por concebir al ordenamiento jurídico de una manera demasiado estática[179].

Incluso, Bobbio llegará a declarar que como movimiento científico, el positivismo jurídico habría sido condicionado históricamente, en particular por el valor de la *certeza,* elevado en el caso de la doctrina italiana, a un verdadero "principio tabú"[180]. Pero en realidad —advierte— se trata de un valor histórico y relativo. En consecuencia, el positivismo jurídico habría nacido no como una opción científica, sino como una *exigencia política,* que además abogaba (tal vez de manera inconsciente) por el mantenimiento del *status quo.* Mas, desde el instante en que se defiende el sistema existente —no importa cuál—, dicha actitud presupone considerarlo al menos implícitamente *bueno,* lo cual sólo puede obedecer a una opción ideológica. Este es el motivo por el cual termina arribándose a un auténtico *positivismo ideológico,* esto es, que el fenómeno jurídico, independientemente a su contenido, se considera *valioso* por el mero hecho de existir[181].

---

179. Cfr. "Risposta di Norberto Bobbio", cit., pp. 567-568.

180. *Ibid,* p. 568.

181. "No puedo esconderme a mí mismo que el *approach* científico característico del positivismo jurídico estaba ligado al valor de la certeza. Esto puede explicar que también como movimiento científico, el positivismo jurídico haya sido condicionado históricamente". (*Ibid,* p. 568). Para esta idea, *ibid,* pp. 568-570.

Son varios los autores que comentan estas reflexiones de Bobbio. Por citar sólo los más representativos, vid. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* cit., pp. 214-216 y 313-320; Id., "Bobbio y el positivismo jurídico italiano", en *CTD,* pp. 35-44; Barrère Unzueta, María Ángeles *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica,* cit., p. 246; Borsellino, Patrizia, *Norberto Bobbio metateorico del diritto,* cit., pp. 102-113; Id., *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982,* Milán, Giuffrè, 1983, p. 188; Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio, teorico dil diritto (II) 1961-1965", cit., pp. 538-539; Id., "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", en *Materiali per una*

De este modo, "de la mesa redonda del 66 y de esta ponencia del 67 [se refiere a «Ser y deber ser en la Ciencia jurídica»] surgía en la obra de Bobbio un serio reconocimiento de la insuficiencia científica del positivismo jurídico y una profunda revisión del carácter de la Ciencia jurídica"[182], conclusiones que también se hacían extensivas a la Teoría general. En principio, esto equivalía al fin de la tripartición del positivismo hecha por Bobbio (metodológico, teórico e ideológico), al haberse roto la 'comunicabilidad unilateral' entre ellas[183]. De hecho, no puede menos que llamar la atención el comentario final de su ponencia:

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

---

Storia della Cultura Giuridica, Bolonia, Il Mulino, vol. X (1980), p. 483; Pattaro, Enrico, "Per una mappa del sapere giuridico", en AA. VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, a cargo de Uberto Scarpelli, Milán, Comunità, 1983, pp. 275-379; Id., "Il positivismo giuridico italiano della rinascità alla crisi", en AA, VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cargo de Uberto Scarpelli, Milán, Comunità, 1976, pp. 465-469; Greppi, Andrea, "Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)", cit., pp. 548-549; Calsamiglia, Albert, "Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio", cit., p. 118.

182. Ruiz Miguel, Alfonso, "Bobbio y el positivismo jurídico italiano", en *CTD*, p. 39.

183. Cfr. *ibid*, pp. 39-40; Id., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 172-174.

positivismo ha muerto, viva el positivismo'. Me parece, en cambio, que nos iremos exclamando: 'El positivismo ha muerto, ¡viva el iusnaturalismo!'"[184].

Esto es lo que ha llevado a algunos autores a hablar a este respecto de un 'antes' y de un 'después' en la obra de Bobbio[185]. Con todo, de alguna u otra manera los efectos tan drásticos que a primera vista pudieran imputarse a este congreso fueron suavizándose con el tiempo, por lo que Bobbio nunca abandonó realmente la óptica normativista ni, en sus líneas generales, el enfoque propugnado por su positivismo jurídico[186].

Ahora bien a las consideraciones de la *Tavola*, deben agregarse otras vertidas en algunos trabajos de esta misma época.

Dentro de las materias que interesan para este trabajo, merece la pena indagar en lo que Bobbio entiende por 'ciencia normativa', cuestión nada trivial, si se considera que la Jurisprudencia trabaja con normas y se pretende una ciencia. En definitiva, considerará que debe entenderse por tal una ciencia que no sólo versa sobre normas e intenta 'describirlas', sino que fruto de su labor, acaba *poniendo, proponiendo* o incluso *imponiendo normas*. O dicho de otra manera, que como resultado de esta labor surgen, curiosamente, *otras proposiciones prescriptivas*, al mezclarse el lenguaje objeto de las normas estudiadas con el metalenguaje utilizado por el jurista. Esto significa —si cabe el término desde la óptica del positivismo— que se trata de una *ciencia prescriptiva*, que como tal, no sólo 'describe' su objeto, sino que *prescribe cómo debe ser, modificándolo en definitiva*. Como el resultado —el fruto de la interpretación— termina fusionándose, por así decir, con dicho objeto —las normas, que 'hablan' por medio del intérprete—, este objeto acaba sien-

---

184. "Risposta di Norberto Bobbio", cit., pp. 569-570.

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

186. Comenta esto, Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 99-101. Por eso concluye, igual que nosotros, que Bobbio seguiría siendo siempre, positivista, no iusnaturalista (cfr. *ibid*, pp. 370-371).

do modificado por el estudio del mismo, alterándolo a veces de manera considerable.

De esta manera, *se va más allá de la mera descripción,* límite que tradicionalmente no debiera traspasar la labor científica[187]. Surgen entre otras, dos consecuencias que vale la pena tener en cuenta: *a)* que queda en entredicho la supuesta neutralidad del científico; y *b)* que este objeto modificado por el jurista será posteriormente, otra vez objeto de estudio científico, produciéndose así una especie de 'retroalimentación' permanente entre objeto y método[188].

Por otro lado, un aspecto que no puede pasarse por alto es que Bobbio distinguirá entre *jurisprudencia* y *metajurisprudencia* y a su vez, en cada una entre *descriptiva* y *prescriptiva*. Al tradicional análisis de la labor del jurista, añade la del *análisis de dicho análisis*. Es lo que llama *metajurisprudencia,* entendida por ello como "la reflexión crítica en torno a la jurisprudencia"[189]. De este modo, señala que por regla general los estudios supuestamente 'científicos' sobre la Jurisprudencia no han reflejado lo que de hecho ocurre, sino que han *prescrito* lo que en su opinión *debía ocurrir,* de acuerdo a su modelo de ciencia particular y su intento de aplicarlo a la Jurisprudencia. No se ha tratado así de una metajurisprudencia descriptiva sino *prescriptiva,* dependiendo del papel que se le asigne a la jurisprudencia en el ordenamiento. En otras palabras, se llegaba a un *modelo ideal de jurisprudencia descriptiva* (o declarativa), fruto a su vez de una *metajurisprudencia prescriptiva*. El

187. Esta es una de las vigas maestras de la obra bobbiana, pese a las múltiples declaraciones en sentido contrario. A pesar de todas las 'impurezas' de la labor 'científica', en artículos bastante tardíos Bobbio continuará profesando el ideal de que "la tarea de la ciencia es describir, no prescribir" (entre otros muchos lugares, *CTD,* p. 248).

188. Cfr. *ibid,* pp. 201-203 y nota 7. También en "Scienza giuridica tra essere e dover essere", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* vol. XLV (1968), p. 475.

Comenta este pasaje Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", cit., pp. 483-484.

189. *CTD,* p. 204; "Scienza giuridica, tra essere e dover essere", cit., p. 475.

objeto era así deformado por un método prescriptivo, que como tal no decía lo que las cosas eran, sino lo que desde su perspectiva, *debían ser*[190]. De ahí que esta metajurisprudencia supuestamente descriptiva haya acabado *prescribiendo describir,* lo que si bien era explicado como el resultado de una Ciencia de Derecho que se pretendía neutral, era en realidad fruto de una metajurisprudencia ideologizada[191].

El problema surge en realidad, porque existe una total incompatibilidad entre *el dogma de la imparcialidad de la ciencia* (*Wertfreiheit*), según el cual una ciencia sólo describe y nunca prescribe, y la *función social de la Jurisprudencia,* que es —en el fondo— adaptar el ordenamiento a los nuevos tiempos, siguiendo dentro de lo posible las directrices del legislador. Además, debe tenerse en cuenta que el papel asignado a esta última en cada sociedad puede ser distinto, lo que trae como consecuencia que la respuesta a la pregunta por su función social, no sea del todo unívoca. En todo caso, si se pretende llegar a una metajurisprudencia realmente *descriptiva,* lo importante es destacar que no se da ni la absoluta imparcialidad de la ciencia —al hacerse siempre presente los valores—, ni la mera 'labor descriptiva' sino prescriptiva de la jurisprudencia[192].

De este modo, existe una íntima relación entre metajurisprudencia descriptiva, jurisprudencia prescriptiva y ciencia normativa.

Por tanto, concluye Bobbio que no sólo en *el objeto* —la Jurisprudencia— la labor del estudioso se encuentra surcada de valoraciones, pese a haber sostenido tradicionalmente lo contrario, sino que ni aún la

190. Para todo lo que se ha dicho, cfr. *CTD,* pp. 204-205 y 208. Debe tenerse en cuenta que también podría encasillarse dentro de esta metajurisprudencia los trabajos de Bobbio de 1950. La misma opinión en Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 295 y 304; Id., "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", cit., pp. 483-487.

191. Cfr. *CTD,* pp. 207-208. En una visión retrospectiva, dirá lo mismo en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen,* cit., pp. 9-10.

192. Por todo lo dicho, cfr. *CTD,* pp. 216-223.

Comenta este tema Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", cit., pp. 486-487.

metajurisprudencia se ve totalmente liberada de esta posibilidad. De esta manera, no sólo la Jurisprudencia puede tener injerencia (como de hecho tiene) en el ordenamiento jurídico, sino que incluso ella también puede verse influenciada a posteriori por el ideal de Jurisprudencia propugnado por la metajurisprudencia dominante. De esta manera, el ordenamiento puede ser, y de hecho acaba siendo influido por ambas: jurisprudencia y metajurisprudencia. Una razón más para dejar en claro que el estudio del fenómeno jurídico no es necesariamente neutral, sea cual sea el nivel desde el que se lo contemple[193].

En suma, que la Ciencia jurídica no es ni descriptiva ni prescriptiva, sino que se encuentra en un estatus intermedio, pues ejerce algún tipo de influencia en la vida social, aun cuando no tenga un carácter imperativo dentro de los ordenamientos jurídicos continentales[194]. Su función no se limita sólo a 'inventariar' las normas vigentes, sino que ejercita algún grado de presión social[195].

Es esto lo que lleva al pensador italiano a concluir que la Jurisprudencia es *eminentemente prescriptiva* (porque pretende influir en el comportamiento de los destinatarios de las normas jurídicas al atribuirles derechos y obligaciones), aunque *no necesariamente imperativa* (aquí pareciera referirse al grado de influencia en los fallos de los otros tribunales[196]). En todo caso, lo que resulta absolutamente claro es su no pertenencia al campo de lo meramente descriptivo, porque ejerce algún tipo de presión social. Mas, que su carácter prescriptivo no se identifique con lo imperativo, no significa que se trate de cualquier prescripción. Por eso agrega Bobbio que la Jurisprudencia no puede limitarse a un mero 'consejo', pues de ser así, no se explicarían los constantes cambios en los dictámenes de los tribunales que alteran una Jurisprudencia a veces consolidada por mucho tiempo[197].

Por último, no pueden dejar de mencionarse las sorprendentes declaraciones bobbianas respecto de la interpretación en general y del concepto de validez.

A este respecto, señala Bobbio que el juez no se limita sólo a hacer un análisis lógico del Derecho existente, sino que mediante las valoraciones que introduce, innova dentro del mismo[198]. 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. 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[199].

---

193. Cfr. "Scienza giuridica tra essere e dover essere", cit., pp. 484-486.

194. Salvo el que tenga respecto de las partes del juicio.

195. Cfr. *CTD,* pp. 221-223.

196. Todo lo que se ha dicho hasta aquí atenta, evidentemente, contra la certeza: si la jurisprudencia no sólo 'comenta' y 'conserva' el sistema jurídico, sino que también lo *modifica,* se ha pasado desde un concepto restringido de fuente del Derecho a uno más amplio, con lo que se desdibuja, entre otras cosas, el principio de la separación de poderes. Con todo, el papel productor de la Jurisprudencia se relaciona, además, a la imperatividad o grado de obligatoriedad de las normas producidas por un ente determinado en uso de sus facultades. De ahí que pueda preguntarse por el grado de imperatividad de las normas emanadas de la Jurisprudencia. Esto lleva a su vez, a la cuestión de hasta dónde se identifican 'fuente del Derecho' con 'imperatividad'. En todo caso, no queda del todo claro si esta 'imperatividad' a la que alude Bobbio se refiere al grado de obediencia que deben tener a los fallos los súbditos (esto resulta evidente, incluso para el positivismo tradicional) o —lo que parece más probable— a los otros tribunales, esto es, si los fallos constituyen, dentro del Derecho continental, una especie de 'precedente' judicial. (Cfr. *CTD,* pp. 220-221).

197. Cfr. "Scienza giuridica tra essere e dover essere", cit., p. 484. Coincidente con lo sostenido en "Comandi e consigli", cit., pp. 369-390, Bobbio no estima que los consejos —pese a su pertenencia al ámbito de lo prescriptivo— puedan ser admitidos dentro del campo de lo jurídico.

198. Cfr. *Dalla struttura alla funzione* [en adelante, *DSF*], Milán, Comunita, 1977, pp. 219-220, 224-228 y 242-244.

199. Cfr. *DSF,* pp. 255-258.
"Cuál sea el contenido variable de estos conceptos, el intérprete esté llamado

De este modo, la Jurisprudencia no sólo deja de ser neutral, sino además, el jurista tiene un *papel político* en la sociedad. Es un *creador del Derecho,* que para estar 'vivo', requiere ser interpretado (y aplicado), a la luz de la realidad social y las ideologías imperantes en un momento dado[200].

Por eso, *una norma sólo es eficaz en la medida en que sea interpretada* (podría agregarse: y *aplicada*). Es decir, una norma sólo forma *de hecho* parte del ordenamiento jurídico si y sólo si es interpretada (y aplicada) en conjunción con el sistema jurídico todo. El sistema se forma así no sólo a partir de las normas formalmente válidas, sino que *requiere de la interpretación:* el sistema es por tanto, *un resultado, un proceso continuado en el tiempo;* posee una dimensión *espacial* y otra *temporal,* de tal modo que interpretación y ordenamiento jurídico se funden y logran una continuidad[201].

Sin embargo, tal vez el aspecto más sorprendente de este artículo sea, como se ha adelantado, el relativo a la *validez* de una norma. En

---

a establecerlos de cuando en cuando, en el momento en que la norma abstracta, que contiene alguno 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.*" (*Ibid,* pp. 257-258. Las cursivas son nuestras).

200. Cfr. *ibid,* pp. 260-263 y 264-266.

201. Cfr. *ibid,* pp. 258-259.
"El ordenamiento jurídico, en otras palabras, en un proceso, un sistema en devenir, un todo móvil y movible 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." (*Ibid,* p. 259).

efecto, no sólo se reconoce la introducción de valores en la labor interpretativa, sino más profundamente, *en la determinación misma del objeto de análisis,* esto es, en las normas propiamente tales[202].

En efecto, si en el proceso interpretativo el juez tiene un papel activo al introducir valoraciones (al punto de ser, como se verá, una *fuente del Derecho*), resulta evidente que esta labor interpretativa también afectará al *juicio de validez,* esto es, la determinación de la existencia de una norma dentro del ordenamiento. Como la norma sólo 'existe', para efectos prácticos si es *interpretada,* en su 'descubrimiento intervienen juicios de valor, porque para 'descubrirla', hay que interpretar el ordenamiento vigente, y al interpretar, inevitablemente se valora. A fin de cuentas, las normas que establecen la validez de otras, son normas de estructura. Así, desde el momento en que "toda norma, sea estructural o material, implica una elección valorativa —en ocasiones de carácter ideológico— por parte de su emisor"[203] (como por ejemplo, las normas de producción jurídica, que fijan órganos y procedimientos; o las normas de interpretación, que se baten entre la certeza y la justicia), la indagación acerca de si una norma es o no válida, no se agota sólo acudiendo a elementos formales o 'estructurales' de las llamadas normas de estructura (como puede verse, aquí Bobbio utiliza el vocablo 'estructura' de dos modos diferentes), sino que también a su contenido[204].

Por igual motivo, también la eficacia acaba dependiendo en buena medida de la actividad del juez, como se ha mencionado. Dicho de otro modo: si la eficacia se obtiene gracias a la interpretación, con mayor razón la validez, porque por lo general, el juez tenderá a aplicar —hacer eficaces— normas válidas[205].

---

202. Sobre esto hemos tratado con mayor profundidad en Silva Abbott, Max, "¿Qué queda del concepto de validez jurídica?", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* vol. XX (2002), pp. 95-143.

203. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* cit., p. 157.

204. Cfr. *ibídem*.

205. De hecho, Bobbio no puede ser más claro a este respecto cuanto señala: "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 inter-

Lo anterior es de enorme importancia, porque la *validez* deja de ser, por así decirlo, algo 'inobjetable', un juicio 'de hecho' —con una evidencia casi mayor que el empirismo profesado por Bobbio—, y que como tal, espera ser 'descubierta' en virtud de esa misma evidencia. Muy por el contrario, *su propia existencia* se ve influida y en gran medida *determinada* por *criterios de valor*. De esta manera, el factor ideológico no sólo ha permeado la coraza de la *metodología* (esto es, *cómo* interpretar las normas), sino también al *objeto de estudio* de la Ciencia jurídica (la determinación misma de la *existencia de las normas* o validez), lo cual constituye un verdadero golpe al primitivo ideal de la ciencia.

Precisamente por eso el mismo Bobbio diría un poco más tarde que la validez "ya no es un dato a constatar, sino un problema a resolver"[206], al extremo de preguntarse "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"[207]. Esto significa que las normas no están 'listas para su uso', sino que el jurista las 'prepara' no sólo para su aplicación, sino —por decirlo de algún modo— para 'traerlas a la existencia'. De esta manera, la interpretación de la ley no es una operación pasiva ni del todo objetiva, sino una *manipulación* más o menos intensa de la misma. 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 a la lógica, contrariamente a lo tradicionalmente sostenido[208].

---

pretación que no obligue al intérprete a tomar posición frente a este o a aquella alternativa, y por consiguiente, a expresar una evaluación personal." (*DSF*, p. 257).

206. "Quale giustizia, quale lege, quale giudice?", en *Qualegiustizia*, vol. II N° 8 (1971), p. 269.

207. *Ibídem*.

208. Cfr. *ibid*, pp. 269-270. Comenta esto, Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", cit., pp. 485-489; y desde otra perspectiva más cercana a la Teoría general, Prieto Sanchís, Luis, "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", cit., pp. 106-107.

Todo esto es lo que ha llevado a señalar a algunos estudiosos de Bobbio que si las normas son instrumentos de trabajo que permiten al jurista conceptualizar derechos y deberes y *calificar* los comportamientos como obligatorios, prohibidos o permitidos, estos instrumentos terminan siendo, en realidad, fabricados por él. De esta manera, acaba teniendo una decidida intervención no sólo en su estudio, sino en su misma conformación, por lo que se convierte en una *fuente del Derecho*. Y lo mismo puede decirse el caso de una laguna o de una antinomia: ellas no están del todo 'ahí', esperando ser 'descubiertas', sino que en su 'hallazgo', existe no poca colaboración del jurista, luego de una interpretación *prima facie*. Si hay laguna, por ejemplo, es porque la norma real no calza exactamente con la norma ideal que el juez aplicaría en ese caso[209].

Por otro lado, el jurista, igual que cualquier otro investigador, se encuentra frente al problema de los llamados *hechos relevantes*. No todos los hechos —o las normas, en el caso del jurista— tienen la misma importancia, porque no todos sirven para el fin que se desea alcanzar. Por eso el jurista no se limita sólo a dar todos los posibles significados de una norma, sino que *opta* por alguno de ellos. Por consiguiente, surge el problema de saber sobre la base de qué criterios se determina dicha relevancia: habría así un fin implícito que determinaría esto último. Debe recordarse que para la concepción positivista de ciencia esto sería calificado de una intromisión ideológica. Por idénticas razones, en el caso de normas contradictorias, para evitar la contaminación de la pureza científica, el positivismo tradicional señalaba que el propio ordenamiento establece los criterios de solución (como por ejemplo, que la *lex specialis derogat generali*). Pero actualmente se reconoce que siempre intervienen elementos éticos en la decisión, no sólo cuando existe

---

209. Cfr. Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho: una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", cit., pp. 319-320; Comanducci, Paolo, "Sulle lacune: Note in margine a Bobbio", en AA. VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini*, vol. III, Turín, Giappichelli, 1989, pp. 211-212; Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 304-306.

una antinomia, sino también cuando no existe norma aplicable —una laguna—, y en general, siempre que se deba elegir una solución en vez de otra. Más aún —se podría agregar—, los valores sirven incluso para *darse cuenta* de la existencia de una antinomia o de una laguna. Y lo mismo puede decirse con respecto a la analogía, a la naturaleza de las cosas, o a la consideración de los llamados 'hechos intencionales' —que no pueden entenderse sin la intención que se tuvo—. Por último los valores influyen también al momento de intentar superar las imprecisiones propias del lenguaje. En suma, lo que Bobbio busca demostrar es que dentro de todo el proceso interpretativo los valores penetran por doquier, pues constantemente se encuentra el jurista con la necesidad de hacer elecciones valorativas. Se rompe así el mito y la seguridad de la llamada 'jurisprudencia mecánica' y cae el ideal de avalatividad de la Ciencia jurídica postulado por el positivismo jurídico. O dicho de otro modo: se llega a la conclusión que el discurso del jurista se compone de *aserciones y de prescripciones,* y no sólo de las primeras, como tradicionalmente se había creído. Habría así un campo de arbitrio, no sometible a verificación, con lo cual además, se da un duro golpe al ideal de la certeza[210].

---

210. Cfr. *CTD,* pp. 217-219; "Scienza giuridica tra essere e dover essere", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* Milán, Giuffrè, vol. XLV (1968), pp. 479-482; *Diritto e potere. Saggi su Kelsen,* cit., pp. 187-189; *GPG,* pp. 33-35 y 68-73; *DSF,* pp. 255-259 y 264-266.

"En todos estos casos, y en otros que se podrían enumerar, el jurista no se encuentra en condiciones de formular aserciones, esto es, *proposiciones factual o lógicamente verificables.* Procede a la solución del problema, a través de *juicios de oportunidad o de conveniencia,* esto es, por medio de juicios que, teniendo en cuenta la mayor o menor conformidad del medio al fin, *permiten elegir entre las varias soluciones posibles,* la más conforme a ese fin, o bien *aquella que mejor permita alcanzar los valores que presiden al sistema.* Mas ¿cuáles son estos valores y cómo vienen determinados? Todo sistema comprende además de las normas que regulan este o aquel instituto particular, normas explícitas o implícitas, de las cuales se pueden extraer los valores inspiradores del sistema. Son los llamados principios generales de Derecho. Se tiene siempre en cuenta la importancia de los principios generales de Derecho en la labor de la jurisprudencia, pero no en cuanto a lo que ellos representan, como se cree, esto es, la cúspide que cierra el sistema, sino en cuanto que debido a su extrema generalidad permiten, y por consiguiente legitiman, soluciones opuestas y en un cierto sentido, protegen la elección discrecional del intérprete. Esto, sin contar que en todo sistema existen valores últimos y por consiguiente principios generales incompatibles, como los de la libertad y del orden público, que no pueden ser actualizados a la vez, y entre los cuales debe realizarse o una elección o un compromiso, pero en todo caso, una operación en la cual resulta decisivo el sistema moral o político del intérprete". ("Scienza giuridica tra essere e dover essere", cit., p. 482. Cursivas nuestras). Ideas similares también en "Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia", cit., cols. 695 y 700-702.

Comentan esto, Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", cit., pp. 483 y ss.; Pattaro, Enrico, "Per una mappa del sapere giuridico", cit., pp. 267-270. Desde otro punto de vista, Viola, Francesco, "Filosofia analitica, filosofia ermeneutica e conoscenza del diritto", en AA. VV., *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta,* a cargo de Francesco D'Agostino, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 337-338 y 342-343.

Por último, existe un problema que sólo puede dejarse planteado y que Bobbio no alcanza a vislumbrar: el de las *normas eficaces pero inválidas.* Dado que las normas sólo 'viven' gracias al juez, es perfectamente posible que una norma incompatible con sus superiores sea, no obstante, aplicada por éste. De este modo, es dable en los hechos que existan reglas formalmente válidas ('existentes') pero materialmente inválidas ('ilícitas') o incluso formalmente inválidas ('inexistentes') que, no obstante, *sí se aplican,* lo cual no puede menos que llamar la atención. Evidentemente el segundo caso es más grave que el primero; mal que mal, una norma ilícita (materialmente inválida) ya existe (es formalmente válida), lo cual demostraría desde cierta perspectiva, que la *eficacia tendría más importancia que la validez.* Incluso más: si se compara lo que ocurre ante una *antinomia* con lo que sucede en el caso de una *laguna,* en el primer evento se 'quita' una norma formalmente válida pero inválida materialmente, y en el segundo se 'agrega' una norma formalmente inválida pero materialmente válida. Como puede verse, aquí nuevamente la validez formal termina siendo eclipsada por la eficacia, y en último término, todo dependería de una cuestión de fuerza, de coacción[211].

---

211. Por todo lo dicho, cfr. Prieto Sanchís, 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; Guastini, Riccardo, "Introducción a la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", cit., pp. 89-90; Id., "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 346-349.

Todo esto viene a reforzar más aún el papel insoslayable del juez en la determinación de la validez de las norma. En efecto, si puede 'crear' Derecho haciendo eficaces normas inválidas, con mayor razón tendrá injerencia en la determinación de la validez (no sólo formal, sino también material) de las normas existentes en el sistema[212].

7. CONCLUSIÓN: LAGUNAS, INTERPRETACIÓN Y VALORES

Como puede apreciarse, sea desde la perspectiva de la Ciencia jurídica o de la Teoría general, el tratamiento de las lagunas en la obra de Bobbio parece depender en buena medida de la necesaria consideración del ordenamiento jurídico como un 'sistema', aun cuando se requiera elaborar una noción más 'laxa' del mismo para explicar esta auténtica 'patología' del mismo.

En efecto, sólo teniendo en cuenta este dato es posible entender la visión que se tiene de este fenómeno, puesto que desde las premisas bobbianas, ni la existencia de las lagunas, ni su colmación, ni tampoco el principio de inexcusabilidad, pueden justificarse 'racionalmente' acudiendo a criterios de valor, esto es, señalando que se trata de una situación 'injusta' que debe solucionarse por razones de equidad, por ejemplo, dado el no cognitivismo ético que se encuentra en su base.

Sin embargo, el elemento material o *lo regulado* por las normas jurídicas aparece como un dato imposible de eludir, pese a la insistencia en el enfoque avalorativo de sus aspectos estructurales. En realidad, es la única manera de identificar las lagunas (y las antinomias) dentro de un ordenamiento que se pretende sistemático, según se ha señalado, y de manera más profunda, sin este enfoque sería imposible propiamente hablar de 'sistema'. Por eso su visión es mucho más 'estática' de lo que él mismo señala, lo cual significa que los valores constituyen una realidad insoslayable del fenómeno jurídico[213].

212. En parte apunta a lo mismo, a propósito de las antinomias y de las lagunas, Guastini, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I), 1949-1960", cit., pp. 346-349.

213. En parte comparte nuestro parecer, Greppi, Andrea, "Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)", cit., p. 563.

Tal vez sea en el campo de la interpretación donde la importancia ineludible del elemento 'estático' se muestra más nítida, por el reconocimiento de la inevitable intromisión de juicios de valor en la labor del jurista. De hecho, a tal punto resulta importante, que las normas acaban perdiendo incluso esa 'objetividad' que el positivismo tradicional ha intentado encontrar en el concepto de validez, por la intromisión de esos mismos juicios de valor que intenta dejar de lado. De este modo, la supuesta diferencia entre validez y valor acaba difuminándose, porque en último término, los valores condicionan la misma existencia de una norma dentro del ordenamiento, o si se prefiere, puesto que ellas son más 'un problema a resolver que un dato a constatar', la validez deja de ser considerada un mero juicio 'de hecho'.

Ahora, si se mira con atención, esto es lo mismo que ocurre en el caso de las lagunas, pero en un sentido inverso. Es decir, tanto para la determinación de la *existencia de una norma* (validez formal y material) como de su *inexistencia* (laguna), *se requiere de la interpretación*. Por lo mismo, esto se vincula con el problema de las normas *eficaces pero inválidas,* puesto que el intérprete determina la 'vida' del Derecho (su eficacia). Por eso, en el sentido propio de la palabra, el juez es sin duda una *fuente del Derecho,* que incluso puede *abrogar* normas formalmente válidas pero materialmente inválidas (como en las antinomias) o *agregar* —o si se prefiere, *crear*— una norma formalmente inválida y materialmente válida (esto es, hacer eficaz una norma, haciéndola pasar por jurídica) como en las lagunas. De ahí que pueda concluirse que *sin interpretación no hay Derecho*[214].

Sin embargo, este reconocimiento no cambia las cosas en cuanto a la actitud de Bobbio hacia los valores, en atención a que subsiste el no cognitivismo ético. Esto es fundamental, porque pese a reconocerse que la Jurisprudencia es una 'ciencia normativa', que la metajurisprudencia ha sido por regla general prescriptiva y que la jurisprudencia no es meramente descriptiva, el modo de enfrentar estas conclusiones varía radicalmente dependiendo de si los valores son o no tenidos por racionales. Es esto lo que explica por qué Bobbio intenta legitimar o justificar la

214. A una conclusión similar llega Comanducci, Paolo, "Sulle lacune: Note in margine a Bobbio", cit., pp. 207-213.

intromisión de valores tanto en la interpretación en general como respecto del problema de las lagunas en particular (desde la óptica de la Teoría general y de la Ciencia jurídica), mediante la llamada 'prueba de validez'. Solo lo anterior explica la insistencia en tal sentido.

Como se recordará, para determinar la juridicidad de una norma, para Bobbio es imprescindible *su pertenencia al sistema jurídico*, sea de manera directa (al ser creada de acuerdo a las normas de estructura de dicho ordenamiento) o indirecta (por medio del reconocimiento de otras instancias normativas)[215]. O como dice textualmente,

> 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*[216].

De este modo, es el criterio de *pertenencia al ordenamiento* como elemento juridizador lo que le permite a Bobbio legitimar las restantes fuentes de producción jurídica y la introducción de elementos extrasistémicos, incluidos los valores. De ahí que este pluralismo de fuentes sea más aparente que real, porque de alguna u otra manera se sigue exigiendo la correspondiente *calificación normativa* (la 'prueba de validez') como requisito *sine qua non*, aun cuando esto traiga algunos pro-

---

215. También este es otro tema constantemente traído a colación por Bobbio. Cfr. *TGD*, pp. 95, 130, 144 y 181; *CTD*, pp. 252 y 344-346; *CDG*, p. 290; *GPG*, p. 26.

216. *TGD*, p. 130. Cursivas nuestras.

Una idea similar expresa al señalar que "La ventaja de establecer las características del ordenamiento jurídico en su conjunto, en lugar de la de la norma en particular, está en que después de haber establecido las características del ordenamiento jurídico en su conjunto, para establecer si una determinada norma es o no es una norma jurídica basta demostrar su pertenencia al sistema mediante el llamado *criterio de validez*. En otras palabras, una vez fijado un criterio para distinguir un ordenamiento jurídico de los demás ordenamientos no jurídicos, las normas particulares, para ser consideradas jurídicas, no precisan más requisito que el de pertenecer al sistema." (*CTD*, p. 345, cursivas nuestras).

blemas en relación con la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. Como evidentemente no puede ser cualquiera la norma calificadora (no puede ser una norma consuetudinaria, por ejemplo), de alguna u otra forma Bobbio desemboca siempre en el *estatalismo*. Esto significa que *directa o indirectamente la última palabra en cuanto a la calificación jurídica la sigue teniendo una norma emanada del poder central*, que será la encargada de incorporar al 'sistema' otras manifestaciones evidentes del fenómeno jurídico, tales como la autonomía privada, la costumbre, el Derecho internacional o la introducción de valoraciones por parte del juez[217].

Lo mismo ocurre con los mecanismos necesarios para superar una laguna (y de las antinomias): pese a sus orígenes extrasistémicos, para Bobbio los principios generales parecieran obtener validez —y eficacia— *sólo por vía de interpretación judicial*, motivo por el cual siempre debe existir una voluntad autorizada para darle vida. En consecuencia,

---

217. Cfr. entre otros muchos lugares, *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 27-31; *SSTGD*, pp. 14, 16, 20 54-55 y 57-58; *TGD*, pp. 20-23, 82, 111-112, 239 y 253-256; *CTD*, pp. 145-146; *GPG*, pp. 23-24, 26 y 31-33; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 773.

Este estatalismo mitigado o camuflado pareciera obedecer, como se ha visto, a la encrucijada en la que se encontraba el positivismo jurídico a mediados del siglo XX. De alguna u otra manera, era mal visto un reconocimiento directo del estatalismo. Por eso señala Bobbio que "[L]o que está en crisis no es el positivismo, si por positivismo entendemos la doctrina que no reconoce otro Derecho que el Derecho positivo, sino su expresión más estrecha, la estatalista; y esta crisis no viene dada por la reafirmación del Derecho natural, sino por el descubrimiento y la indagación de otros ordenamientos positivos diversos del estatal. Sin embargo, esta forma más atenuada de antipositivismo, que pone junto al Derecho positivo no ya al Derecho natural sino al Derecho espontáneo, ha suscitado ciertas reacciones, en nombre de la unidad del sistema jurídico y de la distinción entre Derecho y hecho, es decir, en nombre de los principios fundamentales del positivismo jurídico en sentido tradicional." (*GPG*, p. 33).

Opina en igual sentido, Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 271-272. De ahí que declare a este respecto que "A pesar de sus declaraciones de principios antiestatalistas y antilegalistas, el concepto latente que ha tendido a manejar ha sido el positivista tradicional que ve al Derecho como un producto de la maquinaria estatal, por cuyo conducto principal, sea el parlamento o el gobierno, parece que se fabrican sobre todo leyes" (*ibid*, p. 271).

esta 'ventana' al mundo exterior que son los principios generales y la labor del juez, no rompe por completo la estructura monolítica y autosuficiente del ordenamiento jurídico, puesto que como se ha dicho, la clave se encuentra en la noción de *fuente formal*. Y lo mismo puede decirse respecto de la analogía y los valores que pudieran incluirse en ella, porque para Bobbio es fundamental que el juez se encuentre autorizado para proceder en tal sentido por normas de estructura del ordenamiento[218].

En realidad, Bobbio no pareciera ver las reales dimensiones del reconocimiento de la introducción de juicios de valor en la interpretación (y en el fenómeno jurídico en general), puesto que esto cambia por completo su naturaleza. O si se prefiere, con esto el problema de fondo (comprender el tipo de razonamiento propio de la labor interpretativa y en último término, la verdadera naturaleza del fenómeno jurídico) no termina, sino que recién comienza. En efecto, es bien distinto intentar legitimar la entrada de valores al ordenamiento, que comprender a cabalidad su naturaleza, propia del mundo de la razón práctica.

Dicho de otro modo: llama la atención que el aspecto valorativo sea dejado de lado, lo cual resulta particularmente grave si se considera que va ganando cada vez más terreno la toma de conciencia respecto del papel fundamental que tiene el juez ya sea en la determinación de la *existencia* (validez formal y material) como la *inexistencia* (lagunas y antinomias) de las normas jurídicas. Vistas así las cosas, parece casi absurdo preocuparse tanto por la llamada 'prueba de validez', si se deja este punto (el tipo de razonamiento que utiliza el juez) a la deriva[219].

---

218. Comenta esto, Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", cit., p. 303 nota 96.

219. Comenta esto, entre otros muchos, Ollero Tassara, Andrés, "La eterna rutina del positivismo jurídico", cit., p. 260.

Por eso se apuntaba más arriba que de una norma pueden inducirse varios principios, en este razonamiento no 'limpio' en virtud de acudir a la discrecionalidad (cfr. Borsellino, Patrizia, "La analogía en la lógica del Derecho. Una contribución de Norberto Bobbio a la metodología jurídica", cit., p. 316).

Por eso puede decirse que respecto de este problema, Bobbio permanece, por así decir, en la superficie de la cuestión, sin llegar a comprenderla del todo. La causa radica, como se ha mencionado, en el no cognitivismo ético, puesto que parece imposible comprender el mundo de las valoraciones desde una perspectiva 'científica', porque siguen siendo 'cuerpos extraños' para la epistemología positivista.

Es por eso que se echa en menos una alusión a los criterios en virtud de los cuales es posible identificar una laguna (y una antinomia[220]) así como sus criterios de solución (principios generales y analogía), para lo cual resulta fundamental la noción de *semejanza* y *relevancia,* sin perjuicio de que todo esto obliga a acudir inevitablemente a criterios 'estáticos'. De ahí que sea posible hablar de una auténtica *'laguna de criterios'* a este respecto.

Con todo, habría que preguntarse si estas valoraciones y elementos extrasistémicos son incorporados por el juez al ordenamiento sólo porque éste lo autoriza, o por el contrario, se trata de un fenómeno inevitable. En realidad, pareciera ser esto último, porque es poco probable que el ordenamiento jurídico y la interpretación funcionen de otro modo, lo cual significa ser consecuentes con una metajurisprudencia auténticamente descriptiva y reconocer un límite al normativismo.

Todo esto significa que pese a sus dichos en sentido contrario, el positivismo *teórico* propugnado por Bobbio no ha sufrido tantas modificaciones como él mismo señala, sino que sólo ha sido replanteado; o si se prefiere, que sus renuncias han sido bastante menores que las explicitadas. Aun cuando se trata de un tema más amplio, en lo que respecta al tema de las lagunas, se puede concluir lo siguiente:

a) Como se ha dicho, por mucha delegación de poderes que exista al interior del ordenamiento e incluso se reconozca la intromisión de elementos extrasistémicos y de valores, es la ley la que establece los *criterios de pertenencia* al mismo mediante la 'prueba de validez', en últi-

---

220. Cfr. Greppi, Andrea, "Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)", cit., pp. 564-565; Prieto Sanchís, Luis, "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", cit., p. 107.

ma instancia. En este sentido, podría decirse sin temor a exagerar, que la validez *valida* todo, *legitima cualquier institución de producción jurídica.* Esta insistencia no es explicable, empero, sin tomar en cuenta los atributos o 'dogmas' del ordenamiento jurídico.

b) En cuanto a la *unidad,* ella es presupuesta desde el momento en que se habla del ordenamiento jurídico como un *sistema,* aun a costa de rebajar su sentido y depender en buena medida de elementos 'estáticos'. Esta concepción del ordenamiento en clave sistemática es fundamental, porque el posterior tratamiento de la coherencia y la plenitud no tendrían sentido sin ella. Por eso pareciera que la unidad o sistematicidad (que vienen a ser lo mismo) es un atributo esencial e insoslayable del ordenamiento para el positivismo jurídico.

Esta imposibilidad de contemplar al ordenamiento desde una perspectiva que no sea sistemática, no obedece sólo a razones de mero 'orden' del material normativo, ni mucho menos es un reflejo de lo que el Derecho simplemente *es.* A decir verdad, esto no pareciera poder explicarse sin tener en cuenta a la *voluntad soberana* que da origen a toda la concatenación de partes en que se divide el positivismo *teórico.* En efecto, como resulta evidente, esta voluntad no puede admitir otras que la pongan en peligro, razón por la cual la 'unidad' obliga a la 'domesticación' de cualquier otra fuente del Derecho, sea mediante su 'creación' o su 'legitimación' por parte de la ley gracias a la 'prueba de validez'. De ahí que sea imprescindible la existencia de un aparato coactivo eficaz[221].

De este modo, los cuatro primeros elementos del positivismo teórico (voluntarismo, imperativismo, normativismo y legalismo) se explican en buena medida por la consideración a priori del ordenamiento jurídico como una unidad o sistema.

c) En cuanto a las *plenitud,* si bien se reconoce que el ordenamiento tiene lagunas, tanto los mecanismos necesarios para su superación como la introducción de los valores que esto lleva consigo se encuentran autorizados previamente por el sistema (y lo mismo puede decirse respecto de las antinomias). Con todo, esto revela el papel cada vez menos 'controlable' del juez, quien no sólo tiene una injerencia fundamental en la *existencia* misma de las normas, sino también en su *no-existencia* (al determinar la presencia de una laguna o de una antinomia), y que incluso puede *introducir normas nuevas,* formalmente inválidas pero materialmente válidas. Es por eso que la *eficacia* se revela como un atributo esencial no sólo para la existencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, como se ha sostenido tradicionalmente, sino también para la de cada norma en particular. Todo esto hace necesario, como se ha dicho, apoyarse en un aparato coactivo, lo cual explica por qué la fuerza tiene un papel fundamental e insoslayable en esta concepción del Derecho.

d) Por tanto, la clave pareciera radicar en el *voluntarismo* como origen último del fenómeno jurídico, porque al ser el Derecho una creación *artificial* del hombre, debe tener la máxima autonomía posible. Todo esto se encuentra íntimamente vinculado al *no cognitivismo ético,* puesto que al no reconocerle a los valores una racionalidad ínsita, ellos no imponen ningún límite a dicha voluntad. De ahí que el legalismo sea irrenunciable, porque todo requiere de la calificación jurídica (la 'prueba de validez'), al no existir hechos jurídicos 'de suyo': todo debe *emanar* o *ser reconocido* por ella, por ser fruto de un poder exclusivo y excluyente, apoyado en un aparato coactivo eficaz.

e) Por igual motivo, el abandono de la 'jurisprudencia mecánica' hecho por Bobbio es bastante más aparente que real, pese a reconocer la intromisión de valores en su labor.

En efecto, la 'jurisprudencia mecánica' pareciera apuntar a dos ideas íntimamente relacionadas pero distinguibles: *a)* el *apego del juez a estrictas reglas* en su labor interpretativa (lo cual incluye el tratamiento de lagunas y antinomias); y *b)* la *no introducción de material normativo nuevo* o lo que es igual, no ser una fuente (formal) del Derecho.

Ahora bien, dado que se reconoce la intromisión de valores en la labor jurisprudencial, no cabe duda esta última idea debiera ser abandonada por completo, y la primera, sufrir una merma considerable. De este modo, puede concluirse que desde la perspectiva de Bobbio, el juez

221. Todo esto se relaciona además, con la alusión o para otros, necesidad, de la norma hipotética fundamental y del poder soberano, aspectos que no pueden ser tratados aquí. Sobre esto hemos tratado 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.

introduce juicios de valor e influye en el Derecho vigente, creando Derecho nuevo, pero sigue teniendo reglas bastante detalladas para su labor, aunque 'suavizadas' por este fenómeno.

Sin embargo, si se mira con más atención, aún siendo importante, la constatación de la introducción de valoraciones es un hecho apenas 'reconocido' como tal. La razón pareciera estribar en el no cognitivismo ético propugnado por el positivismo bobbiano, que le impide asimilarlo racionalmente. Es decir, Bobbio se limita sólo a dejar constancia de este fenómeno, pero no parece preocuparse mucho por explicarlo a fondo. Lo anterior resulta curioso, como se ha dicho, porque los valores acaban influyendo incluso en la propia validez de las normas jurídicas, sin perjuicio de que también son estas mismas valoraciones las que hacen primar la eficacia por sobre la validez *en cada norma* y no sólo en el ordenamiento en su conjunto.

Para entender lo anterior, es necesario indagar en el ideal de mero 'declarador' del intérprete propugnado por la 'jurisprudencia mecánica', que en teoría debiera haber sido abandonado por completo. Pese a que se dice que el juez es una fuente del Derecho, dado que en su labor intervienen esas mismas valoraciones que resultan ininteligibles para el positivismo, en vez de procurar comprenderlas, Bobbio intenta tolerarlas lo mejor que pueda desde su perspectiva. Para ello, insiste en dotar a la Jurisprudencia de reglas en principio 'objetivas', esto es, que no acudan a su vez a juicios de valor. Esta aparente contradicción (seguir insistiendo en la existencia de reglas estrictas, pese a reconocer la presencia de valoraciones y la calidad de fuente del Derecho del juez) resulta perfectamente explicable, precisamente por el no cognitivismo ético. En efecto, desde el momento en que los valores son un dato que no puede ser comprendido, parece lógico que se intente al menos limitar sus efectos 'desorientadores', sujetando su recepción por parte del ordenamiento a estrictas reglas, lo que se ha llamado 'prueba de validez'. De esta manera, se pretende al menos aminorar la incertidumbre que significa este fenómeno desde la perspectiva del positivismo jurídico.

Por eso se ha dicho más arriba que el positivismo de Bobbio sólo 'constata' este hecho, pero no hace nada por comprenderlo. Resulta evidente que por mucho que intente apegarse a reglas 'objetivas' que 'legitimen' la entrada de valoraciones al ordenamiento o 'autoricen' al juez para ser fuente del Derecho, dicho apego tiene cada vez menor sentido, no sólo porque la introducción (y emisión) de valoraciones hace mudar completamente la propia naturaleza de la labor interpretativa, según se ha visto, sino además, porque se quiera o no, estas mismas valoraciones terminan influyendo de manera esencial precisamente en esas mismas reglas 'objetivas' en las que el positivismo jurídico ha puesto toda su confianza.

En conclusión, puede decirse que Bobbio acaba abandonando parcialmente la 'jurisprudencia mecánica' en un sentido, pero no en el otro. La abandona a medias —y tal vez a regañadientes— en cuanto reconoce la calidad de fuente del Derecho del juez, pero permanece fiel a ella hasta donde le es posible en cuanto a sus reglas 'objetivas', en particular a la llamada 'prueba de validez'. Y existe este abandono 'a medias' en el primer sentido, precisamente porque intenta controlar y prever esta nueva fuente del Derecho, acudiendo al apego a reglas estrictas, fundamentalmente por razones de certeza.

f) Con todo, debe insistirse que la apelación constante y casi desesperada al concepto de validez, pese a su enorme carga valorativa que ella lleva consigo, radica en el fondo, por seguir considerándola como un juicio de hecho, sin darse cuenta que la diferencia entre validez y valor tiende a difuminarse.

Por tanto, todo esto pareciera demostrar que el positivismo bobbiano sigue empeñado en estudiar el fenómeno jurídico acudiendo sólo a instrumentos *descriptivos,* pretendiendo que con ellos bastara para explicar el mundo de la libertad humana. No desconoce la existencia de los aspectos *valorativos,* pero no tiene herramientas (ni las busca tampoco) para intentar explicarlos a cabalidad. Percibe la incapacidad de 'digerir' estos elementos, pero ello no lo lleva a revisar la metodología empleada. Al contrario, permanentemente intenta justificar la intromisión de valores haciéndolos depender de algún elemento 'objetivo' que les den legitimidad.

En consecuencia, al menos en parte pareciera ser cierto que la 'prueba de validez' obedecería a la aspiración de *mantener el poder establecido,* esto es, el *statu quo,* manifestado por medio del ideal de la *certeza,* como señalaba Bobbio en la *Tavola rotonda*, lo cual hace sospechar

una cierta *voluntad de poder* que existiría detrás de esta concepción del fenómeno jurídico[222]. Entre otras cosas, esto se demuestra, además, porque no existe ninguna necesidad lógica (ni menos de justicia) desde el punto vista de la concepción sistemática del ordenamiento jurídico manejada por Bobbio, para exigir el principio de inexcusabilidad[223].

* * *

222. Cfr. Ollero Tassara, Andrés, "La eterna rutina del positivismo jurídico", cit., pp. 259-260.

223 Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* cit., p. 251.

LA FILOSOFÍA DE "LO JUSTO" DE PAUL RICOEUR, EL DECRETO LEY DE AMNISTÍA Y PROCESOS SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

JAIME IVÁN SALAS ASTRAIN *

I

Estas líneas intentan abordar la influencia de la tríada "política-ética-derecho" en el acto de juzgar y cómo tales factores han de ser estimados indisolubles al momento de interpretar las normas aplicables al caso concreto, teniendo como fin último, la resolución del conflicto social en el contexto de un Estado Democrático de Derecho. Se analizará, especialmente, la interpretación de Ricoeur de la contribución de John Rawls en su *Teoría de la Justicia*, para proponer una solución jurídica que respete los parámetros básicos de un procedimiento contractualista equitativo que se plantee como una salida válida, en sí misma, comprensiva, no obstante, de los intereses de las víctimas y victimarios en vistas a los intereses superiores del Estado y de una visión del ser humano.

* Jaime Iván Salas Astrain: Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado. Egresado del Tercer Programa de Formación de la Academia Judicial de Chile. Juez del 15° Juzgado de Garantía de Santiago de Chile.