

NORBERTO BOBBIO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO*

NORBERTO BOBBIO AND THE LEGAL POSITIVISM

MARIO G. LOSANO

Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"

Fecha de recepción:1-11-06

Fecha de aceptación:10-11-06

Resumen: *Este trabajo da cuenta del interés de Bobbio por el positivismo jurídico y su trayectoria desde que se inicia en el año 1949 hasta los años Ochenta. Dicho recorrido comienza con la defensa de un positivismo normativo de raigambre kelseniana y desemboca en un positivismo crítico, finalizando con un periodo que podríamos llamar postpositivista, centrado en el estudio de la función del Derecho.*

Abstract: *This work studies the development of the interest that Bobbio has shown in legal positivism from 1949 to the 1980s. Its development starts as a defence of normative positivism closely linked to kelsenian theory, leads to critical positivism and culminates in what could be denominated a post-positivism, period that is centred on the study of the function of Law.*

PALABRAS CLAVE: Positivismo normativo. Positivismo crítico. Postpositivismo.

KEY WORDS: Normative positivism. Critical positivism. Post-positivism.

1. BOBBIO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

El interés de Bobbio por el positivismo jurídico empieza en 1949¹, sigue en los años Sesenta y Setenta y termina en los Ochenta; sin embargo, se con-

* Giornata lineea in ricordo di Norberto Bobbio, 18 ottobre 2005, *Accademia Nazionale di Lincei*, Bardi Editori, Roma, 2006. Traducción de M.^a Isabel Garrido Gómez (Universidad de Alcalá). El resumen y las palabras clave han sido elaborados por la traductora.

¹ Escribe Bobbio: "Si tuviera que establecer una fecha de la que arrancan mis obras de madurez, escogería 1949, año en el que publiqué en Italia un análisis y un comentario a la *Teoria generale del diritto* de Francesco Carnelutti" (en dicho artículo Bobbio defendía el positivismo kel-

centra en una época concreta de su vida entre los años Cincuenta y Sesenta (cf. *infra*, § 3). Interés que fue precedido y seguido por otras muchas predilecciones teórico-jurídicas, filosóficas, metodológicas e históricas, las cuales no se podrán ni siquiera mencionar en las próximas páginas. Baste aquí recordar que los comienzos del interés por el positivismo jurídico se entrelazan con un fuerte apego a la metodología de cuña neopositivista y con el acercamiento a la filosofía analítica, de la que nacería una pujante escuela². Estos importantes aspectos del pensamiento de Bobbio deberán permanecer en la sombra en las páginas siguientes que, en cambio, se centrarán exclusivamente en sus relaciones con el positivismo jurídico.

Hablar del positivismo jurídico en el siglo XX significa inevitablemente hablar de Hans Kelsen. Su teoría pura del Derecho “es el meridiano de Greenwich de la ciencia jurídica del siglo pasado: todas las teorías jurídicas acaban por ser medidas en función de su distancia o de su cercanía a la teoría pura del Derecho, enunciada por él en las primeras décadas del siglo y afinada después ince-

seniano, como se verá más adelante): N. BOBBIO, “Prólogo a la edición española”, en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 10. En la presentación a ese volumen, se contiene una concisa reconstrucción del pensamiento teórico-jurídico de Bobbio: A. RUIZ MIGUEL, “Bobbio y el positivismo jurídico italiano”, pp. 15-58 y, sobre todo, en el libro que hace de A. RUIZ MIGUEL el “bobbiólogo” en título no sólo en España: *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, 509 pp.

² N. BOBBIO, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, en VV.AA., *Saggi di critica delle scienze*, Silva, Torino, 1950, pp. 23-66 [edic. en castellano: “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje”, en *Contribución a una Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 171-196]. Aquí encuentran su origen los estudios de Giacomo Gavazzi y, máxime, de Umberto Scarpelli (1924-1993), que se había acercado ya en un corto escrito de 1948 (“Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, *Rivista di diritto commerciale*, 1948, pp. 212-216). De aquí nació una escuela de filosofía analítica del Derecho, reconstruida a fondo por María Ángeles Barrère Unzueta, en *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990, 274 pp. Justamente, la autora habla de la “Escuela de filosofía analítico-jurídica” como de una “escuela jurídicamente heterogénea”, en el sentido de que no toda la “Escuela de Bobbio” siguió el camino analítico, ni se pueden inscribir en ella todos los seguidores de la filosofía analítica del Derecho”. Además, el propio Bobbio precisa: “Nunca me he considerado un neopositivista, ni siquiera un filósofo analítico en el sentido estricto del término” (“Prólogo a la edición española”, cit., p. 11). Sobre las posteriores evoluciones, cf. C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 3-15; V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Il Mulino, Bologna, 2003, 182 pp.; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 83-113.

santemente hasta los últimos años de su vida”³. En particular, Bobbio llega al positivismo jurídico a través de Kelsen y, como veremos, fue más allá; pero también siguió siendo un punto de referencia en la fase postpositivista.

El pensamiento kelseniano era conocido en Italia desde los años Veinte, entre otras cosas porque una revista vinculada al movimiento fascista había publicado algunos de sus ensayos, si bien acompañándolos de una nota que subrayaba su trascendencia científica aunque, al mismo tiempo, se distanciaba de su posición ideológica, favorable a la despreciada democracia⁴. Para distanciarse de esta colocación engañosa, en 1993, Kelsen insistió a Giorgio del Vecchio para que el ensayo que sintetizaba la teoría pura del Derecho fuera publicado en Italia en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. De hecho, en 1933, Kelsen se preparaba para el segundo exilio mandando a los colegas extranjeros más conocidos una síntesis magistral de su teoría jurídica, con la esperanza de que contribuyera a abrirle las puertas de una Universidad en la que encontrar acogida. El manuscrito llegó así a manos de Del Vecchio, que confió su traducción a Renato Treves, porque éste, turinés y discípulo como Bobbio de Gioele Solari, había visto personalmente a Kelsen en Alemania para preparar su libro sobre la filosofía neokantiana⁵. Ese manuscrito constituyó la primera edición de la obra fundamental de Kelsen y esa traducción se convirtió, en 1934, en la primera edición italiana de la *Dottrina pura del diritto* [edic. en castellano: *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, trad. de J. G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1946]. De esta manera, la Biblia del positivismo jurídico más riguroso entraba en Italia en estrecho contacto con la Escuela de Turín⁶.

³ M.G. LOSANO, “Hans Kelsen: una biografía cultural mínima”, *Derechos y Libertades*, núm. 14, 2006, pp.113-127.

⁴ Sobre este primer contacto de Kelsen con Italia, cf. M.G. LOSANO, “Reine Rechtslehre in Italien”, en *Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Manz, Wien, 1978, pp. 151-179; retomado en “La fortuna di Hans Kelsen in Italia”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 9, 1979, pp. 465-500, y en M.G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981, pp. 179-212.

⁵ Este contacto entre Kelsen y Treves, con la intermediación de Del Vecchio, se expone detalladamente en M.G. LOSANO, *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*. Con el registro de un archivo desconocido y la bibliografía de Renato Treves, Unicopli, Milano, 1998, VIII-210 pp.

⁶ Como se ha visto en la nota 2, el grupo de estudiosos que en distinta medida lideró Bobbio se denomina de diferentes maneras: con el nombre de “Escuela de Turín” se designa a aquel grupo en su acepción más amplia. Sobre los orígenes de la Escuela de Turín, he publicado

“De Treves se puede hacer partir la suerte de Kelsen en Italia” escribe Bobbio en el prefacio a la recopilación de los ensayos kelsenianos⁷. También Bobbio contribuyó en gran medida a esta suerte, pero sólo a partir de 1954: sus estudios iusfilosóficos anteriores afrontaban temas ajenos al positivismo kelseniano (como la analogía) o asumían posiciones antipositivistas (como en el análisis de la costumbre)⁸.

El propio Bobbio, como se ha citado, indica 1949 como la fecha de su “conversión” a Kelsen, cuando asume la defensa del positivismo kelseniano contra las críticas (verdaderamente, un poco fatuas) de Carnelutti⁹. El encuentro intelectual con él coincide con la necesidad de renovación que estaba en boga en Italia tras el final de la guerra y con la insatisfacción de Bobbio respecto a la filosofía puramente especulativa, a la que contraponía la filosofía positiva de Carlo Cattaneo¹⁰. Empezaba así el periodo –destinado a durar cerca de treinta años– en el que se acercó de forma crítica al positivismo jurídico de Kelsen y contribuyó de modo decisivo a difundir la doctrina pura del Derecho en Italia.

En 1992, cuando ya su época kelseniana hacía tiempo que había concluido, Bobbio recogió en un volumen los ensayos sobre Kelsen que había publicado

“Un secolo di filosofia del diritto a Torino: 1872-1972”, *Teoria politica*, núm. XXV vol. 2-3, 1999, pp. 471-517; además: “Un siglo de filosofía del Derecho en Turín: 1872-1972”, trad. de M. Laclau, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 19, 1999, Buenos Aires, pp. 197-255 y, con el mismo título, en *Derechos y Libertades*, núm. 9, 2000, pp. 411-458.

⁷ N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 5.

⁸ C. VIOLI ha realizado una detallada y monumental bibliografía de los escritos de Bobbio: *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio, 1934-1993*, Laterza, Roma-Bari, 1995, XLII-489 pp.; además en la página web www.erasmo.it/bobbio, a cargo del “Centro Studi Piero Gobetti” de Turín, se puede acceder a la *Biblioteca professionale di Bobbio*, a su bibliografía y a muchos estudios sobre sus escritos digitalizados.

⁹ En 1946, se publicaba la segunda edición de F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del “Foro Italiano”, Roma, 1946, VII-388 pp. [edic. en castellano: *Teoría general del Derecho*, ed. dirigida por J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2003]; Bobbio apoyó a Kelsen en el ámbito de un análisis general de esta obra: “Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto”, *Giurisprudenza Italiana*, 1949, col. 113-127. Este último ensayo fue reeditado no en la colección de los ensayos sobre Kelsen, sino, de forma más adecuada, en N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 1-26.

¹⁰ “Hablo de “conversión” porque únicamente así explico, por un lado, el olvido en el que he dejado que se hundan mis escritos jurídicos anteriores y, por otro, la confesión que he hecho más de una vez, según la cual la ruptura violenta con el pasado producida en la historia de nuestro país entre 1934 y 1946 correspondió a una fractura entre mi vida privada y pública, intelectual y moral. *Incepit vita nova*” N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p. 7.

entre 1954 y 1986. Efectivamente, los trabajos de Bobbio que analizan la teoría pura del Derecho presentan una peculiar trayectoria cronológica. Ese volumen se abre con el ensayo de 1954 en el que analiza a los críticos (excluyendo, por lo tanto, la ya recordada crítica a Carnelutti de 1949), al que siguen, no obstante, más de diez años de silencio sobre los temas kelsenianos. En 1967, un estudio sobre el ser y el deber ser asienta el principio de la revisión crítica de la teoría pura del Derecho, al cual siguió, en 1971, otro sobre las fuentes del Derecho. Por contra, en 1981-82, se suceden convenientemente tres ensayos sobre el problema del “poder” en la concepción señalada. El poder es el tema con el que el Bobbio filósofo de la política vuelve al Bobbio filósofo del Derecho¹¹ y, en la teoría kelseniana, es un punto crucial en la separación entre el mundo de la realidad y el mundo de la normatividad, entre el ser y el deber ser. En consecuencia, no por casualidad, la relación entre Derecho y poder da título no sólo a la parte central, sino también a todo el volumen dedicado, más tarde, a Kelsen. Pero, precisamente, este tema demuestra cómo los intereses jurídicos y los políticos han estado siempre presentes en el pensamiento de Bobbio: ya en 1966 había impartido un curso sobre el poder desde el punto de vista politológico, dentro del Curso de Licenciatura en Ciencias Políticas (que originariamente no era autónomo, sino que formaba parte de la Facultad de Derecho)¹². Finalmente, los últimos ensayos incluidos en el volumen de 1992 comparan el pensamiento de Kelsen con el del sociólogo Max Weber y con la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. El ejemplar de 1992 no es, por consiguiente, unitario –ni podría serlo una colección de ensayos que se distribuyen en un periodo de más de treinta años, de 1954 a 1986–, pero exactamente por esto permite seguir la evolución del pensamiento de Bobbio sobre el positivismo kelseniano.

¹¹ “La teoría jurídica y la teoría política se integran y se completan recíprocamente, la primera centrándose en el concepto de “norma” y la segunda en el de “poder” (N. BOBBIO, “Prólogo”, en A. GREPPI, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Bobbio*, Marcial Pons, Madrid, 1988, p. 10). “El amplio y documentadísimo estudio” de Greppi (así lo define el mismo Bobbio) analiza en distintas ocasiones “el nexo entre teoría política y teoría jurídica”, tema que no es posible desarrollar en este trabajo. En particular, señalo las páginas sobre “Elementos del neo-positivismo y de la filosofía analítica durante los años Cincuenta”, pp. 93-101.

¹² N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica. Lezioni del Prof. Norberto Bobbio raccolte da Iliana Secchieri*, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino, 1966, 91 pp. Bobbio distingue la ciencia de la política y, entre los numerosos autores citados, se menciona no a Kelsen, sino a Karl Schmitt (p. 75), en años en los que éste estaba proscrito por los estudios sociales y jurídicos. Ese cuaderno de “apuntes” está menos elaborado que los otros apuntes de Bobbio, quizás, por eso no se publicó a continuación.

Sin embargo, ese positivismo inspiró a Bobbio la creación de una obra unitaria, que, no obstante, conoció una curiosa trayectoria editorial. En los años Cincuenta Bobbio impartió dos cursos (“que repetí varias veces”) sobre la teoría de la norma¹³ y sobre la teoría del ordenamiento¹⁴, “que justamente se han definido como de clara inspiración kelseniana”¹⁵. En Bobbio, el fruto más sobresaliente de tal periodo fue la visión del Derecho no como norma, sino como ordenamiento de normas, que expuso a lo largo de los años académicos 1957-58 y 1959-60. En ellos, la teoría de la norma se resuelve en la teoría del ordenamiento, siguiendo la concepción de Kelsen: es más, dice Bobbio, “quizás, yendo más allá”¹⁶.

Los apuntes reproducidos mediante ciclostil de estos dos cursos -uno sobre la teoría de la norma, y el otro sobre la teoría del ordenamiento- fueron editados varias veces y muchos profesores los adoptaron como texto, uno de los cuales fue el profesor Eduardo Rozo Acuña, a quien había conocido en mis estancias en Colombia. Éste había traducido los dos apuntes para sus alumnos; y así fue cómo un día, no sin recíproca sorpresa, Bobbio me dijo que le habían pedido que publicara su *Teoría general del Derecho* en Bogotá: un libro que no existía en italiano, pero que, con un prefacio de Bobbio, se publicó en 1987 en Colombia¹⁷ y en 1991 en Madrid¹⁸. La unidad del diseño global e, incluso, el título de la futura obra unitaria habían sido ya enunciados por Bobbio en la apertura del curso sobre el ordenamiento jurídico¹⁹,

¹³ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, 245 pp.; apuntes reproducidos por medio de ciclostil, sin fecha en la portada: el *colofón* indica “se acabó de imprimir el 25 de junio de 1958”.

¹⁴ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, 218 pp.; apuntes reproducidos por medio de ciclostil, sin fecha en la portada; el *colofón* apunta “se acabó de imprimir el 16 de septiembre de 1960”.

¹⁵ N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p. 8.

¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, XIV-269 pp.; la indicación de Eduardo Rozo Acuña como traductor se encuentra en la parte de atrás de la portada.

¹⁸ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, 278 pp.

¹⁹ “Este curso enlaza directamente con el de 1958, titulado *Teoria della norma giuridica* y constituye su continuación. Ambos juntos forman una completa *Teoría del Derecho* bajo un aspecto fundamentalmente formal. En el primer curso estudiamos la *norma jurídica*, considerada de forma aislada; en este nuevo, examinaremos ese conjunto o complejo o sistema de normas que constituye un *ordenamiento jurídico*” (N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 3).

pero de esta explicación no sacó ninguna consecuencia editorial. Por contra, el éxito de las ediciones en español hizo que Bobbio superase finalmente sus dudas –los dos apuntes “por primera vez en un solo volumen [me incitan] a considerarlos un nuevo libro”²⁰– y publicase también en 1993 la edición italiana de los cursos que había impartido hacía más de treinta años²¹. Pero, obviamente, en esos treinta años su pensamiento había ido evolucionando respecto a la teoría pura del Derecho.

Esta referencia a América del Sur induce a una digresión. Los escritos de Bobbio han tenido una enorme fortuna en aquel Continente, donde la vida universitaria en general, y la de los filósofos del Derecho en particular, no es fácil. El chileno Agustín Squella Narducci, refiriéndose al libro citado con anterioridad por María Ángeles Barrère Unzueta sobre la Escuela de Bobbio, afirma que “en el ámbito sudamericano no puede encontrarse nada parecido a la Escuela de Bobbio existente en Italia, al menos, en esa zona es posible encontrar un buen número de discípulos y seguidores del Maestro. Entiendo por discípulos a quienes han aprendido de él, del planteamiento y de la orientación general de su pensamiento, tratando de profundizarlo y desarrollarlo, mientras que por seguidores entiendo quien –sobre todo, en la tarea de docentes– hace referencia sólo a las ideas y a los textos del autor, incluso, sin llegar a tener con él un grado de identificación y compenetración intelectual y emotiva tan elevado e intenso como el que se ve en sus discípulos. [...] Discípulos y seguidores, consecuentemente: he aquí quienes, a mi juicio, siguen a Bobbio en Iberoamérica. Se trata de un número significativo, porque la cantidad de ambos debe ser apreciada no en términos absolutos, sino en relación al número mucho más escaso de personas que, en nuestros países, se dedican de verdad y seriamente a los problemas de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía política”²². En España, la influencia de Bobbio fue

²⁰ N. BOBBIO, “Prólogo a la edición castellana”, en N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, cit., p. VII. En este “Prólogo”, se indican algunas erratas de imprenta: el artículo de Bobbio “The Promotion of Action in the Modern State” se publicó en 1969 (y no en 1960: p. IX); en la nota del director Eduardo Rozo Acuña el escrito incluido en el volumen por Ambrosio L. Gioja (y no “Giogia”) se cita como: “Hacia una teoría *fundamental* del Derecho” (p. IX, en nota), mientras que es “Hacia una teoría *funcional* del Derecho”: sobre este último artículo, cf. *infra*, nota 47.

²¹ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 297 pp.

²² A. SQUELLA NARDUCCI, *Presencia de Bobbio en Iberoamérica*, Edeval, Valparaíso, 1993, p. 20. Agustín Squella ha dirigido también el volumen *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje*, Edeval, Valparaíso, 1987, 437 pp., amplia colección de contribuciones sudamericanas y europeas.



vivísima en dos figuras centrales de la resistencia al franquismo y del renacimiento democrático, Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba, que escribe esto: “Tanto en la Filosofía del Derecho, como en la Filosofía política, como en los innumerables temas que ha tratado y que yo quería conocer más a fondo, ha ejercido sobre mí una considerable influencia, y he colaborado directa o indirectamente en la publicación de sus obras en español”²³. También indirectamente: de hecho, Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba son los jefes de escuela de una numerosa legión de jóvenes filósofos del Derecho, ahora esparcidos por toda España, los cuales fueron orientados por ellos al estudio de Bobbio. Casi todas las investigaciones sobre el autor nombradas en estas páginas presentan este origen común. Y uno de los doctorados *honoris causa* fue en 1994, en la Universidad Carlos III de Madrid, de la que era (y es) Rector Gregorio Peces-Barba²⁴.

En Sudamérica, tuvieron éxito las obras de Bobbio, tanto las de Filosofía del Derecho como las de Filosofía política. En la reconstrucción de su fortuna brasileña, el filósofo del Derecho Celso Lafer, de São Paulo, subraya que Bobbio fue presentado en Brasil por Miguel Reale (nacido en 1910 y, por lo tanto, coetáneo), patriarca de los filósofos del Derecho de esa tierra y jurista positivo de primera línea, como lo demuestra la decisiva contribución que dio al nuevo Código civil brasileño de 2002. Según Lafer, “el interés de los juristas de nuestro país por sus trabajos deriva de su visión de la Filosofía del Derecho concebida *sub specie iuris*. Su filosofía del Derecho es la de un jurista que se ha detenido en los problemas concretos que plantea la experiencia jurídica. Sus respuestas minuciosas y rigurosas son tan relevantes que se han convertido en un punto de referencia para el mundo jurídico brasileño”. Como prueba de esta influencia de Bobbio sobre la praxis del Derecho, Celso Lafer cita un *leading case* que, en septiembre de 2003, causó escándalo en Brasil (y a cuya solución colaboró el mismo Lafer con un parecer decisivo): “El Tribunal Supremo Federal [la Casación brasileña] condenó por el delito

²³ G. PECES-BARBA, *La democracia en España. Experiencias y reflexiones*, Temas de Hoy, Madrid, 1996, p. 93.

²⁴ Para comprender la influencia de Bobbio sobre estas dos figuras centrales de la filosofía jurídica y política española es suficiente ver sus obras, donde Bobbio está muy presente. Sobre sus figuras remito a dos notas mías: “Elías Díaz: i vecchi maestri e la nuova Spagna”, *Sociologia del diritto*, núm. XXII vol. 3, 1995, pp. 197-206; y sobre Gregorio Peces-Barba, que, en España, ha creado una extensa y asentada escuela dedicada al estudio de los derechos fundamentales, “Una doppia militanza nella Spagna della transizione alla democrazia”, *Teoria politica*, núm. XII vol. 2, 1997, pp. 81-95.

de práctica del racismo a Sigfried Ellwanger, un editor de Porto Alegre de explícita orientación nazi que se dedicaba de forma sistemática y repetida a promover el odio racial, tanto por medio de publicaciones antisemitas, como a través de un libro escrito por él, en el que negaba el Holocausto. El juicio duró desde diciembre de 2002 hasta septiembre de 2003 y Bobbio fue abundantemente aludido por los jueces de la Casación, que en sus motivaciones se valieron de su enseñanza en la *Età dei diritti*, cuya primera edición brasileña es de 1992 [edic. en castellano: *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991], y de sus reflexiones sobre la naturaleza del prejuicio racista y del racismo actual, expuestas en el *Elogio della mitezza*, cuya edición brasileña es de 2002 [edic. en castellano: *Elogio de la templanza*, trad. de F.J. Ansuátegui Roig y J.M. Rodríguez Uribe, Temas de Hoy, Madrid, 1997]²⁵. Creo que éste es el ejemplo más convincente de cómo “la Filosofía del Derecho de los juristas” practicada por Bobbio puede servir de ayuda a los juristas positivos en la resolución de casos especialmente controvertidos.

De Bobbio se ha dicho que procede por problemas y no por sistemas, por análisis y no por síntesis. Él mismo recuerda cómo el cansancio causado por los grandes sistemas filosóficos, típico de la postguerra, le animó a concentrarse en problemas individuales, desmenuzándolos con el rigor conceptual tomado del neopositivismo y con el cuidado de las palabras derivado de la filosofía analítica. Por esto, el encargo editorial de escribir un manual de Filosofía del Derecho, que le hizo Adolfo Ravà, su predecesor en Padua, lo sintió como una “pesadilla”, y no lo realizó nunca. El instrumento con el que cultivaba la Filosofía del Derecho no era un “potente tractor”: eran “las tijeras de jardinero”²⁶. En consecuencia, la dimensión ideal de Bobbio como escritor no es el libro, sino el ensayo, de tal manera que la mayor parte de aquéllos son recopilaciones de ensayos. Así, para hacerse una idea de las

²⁵ A. FILIPPI y C. LAFER, *A presença de Bobbio. América Espanhola, Brasil, Península Ibérica*, Editora Unesp, São Paulo, 2004, pp. 128 y ss. El ensayo de Filippi analiza el área lingüística española, (sobre todo, Argentina, México, Venezuela y España, pp. 15-122), mientras que Celso Lafer se fija en Brasil (pp. 125-168). Todo el volumen está publicado también en español. El ensayo de A. FILIPPI, “Bobbio nella cultura di lingua spagnola”, y de C. LAFER, “Bobbio in Brasile”, pp. 95-121, se encuentran también en italiano en el volumen de V. PAZÉ (dir.), *L'opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, Franco Angeli, Milano, 2005, 176 pp.

²⁶ N. BOBBIO, “Prólogo a la edición española”, en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, cit., p. 11.

distintas fases de su pensamiento, hay que mirar no la fecha de publicación del libro, sino la de los ensayos que lo componen.

En particular, la teoría general del Derecho de Bobbio, aunque se publica en italiano en 1993, se refiere a su visión teórico-jurídica de los años Cincuenta y Sesenta. Análogamente, la *summa* de su pensamiento sobre el positivismo jurídico ve la luz en 1965²⁷ y cubre el lapso de tiempo que va del 1959 al 1964. A la aparición de esta última recopilación contribuyó mucho Renato Treves (y, realmente, este libro se dedica a Treves y a Alessandro Passerin d'Entrèves), en un contexto de renovación cultural sobre el que volveré en breve. También en dicho caso, la única publicación unitaria está constituida por los apuntes del curso sobre el positivismo jurídico de 1961²⁸, que se presentaba como la continuación de los cursos sobre la teoría de la norma y del ordenamiento y que, como ellos, reservaba una estimable atención al positivismo kelseniano.

El volumen de Bobbio de 1965 encara los temas eternos de la Filosofía del Derecho: qué es la Filosofía del Derecho; qué es el positivismo jurídico; y qué es el iusnaturalismo. Así que es imposible dar cuenta de ello en pocas páginas. Del mismo modo que la recopilación de ensayos de 1992 recoge la primera fase del Bobbio kelseniano, la recopilación de 1965 es, en cierta medida, una retirada de la Filosofía del Derecho tradicional, anunciada ya en la presentación: "Hoy las cosas, si no me equivoco, han cambiado". Cuando en los años Treinta Bobbio se acercó a la Filosofía del Derecho, ésta tenía que fundarse en uno de los grandes sistemas filosóficos: era una filosofía del Derecho de los filósofos. A mediados de los años Sesenta, por el contrario, lo que contaba era el "resultado de la investigación, y no el posicionamiento": era una filosofía del Derecho de los juristas. A la alternancia de escuelas en cuestión se añadía, sin embargo, "un desgarró íntimo entre nuestra educa-

²⁷ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, 241 pp. El volumen recopila ensayos publicados entre 1956 y 1964.

²⁸ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto raccolte da Nello Morra*, año académico 1960-61, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino [1961], 324 pp. [edic. en castellano: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el Doctor Nello Morra*, trad. de R. de Asís Roig y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993]; apuntes reproducidos mediante ciclostil sin indicación de fecha, ya que falta el *colofón*, reeditado en 1996 (Giappichelli, Torino, 1996, X-258 pp.) con una "Premessa alla nuova edizione" de Francesco D'Agostino y una "Premessa" de Norberto Bobbio, fechada en "enero de 1979", que describe la génesis del volumen y concluye: "La presente reedición reproduce exactamente la primera edición, salvo alguna leve corrección formal" (p. X).

ción científica y nuestras exigencias morales". Por lo tanto, por un lado, estaba la educación positivista recibida: "Nos habíamos resignado a considerar que fuera de algunos cánones transmitidos por las escuelas positivistas no había espacio para el jurista que quisiera ejercer seriamente su oficio". Después, con el fin de la guerra y de la dictadura, "las posiciones se invirtieron"²⁹: el positivismo fue abandonado por muchos, que encontraron en el Derecho natural –antes rechazado– el bálsamo para las angustias que aquellos duros años dejaban atrás. Como ejemplo de este estado de ánimo, Bobbio recordaba a menudo (no en este prefacio, sino ya en las clases que escuchaba de estudiante) el radical replanteamiento de Gustav Radbruch, positivista que se pasó al iusnaturalismo después de la guerra.

En este contexto, el autor introduce una distinción que no es posible desarrollar, pero que resulta fundamental para comprender los muchos malentendidos sobre los que se fundaron las ásperas polémicas de la postguerra. El positivismo podía asumir un valor liberal cuando inducía a respetar las normas democráticas en el momento en el que el poder dictatorial las ponía en peligro; mas, tras la consolidación de este poder, el positivismo asumía un valor autoritario porque imponía aplicar las normas dictatoriales sin plantearse interrogantes éticos. De forma similar, al iusnaturalismo conservador se podía contraponer un iusnaturalismo progresista, recordado frecuentemente por Kelsen. El positivismo jurídico nos seduce como científicos neutrales; en cambio, el iusnaturalismo nos permite sustentar nuestros valores morales "Existe, pues, –concluye Bobbio– un límite entre positivismo y iusnaturalismo que parte por la mitad nuestra persona y por el cual somos o positivistas o iusnaturalistas no según los tiempos y las ocasiones, sino según el sector que representamos en la sociedad"³⁰. Un ejemplo de relativismo de los valores que, sin duda, habría gustado a Kelsen.

Ya que me separan de Bobbio treinta años exactos, no podía haber experimentado la laceración del jurista de la que hablaba. De ella tenía una idea libresca y vaga. Creo haberla entendido mejor cuando me ocupé del Derecho alternativo en América del Sur y, en concreto, del "Movimiento de los Sin Tierra" en Brasil. En efecto, los jueces brasileños deben aplicar el Estatuto de la Tierra promulgado en 1964 por la dictadura militar y, con simultaneidad, la Constitución democrática de 1988, que aprueba la "función social

²⁹ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 10 y ss.

³⁰ *Ibid.*, p. 13.

de la propiedad”³¹. Habitualmente, la única solución es salvar la ley, y cerrar los ojos ante la dureza de la condición humana, o bien apelar a la función creativa del juez y entrar en el campo del uso alternativo del Derecho.

Como conclusión, en 1965, Bobbio advertía este cambio progresivo de paradigmas, afirmaba “haber hecho siempre lo posible para favorecerlo” y presentaba la recopilación de sus ensayos sobre el positivismo jurídico y sobre el iusnaturalismo como un “estímulo” para moverse hacia nuevas visiones de la Filosofía del Derecho³².

2. POSITIVISMO Y IUSNATURALISMO EN NORBERTO BOBBIO

Tras este somero examen de la evolución del pensamiento de Bobbio sobre el positivismo jurídico, es pertinente hacer una pausa analítica para responder (o, mejor, para esbozar una respuesta) a la pregunta: ¿qué es el positivismo jurídico para Bobbio? La respuesta se encuentra en los textos descritos en el párrafo precedente, es decir, en los tres cursos universitarios y en los dos volúmenes que recogen los escritos en los que se ocupó del positivismo jurídico. Sintetizando, los cursos se celebraron en 1958, en 1959 y en 1960 y a ellos corresponden los apuntes titulados *Teoria della norma giuridica*, *Teoria dell'ordinamento giuridico* y, finalmente, *Il positivismo giuridico*: son las etapas de un itinerario que explora las distintas teorías sobre esos temas y se concluye con la aceptación crítica del positivismo jurídico de Hans Kelsen. Los dos volúmenes son las recopilaciones de los ensayos *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de 1965 y *Dalla struttura alla funzione* de 1977: ambos constituyen una reflexión sobre el positivismo jurídico, que enriquecen al tomar en consideración la función del Derecho. Sobre cada uno de estos

³¹ M.G. LOSANO, “Gesetz und Hacke: Ursprünge und Entwicklungen des alternativen Rechts in Europa und Südamerika”, en R. HELMHOLZ y otros (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau*, Schöningh, Paderborn, 2000, pp. 1023-1063; Id., “La legge e la zappa: origini e sviluppi del diritto alternativo in Europa e in Sudamerica”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXX, 2000, pp. 109-151; Id., “La ley y la azada: orígenes y desarrollo del Derecho alternativo en Europa y Sudamérica”, *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 275-324. Además, he expuesto los problemas jurídicos de la reforma agraria (hasta ahora inexistente) y de las ocupaciones de tierras en Brasil en el volumen *Latifundios ocupados y función social de la propiedad. Los Sin Tierra de Brasil*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2006.

³² N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit, p. 10.



volúmenes volveremos más tarde; por ahora, sólo querría tratar de explicar lo que aquél fue para Bobbio.

2.1. Los tres cursos, o la definición del positivismo jurídico

En los tres cursos, Bobbio exploró “la experiencia jurídica [como] experiencia normativa”³³, el “sistema de normas que constituye el ordenamiento normativo”³⁴ y, por último, el positivismo jurídico tanto en su evolución histórica, como en su problematicidad teórica, llegando así “al corazón de esta corriente jurídica”, porque “la teoría del ordenamiento jurídico [es] la contribución original del positivismo jurídico a la Teoría general del Derecho”³⁵. En este punto, dispone de material histórico y analítico para establecer siete modos que sirvan para definirlo (que por motivos de espacio nos limitamos a enunciar):

- desde el punto de vista de la *aproximación* al Derecho, el positivismo jurídico lo observa como hecho, y no como valor; por lo tanto, el Derecho es válido no porque se considere bueno, sino porque se produce de modo formalmente correcto (teoría formalista del Derecho);
- desde el punto de vista de la *definición* del Derecho, el positivismo lo representa a través del elemento de la coerción, porque una norma sin sanción resultaría ineficaz (teoría de la coactividad del Derecho);
- desde el punto de vista de *las fuentes* del Derecho, el positivismo considera la legislación como fuente preponderante del mismo, reduciendo al mínimo la relevancia de la costumbre (teoría del normativismo legislativo);
- desde el punto de vista de la *teoría de la norma jurídica*, el positivismo concibe el Derecho como mandato, que puede ser destinado a las partes y a los jueces (teoría imperativista del Derecho);
- desde el punto de vista de la *teoría del ordenamiento jurídico*, el positivismo comprende el Derecho como un sistema completo y coherente, esto es, carente de contradicciones y lagunas (teoría sistemática del Derecho);

³³ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 3.

³⁴ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 3.

³⁵ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit. p. 253.

- desde el punto de vista del *método científico-jurídico*, el positivismo limita la actividad del jurista a la pura interpretación declarativa o mecánica de la norma, excluyendo la función creativa del juez, o sea, el *judge made law* o *Richterrecht* (teoría de la interpretación no creativa);
- desde el punto de vista de la sujeción o vínculo con la ley, el positivismo prescribe la obediencia estricta o, incluso, absoluta a la ley (teoría de la obediencia incondicional). Específicamente, esta concepción es la que expone al positivismo a la acusación de haber favorecido la total aceptación de las normas impuestas por las dictaduras³⁶.

2.2. La revisión crítica del positivismo jurídico

En el periodo de la postguerra, al positivismo jurídico acusado de conivencia con las dictaduras se le contrapuso el iusnaturalismo. En la literatura jurídica de esos años, los asuntos más frecuentes eran, indiscutiblemente, la crisis del positivismo jurídico y el renacimiento del iusnaturalismo. Además, en Bobbio el tema del positivismo jurídico está siempre unido al del iusnaturalismo, pero en una tensión que no se resuelve a favor de ninguno de los dos, sino que permanece en su conciencia –como en la de muchos otros juristas de esos años– como una laceración: por un lado, el positivismo jurídico como expresión de la exigencia de austeridad científica y, por otro, el iusnaturalismo como exigencia de libertad moral. De su comparación surgen más claramente las características de uno y de otro: “*contraria juxta se posita magis elucescunt*”.

En las recopilaciones de ensayos *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de 1965 y *Dalla struttura alla funzione* de 1977, encuentra expresión esta crisis del positivismo jurídico (que en Bobbio se acompaña, sin embargo, de una crítica del iusnaturalismo *de esos años*) y un creciente interés por la función del Derecho en la sociedad. Mientras del funcionalismo se ocuparán los próximos parágrafos, querría ilustrar la lesión entre positivismo ju-

³⁶ En la postguerra, Gustav Radbruch había señalado que el positivismo era la causa del servilismo de los juristas a las dictaduras; más tarde, se entendió que sus comportamientos respondían a condicionamientos sociales anteriores a la propia dictadura: cf. M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 2: *Il Novecento*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 194-201.

rídico y iusnaturalismo con dos fragmentos extraídos de un escrito poco conocido de Bobbio, la “Introduzione a un’opera che non ho mai scritta”³⁷, que comienza con estas palabras: “El contraste entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se presenta, bien como una sucesión natural e histórica de escuelas, bien como antítesis entre dos concepciones opuestas e inconciliables del Derecho, bien como laceración íntima entre nuestra educación científica y nuestras exigencias morales. Cualquier estudioso de mi generación, en un país como Italia, ha vivido a fondo la contraposición en todos estos aspectos”³⁸. Los escritos de Arturo Carlo Jemolo y de Piero Calamandrei, de Guido Fassò y de Giuseppe Capograssi expresan la consternación por la arbitrariedad de las leyes dictatoriales y el intento de superar “la injusticia legal” recurriendo a un “Derecho suprallegal”³⁹, o sea, al iusnaturalismo.

La posición de Bobbio no está ligada a una elección de campo, sino a la convicción de que toda elección de este tipo está condicionada por el trance histórico que el individuo está viviendo: “Precisamente, por haber vivido a fondo los motivos de la contraposición entre positivismo jurídico e iusnaturalismo, no he creído nunca que pudiera inclinarme categóricamente hacia una parte o la otra. Si he demostrado simpatías iusnaturalistas, lo he hecho en los tiempos del positivismo triunfador; así como he mostrado simpatías positivistas (de la defensa de Kelsen hasta la búsqueda de argumentos contrarios al Derecho natural) en estos últimos años de renovado iusnaturalismo. Más que inclinarme hacia una parte o hacia otra, he preferido aclarar la complejidad de los términos de la contraposición *en las páginas siguientes*, la imposibilidad de reducir el problema de sus relaciones a una sola alternati-

³⁷ N. BOBBIO, “Introduzione a un’opera che non ho mai scritta”, en la *Miscellanea per le nozze di Enrico Castelnuovo e Delia Frigessi*, Einaudi, Torino, 1962, pp. 7-9: no se encuentra libro que no esté en venta escrito por los “einaudianos” para dos “einaudianos”. Estas páginas de Bobbio vuelven en la “Introduzione” de marzo de 1965 a *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (pp. 11-13); respecto a la “Introduzione”, la *Miscellanea* contiene un añadido inicial y uno final, que reproduzco en este parágrafo. Por lo tanto, uniendo estas dos citas al contenido de la “Introduzione” de 1965 el lector puede reconstruir el texto íntegro publicado en la imposible de encontrar *Miscellanea* de 1962.

³⁸ N. BOBBIO, “Introduzione a un’opera che non ho mai scritta”, cit., p. 7.

³⁹ G. RADBRUCH había publicado el artículo “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en la *Süddeutsche Juristenzeitung* de 1946; el ensayo se retoma en su *Rechtsphilosophie*, dirigida por E. WOLF KOEHLER, Stuttgart, 1956, pp. 347-357 [edic. en castellano: *Filosofía del Derecho*, edic. de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 1999].

va y, en definitiva, mostrar las razones por las que el inclinarse por una parte o por otra a menudo es más el fruto de una elección irracional que de una meditada reflexión⁴⁰.

“En las páginas siguientes”: Bobbio pensaba entonces en el “libro que nunca he escrito” y que, por consiguiente, no habría seguido a ese prefacio. En realidad, aunque en forma de recopilación de ensayos, ese libro vio la luz pocos años después, en 1965, en un contexto que permitió a Bobbio retomar esas materias y usar como preámbulo del volumen la parte central del prefacio extemporáneo y aislado.

3. LA REVISIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Los cursos sobre la norma y sobre el ordenamiento marcan, escribe Bobbio, “la conclusión del periodo de estudios que dediqué preferentemente a la Teoría del Derecho”, durante el cual asumió “orgullosamente la defensa de Kelsen”⁴¹. Esta etapa intensamente kelseniana abarca, pues, aproximadamente, desde la postguerra hasta el “famoso 68”, a partir del cual los intereses culturales de Bobbio se desplazan de la Filosofía jurídica a la Filosofía política y se definen con su paso en 1972 a la Facultad de Ciencias Políticas.

Hasta 1967 Bobbio había aceptado la concepción kelseniana que distinguía el Derecho, por un lado, y la ciencia del Derecho, por otro. De esta distinción deriva el carácter prescriptivo con respecto a las normas jurídicas y el carácter descriptivo en relación a las proposiciones con las que la ciencia jurídica enuncia las normas. Innovando su terminología original, Kelsen hablaba de “norma jurídica” (*Rechtsnorm*) en el primer caso y de “proposición jurídica” (*Rechtssatz*) en el segundo, manteniéndose siempre fiel a esta distinción conceptual y terminológica. Bobbio, por el contrario, en 1967, se distanció de este modelo, sosteniendo que la ciencia jurídica de Kelsen tenía además un carácter prescriptivo, ya que decía al jurista *cómo* hacer ciencia jurídica: es decir, le prescribía describir⁴². Facticamente, el prototipo descriptivo kelseniano contiene también las reglas para construir el propio modelo, y esto explica la presencia de un lenguaje bien descriptivo bien prescriptivo en la doctrina pura

⁴⁰ N. BOBBIO, “Introduzione a un’opera che non ho mai scritta”, cit., p. 9, la cursiva es mía.

⁴¹ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. VII.

⁴² N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 241 pp.

del Derecho⁴³. Se trataba, en suma, de indicar dónde estaba la frontera entre la realidad y la normatividad, entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, entre los que –aseveraba Kelsen– no debía existir ninguna relación.

En esos años, el tema neokantiano de las relaciones entre ser y deber ser tenía que estar en el núcleo del debate filosófico-jurídico, tanto que se le dedicó el Congreso de la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* (IVR) de septiembre de 1967, en Gardone Riviera, donde Bobbio presentó una ponencia sobre el ser y el deber ser en Kelsen. En tal Congreso, “nosotros los turineses” nos habíamos preparado con un Simposio sobre el mismo tema, en marzo de 1967⁴⁴. Ese Congreso en Gardone fue también ocasión de memorables encuentros personales, destinados a durar décadas y a hacer circular el pensamiento de Bobbio: yo conocí a Miguel Reale; Elías Díaz conoció a Bobbio⁴⁵. Sin embargo, independientemente de estas oportunidades de encuentro y de discusión, el positivismo kelseniano estaba ya desde hacía tiempo en el centro de los estudios individuales de muchos de nosotros y había marcado tanto el comienzo de nuestras carreras académicas como nuestros primeros planteamientos teóricos.

De hecho, los años Sesenta fueron, para Bobbio, los años de la profundización de la teoría pura del Derecho y, en particular, de su naturaleza sistemática. En este análisis estuvieron implicados los discípulos más cercanos, cuyos traba-

⁴³ En esa misma época, acababa de publicar la traducción italiana de la segunda edición de la *Dottrina pura del diritto* [edic. en castellano: *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, México, D.F., 2003] y en 1968, en París, bajo la influencia de Bobbio, hablé varias veces de este problema con el lógico Georges Kalinowski, que había analizado críticamente la ponencia de Bobbio en el Congreso de Gardone (como este último recuerda en *Diritto e potere*, cit., p. 41, nota). Hasta diez años después no publiqué los resultados finales de esos encuentros, que el Mayo parisino había interrumpido bruscamente: M.G. LOSANO, “Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica. Momenti e figure della teoria generale del diritto*, 1978, pp. 211-219, retomado posteriormente en *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano, 1981, pp. 117-151).

⁴⁴ En la reunión turinesa, en la que participaban los entonces jóvenes filósofos del Derecho, yo presenté la ponencia “Per un’analisi del “Sollen” in Hans Kelsen”, publicada después con las demás contribuciones en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. XLIV, vol. 3, 1967, pp. 546-568.

⁴⁵ “Me lo presentó con mucha efusión y afecto Renato Treves, el gran amigo y maestro, siempre tan cercano y preocupado por las personas que venían de España, de esa España que había aprendido a conocer y a amar estableciendo amistad con los exiliados republicanos en América Latina, cuando él mismo estaba allí exiliado del fascismo italiano” (E. DÍAZ, “Norberto Bobbio: una filosofía política para la izquierda”, en E. Díaz, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza, Madrid, 1994).

jos pueden ser vistos como profundizaciones de aspectos singulares de las siete acepciones del positivismo jurídico vistas previamente: es suficiente citar el volumen de Amedeo G. Conte sobre la completud de los ordenamientos jurídicos (1962), el estudio de Giorgio Lazzaro sobre la interpretación sistemática (1965) y mi libro sobre la noción de sistema y de estructura en el Derecho desde los orígenes hasta la Escuela histórica del Derecho (1968). En resumidas cuentas, por usar las palabras del propio Bobbio, los años Sesenta son los dedicados a “la profundización del análisis estructural, de cuyo seno fecundo nació nada menos que una disciplina nueva y fascinante, la Lógica deóntica”⁴⁶. A ella añadiría la Informática jurídica, a la que llegué pasando de la lógica formal (cuya abstracción me parecía inconciliable con la función práctica del Derecho) a la lógica de la programación, que daba los primeros pasos. Pero en esos años la “Cibernética” era aún una disciplina oscilante entre las aplicaciones prácticas de la Informática y las construcciones teóricas de la Cibernética social. Ésta se adaptaba bien a la teoría funcional del Derecho: Bobbio consideraba “correcto definir el Derecho, desde el punto de vista funcional, como forma de control y de *dirección social*”⁴⁷, remitiendo

⁴⁶ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Comunità, Milán, 1977, “Prefazione”, p. 8. El nuevo rumbo está indicado en el título, mientras que el subtítulo distingue este libro del anterior volumen *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, 202 pp.

⁴⁷ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 88, en el ensayo *Verso una teoria funzionalistica del diritto*. Éste ofrece una articulada comparación entre la doctrina de Kelsen y la concepción funcionalista a la que Bobbio se estaba acercando. “El artículo –especifica Bobbio en la nota 1–, escrito originariamente para un volumen en memoria del filósofo del Derecho argentino Ambrosio Gioja, se publicó por primera vez en él”. En tal sentido, resulta útil hacer una precisión, que me es posible gracias a la cortesía de Oscar L. Sarlo, el filósofo del Derecho de la Universidad de la República de Montevideo. El volumen argentino se proyecta, en realidad, en honor –y no “en memoria”– de Ambrosio L[ucas] Gioja (1912-1971), porque habría debido publicarse en 1972 por los sesenta años del filósofo. Las contribuciones se pidieron en torno a 1970, pero –como advierte el autor del volumen, Genaro Carrió– Ambrosio L. Gioja, de cincuenta y nueve años, murió de repente “a principios de 1971”. El título no pudo modificarse y permaneció así: *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (Astrea, Buenos Aires, 1976, XVI-236 pp.). Entre la muerte de Gioja y la publicación de ese libro transcurrieron, pues, cinco años: el *colofón* advierte que la impresión se realizó “en la segunda quincena del mes de julio de 1976”. Bobbio tuvo noticia de la muerte de Gioja, pero probablemente no recibió el ejemplar (o, al menos, no lo recibió antes de la publicación de la recopilación de sus ensayos en el libro de 1977): de aquí su convicción de que su artículo estuviera aún inédito en 1977 y que el volumen argentino fuera “en memoria” de Gioja. Ciertamente, este ensayo de Bobbio se incluye en el ejemplar argentino: “Hacia una teoría funcional del Derecho”, en VV.AA., *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos

do a “la ciencia de la dirección social” (que hoy llamaríamos *management*) cuanto había escrito en 1969 sobre Cibernética y Derecho⁴⁸.

Ya que la teoría de Kelsen es una teoría estructural del Derecho, Bobbio aludía por añadidura a la importancia de examinar la construcción kelseniana a la luz del estructuralismo, en pleno auge entre los lingüistas⁴⁹. Por esto, propuso a la editorial Einaudi traducir el libro de Raymond Boudon que lo aplicaba a las ciencias humanas⁵⁰. Pero, en la cultura francesa, las ciencias humanas no incluyen el Derecho. En consecuencia, no me limité a traducir la obra, sino que la completé indagando qué se había escrito sobre el “estructuralismo jurídico”. Los resultados –publicados en el apéndice del volumen en 1970– demostraban que los juristas no iban más allá de la *intención* de aplicar el estructuralismo al Derecho. Dado que no existía un estructuralismo jurídico comparable con el lingüístico, preferí hablar de “estructuralismo y Derecho” (esto es, indicando que, en ese momento, los dos ámbitos de investigación tenían aspectos en común, pero no se fusionaban) tanto en el subtítulo del libro traducido, como en la publicación de ese escueto escrito mío en la *Rivista di diritto processuale*⁵¹, publicación auspiciada por Giovanni Conso, que fue mi profesor en la Universidad de Turín.

Sistema, estructura, estructuralismo: con 1970 la vista de conjunto del mecanismo interno del ordenamiento jurídico podía considerarse completa. Pero

Aires, 1976, pp. 9-30. La ya mencionada *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio*, dirigida por Carlo Violi, reproduce exactamente bajo el año 1976 el artículo argentino (n. 7620), remitiendo además a la publicación en italiano de 1977 (n. 7710). Cf. la nota 20 sobre el error material referente a este título, citado en el “Prólogo a la edición castellana”, en N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, cit.

⁴⁸ “Me parece muy significativo que en las nuevas tendencias de la teoría jurídica soviética el Derecho se incluya en el ámbito más amplio de la “ciencia de la dirección social”, escribe Bobbio, y remite a mi *Giuscibernetica*, Einaudi, Turín, 1969, pp. 199 y ss. (N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 88, n. 28).

⁴⁹ En 1973, Bobbio escribía: “La tendencia que nace con Kelsen hacia una teoría del Derecho como sistema de normas relacionadas internamente entre sí no puede obtener iluminadoras sugerencias de la comparación con el viraje saussuriano en la lingüística” (en N. BOBBIO, *Diritto e potere*, cit., p.78), y un poco más adelante: “Es innegable que la tendencia de Kelsen a estimar el Derecho como un universo estructurado responde a la misma exigencia de la que han partido las investigaciones estructurales en lingüística y antropología” (p.79).

⁵⁰ R. BOUDON, *Strutturalismo e scienze umane*. Con un apéndice sobre estructuralismo y Derecho de M.G. LOSANO, Einaudi, Torino, 1970, 212 pp.

⁵¹ M.G. LOSANO, “Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea”, *Rivista di diritto processuale*, núm. XXV vol. 3, 1970, pp. 465-76. Sobre este tema, cf. el capítulo “Strutturalismo e diritto”, en M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 117-192.

por este reconocimiento no se satisfacían las exigencias teóricas de Bobbio. En realidad, la visión jurídica de Kelsen (como afirmaba el último) era la continuación del positivismo jurídico dieciochesco, y esta visión jurídica (como constataba Bobbio) fue llevada por él a un nivel insuperable de refinamiento y de perfección. Mientras tanto, no obstante, la sociedad que rodeaba a Bobbio y su escuela ya no era la del siglo XIX: razón por la que a mediados de los años Sesenta su mirada fue alejándose cada vez más de la visión puramente estructural del Derecho, es decir, del positivismo de cuña kelseniana.

La insatisfacción intelectual de Bobbio surgió de la constatación de que el moderno Estado social había impregnado a esas alturas tan a fondo la sociedad que el Derecho, en cuanto regulador de la sociedad, resulta transformado. Peculiarmente, a su función represiva de los comportamientos indeseados había ido uniéndose cada vez más una función promocional, que se manifestaba en los incentivos con que el Estado inducía los comportamientos deseables. En las teorías jurídicas estructurales, la función del Derecho se limitaba a la amenaza o a la aplicación de la sanción: era el “Estado castigador” de Thomas Paine. Simultáneamente, el Estado se había transformado además en pagador y promotor: la teoría sistemática del Derecho ya no bastaba.

Cada vez con más frecuencia en los escritos de Bobbio la concepción sistemática de Kelsen se contraponía a la sociológica del segundo Jhering, donde la función promocional del Derecho tiene una posición especialmente relevante.

El creciente interés por una concepción funcional del Derecho había empujado a Bobbio a proponer la traducción del *Scopo nel diritto* a la editorial Einaudi, que, a su vez, me la había confiado a mí. En distintas ocasiones, habíamos discutido sobre el término con el que traducir *Lohnrecht* –acuñado por Jhering en oposición a *Strafrecht*, Derecho penal– y, al final, nos pareció adecuado el neologismo “Derecho premial”, que usé en el texto de Jhering y Bobbio lo empleó en sus ensayos sobre la función del Derecho⁵². Este interés

⁵² R. JHERING, *Der Zweck im Recht*, Erster Band, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1904, reedición anastática: Georg Olms, Hildesheim-New York, 1970, p. 141; Id., *Lo scopo del diritto*, Einaudi, Torino, 1972, p. 140 [edic. en castellano: *El fin en el Derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000]; el término *Lohnrecht* es un neologismo también para Jhering, el cual subrayó que “el Derecho premial” es un “concepto desconocido para nosotros”. En el volumen de 1977, Bobbio, sobre la base de la traducción entonces reciente de Jhering, actualizó su artículo de 1969 citando, precisamente, la frase “En Roma, el Derecho penal se correspondía con un Derecho premial” (N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 20, nota 11, donde remite a la p. 139 de *Lo scopo del diritto*).

turinés por las normas premiales tuvo también su “función promocional”, en cuanto que se reflejó en una tesis milanesa, que siguió por Renato Treves⁵³, y en un libro de Alessandra Facchi⁵⁴.

El aceptar la función como elemento esencial del Derecho no implica, sin embargo, el rechazo a su visión estructural. Se trata no de un repudio, sino de una manera de completar: la explicación estructural del Derecho conserva intacta su fuerza heurística, pero ha de ser completada con una explicación funcional, que falta en Kelsen porque había seguido con rigor la elección metodológica de fijarse en su aspecto estructural, y no en el funcional. Las dos visiones del Derecho son para Bobbio complementarias pero muy distintas: “No creo que sea necesario insistir en este lugar en el nexo estrechísimo entre teoría estructural del Derecho y punto de vista jurídico, por un lado, y teoría funcional del Derecho y punto de vista sociológico, por otro: baste pensar en la expulsión de la perspectiva sociológica en la teoría pura del Derecho de Kelsen”⁵⁵ La formulación es aún más clara en el prefacio a la edición colombiana de su *Teoria generale del diritto*: “Los elementos de este universo [del Derecho] que ha sacado a la luz el análisis estructural son distintos de aquellos que pueden ser expresados por el análisis funcional. Los dos puntos de vista no son sólo perfectamente compatibles, sino que se integran de forma recíproca y de forma siempre útil”⁵⁶. La trayectoria teórica de Bobbio convergía así con la del amigo Treves, que en esos años estaba introduciendo la Sociología del Derecho en Italia.

4. LA FASE POSTPOSITIVISTA: LA FUNCIÓN DEL DERECHO

En 1973, la muerte de Hans Kelsen indujo a Bobbio a hacer un balance de la doctrina kelseniana⁵⁷. Este balance aprecia los resultados alcanzados

⁵³ La tesis de P. MORA, *Sanzioni positive*, fue presentada por Renato Treves en el año académico 1972-73, en la Facultad de Derecho de la Universidad Pública de Milán, y fue recordada por Bobbio, cuando volvió a publicar el ensayo “Le sanzioni positive” en la recopilación de 1977 [edic. en castellano: “Las sanciones positivas”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 387-394]. La referencia falta obviamente en el original de ese ensayo, publicado en 1971 en los *Studi dedicati ad Antonio Raselli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 229-249.

⁵⁴ A. FACCHI, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli, Torino, 1995, XIV-198 pp.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 90.

⁵⁶ N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. IX y ss.

⁵⁷ El ensayo de Bobbio se publicó como necrológico en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, con el título de “Hans Kelsen” y con una breve nota editorial omitida en las reediciones

por el positivismo jurídico y, sincrónicamente, expone los objetivos que, después de él, debe perseguir una teoría del Derecho que quiera ir al compás de los tiempos. Ciertamente, Bobbio había anunciado su apertura al funcionalismo jurídico con el ensayo de 1969 sobre la función promocional del Derecho [edic. en castellano: “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 371-394], inspirado en un escrito del argentino Genaro R. Carrió⁵⁸. El Estado industrial no se restringe ya a ejercer un “control social”, sino que interviene progresivamente en la gestión de la sociedad y, en concreto, de la economía, con un poder de orientación que se refuerza por los incentivos. El Estado industrial ya no se limita a castigar los comportamientos indeseables recurriendo a una sanción aflictiva, sino que tiende a conseguir los comportamientos deseados recurriendo a una sanción positiva, a un incentivo, a un premio: junto al Derecho “penal” está el Derecho “premio”. Es un tema que Bobbio considera “fundamental” para una Teoría general del Derecho renovada, pero al mismo tiempo es un tema al que el positivismo jurídico sólo había contribuido y podía contribuir limitadamente.

Por otra parte, el positivista Kelsen se había distanciado explícitamente del problema de la función del Derecho. Los puntos de partida de Hans Kelsen –relativismo ético, irracionalidad de los valores, neutralidad de la ciencia– incitaban a evitar ocuparse de los fines que el Derecho puede perseguir: según él, el Derecho es una técnica para el control social que persigue el fin que le asigna, a su vez, quien detenta el poder coercitivo, es decir, el Estado. Por con-

sucesivas (*Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, pp. 425-449); en el volumen de 1977, *Dalla struttura alla funzione*, ese ensayo se volvió a publicar con el título “Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen” (pp. 187-215; y, entre las fuentes, en la p. 12, se le indica como extraído de la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, pp. 426-449 [donde, sin embargo, ese 426 debe leerse como 425]) [edic. en castellano: “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 235-254]; en el volumen de 1992, *Diritto e potere*, el mismo escrito se recoge con igual título (pp. 65-87; y entre las fuentes, en la 215, se le señala como sacado de “la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*” (1973), pero erróneamente ubicado en las pp. 187-215). Como conclusión, *Dalla struttura alla funzione*, 1977, refleja la fuente de forma correcta (salvo ese 426, en lugar de 425); el volumen *Diritto e potere*, 1992, reproduce la fuente aunque confundiendo el número de las páginas de la revista con el del volumen de 1977 (es decir, indica las pp. 187-215, en lugar de las pp. 425-449). Infalible Carlo Violi que, en su bibliografía de Bobbio, señala el número correcto de la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, pp. 425-449.

⁵⁸ G.R. CARRIÓ, “Sul concetto di obbligo giuridico”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, pp. 141-155.

siguiente, en la progresiva construcción de su teoría pura del Derecho, Kelsen se había ensimismado cada vez más en la estructura del ordenamiento, mientras que había reducido al mínimo toda referencia a su finalidad.

Si en la *General Theory of Law and State* (1945) [edic. en castellano: *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1995] Kelsen había sostenido que el fin del Derecho es la paz, en la última edición de la *Dottrina pura del diritto* (1960) sustituía el concepto de paz por el de “seguridad colectiva”, que es un vago ideal-límite, no un fin preciso que perseguir. Esta actitud explica por qué el positivismo kelseniano se concentra en la estructura del Derecho y descuida, hasta evita, un análisis de su función. Se trata de una autolimitación explícita que no invalida la teoría pura del Derecho, pero circunscribe su ámbito. Para Bobbio, los resultados alcanzados por el positivismo kelseniano en la descripción de la estructura jurídica son indiscutidos: “Lo que Kelsen ha dicho en torno a la estructura del ordenamiento se mantiene perfectamente en pie, incluso, tras los desarrollos más recientes del análisis funcional”⁵⁹. Salvando así el análisis estructural del Derecho, Bobbio quiere ir más allá.

En 1969, como se ha indicado precedentemente, Bobbio había publicado el ensayo “Sulla funzione promozionale del diritto”, que marcó el paso de un análisis puramente estructural del Derecho a una visión también funcional. En aquel 1969, su fraternal amigo Renato Treves consiguió, tras muchos esfuerzos, que se instituyera la cátedra de Sociología del Derecho en la Universidad Pública de Milán⁶⁰. Esta coincidencia es un signo del cambio de la coyuntura: al recopilar sus artículos sobre la concepción funcional del Derecho, Bobbio advierte que en casi todos “se siente que la Sociología del Derecho llama a la puerta”⁶¹. El análisis del Derecho como sistema en sí queda, por lo tanto, concluido y se termina con un rico elenco intelectual; ahora bien, éste va acompañado del más vasto análisis del Derecho como sistema

⁵⁹ N. BOBBIO, “Struttura e funzione in Kelsen”, cit., p. 215.

⁶⁰ Ésta fue la primera cátedra de Sociología del Derecho en Italia, como recuerda el escrito con el que se abre el primer número de la revista fundada por Renato Treves: “Enseñanza que, si no nos equivocamos, comenzó en el año académico 1969-70, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán, y que se imparte hoy en diez Facultades” (“Presentazione”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 1974, p. VIII). Para todo lo relacionado con Renato Treves y la Sociología jurídica, remito a mi volumen *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*, citado en la nota 5.

⁶¹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., “Prefazione”, p. 9.

entre los sistemas, es decir, como uno de los subsistemas que forman el sistema social.

Aquí sería natural hacer una referencia a Parsons, en cuya teoría del sistema social se insertaría perfectamente el subsistema jurídico kelseniano. Por el contrario, “en una obra como la de Parsons, –observa Bobbio–, que, sin embargo, concede tanto espacio al problema del control social, falta cualquier referencia al Derecho y no se ve huella alguna, a pesar de las muchas ocasiones que hay, de cierto préstamo de la ciencia jurídica”. En particular, la *General Theory of Law and State* de Kelsen fue publicada en los Estados Unidos en 1945, es decir, pocos años antes que *The Social System* de Parsons (que es de 1951) [edic. en castellano: *El sistema social*, trad. de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla, Alianza, Madrid, 1999]: “y eso que Parsons no demuestra tener la mínima conexión con Kelsen, un autor con el que debería haber congeniado”⁶². Es más, hoy podemos constatar que sucedió lo contrario: la teoría de Parsons entró en la ciencia jurídica a través “del pensamiento (inútilmente) complicado del teórico y sociólogo del Derecho”⁶³ Niklas Luhmann y mediante un proceso de recepción en el que el Derecho (y, concretamente, el positivismo jurídico) está muy poco presente⁶⁴. Esta dificultad de contactos entre juristas y sociólogos fue uno de los rasgos característicos de aquellos años: según Bobbio, más por culpa de los sociólogos que de los juristas.

Con el fin de secundar estos contactos, indispensables para la afirmación de la Sociología del Derecho, Treves fundó en 1965 una colección de libros y, en 1974, la revista *Sociologia del diritto*.

4.1. La colección “Diritto e cultura moderna”

La continua interacción entre Bobbio y Treves había hecho que la colección “Diritto e cultura moderna” –con la que Renato Treves aspiraba a promover las nuevas corrientes del pensamiento teórico-jurídico y, singular-

⁶² N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 60; el ensayo lleva por título *Diritto e scienze sociali* en esta recopilación [edic. en castellano: “Derecho y ciencias sociales”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. Ruiz Miguel, cit., pp. 219-234], pero se publica en 1971 con el título *Diritto* en el volumen *Le scienze umane in Italia*, oggi, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 259-277.

⁶³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 120, n. 38.

⁶⁴ Para esta recepción remito al capítulo “Il sistema autopoietico del diritto”, en M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 237-348.

mente, la Sociología del Derecho- fuera inaugurada en 1965 por el volumen de los ensayos de Bobbio sobre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico⁶⁵. Bobbio no fue, desde luego, ajeno a la redacción del programa de dicha colección, en el que se refleja la situación espiritual de aquellos años, dividida entre teorías jurídicas refinadas pero lejanas de la realidad e intentos de ir más allá con referencias a doctrinas “cerradas y dogmáticas”.

Para poner en relación “los estudios jurídicos con una cultura más comprometida y abierta –se lee en el programa de la colección–, tres vías parecen ser más seguras que las demás. La vía de la sociología: estimar y explicar las estructuras del Derecho y los roles del jurista en los contextos sociales a los que pertenecen. La vía de la metodología y del análisis del lenguaje: hacer participar al universo jurídico en el esfuerzo de clarificación y reconstrucción racional de los métodos y del lenguaje, que es una de las formas más avanzadas y combativas de la filosofía de hoy. Y la vía de la crítica de los valores: poner de relieve las elecciones y los fines correspondientes a las distintas técnicas jurídicas y alumbrar sus implicaciones”⁶⁶.

Esta colección se inauguró en 1965 con el rememorado libro de Bobbio sobre el positivismo jurídico y acogió en 1977, como décimooctavo volumen, el libro que agrupaba sus ensayos sobre la visión funcional del Derecho: los dos volúmenes de esta colección recogen, pues, la evolución del pensamiento de Bobbio desde la estructura hasta la función del Derecho, es decir, toda la evolución del Bobbio filósofo del Derecho. Efectivamente, sobre la base adquirida de una visión detallada del ordenamiento jurídico como sistema, pasaba a analizar el mecanismo con el que el Estado orienta a los ciudadanos a través de las normas premiales, los incentivos.

4.2. La revista “Sociologia del diritto”

Bobbio bautizó no sólo la colección de Comunità, sino también la revista *Sociologia del diritto*, fundada por Treves en 1974. En las primeras páginas del

⁶⁵ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 241 pp.

⁶⁶ Todo el programa de la colección se imprime en la parte de atrás de cada volumen. Sería interesante reconstruir el nacimiento y la evolución incluso editorial de esta colección; pero, desafortunadamente, cuando las Ediciones de Comunità fueron compradas por la editorial Mondadori, todo el archivo de Comunità se fue a la basura con una rapidez bárbara. No fue posible salvar ni siquiera un fragmento: así se perdió un archivo que habría permitido seguir el germen de las ciencias sociales en la Italia de la postguerra.



primer número, ponía de relieve la distinción entre Teoría general del Derecho y Sociología jurídica, y precisaba así las relaciones entre ambas disciplinas: “Me parece, en definitiva, que en lugar de decir que hay una manera de hacer de la Sociología del Derecho que se resuelve, o que invade, la Teoría general, es preferible decir que [... los sociólogos del Derecho] tienen la tendencia a formular teorías generales del Derecho que por algunas de sus características (...) pueden ser consideradas con buenas razones teorías *sociológicas* del Derecho. Toda la historia de la Teoría general en estos últimos cien años, por lo menos de Jhering en adelante, es la historia de una continua contraposición entre teorías sociológicas y teorías no sociológicas del Derecho”⁶⁷. Por tanto, la Sociología del Derecho tiene la tarea de ayudar a “la teoría tradicional del Derecho respecto al problema de sus funciones”, porque “el progreso de los estudios de Teoría general depende hoy más que nunca del uso que el teórico sabe hacer de los instrumentos que le ofrecen las ciencias sociales”⁶⁸.

Consecuentemente, en los años en los que se produjo su paso de la teoría sistemática a la teoría funcional y, en términos aún más generales, de la Filosofía jurídica a la política, la posición del Bobbio teórico del Derecho es clara: la Teoría general del Derecho, precisamente por ser *general*, debe ofrecer *también* una explicación de su “función promocional”, que constituye el aspecto más reciente de la evolución del Estado. Puede hacerlo sólo englobando en sus construcciones teóricas los conocimientos empíricos provenientes de la Sociología del Derecho, pero sin identificarse con ella, o sea, permaneciendo como teoría sociológica del Derecho.

Al año siguiente, en aquella misma revista, Bobbio vuelve sobre la función del Derecho⁶⁹. En primer lugar, analiza los autores del pasado para hacer público su escaso interés por la finalidad del Derecho; después, investiga cómo cambia progresivamente su función en la sociedad industrial; y, finalmente, estudia tres dificultades que obstaculizan el análisis

⁶⁷ N. BOBBIO, “Teoria sociologica e teoria generale del diritto”, *Sociologia del diritto*, núm. 1, 1974, pp. 9 y ss.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 14 y ss.

⁶⁹ N. BOBBIO, “Intorno all’analisi funzionale del diritto”, *Sociologia del diritto*, 1975, pp. 1-25, recogido con el título “L’analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi”, en N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pp. 89-121 [edic. en castellano: “El análisis funcional de Derecho: tendencias y problemas”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. a cargo de A. RUIZ MIGUEL, cit., pp. 255-278].

funcional. La primera dificultad puede sintetizarse en la pregunta: “¿Se plantea el problema [sobre] cuál es la función del Derecho respecto a la sociedad como totalidad o respecto a los individuos que forman parte de ella?”⁷⁰. El segundo problema es resumible en el interrogante: el jurista funcionalista es consciente de que las funciones que ha definido “¿no se encuentran siempre al mismo nivel, sino que representan grados o momentos distintos de la influencia del Derecho en la sociedad?”⁷¹. Y el tercer obstáculo es sintetizable en la cuestión: si las respuestas a las dos preguntas anteriores pueden haber aclarado el significado del término “función”, “en la expresión “función del Derecho” ¿qué se entiende específicamente por “Derecho”?”⁷². A esta tercera pregunta Bobbio responde con una serie de distinciones útiles y complejas, que ahora no es posible indagar, pero que resulta indispensable tener presentes, porque “el concepto de Derecho es tan amplio que hace de escasa utilidad un análisis funcional que no proceda a las debidas distinciones”⁷³.

Diez años después de este artículo, el propio Bobbio hace un recuento de su salida del positivismo jurídico y de su acercamiento a una visión funcionalista o sociológica del Derecho en una conferencia de 1983, que recorre todo el itinerario cultural, enumera los autores que habría sido necesario considerar y que, sin embargo, no figuran en los primeros ensayos sobre la teoría funcional del Derecho y, por último, discute las críticas dirigidas a su visión postpositivista⁷⁴. Es de este ensayo del que, en el futuro, tendrá que partir quien quiera reconstruir la fase funcionalista de la teoría jurídica de Bobbio, mientras que, por el contrario, no puede detenerse en ella quien tiene la tarea, además en pocas líneas, de examinar la fase positivista. Bobbio hacía el balance dirigiendo su mirada a una época intelectual que en ese momento juzgaba concluida. Ese retorno a la función premial del Derecho era “en parte una visita de despedida” porque, –precisaba–, sin la invitación a esa conferencia “no habría encontrado otra oportunidad para volver sobre el tema”; era también “en parte una visita de retirada, porque, al haber cambiado en estos últimos años la orientación de mis estudios, me preocupan

⁷⁰ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 111.

⁷¹ *Ibid.*, p. 113.

⁷² *Ibid.*, p. 115.

⁷³ *Ibid.*, p. 117.

⁷⁴ N. BOBBIO, “La funzione promozionale del diritto rivisitata”, *Sociologia del diritto*, núm. 3, 1984, pp. 7-27.

otras cuestiones". A los apremiantes, nuevos temas de la Filosofía política el Bobbio de setenta y cinco años añadía ahora otra preocupación: "Las épocas de la recolección son todavía, presumiblemente, pocas"⁷⁵.

Ha llegado la hora de concluir. Hemos tratado de trazar sintéticamente la trayectoria que el pensamiento jurídico-teórico de Bobbio recorrió desde el positivismo normativo de cuña kelseniana a un positivismo que podríamos llamar crítico⁷⁶, hasta una visión tanto estructural como funcionalista del Derecho; y no uso el adjetivo "estructural-funcionalista" porque podría inducir a un acercamiento indebido entre Bobbio y Parsons. Las aclaraciones que Bobbio ha aportado a la concepción funcional del Derecho alientan aún actualmente un amplio campo de investigación tanto para los teóricos como para los sociólogos del Derecho.

MARIO G. LOSANO

Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"
Via Cavour 81
15100 Alessandria
Italia
e-mail:mario.losano@unipmn.it

⁷⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁶ El propio Bobbio define como "interpretación crítica del positivismo jurídico" la segunda parte -precisamente la dedicada al positivismo- de su *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 17, "Premessa".

