

¿CUÁL NORBERTO BOBBIO? EL CONCEPTO DE DEMOCRACIA ENTRE LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA TEORÍA DE LA POLÍTICA*

Adrián Rentería Díaz**

Con la desaparición de Norberto Bobbio, en enero de este año, se ha venido a crear un vacío no sólo en el ámbito más general de la cultura sino también en la academia, a pesar de que desde hacía años, por razones de edad, Bobbio condujera una existencia muy apartada, lejano de los clamores públicos.

La obra de Bobbio, desde sus primeros ensayos y reseñas, por allá en los años treinta del siglo pasado, hasta compilaciones como su *Teoria generale del diritto*¹, es enorme; comprende ámbitos que van de la filosofía general y de la teoría del derecho a la teoría de la política, a través de temas más generales que podríamos reconducir a la historia de la cultura. Son bien conocidos, por ejemplo, sus estudios acerca de la paz y de la guerra, de la democracia, del papel de los intelectuales, etc. Desde un punto de vista estrictamente académico, se puede decir que Bobbio se interesa fundamentalmente por la filosofía del derecho, o teoría general del derecho como tal vez él preferiría llamarle, y por la filosofía política (teoría

* Texto de la conferencia magistral dictada el día 22 de octubre de 2004 dentro del ciclo de conferencias: «Una semana con Bobbio. El pensamiento jurídico y político de Norberto Bobbio».

** Profesor Investigador en la Universidad de Insubria, sede de Como, Italia.

¹ *Teoria generale del diritto* (Giappichelli, Turín, 1993) incluye los volúmenes: *Teoria della norma giuridica* (Giappichelli, Turín, 1958) y *Teoria dell'ordinamento giuridico* (Giappichelli, Turín, 1960). En versión castellana: *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Temis, Bogotá, 1987 (2a. ed. Debate, Madrid, 1991).

política). He enunciado, sin ningún orden crónológico o sistemático, sólo algunos de los escritos bobbianos, con el fin de evidenciar la variedad de sus intereses teóricos, lo que para algunos estudiosos constituye una señal de eclecticismo, en el sentido no peyorativo, que él cultiva a lo largo de su existencia. Una existencia ciertamente rica, fecunda, y tan larga que él mismo en alguna ocasión manifestaba su temor —o su sensación— de que la muerte se hubiera olvidado de él.

Los senderos indicados por Bobbio a la comunidad de estudiosos, alumnos, alumnos de los alumnos y alumnos de los alumnos de los alumnos, son, y no podía ser de otra manera, innumerables: la preocupación por el lenguaje, la atención a la lógica jurídica y a la lógica del lenguaje normativo, la teoría del derecho, la teoría de la política y, en un nivel diferente, la claridad en la exposición, la antiretórica, el anticonformismo, el anti-idealismo, el compromiso intelectual, la lucha por la democracia. En nuestro país, no obstante que Bobbio lo hubiese visitado por instancias de un filósofo del derecho, Eduardo García Máynez, si mal no recuerdo, las obras bobbianas mayormente difundidas pertenecen, *grosso modo*, al área de la filosofía política: son estudios sobre los derechos fundamentales, la teoría política, la teoría de la democracia. Para ello sin duda han concurrido algunos hechos contingentes, como las estancias en Turín de José Fernández Santillán y Corina Yturbe², quienes mediante la guía de Michelangelo Bovero (sucesor de Bobbio en la cátedra turinés de Filosofía política) han contribuido en amplia medida a la difusión y a la discusión en México de los escritos bobbianos pertenecientes a esta disciplina. ¿Y el Bobbio teórico del derecho? Tengo la impresión, de cuanto se ha dicho, que en nuestro país es poco conocida su obra jurídica, y si así fuese, sería lamentable, pues considero que algunos escritos clásicos, como *Il positivismo giuridico*, *Teoria della norma giuridica*, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* tienen aún mucho que decir, a pesar de que se les «nota la edad»: de hecho en algunas facultades jurídicas de Italia todavía se les utiliza, con provecho, como textos de lectura (yo mismo utilizo el volumen *Teoria generale del diritto* con ese propósi-

² Y más recientemente Lorenzo Córdova y Pedro Salazar.

to). En el catálogo del mayor editor mexicano de la obra bobbiana aparecen sobre todo escritos reconducibles a la teoría política, quizá con excepción del pequeño volumen acerca del existencialismo. Creo que esta asimetría, que se concretiza en una sustancial preponderancia de la figura del Bobbio teórico de la política, ha de alguna manera generado una especie de tendencia que contribuye a tener separadas las dos grandes áreas del pensamiento bobbiano: recuerdo, para confirmar esta sensación, el hecho de que la importante y conocida compilación realizada en España por Alfonso Ruiz Miguel es de 1980, muy reciente, cuando ya Bobbio había transitado formalmente hacia la teoría de la política. De esta tendencia nace asimismo la sugestión de que entre las dos áreas que he apenas evidenciado, existe una discontinuidad, si no es que una verdadera y propia ruptura.

En modo específico, los objetivos que me propongo, de manera muy circunscrita, son dos. El primero es evidenciar algo que ya el mismo Bobbio tuvo ocasión de reconocer, pero a lo que quizá los comentaristas sucesivos no han atribuido la debida importancia: a saber, la continuidad, en su pensamiento, entre la reflexión jurídica y la reflexión politológica. Tal continuidad, lo veremos más adelante, se determina principalmente en relación a la común metodología, empleada por Bobbio, y que en sustancia se concretiza alrededor de una perspectiva meramente descriptiva, no valorativa, que Bobbio prefiere a una prescriptiva, normativa, valorativa. El segundo objetivo, más complejo y sin duda de mayor interés teórico, consiste en tratar de argumentar en favor de la siguiente tesis: que la estrecha conexión, esta perspectiva metodológica común a ambos ámbitos, podría tener origen en el no reconocimiento pleno de los cambios que se verifican inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, con el neo-constitucionalismo. Esto podría explicar, y contribuir a entender de manera más apropiada, las razones por las que Bobbio se adhiere en modo decidido a una concepción de la democracia que se centra en el elemento formal (mínimo o procedimental).

En relación al primer objetivo no hay mucho que decir: quizá solamente evidenciar aspectos que una lectura atenta del pensamiento de Bobbio capta sin ninguna dificultad, si

bien, como he dicho antes, el problema consiste en ir más allá, colocándolos en un espacio adecuado y valorizándolos como tales. El mismo Bobbio, subrayó en alguna ocasión, hablando de las relaciones entre derecho y poder: «para expresar brevemente mi pensamiento acerca de un tema, que requiere un espacio mayor, con una metáfora que me gusta mucho [...], considero derecho y poder como dos lados de la misma moneda, de modo tal que es imposible distinguirlos ya sea al vértice que a la base»³. El problema del poder, concepto esencialmente perteneciente al ámbito de la reflexión política, no podía ser extraño para Bobbio, agudo estudioso del normativista Kelsen —y normativista él mismo. Precisamente en razón de que la teoría kelseniana del ordenamiento nos conduce, y la inteligencia de Bobbio no puede no notarlo, a tener que preguntarnos acerca de qué está detrás de la Constitución. La respuesta de Kelsen, como sabemos, es que sobre la Constitución se encuentra la norma fundamental, colocándola en la cúspide de su construcción, obligado como está a poner un punto final al proceso que partiendo de las sentencias, normas jurídicas individuales, conduce a la Constitución, subiendo de norma en norma a través del concepto de validez formal. Para Bobbio, la norma fundamental kelseniana, «cerrando» el sistema, evidencia precisamente aquello que Kelsen deseaba evitar, es decir la introducción en la teoría del derecho de elementos factuales, sociológicos: la norma fundamental representa nada más y nada menos que el poder de quienes, de algún modo u otro, o con la revolución o por medios pacíficos, asumen el mando en un determinado espacio y tienen la fuerza para imponer un ordenamiento. Y, para Bobbio, así como la norma fundamental constituye el fundamento de todas las otras normas del sistema jurídico, asimismo el poder soberano es el fundamento de todos los demás poderes: de este modo, ahora es claro, derecho y poder, teoría del derecho y teoría de la política, forman parte

³ Cfr. N. Bobbio, «Congedo» en M. Bovero - L. Bonanate (a cargo de), *Per una teoria generale della politica. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Passigli, Florencia, 1986, pp. 241-53, republ. en Id., *De senectute*, Einaudi, Turín, 1996, pp. 95-108, p. 101. Todas las traducciones de pasajes bobbianos son mías.

de un todo indivisible. Naturalmente Bobbio es más claro de cuanto yo lo pueda ser: «si nos colocamos en la perspectiva del derecho, como ha hecho Kelsen con su teoría normativa, en el vértice se encuentra, y no puede no encontrarse, la norma de las normas, o sea la norma fundamental; si nos ponemos desde el punto de vista del poder, en el vértice se encuentra, como ha evidenciado la teoría política del Estado moderno, el poder de los poderes, o sea el poder fundamental o soberano. Como la norma fundamental es la norma que constituye el fundamento de todas las demás normas y sobre ella no existe ninguna otra norma, del mismo modo el poder soberano es el poder que constituye el fundamento de todos los demás poderes y sobre él no existe un poder superior»⁴.

Por otro lado, para proponer argumentos en favor de la tesis de las profundas relaciones entre teoría del derecho y teoría política, dentro del pensamiento de Bobbio, es también útil evidenciar que ya en 1948 él escribe una reseña al volumen *Diritto e stato nel pensiero di Tommaso Hobbes*⁵: pero, sobre todo, hay que señalar, también con esa finalidad, la publicación, en ese mismo año, de la primera versión italiana del *De cive* de Thomas Hobbes, bajo la coordinación de Bobbio⁶. La observación es importante por varios motivos. En primer lugar porque Hobbes será uno de los autores que el mismo Bobbio reconoce como fuente de su formación⁷. En

⁴ N. Bobbio, «Congedo», cit., p. 101. Son también emblemáticos sus siguientes escritos: «Kelsen e il problema del potere» en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1981, pp. 549-70 (con el título «Kelsen e il potere giuridici», y con una nueva redacción, apareció también en AA.VV., *Ricerche politiche*, Il Saggiatore, Milán, 1982, pp. 3-26); «Dal potere al diritto e viceversa» en *Rivista di filosofia*, 1981, 3, pp. 343-358; «Il potere e il diritto» en *Nuova antologia*, 1982, n. 2124, pp. 68-80.

⁵ En *Rivista di filosofia*, 1948, 1, pp. 89-90: el libro es de De G. Bianca, Humus, Nápoles.

⁶ T. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, a cargo de N. Bobbio, UTET, Turín, 1948, con una introducción, una nota biográfica y una nota bibliográfica escritas por nuestro autor.

⁷ Junto con Locke, Rousseau, Kant y Hegel, en un grupo, y Carlo Cattaneo, Croce, Kelsen, Pareto y Weber en otro. Al respecto cfr. M. Bovero, «Introduzione» a N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Turín, 1999, p. XXIX.

efecto, en uno de sus últimos escritos Bobbio dice no haber esperado el nacimiento de la Facultad de Ciencias Políticas, cuando inicia una nueva etapa de su vida como profesor de Filosofía política, en 1972, ni tampoco el paso de una disciplina, a otra para dedicar sus esfuerzos teóricos al estudio de la política; y señala también que en 1948 había él preparado la ya mencionada primera traducción italiana del *De cive* de Hobbes, agregando que se trata de: «un autor que he retomado con frecuencia y que siempre he considerado como un punto de referencia obligado en la historia del pensamiento político y en la formación del Estado moderno»⁸. La observación es también relevante, en segundo lugar, porque el mismo Bobbio, no sin algo de coquetería intelectual, se quejaba de que en un volumen de 1983, una bibliografía razonada de su obra jurídica, se comprendieran sus escritos juveniles, y especificaba que para él su bibliografía ideal, en lo que respecta a la teoría política, comenzaba con la edición del *De cive*, mientras, en lo que respecta a la teoría del derecho, con un artículo sobre la teoría general del derecho de Francesco Carnelutti⁹. La sensación que se genera con esta última observación es que, contrariamente a la «fotografía» de la obra de Bobbio dividida en períodos bien diferenciados, en realidad nos encontramos con un conjunto de reflexiones donde se conjugan, si bien algunos períodos parecen orientarse en una determinada dirección reflexiva, casi alrededor de dos temas centrales: el derecho y la política, la norma y el poder. Ello es tanto más claro aún, cuanto más se ponga atención simplemente a la cronología de las obras en cuestión, las que él señala como los puntos de partida de sus reflexiones en cada uno de los campos que nos interesan. En efecto, la edición del *De cive* es de 1948, mientras que el ensayo crítico sobre la

⁸ N. Bobbio, «Prólogo» a A. Greppi, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 9.

⁹ El volumen en objeto es *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, de P. Borsellino, Giuffrè, Milán, 1983, p. 6. La autora refiere en forma textual una carta de Bobbio en la que él hacía patente su perplejidad por el hecho de que sus escritos del período juvenil suscitaban tanta atención.

Teoria generale del diritto de Carnelutti¹⁰ vio la luz en 1949, un año después¹¹.

Si el testimonio directo y la dimensión temporal en una bibliografía tienen sentido, no puede haber ninguna duda de la manera en que Bobbio vivió su actividad intelectual: dentro de dos grandes áreas de pensamiento que se ayudan recíprocamente, que se persiguen, que se encuentran, que se alimentan la una con los resultados de la otra¹².

Poniendo en evidencia la estrecha conexión de la teoría del derecho y la teoría política en el pensamiento de Bobbio, no he dicho todavía nada de novedoso. Ya muchos estudiosos han dedicado algunas líneas al respecto, tanto es evidente, como hemos visto, este aspecto. Sin embargo, a pesar de su casi obviedad, asume una mayor relevancia si tratamos de ir más allá de la mera descripción factual, como pretendo hacer aquí, para tratar de captar su significado, sus presupuestos, y sus implicaciones generales. En este sentido, en este escrito tal conexión adquiere un sentido particular, casi diría propedéutico, en relación con el segundo objetivo que me he propuesto. Tal objetivo, para retomarlo ahora, consiste en argumentar en favor de la tesis según la cual en Bobbio la aproximación no valorativa tanto a la teoría del derecho como a la teoría política no es un resultado casual, sino, por el contrario, constituye la consecuencia casi necesaria de la falta de recepción, en el plano práctico no menos que en el teórico, de los importantes cambios que el neo-constitucionalismo (constitución rígida y control judicial de la ley) introduce en el terreno concreto de los fenómenos jurídico-sociales.

¹⁰ Soc. ed. «Foro italiano», II ed., 1946.

¹¹ Cfr. N. Bobbio, «Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto», en *Giurisprudenza italiana*, 1949, parte IV, pp. 113-27.

¹² Si uno lee, además su *Autobiografía* (a cargo de A. Papuzzi, Laterza, Roma-Bari, 1997), y/o su *De senectute* (cit.) no alberga la menor duda de que la política, tanto como reflexión que como praxis, ocupa un lugar fundamental ya en la vida del Bobbio estudiante y militante. Por otra parte, el compromiso de Bobbio con la participación activa en la vida pública constituye, como es bien sabido, una enseñanza para quienes de un modo u otro trabajan en el mundo intelectual.

Para tratar de explicar en forma más clara el sentido y el alcance de esta tesis, se hace necesario un poco de historia. Son conocidas por todos las modalidades mediante las cuales, en Alemania y en Italia, las potencias occidentales del Eje durante la Segunda Guerra Mundial, Hitler y Mussolini llegan al poder en los decenios antecedentes, con instrumentos formal y jurídicamente legítimos, sobre las cenizas, respectivamente, de la República de Weimar y el Estado liberal monárquico de matriz decimonónica. Así como son también conocidas, pues de algún modo aún condicionan la geopolítica del planeta, sus consecuencias: antes que nada, precisamente, la guerra, con la destrucción, la muerte, el sufrimiento y todo lo que se desprende de ellos. También sabemos que todo ello provoca, dentro de la reflexión teórica acerca del derecho, profundas crisis: paradigma de ellas es la «conversión» de Gustav Radbruch al iusnaturalismo, viendo en esta corriente un válido apoyo a través del cual quizá se hubiera podido evitar el nazi-fascismo, si solamente se hubiese puesto atención a los contenidos de la moral como límites al derecho. Son también de esos años la conocida polémica acerca de la separación (o la conexión) entre derecho y moral sostenida por Hart y Fuller, así como la publicación de *On Law and Justice* de Ross, por no hablar de la fundamental obra del mismo Hart *The Concept of Law* y de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen. En estas obras, si bien con diferentes acentos, el problema de las relaciones entre el derecho y la moral se coloca de nuevo en el centro del interés general: problema antiguo pero renovado por la guerra y sus trágicos resultados.

En Italia también sucedió algo parecido. Como bien recuerda Bobbio, «la literatura jurídica italiana estuvo llena de exámenes de conciencia. Era como si la dictadura con sus crímenes, la guerra con sus ruinas, la liberación con sus problemas, hubieran interrumpido cruelmente la tranquilidad que duraba desde hacía cincuenta años». Se trataba, agrega Bobbio, de la conciencia de una crisis del derecho, que se convirtió en un tema dominante y que dio lugar a «una

verdadera y propia literatura de la crisis»¹³. Sin duda era una crisis, pero ¿crisis de qué? Es Bobbio una vez más quien responde con extremada claridad en esta larga cita: «que el derecho estuviese en crisis era una voz unánime; pero sobre las causas, el significado y los remedios, los pareceres eran discordantes. Ahora se trataba de la crisis del estado de derecho, ahora del principio de legalidad y de la certeza, ahora de la ciencia jurídica, ahora del sentimiento de justicia. [...] Aun en la diversidad de los recuerdos, de los lamentos y de los diagnósticos se podía discernir un estado de ánimo común; y aun más, quizás, la común convicción que los juristas hubiesen tenido su parte de responsabilidad en la crisis, y que esta responsabilidad derivara de la *resignada adoración de la ley positiva*, de la exasperación del tecnicismo, de una excesiva confianza en la construcción y en el sistema»¹⁴.

A tal crisis, la «revuelta contra el formalismo»¹⁵ se articula como respuesta sobre todo en dos tipos de remedios: el regreso al derecho natural y la apertura hacia concepciones pluralistas del derecho. En el primer sentido, se acusa al positivismo jurídico de no reconocer otro derecho que el derecho del Estado, y de no haber sabido proponer un criterio que no fuese formal para el reconocimiento del derecho válido, abriendo así el camino a las leyes restrictivas de la libertad, a las leyes raciales, a las leyes, en suma, que habían desarticulado los principios fundamentales del Estado. En efecto, al positivismo jurídico clásico, regido por el principio de legalidad formal¹⁶, se le negaba la pertinencia de la antigua pregunta de si «el ciudadano debe obedecer a la ley injusta»,

¹³ N. Bobbio, «Trends in Italian Legal Theory» en *The American Journal of Comparative Law*, 1959, VIII, pp. 329-340, ahora en Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 19-36, en especial p. 19.

¹⁴ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 20.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ En este sentido, v. Ferrajoli, «Diritti fondamentali», Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 33 (en versión castellana *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001). «Positivismo jurídico clásico» es una expresión de Ferrajoli, *ivi*, p. 33.

precisamente porque «el criterio formal [de validez] permitía distinguir las leyes válidas de las leyes inválidas, pero no las leyes justas de las leyes injustas»¹⁷. Como consecuencia ahora, después de la guerra, surge la pregunta de si existe (y cuál es) un criterio material a fin de que pueda haber un modo para pronunciarse acerca de la justicia de las leyes. Para los iusnaturalistas, evidentemente, era fácil, obligado diría, identificar ese criterio con un derecho, el derecho natural, que debería proporcionar el fundamento para juzgar de la validez de las leyes no sólo en razón de la autoridad de la que emanaban, y de los procedimientos seguidos, sino en base a la correspondencia de ellas con valores supremos, dignos de ser perseguidos¹⁸.

A las críticas al iuspositivismo por parte de las corrientes iusnaturalistas se unían otras, que no provenía del pensamiento católico, en las que se ponía en evidencia la concepción monista del derecho que subyacía al iuspositivismo, de la que se veía una personificación en el Estado totalitario nazifascista. Tanto en Francia como en Alemania, como recuerda Bobbio, «no faltaron [...] quienes atribuyeron a las doctrinas jurídicas iuspositivistas, que habían asignado al estado el monopolio de la producción jurídica, una grave responsabilidad del totalitarismo, o por lo menos del escaso espíritu de resistencia en los hombres de ley hacia los excesos de la dictadura, así como de las varias tentativas de justificarla. Hubo quien consideró el estado totalitario casi como la natural consecuencia del positivismo jurídico, el cual, no reconociendo otro ordenamiento que el del estado, había contribuido al proceso de formación del estado moderno que se había desarrollado a través de la descalificación progresiva de las instancias inferiores»¹⁹.

Como sabemos, en realidad las teorías institucionalistas habían ya surgido antes, con las obras de Santi Romano en Italia y de Maurice Hauriou en Francia, y de algún modo

¹⁷ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 21.

¹⁸ Conviene recordar aquí que la expresión «derecho natural vigente» surgió en el ambiente católico (1949) como respuesta al positivismo jurídico y al idealismo. Al respecto cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 22.

¹⁹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 24.

habían formado parte de aquel amplio movimiento —la lucha contra el formalismo— que en el tránsito entre los siglos XIX y XX había dado lugar a corrientes como la Escuela del derecho libre, y otras. Pero, a pesar de todo, no se había podido debilitar el carácter monolítico del pensamiento iuspositivista clásico: una vez que termina la guerra, en el caso del institucionalismo italiano, encuentran un terreno fértil donde presentarse de nueva cuenta, y con renovado vigor, como «una nueva noción de derecho, [una] revuelta contra el estatalismo, contra el concentramiento de los poderes y contra el crecimiento de las funciones del estado»²⁰.

Pero aceptar un criterio sustancial, inmutable como el del derecho natural, para juzgar la validez del derecho, podía parecer a los juristas positivistas un regreso, como de hecho lo era, a momentos históricos considerados ya superados, donde el recién nacido Estado y la Iglesia contendían por la esfera del poder temporal: algo insostenible desde una perspectiva iuspositivista. Y lo mismo se podía decir de las concepciones institucionalistas, porque la fragmentación del poder del Estado en tantos elementos como son las sociedades parciales, representaba también, en cierta medida, un retorno al medioevo, a la lucha por el poder entre señoríos diversos, las ciudades, las corporaciones, la nobleza, el Rey. Era urgente, comprensiblemente, una defensa del iuspositivismo, que diera claridad acerca de su significado, sus métodos de conocimiento, para dar una respuesta al renacimiento del derecho natural²¹ y a las teorías de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos.

Pero regresemos a Bobbio. Él, a principios de los años sesentas, en *Il positivismo giuridico* (1961) y en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965)²² a los ataques del iusnaturalismo y de las teorías institucionalistas responde sustancialmente «atrincherándose» detrás del positivismo científico y no valorativo. Para ello, como ha sido evidenciado en muchas

²⁰ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 25.

²¹ Que, en la opinión de Bobbio, de cualquier modo no recorrió mucho camino (cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 32).

²² No hay que confundirlo con el ensayo homónimo (*Rivista di diritto civile*, 1962, n. 6, pp. 503-515) republicado en el volumen.

ocasiones, contribuye en primer lugar la influencia del iuspositivismo kelseniano, en el que se había insertado el empirismo propio de las corrientes filosóficas (empirismo lógico y filosofía analítica) a las que él se había acercado inmediatamente después de la guerra, introduciendo en Italia, junto con Uberto Scarpelli (1924-1993) la filosofía analítica del derecho, distanciándose así del idealismo, de la metafísica y de la fenomenología²³. El intento kelseniano de fundar una teoría pura del derecho, exenta de consideraciones morales y factuales, así como el empirismo lógico con su atención a la investigación positiva, refractaria a toda metafísica, proporcionan a Bobbio los instrumentos para su teoría general del derecho y, al mismo tiempo, para la defensa del iuspositivismo como ciencia del derecho no valorativa. Bobbio, a diferencia de Scarpelli, quien se profesa iuspositivista no en nombre de la ciencia sino en nombre de los valores en los que cree, «no abraza el positivismo jurídico en nombre de valores políticos sino en nombre de la ciencia»²⁴.

La concepción bobbiana del iuspositivismo es demasiado conocida como para que valga la pena detenerse ahora en ella. Basta indicar simplemente que, como sabemos, la única versión del iuspositivismo que él acepta es la de un iuspositivismo como método, como acercamiento. Método y acercamiento que están, en esta perspectiva, exentos de toda consideración de valor: son neutrales con respecto a su objeto. Sin embargo, la ciencia del derecho —éste es el nombre que recibiría la actividad del jurista— no consiste en trabajar con un conjunto de hechos sociales de los que da cuenta a través de un lenguaje meramente descriptivo (tal sería la tarea de la sociología del derecho), sino que trabaja con directivas, con prescripciones pertenecientes a la ética²⁵. De tal forma que las

²³ Cfr. E. Pattaro, «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi» en AA.VV. *Diritto e analisi del linguaggio* (ed. de U. Scarpelli), Edizioni di Comunità, Milán, 1976, pp. 452 y ss., y en modo más amplio P. Borsellino, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, en esp. pp. 8 y ss., 12 y ss.

²⁴ Cfr. E. Pattaro, «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi», cit., p. 476.

²⁵ Entendiendo ética en un sentido muy amplio que comprende (en la perspectiva de U. Scarpelli) el derecho, la moral y la política.

premisas metodológicas que subyacen al iuspositivismo de Bobbio, es decir, las del positivismo lógico y la filosofía analítica, se revelan a final de cuentas «como una especie de caballo de Troya en la ciudadela kelseniana», pues «una coherente filosofía neoempirista no puede ... admitir una ciencia objetiva del derecho como deber ser»²⁶. En efecto, si en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* la opción de Bobbio por el iuspositivismo científico-no valorativo parece presentarse de forma definitiva, monolítica, poco después, durante la mesa redonda realizada en Pavía en 1966 acerca de ese tema, su posición es, si no rechazada, cuando menos redimensionada. En una intervención, Bobbio constata, un poco con amargura, que contrariamente a las intenciones, la conclusión de los trabajos de la mesa redonda podría consistir en la declaración de muerte del iuspositivismo y del renacimiento del iusnaturalismo (aspectos a los que contribuye en modo decisivo Uberto Scarpelli en *¿Qué es el positivismo jurídico?* (1965, Cajica, Puebla, 2001). Scarpelli, en mi opinión, anticipa y trata de manera más profunda, el debate en curso. En efecto, no obstante que Bobbio parta de la convicción de que «la contraposición entre derecho positivo y derecho natural corresponde antes que nada a una exigencia de método científico: no es una opción ética»²⁷, reforzando sustancialmente con ello su adhesión a la versión científico-no valorativa del iuspositivismo, reconoce que de cualquier modo ha venido a menos la neta distinción entre el derecho como es y el derecho como debe ser, y observa que ello evidencia la crisis del positivismo jurídico «no sólo como teoría ... sino también como modo de aproximarse al estudio del derecho»²⁸. Con razón se ha sostenido²⁹ que Bobbio de este modo cambia radicalmente su idea acerca del acercamiento científico del iuspositivismo,

²⁶ Cfr. E. Pattaro, «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi», cit., p. 464.

²⁷ N. Bobbio, «Intervento di Norberto Bobbio», *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., p. 70.

²⁸ N. Bobbio, «Intervento di Norberto Bobbio», *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., pp. 70, 73. Sobre este punto P. Borsellino, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., p. 106.

²⁹ Cfr. P. Borsellino, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., p. 106.

admitiendo que estaba ligado al valor de la certeza y que detrás de ese valor se escondía la exigencia política que consistía en la aceptación del *statu quo*³⁰.

Se puede decir, entonces, que ya en 1966 la epistemología neoempirista del iuspositivismo bobbiano, es decir la tesis que la ciencia (no valorativa) del derecho es una ciencia descriptiva de normas, contiene dos aseveraciones que nuestro autor está obligado a tomar en cuenta: i) la ciencia jurídica, para ser tal, no debe contener ningún juicio de valor; ii) la ciencia jurídica en cuanto tal no produce derecho.

A tales resultados Bobbio llega a través de la consideración de una actividad como la metajurisprudencia (o metaciencia jurídica, es decir la reflexión que tiene como objeto la ciencia jurídica): la metajurisprudencia puramente descriptiva de las actividades realizadas como ciencia jurídica demuestra sin ninguna duda que la así llamada ciencia jurídica en realidad no es una ciencia porque está irremediabilmente impregnada de juicios de valor³¹.

¿Que ha sucedido con las tesis de Bobbio acerca del positivismo jurídico? Se podría pensar, si tomamos en serio los últimos aspectos que hemos examinado, que Bobbio modifica su adhesión a la visión del iuspositivismo como acercamiento y como método científico, es decir como una actividad neutral, no valorativa.

En su intervención en la mesa redonda de 1966 Bobbio daba ya la impresión de estar por «cambiar partido», habiendo constatado la profunda crisis del iuspositivismo, inclusive como método, la versión en la que él se reconocía. Y en el ensayo de 1967, «Essere e dover essere nella scienza giuridica»³², Bobbio

³⁰ N. Bobbio, «Intervento di Norberto Bobbio», *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., p. 73.

³¹ Cfr. N. Bobbio, «Essere e dover essere nella scienza giuridica» en *Rivista di filosofia*, 1967, pp. 235-262, ahora en Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1970, pp. 139-173, en pp. 164 y ss.

³² Véase la nota anterior. Tal ensayo constituye, según muchos estudiosos bobbianos, una clave de lectura, determinante para encuadrar en forma correcta su pensamiento.

va aun más allá, reconociendo «que la jurisprudencia³³ opera directamente sobre el sistema jurídico, porque es parte de él»; agregando además que «[visto que] la metajurisprudencia opera sobre la jurisprudencia, también ella puede ejercer, si bien indirectamente, su influencia en el mismo sistema jurídico»³⁴.

Con la expresión «metajurisprudencia» Bobbio entiende la reflexión crítica acerca de la jurisprudencia, mientras que con «jurisprudencia», admitiendo que sea una ciencia, entiende precisamente la ciencia del derecho en sentido lato³⁵. Y afirma, en consecuencia, que cuando Kelsen, desde una perspectiva metajurisprudencial, sostiene que la jurisprudencia tiene una función descriptiva del derecho como es y no prescriptiva de cómo el derecho debe ser, no habla de una función *real* del jurista, sino de un *ideal* que la jurisprudencia, según él (Kelsen), debe perseguir³⁶. Si deseamos resumir, agrega Bobbio, «la teoría kelseniana de la ciencia jurídica en una fórmula eficaz, podríamos decir que ella prescribe que se describa»: y agrega de nuevo, «lo que quiere decir —con otra fórmula— que una ciencia del derecho *neutral* se obtiene pagando el precio con una metajurisprudencia *ideologizada*»³⁷.

Pero Bobbio, a pesar de todo no cambia su idea al respecto, y si bien algunos estudiosos evidencian en su pensamiento

³³ Significativamente en este ensayo Bobbio utiliza el término «jurisprudencia» en lugar de la expresión «ciencia jurídica».

³⁴ N. Bobbio, «Essere e dover essere nella scienza giuridica», cit., p. 147. Véase también el análisis realizado sobre este ensayo por E. Pattaro, «Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi», cit., pp. 481 y ss., y de P. Borsellino, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, cit., pp. 113 y ss.

³⁵ Como es sabido, el término «jurisprudencia» se utiliza también para referirse a las decisiones judiciales (la jurisprudencia de la Corte constitucional). A pesar de que en el ensayo de Bobbio no se encuentra formulada esta distinción de forma explícita, asumo que no tenía en mente este sentido (jurisprudencia aplicada) sino por el contrario el de jurisprudencia teórica, aquella que se produce en sede doctrinal.

³⁶ N. Bobbio, «Essere e dover essere nella scienza giuridica», cit., p. 149.

³⁷ N. Bobbio, «Essere e dover essere nella scienza giuridica», cit., p. 150.

algunos elementos iusrealistas³⁸, como resultado de la crisis de la que no puede negar la presencia, podemos concluir que nunca reniega en modo explícito su adhesión al iuspositivismo científico, al iuspositivismo como aproximación neutral al derecho. Bobbio constata que en la cultura jurídica ha venido prevaleciendo, en lugar de una metajurisprudencia iuspositivista, que prescribía a la jurisprudencia que fuese descriptiva y neutral, una metajurisprudencia con una actitud más apegada a la realidad, que trata de establecer cuáles operaciones efectivamente realiza la jurisprudencia³⁹; y constata, como consecuencia, que este cambio de actitud da como resultado la plena conciencia de que la jurisprudencia no se limita a describir el derecho existente, sino que contribuye en modo determinante a que se mantenga como tal.

Que Bobbio no haya cambiado esta idea, por otra parte, me parece que se puede argumentar, además, en base a sus consideraciones acerca del concepto de democracia, es decir, en sus reflexiones relativas a la disciplina a la cual formalmente pasa en 1972. Así como la verdadera alternativa que enfrenta Bobbio, una vez que se constata la crisis del iuspositivismo, no es entre normativismo y iusrealismo, o entre normativismo y análisis funcional del derecho⁴⁰, sino entre iuspositivismo y iusnaturalismo, Bobbio, en mi opinión, se encuentra frente a una alternativa, en sus reflexiones politológicas, entre democracia formal y democracia sustancial (o, en otros términos, entre teoría política descriptiva y teoría política normativa).

A la alternativa, en su teoría del derecho, entre iuspositivismo y iusnaturalismo, Bobbio responde, en sustancia y a pesar de señales significativas que pudieran orientar en modo diverso, optando por el iuspositivismo. Se puede tal vez decir que la conciencia plena de la alternativa, así como la dificultad de tomar posición (la alternativa al iuspositivismo era el iusnaturalismo), aceleran de alguna manera su pasaje a la

³⁸ Por ejemplo Enrico Pattaro y Riccardo Guastini. Contra: Mario Jori, Patrizia Borsellino, Anna Pintore.

³⁹ N. Bobbio, «Essere e dover essere nella scienza giuridica», cit., p. 152.

⁴⁰ Por razones que no puedo aquí examinar.

teoría de la política, en la cual puede dar rienda suelta al análisis, importantísimo para él, del concepto de poder: concepto que se coloca como parteaguas de ambas teorías. A la alternativa, en su teoría política, entre democracia formal y democracia sustancial, Bobbio responde, en sustancia, y también aquí a pesar de señales significativas que a veces dejan pensar lo contrario, manifestándose a favor de la democracia formal, de la democracia como un sistema de reglas procedimentales que conducen a la toma de decisiones públicas.

En lo personal, inspirándome sobre todo en las reflexiones de Luigi Ferrajoli, considero que el concepto de democracia formal (o procedimental o mínima⁴¹) peca de un exceso de realismo⁴². Exceso de realismo puede parecer una expresión fuerte y tal vez impropia, de modo que me explico mejor. La Constitución italiana de 1948 instituye el Tribunal constitucional con la tarea de vigilar la constitucionalidad de las leyes, pero, es un hecho histórico innegable que en realidad el legislador italiano no aplicó esa parte de la Constitución hasta el año de 1956. El exceso de realismo bobbiano, en este sentido, consiste —es una hipótesis— en el hecho de no haber sabido recoger —y asimilar en su pensamiento— los cambios que el constitucionalismo del siglo XX, a partir de la Constitución austriaca de 1920 (fruto de la reflexión kelseniana), introduce en la realidad jurídica, es decir la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria así como la creación de la figura del «juez de las leyes». Es como si el pensamiento de Bobbio hubiese hecho una fotografía de una realidad jurídica que, si bien toma en cuenta la Constitución republicana de 1948, no siendo ésta aplicada en modo inmediato y completo⁴³, «cristaliza» un contexto, el contexto del Estado liberal de matriz decimonónica, en el que el legislador repre-

⁴¹ Aquí no examino las diferencias que pueden existir entre estas diversas versiones de una democracia no sustancial.

⁴² Véase la actitud realista de Bobbio, «El realismo de Bobbio» de M. Bovero, *Isonomía*, 2004, no. 20, pp. 239-53, y también, «Introduzione» a N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Turín, 1999, pp. IX-LXVI.

⁴³ Otras partes, como la creación de las Regiones (los Estados) es también posterior a la entrada en vigor de la Constitución.

senta la voluntad soberana del pueblo y, por ello, constituye la expresión preponderante del poder político. Y una vez que la Corte constitucional se hace una realidad, en 1956, es como si no hubiera cambiado nada para él. Como si no se hubiese extendido el sufragio universal, finalmente, también a las mujeres, y como si en el siglo XX, no existiese ninguna necesidad de efectuar algún control sobre la ley, como sucedía a finales del siglo XIX e inicios del XX, por el simple hecho de que la restricción clasista del sufragio aseguraba una exacta correspondencia entre los representantes y los electores.

Parece evidente, luego, que un exceso de realismo, efecto de una no completa comprensión del constitucionalismo y, como afirma Ferrajoli, de sus desniveles normativos⁴⁴, contribuye en manera determinante a la respuesta que Bobbio da a la alternativa democracia formal-democracia sustancial. Por otra parte, lo hemos ya visto, a su respuesta a la alternativa, en su teoría jurídica, entre iuspositivismo e iusnaturalismo contribuye, según muchos estudiosos, la combinación de los presupuestos epistemológicos del empirismo lógico y la filosofía analítica, con la metajurisprudencia kelseniana. A mí me parece, sin embargo, que un factor aun más determinante de la toma de posición de Bobbio al respecto es, como ya en relación a la alternativa democracia formal- democracia sustancial en su teoría política, es la no completa comprensión del constitucionalismo⁴⁵. La no completa comprensión del constitucionalismo es pues, en mi opinión, el elemento común a las dos tomas de posición más importantes en el pensamiento de Bobbio, y, al mismo tiempo, constituye la clave de comprensión de su sustancial continuidad.

En efecto, como afirma Ferrajoli⁴⁶, esta no completa comprensión conduce, entre otras cosas, a la idea paleopositivista de la validez del derecho como mera existencia, en línea

⁴⁴ Cfr. L. Ferrajoli, «Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica» en L. Gianformaggio - M. Jori (a cargo de), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 353-372, p. 363.

⁴⁵ En esto coincido plenamente con Ferrajoli, «Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica», cit.

⁴⁶ Cfr. L. Ferrajoli, «Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica», cit., pp. 363-364.

con el pensamiento kelseniano (según una de sus claves de lectura). El neoconstitucionalismo, es Ferrajoli quien habla, constituye un cambio de paradigma jurídico, en cuanto que añade al criterio de validez formal de la ley un criterio sustancial: válida ya no es la ley emanada sólo en razón de requisitos de competencia y de procedimiento, sino que es válida la ley que también respeta requisitos de contenido⁴⁷.

A pesar de todo, es común en Bobbio, en su teoría del derecho y su teoría de la política, una actitud no valorativa, comprometida en primer lugar con el valor de la descripción de cómo son las cosas. En lo que respecta al derecho, aunado a lo que ya hemos visto, consideremos lo que dice en 1979, en ocasión de la reimpresión de *Il positivismo giuridico* (de 1961): «es inútil decir que el curso [el volumen nace de las clases que Bobbio impartió en 1960-61] refleja el paso del tiempo en el que fue escrito, así como de un debate que ya no se desarrolla en los mismos términos de entonces. Pero no he querido ni revisarlo ni ponerlo al día. A pesar de toda el agua que ha pasado bajo los puentes del positivismo jurídico sus pilares centrales han resistido»⁴⁸: ¿cómo no interpretar este pasaje como una sustancial adhesión, de todos modos, al iuspositivismo científico? En lo que respecta a la política, por otra parte, él admite con frecuencia que la actividad cognoscitiva de los conceptos fundamentales de la política está impregnada de juicios de valor; y él mismo parece pasar de una «región» a otra del «mapa» de la reflexión política (la búsqueda de la mejor forma de gobierno, el problema de la justificación del Estado, el problema de la naturaleza de la política)⁴⁹, pero de

⁴⁷ Ferrajoli lo sostiene en varios trabajos, desde *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1989 (trad. esp. *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995) hasta sus últimos escritos, como «Sobre los derechos fundamentales» de próxima publicación en la trad. de M. Carbonell.

⁴⁸ N. Bobbio, «Premessa» a *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. IX-X, p. X.

⁴⁹ Bobbio diseña su mapa por primera vez en su ponencia al Simposio «Tradizione e novità della filosofia della politica» (Bari, 1970). En realidad Bobbio indicaba una cuarta «región», la de la investigación acerca de las condiciones de validez de la ciencia política y un análisis del lenguaje político. Vid. en «Dei possibili rapporti tra filosofia politica e scienza politica» en *Tradizione e novità della filosofia della politica*, Laterza, Roma-Bari, 1971, republ. como:

todos modos la cuestión fundamental que guía su trabajo parece configurarse como una batalla contra la utopía y contra la ideología; contra la primera en cuanto que ella puede perjudicar la actividad cognoscitiva del mundo como es, confundiéndolo con el espejismo del mundo como deseamos que sea, y contra la segunda porque ella es funcional a la defensa del *statu quo*. La filosofía política bobbiana, a diferencia del Rawls de *A Theory of Justice*, no consiste en una teoría normativa, ni utópica ni conservadora, sino en una «modesta» teoría general de la política con objetivos meramente descriptivos⁵⁰.

¿Hubiera cambiado algo si Bobbio hubiese tomado *en serio* el constitucionalismo? Es arduo establecerlo. En primer lugar, repitiendo una fórmula conocida, la historia no se hace con condicionales ni con conjunciones adversativas (con los «si...» y los «pero...»). En segundo lugar, todos somos un producto de nuestro tiempo, y Bobbio lo es del suyo. Habiéndose formado en un momento en el que se tenían que hacer las cuentas con la cultura fascista, y, en la filosofía, con el idealismo y el espiritualismo de matriz hegeliana, que en Italia se resolvían en la actividad apologética que del fascismo hace Giovanni Gentile, se puede concluir que Bobbio no escapa a su destino, es decir que toda su enorme producción científica se encuentra inexorablemente marcada —en el bien y en el mal— por un momento significativo: el momento de ruptura que representó, no sólo para él, la caída del fascismo, y que se resuelve en su adhesión a un programa intelectual que sin renunciar al compromiso con los valores del progreso, y a su defensa cuando se hace necesario, se atrinchera detrás de una actividad científica que concede un valor primario a la neutralidad, a la descripción. Quiero decir, para concluir, que no le fue posible hacer las cuentas con una parte del fenómeno que

«Considerazioni sulla filosofia politica» en *Rivista italiana di scienza politica*, 1971, 2, y en N. Bobbio, *Teoria general della politica*, cit., pp. 5-16, con el título «Dei possibili rapporti tra filosofia politica e scienza politica». Interesantes dilucidaciones al respecto, que toman en cuenta también otros escritos de Bobbio, se puede encontrar en la «Introduzione», cit., de M. Bovero a Bobbio, *Teoria generale della politica*, cit.

⁵⁰ Lo declara el mismo Bobbio en el prólogo, cit., p. 10.

estudiaba por la simple razón que él estaba dentro del fenómeno mismo. Bobbio inicia su actividad intelectual como teórico del derecho, y como tal, su preocupación —la preocupación de muchos, aún hoy en día— era elevar su actividad al rango de ciencia, y ello, como es obvio, le hace colocar al centro el valor de la neutralidad. Por otra parte, en el otro extremo de la alternativa que se le presenta se encuentra el iusnaturalismo: y sabemos bien que este vocablo para muchos de nosotros conlleva un significado no apreciable positivamente.