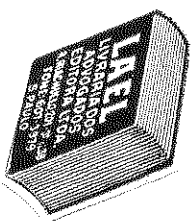


ALFONSO RUIZ MIGUEL

**FILOSOFIA Y DERECHO
EN
NORBERTO BOBBIO**



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1983

CAPITULO II

LA METODOLOGIA DEL CONOCIMIENTO JURIDICO

7. De la filosofía a la filosofía jurídica: los estudios sobre el Derecho y la oposición filósofos-juristas

Bobbio ha escrito alguna vez que la filosofía del Derecho es una «materia que a menudo los filósofos no conocen por falta de amor y que los juristas no aman por falta de conocimiento» (1). Y, sin embargo, los filósofos del Derecho —o quienes sin ese nombre se ocupan de filosofía jurídica— no suelen ser bichos tan raros que no puedan ser incluidos o en la familia de los filósofos puros o en la familia de los juristas. Si una cierta rareza cabe atribuirles, les vendrá de su naturaleza híbrida, de su estar entre dos aguas más que de navegar fuera de una y otra. Pero lo normal es que tributen sobre todo en una de las dos jurisdicciones: el mismo Bobbio lo ha reconocido así, como se dirá en seguida, mediante la distinción entre filosofías del Derecho hechas por filósofos y filosofías del Derecho hechas por juristas, que puede ser un buen detector para contrastar cuál es el papel atribuido a uno y otro campo por cualquier estudioso y, naturalmente, también por el propio Bobbio. Tal aplicación es uno de los objetivos del presente epígrafe, que servirá también para calibrar la evolución del pensamiento bobbioano a propósito de los contenidos asignados a la filosofía del Derecho. Como se verá, al igual que ocurrió en sus actitudes hacia la filosofía general, también

(1) "Funzione civile di un insegnamento universitario" (1949-21; ahora, por donde cito, como "L'insegnamento di Gioele Solari", en *Italia civile* 1964-11), p. 148.

en la filosofía jurídica se producirá un significativo cambio de rumbo, aun dentro de algunos elementos de continuidad, que conviene poner de manifiesto.

Lo primero que salta a la vista en los primeros escritos bobbio nos es que su aproximación al Derecho tiene un carácter mucho más filosófico que jurídico. Su preferencia por una filosofía jurídica hecha por filósofos es evidente cuando se observa su jerarquización de los conocimientos jurídicos, en donde el bajo lugar ocupado por la actividad de los juristas se corresponde con sus extremadas críticas al modo jurídico de ver las cosas. Es cierto que en el párrafo que cierra su primer libro, Bobbio pretendía resolver el contraste entre filósofos y juristas por obra y gracia del punto de vista unitario y superior de la fenomenología (2), pero su ordenación de los conocimientos jurídicos no dejaba lugar a dudas sobre a quién correspondía el papel de amo. Dentro de un esquema de tipo trágico y de mayor a menor importancia, aplicaba la clasificación de Husserl dividiendo el conocimiento jurídico en filosofía, ciencia y técnica: mientras la filosofía del Derecho tendría el cometido trascendental de fundamentar el conocimiento jurídico y de determinar el concepto de Derecho, la ciencia jurídica debería estudiar la esencia de las instituciones jurídicas y la técnica jurídica se limitaría a interpretar el Derecho concretamente vigente en un determinado país (3). Esta ordenación, según puede apreciarse, implica una separación entre la «verdadera» ciencia jurídica —llamada en una ocasión «teoría general del Derecho» (4)— y la jurisprudencia realmente practicada por los juristas —la dogmática jurídica—, relegada a mera técnica sin carácter científico.

En *Scienza e tecnica del diritto* son numerosas las ocasiones en las que Bobbio muestra su desagrado por la labor de los juristas (5). Hasta por el tono dogmático del joven Bobbio —que contrasta con su obra posterior—, merecen entresacarse dos sonoros ejemplos:

Es más que sabido que los problemas filosóficos, que han surgido de exigencias bien determinadas de pensamiento y que

(2) Cfr. *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica* [1934-1], pp. 151-152.

(3) Cfr. *ibidem*, pp. 121-124, y *Scienza e tecnica del diritto* [1934-31], *passim* y especialmente pp. 50-51.

(4) Cfr. *Scienza e tecnica...* [1934-31], p. 24, nota 3.

(5) Cfr. *ibidem*, pp. 5, 15, 17, 22, 40 y 48-49.

representan fatigas teóricas y dramas morales bien vivos y vitales en la conciencia de un pensador o de un grupo de pensadores, una vez introducidos en esa atmósfera de pedantesca serenidad intelectual que envuelve al trabajo científico de los juristas, pierden su vigor y su fuerza impulsiva (6);

... es injusto dar juicios desfavorables sobre el trabajo de la técnica jurídica interpretativa cuando no se entiende su intrínseca necesidad, como sería injusto despreciar la fatiga que los corredores sufren por dar vueltas a un estadio por parte de quien no viese en la carrera más que un medio rápido para desplazarse de un lugar a otro. El girar de los juristas en el estudio del Derecho positivo no lleva lejos en el conocimiento del Derecho, pero ¿es que los técnicos, si son verdaderamente tales, se preocupan de desarrollar el conocimiento de los conceptos jurídicos? (7).

Si se prescinde del tono y del olímpico orgullo idealista, críticas como éstas podrían ser de nuevo suscribibles. Pero lo importante por ahora es subrayar cómo Bobbio resolvía *more philosophico* el contraste entre filósofos y juristas.

Dentro de esta primera época predominantemente «filosofista», Bobbio comenzará a ir modificando poco a poco su esquema de los conocimientos jurídicos en una vía que irá aproximándose cada vez más a la que seguirá después de 1945. Hacia 1940 ya otorgaba a la filosofía jurídica el cometido de estudiar «el problema de la justicia» (8) con independencia de las tareas de la dogmática jurídica, de la teoría general del Derecho y de la sociología jurídica (9). Ciertamente, a la filosofía del Derecho se le seguía otorgando también la tarea de determinar el concepto de Derecho (10) —que más adelante

(6) *Ibidem*, p. 5.

(7) *Ibidem*, p. 40.

(8) *Lezioni di filosofia del diritto* [1941-1], p. 7.

(9) Cfr. *ibidem*, p. 11.

(10) Bobbio justificaba esto diciendo que el Derecho pertenece a la esfera del deber ser, aunque reconocía también la posibilidad de estudiar «el Derecho en cuanto que es, es decir, en su realidad fenoménica» (*ibidem*, p. 14). Sin embargo, no resulta claro el significado de todo ello por la ambigüedad de la expresión «deber ser», que puede referirse tanto al ámbito de los valores de justicia como al ámbito de las prescripciones jurídicas (al igual que la expresión «realidad fenoménica» del Derecho puede ser entendida, bien en el sentido de hecho social, bien en el de prescripción).

sería asignada a la teoría general del Derecho—, pero ya se perfilaba la ulterior diferenciación entre ciencia y filosofía jurídicas. De todos modos, por encima de algunas variaciones terminológicas, todavía subsistiría durante estos años la consideración de la dogmática jurídica como técnica frente al carácter propiamente científico de la teoría general del Derecho (11). Claro que la «ciencia» que Bobbio proponía en estos años tampoco tiene gran cosa que ver con la que propondrá después de 1949, sobre todo porque continuaba presentándose como «*ancilla philosophiae*». No en vano en un artículo de 1943 alababa la posición metodológica de Julius Binder porque, contra el positivismo, ha comprendido que para hacer filosofía del Derecho hacía falta ante todo hacer filosofía, y por eso su sistema de pensamiento ha sido el mejor antídoto contra el enciclopedismo y la superficialidad de los positivistas, sociólogos y teóricos generales del Derecho (12).

En todo caso, la preferencia bobbiana por el estudio filosófico del Derecho es evidente cuando cita por vez primera—que yo sepa—la diferenciación entre filosofías jurídicas de filósofos y filosofías jurídicas de juristas: se trata de una crítica a Renard por tener

(11) Esto es claro en una interesante polémica de 1941 entre Bobbio y Massimo Severo Giannini—en la que terció Capograssi—, suscitada precisamente por un comentario de Bobbio a un libro de Giannini sobre la interpretación (cfr. "Polemiche sull'interpretazione" [1941-3], pp. 96 y 97). Es probable, por lo demás, que la crítica bobbiana a la ciencia jurídica tuviera en estos momentos una importante carga ideológica frente a la sumisión de los juristas al Derecho positivo; por eso quizá decía que la mentalidad de los juristas "es al fin y al cabo mentalidad dogmática, teológica y no científica, es decir, adhesión al Derecho positivo sólo porque es Derecho positivo y así, pues, fetichismo de la autoridad, adoración de las palabras de la ley" (*ibidem*, p. 100). Es curioso notar cómo Giannini respondió con argumentos que el Bobbio de después de la guerra, con un sistema político democrático, podría haber repetido casi al pie de la letra, pero de todos modos ni Giannini ni Capograssi aludirían para nada a argumentos de carácter ideológico o político (cfr. GIANNINI, M. S.: *Capograssi, G.; Bobbio, N., "Polemiche sulla interpretazione"*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXI, gennaio-aprile, nn. 1 y 2, 1941, pp. 101-113).

(12) "La filosofia del diritto di Julius Binder" [1943-1], p. 97; paradójicamente, dicho sea de paso, la posición ideológica nacional-socialista de Binder no tenía relación alguna con la ideología de Bobbio, por aquel entonces militante en la Resistenza antifascista (véase *infra*, § 28); pero ello podría ser una prueba más de que la teoría y la ideología no están tan relacionadas como a veces se piensa.

un espíritu filosófico escasamente aguerrido, hasta el punto de seguir todavía guiado por el prejuicio de que hay dos filosofías del Derecho, la de los filósofos y la de los juristas, una que parte de arriba y otra que parte de abajo, y de crear oportuno atenerse a la segunda, que es una media filosofía, es decir, al fin y al cabo, una no filosofía (13).

Tras la vacación jurídica que Bobbio toma en los años que rondan la liberación del fascismo (14), el cambio en su visión de la filosofía producido entonces no podía dejar de manifestarse en sus estudios jurídicos. Los motivos bobbianos de la «crisis de la filosofía» y de la filosofía antiespeculativa—filosofía positiva y filosofía como metodología— aparecen en su filosofía del Derecho precisando en algunos puntos y hasta dando la vuelta a sus posiciones de la etapa de formación. Ya en 1945, mientras la filosofía del Derecho era concebida como teoría de la justicia (15), se dejaba bien claro que «en cuanto concepto empírico, el concepto del Derecho no es un concepto filosófico, sino científico» (16). Y en 1950 se extendía ya el cometido de la filosofía jurídica no sólo a la teoría de la justicia, sino también a la metodología de la ciencia jurídica (17). Es curioso

(13) "Sulla filosofia dell'istituzione" [1940-2], p. 106; no obstante, en 1937 parecía dar Bobbio una de arena cuando alababa que en Francia y Bélgica se hubieran ocupado de la metodología de la ciencia jurídica más los juristas que los filósofos (cfr. rec. a DAINI, J., *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé* [1937-7], p. 265); pero interpreto que esta esporádica concesión se limita al estudio metodológico de la interpretación jurídica.

(14) Entre 1944 y 1948 solamente hay dos escritos bobbianos importantes propiamente jurídicos: las *Lezioni di filosofia del diritto*, de 1945 [1945-1], y la *Introduzione alla filosofia del diritto*, de 1948 [1948-1]; hay además una nota y cinco reseñas de carácter filosófico jurídico: 1945-14, 1946-17, 1946-18, 1948-14, 1948-16 y 1948-21, pero todo ello hace un número exiguo si se advierte que en ese mismo período Bobbio publica noventa y cuatro escritos.

(15) *Cfr. Lezioni...* [1945-1], p. 11.

(16) *Ibidem*, p. 63.

(17) *Cfr. Teoria della scienza giuridica* [1950-1], pp. 1-8; tiene razón Giuseppe Lumia cuando dice que sólo en 1950 Bobbio añade la función metodológica a la ideológica en su visión de la filosofía del Derecho (cfr. LUMIA, G.: *Empirismo logico e positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1963, págs. 49-50); en efecto, en la *Introduzione* de 1948, a pesar de comenzar definiendo a la filosofía como doctrina del método teórico y práctico, cuando se refería después a la filosofía jurídica la identificaba sin más con la

de todos modos que Bobbio haya tendido a privilegiar la identificación de la filosofía del Derecho con la teoría de la justicia (18), lo que suele producirse en contextos de dicotomización entre filosofía y ciencia (19). Pero cuando ha tratado específicamente la filosofía de las funciones de la filosofía del Derecho, su punto de vista es más complejo y matizado.

Así, en un artículo de 1957 sobre la filosofía jurídica italiana, describía las tres funciones que a principios de siglo se habían asignado en Italia a la filosofía jurídica: la función deontológica o teoría de la justicia, la función ontológica y la función fenomenológica; llama, respectivamente, teoría general del Derecho y sociología jurídica—añadía Bobbio por su cuenta una cuarta función, precisamente la función metodológica (20). Sin embargo, y esta matización parece importante, señalaba que esta división de materias estaba articulada desde el punto de vista conceptual porque ni la teoría general del Derecho ni la sociología jurídica serían materias ya propiamente filosóficas, sino científicas, aunque reconocía que desde un punto de vista práctico o académico las cuatro materias podrían se-

teoría de la justicia (la doctrina del método práctico, en su terminología): cfr. *Introduzione alla filosofia del diritto* [1948-1], pp. 44 y 50-51, respectivamente.

(18) Así, en un artículo de 1950, tras asignar a la filosofía jurídica tanto el problema metodológico como el de la justicia, terminaba identificando la filosofía del Derecho y teoría de la justicia (cfr. "Filosofía del diritto e teoria generale del diritto" [1950-7], ahora, por donde cito, en *Studi sulla teoria generale del diritto* [1955-2], pp. 29 y 48-52, respectivamente); la misma identificación entre filosofía jurídica y teoría de la justicia se encuentra en el recurso de 1952-1953, *Teoria della giustizia* [1953-1], pp. 5-8, o en la "Introduzione" a los *Studi sulla...* [1955-2], pp. v-vi.

(19) Por ejemplo en el siguiente texto: "La filosofía del Derecho, de hecho, tiende a ser una doctrina de los valores jurídicos con una intencionalidad ideológica, mientras que la ciencia en cambio, incluida la llamada teoría general del Derecho, tiende a ser una investigación empírica, con una intencionalidad descriptivo-reconstructiva." ("Per una classificazione degli imperativi giuridici" [1956-7], p. 122; ahora también en *Studi per una teoria generale del diritto* [1970-1], p. 30; trad. cast., pp. 305-306.)

(20) Cfr. "La filosofía del diritto in Italia" [1957-4]; ahora, por donde cito, en *Giustnaturalismo e positivismo giuridico* [1965-2], pp. 53-54; sobre este tema puede verse PARRARO, Enrico, *Filosofía del diritto. Diritto, Scienza giuridica*, Bologna, CLUEB, 1976, cap. I; hay trad. cast., con notas de J. Ithurri Mendí, *Filosofía del Derecho. Ciencia jurídica*, Madrid, Reus, 1980.

136

teoría de la justicia (la doctrina del método práctico, en su terminología): cfr. *Introduzione alla filosofia del diritto* [1948-1], pp. 44 y 50-51, respectivamente.

(18) Así, en un artículo de 1950, tras asignar a la filosofía jurídica tanto el problema metodológico como el de la justicia, terminaba identificando la filosofía del Derecho y teoría de la justicia (cfr. "Filosofía del diritto e teoria generale del diritto" [1950-7], ahora, por donde cito, en *Studi sulla teoria generale del diritto* [1955-2], pp. 29 y 48-52, respectivamente); la misma identificación entre filosofía jurídica y teoría de la justicia se encuentra en el recurso de 1952-1953, *Teoria della giustizia* [1953-1], pp. 5-8, o en la "Introduzione" a los *Studi sulla...* [1955-2], pp. v-vi.

(19) Por ejemplo en el siguiente texto: "La filosofía del Derecho, de hecho, tiende a ser una doctrina de los valores jurídicos con una intencionalidad ideológica, mientras que la ciencia en cambio, incluida la llamada teoría general del Derecho, tiende a ser una investigación empírica, con una intencionalidad descriptivo-reconstructiva." ("Per una classificazione degli imperativi giuridici" [1956-7], p. 122; ahora también en *Studi per una teoria generale del diritto* [1970-1], p. 30; trad. cast., pp. 305-306.)

(20) Cfr. "La filosofía del diritto in Italia" [1957-4]; ahora, por donde cito, en *Giustnaturalismo e positivismo giuridico* [1965-2], pp. 53-54; sobre este tema puede verse PARRARO, Enrico, *Filosofía del diritto. Diritto, Scienza giuridica*, Bologna, CLUEB, 1976, cap. I; hay trad. cast., con notas de J. Ithurri Mendí, *Filosofía del Derecho. Ciencia jurídica*, Madrid, Reus, 1980.

teoría de la justicia (la doctrina del método práctico, en su terminología): cfr. *Introduzione alla filosofia del diritto* [1948-1], pp. 44 y 50-51, respectivamente.

(18) Así, en un artículo de 1950, tras asignar a la filosofía jurídica tanto el problema metodológico como el de la justicia, terminaba identificando la filosofía del Derecho y teoría de la justicia (cfr. "Filosofía del diritto e teoria generale del diritto" [1950-7], ahora, por donde cito, en *Studi sulla teoria generale del diritto* [1955-2], pp. 29 y 48-52, respectivamente); la misma identificación entre filosofía jurídica y teoría de la justicia se encuentra en el recurso de 1952-1953, *Teoria della giustizia* [1953-1], pp. 5-8, o en la "Introduzione" a los *Studi sulla...* [1955-2], pp. v-vi.

(19) Por ejemplo en el siguiente texto: "La filosofía del Derecho, de hecho, tiende a ser una doctrina de los valores jurídicos con una intencionalidad ideológica, mientras que la ciencia en cambio, incluida la llamada teoría general del Derecho, tiende a ser una investigación empírica, con una intencionalidad descriptivo-reconstructiva." ("Per una classificazione degli imperativi giuridici" [1956-7], p. 122; ahora también en *Studi per una teoria generale del diritto* [1970-1], p. 30; trad. cast., pp. 305-306.)

(20) Cfr. "La filosofía del diritto in Italia" [1957-4]; ahora, por donde cito, en *Giustnaturalismo e positivismo giuridico* [1965-2], pp. 53-54; sobre este tema puede verse PARRARO, Enrico, *Filosofía del diritto. Diritto, Scienza giuridica*, Bologna, CLUEB, 1976, cap. I; hay trad. cast., con notas de J. Ithurri Mendí, *Filosofía del Derecho. Ciencia jurídica*, Madrid, Reus, 1980.

(21) Cfr. "La filosofía del diritto in Italia" [1957-4]; ahora, por donde cito, en *Giustnaturalismo...* [1965-2], pp. 54-55.

(22) "Nature et fonction de la philosophie du droit" [1962-12]; ahora, por donde cito, como "Natura e funzione della filosofia del diritto", en *Giustnaturalismo...* [1965-2], p. 37; trad. cast., p. 91.

(23) *Ibidem*, pp. 50-51; trad. cast., p. 101; podría ponerse en duda si Bobbio ha cambiado después de opinión respecto de esta propuesta final académica; así, en la "Introduzione" a *Giustnaturalismo...* [1965-2], decía de de desarticulada en muchas disciplinas particulares que requieren una competencia específica" (p. 9); es posible que con ello no pretendiera sino referirse al plano conceptual, pero no al académico, de la cuestión, el tema

Podría pensarse que la virtud que Bobbio atribuía a la filosofía de romper los diques de la embalsada ciencia jurídica era una continuación de la primitiva enemiga «antijuridicista» (por emplear un neologismo que me parece feliz). Pero no hay tal. A partir de 1949 comienza a privilegiar sin lugar a dudas el punto de vista de los juristas frente al de los filósofos. Y lo hace incluso respecto a una materia tan filosófica como la teoría de la justicia: así, en la «Prefazione» a *La giustizia*, de Chaim Perelman, escribía Bobbio que obra

merece ser leída tanto por los filósofos, que encontrarán en ella un ejemplo particularmente feliz de análisis desapasionado y riguroso de una materia que a menudo es de dominio reservado a los juicios de valor, si no incluso a las declamaciones (cuántas no habremos oído, en estos años, sobre el declamaciones natural!), y fácil ocasión de engañosas cabriolas [scambietti], cuanto por los juristas, que descubrirán en ella un método de investigación analítico, familiar para ellos, que no tiene nada que ver con las «abstruserías» filosóficas por ellos, con razón, aborrecidas (24).

Más aún, el mismo artículo de contestación a los *Archives* era citado en otro lugar como celebración personal de la muerte en él mismo del «Filósofo» (25):

carece ya casi de relevancia en Italia porque a partir de 1970 se han liberalizado los planes de estudios, de modo que algunas facultades de Derecho han desglosado de la tradicional matriz de la filosofía jurídica materias como la teoría general del Derecho o la sociología jurídica (cf. sobre ellas AA. VV., *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, a cargo de Sabino Cassese, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 33 y ss., 53 y ss., y 219 y ss.).

(24) «Prefazione» a PERELMAN, Chaim, *La giustizia* [1959-4], p. 6.
(25) Me refiero al artículo de 1952 sobre «Benedetto Croce. A dieci anni della morte» [1962-11], que comenzaba así: «De entre las muchas páginas de Croce, me ha quedado siempre grabada en la memoria desde el primer día que la lei (era todavía estudiante) aquella, por lo demás bien conocida, que comienza así: 'En Italia no reina ya en las mentes la figura del filósofo, del puro, del sublime filósofo, de aquel que, desprecupado de las cosas pequeñas, está atento a resolver el gran problema, el problema del Ser, no reina ya porque (si hay que decir la verdad, aunque con alguna ofensa a la modestia) a ese filósofo lo he hecho morir yo.' Desde entonces —reanuda Bobbio— he tenido siempre en mente el propósito de mostrar que en mí y después poco a poco en los pocos que venían a pedirme consejo, incluso a costa de hacer morir, junto con el filósofo, a la filosofía.' (Ahora, por donde cito, en *Italia civile* [1964-1], p. 71).

He celebrado a mi manera la muerte del Filósofo —y a la vez una privadísima conmemoración crociana mía— el año pasado cuando, invitado por un colega francés a exponer mi manera de entender la filosofía del Derecho, respondí, entre otras cosas, que había aprendido más de los juristas impuros, es decir, de los juristas que se plantean problemas generales del Derecho, como norma, ordenamiento jurídico, sanción, poder, soberanía, que de los filósofos puros del Derecho, los cuales sólo tenían ojos para el esplendor de la Justicia y oídos para las sublimes armonías del Orden social (26).

En dos puntos relacionados entre sí se manifestaba esa muerte filosófica que resucitaba a lo jurídico: en la preferencia por la filosofía jurídica elaborada por juristas y en el rechazo de la filosofía jurídica derivada de filosofías generales. Sobre lo primero decía:

Se entiende que la preferencia hacia las obras de los juristas que se elevan a la filosofía más que hacia la de los filósofos que se rebajan hasta el mundo del Derecho, revela la preferencia por un método, o, mejor, por un cierto estilo de trabajo, que es más fácil encontrar en las obras de los primeros que en las de los segundos: lo que caracteriza a este estilo de trabajo es la primacía dada al análisis sobre la síntesis, primacía fundada en la convicción de que, aun siendo análisis y síntesis momentos necesarios de toda investigación, es siempre preferible un análisis sin síntesis (lo que se les reprocha a menudo a los juristas-filósofos) que una síntesis sin análisis (que es el vicio común a los filósofos-juristas), al procurar el primero al menos buenos materiales para construir y al construir la segunda casas de arena a las que nadie iría a vivir de buena gana (27).

En cuanto a lo segundo, tomaba expresamente partido contra la idea de la filosofía jurídica como filosofía «aplicada» o *ancilla philosophiae*, que estaría aquejada del grave inconveniente de que

(26) *Ibidem*, p. 72; no sabría decir a ciencia cierta cuál es la «privadísima conmemoración crociana», pero quizá se tratara del 25.º ó 30.º aniversario de su encuentro personal con Croce.

(27) «Nature et fonction...» [1962-12]; ahora, por donde cito, en *Giustnaturalismo...* [1965-2], p. 44; trad. cast., p. 97.

la llamada aplicación se convierte a menudo en una transposición extrínseca, cuando no forzada, de soluciones de un campo al otro, con la consecuencia de que los problemas generales del Derecho no son estudiados partiendo desde la experiencia jurídica misma, sino de las soluciones dadas a problemas jurídicos más generales y en todo caso distintos (28).

Ciertamente, Bobbio precisaba en seguida que no pretendía declarar la guerra a la variedad de concepciones del mundo ni rechazar la existencia de una relativa influencia de las filosofías generales en la teoría general del Derecho (29). Sin embargo, a mi modo de ver, hay un cierto exceso polémico en la tajante contraposición entre filosofías del Derecho de juristas y filosofías del Derecho de filósofos, debido a dos tipos de razones diferentes. En primer lugar, se está oponiendo sobre todo, y una vez más, a la filosofía como concepción del mundo sistemática, dogmática y especulativa de la filosofía del Derecho habría de derivarse deductivamente como que la filosofía «aplicada». En segundo lugar, cuando paralelamente se refiere a las filosofías jurídicas realizadas por filósofos sólo en una de las partes de la filosofía del Derecho, precisamente la que para él no tiene un carácter propiamente filosófico: la teoría general del Derecho. En el fondo, ambos motivos son casi explícitos en un texto reciente que, además de mantener un mismo ardor polémico, da una explicación histórica personal relevante:

Quando comencé mis estudios la escena filosófica italiana estaba ocupada por las dos filosofías sistemáticas de Croce y de Gentile, que pueden ser inscritas, aun con todas las diferencias debidas, en el horizonte del gran sistema hegeliano. La mayor parte de los filósofos del Derecho estaban pendientes de exponer su manera de entender la colocación del Derecho en el sistema del Espíritu. El estudio concreto no podía satisfacer un propósito de este tipo más que declarando su adhesión a este o a aquel «ismo» filosófico. El campo se dividía entre idealistas, espiritualistas, positivistas, neo-kantianos. Una de las mayores preocupaciones de un filósofo del Derecho al comienzo

de su carrera era la de indicar la orientación propia, justificarla, defenderla de los ataques ajenos. Contaba más la etiqueta que el vino. Probablemente, por reacción contra este estado de cosas, nunca me he sentido atraído por los grandes temas filosóficos, que a menudo son pseudo-filosóficos y más a menudo son residuos de controversias verbales. Comencé pronto a ocuparme de temas circunscritos y concretos respecto a los cuales perdía todo significado la disputa acerca de la excelencia del positivismo sobre el idealismo, del neo-kantismo sobre el idealismo y así sucesivamente... (30).

Ahora bien, asumiendo el exceso crítico en lo que tiene de justa reacción, no me quedaría tranquilo si no hiciera dos observaciones que, una vez aceptadas, harían aceptable también la idea de que la filosofía del Derecho realizada por Bobbio, sin perder importantes elementos filosóficos, ha mirado más hacia el Derecho que hacia la «Filosofía». La primera observación es que incluso dentro del estrecho campo de la teoría general del Derecho, la alternativa entre juristas y filósofos no puede ser ni mucho menos tan rígida. En realidad, de los mismos autores que Bobbio ha citado alguna vez como representativos de la línea por él preferida —Hering, Gény, Ehrlich, Santi Romano, Kelsen, Ross y Hart (31)—, algunos de ellos han estado tan influidos por la filosofía (o por ciertas filosofías) como por el punto de vista más típicamente jurídico: por citar a los más influyentes en el propio Bobbio, que son además los más modernos, Kelsen, Ross y Hart han realizado extensas e importantes aplicaciones a la teoría jurídica de las filosofías, respectivamente, neokantiana, empirista escandinava y analítica oxoniense. Y el mismo Bobbio —sin que yo pretenda tanto etiquetar como situar— ha hecho una teoría del Derecho a la que no son ajenas, como se irá viendo en adelante, importantes presuposiciones y métodos propios de la filosofía empirista y analítica. Es verdad que estas filosofías no entran fácilmente en el catálogo de la «Filosofía», es decir de las filosofías sistemáticas y dogmáticas, en mi opinión acertadamente aborrecidas por Bobbio, pero también aquéllas son filosofías al fin y al cabo. Y, afor-

(28) *Ibidem*, p. 40; trad. cast., p. 94.

(29) *Cfr. ibidem*, p. 42; trad. cast., p. 95.

(30) «Prólogo a la edición española», en *Contribución a la teoría del Derecho* [1980-1], pp. 9-10.

(31) *Cfr. "Nature et fonction..."* [1982-12]; ahora, por donde cito, en *Glossaturalismo...* [1985-2], pp. 43-44; trad. cast., p. 96.

unadamente, eso se nota en las distintas teorías del Derecho de Kelsen, Ross, Hart y Bobbio.

La segunda observación afecta a las partes de la filosofía jurídica propiamente filosóficas según el mismo Bobbio: la metodología de la ciencia jurídica y la teoría de la justicia. En estos campos la filosofía es completamente inevitable, por más que se trate de una filosofía problemática y no sistemática y analítica y no sintética. Claro que tales temas podrían haber sido evitados por Bobbio, según podría dar a entender su declaración del texto últimamente citado de que no se ha ocupado de los «grandes temas filosóficos». Sin embargo, si tal expresión no se entiende como tratamiento exclusivo, el espíritu, la idea o el alma, desde luego que Bobbio ha tratado los grandes problemas filosóficos, desde el del conocimiento científico o el del *status* de los juicios de valor hasta el problema de la justicia o de la libertad. Ello no impide que una buena parte de la producción jurídica bobbiana se refiera a temas de teoría general del Derecho útil para los juristas, pero esa parte ni ha sido tan antifilosófica (y menos anti-filosófica) ni ha constituido el todo de su labor: también hay un importante lugar en su producción jurídica para la dedicación metodológica y —descontando que nominalmente pueda ser también considerada como filosofía política— para la preocupación por los valores de la justicia. Precisamente, el presente capítulo se ocupa de la metodología del conocimiento jurídico propugnada por Bobbio, el capítulo siguiente de la teoría general del Derecho propuesta y realizada por él y el último de la teoría de la justicia, tanto como meta-teórica como teoría positiva. Así pues, por recoger exclusivamente uno de los temas fundamentales del capítulo anterior, Bobbio no ha dejado de hacer filosofía, no sólo como metodología, sino como concepción del mundo. No hay duda de que no todo ha sido filosofía, pero su insistencia en velar lo filosófico merecía mi insistencia en desvelarlo.

8. Descriptividad y prescriptividad en la metodología del conocimiento jurídico

Formalmente al menos, la distinción entre metodología descriptiva y metodología prescriptiva es fácil de establecer. Una metodología es descriptiva cuando se limita a poner de manifiesto sin más los mé-

todos utilizados en una ciencia y prescriptiva cuando propugna —no necesariamente de manera imperativa— un modelo metódico que un determinado tipo de estudios ha de seguir para ser considerado científico. En el campo de la llamada ciencia jurídica, la anterior distinción se ha formulado como diferencia entre metajurisprudencia descriptiva y metajurisprudencia prescriptiva (32): la primera sería la teoría de la ciencia jurídica que se limita a decir cuáles son las operaciones efectivamente realizadas por los juristas con independencia de que sean o no propiamente científicas; la segunda, la que exige o recomienda a la jurisprudencia el cumplimiento de determinados requisitos para ser considerada verdadera ciencia o la que, sin más, establece lo que deben hacer los juristas (33). Por lo demás, lo que vale para la ciencia o la jurisprudencia, que en este caso es el lenguaje-objeto, vale también para la propia metodología —que es un metalenguaje a su vez susceptible de ser el lenguaje-objeto de un metalenguaje ulterior—, de modo que se puede analizar una infinita jerarquía de lenguajes con la referida distinción: la metodología de la metodología (la metametodología o, en el caso del Derecho, la metajurisprudencia) también puede ser descriptiva o prescriptiva, y así sucesivamente. Esto es de interés tenerlo en cuenta porque la prescriptividad o descriptividad de un metalenguaje metodológico no implica la de su lenguaje-objeto ni viceversa; es decir, que cabe *prescribir* una metodología descriptiva sin dejar de hacer metametodología prescriptiva, como cabe *describir* una metodología prescriptiva sin dejar de hacer metametodología descriptiva.

Si en la teoría rigen bien las anteriores distinciones, en la práctica no siempre es tan fácil distinguir entre la descripción y la prescripción, especialmente en el siempre más comprometido campo de las ciencias sociales. No es inusual en este sentido que un autor se proponga realizar una metodología descriptiva y haga en realidad

(32) El término "jurisprudencia" se toma siempre aquí como sinónimo de "ciencia jurídica", en el sentido de dogmática jurídica, y para referirse al conjunto de estudios que sobre el Derecho se realizan habitualmente en las facultades de Derecho; por su parte, el término "metajurisprudencia" significa metodología de la jurisprudencia (debería precisarse, de todos modos, que lo metalingüístico —y la consiguiente anteposición de un "meta..."— tiene a veces un sentido más amplio, que comprende lo metodológico pero que no se agota en ello).

(33) Cfr. en sentido similar "Essere e dover essere nella scienza giuridica" [1967-2], § 2; ahora también en *Studi per...* [1970-1].

una metodología prescriptiva. Esta consecuencia es atribuible más a la propia naturaleza de la metodología que a infidelidades o incoherencias entre el pensamiento y la práctica (entre lo que se cree hacer y lo que efectivamente se hace): podría decirse que en la metodología —especialmente de las ciencias sociales— parece haber una tendencia «natural» a la prescriptividad, pues quien escribe sobre ello no suele detenerse en la mera descripción, sino que utiliza ésta como plataforma para la aprobación o la crítica del método considerado. La razón de esa tendencia bien podría estar en que mientras es posible decir que una metodología es en realidad prescriptiva bajo apariencia descriptiva, no parece posible afirmar que una metodología es en realidad descriptiva bajo apariencia prescriptiva: lo que significa que la prescripción constituye un *plus* que se añade a la descripción sin que sea cierto lo contrario, de tal modo que no es difícil metodología prescriptiva. Sea como sea en general, el caso de Bobbio creo que permite ejemplificar estas observaciones tocándolas casi con la mano.

En su etapa de formación no hay duda de que Bobbio practica una metodología jurídica prescriptiva, tanto porque atribuye carácter científico a la teoría general del Derecho como porque se lo niega a la dogmática jurídica. La duda puede plantearse respecto de sus escritos metodológicos de alrededor de 1949, hasta el punto de que Riccardo Guastini ha sostenido que Bobbio defiende entonces una metodología descriptiva de la labor científica de los juristas (34). Con todo, el mismo Guastini se ve obligado a precisar en nota que a decir verdad, el carácter descriptivo de la metodología y de la metajurisprudencia que se encuentra en estos textos de Bobbio no es en absoluto pacífico. Bobbio presenta su discurso como asertivo de lo que los juristas hacen habitualmente; hay, sin embargo, indicios semánticos (como el empleo del vocablo «función» en enunciados del tipo «función del jurista es...») que hacen atendible una interpretación en sentido preceptivo de aquel discurso (35).

(34) Cfr. GUASTINI, Riccardo, "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto. (I) 1949-1960", en AA. VV., *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Giovanni Tarello, vol. VIII, 1/1978, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 295 y 298.

(35) *Ibidem*, p. 298, nota.

Ahora bien, ya he sostenido en otra ocasión que creo conveniente ir más lejos que Guastini hasta afirmar que la metodología bobiana de esa época es sin más prescriptiva (36). Aunque la apariencia formal de los escritos de 1950 es descriptiva, en la medida en que se parte de lo que los juristas hacen, lo cierto es que funcionalmente se pretende que *deben* hacer lo que ya en parte vienen haciendo de hecho: y si, como monseñor Jourdain con la prosa, «el jurista hace ciencia sin saberlo» (37), también Bobbio estaba haciendo metajurisprudencia prescriptiva quizá sin saberlo. Y no se trata sólo de que Bobbio empleara el término «función», sino de que la misma función de sus escritos era convencer de que la labor de los juristas, con ciertas correcciones, encaja en determinados módulos de cientificidad. Es tal interés en encajar a la jurisprudencia dentro de la ciencia el que tiñe todo el discurso de prescriptividad (38), sin contar con que también se reconocía que no todas las labores de los juristas pueden considerarse científicas (39). Resumiendo, la metodología practicada por Bobbio en 1950 es prescriptiva al menos en dos sentidos: por un lado, en la medida en que se sostiene que no todo lo que hacen los juristas deben seguir haciéndolo si quieren que su tarea sea científica; por otro lado, en la medida en que se propugna que los juristas deben seguir haciendo lo que ya hacen según determinadas pautas consideradas científicas.

Aceptado lo anterior, Bobbio parece que cambió de manera de ver las cosas muy poco tiempo después, al proponer hacer una metodología descriptiva —desde una metametodología prescriptiva, pero eso está en otro plano— de la jurisprudencia:

(36) Cfr. Ruiz Miguel, A., "Bobbio y el positivismo jurídico italiano", estudio preliminar a Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, p. 21; de acuerdo, BRUNTI, Massimo, "Teoría e trasformazione dello Stato negli scritti di Norberto Bobbio", *Democrazia e diritto*, XVIII, n. 1, 1978, p. 43.

(37) "Scienza del diritto e analisi del linguaggio" [1950-61], p. 65; ahora también en AA. VV., *Diritto e analisi del linguaggio* [1975-80], p. 324; traducción castellana, p. 200.

(38) Por ejemplo, Bobbio defendía a la teoría normativista frente a las "incautas representaciones" de sociologistas e insnaturalistas diciendo que "no hay jurisprudencia fuera de la regla y de lo regulado" (*Ibidem*, págs. 42, 304 y 195, respectivamente); o que la jurisprudencia "debe transformar el discurso legislativo en un discurso riguroso" (*Ibidem*, pp. 45, 306 y 187, respectivamente).

(39) Por ejemplo, en materia de interpretación doctrinal, Bobbio citaba algunas disputas meramente nominales: cfr. *Ibidem*, pp. 47-50, 308-311 y 188-190, respectivamente.

Concluyo observando que demasiado a menudo, al considerar la investigación jurídica como un bloque único, se ha tratado de dar de ella una definición global. Son definiciones destinadas a dejar el tiempo como lo encuentran. Sería aconsejable orientar la investigación de los filósofos del Derecho, que manifiestan amar demasiado las fórmulas generales, hacia la puesta de relieve, descripción y análisis de las argumentaciones usadas generalmente por los especialistas de la investigación jurídica, como hacían los lógicos medievales. Pero para hacer esto hay que partir, en vez de desde abstractas clasificaciones de las ciencias, del paciente estudio de los libros de los juristas, para pillarles, como suele decirse, en plena faena (40).

El problema está en que el mismo Bobbio no ha sido fiel —quizá porque no ha podido serlo— a ese modelo por él mismo propugnado. Su defensa del normativismo ha seguido teniendo carácter de metodología prescriptiva, como puede comprobarse por un texto un poco posterior al anterior en donde decía que ningún motivo ideológico cancela el «hecho» de que el jurista

tenga el deber de distinguir las normas válidas de las inválidas, independientemente del hecho de que repugnen o no a la ciencia propia y ajena (41).

La posterior producción bobbiana se ha desarrollado en este contraste entre la propuesta metametodológica de hacer una metodología descriptiva y la realización de hecho de una metodología prescriptiva, como si caminara sobre dos orillas diferentes. Así, por ejemplo, a modo de ejemplo, mientras por un lado ha propuesto, en vez de construir un modelo extraído de los más diversos campos para adaptarlo al trabajo del jurista, comenzar a hacer un análisis de los distintos tipos de argumentación usados por los juristas en su trabajo cotidiano (42),

(40) "Considérations introductives sur le raisonnement des juristes" [1954-18]; también, por donde cito, como "Sul ragionamento dei giuristi" [1955-131], p. 13.

(41) "La teoría pura del diritto e i suoi criteri" [1954-19]; ahora, por donde cito, en *Studi sulla...* [1955-2], p. 81; trad. cast., p. 123; subr. mio. (42) "Nature et fonction..." [1962-12]; ahora, por donde cito, en *Giurisfilosofia del diritto in Italia* [1957-4], p. 100; cfr. en igual sentido, "La *raïsmo...* [1965-2], pp. 69-70.

por otro lado no ha dejado de incumplir la anterior prescripción cuando ha sostenido que

el jurista, cualquiera que sea el principio en que se inspire, cualquiera que sean las innovaciones que introduzca en los procedimientos interpretativos, *tiene la tarea de establecer no lo que es, sino lo que debe ser (43).*

Si acaso, la síntesis de la anterior contradicción quedaba plasmada en una ponencia de 1967 sobre la ciencia jurídica en donde terminaba reconociendo que la defensa de una metodología descriptiva no implica la supresión del momento prescriptivo:

al poner en evidencia el interés predominante por una metajurisprudencia descriptiva en la fase actual de los estudios sobre la ciencia jurídica, nos hemos limitado a constatar una tendencia. En absoluto hemos pretendido prescribir a la metajurisprudencia que sea descriptiva. Hemos descrito una orientación, no propuesto un ideal. No tenemos ninguna duda sobre el hecho de que la metajurisprudencia no puede renunciar a su función prescriptiva (44).

Pero aquí, como puede verse, la contradicción se resuelve porque Bobbio invierte su anterior propuesta, que prescribía a la metodología descriptiva, para limitarse ahora a constatar que la metodología tiene a describir sin poder dejar de prescribir.

En realidad, además, la constatación de que la metajurisprudencia italiana de los últimos veinte años ha tendido a ser más descriptiva que prescriptiva parece ser discutible. El mismo Bobbio ha observado años más tarde que el afán de los teóricos de izquierda en poner de relieve la función ideológico-política de la labor efectiva del jurista, en último término tenía a su vez la función de proponer un nuevo modelo de jurisprudencia políticamente prescriptivo (45). Lo cual parece mostrar la dificultad de limitarse a hacer metodología

(43) "Über den Begriff der 'Natur der Sache'" [1958-8], ahora, por donde cito, como "La nature delle cose", en *Giurisfilosofia...* [1965-2], p. 211, traducción cast., p. 153; subr. mio.

(44) "Essere e dover essere nella scienza giuridica" [1967-2]; ahora, por donde cito, en *Studi per...* [1970-1], pp. 171-172; trad. cast., p. 222.

(45) Cfr. "Filosofía del diritto e scienza del diritto in Italia nell'ultimo cinquantennio" [1980-3].

descriptiva dentro de lo que Mario Jori ha llamado el campo de las ciencias no ortodoxas, en donde para él la metodología es inevitablemente prescriptiva (46). Sin atreverme a sostener la imposibilidad absoluta de la metodología descriptiva incluso en ese campo, lo cierto es que el conjunto de la obra de Bobbio no puede ser un ejemplo de ese tipo de metodología. A partir de 1949 ha propuesto acoger en todo momento el modelo de ciencia jurídica a grandes rasgos seguido en Europa y con ello ha tendido a consolidarlo. Así, su metodología no ha sido sólo prescriptiva por animar a los juristas a seguir haciendo lo que hacen, sino también porque en los momentos en que ha propuesto hacer una metodología descriptiva ha estado prescribiendo un cierto modelo de jurista.

En efecto, dentro del contexto, cuando Bobbio recomendaba no dar modelos nuevos a los juristas, sino fijarse en lo que éstos hacen, no dejaba de propugnar un modelo. Si se me permite una comparación, el caso es similar al de una imaginaria reunión de políticos que discuten si los automóviles deben andar con gasolina, con energía nuclear o con gasógeno en función de mantener o de cambiar el sistema de fabricación de coches; si en la disputa hubiera un político que dijera: «No quiero entrar en la disputa ni defender ninguna de las tres alternativas, sino proponer que miremos cómo se fabrican ahora los coches», es muy probable —y sería justo— que los demás contestaran que en realidad estaba proponiendo seguir con la gasolina. Si se supone que los políticos son los metodólogos, que la fabricación de coches corresponde a la interpretación doctrinal del Derecho en Italia o en España y que el sistema de gasolina corresponde al método positivista, mientras que el gasógeno y la energía nuclear son, por aquello del ineficaz pasado y del futuro incierto, el método iusnaturalista y el método o uso alternativo del Derecho, no será difícil echar las sumas. Si acaso convenirá precisar más qué es lo que Bobbio ha sostenido que los juristas hacen y deben hacer, pero ésa es la tarea de los apartados que siguen, en donde se podrá ver también que, como ocurre con la gasolina, hay positivismos de distintos tipos.

(46) Cfr. JORI, M., *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 38-45.

9. La distinción entre jurisprudencia y teoría general del Derecho

Al igual que «filosofía del Derecho», también la expresión «ciencia del Derecho» puede ser utilizada con dos significados, uno estricto y otro más amplio. En un sentido estricto, «ciencia jurídica» alude a los estudios de dogmática jurídica —que interpreta y ordena las normas según una división del trabajo por ramas (Derecho civil, Derecho penal, Derecho administrativo, Derecho internacional, etc.): es en este sentido estricto en el que se habla también de «jurisprudencia» en uno de los varios significados de esta palabra. En un sentido amplio, en cambio, «ciencia jurídica» alude a toda actividad pretendidamente cognoscitiva sobre el Derecho propia de los juristas y comprende tanto la dogmática jurídica o jurisprudencia como la teoría general, que estudia los temas más generales relativos al Derecho con tendencia a establecer estructuras comunes no sólo a todas las ramas de un Derecho, sino incluso a sistemas jurídicos de diferentes países. En lo que sigue, términos como «dogmática» y «jurisprudencia» se emplearán siempre como sinónimos de ciencia jurídica en sentido estricto; a su vez, salvo que se advierta en contrario, también «ciencia jurídica» se empleará en su sentido estricto. Estas convenciones terminológicas coinciden sustancialmente con las seguidas por el propio Bobbio en su obra de madurez, aunque no tanto con las de sus primeros escritos.

En efecto, en contraste con las anteriores convenciones terminológicas, Bobbio mantendrá en sus primeros estudios un concepto de ciencia jurídica diferente y, junto a ello, una distinta terminología. Como ya se dijo, en la etapa fenomenológica consideró a la dogmática jurídica como técnica, dando el carácter de ciencia jurídica propiamente dicha a la «ontología jurídica», un tipo de estudio a grandes rasgos coincidente con lo que después llamaría teoría general del Derecho (47). Ya en 1938 «teoría general del Derecho» y «dogmática jurídica» se contraponen como expresiones sinónimas de ciencia jurídica y técnica jurídica, respectivamente (48); sin embargo, Bobbio hablaba entonces de «jurisprudencia» como sinónimo de ciencia ju-

(47) Cfr. *L'indirizzo...* [1934-2], pp. 121-122, y *Scienza e tecnica...* [1934-3], *passim* y especialmente cap. II.

(48) Cfr. *L'analogia nella logica del diritto* [1938-1], p. 196.

rídica (49), por lo que venía a identificarla con la teoría general del Derecho. La anterior configuración permanece inalterada en las *Lezioni* de 1940-41 y de 1941-42, salvo ciertas fluctuaciones que no merecen destacarse (50), caracterizando a la dogmática jurídica como estudio de un determinado ordenamiento jurídico positivo y a la teoría general del Derecho como «investigación en torno al ordenamiento en general» (51) y, más precisamente, como estudio de «algunos problemas comunes a todos los ordenamientos posibles» con «abstracción de la referencia a un particular ordenamiento positivo» (52). Así pues, no es difícil concluir que la teoría general del Derecho asuma carácter científico según los módulos idealistas por que en último término se definía como una ontología general independiente de los Derechos empíricos.

A partir de 1945 Bobbio dejará los presupuestos fenomenológicos e idealistas que gravitaban en las anteriores concepciones y revisará la distinción entre dogmática jurídica y teoría general del Derecho en su terminología, en su contenido y en su valor cognoscitivo. Aunque formalmente se mantienen ciertos elementos de la primitiva clasificación, en los escritos jurídicos de 1949 y 1950 Bobbio va a admitir que tanto la dogmática jurídica como la teoría general del Derecho son disciplinas científicas y no técnicas, como se verá con mayor detalle más tarde. Desde esa consideración unitaria, la diferenciación entre la dogmática jurídica —de ahora en adelante llamada también jurisprudencia o ciencia jurídica sin más— y la teoría general del Derecho se produce mediante un criterio que se mantendrá establemente durante muchos años. Según se decía en un artículo sobre Francesco Carnelutti,

la relación entre teoría general del Derecho y disciplinas particulares no es configurable como relación de género a especie,

(49) Cfr. *ibidem*, pp. 100 y ss.

(50) Así, en las *Lezioni di filosofia del diritto* de 1940-41 [1941-1], se utilizaba la expresión "ciencia jurídica" en sentido amplio, comprensivo tanto de la dogmática como de la teoría general del Derecho (cfr. p. 186); también en las *Lezioni del curso siguiente* [1942-2] se distinguía entre las ciencias jurídicas particulares o dogmática jurídica y la ciencia jurídica general o teoría general del Derecho (cfr. pp. 129-130).

(51) *Lezioni*... [1941-1], p. 50.

(52) *Lezioni*... [1942-2], p. 130.

ni de todo a parte, sino solamente como relación de forma a contenido (53);

o, según se afirmaba en la *Teoria della scienza giuridica* y en «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», la teoría general del Derecho se dedicaría a «analizar la regla en cuanto tal», mientras que la jurisprudencia estudiaría «el contenido de la regla, es decir, lo *regulado*» (54); o, en fin, el estudio de teoría general del Derecho.

responde a la pregunta fundamental: ¿cómo está constituido el ordenamiento jurídico? [...] Y el estudio de la jurisprudencia] a otra pregunta fundamental: ¿qué establece ese conjunto de reglas de las que se compone un ordenamiento jurídico? Los problemas del primero son *estructurales* y los del segundo *sustanciales* (55).

Naturalmente, el mayor problema que plantean estas diferencias es el de saber si entre teoría general del Derecho y jurisprudencia hay un salto cualitativo que permita atribuir a una y otra caracteres diferentes. En su estudio sobre Carnelutti comenzaba Bobbio planteando la cuestión matizadamente para llegar al fin a una solución que acentuaba más la separación que la relación entre ambas materias:

Se trata de dos series distintas de problemas que tienen entre ellas, sí, una estrechísima conexión, como está necesariamente conectado un recipiente a su contenido en el sentido de que no todo recipiente sirve para recibir cualquier contenido y viceversa (y en efecto, ¿quién podría estudiar la institución de la propiedad sin haber resuelto el problema de la naturaleza del derecho subjetivo?, etc.), pero no son totalmente recabables los unos de los otros. Especifíquese cuanto se quiera un problema de teoría general del Derecho y háblese, por ejemplo, de fuentes del Derecho civil, de interpretación de los actos

(53) "Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto" [1948-3]; ahora, por dónde cito, en *Studi sulla...* [1955-2], p. 4.

(54) "Scienza del diritto" [1950-6], p. 41 [1976-45], p. 303; trad. cast., página 185; en sentido muy similar, cfr. *Teoria della scienza giuridica* [1950-1], pp. 39 y 166.

(55) "Filosofía del diritto e teoria generale del diritto" [1950-7]; ahora, por donde cito, en *Studi sulla...* [1955-2], p. 35; trad. cast., p. 76.

administrativos, de destinatarios de las normas penales, de derecho subjetivo en la acción civil, etc., que los problemas aquí indicados, por muy específicos que sean, serán siempre problemas de teoría general del Derecho y no, respectivamente, del Derecho civil, del Derecho administrativo, del Derecho penal, del Derecho procesal civil. Generalícese cuanto se quiera un problema propio de las disciplinas particulares y hállese de doctrina general de la propiedad, de la competencia, etc., que no se tendrá nunca un problema de teoría general del Derecho (56).

La conclusión de Bobbio sugiere claramente que entre teoría general del Derecho y jurisprudencia hay tantas diferencias, póngase por caso, como las que existen entre la sintaxis y la semántica en la teoría lingüística o entre anatomía e histología en medicina. Pero con la peculiaridad, por decirlo en términos geométricos, de que teoría general del Derecho y jurisprudencia serían como dos líneas paralelas que caminarían una al lado de la otra sin llegar a juntarse nunca. En mi opinión, parece producirse así una cierta esencialización de la diferencia entre ambas disciplinas que exagera la discontinuidad, como ya fue notado en 1956 por Alessandro Groppali, que desde presupuestos positivistas tradicionales se opuso a la rígida separación bobbiana entre forma y contenido: sus dos argumentos fundamentales eran que el estudio formal del Derecho no es más que una generalización del estudio material y que las normas jurídicas no permanecen formalmente invariables a través de los cambios de contenido (57).

El interés del tema requeriría un estudio detenido y profundo que aquí no puede pasar del esbozo a efectos de ordenar la posterior jurisprudencia sobre el carácter científico de los estudios jurídicos, sean de jurisprudencia o de teoría general del Derecho. Dejando de lado el aspecto disciplinar-académico de la cuestión —que afecta al tema de si la teoría general del Derecho debe ser una disciplina diferenciada de las disciplinas particulares o integrada en ellas—, el problema importante y previo es el mismo que Bobbio plantea, es decir, el de

(56) "Francesco Carnelutti..." [1949-51, en *Studi sulla...* (1955-21, págs. 5-6).

(57) Cfr. Groppali, A., "Sull'oggetto della teoria generale del diritto", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXIII, n. 3, 1956, pp. 300-304.

La autonomía o interrelación desde el punto de vista conceptual. Para desbrozarlo aduciré dos tipos de argumentos: primero, que la distinción entre forma y contenido no es tan esencial ni tan tajante como Bobbio pretende; y, segundo, que los problemas metodológicos que afectan a la jurisprudencia son comunes con la teoría general del Derecho. Pero antes de entrar en estos argumentos conviene anotar dos observaciones previas.

La primera de ellas es que sería necesario estudiar preliminarmente si todos los temas que se estudian bajo el manto de «teoría general del Derecho» son homogéneos y tienen iguales o semejantes características teóricas. Por indicar brevemente lo que quiero decir, es posible que la discusión sobre la validez de las normas o sobre las antinomias normativas tenga poco que ver con la discusión sobre los operadores lógico-deónticos o sobre el tipo de lenguaje utilizado por el Derecho. La diferencia no está solamente en que los temas citados en primer lugar suelen ser objeto de regulación normativa directa y los segundos no pueden serlo, sino sobre todo en que los segundos parecen plantearse más bien en el campo de la lógica formal y la teoría del lenguaje. Por ello, la solución que de ellos se da parece válida en principio no sólo para todo Derecho, sino para cualquier sistema normativo, mientras que en los primeros la discusión tiene carácter material y su solución puede variar de un Derecho a otro. Quizá el problema podría ser resuelto mediante la distinción entre teoría general del Derecho y lógica jurídica, a pesar de que teorías del Derecho como las de Kelsen o Bobbio no distinguen tajantemente entre ambos tipos de estudio. El tema merecería mayor atención, por lo que las argumentaciones que en seguida se harán no pretenden referirse en principio a estos temas que pueden considerarse de lógica jurídica.

La segunda observación previa afecta a los diferentes grados de abstracción de la teoría general del Derecho: en el grado mínimo se encontrarían las teorías generales de una rama del Derecho en un determinado país (por ejemplo, la teoría general del Derecho administrativo español); en un grado superior, la teoría general de un determinado Derecho positivo (por ejemplo, la teoría general del Derecho español), y en un grado mayor de abstracción, la teoría general de todo Derecho. Naturalmente, entre estos tres grandes cabos caben abstracciones intermedias (por ejemplo, la teoría general del Derecho europeo continental) y entrecruzamientos especiales y temáticos (por

ejemplo, la teoría general de todo Derecho administrativo). El problema está en que el máximo grado de abstracción en estos estudios —la teoría general de todo Derecho— entronca con la tradición filosófico-jurídica continental de buscar la determinación del concepto esencial y *a priori* del Derecho, que tiende a inclinar peligrosamente a la teoría general del Derecho a perder de vista su carácter inductivo (58). Este riesgo de esencialización de los conceptos y resultados de la teoría general del Derecho, que ha sido corrido con creces por un Kelsen (59), lo ha evitado Bobbio gracias a su concepción empirista de la ciencia como generalización de datos concretos. Pues bien, con mayor o menor abstracción, el modelo de teoría general del Derecho sobre el que aquí se discute es el inductivo y no el deductivo, es decir, el que ve a la teoría jurídica como abstracción y generalización de datos que pretenden obtenerse a partir de los Derechos existentes y no como conjunto de caracteres esenciales y apriorísticos que todo Derecho ha de cumplir para ser tal.

Con las dos observaciones anteriores como trasfondo se puede entrar ya en la discusión de los dos argumentos anunciados. El primero tiende a poner de manifiesto que la distinción entre forma y contenido, en la que se basa la diferenciación bobbiana entre teoría del Derecho y jurisprudencia, no es una distinción tajante que sirva para separar dos órdenes de estudios incommunicables (60). En las

(58) Cfr. sobre ello las observaciones críticas de Losano, Mario, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Torino, Einaudi, 1978, § 89; hay trad. cast., *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*, Madrid, Debate, 1982.

(59) Véase, a modo de ejemplo, el ambiguo texto de Kelsen con el que comienza un artículo dedicado a comparar la teoría pura del Derecho con la jurisprudencia analítica: "La teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo, no una exposición o interpretación de un orden jurídico particular. De la comparación de todos los fenómenos que llamamos Derecho busca descubrir la naturaleza del Derecho mismo, determinar su estructura y sus formas típicas, independientemente del contenido variable que presenta en las diferentes épocas y en los distintos pueblos. Así ella obtiene los principios fundamentales con los que podemos comprender cualquier orden jurídico." ("The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, LV n. 1, 1941; hay trad. cast., "La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica", en *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946, 2.ª ed., por la que cito, México, Editora Nacional, 1979, p. 209.)

(60) Cfr. de acuerdo, Scarpelli, Uberto, "Teoria formale e teoria strutturale del diritto. Per la dissoluzione della metafora formalistica", en AA. VV., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1980, páginas 1674-1675.

teorías generales del Derecho usuales hoy, y también en la elaborada por Bobbio, existen materias calificadas como estructurales que, sin embargo, tienen en cuenta partes importantes del contenido del Derecho o Derechos de que tratan: por ejemplo, se estudian e interpretan las normas que regulan la producción de normas, las que regulan la jerarquía normativa o las que establecen las condiciones de la nulidad de las normas o de los contratos. En esto la teoría general del Derecho no es estudio de formas, sino de contenidos. Por el otro lado, también en la jurisprudencia es preciso comenzar por un análisis estructural para estudiar los contenidos de las normas llamadas sustanciales, pues para decidir si una norma es válida es preciso atender antes a los rasgos predominantemente estructurales del Derecho de que se trate. En este aspecto, entre teoría general y jurisprudencia parece existir una relevante continuidad desde el punto de vista temático: la teoría general del Derecho podría ser considerada en realidad como una rama más de la jurisprudencia, dedicada a estudiar algunos de los contenidos normativos formales o adjetivos (digo «algunos» porque una materia como el Derecho procesal, cuya adscripción a la jurisprudencia y no a la teoría general es pacífica, también estudia contenidos formales). Por ello, no habría más razones para diferenciar a ambas como dos estudios tajantemente separados que las que hay para diferenciar el estudio del Derecho penal del estudio del Derecho procesal penal, por ejemplo. Su autonomía teórica es convencional y no esencial: el análisis de las normas que regulan la producción, la interpretación, la derogación o la nulidad en un ordenamiento jurídico no se distingue esencialmente del análisis de las normas que regulan el juicio de mayor cuantía, la propiedad horizontal, los poderes del Parlamento o el robo con homicidio, que son materias típicas de la jurisprudencia. En este sentido, tan diferentes son los anteriores temas de estudio jurisprudencial entre sí como en relación con los temas de la teoría general del Derecho.

La segunda argumentación para mostrar la continuidad entre teoría del Derecho y jurisprudencia se refiere al estatuto metodológico de una y otra. La diferenciación esencial de ambas podría venir por la consideración de que al ser la teoría general —especialmente la que opera en los niveles más abstractos— una disciplina que estudia estructuras comunes a distintos fenómenos jurídicos, su objetividad sería mayor que la de la jurisprudencia, que estudia contenidos apa-

rentemente más variables. Así, de la mayor afinidad —y en algunos casos identidad— entre estructuras jurídicas de distintos países o materias se deduciría una menor coloración ideológica de las normas y estructuras sobre las que se construye la teoría del Derecho y, en consecuencia, una mayor objetividad de la propia teoría. Ahora bien, si la teoría general no pretende suministrar una determinación apriorística de lo jurídico, no se ve ninguna diferencia sustancial con las generalizaciones y abstracciones de la jurisprudencia, que también construye categorías genéricas, como la del negocio jurídico, la del tributo o la del acto administrativo. Por este camino a lo más que podría llegarse es a señalar que la teoría general se parece más a los estudios de Derecho comparado que a los de las disciplinas concretas del Derecho de un solo país. Sin embargo, ni hay inconveniente ninguno en hacer teoría general del Derecho de un determinado país ni el Derecho comparado se ha pretendido nunca que sea sustancialmente distinto —en el sentido de más objetivo— de los estudios dogmáticos sobre el Derecho. Lo mismo debe concluirse para la teoría general, aunque no se limite al Derecho de un solo país.

Si el mismo problema se mira desde el otro lado, es decir, desde la discusión sobre el contenido ideológico de la teoría del Derecho y de la jurisprudencia, la conclusión no puede ser diferente. En primer lugar, se puede comenzar poniendo en cuestión el hecho mismo de que las variaciones en la estructura jurídica sean menores de sistema a sistema que las de contenido (admitiendo que la distinción entre estructura y contenido puede mantenerse convencionalmente). Aunque en determinadas materias, como la estructura lógica de las normas, las variaciones sean efectivamente mínimas o no existan, en cuestiones predominantemente estructurales tan importantes como la jerarquía normativa, los criterios de validez y de nulidad, las reglas interpretativas o los medios de integración de las lagunas, las variaciones entre distintos Derechos pueden reputarse tan grandes como las que se dan, por ejemplo, entre la regulación de la filiación o del arbitraje. Además, tampoco es nada misterioso —ni, sobre todo, diferente— el que existan temas como la estructura lógica de la norma o quizá también las situaciones jurídicas subjetivas (concepto de deber jurídico, de derecho subjetivo, de relación jurídica...) que sufran menos variaciones. Pues se trata de conceptos tan generales y abstractos que pueden ser aplicados a todos los sistemas, del mismo modo que con los contenidos del Derecho se pueden conseguir abs-

tracciones que también rigen para todo Derecho, como sería, por ejemplo, la afirmación de que todos los sistemas jurídicos regulan la apropiación, posesión y distribución de bienes o de que establecen algunas sanciones para las conductas consideradas dañinas (por cierto que de este tipo es la hipótesis de Hart sobre el «contenido mínimo del Derecho natural», incluida sin problemas en su teoría del Derecho (61)). En ambos casos, se trate de estructuras o de contenidos, se llega a proposiciones muy genéricas que tienen una mayor extensión sólo a costa de perder profundidad, en definitiva, que son más objetivas en el sentido de que son más abstractas, pero no en el sentido de que son más descriptivas.

Y en realidad el problema de la introducción de valoraciones ideológicas afecta tanto a la jurisprudencia como a la teoría general del Derecho (62). Sin entrar a discutir el fondo del asunto, baste considerar el tema desde dos puntos de vista. Desde el punto de vista de las normas jurídicas sobre las que se construye tanto la jurisprudencia como la teoría general, no hay diferencia alguna apreciable: toda norma, sea estructural o material, implica una elección valorativa —en ocasiones de carácter ideológico— por parte de su emisor. Por ejemplo, las normas sobre la producción jurídica, que son típicas normas estructurales, implican valoraciones políticas sobre qué órdenes deben tener mayor o menor poder en un sistema jurídico, del mismo modo que las normas sobre el régimen de propiedad, típicamente materiales, implican valoraciones políticas sobre la distribución del poder económico en una determinada sociedad. O, con otro ejemplo, las normas que dan criterios de interpretación de otras normas, también típicamente estructurales, implican una elección valorativa entre exigencias de certeza y exigencias de justicia, del mismo modo que las normas que regulan el divorcio, cuyo carácter material es innegable, implican una elección valorativa entre distintos intereses en conflicto.

Más arduo es contemplar el mismo problema desde el punto de vista no de las normas en sí mismas, sino del estudio de ellas. Sin entrar a decidir por ahora el problema de si la jurisprudencia y la

(61) Cfr. HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, cap. IX, § 2; hay trad. cast. de Genaro R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

(62) Cfr. SCARRELLI, U., "Teoria formale e teoria strutturale...", cit., págs. 1674-1675.

teoría del Derecho contienen valoraciones, baste decir que en el caso de que se considere que la jurisprudencia las contiene no será coherente predicar la avaloratividad de la teoría general del Derecho. Si se acepta que los juristas adoptan ante el Derecho lo que Hart ha llamado el punto de vista interno (65), eso puede significar que toda construcción doctrinal presupone una última adopción, por muy implícita que sea, de una valoración (no necesariamente de carácter moral) por la que se acepta el sistema jurídico de que se trate al menos en sus aspectos esenciales. Si esto es así, no se ve por qué se ha de excluir que también hagan tal valoración los juristas que se dedican a la teoría general del Derecho. Y, en efecto, también la teoría general ha sido acusada de introducir valoraciones cuando se han denunciado —con mayor o menor razón, que éste no es ahora el problema— las implicaciones ideológicas de sostener que el ordenamiento jurídico es unitario, que no tiene lagunas ni antinomias o de defender una teoría de la interpretación de tipo formalista. En suma, si se decide que la jurisprudencia no es ciencia propiamente dicha, semejante conclusión ha de aplicarse también a la teoría general del Derecho. En resumen, la distinción entre jurisprudencia y teoría general del Derecho, que aquí no se ha impugnado como tal en ningún momento, es una distinción que no establece una autonomía teórica esencial entre ambas disciplinas, porque entre una y otra no hay ruptura, sino continuidad. Ello, además de importante en sí mismo, tiene especial relevancia para una parte de la discusión del epígrafe que sigue.

10. ¿Son científicas la jurisprudencia y la teoría jurídica?

Es curioso que, respecto del valor científico de la dogmática jurídica, el punto de partida de Bobbio, en su etapa de formación, tenga más parentesco con su punto de llegada que con las propuestas que realizó entre 1949 y 1964. Si personalmente tuviera que escoger entre ambas concepciones, me quedaría con la siguiente descripción de 1938 (excluida quizá la frase entre paréntesis):

El jurista técnico, se ha dicho muchas veces, es un dogmático: lo que quiere decir que prefiere el dogma a la realidad.

(63) Cfr. HART, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., cap. V, § 2.

Que para ciertos fines prácticos, para cuya realización le utiliza la sociedad, su dogmatismo pueda ser útil (y también esto, a decir verdad, podría dar lugar a dudas) no se quiere poner ahora en discusión; pero que este dogmatismo sea ciencia, y que esta lógica sea lógica verdadera, no hay nadie que lo pueda sostener en conciencia (64).

En cambio, la teoría general del Derecho, al igual que más adelante, ya era entonces considerada una actividad científica. No obstante, se trataba de un tipo muy diferente de ciencia que apelaba a la intuición eidética para captar la esencia de lo jurídico —en la que Bobbio incluía la finalidad de la institución estudiada—, con independencia de los Derechos espacio-temporales (65). La anterior construcción cambiará notablemente a partir de 1949, cuando tanto la teoría general del Derecho como la jurisprudencia serán consideradas científicas por Bobbio bajo los cánones del positivismo jurídico tradicional remozado por el normativismo keiseriano (66). A partir de esa fecha dedicará un solo artículo al problema específico de la cientificidad de la teoría general del Derecho y un número bastante mayor al de la cientificidad de la jurisprudencia, por lo que trataré separadamente ambas cuestiones.

10.1. LA DEFENSA DE LA CIENTIFICIDAD EN LOS PRIMEROS AÑOS 50

En «Filosofía del derecho e teoría generale del diritto», aparecido en 1950, Bobbio pretendía demostrar fundamentalmente que los estudios de teoría jurídica no tienen carácter filosófico, sino científico. Para ello insistía en que el estudio formal en que para él consistía la teoría general del Derecho no sería un estudio apriorístico ni en sentido kantiano ni en sentido análogo al de las investigaciones lógico-formales. Alternativamente, afirmaba que la norma jurídica «es un hecho de la experiencia social», de modo que «todos los elementos constitutivos de una definición general de la regla jurídica

(64) *L'analogia*... [1938-1], pp. 128-129.

(65) Cfr. *L'indirizzo*... [1934-2], pp. 121-129; *Scienza e tecnica*... [1934-3], páginas 25-31, y *La consuetudine come fatto normativo* [1942-1], p. 92.

(66) Cfr. "Francesco Carnelutti..." [1949-3], ahora en *Studi sulla*... [1955-2], p. 22.

son empíricos» (67). Bobbio no dejaba de retractarse expresamente de su pretensión de la etapa fenomenológica de elaborar una teoría del Derecho a la vez *a priori* y sustancial, que era el modelo perfectamente contrario al ahora defendido (68). Lo más importante en esta rectificación era la consideración del estudio teórico del Derecho como estudio *a posteriori*, lo que ponía de relieve una epistemología empirista aplicable al estudio formal del Derecho. Así, la teoría general del Derecho podía ser considerada ciencia y no filosofía, como generalización de datos empíricos ajena a valores ideológicos (69).

Este paso al empirismo —que se coordinaba con la adscripción al normativismo jurídico— es mucho más explícito en los estudios dedicados a la cientificidad de la jurisprudencia, en donde también aparecen más claramente las fallas de esta propuesta de Bobbio. Como el tema tiene interés en general, analizaré detalladamente su posición y su evolución posterior sin dejar de añadir algunas observaciones críticas. Los primeros textos en que se produce una defensa empirista de la cientificidad de la jurisprudencia son la conferencia de 1949 «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» y el curso de 1949-1950 *Teoria della scienza giuridica*. El hilo conductor de ambos es, sin lugar a dudas, la insistencia en criticar y evitar lo que Bobbio llamaba el fenómeno de la «duplicación del saber jurídico», según el cual el estudio real de la jurisprudencia se había considerado muchas veces como algo que no es ciencia, mientras se había defendido alternativamente una ciencia jurídica «verdadera» que no tenía nada que ver con la jurisprudencia realmente practicada (70). Este hilo conductor también suponía una revisión radical de sus posturas iniciales, hasta el punto de que ponía como ejemplo de duplicación su «ensayo juvenil» *Scienza e tecnica del diritto* (71). A partir de tales premisas, Bobbio iba a defender ahora con ahínco que la jurisprudencia dogmática, tal y como a grandes rasgos la hacen los juristas, cumple con los requisitos de la ciencia contemporánea exigidos por el positivismo lógico. Sin embargo, la inclusión de la jurisprudencia

en el modelo científico neopositivista se iba a producir de distinta forma en «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» y en la *Teoria della scienza giuridica*, por lo que conviene analizarlos separadamente.

En «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», tras definir la ciencia como conjunto de proposiciones expresadas en un sistema lingüístico coherente y riguroso (72), reconocía Bobbio que la jurisprudencia «no es una ciencia empírica» porque

el jurista no observa fenómenos, como hace el investigador de una ciencia empírica, ni se preocupa de verificar a través de la experiencia la verdad de las proposiciones normativas, dado que estas proposiciones, precisamente porque son normativas, porque son reglas de un comportamiento futuro y no representaciones de un acontecimiento producido, no tienen una verdad empírica, sino puramente ideal, es decir, su verdad no consiste en su verificabilidad, sino en la correspondencia con ciertos principios éticos acogidos como criterios regulativos de las acciones en una determinada sociedad (73).

Por otra parte, también denegaba que la jurisprudencia fuese

una ciencia formal como la matemática o la lógica: su objeto no es la forma de cualquier posible discurso, sino un contenido determinado de un determinado discurso (el discurso del legislador o de las leyes) (74).

La conclusión de tales premisas habría debido ser, en un plano lógico, que la jurisprudencia no encaja en el modelo neopositivista de la ciencia. Pero para evitar estos extremos rigores, que podían conducir a una nueva duplicación del saber jurídico, Bobbio utilizaba el curioso expediente de distinguir en la ciencia entre una parte crítica, consistente en la construcción de un lenguaje riguroso, y una parte constructiva, que sería su posterior contenido, bien empírico, bien lógico-formal:

La jurisprudencia [...], en cuanto que pone como objeto pro-

(67) «Filosofía del diritto e teoria...» [1950-7], ahora en *Studi sulla...* [1955-2], p. 42; trad. cast., pp. 81-82; más en general, cfr. § 3.

(68) Cfr. *ibidem*, p. 41, nota; trad. cast., p. 81.

(69) Cfr. *ibidem*, pp. 47, 49 y 51; trad. cast., pp. 85, 87 y 88.

(70) Cfr. *Teoria della scienza...* [1950-1], pp. 5 y ss., y «Scienza del diritto...» [1950-6], especialmente §§ 2-5.

(71) Cfr. «Scienza del diritto...» [1950-6], p. 34, nota [1976-45], pp. 296-297; trad. cast., p. 180.

(72) Cfr. *ibidem*, § 6.

(73) *Ibidem*, pp. 43, 304-305 y 186, respectivamente.

(74) *Ibidem*, pp. 43, 305 y 186, respectivamente.

pio proposiciones normativas ya dadas (resultado ellas mismas de un estudio empírico precedente que el jurista debe res- petar hasta el límite del absurdo manifiesto o de la injusticia escandalosa), consta exclusivamente de la parte crítica propia de todo sistema científico, es decir, de la construcción de un lenguaje riguroso a los fines de la plena comunicabilidad de las experiencias fijadas de antemano. La parte crítica común e indispensable de toda ciencia es el llamado *análisis del lenguaje*. Pues bien, la jurisprudencia es en su parte esencial un análisis del lenguaje... [...]. Respecto al discurso legislativo, aquélla se comporta como cualquier otra ciencia respecto al discurso físico, matemático, etc.: debe transformar el discurso legislativo en un discurso riguroso, en el sentido que antes se ha dado a la expresión rigor. Sobre esta base, y sólo sobre esta base, se convierte en ciencia (75).

Del texto me interesa destacar, porque lo demás es bien claro, cómo Bobbio veía empiricidad no en las proposiciones de la jurisprudencia, sino en las propias normas jurídicas. Se volverá sobre esto y sobre la identificación también realizada en el texto entre la filosofía analítica y la parte crítica de la ciencia.

Al lado de la anterior construcción, e inmediatamente después, Bobbio desarrolló la discusión del problema en la *Teoria della scienza giuridica*. A partir de la misma negativa a considerar los estudios jurídicos como una ciencia formal (la lógica o la matemática) (76), planteaba crudamente la inevitable alternativa —dentro de los cánones neopositivistas— de que «o la investigación del jurista es una investigación empírica, fundada en la experiencia, o no es ciencia» (77). Como inmediatamente añadía que «las proposiciones formuladas por el jurista, en cuanto que pertenecen a la esfera ideal del deber ser, no son empíricamente verificables» (78), parecería que ahora sí habría de concluir que la jurisprudencia no es ciencia. Y, sin embargo, iba a seguir insistiendo en el carácter científico de la jurisprudencia con un doble expediente diferente al utilizado en la conferencia anterior. Por una parte, decía ahora,

no se puede excluir absolutamente para la investigación del jurista el recurso a la experiencia como fundamento último de sus aserciones normativas (79);

y por ello terminaba rectificando su cercana negativa a considerar a la jurisprudencia como ciencia empírica:

no se le puede quitar a la jurisprudencia el derecho a ser considerada una ciencia empírica, puesto que su objeto (las reglas jurídicas de comportamiento) no está colocado absolutamente fuera de la experiencia, es decir, no es deducible *a priori* de principios ideales, sino que se forja sobre ciertos comportamientos reales, sobre ciertas relaciones reales, sobre ciertos comportamientos reales de la sociedad que se hacen accesibles a nuestra mirada de investigadores de la misma forma que las demás cosas del mundo humano que son objeto de la historia, de la sociología, de la economía política, etc. (80).

Por otra parte, Bobbio se curaba en salud sosteniendo que «la "cientificidad" de una ciencia no está en su empiricidad, o, por mejor decir, no está sólo en su empiricidad» (81); en este sentido profundizaba la concepción convencionalista de la verdad y de la ciencia a que ya se aludió (cfr. *supra*, § 4.1.1), después de transcribir varios párrafos de la conferencia de 1949. Ahora, en cambio, no mencionaba en absoluto la distinción entre la parte crítica y la parte constructiva de la ciencia, tal vez convertida en innecesaria por la atribución de cierto carácter de empiricidad a la jurisprudencia: si en 1949 había sostenido que la jurisprudencia carece de parte constructiva porque actúa sobre normas establecidas mediante un estudio empírico, ahora iba bastante más lejos al defender que es el propio jurista quien debe acudir a la experiencia para interpretar las normas; dicho de otro modo, mientras en el primer caso las proposi-

(75) *Ibidem*, pp. 44-45, 305-306 y 187, respectivamente.

(76) *Cfr. Teoria della scienza...* [1950-11], pp. 140-158.

(77) *Ibidem*, p. 158.

(78) *Ibidem*, p. 159.

(79) *Ibidem*, p. 175; enseguida explicaba esta afirmación diciendo que «aun cuando las proposiciones normativas no sean juicios de hecho, también el recurso a los hechos es indispensable para su conocimiento. Lo que se puede expresar más exactamente en estos términos: las proposiciones normativas no son juicios existenciales, pero eso no excluye que sean juicios fundados en la experiencia» (p. 177).

(80) *Ibidem*, p. 178.

(81) *Ibidem*, p. 175.

ciones empíricas eran las normas, ahora lo eran las proposiciones sobre las normas.

Por hacer una valoración general de esta construcción metodológica, puede comenzarse poniendo de relieve la ambigüedad de las afirmaciones convencionalistas al lado de las empiristas. En realidad, Bobbio no llega a recorrer del todo ni el camino de la coherencia lógica—por el que, siguiendo las tesis de un Neurath, una ciencia se constituye como tal por el rigor sin más—ni el camino de la verificación empírica—que, desde luego, es difícil de recorrer en el campo de los estudios jurídicos—: Bobbio se quedaba a mitad de los dos caminos y el resultado no podía ser satisfactorio. Es verdad que ese empeño fundamental en considerar científica a la jurisprudencia se debe al miedo a incurrir en lo que para él constituía el error de duplicar el saber jurídico. Pero con independencia de que se pueda pensar que la duplicación de saberes—y aun la triplicación—pueda tener sus ventajas para una concepción pluralista de la ciencia; con independencia también de que la duplicación podría haber sido evitada negando carácter científico a la jurisprudencia pero aceptándola tal cual es; con independencia de todo ello, me parece ilustrativo poner en cuestión los expedientes utilizados por Bobbio para salvar científicamente a la ciencia jurídica. En principio, es inconsistente con las premisas del neopositivismo la distinción realizada en «Scienza del diritto e analisi del linguaggio» entre una parte crítica y una parte constructiva de la ciencia con objeto de atribuirle a la jurisprudencia la parte crítica. Y lo es, en primer lugar, porque una ciencia así definida sería en el mejor de los casos una ciencia a la mitad, un comienzo de ciencia, pero no una ciencia completa propiamente dicha. Y en segundo lugar, porque la distinción que Bobbio hacía no es dentro del positivismo lógico interna a la ciencia, sino un criterio de distinción entre la filosofía y la ciencia según el cual la filosofía es análisis del lenguaje científico (82). Además, para agravar más las cosas, el *quid pro quo* de Bobbio no sólo no podía

(82) El análisis del lenguaje que Bobbio propugnaba como materia propia de la ciencia jurídica, para el positivismo lógico, en realidad, se parecería más a la tarea propia de la filosofía, que debía ser análisis del lenguaje científico (cfr., por ejemplo, Carnap, Rudolf, "Philosophy and Logical Syntax", en *Philosophy and Logical Syntax*, London, Kegan Paul, 1935; hay trad. cast. del primero, por donde cito, "Filosofía y sintaxis lógica", en AA. VV., *La concepción analítica de la filosofía*, selección e introducción de Javier Muguerza, Madrid, Alianza, 1974, p. 307).

«cientificar» a la jurisprudencia al modo neopositivista, sino que ni siquiera podría haber servido para considerarla como un tipo de análisis del lenguaje catalogable dentro de esa filosofía (83).

En cuanto al doble expediente de la *Teoria della scienza giuridica*, lo que Bobbio venía a decir en el fondo era, por un lado, que la jurisprudencia algo empírica sí es, mientras que, por otro lado, la ciencia no es tan empírica o no es sólo empírica: una solución de compromiso destinada a no complacer ni a juristas ni a científicos porque las dos cuerdas que Bobbio tiraba desde el Derecho y desde la ciencia no podían llegar a anudarse. Si la jurisprudencia es empírica, no hace falta decir que la ciencia no es sólo empírica, y si la ciencia no es sólo empírica, es también empírica, de manera que una investigación no empírica no sería tal ciencia. Realmente, los escollos encontrados por Bobbio constituyen un problema sobre el que se han derramado ríos de tinta y, como el lector puede ver, se siguen derramando. Me parece evidente que la ciencia jurídica, tal y como se practica en Europa continental, no es una ciencia empírica, según se constata por las recurrentes propuestas realistas y sociologistas de realizar una ciencia jurídica no dogmática desde presupuestos efectivamente empiristas. Por otro lado, la única vía por la que las proposiciones de la jurisprudencia podrían dificultosamente considerarse empíricas, en parecido sentido a como se consideran empíricas las proposiciones de la ciencia lingüística, habría sido entender que las proposiciones de la ciencia jurídica son simples descripciones de las normas. Esta era, desde otros presupuestos, la vía de Kelsen, pero Bobbio la dejaba escapar—como se precisará más adelante (véase *infra*, § 11)—por admitir el carácter reconstructorio y prescriptivo de la jurisprudencia.

10.2. LA SUCESIVA Y OSCILANTE REVISIÓN

En realidad, como es de esperar de los ríos de tinta, muy poco de lo anterior es sustancialmente nuevo porque las críticas que los

(83) En efecto, el tipo de análisis que hace la jurisprudencia tiene poco o nada que ver con el propugnado, por ejemplo, por Carnap cuando dice: "La función del análisis lógico es analizar cualquier conocimiento, cualquier afirmación de la ciencia o la vida cotidiana, a fin de clarificar el sentido de cada una de ellas y las conexiones que mantienen entre sí. Una de las tareas principales del análisis lógico de un enunciado determinado es descubrir el método de verificación de dicho enunciado." (*Ibidem*, p. 295.)

escritos de Bobbio recibieron al poco de salir se dirigieron sobre todo a destacar varios de los puntos flacos citados (84). Tampoco los escritos bobbianos inmediatos aclararon mucho las cosas (85) ni rectificaron su posición anterior (86). La revisión de toda esa concepción pretendidamente neopositivista, sin embargo, comenzaría a producirse bien pronto, en concreto en una ponencia a propósito del razonamiento de los juristas presentada a un coloquio de lógica celebrado en Bruselas en agosto de 1953. Allí venía Bobbio a poner en cues-

(84) Así Enrico Opocher, tras criticar la vanificación de la ciencia que se producía con el criterio de la convencionalidad de la verdad, destacaba que Bobbio entraba en un callejón sin salida al intentar coordinar positivamente el positivismo jurídico y positivismo lógico: o contradecía sus propios presupuestos normativistas al sostener que la jurisprudencia recurre a la experiencia o defendía la discutible idea de que la cientificidad no consiste sólo en la empiricidad; Opocher concluía muy justamente que el intento de Bobbio era desesperado porque en el positivismo lógico el análisis del lenguaje propuesto no era objeto de la ciencia, sino de la filosofía (cfr. Opocher, E., "Positivismo lógico e scienza giuridica", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, V, n. 1, 1951, pp. 140-142 y 144-146). Dejando a un lado la crítica de Giuseppe Marchello, que era sustancialmente favorable a la línea bobbiana (cfr. Marchello, G., "Sulla scienza del diritto come analisi del linguaggio", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXIX, nn. 1-2, 1952, pp. 85-93), Luigi Caiati también desarrolló por otras vías la crítica de Opocher. Caiati venía a señalar, entre otras cosas, que las proposiciones científicas hacen previsiones para el futuro que no aparecen en las proposiciones jurisprudenciales, por otro lado llenas de valoraciones; y que la aplicación del neopositivismo habría debido conducir a Bobbio a defender mismo el empirismo nella scienza del diritto; *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, VII, n. 1, 1953, pp. 91, 104 y 107-108).

(85) Bobbio respondió a la crítica de Opocher en una ponencia presentada a un congreso de metodología celebrado en diciembre de 1952 (en la única nota que lleva el texto de la ponencia, publicado en 1954, cfr. Bobbio los artículos de Opocher y Caiati reseñados en mi nota anterior, pero el artículo de Caiati es posterior a la celebración del congreso y, de hecho, Bobbio respondía en realidad sólo a Opocher). Tras precisar que el haber seguido ciertas tesis derivadas del positivismo lógico no implicaba acoger la causa de este, sino simplemente utilizar algunas consideraciones de las modernas corrientes metodológicas para comprender el carácter de la jurisprudencia, Bobbio afirmaba que "la ciencia del Derecho es una ciencia empírica" cuyas proposiciones no son verificables sino que formulan reglas de comportamiento (cfr. "Il rigore nella scienza giuridica" (1954-51, pp. 276-277, la cita textual en p. 277, pero me pregunto si no se trata de un error de imprenta, debiendo decir que "la ciencia del Derecho no es una ciencia empírica"). El resto del artículo era una defensa de la idea de que una investigación es científica cuando es rigurosa.

(86) Cfr. rec. a Aco, Roberto, *Scienza giuridica e diritto internazionale* (1952-17), en donde junto al reconocimiento de la empiricidad de la jurisprudencia negaba Bobbio su carácter descriptivo (cfr. p. 480).

lón su anterior intento de incluir a la jurisprudencia en un modelo científico externo a ella cuando no sólo proponía hacer una metodología descriptiva, sino que comenzaba a practicarla señalando que los razonamientos jurídicos son de distintos tipos y considerando a las proposiciones de la jurisprudencia como proposiciones a medio camino entre los juicios de hecho y los juicios de valor (87). Ese medio camino venía constituido por los «juicios de validez», cuya naturaleza sería tautológica en la parte en la que el razonamiento de los juristas es deductivo (88) y probabilística en la parte en que ese razonamiento es inductivo (89). Sin que una solución como ésta dejara de presentar dificultades —que no analizaré porque es una posición incidental en la obra bobbiana—, lo cierto es que Bobbio iniciaba una revisión de su anterior aplicación del neopositivismo a la ciencia jurídica.

Una revisión semejante se produciría también por entonces por obra de un libro del seguidor de Bobbio, Uberto Scarpelli, titulado *Filosofía analítica e giurisprudenza*. Con una interpretación más unitaria de los estudios bobbianos que la que aquí se ha hecho —y, en mi opinión, haciendo ir al maestro más lejos de lo que éste habría dado a entender—, Scarpelli defendía globalmente las tesis de los escritos que he venido citando mediante una diferenciación entre el neopositivismo y la filosofía analítica: según Scarpelli, la más abierta filosofía analítica habría superado algunos de los dogmatismos y unilateralidades del neopositivismo y las aportaciones de Bobbio, al revés de lo que habían pensado sus críticos, podían ser mejor interpretadas como expresión de la primera que del segundo (90). Más importante que esta interpretación del sentido de la contribución de Bobbio, que me parece discutible, era la conclusión a la que Scarpelli llegaba a propósito de la naturaleza de la ciencia jurídica, ésta sí más acorde con la revisión realizada por Bobbio en la ponencia de 1953 al coloquio de Bruselas:

¿La ciencia jurídica merece realmente el nombre de ciencia? Este modo de plantear la pregunta es en verdad un poco

(87) Cfr. "Considérations introductives..." (1954-181; también, por donde cito, como "Sul ragionamento..." (1955-131, pp. 5-13).

(88) Cfr. *ibidem*, pp. 9-10.

(89) Cfr. *ibidem*, pp. 11-12.

(90) Cfr. Scarpelli, U., *Filosofía analítica e giurisprudenza*, Milano, Nuvoletti, 1953, caps. II-IV, y especialmente pp. 55-56.

peligroso. La palabra «ciencia» suscita a menudo, en nuestro tiempo, reacciones emotivas favorables: la calificación de científico para el hombre de estudios hace a veces el efecto del título nobiliario para el pequeño-burgués. [...] El verdadero problema, en cambio, no es evidentemente el de un título honorífico, sino el de comprender cómo proceden los juristas y proponerles un modelo según el cual proceder. Entrando en la cuestión lingüística, si por ciencia entendemos un conjunto de operaciones de investigación dirigidas a aumentar el conocimiento que el hombre tiene del mundo, es decir, tales como para capacitar para un mayor número de previsiones y más exactas, la expresión «ciencia» jurídica es impropia y abusiva; aunque respecto al lenguaje-objeto la actitud de los juristas se pueda definir, al menos tendencialmente, como cognoscitiva, lo que éstos conocen es un producto de la cultura humana, un lenguaje, que al fin no sirve para hacer previsiones, sino calificaciones. Determinando en cambio el significado de ciencia de modo que se comprenda en él toda actividad del hombre que se desenvuelva por medio del lenguaje y esté disciplinada con reglas y criterios rigurosos, la jurisprudencia, según el modelo normativista, tiene carácter científico. Este último significado parece el más adecuado al uso común (91).

No cabe duda de que el planteamiento de la cuestión por parte de Scarpelli era irrepachable: lo relevante no son los nombres, sino los contenidos. El problema está en que la solución ofrecida en las últimas frases puede parecer poco satisfactoria para quien piense, por ejemplo, que la jurisprudencia tiene por lo menos tantas inclinaciones valorativo-prescriptivas como cognoscitivas, de manera que ni siquiera entraría en el amplio significado de ciencia que Scarpelli terminaba proponiendo.

En todo caso, los dos puntos dolientes de la conexión entre la filosofía analítica y la metodología normativista están precisamente en determinar el carácter de las calificaciones o juicios de validez de los juristas y en colocar ese tipo de actividades en el conjunto del saber. Ambos temas, que no están desconectados entre sí, serán objeto de cierta atención en distintos escritos bobbianos posteriores a 1953

(91) *Ibidem*, p. 101.

que fluctuarán entre atribuir a la jurisprudencia carácter empírico o someterla a un estatuto especial. Esta fluctuación, que se debe sobre todo a la dificultad de determinar el carácter de los juicios de validez jurídica, hará que Bobbio recorra en el plazo de seis años varias de las soluciones posibles. Y así, en un artículo de 1954 sobre la teoría pura del Derecho según a Kelsen —creo que por primera y última vez en este punto— para mantener que la jurisprudencia y la teoría general del Derecho constituyen una ciencia aparte, específicamente normativa, diferente tanto de las ciencias naturales o empíricas como de la filosofía (92). En cambio, dos años después afirmaba que, a diferencia de la filosofía jurídica, la jurisprudencia y la teoría general del Derecho tenderían a ser investigaciones empíricas «con una intencionalidad descriptivo-reconstructiva» (93). Para cerrar el círculo, ese mismo año, en un artículo sobre el estalinismo, negaba que el método jurídico pudiera ser científico por su uso —similar al del método marxista, decía— del principio de autoridad (94). Y, en efecto, en un artículo de 1958 dedicado a la noción de naturaleza de las cosas, escribía claramente:

Crear que la jurisprudencia puede dejar de ser una dogmática y convertirse en ciencia empírica [...], me parece el fruto de una confusión entre el método sociológico y el método jurídico. Esta confusión deriva de la no clara distinción entre dos distintos criterios de verdad, el principio de verificación empírica, propio de una investigación científica como la física o la biología, para las que la suprema prueba de la verdad o falsedad de una proposición viene dada por la confirmación de la experiencia, y el principio de autoridad, propio de la jurisprudencia y de la teología, para las que la suprema prueba de la validez o invalidez de una norma viene dada por la correspondencia con lo que se considera como válido o inválido por una fuente particularmente acreditada de reglas (95).

(92) Cfr. "La teoría pura del diritto..." [1954-15]; ahora, por donde cito, en *Studi sulla...* [1955-2], pp. 102-103; trad. cast., pp. 138-139.

(93) "Per una classificazione..." [1956-7], p. 122; ahora también en *Studi per...* [1970-1], p. 30; trad. cast., pp. 305-306.

(94) Cfr. "Ancora dello stalinismo: alcune questioni di teoria" [1956-6], páginas 2-4.

(95) *Über den Begriff...* [1958-8]; ahora, por donde cito, en *Giustizialismo...* [1965-2], pp. 210-211; trad. cast., p. 153.

Para encontrar la raíz de la fluctuación bobbiiana conviene considerar el curso de 1960-61 sobre el positivismo jurídico, en donde convivían la afirmación de que la ciencia jurídica está sometida al criterio de la autoridad y no al de la verificación empírica (96) y la afirmación de que el modo de aproximación positivista al estudio del Derecho «es pura y simplemente el método científico» (97). La razón de ambas afirmaciones hay que buscarla en que para Bobbio, en este momento, la avaloratividad ya era «el carácter fundamental de la ciencia» (98) y en que «la distinción entre juicio de validez y juicio de valor no es más que un caso particular (referente al Derecho) de la distinción entre juicio de hecho y juicio de valor» (99). Como puede verse, es la posición intermedia de los juicios de validez —por una parte no juicios fácticos, sino de autoridad, y por otra parte no juicios de valor, sino juicios fácticos— lo que produce la anterior inconsistencia. Por lo demás, se trata de uno de esos casos en que el método de discutir mediante dicotomías conduce a una síntesis artificial del tercero en discordia, en este caso el juicio de validez jurídica. Bobbio piensa que la jurisprudencia no es ni ciencia empírica ni filosofía, pero al final parece que se ha dejado llevar tanto por la contraposición filosofía-ciencia que concluye pensando que puesto que la jurisprudencia no es filosofía entonces es que debe de ser ciencia.

10.3. EL PUNTO DE LLEGADA: ACIDENTIFICIDAD Y UTILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

Con buen criterio, Bobbio dará la vuelta a partir de 1960 a la anterior conclusión en una línea que creo aceptable. No sólo pondrá

(96) Bobbio escribía que el recurso de la ciencia jurídica al principio de autoridad "no se debe a un mal vicio de los juristas (es decir, al hecho de que el pensamiento jurídico haya permanecido en una fase precientífica), sino a la naturaleza misma del Derecho, que es una técnica de organización social que debe establecer, de manera vinculante para todos los asociados, lo que es lícito y lo que no es lícito: si los juristas debieran proceder exclusivamente en base a afirmaciones racionales empíricamente verificables no podrían realizar su función en cuanto que no sería siempre posible llegar a un juicio unánime sobre lo que es lícito y lo que no es lícito" (*Il positivismo giuridico* [1961-1], pp. 102-103; en 2.ª ed. [1979-2], pp. 99-100).

(97) *Ibidem*, pp. 316 y 285, respectivamente.

(98) *Ibidem*, pp. 165 y 155, respectivamente.

(99) *Ibidem*, pp. 169 y 158-159, respectivamente.

en cuestión el carácter científico de la jurisprudencia —lo que en sí mismo no tiene mayor importancia—, sino que fundamentará esa posición en la constatación de que la ciencia jurídica está llena de valoraciones y prescripciones. Una vez que había llegado a sostener un concepto unificado de ciencia —en el que dominan los criterios de descriptividad empírica y avaloratividad, como se vio (cfr. *supra*, § 6)—, resultaba muy forzado el punto de vista del curso sobre el positivismo. Lo normal, casi inevitable, era comenzar a afirmar que

La jurisprudencia, suponiendo, pero no concediendo, que venga llamada ciencia, no es una ciencia como todas las demás: su fin principal no es describir hechos, explicar causalmente acontecimientos del mundo natural o social, formular hipótesis, hacer previsiones de acontecimientos futuros, sino interpretar discursos (100).

Y, naturalmente, la «interpretación» de discursos contiene juicios de valor, de modo que «la doctrina jurídica tiene fines no sólo descriptivos, sino prescriptivos» (101). Bobbio completará su análisis sobre el juicio de validez jurídica en una extensa e interesante recensión a un libro dedicado al tema (102), pero la sustancia de lo que allí sostenía estaba en la idea de que el jurista, significativamente

(100) "Diritto e logica" [1962-4], p. 24; trad. cast., p. 21.

(101) "Consuetudine (Teoria generale)" [1962-3], p. 426.

(102) Cfr. rec. a MENEGHELLI, Ruggero, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica* [1966-23]; Bobbio aceptaba en esta recensión la crítica al estricto concepto kelseniano de validez formal —como ajustamiento de una norma a las potestades procedimentales otorgadas por una norma superior—, que no sería más que uno de los posibles criterios de validez: así, reconocía Bobbio que también se utilizan criterios de validez material —que atienden a los contenidos normativos— y criterios de validez empírica —que constatan la repetición regular de una conducta— (cfr. pp. 589-593); afirmaba también, precisando a Meneghelli, que ninguno de esos tres criterios de validez es exclusivo, sino que domina uno u otro según el tipo de operaciones jurídicas de que se trate (la determinación de las normas legales tiende a seguir el criterio formal, la de las consuetudinarias el criterio empírico y la de los principios generales del Derecho el criterio material) e, incluso, según las personas (así, el juez atendería más al criterio de validez formal mientras el hombre de la calle utilizaría más bien el de validez empírica) (cfr. pp. 593-594). Lo más importante aquí, como se añade en el texto, es que Bobbio distinguía entre el tema del carácter interpretativo y no descriptivo de todo juicio de validez (incluido el llamado empírico) y el tema de la complejidad o variedad de los juicios de validez, aceptando los tres tipos señalados (cfr. pp. 591-592).

equiparado en esto al juez, no constata hechos, sino que interpreta un lenguaje (103).

Al tema de los juicios de valor en la jurisprudencia dedicó Bobbio el núcleo de una ponencia de 1967 presentada a un congreso sobre el tema «Ser y deber ser en la experiencia jurídica» (104). En el marco de la distinción entre metajurisprudencia prescriptiva y metajurisprudencia descriptiva, constataba el carácter prescriptivo de la jurisprudencia realmente practicada, reconociendo el valor de fuente—mayor o menor, primaria o secundaria, precisaba—de toda ciencia jurídica (105). A lo anterior añadía un catálogo de los distintos momentos en los que intervienen valoraciones en la labor interpretativa de los juristas, para concluir, coherentemente, que

si por ciencia descriptiva se entiende una investigación que procede por, y concluye con, aserciones, esto es, con proposiciones verificables, este breve inventario de las diversas ocasiones en las que el jurista se ve obligado a intervenir con juicios de valor debería bastar para hacer recibir con desconfianza la definición de la ciencia jurídica como ciencia descriptiva, o, por lo menos, para considerarla como una definición persuasiva (106).

Tal es el punto de llegada de Bobbio en este tema, que sólo se diferencia de su punto de partida—en los escritos fenomenológicos—porque ahora no se produce una crítica a la jurisprudencia que habría tenido carácter de abjuración, sino que se la aceptaba como era. Así, en el único artículo posteriormente dedicado a la cuestión no sólo se seguía diferenciando entre ciencia jurídica y socio-

(103) «(E)l jurista o el juez no puede limitarse a una pura constatación de un hecho, sino que debe entender el significado y, más que el significado, la fuerza de una proposición normativa» (*ibidem*, p. 592).

(104) Véanse «Scienza giuridica tra essere e dover essere» [1968-61, que es la versión oral de la ponencia, y «Essere e dover essere nella scienza giuridica» [1967-2], que es la versión escrita más amplia (esta última también en *Studi per...* [1970-1], de la que hay trad. cast. en *Contribución...* [1980-1]).

(105) Cfr. «Essere e dover essere...» [1967-2]; ahora, por donde cito, en *Studi per...* [1970-1], pp. 151-152; trad. cast., pp. 208-209; este mismo planteamiento había aparecido ya en «Metodo» [1964-4], pp. 10-13.

(106) «Essere e dover essere...» [1967-2]; ahora, por donde cito, en *Studi per...* [1970-1], pp. 163-166; trad. cast., pp. 216-219 (a cita textual en pp. 166 y 219, respectivamente).

logía del Derecho, sino que se respetaba la relativa utilidad de ambos estudios (107).

Sólo queda por tratar aquí si la conclusión a la que ha llegado Bobbio respecto de la jurisprudencia la ha aplicado también a la teoría general del Derecho. Desde mi punto de vista—y si se tiene en cuenta lo dicho en el epígrafe 3 de este capítulo—, no hay duda de que lo que vale para la una debe rezar también para la otra. Y el mismo Bobbio, refiriéndose a la teoría general del Derecho kelseniana, escribía en 1963:

Hoy sabemos que el noble castillo de las ciencias puras estaba lleno de impurezas ideológicas. Detrás del formalismo jurídico estaba el ideal del Derecho como orden, del ordenamiento jurídico como promotor y garante de la paz social, del Estado de Derecho entendido kantianamente como Estado que no tiene otro objetivo que el Derecho (no el bienestar, no la justicia, no la felicidad de los súbditos), el ideal esencialmente conservador de la aceptación del *status quo*, apropiado para tiempos de estabilidad política ya conseguida, para una situación política y social considerada o querida como inmutable (108).

Sólo que, pasado el desestabilizador 68, en la «Premessa» a la recopilación de escritos jurídicos en donde se recogía la ponencia de 1967 sobre la ciencia jurídica, Bobbio parecía volver a defender la pureza valorativa y la objetividad científica de la teoría general del Derecho normativista:

La teoría general del Derecho ofrece, a quien se sepa servir de ella, instrumentos conceptuales útiles para comprender

(107) «(A) pesar de toda la ayuda que el jurista puede y debe sacar del sociólogo, jurista y sociólogo hacen dos oficios distintos [...] el sociólogo usa las reglas de comportamiento que encuentra en su camino para explicar por qué ciertos individuos se comportan de un cierto modo, es decir, usa las reglas como una de las variables del procedimiento explicativo y eventualmente predictivo al que tiende; el jurista usa las mismas reglas para calificar los comportamientos como licitos e ilicitos, es decir, para establecer por qué nos debemos comportar de un modo más bien que de otro» («Il diritto» [1971-91]; ahora, por donde cito, como «Diritto e scienza sociale», en *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* [1977-1], pp. 57-58; trad. cast., p. 236).

(108) «La scienza politica italiana: insegnamento e autonomia disciplinare» [1963-2], p. 47; ahora también en *Saggi sulla scienza politica in Italia* [1969-1], p. 18.

tanto el Derecho que está quieto como el que se mueve, tanto el Derecho pasado como el futuro. Solamente no ofrece nada a aquellos para quienes la revuelta contra la objetividad de la ciencia se ha convertido en un pretexto para dar una indulgencia plenaria incluso a las formas más descaradas de pensamiento tendencioso (109).

Es probable que este texto manifieste un exceso por reacción que se explica por el momento especialmente polémico en que se escribía. Pero no por ello deja de aparecer en contraste con la evolución del pensamiento de Bobbio sobre el quehacer de los juristas. En realidad, esta posición constituye uno de los últimos coletazos defensivos dentro de una discusión sobre la crisis del positivismo jurídico —de la que se hablará en el capítulo dedicado a la teoría general del Derecho (véase *infra*, §§ 14-15)— que implica cuestiones más complejas que la de la cientificidad o no cientificidad de la jurisprudencia y la teoría general del Derecho. Por ahora baste concluir que, salvo en ese momento, Bobbio termina negando carácter científico a una y a otra.

11. La jurisprudencia propuesta por Bobbio

Si las discusiones sobre la cientificidad de la ciencia jurídica ocupan una buena parte de la metajurisprudencia bobbiana, no puede decirse lo mismo sobre la cuestión ulterior de qué tipo de ciencia o estudio dogmático-jurídico ha sido propuesto en concreto por Bobbio. No es que falten en absoluto observaciones sobre el tema, pero son más escasas y generalmente más incidentales. De todos modos no está exento de interés analizar cuál ha sido el modelo de jurisprudencia proyectado por él y para ello me parece útil distinguir con carácter previo y general entre tres grandes tipos de modelos de jurisprudencia: en primer lugar, el modelo que llamaré *descriptivista*, que propone al científico del Derecho que se limite a describir el sentido de las normas jurídicas sin alterar su significado; en segundo lugar, el que llamaré *constructivista*, que señala como tarea de la jurisprudencia la sistematización del Derecho en conceptos coherentes y objetivos, y, en tercer lugar, el que puede llamarse modelo *predictivista*,

(109) "Premessa" a *Studi per...* [1970-1], p. 9.

que pretende que la ciencia jurídica estudie el Derecho en términos fácticos para obtener predicciones sobre los comportamientos de los órganos jurídicos. Por lo que se ha visto en el epígrafe anterior, puede ya excluirse que Bobbio haya acogido este tercer modelo —propio de escuelas como la realista americana—, frente al cual ha diferenciado siempre entre ciencia jurídica y ciencia sociológico-jurídica. La primera discusión del presente epígrafe afectará al contraste entre el modelo descriptivista y el constructivista, que son, en definitiva, los dos modelos propuestos y desarrollados en Europa continental por lo menos desde el siglo XIX. Con todo, tanto uno como otro modelo admiten diferentes versiones. El modelo descriptivista ha sido tanto propuesto y realizado por la escuela de la *exegesis* como pretendido por la teoría pura del Derecho; el submodelo de esta última, que no tiene una visión exegética ingenua que considere a la jurisprudencia como reproducción de los «verdaderos» significados de las normas, será el término de referencia para la discusión sobre la posición de Bobbio. Por su parte, el modelo constructivista se ha desarrollado en dos líneas notablemente diferentes, una formalista y otra sustancialista; dentro de la primera, el tipo más influyente ha sido el de la jurisprudencia conceptual, todavía vigente en buena parte en nuestros estudios dogmático-jurídicos; dentro de la segunda, hay numerosos submodelos, desde el insustancialista hasta el propuesto por Ronald Dworkin, pasando por la jurisprudencia de intereses de Herring, la jurisprudencia finalista, la escuela del Derecho libre o el uso alternativo del Derecho. La segunda discusión que se afronta en este epígrafe se plantea dentro del modelo constructivista, que —puede adelantarse ya— es el defendido por Bobbio. Sin embargo, las someras referencias en la obra bobbiana a este último tópico obligan a limitar la discusión al modelo de interpretación doctrinal —excluyendo el de la interpretación aplicativa o inmediatamente práctica— dentro de un marco bastante más genérico que el de las complejas discusiones entre los distintos submodelos alternativos.

11.1. CONSTRUCTIVISMO FRENTE A DESCRIPTIVISMO

En lo que Bobbio se ha ocupado del tema de la relación entre el modelo constructivista y el modelo descriptivista son claves como punto de partida de su obra de madurez —sobre todo por la influen-

cia que han ejercido en Italia— los escritos de alrededor de 1949 y 1950 *Teoria della scienza giuridica* y «Scienza del diritto e analisi del linguaggio». En ellos, además de la influencia neopositivista en la que se ha insistido en el epígrafe anterior, parece existir otra influencia importante que afecta más a la parte jurídica que a la científica. Me refiero a la influencia de la teoría de Kelsen, reconocida expresamente por Bobbio en esos escritos tanto al advertir que es mérito de la escuela kelseniana el haber localizado el objeto de la jurisprudencia en las normas con independencia de consideraciones ideológicas y sociológicas (110), como al seguir a la teoría pura en la crítica al modelo sociologista o realista de ciencia jurídica (111). Esta casi declarada ascendencia permitió decir a Scarpelli que la concepción de la actividad jurídica defendida por Bobbio en estos escritos

permanece, aun con diferencias no desdeñables respecto de particulares opiniones de Kelsen, en el horizonte del normativismo kelseniano (112).

Yo mismo he aceptado esta tesis en lo que se refiere a la teoría general del Derecho bobbiana (113), pero creo que es necesario inventir la idea respecto a su metajurisprudencia.

Con independencia de lo que ocurra en la teoría del Derecho, en este punto concreto me inclino a pensar que las diferencias con Kelsen son tan poco desdeñables que Bobbio termina saliendo del horizonte kelseniano. No quiero negar con ello el importante punto de contacto que hay entre ambos teóricos por la común consideración de las normas jurídicas como objeto de la ciencia jurídica, en suma, por su común doctrina normativista. Pero la calificación de «normativismo» es demasiado imprecisa para identificar a la teoría pura del Derecho. El normativismo, en realidad, pertenece a la mayor parte de la tradición jurídico-positivista europea, incluida por lo menos Inglaterra (si no también, al menos en algún aspecto, algún teórico escandinavo como Ross). La comprensión del Derecho como

(110) Cfr. "Scienza del diritto..." [150-6], p. 42 [1976-45], p. 303; trad. castell. p. 188.

(111) Cfr. *Teoria della scienza...* [1950-1], pp. 190 y ss.

(112) Scarpelli, U., *Filosofia analitica e giurisprudenza*, cit. (véase supra, nota 90), p. 57.

(113) Cfr. Ruiz Miguel, A., "Bobbio y el positivismo jurídico italiano", cit. (véase supra, nota 36), p. 29.

conjunto de normas y el entendimiento de las normas como pautas de conducta que no se identifican sin más con los ideales morales (iusnaturalismo) ni con las regularidades sociales (sociologismo) es un patrimonio de la metodología jurídica europea que admite muy diversas versiones. Por referirme al caso inglés, la teoría de Hart es un buen ejemplo de cómo se puede ser normativista sin ser kelseniano. Y lo mismo ocurre con Bobbio, que en los escritos de 1950 no considera ni una sola vez la distinción kelseniana entre ciencias causales y ciencias normativas y que atribuye además a la jurisprudencia unas tareas que sobrepasan con mucho el cometido que Kelsen le asignaba. Como el tema de la fundamentación epistemológica ya está suficientemente debatido y es claro que la aplicación neopositivista de Bobbio tiene poco o nada que ver con la fundamentación neokantiana de Kelsen, es el tema de las tareas atribuidas a la jurisprudencia el que ahora se discutirá: ¿qué jurisprudencia ha propuesto Bobbio?

Para Bobbio, la jurisprudencia tiene por tarea fundamental el análisis del lenguaje de las normas jurídicas, que es una afirmación que desafiaria a encontrar en la obra de Kelsen siempre que por «análisis lingüístico» se entienda la tarea indicada por Bobbio en estas tres fases:

- a) El lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso: la primera etapa del jurista es hacerlo más riguroso; b) el lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda tarea del jurista es completarlo lo más posible; c) el lenguaje del legislador no está necesariamente ordenado: la tercera tarea del jurista es reducirlo a sistema. La primera fase es de *purificación*, la segunda de *integración* y la tercera de *ordenación* del lenguaje jurídico (114).

Esta configuración de la función de la jurisprudencia me parece sustancialmente ajena a la kelseniana, al menos en la interpretación más obvia y segura de aquella (115): mientras para Bobbio el De-

(114) "Scienza del diritto..." [1950-6], p. 46 [1976-45], p. 307; trad. castell. p. 188; reproducido con pequeños cambios en *Teoria della scienza...* [1950-1], p. 231-232.

(115) Cfr. sobre ello, con mayores precisiones, Parraro, Enrico, "Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi", *Politica del diritto*, 1972; reproducido, por donde cito, en AA. VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Uberto Scarpelli, Milano, Comunità, 1976, pp. 462-463.

recho es impreciso, incompleto y desordenado, siendo la ciencia jurídica quien precisa, completa y ordena, para Kelsen, sea el Derecho como sea, la ciencia jurídica debe limitarse a describirlo asépticamente, sin ideología ni sociología. Eso hace que la jurisprudencia propuesta por Bobbio sea constructivista frente a la propuesta kelseniana, que es descriptivista. Así, Kelsen no ha defendido nunca que la tarea de la jurisprudencia sea «analizar» el lenguaje jurídico, sino describirlo. Y entre describir y analizar, podría decir Kelsen, está el paso desde la ciencia jurídica pura a la impura. Es el tema de la pureza científica lo que diferencia una y otra propuesta, lo que tiene además consecuencias en las respectivas visiones del propio Derecho.

Quizá sea algo arriesgado sostener que la pureza de la ciencia jurídica kelseniana no deriva sólo de sus presupuestos epistemológicos neokantianos, sino de determinados presupuestos ontológicos relativos al Derecho mismo. La presente como hipótesis dudosa, pero puede ser útil para contrastar con claridad la metodología kelseniana y la bobbiana: por formular la hipótesis llana y llamativamente, dentro de su epistemología, por hacer un «ser» del «deber ser» jurídico mediante la descripción del Derecho, sino que además puede presentarse como pura porque, ontológicamente, el Derecho así descrito es en un cierto sentido igualmente puro (116). Sin que yo pretenda

(116) Digo que la hipótesis es dudosa porque Kelsen no ha dicho nunca tal cosa, salvo lo que pudiera interpretarse de un empujón de su réplica a Julius Stone: "En la página 109, el profesor Stone se refiere a una afirmación hecha por el profesor A. S. de Bustamante y Montoro: '(Kelsen) considera impuro al Derecho positivo, a las normas *strictu sensu*' [...] Esta afirmación no puede fundamentarse en mis escritos. Lo que quise decir no es 'puro', sólo la teoría del Derecho, no al Derecho; el Derecho kelseniano, según la interpretación que el profesor Stone da a la afirmación de Bustamante, finalmente se encamine hacia un punto en que inclusive las normas jurídicas *strictu sensu* parecen estar excluidas por impuras, relativas e ideológicas' [...] es una afirmación que se halla en abierta contradicción con el hecho, que una y otra vez he subrayado, de que la Teoría Pura del Derecho es una teoría del positivismo jurídico, una teoría Stone and the Pure Theory of Law", *Stansford Law Review*, XVII, n. 6, 1965; hay trad. cast., por la que cito, "El profesor Stone y la teoría pura del derecho", en *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 79, nota). En este texto casi impugna más Kelsen la idea de que él haya sostenido que el Derecho es

que Derecho y ciencia del Derecho se identifiquen en la obra de Kelsen, podría quizá sostenerse que el propio Derecho tiene para él una suerte de «pureza» no idéntica pero sí equivalente a la de la propia ciencia que lo estudia. Por expresarme con una metáfora, se puede decir que una fotografía de un paisaje es limpia o sucia según refleje más o menos nítidamente el paisaje fotografiado y, efectivamente, la «limpieza» se predica de la fotografía y no del paisaje. Sin embargo, una fotografía no puede ser limpia si el paisaje no se ve bien porque está oscureciendo. No es que la limpieza del paisaje sea la misma limpieza que se exige a la fotografía, pues se puede hacer una foto limpiísima de un estrocolero, pero sí es cierto que en el objeto fotografiado y en las circunstancias que lo rodean tienen que darse ciertas condiciones de claridad y nitidez que permitan que la fotografía lo refleje. Trasladando la metáfora, lo que quiero decir es que para que la teoría kelseniana sea pura es preciso que el Derecho sea lo suficientemente claro como para ser reproducido limpiamente por la teoría, aunque pueda contener determinados puntos oscuros que también puedan y deban ser reflejados por ella. Si acaso, el límite de la metáfora está en que la teoría kelseniana podría tener incluso mayor capacidad de transfiguración de la realidad que la fotografía, de modo que es la teoría la que purifica al Derecho al «describirlo» como tendencialmente claro, pleno y coherente.

Si se tienen en cuenta los tres cometidos de purificación, integración y ordenación atribuidos por Bobbio a la jurisprudencia, se verá en qué sentido el concepto de Derecho bobbio no admite más impureza en este último que el de Kelsen. En efecto, para el filósofo del Derecho de Viena, en primer lugar, no cabe que la jurisprudencia precise al Derecho porque aun cuando las normas jurídicas sean imprecisas e indeterminadas, es al fin y a la postre el ordenamiento jurídico en su dinámica y no la ciencia jurídica quien se encarga de precisarlas y determinarlas mediante las normas —a la vez aplicativas y creativas— de los órganos inferiores del sistema (117); por

impuro que la de que el Derecho es puro, pero en todo caso la hipótesis que yo propongo se refiere a lo que hizo Kelsen y no a lo que él dijo que creía haber hecho.

(117) Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechts-wissenschaftliche Problematik*, Wien, F. Deuticke, 1934, §§ 33-38; hay traducción cast., *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941, 2.ª ed., México, Editora Nacional, 1974 (en adelante citada como *Reine-1934*); *Théorie Pure du*

eso en la teoría pura el jurista teórico no tiene ningún cometido interpretativo de precisión de las normas: Kelsen ha mantenido siempre que, al ser la norma un marco abierto a varias posibilidades que deben concretarse mediante otras normas inferiores, el jurista teórico no debe escoger entre una u otra interpretación, sino que ha de limitarse a enumerar las varias posibles (118). En segundo lugar, el ordenamiento jurídico es para Kelsen formalmente completo al dar siempre una respuesta, imperativa o permisiva, a cualquier situación acaecible; a esta solución llega negando la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico que no sean puramente ideológicas, y, en cuanto tales, no descubribles por la jurisprudencia (119). Por fin, para Kelsen es el ordenamiento jurídico y no la teoría el que está ordenado jerárquicamente, hasta el punto de que puede rechazar la posibilidad de que existan contradicciones que no puedan ser resueltas por medios internos al propio ordenamiento (120). Es precisamente por las tres anteriores características del ordenamiento jurídico por lo que Kelsen puede defender que la ciencia jurídica debe limitarse a describir las normas jurídicas mediante las *Rechtssätze*, pues toda interpretación que exceda de tal descripción—deja de ser científica para pasar a ser político-jurídica—(121).

Toda esta concepción de la ciencia jurídica es franca y profundamente diferente en el Bobbio de 1950, que parte de unos supuestos epistemológicos distintos, fundados en la tendencia al rigor más que en la descriptividad, y, sobre todo, de un concepto del Derecho menos formalizado que el de Kelsen. Sin perjuicio de volver más tarde

con mayor extensión sobre su concepto de Derecho (véase cap. III, B), para Bobbio, en primer lugar, el ordenamiento jurídico puede ser impreciso y por eso la ciencia jurídica tiene la tarea de precisarlo mediante la determinación de los significados del lenguaje del legislador (122). En segundo lugar, el lenguaje jurídico puede no ser completo y por eso es complementable por el lenguaje científico mediante el uso de la analogía (123). Por fin, el Derecho puede no estar ordenado y por eso es tarea de la ciencia jurídica sistematizarlo mediante fórmulas conceptuales nuevas (124). Como corolario de lo anterior, no tiene nada de particular que Bobbio, al contrario que Kelsen, concluya aceptando la existencia de lagunas y de antinomias en el ordenamiento jurídico (125). De todas formas, como se profundizará en su momento, las diferencias entre Kelsen y Bobbio en esta materia pueden ser todavía más acentuadas si se considera que mientras el primero tiende a ver el Derecho, al menos en una parte sustancial de su teoría, en su aspecto dinámico—como un conjunto de normas, legales y no legales, vistas en su sucesión temporal—, Bobbio en cambio parece presuponer más bien una visión más estática del Derecho, tanto en el sentido de que privilegia las normas abstractas como en el sentido de que lo contempla mediante un corte transversal en un determinado momento en el tiempo (véase *infra*, § 18).

La diferencia entre el descriptivismo kelseniano y el constructivismo bobbioano podría resumirse con un texto del propio Kelsen que permite también avanzar en el análisis de la metajurisprudencia bobbioana:

La concepción según la cual la interpretación sería un conocimiento del Derecho positivo, y, como tal, un procedimiento para extraer nuevas normas de las ya vigentes, es el fundamento de la llamada «jurisprudencia conceptual», que también es rechazada por la Teoría pura del Derecho (126).

Sin que se pueda identificar la jurisprudencia conceptualista con la constructivista—pues como dije al principio del epígrafe, el con-

(122) Cfr. "Scienza del diritto..." [1950-61], § 9.

(123) Cfr. *ibidem*, § 10.

(124) Cfr. *ibidem*, § 11.

(125) Cfr. *ibidem*, pp. 56 y 60-65 [1976-45], pp. 316 y 323; trad. cast., págs. 194 y 197-199.

(126) Kelsen, H., *Reine-1934*, § 39.

Droit. Introduction à la science du droit, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953, X, §§ 2-6, hay trad. cast., *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960 (en adelante citada como *Teoría Pura*), y *Reine Rechtstehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, § 45; hay trad. cast., *Teoría pura del Derecho*, México, U.N.A.M., 1979 (en adelante citada como *Reine-1960*).

(118) Cfr. Kelsen, H., *Reine-1934*, § 38; *Théorie Pure*, cap. X, § 5, y *Reine-1960*, § 47.

(119) Cfr. Kelsen, H., *Reine-1934*, §§ 40-42; *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, 1.ª parte, IX, F; hay trad. cast., *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, U.N.A.M., 1949 (en adelante citada como *General Theory*); *Théorie Pure*, X, § 7, y *Reine-1960*, § 35, g, gamma.

(120) Cfr. Kelsen, H., *Reine-1934*, § 31, h; *General Theory*, 1.ª parte, XI, H; *Théorie Pure*, IX, § 5, h, y *Reine-1960*, § 34, e.

(121) Cfr. Kelsen, H., *Reine-1934*, § 11, b; *General Theory*, 1.ª parte, I, D, a; *Théorie Pure*, I, § 3, d; *Reine-1960*, § 16.

ceptualismo es una de las manifestaciones del submodelo formalista dentro del modelo constructivista—, si puede tener interés contrastar en qué medida Bobbio, que indudablemente se adhiere al constructivismo, participa además del submodelo formalista y, más en concreto, de los principios de la jurisprudencia de conceptos. En general, conviene tener en cuenta que la preocupación bobbiana por no duplicar el saber jurídico le llevaba a asumir como válido el tipo de estudio efectivamente realizado por los juristas. Por entonces, la ciencia jurídica practicada en Italia seguía fundamentalmente la influencia de la escuela pandectista, es decir, precisamente, el método de la jurisprudencia conceptual (127). La conclusión que se deduce de las dos premisas anteriores parece venir confirmada también por la configuración que Bobbio hacía de dos de las tres tareas propias de la ciencia jurídica. En la segunda fase, la fase de la integración, proponía completar el ordenamiento jurídico mediante la interpretación extensiva—identificada con la analogía—, y en la tercera fase defendía la sistematización del lenguaje del legislador. Ambas tareas pueden relacionarse estrechamente con la práctica conceptualista, que crea y sistematiza conceptos mediante un aparente proceso de abstracción que en definitiva funciona bajo los cánones del procedimiento de la analogía jurídica: pues se eleva a categoría general (por ejemplo, la de negocio jurídico) una serie de regulaciones que tienen una supuesta naturaleza jurídica común o similar (por ejemplo, el contrato y el testamento) (128).

Ahora bien, sería hacer injusticia a la posición del Bobbio de 1950 afirmar que consagraba la tradicional jurisprudencia conceptualista sin añadir dos importantes precisiones. En primer término, por muy

(127) Cfr. TARELLO, Giovanni, "Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete", en AA. VV., *L'uso alternativo del diritto*, I, *Sistema giuridico e analisi marxista*, a cura di Pietro Barcellona, Bari, Laterza, 1973, pp. 69-78; también en *Diritto, cultura, crisi, usi*, *Studi di teoria e meta-teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1974, páginas 488-506.

(128) Es más, se diría que cuando Bobbio habla de la fase de sistematización está pensando exactamente en el método de la jurisprudencia de conceptos: "La jurisprudencia moderna ha dado sus primeros grandes pasos hacia su reducción a ciencia cuando, tal vez inconscientemente, empujada por la propia necesidad de la investigación, se ha liberado de las categorías de las divisiones romanistas y ha construido sobre las tradicionales nuevas categorías y nuevas divisiones que respondían mejor a criterios sistemáticos propios del nuevo Derecho en formación." ("Scienza del diritto..." [1950-61], p. 59 [1976-45], p. 318; trad. cast., p. 196.)

inadecuada que le pueda parecer a uno la jurisprudencia conceptual, decir que es «tradicional» no es en principio una crítica. Aunque se pensara que la metodología kelseniana supera a la metodología tradicional—y en el vaivén circular de metajurisprudencias no es fácil decir quién supera y qué es lo superado—, lo cierto es que la propuesta de Kelsen se ha quedado en propuesta y eso mismo es una razón de peso para estimar el comedido de Bobbio en no separarse demasiado del quehacer efectivo de los juristas. En segundo término—y esto me parece más asentado y de mayor fuste—, Bobbio no se identificó tanto con la jurisprudencia conceptual como puede dar a entender lo dicho hasta ahora. Cuando hablaba de la fase de la purificación del lenguaje jurídico—que en definitiva se refiere al problema de la interpretación teórica—, hacía observaciones que no siempre tienen en cuenta los juristas practicantes de la dogmática conceptualista: a partir de la idea de que el lenguaje jurídico es convencional, Bobbio denunciaba justamente la frecuente ontologización y esencialización de los conceptos en las disputas entre juristas para proponer una «revisión crítica del concepto de interpretación» basada en la conciencia de que interpretar no es más que trasladar un lenguaje a otro y no acceder a un misterioso espíritu, voluntad o intención del legislador (129). Si puede hablarse de espíritus, voluntades e intenciones, éstas no residirían en el dios interpretado, sino en el sacerdote que interpreta, de modo que si el conceptualismo se hubiera aplicado (o se aplicase) el cuento no sé si sobreviría incólume.

Así pues, con las anteriores precisiones puede concluirse que, dentro del marco de una aceptación de partida de la jurisprudencia realmente practicada—de carácter constructivista y formalista-conceptual—, el análisis y la propuesta bobbiana de 1950 contenía además elementos renovadores que iban más allá de la mera consagración de la metodología establecida. Como ya se avanzó, la metodología que Bobbio defiende en este momento tiene carácter prescriptivo no sólo en el sentido más débil de que proponía que los juristas debían hacer lo que ya hacía de hecho, sino también en el sentido más fuerte de que los inclinaba a una mayor conciencia de los límites de su trabajo. Esos límites estaban en el peligro de esencializar los conceptos y, como consecuencia de ello, de enzarzarse en disputas verbales que si no son estériles tienden a estar ayunas de los hechos y fines que preceden a

(129) Cfr. *ibidem*, pp. 47-49, 308-310 y 188-190, respectivamente.

la mera lógica (130). De aceptarse tales límites es fácil concluir que la jurisprudencia conceptualista ha de derivar hacia un manejo de los conceptos que, invirtiendo el camino tradicional, comienza a someter la forma a la sustancia. Llegados a este punto, las puntualizaciones de Bobbio al conceptualismo, que no al constructivismo, permiten plantear la segunda discusión anunciada al comienzo del epígrafe sobre qué tipo de jurisprudencia constructivista ha propuesto. A pesar de su adscripción genérica al conceptualismo en los escritos de 1950, si se tomaban en serio tales puntualizaciones, la jurisprudencia formalista había de quedar socavada en sus cimientos para dar paso a una jurisprudencia sustancialista.

11.2. CONSTRUCTIVISMO SUSTANCIALISTA FRENTE A CONSTRUCTIVISMO FORMALISTA

Bobbio no se ha ocupado nunca extensa y específicamente del tema y eso hace que las referencias que pueden encontrarse en sus escritos sean a veces fluctuantes y siempre algo vagas. Sin embargo, *mente en contextos concretos, sino que se repiten hasta revelar una tendencia más o menos expresa pero tal vez profunda*. Pues bien, con la salvedad de que en un terreno como éste quien interpreta puede tender a privilegiar su propia cosecha en detrimento de la del interesado, la tendencia que me parece dominante en la obra de Bobbio se inclina más hacia el sustancialismo que hacia el formalismo jurisprudencial. Al lado de varias declaraciones descriptivas y, por tanto, no comprometidas (131), puede aducirse que ya en una recensión de 1952 alababa Bobbio la actitud «justamente polémica» del autor del libro contra «la artificiosidad constructiva del formalismo abstracto de la doctrina tradicional» (132). Es más, en el artículo de 1954 de-

(130) Cfr. *ibidem*, pp. 50-53, 311-313 y 180-192, respectivamente.
 (131) "Due teorie generali del diritto in lingua francese" [1954-10]; ahora, por donde cito, en *Studi sulla...* [1955-2], p. 118; "Sul formalismo giuridico" [1958-12]; ahora, por donde cito, en *Giustnaturalismo...* [1965-2], págs. 94-95; trad. cast., pp. 27-29, y "Trends in Italian Legal Theory" [1959-6]; ahora, por donde cito, como "Situazioni e orientamenti", en *Giustnaturalismo* [1965-2], pp. 29-33.
 (132) Rec. a Aco, Roberto, *Scienza giuridica e diritto internazionale* [1952-17], p. 480.

dicado a la teoría pura del Derecho respondería a las acusaciones de formalismo a Kelsen diciendo que «es en el trabajo efectivo del intérprete donde el jurista entra en contacto con la realidad social subyacente a las normas» (133). En un artículo de tres años después ensalzaba la influencia del historicismo italiano frente al

peligro del *formalismo*, para el que, separada la norma jurídica de la historia que la produjo y de la sociedad que refleja, el trabajo del jurista se reduce a la elaboración de categorías formales y al intento desesperado de recabar la solución del caso controvertido por deducción de principios en vez de a través de la investigación de la realidad social, de donde surge la consideración de la interpretación jurídica como investigación lógica más que histórica o sociológica (134).

En fin, en 1967, diez años después, todavía seguía afirmando en un sentido semejante que

el jurista no puede olvidar, so pena de caer en el más árido verbalismo, la materia bruta de la que toda norma se deriva, estos, metáforas aparte, los intereses individuales y colectivos cuyo equilibrio constituye el fin primordial de un ordenamiento jurídico (135).

No debe pensarse que las afirmaciones anteriores implican un tajante cambio de ruta respecto al modelo constructivista de jurisprudencia. Es verdad que Bobbio ha tonado en alguna ocasión el término «formalismo» en un sentido muy amplio, hasta llegar prácticamente a la autocrítica, como ocurría en un discurso sobre Calamandrei leído en 1957:

(133) "La teoria pura e i suoi critici" [1954-15]; ahora, por donde cito, en *Studi sulla...* [1955-2], p. 97; trad. cast., p. 135; que la defensa bobbiiana de Kelsen fuera bastante más lejos que el mismo Kelsen —pues, como he dicho antes, no parece exacto decir que "de ninguna afirmación de Kelsen se puede recabar la tesis de que la teoría pura del Derecho excluye la investigación interpretativa" (*idem*)— no hace sino confirmar la diferencia entre las dos metodologías.

(134) "La filosofia del diritto in Italia" [1957-4]; ahora, por donde cito, en *Giustnaturalismo...* [1965-2], p. 68.

(135) "Essere e dover essere..." [1967-2]; ahora, por donde cito, en *Studi per...* [1970-1], p. 153; hay trad. cast., p. 210.

Aun dando una importante y original contribución a la construcción sistemática, Calamandrei no se dejó enredar en las seducciones del formalismo: y éste es, quizá, un rasgo característico de los mayores representantes de la segunda generación y debe ir en su honor. Los excesos del formalismo, si acaso, son propios de la tercera generación, a la que yo mismo pertenezco, de los Kelsenianos, como se solía decir, aunque bien pensado muchos son ahora formalistas arrepentidos (136).

Sin embargo, no pienso que Bobbio esté entre los arrepentidos porque si se diferencia entre distintos significados de «formalismo» no parece haber contradicción alguna en su postura. El mismo, en un artículo cercanísimo al discurso anterior, distinguía perfectamente entre el formalismo científico-jurídico, que defendía por ser propio «de toda investigación que se presente como ciencia rigurosa, independientemente de la naturaleza de su objeto» (137), y el formalismo en la interpretación de contenidos, respecto del que no tomaba partido en esta ocasión porque, decía, tanto la jurisprudencia formalista como la no formalista (historicistas, teleologistas...) serían «legítimas según el fin que se quiera obtener» (138). Pues bien, y ya concluyendo, era claro allí que en lo que respecta al formalismo científico Bobbio estaba defendiendo un modelo constructivista, pues afirmaba que la tarea de la dogmática jurídica «no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la *construcción*, y en última instancia, el sistema» (139). Al lado de ello, en otros escritos, como he destacado, ha tomado partido por una interpretación jurisprudencial no formalista. No hay incompatibilidad entre ambas posturas. Claro que con las escasas referencias que Bobbio ha hecho a este último tema es mucho más difícil saber qué tipo concreto de metodología sustancialista ha tenido en mente. Lo más que me atrevería a decir, excluyendo el tipo deontológico de carácter iusnaturalista, es que probablemente ha pensado en una metodología de tipo finalista ampliamente entendida.

(136) "Ricordo di Piero Calamandrei" [1958-61; ahora, por donde cito, en *Italia civile* [1964-1], pp. 245-246.

(137) "Sul formalismo giuridico" [1958-12]; ahora, por donde cito, en *Giustnaturalismo...* [1965-21, p. 100; trad. cast., p. 34.

(138) *Ibidem*, p. 95; trad. cast., p. 29.

(139) *Ibidem*, p. 100; trad. cast., p. 23 (advertido en este caso que el subrayado es de Bobbio).

LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

CAPÍTULO III

Quando en el prólogo de la edición española de un conjunto de estudios jurídicos suyos Bobbio declaraba su deuda de gratitud con Kelsen, estaba pensando probablemente en la teoría general del Derecho, tanto en el aspecto metodológico como en el propiamente teórico. Allí decía que debe a Kelsen,

aparte del planteamiento general de mis estudios, la selección de algunos temas y un cierto modo distanciado y desapasionado (al menos, me ilusiono con que es así) de plantear los problemas incluso allí donde las soluciones son distintas (1).

Quizá el mayor problema interpretativo que se presenta al enfrentarse con la teoría general del Derecho bobbiana es precisamente la determinación de la influencia efectiva en ella de la obra de Kelsen. Y ello porque, aparte del planteamiento general, de la selección de temas y del modo de tratarlos —que son aspectos predominantemente metateóricos en los que sí existe una gran congenialidad entre la aproximación de Kelsen y la de Bobbio—, las soluciones dadas por Bobbio a los temas más importantes de la teoría general del Derecho discrepan de la teoría pura del Derecho en puntos que me parecen nucleares. Es claro que un tema apreciativo como el de establecer hasta qué punto un autor se encuentra dentro de la línea de pensamiento abierta por otro no puede resolverse como si de operaciones de suma y resta se

(1) "Prólogo a la edición española", en *Contribución a la teoría del Derecho* [1980-1], p. 12.