

NORBERTO BOBBIO Y CARLOS COSSIO

LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

*Alberto Filippi**

Ha escrito Bobbio en sus memorias: “El libro con el cual he ganado el concurso de cátedra en el año 1938 [mientras ejercía la docencia en la Universidad de Camerino, que había iniciado en 1935 a los 26 años], titulado *la Analogia nella logica del diritto*, se refiere a la práctica de colmar las lagunas del derecho con normas pertinentes para casos similares. En el libro había también una parte histórica, pero la parte de reconstrucción teórica del razonamiento por analogía era la relevante y también la parte más ambiciosa” (Bobbio, 1997: 138). Bobbio se refiere, en realidad, a las partes segunda y tercera del volumen, o sea “Teoría de la analogía jurídica” y “Los llamados límites de la analogía” que constituyen precisamente “la parte más ambiciosa” del ensayo del joven filósofo italiano (Bobbio, 1938)¹.

Pues bien, es desde el horizonte metodológico y conceptual de esta obra que Bobbio percibe y analiza *La plenitud del orden jurídico y la interpretación* de su colega Cossio: “un filósofo del derecho con el cual

* Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Camerino.

¹ Para darle al lector aunque sea una idea de la concepción que Bobbio tiene de la interpretación analógica (elemento esencial para profundizar la comprensión de su diálogo filosófico con Cossio), vale la pena consignar aquí por lo menos los títulos de los capítulos referidos a las tres partes de la obra de Bobbio; obra que, por lo demás, incluso en Italia es una rareza encontrar en las bibliotecas: Parte Primera: Historia de la analogía jurídica. I. Premisa.- II. Los primeros tratados sobre la interpretación.- III. El *argumentum a simili* en la jurisprudencia dialéctica.- IV. El problema de la interpretación en la teología moral.- V. De la *interpretatio analogica* a la *analogia iuris*.- VI. La analogía en las corrientes jurídicas del siglo XIX. Parte Segunda: Teoría de la analogía jurídica. VII. Premisa.- VIII. El razonamiento por analogía en la lógica.- IX. El razonamiento por analogía en el derecho.- X. El fundamento de la analogía jurídica.- XI. Analogía e interpretación.- Parte tercera: Los llamados límites de la analogía. XII. Premisa.- XIII. La analogía en el derecho excepcional.- XIV. La analogía en el derecho penal. Es oportuno recordar que Bobbio se ocupará nuevamente de teoría de la analogía en la voz homónima escrita para el *Novissimo Digesto Italiano* publicado por la editorial UTET de Turín en 1957 (vol. I, tomo I). Pero, sobre la concepción de la analogía en las diversas etapas del pensamiento de Bobbio, cfr. M. Atienza Rodríguez (1986: 44-50).

es posible entenderse”, que había aparecido en Buenos Aires el año siguiente a la edición de su *Analogia* (Cossio, 1939). En efecto, en ambas obras se trata de distinguir entre dos actividades fundamentales del jurista: una referida a la “teoría jurídica” y la otra a la “técnica jurídica”. “Es actividad teórica —explica Bobbio— subir de la realidad de los hechos jurídicos al concepto y al sistema conceptual; es actividad técnica descender desde la solidificación de los conceptos y del sistema, que es el ordenamiento de las leyes, a los hechos. La jurisprudencia, que es la expresión en su complejidad de la actividad del jurista, por medio de la primera se constituye en ciencia, mediante la segunda en técnica” (Bobbio, 1938: 1).

Esta actividad fundamental se resume y se manifiesta en el ejercicio de la interpretación jurídica. Por lo demás, se queja Bobbio, el problema de la interpretación jurídica ha sido estudiado, casi exclusivamente, sólo desde dos puntos de vista: el filosófico y el político, mientras ha sido casi descuidado el aspecto central. Es decir, aquél “según el cual —comenta Bobbio— la interpretación jurídica, en vez de ser elevada a los niveles especulativos o sumergida en la problemática de un conflicto práctico, viene considerada en su naturaleza, es decir, observada en su funcionamiento, casi diría en su mecanismo”. Añade Bobbio que es muy lamentable que esta perspectiva lógica de la interpretación haya sido desatendida y abandonada, reduciendo miserablemente “la teoría de la interpretación a algunas viejas y vacuas fórmulas de las que ya no se conoce bien ni el origen ni el sentido”.

Es en este contexto que la lectura del libro de Cossio sorprende tan positivamente a Bobbio y es por ello que el texto que aquí publicamos, supongo por primera vez en español, no sólo es el inicio del diálogo de Bobbio con los juristas latinoamericanos, que durará por sesenta años, sino que además representa la primera verificación teórica de su pensamiento filosófico de ese entonces: el final de los años treinta. Pero antes de volver al análisis comparado de las perspectivas de Bobbio (en su *Analogia...*) y de Cossio (en su *La plenitud...*) es necesaria una breve digresión para entender cuáles fueron las circunstancias concretas que permitieron a Bobbio enterarse de Cossio y de su obra.

Hay dos personas claves que hicieron posible que se realizara el encuentro entre el filósofo tucumano y el turinés: el italiano Renato Treves²

² La larga y profunda amistad entre los dos italianos se remonta a las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, en la cual se graduaron ambos (Treves en el año 1929 y

y el español Luis Jiménez de Asúa, ambos exiliados políticos en Argentina³.

Treves llega a Argentina exiliado por las leyes raciales del régimen fascista en el año 1938 y fue precisamente por mérito del inteligente y generoso interés del joven Cossio que encontraría su primer trabajo académico. Lo sabemos por su testimonio directo: “Finalmente –le escribe Treves a su amigo, el jurista uruguayo Eduardo Couture– después de naturales peripecias, gracias a la ayuda válida y fraterna de Carlos Cossio, he sido contratado para la cátedra de Introducción al Derecho y para un Curso de Conferencias de Introducción a la Filosofía en la Facultad de Derecho de Tucumán. Deseo tanto anunciarle esta noticia recordando con cuanta afectuosa bondad Ud. ha querido acompañarme y darme coraje en mis tantas peripecias”⁴. De hecho, las “peripecias” a las que se refiere Treves, las explicaba él mismo en su artículo escrito en honor de Eduardo Couture, recordando como él –y tantos otros exiliados europeos– fueron guiados y protegidos al llegar a América. “Sin descanso, Couture se prodigaba en recibir, aconsejar y colocar más allá del Atlántico a los intelectuales europeos de los más diversos países: españoles, italianos, alemanes, franceses [...] Cuando conocí a Couture en octubre de 1938 en Montevideo –evoca Treves– tuve la impresión de encontrarme frente a una personalidad completa e íntegra, y en los sucesivos encuentros, en largos paseos y en animadas conversaciones, comencé a conocer y amar su comarca: la República de Uruguay” (Treves, 1957: 468, 470).

Nadie mejor que Treves puede atestiguar de la extraordinaria relevancia que adquirió la circulación de las ideas durante el exilio de los antifascistas y los antifranquistas en Argentina (pero lo mismo se puede decir respecto a los exiliados en México, Venezuela o Brasil). Entre el final de los años '30 y la Segunda guerra mundial –escribe Treves– “la vida intelectual argentina ha sido animada por un fervor de trabajo,

Bobbio en 1931), bajo la guía del profesor Gioele Solari, que enseñó filosofía del derecho desde 1919 hasta 1948 (Bobbio *et al*, 1972).

³ Sobre las relaciones entre ambos y Bobbio, se pueden leer los primeros capítulos de A. Filippi, *La filosofía de Bobbio en América Latina y España*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002, y cotejar las fuentes bibliográficas allí indicadas.

⁴ Carta de Renato Treves a Eduardo Couture, Tucumán, 21 de mayo (Archivo privado de la familia Couture, Montevideo). Citado por Mario G. Losano, “Calamandrei, Couture e un archivio giuridico contemporaneo a Montevideo” (https://gliargomentumani.com/003/doc/16_losano.htm)

un deseo de progreso y un entusiasmo creativo, que necesariamente han impresionado muy bien y despertado una simpatía sincera en quien ha sido conducido por las circunstancias a introducirse y participar activamente en ella. En esos años dramáticos, en los cuales las fuerzas nazifascistas habían logrado abatir la España republicana y socialista (que después constituiría la heroica resistencia) y habían invadido y avasallado con una rapidez fulminante los países más avanzados de Europa, incluso Francia (que parecía ser el baluarte más válido contra la irrupción de aquéllas fuerzas), los intelectuales argentinos, a través de su comportamiento, daban la clara impresión de sentir todo el peso de las propias responsabilidades y de quererse comprometer seriamente en una labor de indudable valor y profundo significado.” (Treves, 1962: 155)⁵.

Pero Carlos Cossio, que se volverá a lo largo del siglo “*el Nume tutelar de la filosofía jurídica argentina*”⁶, era también conocido del insigne jurista español Jiménez de Asúa, quien es el primero en ocuparse, en sus clases y en sus escritos, de Bobbio y el primero a discurrir de su *Analogía* (Filippi, 2002: 30)⁷. Es más, podemos decir que Jiménez de Asúa estaba polémicamente vinculado incluso al comienzo de la actividad académica de Cossio y de la consecuente introducción en Argentina de Kelsen, con el cual Bobbio y Cossio sostuvieron una intensa confrontación crítica.

Así lo recuerda el propio Cossio. En 1934, “terminada la intervención universitaria y elegidas las nuevas autoridades de la Universidad platense, la Facultad de Derecho llamó a nuevo concurso para la cátedra adjunta de Filosofía del Derecho, invocando el mucho tiempo que mediaba con relación al concurso que yo tenía ganado. En realidad, se trataba de acomodarle la entrada al Señor Campolongo [...] que era amigo y compinche del profesor titular de Filosofía del Derecho —el literato y orador B. Ventura Pessolano— y del flamante Director de la

⁵ Sobre las intensas relaciones intelectuales entre exiliados italianos y españoles en Argentina y en otros países de América, remito a Treves (1944; 1963) y a M. G. Losano (1998).

⁶ Esta feliz expresión es de M.G. Losano, *op. cit.*, p. 3. Pero *cf.* M. A. Ciuro Caldani (1997).

⁷ Al final de los años treinta, Jiménez de Asúa había dado en la Universidad de Tucumán una conferencia titulada: “Las teorías de Norberto Bobbio sobre la analogía en la lógica del derecho y en el derecho penal” (Treves, 1990: 42-43). Años después, volvió a ocuparse de la analogía en Bobbio durante las clases de su curso en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela (desde el 8 de enero al 9 de marzo de 1945), publicado luego por la editorial Andrés Bello de Caracas con un título que sería rápidamente conocido en toda América Latina: *La ley y el delito* (Jiménez de Asúa, 1945: 122-123; Mattes, 1977 y Filippi, 1999: 209-214).

Facultad de Derecho, un distinguido criminalista argentino, ya por ese entonces amigo de Don Luis Jiménez de Asúa, que le había dado el espaldarazo, y más tarde protector de Don Luis, cuando éste llegó a Argentina de emigrado. Me refiero al Doctor José Peco”.

Afortunadamente para Cossio, la estrategia Peco-Pessolano no funcionó y la enérgica defensa que ejercieron “tres profesores de mucho prestigio en el Consejo Académico, Alfredo Palacios, Emilio Ravigniani y Carlos Vico”, fue decisiva para su incorporación académica. “Al poco tiempo –concluye su recuerdo Cossio– Pessolano sufrió una hemiplejía y esto hizo posible que a pesar de ser sólo Profesor adjunto tomara la dirección total de la cátedra como si fuese el titular. Comencé por cambiar el programa e introduje, por primera vez en la Argentina, para el Curso de Filosofía del Derecho, el estudio de Kelsen, del sociologismo anglosajón con Holmes, Pound y Frank, y de la filosofía social de Marx.”⁸. Ya para el año en que terminó de escribir *La plenitud...*, había fundado y presidía el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social (activo hasta el año 1954)⁹.

Muy brevemente, es éste el autor que Bobbio estudia y reseña observando cómo la crítica de Cossio al art. 7 del Proyecto de Código Civil argentino, que constituye la esencia misma de su ensayo, no nace, en abstracto, en ocasión de “una polémica erudita o una cuestión doctrinal”, sino que las agudas reflexiones de Cossio a ese artículo “comprenden –comenta Bobbio– problemas de altísimo interés especulativo y práctico”. ¿Por qué? Porque Bobbio, en sintonía con Cossio, está convencido que es la analogía la que se impone al legislador y *no* el legislador a la analogía. En suma, porque Bobbio entiende que Cossio defiende y aplica una forma determinada de la interpretación analógica.

El análisis del libro de Cossio ofrece a Bobbio la posibilidad de profundizar temas que ya había indicado, en extrema síntesis, en la Intro-

⁸ Carta de Carlos Cossio a Juan Ramón Capella, Buenos Aires, 16 de enero de 1972, ahora en “Correspondencia de Carlos Cossio con Juan Ramón Capella”, en *Doxa*, n° 25, Alicante, 2002, pp. 226-227.

⁹ No debe olvidarse que el Instituto logró resultados excelentes: en 16 años se editaron 20 libros en la editorial Losada, se organizó un fichero de todos los iusfilósofos que leían español para establecer con ellos –y las instituciones afines más famosas– una Guía de Canje que se actualizaba anualmente a todos los que en ella figuraban, y se propició la visita de ilustres maestros extranjeros. “Así –recuerda Cossio– los jóvenes y viejos argentinos de la época pudieron conocer, en 1949, a Hans Kelsen y presenciaron, con ilimitada sorpresa mi polémica con este gran Maestro” (Cossio, 2002: 728).

ducción a su obra de 1938. Es decir, que si bien la analogía puede ser empleada en varias y diferentes disciplinas científicas, lo que le interesa a Bobbio es subrayar el caso que de ella hace “el jurista-intérprete”; y, más en concreto, “aquí en mi ensayo –arguye Bobbio– he querido dirigir mi observación al procedimiento por analogía así como viene utilizado en la técnica interpretativa, puesto que es en esta esfera de aplicación que se nos presentan determinadas preguntas y, por lo tanto, se imponen determinadas respuestas.”

De allí el interés de las “preguntas” y “las respuestas” de Cossio, que más allá de parciales divergencias –sobre el hecho de si el razonamiento lógico debe ser o no precedido por un juicio de valor–, le permiten a Bobbio ratificar (ahora sí en sintonía con su colega tucumano) que “la función del filósofo del derecho es la de indagar sobre la voluntad del legislador y evidenciar su legitimidad: todo el problema del derecho natural, que es el problema por excelencia de la filosofía del derecho, es un problema de legitimación del derecho positivo. Y si el fundamento de la analogía es la igualdad de los términos que hace posible un razonamiento lógico, ¿por qué deberíamos decir que el fundamento es la voluntad del legislador que aparece después y no la igualdad que se encuentra antes? Y si la igualdad quiere decir justicia, diciendo que la analogía responde a una exigencia racional, ¿no estaríamos diciendo también que la analogía responde a una exigencia de justicia?”. Bobbio concuerda con Cossio cuando sostiene que: “la justicia de la igualdad vale *no* porque la costumbre le dé valor, sino porque satisface exigencias de la razón”, así como “el valor de la analogía jurídica es de carácter racional, *no* consuetudinario”.

Es que Bobbio aprecia la obra de Cossio desde las innovadoras concepciones elaboradas en esos años de su enseñanza en Camerino (Di Lucia, 1997; 1999), según las cuales la interpretación analógica se funda en “la igualdad de los términos que hace posible un razonamiento lógico”. Y de ser así, continúa interrogándose Bobbio en su debate ideal con Cossio, “¿será quizás que la analogía pueda decirse justa independientemente de su racionalidad? ¿Será quizás que aceptar, o no aceptar, la analogía es una cuestión de pura oportunidad? Y si la analogía es justa en cuanto responde a una exigencia racional, ¿por qué no deberíamos fijar la mirada en esta racionalidad para poner en evidencia sus caracteres y sus consecuencias? [...] La analogía no es razonable, y entonces aceptable, porque es justa, sino que es justa porque es razona-

ble. *No es el legislador que pone la analogía, sino la analogía que se impone al legislador.*” (el cursivo me pertenece).

En fin, vale la pena destacar cómo en esta discusión con Cossio, Bobbio afirma y vuelve a explicitar algunos de los principios esenciales de su pensamiento filosófico, que se definieran con formidable creatividad en los años sucesivos¹⁰. En efecto, según Bobbio la “juridicidad” no es una propiedad de normas singulares, sino de “ordenamientos”, o sea de conjuntos organizados de normas. Esta teoría surge de la consideración, elemental si se quiere, de que “en la realidad las normas jurídicas no existen de por sí solas, sino siempre en un contexto de normas”, imbricadas en una red de relaciones internormativas. Es este contexto de normas lo que Bobbio denomina un “ordenamiento” (Bobbio, 1960).

Sea dicho, de paso y para cerrar, que de esta manera Bobbio replantea, invirtiéndolo, el problema tan tradicional como decisivo de la identificación de lo que es derecho: para identificar al derecho, no se debe partir de la noción de norma jurídica, sino del ordenamiento jurídico. Haciendo el parangón con Kelsen, podemos decir que para el filósofo pragués son jurídicos todos y solamente aquellos ordenamientos que están constituidos por normas jurídicas; para Bobbio, al inverso, son jurídicas todas y solamente aquellas normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico.

Roma-Camerino, noviembre de 2003

¹⁰ Riccardo Guastini ha evidenciado, con perspicacia, cómo la concepción del “*derecho como ordenamiento*” en Bobbio fue formulada con anterioridad a la de Hebert Lionel Adolphus Hart. En efecto, el libro de Bobbio aparece en Turín, publicado en 1960, un año antes de *The Concept of Law*, publicado en Oxford en 1961 (R. Guastini, 1999: 34). Ateniéndonos al rigor cronológico, debe reconocerse que hay una edición precedente de la *Teoria dell'ordinamento giuridico* (Lezioni raccolte dagli studenti L. Borgi, C.V. Sarasso, G. Witzel, publicado por Giappichelli en 1955), pero es un texto en partes sustanciales diferente al de la sucesiva edición de 1960. Es notable e indudable mérito del apreciado Eduardo Roza Acuña, haber reunido la *Teoria del ordinamento giuridico* y la *Teoria della norma giurica* (Turín, Giappichelli, 1958), en un único volumen publicado en español con el título *Teoria general del derecho*, por la editorial Temis de Bogotá en 1987. Pocos años después, el mismo volumen apareció en España publicado por la editorial Debate de Madrid, en la colección dirigida por Gregorio Peces Barba.

Bibliografia

- Atienza Rodríguez, M. (1986), *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid.
- Bobbio, N. (1938), *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della Reale Università, Turín.
- _____, (1960), *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín.
- _____, (1972), *Gioele Solari (1872-1952). Testimonianze e bibliografia nel centenario della nascita*, Turín.
- _____, (1997), *Autobiografia* [comp. de A. Papuzzi], Roma-Bari.
- _____, (1986), Voz "Analogia", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín.
- Ciuro Caldani, M. A. (1997), (a cargo de) *La filosofía del derecho en el Mercosur. Homenaje a W. Goldschmidt y C. Cossio*, Madrid.
- Cossio, C. (1939), *La plenitud del orden jurídico*, Buenos Aires.
- _____, (2002), "Carta de Carlos Cossio a Juan Ramón Capella, Buenos Aires, 16 de enero de 1972", en "Correspondencia de Carlos Cossio con Juan Ramón Capella", en *Doxa*, Alicante.
- Di Lucia, P. (1997), "El triennio camerte di Bobbio", en *Notiziario dell'Università degli Studi di Camerino*, número especial dedicado a "Norberto Bobbio e la Università di Camerino nel sessantesimo anniversario della sua docenza camerte 1937-1997", n° 34, Camerino.
- _____, (1999), "Deontica fenomenologica in Norberto Bobbio", en *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, a cargo de L. Ferrajoli y P. Di Lucia, Turín.
- Filippi, A. (1999), "Per una storia della cultura italiana fuori d'Italia: il pensiero filosofico, giuridico e politico di Bobbio in Hispanoamerica e Spagna", en *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, cit.
- _____, (2002), *La filosofía de Bobbio en América Latina y España*, Buenos Aires.
- Guastini, R (1999), "Alcuni aspetti salienti della teoria del diritto di Bobbio", en *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, cit.
- Jiménez de Asúa, L. (1945), *La ley y el delito*, Caracas.

Losano, M. G. (1998), *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves*, Milán.

Mattes, H. (1977), *Luis Jiménez de Asúa, vida y obra*, Buenos Aires.

Treves, R. (1944), “Una doble experiencia política: España e Italia”, en *Jornadas*, México (en colaboración con Francisco Ayala, que redactó la parte española).

_____, (1957), “Eduardo Couture (1904-1956)”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milán.

_____, (1962), “Rodolfo Mondolfo e la filosofia della cultura”, en *Libertà politica e verità*, Milán.

_____, (1963), “Libertà e socialismo nell’emigrazione intellettuale italiana e spagnola”, en Id., *Libertà politica e verità*, Milán.

_____, (1990), “Noberto Bobbio: ricordi di una lunga amicizia”, en *Sociologia e socialismo. Ricordi e incontri*, Milán.

