



Papeles el tiempo de los derechos

“La concepción del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio”

Patricia Cuenca Gómez

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Bobbio, teoría del Ordenamiento, interpretación.

Número: 2

Año: 2010

La concepción del Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio¹

Patricia Cuenca Gómez

Quisiera comenzar señalando, al igual que han hecho otros profesores en este Seminario, la importancia que Norberto Bobbio ha tenido en mi formación iusfilosófica.

Dado que mis primeras incursiones en la Filosofía del Derecho se han desarrollado en el campo de la Teoría del Derecho y, en concreto, en el ámbito del estudio de la idea de sistema jurídico es esa faceta de la obra de Bobbio la que más ha influido en mi propio pensamiento². Por esta razón, mi intervención se centrará en el análisis de la teoría del ordenamiento propuesta por el autor. Una exposición completa de todos los aspectos y de la evolución de la concepción bobbiana del Ordenamiento, supondría exceder con mucho el tiempo del que dispongo.

Me limitaré, por tanto, a realizar algunas reflexiones generales que tendrán como objetivos: 1. Resaltar las principales aportaciones de esta teoría 2. Contribuir a aclarar algunos de sus elementos y 3. Subrayar lo que, a mi juicio, constituyen algunas insuficiencias.

1. La importancia de la Teoría del Ordenamiento.

Una de las contribuciones más relevantes de la Teoría del Derecho de Norberto Bobbio consiste, precisamente, en la reivindicación de la importancia de la idea de ordenamiento en la comprensión del fenómeno jurídico.

Suele señalarse que un rasgo que caracteriza al positivismo jurídico contemporáneo frente al positivismo tradicional radica en el paso desde una “gravitación fundamental” sobre el punto de vista de la norma, hasta una gravitación sobre el punto de vista del Ordenamiento en su conjunto³.

¹ Comunicación presentada en el Seminario internacional “La Figura y el pensamiento de Norberto Bobbio” celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2009. Para su realización me he beneficiado de una ayuda del programa consolidar para realizar una estancia de investigación en la Universidad de Turín, durante los meses de octubre a diciembre a 2009.

² Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008. Esta obra contiene las principales conclusiones de mi tesis doctoral. Con esta investigación obtuve, precisamente, el premio Norberto Bobbio convocado por la Fundación Rosselli a la mejor Tesis Doctoral en el ámbito de las Ciencias jurídicas de 2006.

³ PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 4ª reimp., 1993, p. 108 y RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 221.

Aunque suele considerarse con razón – y así lo hace también Bobbio – a Kelsen como el iniciador de este cambio de gravitación⁴, creo que no se ha resaltado de manera suficiente que es el propio Bobbio el primer autor que extrae de dicho cambio todas sus consecuencias especialmente en lo que se refiere a la determinación del concepto de Derecho y a la identificación de las normas jurídicas válidas. En efecto, si bien Kelsen concede una importancia central a la idea de sistema jurídico⁵, termina apelando al carácter coactivo, predicado de cada norma individualmente considerada, y no decididamente a la pertenencia de las mismas al Ordenamiento, como elemento definitorio de su juridicidad. Y, precisamente es Bobbio, como indica Guastini⁶, quien por primera vez, “invierte”, ya sin titubeos, el problema tradicional de la identificación del Derecho. Este es uno de los puntos en los que el pensamiento de Bobbio supera la aproximación kelseniana.

En su curso de 1960 sobre la Teoría del Ordenamiento jurídico sostiene Bobbio: “*aquello que nosotros denominamos generalmente Derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos más que de ciertas normas*”, de manera que “*para definir una norma jurídica bastará decir que la norma jurídica es aquella que pertenece a un ordenamiento jurídico y de esta forma el problema de determinar qué significa “jurídico” se desplaza de la norma al ordenamiento*”⁷. Problema que Bobbio resuelve apelando a la coacción organizada como rasgo que caracteriza no a cada norma, como afirmaba Kelsen, sino al Ordenamiento globalmente considerado.

En lo que sigue analizaré la concreta concepción del Ordenamiento jurídico que maneja Norberto Bobbio centrándome en la caracterización de las exigencias de unidad, coherencia y plenitud. Según Bobbio, abordar el estudio de la estructura del Ordenamiento jurídico implica seguir la dirección marcada por la investigación kelseniana. Pero matiza “no se trata de aceptar todas las soluciones de Kelsen, sino de continuar la obra”⁸.

2. La unidad, la coherencia y la plenitud del Ordenamiento jurídico

⁴ BOBBIO, N., “Estructura y función en la Teoría del Derecho de Kelsen” en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 235-254, p. 245.

⁵ Vid. por ejemplo, KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1995, p. 3.

⁶ GUASTINI, R., *Distintiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 69.

⁷ BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giapichelli, 1960. Esta obra junto con el curso *Teoria della norma giuridica*, Giapichelli, Torino, 1958, fueron traducidos por E. Rozo al castellano en BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991 por donde citaré en lo sucesivo.

⁸ BOBBIO, N., “La filosofia del diritto e i suoi problema” en BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e Positivismo*, Comunità, Milano, 4.^a ed., 1984, pp. 53-73, p. 72.

A la hora de exponer la concepción de Bobbio en torno al problema de la unidad del Ordenamiento jurídico, puede resultar útil diferenciar dos puntos de vista: un punto de vista interno – que tiene su límite en la norma constitucional y que se relaciona con el problema de la validez de las normas individualmente consideradas – y un punto de vista externo – que trasciende la Constitución y que se relaciona con el problema de la validez del Ordenamiento jurídico en su conjunto⁹.

En el primero de estos puntos de vista, Bobbio siempre asumió la teoría kelseniana de la elaboración gradual del Ordenamiento jurídico, que reconstruye la unidad a través del principio de jerarquía normativa¹⁰. En las coordenadas de la construcción gradual, las normas las inferiores dependen de las superiores y esa relación de dependencia es definida por Bobbio, siguiendo la concepción dinámica del orden jurídico manejada por Kelsen, como una relación de regulación de la producción¹¹.

En este ámbito, la aportación más relevante del pensamiento de Bobbio consiste en clarificar el significado de la estructura jerárquica del Ordenamiento.

Señala Bobbio, que esta estructura puede ser contemplada desde la relación producción-ejecución, desde la dualidad poder-deber y desde la conexión norma-poder¹². Así, si miramos la pirámide desde arriba hacia abajo veremos una serie de “actos de producción jurídica” que son “expresión de un poder”, esto es, veremos una cadena de poderes “que crean normas”. Y si la contemplamos de abajo arriba veremos “una serie de procesos de ejecución jurídica” que suponen “el cumplimiento de un deber”, esto es, veremos una serie de normas que producen poderes y delimitan su actuación.

En estas coordenadas la solución del problema de la unidad, suministra el concepto de validez jurídica utilizado por Kelsen y que Bobbio recoge: la validez será la pertenencia de una norma al Ordenamiento porque ha sido producida de conformidad con los límites establecidos por las normas superiores del mismo.

⁹ La distinción entre un punto de vista interno y un punto de vista externo a la hora de enfocar el problema de la unidad del Ordenamiento jurídico es empleado por ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas, La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 23 y 24.

¹⁰ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., p. 173. Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Porruá, Buenos Aires, 7.ª ed., 199, p. 215, también KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 146.

¹¹ BOBBIO, N., “Le fonti del diritto in Kelsen” en BOBBIO, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 91-101, p. 92.

¹² Vid. sobre estas conexiones BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 174 y 175 y BOBBIO, N., “Sobre el principio de legitimidad” en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 297-306, p. 301.

Conviene señalar, aunque sobre ello se volverá con posterioridad cuando se trate la exigencia de coherencia, que, según Bobbio, los límites que las normas superiores establecen para la creación de normas inferiores pueden ser tanto formales como materiales¹³. Esta consideración puede entenderse como una corrección de la interpretación más difundida – y, a mi juicio, errónea – de la concepción kelseniana del orden jurídico como sistema dinámico, que afirma que para el profesor austriaco las normas superiores establecen únicamente criterios formales de producción o, en todo caso, que estos aspectos formales son los únicos relevantes para la cuestión de la validez de jurídica.

Trasladando la reflexión al punto de vista externo, cabe señalar que en un primer momento Bobbio acepta la teoría de la norma fundamental kelseniana que sitúa como “principio unificador” y “fundamento de la validez de todas las normas del sistema”¹⁴. Ahora bien, Bobbio, incluso en este momento, no deja de reconocer la incidencia de la eficacia garantizada por el poder coactivo en la cuestión de la validez del Ordenamiento¹⁵.

Aunque también Kelsen admite esta influencia¹⁶, la asunción de la epistemología neokantiana – que impone como postulado central la separación tajante entre ser y deber ser – explica su empeño por mantener la norma fundamental como expediente necesario para traducir en términos normativos la realidad fáctica del poder. Sin embargo, Bobbio, libre de los condicionamientos neokantianos, terminará abandonando con carácter definitivo la teoría de la norma fundamental, que considerará “superflua”, y afirmando, ya sin velos ni ficciones, que “la validez de la norma última”, y, por tanto, del Ordenamiento jurídico en su conjunto “se funda en la efectividad del poder último”¹⁷.

La sustitución de la base ficticia de la norma fundamental por la base empírica del poder, en la terminología del profesor Peces-Barba por el poder como Hecho

¹³ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 176 y ss.

¹⁴ BOBBIO, N., *Teoria della Scienza giuridica*, cit., Torino, Giappichelli, 1950, pp. 196 y ss., BOBBIO, N., *Teoria dell' ordinamento giuridico*, 1955, Torino, Giappichelli, 1955, p. 173 y BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 179 y ss.

¹⁵ Vid. por ejemplo Idem, pp. 184 y ss.

¹⁶ Vid. KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 141 y *Teoría pura del derecho*, cit., p. 223.

¹⁷ Vid. BOBBIO, N., “Sobre el principio de legitimidad”, cit., p. 311.

Fundante Básico¹⁸, constituye uno de “los méritos más celebrados de la teoría del Derecho de Bobbio respecto de la de Kelsen”¹⁹.

En relación con los rasgos de la coherencia y de la plenitud Bobbio rechaza la comprensión dogmática de estas exigencias manejada por el positivismo tradicional admitiendo la presencia de antinomias y lagunas en el Derecho. En relación con el rasgo de la plenitud Bobbio se ocupa de refutar, además, las versiones críticas representadas por la teoría del espacio jurídico vacío y por la doctrina de la norma general excluyente²⁰.

En este sentido, suele afirmarse que Bobbio considera la coherencia y la plenitud no como rasgos reales de los Ordenamientos jurídicos, sino como ideales morales acerca de cómo debe ser un buen Ordenamiento²¹. Aunque es cierto que en algunos textos Bobbio califica la coherencia y la plenitud como valores morales o exigencias de justicia, de otros de sus trabajos y del conjunto de su obra es posible extraer una comprensión, a mi juicio más adecuada, del significado de estas exigencias.

En su *Teoria dell'Ordinamento* de 1955 mantiene Bobbio “el principio implícito en todo sistema, es que no *debe* haber contradicciones, pero eso no quita para que *éstas, de hecho*, puedan perfectamente subsistir. Si acaso se puede decir: mientras estas contradicciones son limitadas en número, el sistema rige; si en cambio fueran muy numerosas, probablemente el sistema no regiría ya porque no serviría para ordenar las acciones humanas”²². En la Voz “Norma” de 1980 se pregunta Bobbio “¿pero puede un ordenamiento jurídico cumplir su función que es la de regular la vida asociada de un grupo compuesto por muchos individuos si no es ni coherente ni completo?” y advierte “en ambos casos antinomias y lagunas el miembro del grupo social cuyo comportamiento es regulado no sabe cómo comportarse: en el primero porque no puede seguir contemporáneamente dos normas que se contradicen ... puede seguir una sola, ¿pero cuál?. En el segundo porque no hay ninguna norma que sirva como guía de la

¹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, (con la col. de R. de Asís, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón), BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 327.

¹⁹ PRIETO SANCHÍS, L., “La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría de N. Bobbio” en LLAMAS GASCÓN, A., (ed.), *La figura y el pensamiento de N. Bobbio*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, pp. 97-112.

²⁰ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 230 y ss.

²¹ Vid. por ejemplo CASAMIGLIA, A., “Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio” en LLAMAS, A., (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit., pp. 113-124, p. 120.

²² BOBBIO, N., *Teoria del Ordinamento giuridico*, 1955, cit., pp. 201 y 202. Vid. en un sentido similar, BOBBIO, N., “Analogia” en *Novissimo Digesto italiano*, Vol. 1., T. 1, UTET, Torino, 1957, pp. 601-607, p. 603.

acción. Las dos situaciones son percibidas como insostenibles y por ello los juristas han ideado varios expedientes para encontrar una solución”²³.

Las anteriores reflexiones permiten afirmar que las exigencias de coherencia y de plenitud se presentan en Bobbio como rasgos del concepto de lo jurídico estructural-funcional que maneja el autor, esto es, como rasgos estructurales derivados de la contemplación del Derecho como sistema, y como rasgos funcionales imprescindibles para que el Derecho pueda ser razonablemente eficaz como técnica de regulación de los comportamientos sociales²⁴.

Bobbio asumiría, así, lo que puede calificarse como una concepción “relativa” de la coherencia y de la plenitud que considera las lagunas y las antinomias como defectos o males²⁵ que pueden existir, pero que se deben eliminar arbitrándose para ellos los mecanismos pertinentes. De acuerdo con esta visión, los Ordenamientos jurídicos no serían efectivamente plenos, ni efectivamente coherentes pero sí serían, por necesidades estructurales y funcionales, y no eminentemente morales, tendencialmente plenos y tendencialmente coherentes²⁶.

Desde esta clave de lectura, adquiere pleno sentido la existencia en el Ordenamiento jurídico, afirmada por Bobbio, de un deber de coherencia que dirigido a los creadores de normas diría “No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema”, mientras que referido a los aplicadores asumiría esta otra forma: “Si encontráis antinomias debéis eliminarlas”²⁷.

Este deber de coherencia se presenta, en el caso de las normas jerárquicamente ordenadas, como un deber jurídicamente cualificado derivado de la propia estructura del Ordenamiento que afecta tanto a los creadores de normas, como a los aplicadores de normas, operando en esta proyección vertical como un criterio de validez de carácter material²⁸. Una norma inferior que sea incompatible con el contenido de una norma superior debe considerarse inválida. Así, para Bobbio, como señala Guastini, los Ordenamientos jurídicos “son sistemas normativos estáticos y dinámicos a un tiempo”

²³ BOBBIO, N., “Norma”, cit., p. 209.

²⁴ Esta aproximación estructural-funcional define la concepción bobbiana del fenómeno jurídico. Vid. sobre la aproximación funcional de BOBBIO, N., *Dalla struttura alle funzione. Nuovi studi di filosofia del diritto*, Comunità, Milán, 1977.

²⁵ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., p. 216.

²⁶ BOBBIO, N., “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, cit., p. 339; BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., p. 203 y p. 242, BOBBIO, N., “Lacune del diritto”, en *Novissimo digesto italiano*, vol.IX, UTET, Torino, 1963 citado por *L’analisi del ragionamento giuridico*, Vol. II, a cura di P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 187-205, p. 200.

²⁷ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 216-219.

²⁸ Idem, p. 217.

en la medida en que la validez de las normas jurídicas depende tanto de criterios formales, cuanto de criterios materiales²⁹.

A mi modo de ver, partiendo de la aproximación bobbiana a esta temática, sería posible afirmar también la existencia de un deber de plenitud, que se proyectaría, en primer lugar, sobre los órganos creadores de normas generales, exigiéndoles que contemplen todos los supuestos relevantes desde un punto de vista jurídico y, en segundo lugar, sobre los encargados de aplicar tales normas, imponiéndoles la obligación de eliminar las posibles lagunas acudiendo para ello a los instrumentos que les proporciona el propio sistema jurídico.

Precisamente, otra aportación importante de la Teoría del Ordenamiento de Bobbio consiste en el análisis de los criterios de resolución de antinomias y lagunas y en el planteamiento de sus posibles conflictos.

Por lo que respecta a los criterios de resolución de antinomias, Bobbio se ocupa del estudio del criterio jerárquico, del criterio cronológico y del criterio de especialidad³⁰, subrayando que estos criterios resultan insuficientes para resolver algunas antinomias, que califica como antinomias reales. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque existen supuestos – el de las normas de igual jerarquía, contemporáneas y con el mismo grado de generalidad – en los que no es aplicable ningún criterio. Y, en segundo lugar, porque pueden producirse conflictos entre los propios criterios de resolución de antinomias – las llamadas antinomias de segundo grado – sin que – salvo en el caso de conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico – exista un meta-criterio claro preestablecido que indique qué criterio debe prevalecer.

Por lo que se refiere a los criterios de resolución de lagunas, Bobbio privilegia los métodos de autointegración frente a los procedimientos de heterointegración³¹. Entre los métodos de autointegración Bobbio alude a la analogía, considerada expresión de una norma general incluyente, y a los principios generales del Derecho³². En todo caso, siguiendo el razonamiento de Bobbio, a estos dos métodos cabría añadir el argumento a contrario, como aplicación de la norma general excluyente. Aunque Bobbio no se refiere explícitamente a los conflictos entre los criterios de resolución de lagunas, de su

²⁹ GUASTINI, R., “Introducción a la teoría del derecho de Norberto Bobbio” en LLAMAS CASCÓN, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit., pp. 79-95, p. 90.

³⁰ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 203 y ss. y BOBBIO, N., “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, ya citado.

³¹ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., p. 242.

³² *Idem*, pp. 245 y ss.

análisis se desprende que también entre la analogía y el argumento a contrario se produce una “antinomía” – o si se quiere una laguna de segundo grado – en la medida en que salvo en algunos subsistemas normativos, como es el caso del subsistema penal, no existe una regla que señale cuando debe acudir a uno o a otro método para resolver las lagunas de primer grado³³.

De nuevo se ha considerado que el tratamiento de Bobbio de los problemas de la plenitud y de la coherencia mejora el planteamiento Kelsen³⁴, al que por cierto Bobbio no alude. Expuesta en un sentido general la Teoría del Ordenamiento de Bobbio, me referiré en la última parte de mi exposición a lo que considero son algunas de sus insuficiencias que marcan, a mi juicio, el camino por el que debe continuarse su obra.

3. Ordenamiento, interpretación y patologías jurídicas.

Es común destacar en la Teoría del Derecho de Norberto Bobbio la ausencia de una Teoría de la interpretación jurídica³⁵. Se trata de un déficit que se proyecta de manera relevante sobre su Teoría del Ordenamiento, en la medida en que los rasgos de la unidad, coherencia y plenitud no son tanto rasgos lógicos como rasgos interpretativos, como creo que Bobbio parece admitir.

Aunque Bobbio no desarrolla una teoría de la interpretación de las escasas, y dispersas, alusiones a esta temática y de sus reflexiones en torno a la ciencia jurídica³⁶ es posible afirmar la evolución de su pensamiento desde planteamientos más cercanos al formalismo interpretativo, representados por sus trabajos a los años 50³⁷, a planteamientos que admiten la dimensión creativa de la actividad interpretativa, a partir de los años 60³⁸.

En esta segunda etapa la “indeterminación que es inherente al lenguaje en el que se enuncian las normas jurídicas que es raramente riguroso”³⁹ y la negación de los

³³ Idem, pp. 237 y 238.

³⁴ RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., pp. 253 y 254.

³⁵ GUASTINI, R., “Il Diritto” en *L’opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, a cura di Valentina Pazé, FrancoAngeli, Milán, 2005.

³⁶ Vid. BORSELLINO, P., *Norberto Bobbio. Metateorico del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991.

³⁷ Vid. por ejemplo BOBBIO, N., “Ciencia jurídica y análisis del lenguaje” en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 17-196 y BOBBIO, N., “Sul ragionamento dei giuristi”, cit., pp. 7 y ss.

³⁸ BOBBIO, N., “Ser y deber ser en la Ciencia jurídica” en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 197-218.

³⁹ BOBBIO, N., “Norma”, cit., p. 209. Vid. también BOBBIO, N., “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, *Qualegiustizia*, 2, n. 8 (1971), pp. 268-274, p. 270.

dogmas de la coherencia y de la plenitud conducen a Bobbio a concebir la interpretación como una actividad discrecional.

Esta consideración incide en un sentido esencial, en la comprensión de los rasgos que cabe predicar del Derecho como Ordenamiento.

Comenzando con el rasgo de la unidad, cabe señalar que la idea de jerarquía normativa y la aplicación de la noción de validez consistente en la conformidad de las normas inferiores con las normas superiores requieren, de un lado, interpretar las normas que determinan cuando una norma es superior a otras y, de otro, atribuir significado a las normas en cuestión. En relación con la primera de estas consideraciones señala Bobbio que “el criterio jerárquico hace referencia a un hecho jurídico, a un hecho calificado por una norma ... y, por tanto, requiere para su aplicación esa peculiar forma de operación intelectual que es la interpretación jurídica”⁴⁰. En relación con la segunda sostiene que “para juzgar si una norma es válida, o no, el jurista o el juez no pueden limitarse a una pura constatación de un hecho, sino que deben entender el significado”⁴¹. Pues bien, la consideración de que toda norma “consiente ... diversas interpretaciones” implica que la validez se convierte, ya no en un dato a constatar, sino en “un problema a resolver”⁴².

Vinculado con lo anterior, y en relación con la exigencia de coherencia, conviene tener presente que la identificación de una antinomia no depende tan sólo de la constatación la presencia de una relación de contradicción o contradictoriedad entre operadores deónticos, como el análisis de Bobbio parece presuponer, sino que depende también, con carácter previo y sobre todo de una cuestión de interpretación, esto es, del significado que se atribuya a las normas en juego. En todo caso, aunque Bobbio parece resolver la detección de las antinomias en una cuestión de lógica formal, sus reflexiones en torno a la interpretación correctiva como método para evitar las incompatibilidades normativas suponen admitir la relevancia de la actividad interpretativa en este contexto⁴³. También la aplicación de los criterios de resolución de antinomias de primer y segundo grado requiere de un momento interpretativo. Y, finalmente, como el propio Bobbio reconoce, en el caso de insuficiencia o de conflicto entre criterios la elección de

⁴⁰ BOBBIO, N., “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, cit., p. 343.

⁴¹ BOBBIO, N., “Recensión a Ruggero Meneghelli, Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica”, *Rivista di diritto civile*, 12, núm. 6, 1966, pp. 588-594.

⁴² BOBBIO, N., “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, cit., p.

⁴³ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, cit., p. 211.

la norma aplicable depende de una opción en la que el intérprete “queda abandonando a sí mismo”⁴⁴.

Pasando al análisis de la plenitud, también la detección de las lagunas es indisociable de un proceso interpretativo, cuyo resultado depende en muchas ocasiones de una opción discrecional entre una interpretación restrictiva o extensiva de un enunciado jurídico. Lo que, por cierto, convierte también en discrecional la distinción entre lagunas normativas y lagunas ideológicas. Aunque en su Teoría del Ordenamiento Bobbio no se detiene en el análisis de la detección de las lagunas en su ensayo “Ser y deber ser en la Ciencia jurídica”, alude a la importancia de la interpretación en esta tarea cuando señala que la actividad interpretativa está presente en el *descubrimiento* de nuevas normas que entiende “ligado a la manera como vengán interpretadas las viejas”⁴⁵. De otro lado, la resolución de los vacíos normativos mediante la aplicación de los métodos de autointegración requiere de una actividad interpretativa más discrecional que en el caso de la aplicación de los textos fijos. En efecto, como finalmente reconoce Bobbio el que dos casos terminen siendo considerados similares, lo que constituye la *ratio* de la aplicación de la analogía, depende “de un juicio del intérprete, no es una operación lógica, sino retórica”⁴⁶ y, como antes se avanzó, “de frente a un caso imprevisto el intérprete es libre de recurrir a la extensión analógica, pero también al argumento a contrario”⁴⁷. En la misma línea, la “inducción” y aplicación de los principios generales del Derecho exige desarrollar una tarea interpretativa en gran medida discrecional como admite Bobbio en la Voz de 1966 en la que analiza este concepto⁴⁸.

Un segundo déficit de la Teoría del Ordenamiento de Bobbio, y en general de su Teoría del Derecho, consiste en no haber destacado suficientemente la importancia de la dimensión creativa de la actividad judicial. En efecto, aunque Bobbio en consonancia con su concepción de la interpretación, sostiene que la actividad judicial no es

⁴⁴ Idem, p. 204.

⁴⁵ BOBBIO, N., “Ser y deber ser en la ciencia jurídica”, cit., p. 207.

⁴⁶ BOBBIO, N., “Norma”, cit., p. 210. Ahora sí reconoce BOBBIO, N., de manera expresa que el establecimiento de la similitud entre los casos es una operación valorativa, lo que supone el abandono de la concepción lógica que de este expediente había manejado en su trabajo *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della R. Università, Torino, 1934 y que había ido atemperado en estudios posteriores. Sobre la posición de Bobbio en torno a la analogía Vid. ATIENZA, M., *Sobre la analogía en el Derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 44-55

⁴⁷ BOBBIO, N., “Norma”, cit., p. 210.

⁴⁸ BOBBIO, N., “Principi generali del diritto” en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIII, UTET, Torino, 1966, pp. 887-896.

cognoscitiva sino volitiva⁴⁹, no llega a considerarla de manera rotunda como producción de normas en un sentido material y se resiste a calificarla como fuente del Derecho manteniendo en este punto una concepción legalista⁵⁰. Pues bien, las consideraciones realizadas anteriormente en torno a la actividad interpretativa, conducen a subrayar el papel del juez, y de su producción normativa, en el mantenimiento de los rasgos de la unidad, coherencia, y plenitud. En efecto, los jueces son los órganos autorizados por el propio sistema jurídico para resolver en última instancia el “problema” de la validez jurídica, para garantizar la unidad del Ordenamiento y el respeto a la jerarquía normativa y para solucionar, por tanto, antinomias y también lagunas mediante operaciones interpretativas que comportan, como Bobbio reconoce, elecciones valorativas. De esta forma, desde la Teoría del Ordenamiento que maneja Bobbio, la creación judicial de Derecho, aparece ineludiblemente como creación material de Derecho.

Las reflexiones precedentes permiten afirmar que del conjunto de la obra de Bobbio emerge una visión del Ordenamiento que no lo contempla como un conjunto de normas lógicamente perfecto, o, al menos, autosuficiente, y objetivamente determinado, sino que reconoce el espacio decisional que en su desarrollo y mantenimiento corresponde a los intérpretes y, en primer lugar, a los jueces. En este sentido, considero necesario profundizar, cosa que no hace Bobbio, en el estudio de la discrecionalidad interpretativa y sobre todo en sus límites, en los que el propio autor parece creer. Y ello porque la presencia de estos límites resulta imprescindible para el mantenimiento de la idea del Derecho como norma y como Ordenamiento, en la que siempre insistió Bobbio, frente a su contemplación como una amalgama de decisiones fácticas inconexas más o menos arbitrarias.

En cualquier caso, la laguna más relevante de la teoría del Derecho de Bobbio radica en la omisión del tratamiento del problema de las patologías que pueden producirse en el funcionamiento el Ordenamiento jurídico⁵¹. Ciertamente, Bobbio nunca se ocupó del estudio de las sentencias ilegales, de las leyes inconstitucionales, en definitiva, del fenómeno de las normas irregulares que surgen cuando el poder no se

⁴⁹ Vid. por ejemplo BOBBIO, N., “Sul formalismo giuridico” en BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo*, cit., pp. 79-100, p. 94; BOBBIO, N., “Método” en *Novissimo Digesto italiano*, UTET, Torino, Vol. 10, 1964, pp. 602-606, pp. 604 y 605; BOBBIO, N., *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*”, cit., p. 269.

⁵⁰ BOBBIO, N., “Aspetti del positivismo giuridico” en BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo*, cit., pp. 120 y 121.

⁵¹ Vid. en este sentido el trabajo de PRIETO SANCHÍS, L., “La sombra del poder sobre el Derecho”, ya citado.

ajusta en su actuación a las determinaciones de las normas superiores, vulnerando los límites a los que antes he hecho referencia. Se trata de una ausencia llamativa, teniendo en cuenta que estamos ante uno de los problemas que más atormentó a Kelsen y frente al cual la solución arbitrada por el profesor austriaco – el recurso a la llamada cláusula alternativa tácita – resulta sumamente cuestionable. Y teniendo en cuenta, además, que la teoría de Bobbio – no condicionada como la de Kelsen por la epistemología neokantiana – está en mejores condiciones de dar una respuesta apropiada a estas normas que no deberían existir, pero que existen y que expresan un conflicto entre el Derecho válido de acuerdo con su contemplación como Ordenamiento y el Derecho efectivo que se aplica y se obedece en una sociedad determinada.

Me gustaría pensar que mi aproximación al estudio de la idea sistema jurídico, a la que aludí al comienzo de mi intervención que, compartiendo en lo esencial su concepción del Derecho y del Ordenamiento, se ocupa del problema de la interpretación jurídica y judicial y del fenómeno de las normas irregulares constituye una línea de continuación coherente del pensamiento de Bobbio.