

LA OPOSICIÓN ENTRE *SER* Y *DEBER SER* EN EL ANÁLISIS DE LA NORMA JURÍDICA DE HANS Kelsen Y NORBERTO BOBBIO

JUAN JOSÉ INIESTA DELGADO
Becario de Filosofía del Derecho

A. INTRODUCCIÓN. EL NORMATIVISMO COMO CONCEPCIÓN DEL DERECHO.

En el Prólogo a la edición española de la *Contribución a la teoría del Derecho*, recopilación de artículos traducidos al castellano por A. RUIZ MIGUEL, el propio BOBBIO afirmaba “el autor del que en mayor medida soy deudor ha sido Hans Kelsen. A él debo, aparte del planteamiento general de mis estudios, la selección de algunos temas y un cierto modo distanciado y desapasionado de plantear los problemas incluso allí donde las soluciones son distintas”¹.

Dentro de este planteamiento general al que BOBBIO hace referencia, una parte fundamental de su análisis se centra en la consideración del fenómeno jurídico como un fenómeno normativo. De ahí la importancia trascendental que tiene dentro de la obra de ambos autores la Teoría de la norma jurídica, es decir, el estudio del componente fundamental del Derecho, del elemento nuclear de la noción de Derecho. Es cierto, por otra parte, que ambos autores se sitúan en un punto de transición del estudio jurídico desde el punto de vista de la norma hacia el punto de vista del ordenamiento, es decir, un paso desde la Teoría de la norma jurídica hacia la Teoría del ordenamiento jurídico².

Esta transformación lleva consigo en ocasiones el cambio de ubicación de los caracteres definidores del Derecho desde la norma hasta el ordenamiento, como sistema de normas, que se transforma así, como elemento unitario, en portador de los atributos esenciales de la juridicidad. El grado de evolución en ese sentido de los autores examinados es distinto, como tendremos ocasión de comprobar, en función de la pervivencia o no de elementos definidores de lo jurídico en las normas entendidas singularmente.

1 Cfr. BOBBIO, N., “Prólogo a la edición española” en *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor S.A., Valencia 1980, pág. 12.

2 Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, pág. 221.

A pesar de lo anterior, el ordenamiento jurídico, no obstante su constitución unitaria como sistema, es para ambos, desde el punto de vista ontológico, una entidad compuesta de elementos atómicos que configuran su existencia y de cuya naturaleza la suya propia depende. El estudio del elemento normativo constituye por tanto, para KELSEN y para BOBBIO, un elemento esencial de sus teorías³.

Este planteamiento común coloca tanto a KELSEN como a BOBBIO en el seno de la orientación normativista⁴.

HERNÁNDEZ MARÍN entiende que existen tres nociones posibles de normativismo⁵:

- 1) El normativismo en sentido amplísimo, que es la doctrina que sostiene que todo el Derecho está integrado por normas.
- 2) El normativismo en sentido amplio, que sostiene que todo el Derecho está integrado por entidades proposicionales.
- 3) El normativismo en sentido estricto, que sostiene que todo el Derecho está integrado por entidades proposicionales prescriptivas.

Sin profundizar en el análisis de las teorías normativas de ambos autores, en principio sólo podemos avanzar que las doctrinas de KELSEN Y BOBBIO son normativistas en un sentido amplísimo, ambos defienden que el Derecho es una entidad compleja compuesta única y exclusivamente por normas.

BOBBIO se definía a sí mismo cuando afirmaba que él era normativista si se entendía el normativismo como la teoría que define el Derecho con referencia a la noción de norma⁶. Aunque más adelante, en la misma obra, daba otra noción de normativismo, según la cual es la doctrina que considera que un hecho es jurídico cuando es tomado en consideración por una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias⁷. Sin embargo, estas dos nociones de normativismo no son contradictorias, puesto que es perfectamente compatible afirmar que el Derecho es un conjunto de normas jurídicas y que esas normas atribuyen a unos determinados hechos unas consecuencias, calificándolos por ese motivo como jurídicos. Se trata de dos afirmaciones independientes y que no se contraponen en absoluto⁸.

3 Mientras que KELSEN consagra al estudio de la norma jurídica en su singularidad la parte de su teoría que denomina *nomoeástica*, BOBBIO dedica una de sus partes de la Teoría general del Derecho a la Teoría de la norma jurídica, e incluso cuando, más adelante, define la teoría del derecho como teoría del ordenamiento jurídico, al elaborar un programa de la misma, establece como primera parte el estudio del concepto de norma y de los tipos de normas en cuanto componentes del ordenamiento. Cfr. BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, págs. 46 y 47. El cambio de actitud se manifiesta con respecto a su *Teoria dell'ordinamento giuridico*, al comienzo de la cual configura la teoría del Derecho como una conjunción de teoría de la norma jurídica y teoría del ordenamiento jurídico y no da a entender que la primera sea una parte de la segunda. BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Editorial Giappichelli, Torino 1960, pág. 3.

4 Esta orientación puede apreciarse en BOBBIO a partir de 1949 con su artículo "Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto". Cfr. RUIZ MIGUEL, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, op. cit. (n.2), pág. 197.

5 Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Editorial Tecnos, Madrid 1986, págs. 58 y 59.

6 Cfr. BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit. (n. 3), pág. 46.

7 *Ibidem*, pág. 88.

8 De hecho, el primer epígrafe del capítulo primero de la *Teoria della norma giuridica* es también significativo a la hora de delimitar el Derecho como conjunto de normas: "Un mundo de normas": en él afirma expresamente que la

Así mismo, la *teoría pura del Derecho* elaborada por KELSEN tiene por objeto las estructuras formales de las normas jurídicas. la ciencia jurídica sólo tiene que ver con las normas puesto que éstas son el único componente auténtico del Derecho y no hechos o valores⁹.

Por otro lado, tanto el deber como la facultad jurídica se reducen, según KELSEN, a normas jurídicas, puesto que no son más que distintos contenidos de las normas. El primero corresponde a la norma desde el punto de vista de aquél cuya conducta integra el supuesto de hecho, mientras que el segundo se refiere a una manifestación de voluntad dirigida a realizar la condición que recoge la norma para que se cumpla la consecuencia¹⁰.

Al defender una posición de normativismo en sentido amplísimo, resulta conveniente entrar a analizar las características que, desde un punto de vista ontológico, presenta la norma jurídica para ambos autores, lo que nos servirá a determinar en qué medida sus planteamientos comunes se plasman en soluciones similares o distintas.

B. LA NORMA JURÍDICA COMO *DEBER SER* EN LA TEORÍA JURÍDICA DE H. KELSEN.

El concepto de *deber ser* aplicado a las normas es el fundamento de la teoría de la norma jurídica kelseniana: la norma jurídica es esencialmente un *deber ser*.

El *deber ser* en oposición al *ser* esconde una triple distinción que ha puesto de manifiesto HERNÁNDEZ MARÍN¹¹:

- 1) Una distinción en el plano ontológico entre entidades factuales y entidades ideales.
- 2) Una distinción en atención al tipo de discurso entre entidades proposicionales asertivas y entidades proposicionales prescriptivas.
- 3) Una distinción entre entidades positivas y entidades naturales.

Estas tres distinciones son independientes aunque se encuentren amparadas bajo los mismos ambiguos términos; el hecho de llamar *deber ser* a entidades ideales, naturales y prescriptivas no quiere decir que estas tres características se impliquen mutuamente. Sin embargo, en las obras de KELSEN se entrecruzan y confunden, de tal manera que la aplicación de uno de estos términos a una entidad, puede tener cualquiera de las distintas consecuencias que hemos advertido. Calificar la norma jurídica como *deber ser* tiene consecuencias en los distintos planos antes mencionados.

experiencia jurídica es una experiencia normativa. Cfr. BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, Editorial Giappichelli, Torino 1958, pág. 3.

9 Cfr. KAUFMANN, A., "Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho" en *El pensamiento jurídico contemporáneo* edición de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, traducción de Gregorio Robles, Editorial Debate, Madrid 1992, pág. 122.

10 Cfr. KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional, traducción de Luis Legaz Lacambra, México 1979, págs. 80 y ss.

11 HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, op. cit. (n.5), pág. 55 y ss.

Es conveniente partir de la premisa que, para KELSEN, la norma jurídica tiene su origen en un acto de voluntad. Es un acto de voluntad el que establece la relación entre unos hechos y una consecuencia jurídica, de tal modo que cuando estos hechos se producen, se quiere que la consecuencia también se produzca¹². La dependencia con respecto a ese acto de voluntad que presenta el *deber ser*, determina en la norma jurídica una serie de características definitorias que configuran cuál ha de ser su naturaleza según KELSEN.

Por un lado, KELSEN advierte que el acto de voluntad debe ser distinguido de la norma, ya que ésta no coincide con el acto sino que constituye su sentido. El acto de voluntad, como cualquier acción humana, es susceptible de recibir distintos sentidos, de tal manera que una cosa será la acción humana y otra muy distinta el significado que tiene esa acción¹³.

Mediante el acto voluntad se desea que una determinada consecuencia tenga lugar, ese “querer” que esa consecuencia se produzca es el sentido del acto de voluntad y en eso consiste la norma. KELSEN llama norma jurídica al sentido de ese acto concreto en que consiste la voluntad del legislador, pero sin perder de vista que ambas entidades, acto de voluntad y su sentido, no se identifican, sino que entre ellas hay una relación específica, que es la propia que existe entre un acto y su significado¹⁴.

La norma, pues, se configura como un sentido, un significado, por lo que está claro su carácter ideal, en contraposición al acto de voluntad mismo que tiene carácter real, fáctico. En este caso la oposición entre el acto de voluntad y la norma es un aspecto de la oposición entre *ser* y *deber ser*, entendida como una distinción ontológica: mientras que el acto de voluntad pertenece al mundo del *ser*, es un hecho, la norma pertenece al terreno del *deber ser*, es una entidad ideal¹⁵.

Se puede precisar aún más determinando ante que tipo de entidad ideal nos encontramos. La precisión de que la norma consiste en un mandato ya nos indica que, ante todo, se trata de una entidad proposicional; pero KELSEN niega expresamente que se trate de una entidad semántica. Puede ser que el sentido del acto de voluntad del legislador se plasme en una oración legal, en un texto escrito que obviamente tiene carácter factual; pero ni este texto, ni su sentido (proposición), son norma jurídica, aunque el sentido del acto y el sentido del texto puedan tener el mismo contenido.

Sin abandonar la neta frontera que separa la entidad lingüística, hablada o escrita,

12 “La conexión entre un delito y una sanción legal queda establecida por un acto o actos humanos”: KELSEN, H., “Causalidad e imputación”, en *¿Qué es Justicia?*, traducción de Albert Calsamiglia, Editorial Ariel, Barcelona 1991, pág.223.

13 KELSEN parte del análisis realizado por el filósofo H. RICKERT que distingue entre el acto y el significado de ese acto en función de la atribución de un valor. Cfr. KELSEN, H., *General Theory of Norms*, traducción de Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford 1991, pág. 272, nota 1. RICKERT, H., *Grundprobleme der Philosophie*, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1934, págs. 86 y 87.

14 KELSEN, H., “Los juicios de valor en la ciencia del Derecho” en *¿Qué es Justicia?*, op. cit. (n.13), pág. 132.

15 KELSEN afirma que “describir el proceso llamado *decisión parlamentaria* es describir una parte de la realidad”. Vid. *ibidem*, pág. 130.

—que pertenece al terreno del *ser*— y el mandato expresado por ella —que pertenece al campo del *deber ser*—¹⁶. KELSEN aborda en su obra póstuma un análisis semántico de las entidades lingüísticas en la que define el significado como una peculiar actividad, la actividad de significar, esto es, la particularidad de una expresión lingüística de denotar un determinado objeto¹⁷. Pues bien, parece KELSEN querer expresar a continuación, que la relación que existe entre el mandato y la expresión lingüística que lo expresa, es precisamente esa relación determinada por el significado: el mandato sería el significado de una expresión lingüística, es decir, se trataría de una proposición.

Sin embargo, esta conclusión es engañosa. En efecto, KELSEN hace alusión al hecho de que una misma expresión lingüística puede dar lugar a dos distintos significados; un mandato y una aseveración pueden ser expresados por la misma oración. Cuando un padre dice a su hijo “mañana vas a ir al colegio”, puede suponer un mandato o una aseveración, determinar si se trata de una cosa o de otra depende de un proceso interno que configure la emisión de esa expresión como un acto de voluntad o no. El mandato por tanto, vuelve a reiterar KELSEN, es el significado, no de la expresión, sino del acto de voluntad a través del cual se desea el comportamiento de otro¹⁸.

La orden, la norma, se presenta, por tanto, en su aspecto de entidad ideal desvinculada, al menos directamente, de su formulación lingüística, puesto que depende del proceso interno del cual es significado y, con respecto al cual, la formulación lingüística sólo es una consecuencia visible al exterior; y, sólo en la medida en que ésta es la manifestación del acto de voluntad, afirma KELSEN que la norma es el significado de la expresión¹⁹. Pero esto depende de un fenómeno ya tenido en cuenta por KELSEN anteriormente al considerar las peculiaridades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del Derecho. El significado de un acto social que se expresa a través del lenguaje oral o escrito coincide en muchas ocasiones con el significado del enunciado a través del cual se expresa, de tal manera que la pretensión de que un determinado comportamiento tenga lugar —la significación del acto de voluntad— viene expresado en el propio acto a través del lenguaje²⁰.

Nos encontramos, por tanto, ante una entidad proposicional, de carácter ideal independiente de cualquier formulación fáctica, lo que HERNÁNDEZ MARÍN ha denominado una cuasiproposición²¹.

El Derecho es por tanto un conjunto de entidades ideales, todas las entidades jurídicas pertenecen al mundo de las ideas, no es posible encontrar ninguna entidad

16 KELSEN, H., *General Theory of Norms*, op. cit. (n.15), pág. 26.

17 *Ibidem*, pág. 34.

18 *Ibidem*, pág. 39.

19 *Ibidem*, pág. 163.

20 Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, traducción de Moisés Nilve, Editorial Universitaria de Buenos Aires 1974, pág. 37.

21 Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la Teoría de la norma jurídica*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1998, pág. 52. Este autor incluye las normas jurídicas kelsenianas dentro de esta categoría de entidades, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, op. cit. (n.5), pág. 115.

jurídica que sea factual. Ésta es una de las razones por las que KELSEN considera su teoría como una teoría pura del Derecho: las entidades factuales no tienen cabida en ella.

Pero las consecuencias de calificar la norma jurídica como *deber ser* se extienden no sólo al plano ontológico, sino también al tipo de discurso, dado que se trata de una entidad proposicional. KELSEN considera que frente a la ley de la Naturaleza, en la que la consecuencia viene introducida por el verbo "ser", en la ley jurídica, la consecuencia viene introducida por la locución "deber ser", lo que representa, a juicio de KELSEN, sustituir la necesidad física material por la imputación jurídica. Esta categoría del *deber ser*, que singulariza a las normas jurídicas, determina que su tipo de discurso sea el prescriptivo.

Para ser más exactos, que la norma jurídica sea un *deber ser* supone, desde el punto de vista del tipo de discurso, que lo esencial de una entidad jurídica es ser una entidad proposicional prescriptiva. En este sentido, toda norma jurídica es una orden, un mandato, resultado de la realización de un acto de voluntad; más concretamente, de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otro. Esto no quiere decir que la norma jurídica se identifique con ese acto de voluntad, que sea una entidad fáctica; lo que viene a significar es que la prescripción, el *deber ser* jurídico, es el sentido del acto de voluntad²².

Mientras que para KELSEN siempre estuvo claro el carácter ideal de la norma jurídica en cuanto sentido de un acto humano, no ocurre lo mismo con su carácter prescriptivo. KELSEN consideraba, en contra de lo defendido por la teoría imperativista, que la norma jurídica no podía ser tomada como una orden o como un imperativo, sino más bien como un juicio hipotético acerca de la voluntad del Estado si se dan determinadas circunstancias referidas al comportamiento de los ciudadanos y que se encuentran recogidas como presupuesto de la norma.

BOBBIO se refiere a esta teoría de KELSEN y trata de justificarla considerando que en realidad no está negando que la norma jurídica sea una prescripción. BOBBIO observa que, cuando KELSEN afirma que las normas jurídicas son juicios que establecen un nexo entre una condición –que se corresponde con la conducta contraria a Derecho– y una consecuencia –que se corresponde con una sanción–, lo hace para distinguir las normas jurídicas de las normas morales, en realidad nos encontraríamos ante mandatos, en el sentido de actos de voluntad dirigidos directamente a la modificación de un comportamiento determinado.

A juicio de BOBBIO, la razón por la que KELSEN niega que las normas jurídicas sean mandatos se halla en que KELSEN utiliza un concepto demasiado restringido de mandatos; para KELSEN, según BOBBIO, rasgo esencial del mandato es no incluir ninguna garantía de que el comportamiento de los otros sea efectivamente modificado. En cambio, la sanción, como contenido de la norma jurídica, sí garantiza su cumplimiento. Y ésta es la

22 Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pág. 19.

razón, a juicio de BOBBIO, por la que KELSEN considera la norma jurídica como un juicio hipotético que vincula una sanción a un comportamiento.

Pero KELSEN no quiere decir que estos juicios sean aserciones, puesto que no establecen una relación de causalidad entre causa y efecto; dichos juicios establecen una relación de imputación, es decir, la norma prescribe una consecuencia desfavorable para un comportamiento considerado como ilícito. Esto se manifiesta, según BOBBIO, en que mientras que las proposiciones descriptivas utilizan como nexo de unión *es*, el juicio hipotético de KELSEN utiliza como nexo de unión *debe ser*, es decir, en su segunda parte contiene una prescripción²³.

Sería la diferencia entre relación causal y relación de imputación la que reintroduce la diferencia entre lo descriptivo y lo prescriptivo en KELSEN. Es cierto, como observa BOBBIO, que la oposición inicial de KELSEN a la teoría imperativista no esconde un rechazo a la consideración de la norma jurídica como una prescripción. Efectivamente, la norma jurídica para KELSEN es un *deber ser*, y eso implica un tipo de discurso prescriptivo. Mas, los motivos que inducen a KELSEN a rechazar la teoría imperativista, quizá no son los que BOBBIO indica, sino otros bien distintos.

En ellos aparecen probablemente razones ontológicas; la norma jurídica, como *deber ser*, implica en la filosofía jurídica de KELSEN un carácter ideal que colisionaba en cierta medida con la idea de acto de voluntad, entendido desde el punto de vista psicológico como base de la norma jurídica.

De hecho, es a partir de la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* que confirma la idea de que la norma jurídica es precisamente el sentido de un acto de voluntad²⁴, mientras que en escritos anteriores había negado la necesidad de un acto de voluntad para la existencia de una norma jurídica. En efecto, KELSEN había afirmado que la voluntad, entendida en un sentido psicológico, supone un fin querido por un sujeto –y no meramente deseado, por lo que depende de la propia acción del sujeto– y la conciencia de que se aspira a ese fin²⁵. Sólo se puede pensar que esta voluntad aparece en los procesos legislativos de manera ficticia, puesto que la representación del fin querido no suele darse en realidad. En efecto, en la aprobación de las leyes no es necesario que todos los miembros del parlamento aprueben todos sus requisitos y que expresen su voluntad de modo perceptible, e incluso se dan casos en los que los mismos miembros que votan la propuesta desconocen el contenido de la misma aunque la voten²⁶. En estos casos el acto que supone la creación de la norma no es un acto de

23 Más exactamente diríamos que *es* introduce la consecuencia en las proposiciones descriptivas, mientras que *debe ser* introduce la consecuencia en las prescripciones.

24 Cfr. KELSEN, H., "El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho" en *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, traducción de Inés W. de Ortiz y Jorge A. Bacqué, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires 1969, pág. 62. *Teoría pura del Derecho*, op. cit., pág. 18.

25 Cfr. KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, traducción de Wenceslao Roces, Editorial Porrúa, México 1987, pág. 92 y ss.

26 *Ibidem*, pág. 145.

voluntad, ni se requiere que lo sea²⁷. Lo mismo ocurre, opinaba KELSEN con las normas jurídicas consuetudinarias, cuyos actos originarios no podían considerarse actos de voluntad que tuvieran por objeto la norma²⁸.

Por lo tanto esa voluntad ficticia que determina el contenido de la norma jurídica no puede ser concebida como actos de voluntad psíquicos y concretos pertenecientes al mundo del *ser*, ni como una abstracción a partir de aquellos, y solamente al alcance de un conocimiento de tipo explicativo, sino que se trata de un concepto construido a partir de un criterio ético jurídico y proyectado sobre el *deber ser*²⁹. Cuando KELSEN dice que la ley recoge la voluntad del Estado, lo que quiere decir es que la norma jurídica es la regla mediante la cual se imputa al Estado lo “querido” por el correspondiente órgano estatal; en este sentido, KELSEN afirma que el concepto de voluntad del Estado supone el punto final de la imputación jurídica³⁰.

Ahora bien, el concepto de imputación sólo se puede referir a actos propios, actos del mismo sujeto de la voluntad. Una voluntad en el sentido ético-jurídico dirigida a actos ajenos es un contrasentido³¹. Para la teoría imperativista, la norma jurídica recogía una orden o mandato, es decir, una voluntad dirigida exclusivamente a un comportamiento ajeno –el Estado “quiere”, entonces, que la gente no robe, no estafe, no asesine, etc.–. Esto es, según KELSEN, absolutamente incompatible con una concepción ético-jurídica de la voluntad, aunque es perfectamente lógico desde un punto de vista de una voluntad psicológica³²; pero esta voluntad psicológica no es otra cosa que un hecho perteneciente al mundo del *ser*. En esta etapa de su pensamiento, KELSEN consideraba que el mundo de las normas jurídicas estaba totalmente dissociado del mundo de los hechos y, por lo tanto, para él era fundamental no hacer depender la existencia de la norma jurídica de una entidad del mundo factual como podía ser la voluntad entendida en sentido psicológico.

Consideraba KELSEN que esta argumentación era fundamental para que la norma jurídica no quedase privada de su consideración de *deber ser*, de tal modo que se reafirmaba como *deber ser* con mayor independencia todavía de su acto originario que formaba parte del mundo del *ser*. La norma jurídica existe como tal en virtud de otro *deber ser* y no debido a la existencia de un acto del que constituye su sentido³³.

Su cambio de opinión en este aspecto, pasando a considerar que la existencia de la norma dependía de un acto de voluntad en sentido estricto y que esto, como veremos más

27 KELSEN, H., “Los juicios de valor en la ciencia del Derecho”, op. cit. (n.13), págs. 134 y 135. Este artículo fue publicado en el *Journal of Science, Philosophy and Jurisprudence* en julio de 1942, 18 años antes de la segunda edición de la Teoría pura del Derecho.

28 *Ibidem*, pág. 136.

29 KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, op. cit. (n. 26), págs. 152 y 153.

30 *Ibidem*, págs. 157 y 158.

31 “Sólo puede reputarse como *querido* en sentido ético-jurídico lo imputado.... comportamiento imputado vale tanto como decir comportamiento *propio*”. *Ibidem*, pág. 163.

32 *Ibidem*, pág. 164.

33 “Los juicios de valor en la ciencia del Derecho”, op. cit. (n.13), pág. 140.

adelante, es el punto de conexión entre los mundos del *ser* y del *deber ser*, fue fundamental para abandonar la teoría del juicio hipotético y abrazar así el imperativismo³⁴.

Puesto que la norma viene creada a partir de un acto de voluntad, del cual constituye su sentido, y dado que todo acto de voluntad es necesariamente un acto humano, toda norma jurídica no puede tener sino un origen positivo. El carácter positivo del Derecho es, para KELSEN, el punto de conexión entre los mundos del *ser* y del *deber ser*.

Por lo tanto, la configuración de la norma como un *deber ser* no tiene para KELSEN el tercero de los sentidos que se predicán de esta expresión, es decir, el *deber ser* aplicado a una entidad de origen natural. Sin una actuación humana no se generaría ningún sentido, no habría norma jurídica. Puesto que todo Derecho es creado por actos humanos de la realidad empírica, KELSEN llega a la conclusión de que no es posible ninguna norma jurídica natural, todo el Derecho es positivo³⁵.

En KELSEN, a pesar de que su norma tiene una naturaleza de cuasiproposición, como hemos visto anteriormente, no es posible negar su carácter positivo. KELSEN confunde el *deber ser* en el sentido de prescripción, con el *deber ser* en la acepción de entidad ideal, y para él ambas cualidades de la norma se implican mutuamente. Sin embargo, el que una norma jurídica sea una entidad ideal y una prescripción no impide para nada considerar la norma jurídica como entidad positiva³⁶.

En este sentido afirma KELSEN que el Derecho es a la vez un *ser* y un *deber ser*³⁷: *es un deber ser* en cuanto se trata de una entidad ideal y prescriptiva, y es un *ser* en cuanto se trata de una entidad positiva. En esto consiste el "problema de la positividad del Derecho".

Precisamente es la positividad de la norma jurídica la que condiciona y matiza la doctrina de la pureza kelseniana, en cuanto que al estar condicionada por un hecho empírico, sirve de enlace entre los mundos del *ser* y del *deber ser* que, en principio, deberían estar separados de modo definitivo.

La idea de *deber ser* tiene su base en la posición fundamental que ocupa el acto de voluntad con respecto a la norma jurídica. La norma es idealidad porque es el significado del acto de voluntad, la norma es prescripción porque emana de un acto de voluntad que quiere el comportamiento de otro. Pero también su positividad enlaza con este acto de voluntad esencial: la norma es positiva porque tiene su origen en un acto de voluntad

34. KELSEN, H., "El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho", op. cit. (n.25), pág. 61.

35 Según KELSEN, "el Derecho y la Moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido puestas o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo". *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, op. cit. (n.13), pág. 18. Cfr. también *General Theory of Norms*, op. cit. (n.15), pág. 4.

36 Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, op. cit. (n.5), págs. 140 y 141.

37 KELSEN, H., "Was ist die Reine Rechtslehre?" en H. KELCATSKY, R., MARCIC, H., SCHAMBECK *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag Universitätsverlag Anton Pustet, Wien 1968, págs. 614 y 615. También en "Die Idee des Naturrechtes", en *Die Wiener...* op. cit. pág. 255.

humano, existente y real, sin el cual la norma nunca podría haber llegado a existir como tal³⁸.

C. APORTACIONES DE BOBBIO A LA CALIFICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA COMO *DEBER SER*.

Una vez analizado cómo encuadra KELSEN la norma jurídica en la oposición entre *ser* y *deber ser* nos proponemos examinar el modo en que BOBBIO la recoge en su teoría jurídica, atendiendo a las diversas consecuencias que esta clasificación ofrece en el terreno semántico y, fundamentalmente, en el ontológico.

BOBBIO, siguiendo el camino metodológico del maestro austríaco, intenta definir la norma jurídica desde un punto de vista formal, lo que para él supone el análisis de la estructura de las normas con independencia de su contenido³⁹. Desde este punto de vista considera que la norma es una proposición, lo cual ya viene a indicar una diferencia, cuanto menos terminológica, con KELSEN, que nunca calificó de esta manera los elementos del Derecho. Sin embargo, hay que averiguar qué entiende BOBBIO por "proposición" y cuáles son sus consecuencias respecto a la naturaleza ontológica de la norma jurídica.

Para empezar, debemos recordar la distinción entre enunciado y proposición. Por enunciado entendemos aquellas cadenas de símbolos o expresiones que tienen un significado completo, y que cuando se trata de símbolos de un lenguaje natural denominamos oraciones⁴⁰. Son, por tanto, entidades proposicionales sintácticas. En cuanto a las proposiciones, también son entidades proposicionales, pero son entidades proposicionales semánticas, son los sentidos de las oraciones⁴¹.

BOBBIO también distingue entre proposición y enunciado y explica que por enunciado entiende la forma gramatical y lingüística con la cual se expresa un significado⁴². También afirma que una misma proposición puede ser expresada por diferentes enunciados y que, por otro lado, un mismo enunciado puede expresar diversas proposiciones⁴³.

Si analizamos esta afirmación, parece que al definir enunciado se está refiriendo a una entidad sintáctica, mientras que cuando habla de proposición más bien parece que se refiere a una entidad semántica. Esto supone que la norma jurídica, como entidad semántica, tendría una naturaleza ideal.

Sin embargo, con anterioridad, había afirmado que una proposición es un conjunto de palabras que tiene significado entre sí, es decir, en su conjunto⁴⁴. Ésta parece una

38 Cfr. KELSEN, H., *General Theory of Norms*, op. cit. (n.15), pág. 2.

39 BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, op. cit. (n.8), pág. 71.

40 Cfr. HERNÁNDEZ MARIN, R., *Introducción a la Teoría de la norma jurídica*, op. cit. (n.23), pág. 45.

41 *Ibidem*, pág. 49.

42 BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, op. cit. (n.8), pág. 76.

43 Cfr. *Ibidem*.

44 Cfr. *Ibidem*.

definición de lo que nosotros llamamos oración, una entidad sintáctica, pues, en este texto, BOBBIO llama "proposición" al conjunto de palabras que tiene significado, no al significado.

La posición es vacilante; la naturaleza de la entidad proposicional en que consiste la norma jurídica no se afirma claramente. Que sea una entidad semántica o una entidad lingüística depende de la importancia que demos a sus respectivas afirmaciones, y la conclusión a la que lleguemos con respecto a esto determinará también el carácter que se le reconozca desde el punto de vista ontológico.

Si nos amparamos en la definición que da BOBBIO de proposición como conjunto de palabras con significado, estaremos considerando la proposición como una oración y esto puede llevarnos a calificar la norma jurídica como un hecho lingüístico⁴⁵; si nos atenemos, sin embargo, a las características que hemos dicho que pregona de la proposición –que puede ser expresada por diferentes enunciados y que un mismo enunciado puede expresar distintas proposiciones–, estas se asemejan mucho más a una entidad semántica de naturaleza ideal. Puesto que no existe un criterio claro en la obra de BOBBIO que nos permita decantarnos por una opción o por otra, las dudas sobre la naturaleza real o ideal del Derecho dominan su teoría jurídica.

Estas dudas que impregnan sus estudios sobre la norma jurídica chocan con su afiliación a la corriente del positivismo jurídico, desde el momento en que toda doctrina positivista se caracteriza por la negación de la tesis iusnaturalista y la afirmación de que los elementos que componen el Derecho son entidades ideales⁴⁶. La caracterización idealista del Derecho no se presenta en su obra con la claridad que cabría esperar. Pero podemos ir más allá, ya que en sus escritos existen determinadas alusiones que pueden inducirnos a pensar que tiene una cierta inclinación por una concepción factualista del Derecho.

BOBBIO, en una de sus definiciones de positivismo jurídico afirma que éste se caracteriza por aproximarse al Derecho como un hecho y no como un valor. Según BOBBIO, el positivismo jurídico es la doctrina que sostiene que "el Derecho es un conjunto de hechos, de fenómenos o de datos sociales totalmente idénticos a los del mundo natural"⁴⁷.

En otra parte, al tratar el tema de la justicia como criterio de valoración de las normas jurídicas afirma que "el problema de si una norma es o no justa es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es... Plantear el problema de la justicia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal"⁴⁸.

45 No está claro, sin embargo, que toda entidad lingüística tenga naturaleza factual, puesto que ciertos sectores de la filosofía del lenguaje defienden la existencia de entidades lingüísticas de naturaleza ideal. Cfr. a este respecto la diferencia entre oraciones *tipo* y oraciones *inscripción* en HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la Teoría de la norma jurídica*, op. cit. (n.23), págs. 46 y 47.

46 HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, op. cit. (n.5), pág. 88.

47 BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino 1961, pág. 160.

48 BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, op. cit. (n.8), pág. 36.

En todas estas afirmaciones, BOBBIO parece enfrentar el terreno de las ideas con el terreno de la realidad fáctica, de ellos sólo el segundo puede ser objeto de la ciencia. Pues bien, los elementos jurídicos pertenecen a este mundo de la realidad fáctica y pueden, por tanto, ser objeto de la ciencia.

A pesar de la diferencia ontológica que en un principio podemos encontrar entre la norma jurídica kelseniana y cualquiera de las posibilidades que presenta el análisis del iusfilósofo italiano –en un caso una cuasiproposición, en el otro caso la duda entre una oración o una proposición–, ambos autores coinciden en considerar la norma jurídica como una entidad proposicional, lo que permite un análisis del tipo de discurso propio de este tipo de entidad.

Para BOBBIO todas las normas jurídicas, integrantes del conjunto del Derecho, están caracterizadas por su función de influir en el comportamiento de los demás para modificarlo, esto supone que el tipo de discurso propio del Derecho es el prescriptivo, las normas jurídicas, para ser consideradas como tales han de tener un tipo de discurso prescriptivo.

En un análisis en el que distingue entre la forma y la función de las entidades lingüísticas, caracteriza a las normas jurídicas como proposiciones prescriptivas y hace todo un estudio sobre ese tipo de discurso⁴⁹. Este tipo de estudio no podemos encontrarlo en KELSEN; ya que para este último la naturaleza prescriptiva de la norma jurídica no es consecuencia de un análisis lingüístico sino que proviene de la caracterización de la norma jurídica como el sentido de un acto de voluntad. Tanto BOBBIO como KELSEN llegan al mismo punto de encuentro, es decir, consideran que las normas jurídicas son entidades proposicionales prescriptivas; sin embargo, el camino que recorren es diverso. Todo eso parecer ser consecuencia de que parten de presupuestos ontológicos que son claramente distintos.

Desde el momento que entiende que la norma es el sentido de un acto, concretamente de un acto de voluntad, KELSEN nos muestra que se trata de una entidad ideal, concretamente lo que venimos llamando cuasiproposición. A esa cuasiproposición KELSEN le atribuye un tipo de discurso prescriptivo a causa de que su origen se encuentra en un acto de voluntad, y no porque ese acto de voluntad sea un acto lingüístico con un tipo de discurso determinado, ya que el acto de que es sentido una norma jurídica no necesariamente tiene por qué ser un acto lingüístico.

BOBBIO, por otra parte, independientemente de que considere la norma jurídica como una entidad ideal o como un hecho, lo que sí parece evidente es que la concibe como una entidad proposicional –sea un enunciado o bien el sentido de un enunciado–, y como tal le atribuye, después de analizar su tipo de discurso, un carácter prescriptivo.

⁴⁹ Hay que tener en cuenta que, para BOBBIO, lo que determina que una norma jurídica tenga un tipo de discurso prescriptivo no es la forma gramatical de esa proposición sino la función que desempeña, circunstancias que perfectamente pueden no coincidir. De este modo señala que un mandato puede estar expresado a través de una forma descriptiva. Lo que caracteriza al lenguaje normativo es su función de mandato. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría della norma giuridica*, op. cit. (n.8), págs. 79 y 80.

En conclusión, podemos decir que tanto uno como otro coinciden en que las normas jurídicas son entidades proposicionales a las que corresponde un tipo de discurso prescriptivo, aunque recorren diferentes caminos para llegar a esa conclusión. Esa disparidad se debe a que BOBBIO recurre al análisis del lenguaje, consecuencia de su aproximación a la filosofía analítica como corrección de la teoría kelseniana que presentase la teoría jurídica como una sintaxis del lenguaje jurídico⁵⁰; mientras que en la estricta teoría kelseniana, la atribución de carácter prescriptivo es consecuencia de la afiliación a la corriente imperativista de la época y no consecuencia de un análisis del lenguaje jurídico.

Por otra parte, afirmar que todas las normas que componen un ordenamiento jurídico son prescripciones trae consigo una serie de dificultades, que tanto KELSEN como BOBBIO no pueden dejar de intentar salvar para mantener la coherencia de sus teorías. Esas dificultades derivan de que en todos los ordenamientos existentes hay una serie de entidades proposicionales que todos consideran como jurídicas y cuyo carácter prescriptivo resulta, sin embargo, muy dudoso.

Entre estas entidades proposicionales ambos autores abordan el problema de las permisiones, pero cada uno trata de superar el escollo de maneras y con instrumentos diversos. En un primer momento KELSEN habla del *deber ser* en que consiste la norma jurídica en sentido amplio, tan amplio que él mismo reconoce que se encuentra fuera de los usos lingüísticos normales. Considera como *deber ser* incluso las permisiones y las normas de competencia, a las que se refiere como normas que facultan o autorizan. La expresión "debe ser" incluiría el significado de "está permitido" o "puede"⁵¹. El término "deber" es el que reproduce el sentido específico de la imputación que caracteriza lo normativo frente a la relación causa consecuencia propia de la causalidad natural.

Junto a esta explicación KELSEN ofrece otra solución que probablemente fuera la que más garantías le ofrecía, puesto que la defiende con mayor entusiasmo. Distingue entre normas independientes y normas no independientes. Las normas independientes son aquellas que se configuran como un *deber ser* dirigido a la imposición de una sanción cuando no se produzca la conducta deseada; las normas no independientes engloban el resto de enunciados que podemos encontrar en los textos jurídicos y que no ordenan propiamente la imposición de una sanción⁵².

Entre estas normas no independientes se encuentran las permisiones, puesto que su

50 Cfr. PATTARO, E., "La crisis del kelsenismo italiano desde la perspectiva neoeempirista de Norberto Bobbio y Umberto Scarpelli" en *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje*. Revista de Ciencias Sociales. Valparaíso 1987, pág. 226.

51 KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit. (n.24), págs. 18, 19 y 81. *General Theory of Norms*, op. cit. (n.15), págs. 1-3 y 96 y ss.

52 KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit. (n.24), págs. 67 y ss. Debemos tener en cuenta que esta distinción entre normas independientes y no independientes es más amplia que la que utiliza en otras ediciones de la *Teoría pura del Derecho* entre normas primarias y secundarias, puesto que ésta sólo se refería a la distinción entre prescripciones dirigidas a los súbditos (normas secundarias) o a los jueces (normas primarias). Las normas no independientes no sólo serían aquellas secundarias sino todas las demás normas no prescriptivas. Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, op. cit. (n.13), págs 76 a 78.

función es delimitar el ámbito de aplicación de un *deber ser*; éste vincula una consecuencia sancionadora a una determinada conducta, mientras que la permisión excluye determinados casos en los que no tendrá lugar ese resultado.

Esta solución de KELSEN es la teoría de los fragmentos o partes de normas, que no consiste en otra cosa sino en afirmar que, en realidad, cuando nos encontramos ante esas disposiciones legales, como las permisiones, no estamos ante verdaderas normas jurídicas, sino que se trata de fragmentos o partes de las auténticas normas, que son aquellas consistentes en un *deber ser*, es decir, en una orden o mandato. KELSEN no quiere decir con esto que haya dos tipos de normas; en realidad, sólo admite una clase de normas, las normas independientes. Y ello porque para que una norma pueda ser llamada norma jurídica deberá acusar todas las funciones características del orden jurídico⁵³. Las llamadas normas no independientes no son normas jurídicas, aunque formen parte de las independientes. Eso tiene como consecuencia que no todos los enunciados que nos encontramos en los textos jurídicos se corresponden con una norma jurídica, sino que el *deber ser* en que consiste la norma jurídica puede aparecer repartido entre varios preceptos e incluso entre varias leyes.

BOBBIO, en la defensa de las tesis prescriptivista, adopta una solución diferente, aunque *de facto* el resultado es muy parecido. Ya no se trata de negar el carácter jurídico de las permisiones, sino que éstas son normas complementarias de las prescriptivas. BOBBIO distingue dos clases de permisiones: las normas permisivas en sentido estricto y normas atributivas⁵⁴. Empezando por las segundas, estima que en ningún momento pueden suponer una amenaza para la teoría imperativista. Se trata de normas que atribuyen a alguien una facultad o poder, y que por lo tanto, se corresponden a un deber. Son las dos caras de una misma moneda, la misma norma pero contemplada desde dos puntos de vista distintos.

Es una de las aplicaciones al mundo del Derecho de la teoría de la forma y la función. BOBBIO afirma que las proposiciones prescriptivas se caracterizan esencialmente por su función, es decir, por influir en el comportamiento de los demás para modificarlo. Esto es lo determinante, y por ello no importa que adopte una forma gramatical determinada cuando la función es la misma, puesto que "una misma función se puede manifestar con formas gramaticales diversas"⁵⁵. En este sentido, la norma atributiva no es más que una norma con función imperativa pero expresada en términos de "poder". No estamos ante una auténtica permisión.

Las normas permisivas en sentido estricto son concebidas como auténticas disposiciones derogatorias⁵⁶, ya que su significado es el de negar la pertenencia al Derecho de ciertas normas imperativas. Por esta razón BOBBIO concluye que las permisiones no son obstáculo para afirmar la imperatividad del Derecho: las normas

53 Cfr. KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, op. cit. (n.26), pág. 205 (nota 22).

54 BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, op. cit. (n.48), pág. 239.

55 BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, op. cit. (n.8), pág. 79 y 80.

56 BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, op. cit. (n.48), pág. 240.

permisivas sólo son tales normas en cuanto presuponen la existencia de normas imperativas. Existe, por tanto, una relación de dependencia con respecto a las prescripciones jurídicas, de las que sólo son meros auxiliares.

A diferencia de lo que ocurre con la teoría de las partes de normas de KELSEN, BOBBIO no niega el carácter jurídico de las normas permisivas como entidades pertenecientes al Derecho, sino que afirma su existencia como normas de carácter excepcional que limitan espacios de libertad dentro del conjunto del Derecho caracterizado por la imperatividad. Cumplirían la misma función que cumplen en la obra de KELSEN, esto es, matizar el ámbito de aplicación de una disposición prescriptiva, con la salvedad hecha de que se constituirían en auténticas normas jurídicas.

Esta opción no es posible en el seno de una concepción del imperativismo centrada en la norma jurídica, más bien supone una manifestación de la mencionada transición desde la teoría de la norma jurídica a la teoría del ordenamiento jurídico en la fijación de los caracteres de lo jurídico, que aparece mucho más acentuada en el iusfilósofo italiano que en KELSEN. BOBBIO afirma en su *Teoria dell'Ordinamento giuridico* que aquello que generalmente se denomina Derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos más que de ciertas normas⁵⁷. Reconoce que determinados rasgos que se predicen del Derecho lo son del mismo en su conjunto, como sistema normativo, aunque sea evidente que existan determinados elementos que carezcan de esos rasgos.

BOBBIO afirma que cuando aparecen normas permisivas es señal de que existe un sistema normativo imperativo que establece excepciones en determinados casos⁵⁸. Es el sistema jurídico el que pertenece al lenguaje prescriptivo, el que se constituye como un orden. El Derecho es prescripción porque salva una situación inicial, no jurídica, en la que todo está permitido; la instauración de un ordenamiento jurídico, por lo tanto, sólo puede tener sentido en cuanto venga a prescribir conductas.

KELSEN también considera el Derecho como un sistema imperativo, pero a diferencia del autor italiano, entiende que todos los elementos que forman parte del mismo deben tener las mismas características, todos deben pertenecer a la categoría del *deber ser*. Por ello, cuando falla este requisito no nos encontramos ante una norma jurídica, esa entidad no pertenece al Derecho de forma independiente.

La diversa posición que adopta BOBBIO en este punto con respecto a KELSEN y que conduce a la transición del autor desde las posiciones de la teoría de la norma jurídica a la teoría del ordenamiento jurídico en la definición del Derecho, puede tener un fundamento inicial en las diversas concepciones ontológicas adoptadas por cada uno de ellos. KELSEN entiende que las normas jurídicas son cuasiproposiciones, entidades ideales independientes de cualquier entidad lingüística y, por lo tanto, no tienen que coincidir con los enunciados jurídicos de los textos legales, que pertenecen al mundo de los hechos. Como podemos recordar, ni siquiera tienen por qué coincidir con el sentido

57 BOBBIO, N., *Teoria dell'Ordinamento giuridico*, (n.3), op. cit. pág. 15.

58 BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, op. cit. (n.8), pág. 152.

de esos enunciados, sino que únicamente dependen de los actos de voluntad del poder legislativo que los instituye. Él mismo afirma que son razones de carácter estético y estilístico, además de otras de técnica legislativa, las que conducen al legislador a redactar el texto jurídico con una estructura distinta a la que corresponde a la cuasiproposición normativa⁵⁹.

BOBBIO, por el contrario, se encuentra más atado por el lenguaje, ya que para él, esos enunciados determinan necesariamente el contenido de las normas jurídicas. No puede excluir determinados enunciados del ámbito jurídico so pena de encontrarse con un grave vacío en su teoría. Por ello, no le queda más remedio que intentar atribuir carácter prescriptivo al mayor número de normas jurídicas, siempre que ello le sea posible; y cuando advierte que esa calificación es claramente incorrecta, recurre al sistema jurídico en su conjunto para salvar su teoría.

En cuanto a la última distinción que enmascara la oposición entre *ser* y *deber ser*, hemos de destacar que BOBBIO, al igual que KELSEN, no sólo niega la tesis iusnaturalista, sino que además es contrario a la opinión que afirma la existencia de entidades jurídicas naturales, puesto que considera que todas las normas jurídicas son consecuencia del actuar humano, son entidades positivas. BOBBIO exige tres requisitos para comprobar la validez de una norma jurídica, para comprobar que existe como perteneciente a un determinado sistema jurídico: ser expedida por una autoridad legítima, que no haya sido derogada y que no sea incompatible con otras normas del sistema⁶⁰. De entre ellos nos interesa destacar el primero: es necesario un legislador humano para que la norma pueda considerarse válidamente creada. Por eso, la obra de creación legislativa sólo puede ser un acto humano que es el origen de toda norma jurídica⁶¹.

Estos actos humanos, que son el origen de la norma jurídica positiva, son hechos, elementos de mundo factual, y para BOBBIO esto determina en gran medida la naturaleza de las entidades jurídicas. Nos hemos referido anteriormente a sus pasos vacilantes a la hora de calificar ontológicamente las normas jurídicas entre el mundo de los hechos y el mundo de las ideas. Cuando BOBBIO afirma que el Derecho es un hecho o que tiene carácter real contraponen el Derecho como entidad real a los valores, o a la justicia, entidades de naturaleza no positiva y, por consiguiente, necesariamente ideales. Se trata así de defender un modo de aproximarse al Derecho dejando al margen los juicios de

59 KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, op. cit. (n.26), pág. 205 (nota 22).

60 BOBBIO, N., *Teoría della norma giuridica*, op. cit. (n.8), pág. 37.

61 En cuanto al papel que desempeña la justicia en la teoría jurídica de BOBBIO, éste entendía que se trata de uno de los valores supremos hacia los que tiende el Derecho, un valor que domina la experiencia jurídica, con lo que parece referirse a una serie de entidades de carácter ético, que se encuentran fuera del plano del Derecho, no son por tanto entidades jurídicas. BOBBIO, N., "Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho" en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit. (n.1), pág. 86. La teoría de la justicia elaborada por BOBBIO supone, en todo caso, la aceptación de cierto objetivismo ético en el caso de considerar que esos valores a los que alude son efectivamente entidades naturales y no se entienden como valores positivos como, sin embargo, parece observarse cuando se refiere a la justicia como "conjunto de valores, bienes o intereses". Cfr. BOBBIO, N., "Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho" en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit. (n.1), pág. 99.

valor que no son propios de la ciencia⁶². Considera el Derecho como un hecho, y afirma que pertenece al mundo del *ser* por contraposición al Derecho justo, que pertenece al mundo del *deber ser* y es consecuencia de un juicio de valor. Este Derecho justo es un Derecho no positivo y de naturaleza ideal, pertenece al mundo del *deber ser*. De ahí concluye que, puesto que las normas del Derecho son entidades positivas, necesariamente, en virtud de esa oposición entre *ser* y *deber ser*, son entidades factuales, y pertenecen al mundo del *ser*⁶³.

Las vacilaciones de BOBBIO en el terreno ontológico y sus virajes hacia una concepción factualista de las normas jurídicas tienen su base, en nuestra opinión, en la confusión entre el carácter del Derecho como *ser* positivo y su carácter como *ser* factual. La oposición en la que está pensando BOBBIO en esos casos es la dualidad Derecho positivo-Derecho Natural más que la otra dualidad Derecho real-Derecho ideal.

KELSEN no cayó en esta confusión, puesto que diferenciaba perfectamente entre la naturaleza ideal de la norma jurídica y su carácter positivo. KELSEN afirma que la norma jurídica es a la vez un *ser* y un *deber ser*. Es un *deber ser* en cuanto posee un tipo de discurso prescriptivo, es un mandato, el sentido de un acto de voluntad, y por lo tanto es una entidad ideal. Es un *ser* en cuanto entidad positiva, dependiente en su existencia de un acto humano. En la tensión que se genera entre la prescriptividad del *deber ser* y la positividad del *ser*, podríamos decir que para KELSEN vence la primera a la hora de determinar la naturaleza ontológica de la norma jurídica: es un *deber ser* ideal.

Para BOBBIO también podríamos decir que la norma jurídica es a la vez un *ser* y un *deber ser*. *Deber ser*, ya que su tipo de discurso propio es el prescriptivo, y un *ser* en virtud de su origen positivo, que parece en ocasiones decantar su factualidad. En BOBBIO, la tensión generada entre la prescriptividad del *deber ser* y la positividad del *ser* genera una posición vacilante en cuanto a la naturaleza ontológica de la norma jurídica que por momentos parece decantarse hacia el triunfo de la segunda determinando así el carácter de *ser* real de la norma.

Cualquiera de las dos posiciones es teóricamente posible puesto que los tres posibles sentidos de la oposición *ser/deber ser*, son, en realidad, independientes entre sí. No es posible buscar nexos de unión entre el tipo de discurso y la naturaleza ontológica o el origen positivo o natural de cualquier entidad proposicional, del mismo modo que su positividad para nada condiciona que se trate de un hecho o de una idea⁶⁴.

62 BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, op. cit. (n.48), pág. 160.

63 En cuanto a lo errónea de esa conclusión vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, op. cit. (n.5), pág. 42.

64 La única conexión posible estriba en afirmar que el origen natural, no positivo, de una entidad conlleva necesariamente su naturaleza ideal, y que el carácter factual de una entidad trae consigo que su origen sea positivo. Vid. *ibídem*, págs. 41 y 42.