

## Predgovor

# Bobbio in pravni pozitivizem

## Tridelba in njen avtor sam

1. Dobro je znana Bobbieva razčlenitev treh pomenov izraza pravni pozitivizem: pozitivizem kot splošni pristop k učenju prava, pozitivizem kot nauk o pravu in pozitivizem kot pravna ideologija.<sup>1</sup> Naj jih na hitro predstavim. V prvem pomenu – tj. kot pristop k učenju prava – pozitivizem vzpostavlja »jasno razliko med pravom, kakršno je, in pravom, kakršno bi moralo biti«, obenem pa zavzema »prepričanje, da se mora pravnik ukvarjati s prvim, in ne z drugim«. V drugem pomenu – tj. kot posebni nauk o pravu – pozitivizem zaznamuje jo nauk o prisilnosti prava, imperativizem, vrhovnost zakona in razumevanje, da je pravni red zapolnjen (tj. brez pravnih praznin) in notranje skladen (tj. brez antinomij). V tretjem pomenu – kot pravna ideologija – pozitivizem pravu pripisuje pozitivno vrednost že samo zato, ker obstaja; po skrajnejši različici pa pozitivizem »že samo zato, ker postavljeno pravo obstaja, smatra, da je to pravično«, in ker je pravično, naj bi ga bili dolžni spoštovati.<sup>2</sup> Ta tridelba nedvomno sproža več problemov. V zvezi s prvim od razčlenjenih pomenov pravnega pozitivizma, tj. v zvezi s pozitivizmom kot splošnim pristopom k učenju prava, lahko ob pogledu na danes znano razliko med zaprtim pozitivizmom in odprtim pozitivizmom jasno opozorimo na obstoj prav takšne dvopomenskosti izraza pravni pozitivizem, kakršno je Bobbio želel izključiti. K drugemu od pomenov moramo po mojem dodati, da deluje izenačitev pozitivizma kot nauka o pravu s tako skrajno različico pravnega formalizma dokaj arbitrarno. To namreč pomeni, da ob strani pustimo tako normativistične nauke o pravu, ki se (upravičeno) samoopredeljujejo kot pozitivistični, a jih nikakor ne moremo opredeliti za formalistične (Hart je tu dober primer), kakor tudi nenormativistične nauke o pravu, ki jih gre razumno šteti za pozitivistične (npr. tiste, ki jih González Vicén opredeljuje kot zgodovinsko-pozitivistične in pozitivistično-realistične).<sup>3</sup> Kar zadeva pozitivizem kot pravno ideologijo, pa se za prav tako arbitrarnega izkaže poudarek – ta sicer ni ravno Bobbiev, je pa del prevladujočega razumevanja njegove tridelbe – na tako skrajnem stališču, kakršno je Hobbesovo, tj. na trdi-

1 To je zapis prispevka z okrogle mize o Norbertu Bobbiu in prihodnosti filozofije prava v Ali-canteju 13. junija 2015, v okviru XXI. *Italijansko-špansko-francoskega seminarja za pravno teorijo*.

2 Bobbio 1992: 37 ss.

3 González Vicén 1979: 171 ss.

tvi, da vedno obstaja odločujoča moralna dolžnost spoštovati pravo. To stališče je redkokdaj zagovarjal kakšen pravnik. Izenačevanje pozitivizma kot pravne ideologije s Hobbesovim stališčem pušča ob strani vse tisto, kar lahko razumno štejem za najzanimivejše oblike pozitivistične ideologije, tj. vse, kar lahko povzamemo z navedbo takšnih imen, kot so Uberto Scarpelli in – med sodobnimi pozitivisti – Tom Campbell, Liborio Hierro ali Francisco Laporta.

2. Tisto, kar me tu sicer zanima, niso toliko navedene pomanjkljivosti Bobbieve tridelbe, ampak – kot bomo videli v nadaljevanju – nekaj čisto drugega. Naj najprej spomnim na dobro znani podatek, da je v navedenem članku tridelba služila Bobbiu za to, da je razjasnil svoje stališče. Po Bobbiu samem zaznamuje njegovo stališče pozitivizem kot splošni pristop k učenju prava, povsem tuja pa sta mu pozitivizem kot poseben pravni nauk in pozitivistična ideologija prava. Osnovni cilj tega mojega prispevka je, nasprotno, vzbuditi dvom o primernosti te opredelitve, ki jo je postavil Bobbio sam. Utemeljeval bom, da pri Bobbiu najdemo jasno zavzeta stališča – tu gre za njegovo zrelejše obdobje in na vsak način poznejše od tridelbe –, ki jih je mogoče razumeti le kot izraze pozitivizma kot posebnega pravnega nauka (tj. kot formalizma) in kot pravne ideologije. Ti izrazi so po mojem mnenju zelo jasno prisotni v različnih Bobbievih razmišljanjih o Kelsnovem pojmu temeljne norme in o Hartovem pojmu pravila priznavanja. Kot je znano, sta ta pojma odgovora na dve vprašanji: (1) na vprašanje o družbeni usidranosti prava, o nujnosti razlikovanja med pravnim redom, ki ima v dani družbi dejanski vpliv, in drugimi pravnimi redi, ki so umišljeni, opevani, predlagani; (2) na to, kar običajno imenujemo vprašanje normativnosti prava, tj. vprašanje utemeljenosti razumevanja določenih družbenih praks in predpisov, ki jih izdajajo določene oblasti, kot zavezujočih norm, na katere se lahko utemeljeno opremo pri sprejemanju odločitev. Oba pojma – temeljna norma in pravilo priznavanja – sta vsak zase povezana s tema dvema vprašanjema, čeprav se zaradi nekaterih posebnosti slednjih zdi, da se pojem pravila priznavanja v prvi vrsti navezuje na vprašanje družbene usidranosti prava in le posredno tudi na vprašanje njegove normativnosti, pojem temeljne norme pa prav nasprotno, tj. v prvi vrsti na vprašanje normativnosti in le posredno na vprašanje družbene usidranosti. Menim tudi, da je pojem pravila priznavanja v osnovi ustrezen odgovor na vprašanje družbene usidranosti, medtem ko pojem temeljne norme neuspešno odgovarja na vprašanje normativnosti. Kar je tukaj treba pokazati – in bo v nadaljevanju predmet mojega razmišljanja –, pa je, da Bobbieva težnja k spregledu teh dveh pojmov pomeni tudi spregled ali zanemarjenje vprašanj o družbeni usidranosti prava in njegovi normativnosti, na katera omenjena pojma odgovarjata. Hkrati potisne Bobbia sam način, ki nas pripelje do spregleda, nazaj v tista dva pomena pravnega pozitivizma, ki ju je sam zavrnil v besedilu, v katerem je izpeljal razčlenitev; potisne ga nazaj v pozitivizem kot posebni pravni nauk in v pozitivizem kot ideologijo prava. Za obe vrsti pozitivizma je značilen izključno notranji pogled na pravni

red. Tega razumeta kot nekaj samozadostnega tako v zvezi z njegovim obstojem v smislu veljavnega pravnega reda kakor v zvezi z njegovo naravo utemeljenega normativnega reda. Pravkar povedano je zgolj uvodne narave. Poglejmo torej, za kaj gre.

3. Na drugem mestu sem že opozoril na premik,<sup>4</sup> ki se kaže skozi čas v Bobbievem odnosu do pojmov temeljne norme in pravila priznavanja. V zgodnejših besedilih ju je razumel kot nepogrešljiva, pozneje pa je zatrjeval, da sta pojma nepotrebna in da bi ju morali izločiti iz pojmovnega orodja pravoslovcev.

Tako se pojem temeljne norme v delu *Teoria dell'ordinamento giuridico* iz leta 1960 pojavi kot nujen za mišljenje ustanovne oblasti kot normodajne oblasti, za mišljenje njenih izrekov kot norm in za to, da bi lahko prek tega utemeljili veljavnost vseh norm nekega pravnega reda.<sup>5</sup> Kljub temu je potem v članku *Sul principio di legittimità* leta 1964 označil temeljno normo za »popolnoma nepotrebno«, saj se – kot pravi sam – »veljavnost končne norme opira na učinkovitost končne oblasti,« tako da je temeljna norma »norma, kateri pripisujemo vlogo pravne utemeljitve oblasti, ki pravne utemeljitve ne potrebuje, saj ji takšno utemeljitev daje že samo dejstvo njenega obstoja.«<sup>6</sup> Nemogoče bi bilo prezreti, da tu Bobbio zapade v ideološki pozitivizem hobbessovskega tipa, za katerega je nekaj let pred tem poudaril, da ga ne sprejema: končna oblast je utemeljena in naj bi morala biti spoštovana preprosto zato – še enkrat navajam dobesedno –, »ker je dejansko spoštovana.« Dodati pa je treba, da Bobbiev ideološki pozitivizem hobbessovskega tipa zapade v dokaj okorno obliko naturalističnega zdrsa (česar Hobbesu ni mogoče očitati): po Hobbesu je utemeljena in bi morala biti spoštovana vsaka dejansko spoštovana oblast, ker je le na takšni podlagi mogoče vsem zagotoviti varnost; po Bobbiu pa bi jo morali spoštovati preprosto zato, ker je dejansko spoštovana.

V zvezi s pravilom priznavanja najdemo pri Bobbiu prav takšen premik od nujnosti k nepotrebnosti – čeprav drži, da Bobbio ni prikimal končnemu pravilu priznavanja, ampak t. i. *izvedenim pravilom priznavanja* (tj. postavljenim in veljavnim pravilom pravnega reda, katerih veljavnost temelji na drugih pravilih, v skladu s katerimi so bila prva izdana). Po Bobbiu je posebnost teh pravil (dober primer je člen 1.1. Španskega civilnega zakonika), da vsebujejo nekatera merila, v skladu s katerimi »je mogoče razlikovati pravila, ki so del pravnega reda, in tista, ki to niso«. Bobbio k temu doda, da je za opozorilo na to kategorijo sekundarnih pravil zaslužen Hart, ki jih je tudi poimenoval pravila priznavanja.<sup>7</sup> Nekaj let pozneje pa je Bobbio vseeno menil, da je (ožja) kategorija pravil

4 Ruiz Manero 2010: 95 ss.

5 Bobbio 1991: 179–181.

6 Bobbio 1970: 88–89.

7 Bobbio 1980: 324–325.

priznavanja nepotrebna ob (splošnejši) kategoriji »pravil o ustvarjanju prava«. »Pravila o ustvarjanju prava,« piše Bobbio zdaj, »ponujajo nujna in zadostna merila za 'pripoznanje' veljavnih pravil pravnega reda[.] Ko enkrat uvedemo kategorijo pravil o ustvarjanju prava, ni več jasno, kakšno vlogo naj bi posebej igrala pravila priznavanja in kakšno korist naj bi pomenila ta nova kategorija sekundarnih pravil.«<sup>8</sup>

Ob povedanem se zdi razumno trditi, da je že po načelu Ockhamove britve kategorija pravil priznavanja pogrešljiva: če velja *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, potem je jasno, da je omenjena izvedena pravila priznavanja treba opustiti; vse, kar z njimi razložimo, je mogoče razložiti tudi s kategorijo pravil o ustvarjanju prava.

Problem pa je, vseeno, v tem, da se Hart s pojmom pravila priznavanja v resnici ne navezuje na nobena postavljena pravila, ampak na končno pravilo, ki po njegovem obstaja zgolj kot »zapletena, a navadno ubrana praksa« prepoznavanja prava po določenih merilih;<sup>9</sup> ta merila obstajajo zgolj, če so v dani pravni skupnosti sprejeta. Pojem tovrstnega pravila (ali temu podobnega, kot je npr. Rossov pojem »obče normativne ideologije«)<sup>10</sup> pa je nujen za osvetlitev dileme, v katero nas vodi (če izključimo možnost padca v zanko neskončnosti) omejitve našega razmišljanja na postavljena pravila: na eni strani dileme je krožnost (veljavnost pravila A je odvisna od drugega pravila B, katerega veljavnost je, nasprotno, odvisna od pravila A), na drugi pa *petitio principii* oz. dokazovanje z nedokazanim (če je določeno pravilo, ki ga postavljamo na začetek verige, veljavno, je to zato, ker je veljavno, tj. ker je pač veljavno).

4. Verjetno najpomembnejši zaključek, ki ga je mogoče potegniti iz razmišljanja o Bobbievi tridelbi, je, da ima uvajanje pojmovnih delitev v pozitivizmu svoje meje. Vsekakor je to pojmovno razčlenjevanje zanimivo, verjetno pa bi bilo še bolj zanimivo, če bi ubralo naslednjo pot: če bi se namesto razpravljanja o različicah pozitivizma in ne glede na to, h kateri od teh različic se prišteva posamezni avtor sam, posvetili trditvam vsakega od tistih avtorjev, ki se sami prištevajo med pozitiviste.

A če je na področju teoretičnega razpravljanja očitno bolje kar najbolj natančno opredeliti predmet razprave (zaradi česar je mogoče reči, da na tem področju načeloma velja, *ceteris paribus*, da je bolje imeti več razčlemb kot manj), pa je stvar verjetno drugačna na področju zgodovine pravne kulture, ki je le del tega, kar bi lahko poimenovali *zgodovina miselnosti*. S tega zornega kota se nam pozitivizem ne kaže več kot splošni tok, ki združuje različne nauke o pravu, ampak bolj kot neko kulturno okolje, v katerem so sočasno prisotna (na

8 Bobbio 1994: 240.

9 Hart 1961: 137.

10 Glej Ross 1963: pogl. III.

prevladujoče neizraženi način, ki je značilen za kulturna okolja, in ne na bolj ali manj opredeljeni način, po katerem je mogoče prepoznati posamične nauke o pravi) tako stališča, ki ustrezajo pozitivizmu kot splošnemu pristopu k učenju prava, kakor tista, ki ustrezajo pozitivističnemu nauku o pravi in pozitivistični ideologiji prava. Bobbio je živel v tem kulturnem okolju in prav verjetno je, da so se mu zato trditve pozitivizma kot formalističnega nauka in pozitivizma kot pravne ideologije, ki jih je najprej s tridelbo postavil pred vrata, pozneje vrnile skozi okno na nezaznan in neopredeljen način.

Kulturno okolje namreč ni sestavljeno iz skupka izraženih trditev. Veliko bolj ga opredeljujejo splošno zavzeta stališča in prioritete, ki niso nujno izraženi, saj so del skupnega zaledja, ki je predpostavljeno, ne da bi bilo to treba izraziti ali postaviti pod vprašaj. Zato je vpliv kulturnega okolja v nekem smislu bolj »zahrbtnen«. Izogniti se temu vplivu je težje kot vplivu kateregakoli skupka izrecnih trditev, ki tvorijo t. i. teorije ali nauke: trditve neke teorije so tisto, kar nekdo preučuje, o čemer razmišlja in v zvezi s čimer izraža svoje strinjanje ali nestrinjanje (ali pa se izrecne sodbe morda vzdrži). Kulturno okolje pa je tisto, v čemer nekdo živi. Če bi torej želeli opozoriti na glavno značilnost pozitivizma kot kulturnega okolja, bi morali reči, da je to prežeto s skoraj izključno notranjim pogledom na pravo. S takšnim pogledom sta vprašanji družbenega obstoja prava in njegove moralne utemeljitve preprosto neopazni. Kadar pa teh vprašanj iz takšnega ali drugačnega razloga ni mogoče prezreti, se nanju odgovori s predpostavljanjem, da je pravo zmožno samo od sebe ali s pomočjo načela učinkovitosti razložiti svoj družbeni obstoj, svoj vpliv, in da je od znotraj mogoče utemeljiti trditev o veljavnosti prava v smislu njegove zavezujoče narave. Obe predpostavki najdemo v zgoraj obravnavanih Bobbievih stališčih o koristnosti pojmov temeljne norme in pravila priznavanja. Z obema predpostavkama pa se zgodi tako rekoč kot z mumijami, ki razpadejo ob samem stiku z zrakom; obstaneta lahko le kot tihi predpostavki, kakor hitro sta izraženi, pa postane očitno, da nista verjetni in niti mogoči ter da ju je treba opustiti.

**Juan Ruiz Manero**

*redni profesor filozofije prava,  
Univerza v Alicanteju (Španija)*

*Iz španščine prevedel  
Andrej Kristan.*

**Bibliografija**

Norberto BOBBIO, 1970: Sul principio di legittimità. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.

—, 1975: *Per un lessico di teoria generale del diritto*. Ponatisnjeno z naslovom: Norme secondarie v *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994.

—, 1980: Normas primarias y normas secundarias (1968). Navajam po španskem prevodu: *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres.

—, 1991: *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960). Navajam po španskem prevodu: *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate.

—, 1992: Sul positivismo giuridico. *Rivista di filosofia* LII (1961). Navajam po španskem prevodu: *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.

Felipe GONZÁLEZ VICÉN, 1979: Sobre el positivismo jurídico. *Estudios de filosofía del derecho*. Facultad de derecho de la Universidad de La Laguna.

Herbert L. A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Navajam po španskem prevodu: *El concepto de derecho*. México: Editora Nacional.

Alf ROSS, 1963: *On Law and Justice* (1958). Navajam po španskem prevodu: *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

Juan RUIZ MANERO, 2010: Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última. *Analisi e diritto* 2010. Tudi v: *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas*. Lima/Bogotá: Palestra-Temis, 2014.

# Bobbio y el positivismo

## La triple distinción y el propio Bobbio

1. Es muy conocida la distinción de Bobbio entre tres sentidos de positivismo jurídico: positivismo como enfoque general en el estudio del derecho, positivismo como teoría del derecho, y positivismo como ideología acerca del derecho.<sup>1</sup> Recordándolo muy rápidamente, en el primer sentido – positivismo como enfoque – se trata de sostener “una clara distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser” y también “la convicción de que el derecho del que ocuparse el jurista es el primero y no el segundo”. En el segundo sentido – positivismo como teoría específica del derecho –, se trata de la suma de la teoría de la coactividad, del imperativismo, de la supremacía de la ley y de la consideración del sistema jurídico como completo (carente de lagunas) y coherente (carente de antinomias). En el tercer sentido – positivismo como ideología – se trata de la atribución al derecho, por el mero hecho de existir, de un valor positivo y, en su versión más radical, de la consideración de que “el derecho positivo, por el mero hecho de ser positivo, es justo” y existe por tanto, respecto de él, un deber de obediencia.<sup>2</sup> Esta triple distinción plantea, sin duda, bastantes problemas. En cuanto al primero de los sentidos de positivismo en ella distinguidos, el positivismo como enfoque general, resulta claro que – como muestra la distinción de nuestros días entre positivismo excluyente y positivismo incluyente – en el interior de este primer sentido de positivismo subsiste la ambigüedad que Bobbio pretendía desterrar. En cuanto al segundo sentido, resulta, me parece, un tanto arbitrario reducir el ámbito del positivismo como teoría del derecho a lo que podríamos llamar una versión extrema del formalismo. Esto implica el dejar de lado la existencia de teorías del derecho normativistas que se consideran a sí mismas, y con buenos títulos, como positivistas y que de ningún modo pueden ser consideradas como formalistas (Hart sería aquí el ejemplo emblemático) y también de teorías no normativistas del derecho que pueden razonablemente ser consideradas como positivistas (tales como aquellas que González Vicén, por ejemplo, calificaba de positivistas-historicistas o de positivistas-realistas).<sup>3</sup> Y en cuanto al positivismo como ideología acerca del derecho, parece también un tanto arbitrario poner el énfasis, como no tanto el propio Bobbio pero sí la

1 Este texto reproduce la intervención en la mesa redonda sobre *Norberto Bobbio y el futuro de la filosofía del derecho*, que tuvo lugar en Alicante el 13 de junio de 2015 en el marco del XXI Seminario hispano-franco-italiano de teoría del derecho.

2 Bobbio 1992: 37 ss.

3 González Vicén 1979: 171 ss.

manera como predominantemente ha sido leído, en una posición tan extrema como la hobbesiana – esto es, a la tesis de que hay siempre una obligación moral concluyente de obedecer al derecho –, posición que ha sido raramente sostenida por algún jurista. Esta identificación entre positivismo como ideología y hobbesianismo deja fuera a todo aquello que podemos considerar razonablemente como las manifestaciones más interesantes del positivismo como ideología, todo aquello que podemos resumir en los nombres de Uberto Scarpelli, o, entre los positivistas actuales, Tom Campbell, Liborio Hierro o Francisco Laporta.

2. Pero lo que me interesa ahora no son tanto los defectos, digamos, de la triple distinción bobbiana sino, como se verá a continuación, algo bien distinto. Empecemos por recordar el dato bien conocido de que esta triple distinción servía de base, en el texto de Bobbio recién mencionado, para que éste fijara su propia posición. El positivismo de Bobbio se limitaría, según él mismo, al positivismo como enfoque y sería completamente ajeno al positivismo como teoría específica y al positivismo como ideología. Pues bien: el objeto principal de esta intervención es poner en cuestión la propia caracterización que Bobbio hace de sí mismo. En el sentido siguiente: en Bobbio hay tomas de posición – y esto afecta al Bobbio más maduro, al Bobbio en todo caso posterior a la triple distinción a propósito del positivismo – que sólo pueden entenderse como huellas del positivismo como teoría específica, del positivismo como formalismo, y del positivismo como ideología. Estas huellas se encuentran muy claramente, a mi juicio, en diversas reflexiones de Bobbio a propósito del concepto kelseniano de norma básica y a propósito del concepto hartiano de regla de reconocimiento. Dichos conceptos, como es bien sabido, responden a dos preocupaciones: primero, a la preocupación por el anclaje social del derecho, a la preocupación por distinguir el sistema jurídico vigente en una determinada sociedad de sistemas jurídicos alternativos, imaginados, añorados o propuestos; segundo, a la preocupación por lo que ha llegado a ser común denominar el problema de la normatividad del derecho, esto es, la justificación de la consideración de ciertas prácticas sociales y de ciertas prescripciones emanadas de ciertas autoridades como normas vinculantes capaces de proporcionar un fundamento justificado a la adopción de decisiones. Ambos conceptos – norma básica y regla de reconocimiento – se vinculan, cada uno de ellos, con estos dos problemas, si bien las especificidades de cada uno de ellos hacen que el concepto de regla de reconocimiento aparezca primariamente vinculado al problema del anclaje social del derecho y sólo de forma derivada al problema de la normatividad, en tanto que con el concepto de norma básica ocurra justo lo opuesto: que aparezca primariamente vinculado al problema de la normatividad y sólo derivadamente al problema del anclaje social. Y creo también que así como el concepto de regla de reconocimiento es una respuesta básicamente adecuada al problema del anclaje social, el concepto de norma básica es una respuesta fracasada al problema de la normatividad. Pero lo que importa aquí mostrar, y sobre ello se articula lo que

viene a continuación, es que la pretensión bobbiana de prescindir de estos conceptos implica el ignorar, el dejar de lado, los problemas a los que los mismos responden (anclaje social y normatividad, como he venido repitiendo). Y que el dejar de lado estos problemas se hace, desde coordenadas que hacen recaer a Bobbio en los dos sentidos de positivismo rechazados por él en el texto en el que traza la triple distinción, esto es, en el positivismo como teoría específica del derecho y en el positivismo como ideología. Ambos positivismos tienen en común una mirada exclusivamente interna al sistema jurídico. Sistema jurídico que se considera como autosuficiente, bien en cuanto a su existencia como sistema vigente, bien en cuanto a su carácter de sistema normativo justificado. Pero todo hasta aquí es meramente introductorio. Entremos, pues, en la cosa.

3. En otra ocasión<sup>4</sup> puse de manifiesto cómo, tanto a propósito del concepto de norma básica como del concepto de regla de reconocimiento hay en Bobbio un desplazamiento, desde considerar, en unos primeros textos, que uno y otro concepto son imprescindibles a defender, en textos posteriores, que se trata de conceptos innecesarios que deberían ser eliminados del instrumental conceptual de la teoría del derecho.

Así, el concepto de norma básica aparece en la *Teoria dell'ordinamento giuridico* de 1960 como necesario para poder pensar el poder constituyente como un poder normativo y sus emisiones como normas y para poder fundamentar a partir de ahí la validez de todas las normas del sistema<sup>5</sup>. Sin embargo, en el texto de 1964 “Sul principio di legittimità”, la norma básica es considerada como “perfectamente superflua”, porque – dice ahora Bobbio – “la validez de la norma última se funda en la efectividad del poder último”, de forma que la norma básica “es aquella norma a la que se asigna la función de legitimar jurídicamente un poder que no tiene necesidad de ninguna legitimación jurídica porque encuentra su legitimación jurídica en el hecho mismo de existir”<sup>6</sup>. No puede dejar de concluirse que aquí Bobbio incurre claramente en el positivismo ideológico hobbesiano que años antes ha declarado no compartir: el poder último es legítimo y debe ser obedecido sencillamente – cito un vez más textualmente – por “el hecho de ser efectivamente obedecido”. Y cabe añadir que el positivismo ideológico hobbesiano de Bobbio incurre, a diferencia del defendido por el propio Hobbes, en una forma de falacia naturalista bastante cruda: en Hobbes, todo poder que encuentre efectivamente obediencia es legítimo y debe ser obedecido porque sólo desde esta obediencia cabe garantizar la seguridad de todos; en Bobbio parece que debe ser obedecido sencillamente porque es obedecido.

En relación con el concepto de regla de reconocimiento encontramos el mismo desplazamiento en Bobbio: de la necesidad del concepto a su superfluidad.

4 Ruiz Manero 2010: 95 ss.

5 Bobbio 1991: 179–181.

6 Bobbio 1970: 88–89.

Aunque lo cierto es que, en relación con esto, a lo que Bobbio aludió aprobatoriamente no fue al concepto hartiano de regla última de reconocimiento, sino a lo que podríamos llamar *reglas de reconocimiento derivadas*, esto es, un cierto tipo de normas promulgadas, normas válidas del sistema cuya validez se deriva de otras normas conforme a las cuales se han dictado. Lo peculiar de estas normas, de la que son un buen ejemplo, las disposiciones sobre la ley en general del Código civil italiano, o el art. 1.1. del Cc. español, es que, al decir de Bobbio, las mismas señalan algunos criterios conforme a los cuales “se pueden distinguir las normas que pertenecen al sistema de las que no pertenecen a él”. Y, añade Bobbio, el mérito de haber individualizado esta categoría de normas secundarias corresponde /.../ a Hart, que las ha bautizado como normas de reconocimiento<sup>7</sup>. Unos años después, sin embargo, Bobbio señala que la categoría, más específica, de reglas de reconocimiento resulta innecesaria frente a la categoría, más general, de “normas sobre la producción jurídica”. “Las normas sobre la producción jurídica – escribe ahora Bobbio – ofrecen los criterios necesarios y suficientes para ‘reconocer’ cuáles son las normas válidas del sistema /.../ Una vez admitida la categoría de las normas sobre la producción jurídica, no se ve bien qué función específica puede atribuirse a las normas de reconocimiento y qué utilidad tiene la introducción de esa nueva categoría de normas secundarias”<sup>8</sup>.

Pues bien: planteadas así las cosas, parece razonable sostener la prescindibilidad de la categoría de reglas de reconocimiento por la simple aplicación de la navaja ockhamiana: si *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, parece claro que debemos prescindir de tales reglas de reconocimiento derivadas; todo lo que explicamos con ellas lo podemos explicar con la categoría de normas sobre la producción jurídica.

El problema, sin embargo, es que el concepto hartiano de regla de reconocimiento no se refiere a normas promulgadas de ningún tipo, sino a una regla última que existe solamente, en términos de Hart, como “una práctica compleja, pero normalmente concordante” de identificación del derecho por referencia a ciertos criterios;<sup>9</sup> criterios que existen solamente en cuanto que aceptados en la comunidad jurídica de que se trate. Y el concepto de una regla de este tipo (o algún otro equivalente, como, por ejemplo, el de “ideología normativa común” de Ross<sup>10</sup>) es necesario para eludir el dilema al que, excluida la posibilidad del regreso al infinito, nos aboca el reducir nuestra consideración a las normas promulgadas: o bien la circularidad – una norma A es válida en función de otra norma B, que a su vez es válida en función de la norma A –, o bien la petición de

7 Bobbio 1980: 324–325.

8 Bobbio 1994: 240.

9 Hart 1961: 137.

10 Véase Ross 1963: cap. III.

principio: una cierta norma a la que situamos al principio de la cadena es válida porque es válida, es válida porque sí.

4. Quizás la principal conclusión que pueda extraerse de la lección bobbiana es que la introducción de distinciones conceptuales en el interior del positivismo sea una empresa con límites. Es, ciertamente, una empresa interesante e incluso quizás lo sería más si se radicalizase en el sentido siguiente: si, más allá de discutir acerca de variedades del positivismo, discutiésemos sin más, dejando de lado el tipo de positivismo que cada uno dice defender, las tesis sostenidas por cada uno de los autores que se consideran a sí mismos como positivistas.

Pero, si en el terreno de la discusión teórica es evidentemente mejor que afijemos lo más posible el objeto de la discusión y por ello podríamos decir que, en este ámbito, vale el principio de que, *ceteris paribus*, cuantas más distinciones mejor, la cosa quizás sea distinta si lo que pretendemos es hacer historia de la cultura jurídica, entendida como una rama de lo que podríamos llamar *historia de las mentalidades*. Porque desde este ángulo el positivismo nos aparece no ya como la corriente general en la que agrupar diversas teorías del derecho, sino más bien como una atmósfera cultural en la que, de forma no ya más o menos articulada como en las diversas teorías positivistas, sino en la forma predominantemente tácita e inarticulada que es propia de una atmósfera cultural, están presentes posiciones correspondientes tanto al positivismo como enfoque general, como al positivismo como teoría formalista del derecho y al positivismo como ideología. En esta atmósfera cultural respiraba Bobbio y ello probablemente es lo que explique que tesis del positivismo como teoría formalista y del positivismo como ideología, que Bobbio había expulsado, mediante su triple distinción, por la puerta, se le acaben colando, de forma medio inconsciente e inarticulada, por la ventana.

Y es que una atmósfera cultural no es un conjunto de tesis explícitas, sino un conjunto de tomas de posición y de prioridades generales que no necesitan ser explicitadas porque forman parte del trasfondo compartido que se da por supuesto sin explicitarlo ni problematizarlo. Por ello, la influencia de una atmósfera cultural es más “insidiosa”, por así decirlo, más inescapable que la de cualquier conjunto de tesis explícitas que configuren lo que solemos llamar una teoría: las tesis de una teoría son algo que uno estudia, sobre lo que uno reflexiona y en relación con lo cual uno tiene acuerdos y desacuerdos expresos (así como, eventualmente, suspensiones del juicio asimismo expresas). Una atmósfera cultural es algo en lo que uno vive. Y si quisiéramos señalar el principal rasgo característico del positivismo como atmósfera cultural podríamos decir que este se halla en una visión del derecho casi exclusivamente interna. Desde esta visión, los problemas de la existencia social del derecho y de su justificación moral son sencillamente invisibles. Y cuando, por algún motivo, no puede dejarse de mirar a estos dos problemas los mismos se abordan dando por su-

puesto que el propio interior del derecho es capaz, quizás junto con el principio de efectividad, de dar cuenta de su existencia social, de su vigencia, y que desde el propio interior del derecho puede fundamentarse la afirmación de la validez, en el sentido de obligatoriedad, del mismo. Ambos supuestos se encuentran presentes en las tomas de posición de Bobbio, que aquí hemos examinado, en contra de la necesidad de los conceptos de norma básica y de regla de reconocimiento. Y a ambos supuestos les ocurre, podríamos decir, como a las momias que se desintegran con la simple exposición al aire; sólo pueden existir como presupuestos tácitos; en cuanto se explicitan, su implausibilidad y aun más, su imposibilidad, resulta tan palmaria que se impone su abandono.

**Juan Ruiz Manero**

*catedrático de filosofía del Derecho,  
Universidad de Alicante (España)*

### Bibliografía

- Norberto BOBBIO, 1970: Sul principio di legittimità. En: *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
- , 1975: *Per un lessico di teoria generale del diritto*. Reproducido bajo el título Norme secondarie en *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994.
- , 1980: Normas primarias y normas secundarias (1968). Cito por la trad. esp. de Alfonso Ruiz Miguel en: *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres.
- , 1991: *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960). Cito por la trad. esp. de Eduardo Roza Acuña en: *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate.
- , 1992: Sul positivismo giuridico. *Rivista di filosofia* LII (1961). Cito por la trad. esp. de Ernesto Garzón Valdés. En: *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Felipe GONZÁLEZ VICÉN, 1979: Sobre el positivismo jurídico. *Estudios de filosofía del derecho*. Facultad de derecho de la Universidad de La Laguna.
- Herbert L.A. HART, 1961: *The Concept of Law*. Cito por la trad. esp. de Genaro R. Carrió. *El concepto de derecho*. México: Editora Nacional.
- Alf ROSS, 1963: *On Law and Justice* (1958). Cito por la trad. esp. de Genaro R. Carrió. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Juan RUIZ MANERO, 2010: Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última. *Analisi e diritto* (2010). También en: *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas* (2014). Lima/Bogotá: Palestra-Temis.

*Synopsis***Juan Ruiz Manero****Bobbio and Legal Positivism****The Triple Distinction and Bobbio Himself**

SLOV. | *Bobbio in pravni pozitivizem. Tridelba in njen avtor sam.* Prispevek kritično obravnava znano Bobbievo tridelbo pravnega pozitivizma na pozitivizem kot splošni pristop k učenju prava, nauk o pravu in ideologijo. Avtor uvodoma opozori na nekaj problemov same tridelbe, nato pa se osredotoči na Bobbievo samoopredelitev znotraj nje. Na primeru Bobbieve obravnave pojmov temeljne norme in pravila priznavanja pokaže, kako ga njegovo kasnejše zavračanje teh dveh pojmov nezavedno privede do sprejemanja pravnega pozitivizma kot nauka o pravu in pravne ideologije – ki ju je sicer zavračal. Avtor vidi razlog za ta nezavedni Bobbiev zdrs predvsem v njegovi vpetosti v specifično pravnokulturno okolje, ki ga prežema notranji pogled na pravo. Ob tem predlaga, da zavrnemo tridelbo pravnega pozitivizma in ga namesto tega proučujemo kot skupek ne vedno ločljivih stališč, ki tvorijo specifično pravnokulturno okolje.

**Ključne besede:** Norberto Bobbio, pravni pozitivizem, splošni pristop k učenju prava (metodologija), nauk o pravu (teorija), pravna ideologija

ENG. | This contribution critically examines Bobbio's famous distinction between legal positivism as a method, a theory and an ideology. The author highlights first certain problems of the distinction itself and then focuses on Bobbio's self-determined position within it. Delving on Bobbio's analysis of the concepts of basic norm and rule of recognition, he demonstrates how Bobbio's later rejection of these two concepts implies acceptance of positivistic legal theory and ideology – despite the fact that he explicitly rejected them in the first place. The reason for this Bobbio's slip is found in his absorption in the positivist legal culture which is permeated with the internal point of view on the law. He suggests rejecting Bobbio's tripartite distinction of legal positivism and proposes instead to view this as a set of seldom indivisible standpoints forming a specific legal culture.

**Key words:** Norberto Bobbio, legal positivism, positivist methodology, positivist theory, positivist ideology

**Juan Ruiz Manero** is a Professor of legal philosophy at the University of Alicante (Spain). | Address: Universidad de Alicante, Ap. de correos 99, 03080 Alicante, España. E-mail: [juan.ruiz@ua.es](mailto:juan.ruiz@ua.es).