

# El positivismo jurídico en los primeros escritos de Alessandro Baratta.

De la defensa frente a la supuesta responsabilidad en los totalitarismos a la crítica del modelo restringido de ciencia jurídica

---

The legal positivism in the early writings of Alessandro Baratta. From the defense against the alleged responsibility of totalitarianism to the criticism of the restricted model of legal science

Carlos Andrés Orozco Arcieri\*

Universidad del Norte (Colombia)

---

\* Doctor en Derecho, con especialidad en Sociología jurídico-penal, en la Facultat de Dret y el Observatori del Sistema Penal y els Drets Humans (OSPDH) de la Universitat de Barcelona (Catalunya). Master in Criminología crítica, Prevenzione della devianza e Sicurezza sociale del Dipartimento di Sociologia (Facoltà di Scienze Politiche) della Università degli Studi di Padova (Italia). Profesor de la Universidad del Norte. [corozco@uninorte.edu.co](mailto:corozco@uninorte.edu.co)

## Resumen

*En este artículo se presentan los resultados de las revisiones analíticas de los primeros escritos de Baratta relacionados con el positivismo jurídico. Nos interesa evidenciar cuál es la perspectiva desde la cual analiza la crisis del positivismo jurídico en el período posbélico y su relación con el período totalitario. Además, se busca evidenciar su actitud al confrontarse con la escuela analítica italiana, siendo él de formación idealista: de una defensa del positivismo jurídico frente a la supuesta responsabilidad en los totalitarismos del siglo XX, a partir de un juicio sereno elaborado en sus primeras monografías, a la crítica del modelo restringido de ciencia jurídica presente en sus trabajos teóricos sobre la relación ser-deber ser.*

**Palabras clave:** Filosofía jurídico-penal, positivismo jurídico, modelo restringido de ciencia jurídica.

## Abstract

*This article presents the results of the analytical review of the early writings of Baratta related to legal positivism. We are interested in highlighting the perspective from which Baratta examines the crisis of legal positivism in the post-war period and its relationship to the totalitarian period. In addition, we seek to demonstrate the attitude of Baratta confronted with the analytical Italian school: from a defense of legal positivism in front of the alleged responsibility for the totalitarianism of the 20th century, a serene trial developed in their first monographs, to the criticism of the restricted model of legal science present in their theoretical work on the relationship between be – ought be.*

**Keywords:** Philosophy of criminal law, legal positivism.

*Fecha de recepción:* 18 de enero de 2012  
*Fecha de aceptación:* 20 de junio de 2012

## INTRODUCCIÓN

La filosofía analítica del derecho ha tenido en el norte de Italia uno de sus centros de producción más importantes, a partir de los grupos de trabajo que se conformaron en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, alrededor de la figura emblemática de Norberto Bobbio. En aquel entonces se hablaba ya de una crisis del primer positivismo jurídico representado en la obra de Hans Kelsen; por lo que se habló de un segundo positivismo jurídico, en el que precisamente se vería reflejado el grupo de Bobbio. Lo curioso es que precisamente en Italia, desde comienzos del siglo XX, la filosofía del derecho imperante estaba influenciada por la escuela neohegeliana de Benedetto Croce y de Giovanni Gentile.

En realidad, fue necesaria la aparición de la escuela neohegeliana para que el positivismo pudiera dar resultados teóricos en la cultura italiana. El idealismo de esta escuela constituye el resultado de una larga evolución de la cultura italiana que va del viejo hegelianismo napolitano al nuevo hegelianismo inmanentista y subjetivista de inspiración humanista. La tradición del pensamiento representada en la izquierda hegeliana italiana, en vez de contraponer el viejo hegelianismo al positivismo, buscó desarrollar con mayor rigor la posición filosófica del idealismo sin prescindir del método positivo y analítico.

En este panorama así vagamente delineado cobra importancia la cuestión alrededor de la caracterización de la obra de Alessandro Baratta, filósofo y sociólogo del derecho de formación idealista que, sin embargo, en sus primeros escritos realizó una serie de análisis sobre el positivismo jurídico que todavía hoy permanecen desconocidos; y que, sin lugar a dudas, son de vital importancia para aquellos que aún insistimos en la reconstrucción de los discursos jurídicos a partir de sus protagonistas.

El interés por la obra inicial de Baratta, decisiva para comprender su pensamiento y su posible actualidad, me llevaron a la elaboración de revisiones analíticas de sus primeros escritos, que luego me permitie-

ron plantear en mi tesis doctoral<sup>1</sup> una serie de claves interpretativas sobre el pensamiento de nuestro autor. En este artículo se presentan los resultados de las revisiones analíticas de los primeros escritos de Baratta relacionados con el positivismo jurídico<sup>2</sup>. Revisaremos 4 escritos suyos: sus monografías *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale* (1) de 1966 y *Ricerche su essere e dover essere nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto* (4) de 1968; su participación en una mesa redonda sobre positivismo jurídico, publicada como artículo, *Per una apologia «giusnaturalistica» del positivismo giuridico* (2) en 1966; y su participación en el *Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica* (3), publicada como artículo, *Il Positivismo e il Neopositivismo* en 1977. Nos interesará evidenciar cuál es la perspectiva desde la cual Baratta analiza la crisis del positivismo jurídico en el período posbélico y su relación con el período totalitario. Además, observaremos su actitud al confrontarse con la escuela analítica italiana, siendo él de formación idealista.

### **POSITIVISMO GIURIDICO E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE (1966)**

En 1966 Baratta publica un escrito dedicado al análisis del positivismo jurídico en los primeros 33 años del siglo XX (Baratta, 1966a)<sup>3</sup>. Se trata

---

<sup>1</sup> Orozco (2006). La tesis fue dirigida por Héctor Silveira Gorski y obtuvo la máxima calificación (*Excellent Cum Laude*) por parte del tribunal constituido por los profesores Roberto Bergalli, Massimo Pavarini y Amadeu Recasens i Brunet, el 15 de septiembre de 2011 en la Universidad de Barcelona.

<sup>2</sup> Se trata de la tercera parte del escrito *La Natura del fatto, la Analogía jurídica y el Positivismo jurídico en la obra de Alessandro Baratta: un ejercicio analítico de revisión bibliográfica de sus primeros escritos*, con el cual obtuve el DEA (Diploma de Estudios Avanzados) en la Universidad de Barcelona el 19 de octubre de 2009. Gran parte de la revisión bibliográfica se llevó a cabo en la biblioteca del *Istituto di Applicazione Forense "Enrico Redenti"*, que se encuentra en *via Belmeloro a Bologna*. En esa biblioteca funciona el Fondo Baratta, el cual constituye la donación de alrededor de 5000 documentos (entre monografías, revistas y opúsculos) que hacían parte de la biblioteca personal de Baratta y que ahora pertenecen al *patrimonio librario* de la *Biblioteca del Dipartimento di Scienze Giuridiche* (CICU). Agradezco al Prof. Dr. Massimo Pavarini, quien no solo me permitió trabajar en esta biblioteca sino que, además, estuvo siempre disponible para conversar sobre la obra de Baratta.

<sup>3</sup> En este trabajo Baratta reelabora un artículo publicado en 1965, el cual fue resultado del seminario *Einführung in die Rechtsphilosophie*, que dirigió en la Universidad de Göttingen en el semestre invernal de 1964/1965. Sobre el tema véase Becchi (2008).

de una investigación complementaria (Baratta, 1966a, p. 48, nota 34)<sup>4</sup> a la realizada en la monografía sobre antinomias jurídicas y conflictos de conciencia<sup>5</sup>, desarrollando la línea de interpretación de la historia de la experiencia jurídica alemana del siglo XX de manera más sistemática. El análisis crítico, a partir de la dimensión histórica, continúa siendo el método aplicado por Baratta al nivel teórico. Su preocupación, en esta oportunidad, es poner en duda la responsabilidad del positivismo jurídico en la degeneración autoritaria de la organización jurídica alemana (Becchi, 2008, p. 74). Baratta se propone contribuir con un juicio sereno<sup>6</sup> sobre la relación entre el positivismo jurídico y la degeneración autoritaria del ordenamiento jurídico alemán. Analiza las primeras tres décadas del siglo XX, ya que para la época en la que escribe (1966a) no se disponía de una documentación adecuada sobre el período totalitario. Por otra parte, afirma Baratta, el período previo que preparó la llegada del totalitarismo contiene la clave indispensable

---

<sup>4</sup> El carácter complementario de este trabajo sobre positivismo jurídico con relación a la monografía sobre antinomias jurídicas y conflictos de conciencia se evidencia también en la propia clasificación que realiza Baratta en 1984 de sus escritos anteriores. En esa clasificación de escritos Baratta coloca este trabajo sobre positivismo jurídico junto a la monografía sobre antinomias, destacando que ambos trabajos se dirigían a la reconstrucción y crítica del derecho y de la cultura jurídica, bajo el punto de vista de las valoraciones dominantes y de las ideologías (Baratta, 1984, pp. 35-39).

<sup>5</sup> Baratta (1963). En esta monografía Baratta analiza el problema de los conflictos de deberes en la dogmática penal y en la experiencia jurídica alemana, proponiendo una solución objetivista a partir de unas observaciones metodológicas y, a la vez, evidenciando las consecuencias del existencialismo y del irracionalismo en la problemática de los conflictos de deberes y en la teoría de la culpabilidad. Aquí nos interesa señalar que en esta monografía (que no hemos incluido en este artículo por razones de espacio) nuestro autor lleva a cabo un extraordinario análisis histórico del pensamiento jurídico alemán, con la finalidad de evidenciar la conexión entre el desarrollo científico y jurídico de la doctrina de los conflictos de deberes y el desarrollo social y político de Alemania antes, durante y después de la llegada al poder del partido nacionalsocialista. El elemento común, en este período de tiempo, es la progresiva confusión entre la esfera jurídica y la esfera ética, tanto en la ciencia penal y en la jurisprudencia como en la política. En ese período de tiempo determinado, la ciencia jurídica alemana, en su afán por superar el orden legal objetivo, inicia un proceso de subjetivación a través de la inclusión de elementos axiológicos. En este proceso de subjetivación convergen movimientos que a primera vista parecen divergentes: la teoría normativa de la culpabilidad, la teoría de la antijuridicidad material, la teleología de la escuela de Marburg, el intuicionismo de la escuela de Kiel y el ontologismo welzeliano. Todos estos movimientos, sin embargo, tienen en común la negación de la autonomía del ordenamiento jurídico respecto a la ética.

<sup>6</sup> Baratta se refiere a un juicio *sereno*, no solo desde el punto de vista historiográfico sino, sobre todo, superando las confusiones propias de la ambigüedad de la expresión «positivismo jurídico» (Baratta, 1966a, pp. 2 y s.).

para una comprensión de la involución de la política y de la cultura alemana. Con este trabajo Baratta ha documentado algunas actitudes del pensamiento jurídico alemán en los años precedentes a 1933, las cuales estaban inspiradas, no en el positivismo jurídico, sino, más bien, en una superación radical del mismo, especialmente de su significado metodológico y de sus implicaciones ideológicas.

En esta obra de Baratta (1966a, pp. 5 y s.), la expresión “positivismo jurídico” hace referencia a tres diversos significados:

- a) el positivismo jurídico como una *teoría del derecho*, según la cual, la validez de las normas jurídicas deriva exclusivamente del hecho que estas hayan sido creadas y elaboradas por los órganos competentes para ello. Con este significado se excluyen las teorías iusnaturalistas, según las cuales, la validez de las normas jurídicas depende de su correspondencia con la justicia material o la *natura del fatto*. Este significado se vincula a una actitud según la cual, el derecho como *es* debe ser distinto del derecho como *debe ser*;
- b) el positivismo como una *teoría de los valores*, según la cual no es deducible el deber ser del ser y, por tanto, no son demostrables los juicios de valor. En este sentido, el positivismo jurídico se opone al iusnaturalismo, el cual afirma la deducibilidad de los contenidos de la justicia material a través de la *natura del fatto* o de la razón humana. Esta contraposición ideológica entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo cobra otro sentido cuando se analiza la cuestión de la obediencia a la ley. En esta cuestión, ambas teorías pueden llegar a las mismas conclusiones: mientras para el iusnaturalismo no existe un deber moral de obediencia a la ley injusta, cuando la injusticia supera un cierto límite y empieza a ser intolerable para la conciencia moral, para el positivismo, el deber moral de obediencia depende del juicio de responsabilidad de la conciencia moral del destinatario de la regla jurídica. En la teoría iusnaturalista no se distingue entre el derecho como es y el derecho como debe ser, y por tanto se excluye que la ley injusta sea considerada derecho. Lo que aquí le interesa evidenciar a Baratta es que, en la teoría iuspositivista, la distinción entre el derecho y la moral es de suprema

importancia; al punto que cuando existe una confusión entre moral y derecho, como ocurre en el período examinado en el trabajo de Baratta, el positivismo jurídico “scivola facilmente verso una morale legalistica, basata sull’idea che il diritto e lo stato siano depositari dell’eticità e che quindi le leggi giuridiche siano anche moralmente obbligatorie” (1966a, p. 6);

- c) el positivismo jurídico como *método* para la formación y la interpretación de la ley, basado en la idea de la certeza del derecho, la cual se alcanza con la utilización, por parte del legislador, de definiciones legales abstractas y generales construidas con elementos descriptivos y valorativos de significado unívoco; y a través de la subordinación del intérprete a la voluntad de la ley. Baratta (1966a) señala que este método iuspositivo se contrapone a ciertas corrientes modernas como la escuela del derecho libre, la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico (p. 7).

Los tres significados de la expresión “positivismo jurídico” asignados por Baratta constituyen una postura metodológica, la cual pretende destacar los principales aspectos de la discusión que se llevó a cabo en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial sobre la responsabilidad del positivismo durante el nacionalsocialismo. No se trata de una postulación que busca agotar la noción del positivismo jurídico como método, tal como lo habían hecho Bobbio (1965) y Hart (1958). Más bien, Baratta permanece vinculado a la noción de positivismo jurídico propia de las grandes discusiones metodológicas que se desarrollaron en Alemania en los años treinta y en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, en la cual, el método del positivismo jurídico viene identificado con el método lógico-formal (1966a, p. 28, nota 8).

Por otra parte, es necesario comprender el interés de Baratta por el positivismo jurídico. El mismo aclara que la re-valoración del positivismo jurídico se debe, en su caso, al rechazo de toda visión *pangjuridica* de la realidad social. Como afirma Baratta (1966a),

questa mia «difesa» del positivismo giuridico deriva infatti da una posizione di pensiero che vuol restare legata ad un sano e «positivo»

scetticismo sulla situazione umana: esso corrisponde ad una immagine abbastanza realistica dello «stato civile» e si contrappone a quelle ideologie giuridiche e politiche che cercano di farci dimenticare che questo stato civile non è ancora diventato qualcosa di fundamentalmente diverso da una artificiale correzione dello «stato di natura» e che è proprio il diritto il *grande artificio* che permette all'egoismo di svilupparsi in condizioni di maggiore sicurezza e agli uomini e ai gruppi sociali di continuare a sopraffarsi a vicenda con qualche migliore speranza di sopravvivere (almeno per coloro che hanno la forza dalla loro parte) (p. 21).

El análisis sobre el positivismo jurídico desarrollado por Baratta en esta obra está dividido en tres partes: en la primera describe cuáles fueron las consecuencias de la crisis del positivismo jurídico y cuál es el espíritu del derecho penal autoritario, en la segunda evidencia la tendencia subjetivista del normativismo en el desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana y en la tercera analiza la relación entre el método jurídico y la filosofía de los valores.

### **Las consecuencias de la crisis del positivismo jurídico y el espíritu del derecho penal autoritario**

Baratta inicia su análisis sobre la crisis del positivismo jurídico observando que la primera reacción que acompañó el renacer del pensamiento jurídico alemán, en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, fue una acusación contra el positivismo jurídico y el método lógico-formal. Sin embargo, afirma que solo si se entiende el positivismo jurídico como moral legalista, como teoría de la obediencia incondicionada a las reglas del derecho positivo, es posible atribuirle la responsabilidad del sometimiento de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica respecto a las finalidades perseguidas por el régimen totalitario. Por otra parte, esta moral legalista no constituye un corolario necesario del positivismo jurídico, sino, más bien, una consecuencia de la confusión entre derecho y moral; como la que se llevó a cabo en las primeras tres décadas del siglo XX en Alemania, donde dominaba la tendencia hacia la consolidación de una moral legalista.

Baratta considera que la tesis de la obediencia incondicionada a la regla jurídica positiva es ajena al positivismo jurídico. La importancia que asume el positivismo en la experiencia jurídica de una sociedad, afirma, depende de cómo se resuelve el problema del método de la construcción y de la interpretación jurídica; es decir, el método a través del cual, en la ciencia jurídica y en la jurisprudencia, se establece el contenido de las reglas jurídicas positivas, de las cuales posteriormente se asumirá una validez jurídica o moral incondicionada:

La soluzione che il positivismo giuridico dà a questo problema metodologico riveste una importanza centrale, perché da essa può dipendere in concreto la funzione pratica che il positivismo, come teoria della completezza dell'ordinamento giuridico, che esclude nella costruzione e nella interpretazione giuridica ogni forma di eterointegrazione, cioè di rinvio ad elementi assiologici o ontologici estranei alle fattispecie legali (o comunque non riferibili all'intenzione del legislatore, inteso come entità razionale) si estende necessariamente anche al metodo o alla tecnica della legislazione (1966a, pp. 29 y s.).

Por otra parte, Baratta evidencia que aunque durante la dictadura nacionalsocialista el positivismo jurídico fue entendido como moral legalista y como teoría de la validez del derecho, en oposición al relativismo ético y al iusnaturalismo individualista y racionalista, el positivismo jurídico como teoría del método de la interpretación y de la legislación no solo no estuvo presente de forma significativa sino que fue siempre decididamente combatido y rechazado. Frente a la neutralidad ideológica y al racionalismo abstracto del método lógico-formal, la metodología jurídica del nacionalsocialismo contraponía el decisionismo irracional. Según Baratta (1966a), la superación de la distinción entre derecho y moral y la integración axiológica y ontológica de las categorías jurídicas constituyen las características predominantes de las teorías jurídicas del nacionalsocialismo:

La tecnica legislativa contribuiva a questo decisivo superamento del formalismo e della metodologia del positivismo giuridico, ricorrendo alle fattispecie aperte, alle clausole generali, anche nelle parti più sensibili dell'ordinamento giuridico, come il diritto penale, nel quale

l'abbandono del principio di legalità a favore di quello di autorità contrassegna inequivocabilmente lo sviluppo successivo al 1933 (p. 31)<sup>7</sup>.

La crisis del positivismo jurídico y el problema de la involución autoritaria e irracionalista de la conciencia jurídica alemana en el período nacionalsocialista poseen un nexo de continuidad con las transformaciones del pensamiento jurídico alemán a finales del siglo XIX a partir del proceso de codificaciones. Realizando una mirada retrospectiva, Baratta observa que la crisis del positivismo jurídico como método lógico formal de la construcción y de la interpretación jurídica comienza a perfilarse en la última década del siglo XIX. Los diversos movimientos que influyen sobre todas las ramas del derecho (como, por ejemplo, la escuela del derecho libre, la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia sociológica, la tendencia a superar la distinción entre orden jurídico y orden moral, la tendencia a atribuirle a la analogía jurídica un amplio margen de aplicación, el uso de las cláusulas generales en la legislación, entre otras) deben ser considerados junto a los movimientos internos de las ciencias jurídicas, como en el caso de la dogmática jurídico-penal, en la cual es evidente la tendencia a pasar de una consideración analítica a una consideración unitaria; transfiriendo la noción misma del delito, de la realización de los elementos descriptivos de la conducta punible a la lesión del bien jurídico y a la violación del deber general de obediencia al Estado.

Ahora bien, para realizar un juicio sobre el complejo nexo que existe entre la crisis del pensamiento jurídico alemán y los nuevos aspectos de la inmediata y positiva reacción de la ciencia penalista alemana, a la llegada del régimen nacionalsocialista en el clima político de los años treinta, Baratta recurre al análisis de los tres principales aspectos de esta tendencia, desarrollados por Sauer (1933)<sup>8</sup>. Ante todo el espec-

---

<sup>7</sup> De opinión contraria Pérez Luño (1971, pp. 114 y ss.). Este autor considera, en contra de la opinión de Baratta, "que la propia experiencia del Fascismo demuestra a las claras la inconsistencia de esas presuntas garantías"; es decir, la inconsistencia de las garantías del principio de legalidad y de la separación entre moral y derecho.

<sup>8</sup> De igual forma, Baratta indica otros dos trabajos que tuvieron una función programática y decisiva para el nuevo rumbo autoritario en el derecho penal alemán: Dahm/Schaffstein (1933), publicado en Hamburgo en enero de 1933, y Gallas (1934).

to histórico-cultural, caracterizado por el abandono definitivo de las premisas liberales y burgueses y por la consideración del individuo como un elemento de la comunidad, con una fuerte acentuación de los elementos éticos de la moral y de la costumbre «popular»; en otras palabras, la «sana» moral popular contrapuesta a la decadente y relativista moral «burguesa». En el aspecto científico de esta tendencia, la solución autoritaria era representada como la salida de la desolante alternativa entre «la ingenua y crédula dogmática de los clásicos» (Binding, Birkmeyer) y la «ingenua y crédula humanidad de los modernos» (von Liszt, Radbruch). Y, por último, el tercer aspecto señalado por Sauer tiene que ver con la política criminal, en la que el significado del derecho penal autoritario se incluye plenamente en la historia de la reforma del Código Penal alemán, sobre el cual se habían elaborado cuatro proyectos en el período que va de 1922 a 1930. Sobre este último aspecto Baratta encuentra dos actitudes comunes en la doctrina nacionalsocialista: la tendencia a superar el dato naturalista y criminológico y la tendencia al máximo rigor que, bajo las exigencias de las necesidades políticas, se transformará en terrorismo penal.

### **La tendencia subjetivista del normativismo en el desarrollo de la dogmática del delito**

Baratta explica que debido a la creciente influencia de la filosofía de los valores sobre la dogmática penal, la concepción formal de la conducta punible se oscurece bajo la dirección teleológica, la cual presume la existencia de elementos normativos en la estructura misma de la conducta punible. La doctrina de la conducta punible comienza a perder su función de garantía liberal y, una vez elaborada la concepción material dominante en el período totalitario, su carácter axiológicamente neutral desaparece, desplazando la tipicidad de la acción al autor, en el sentido subjetivista que estaba tomando la noción de antijuridicidad con la doctrina de los elementos subjetivos del ilícito.

Por otra parte, Baratta critica la idea según la cual, el abandono de la relación delito-ofensa de un bien jurídico es la principal característica del pasaje de un derecho penal liberal a un derecho penal autoritario. Baratta niega el origen y el significado liberal de la teoría del bien

jurídico. Pero le parece también acertado que, desde el perfeccionamiento de la teoría del bien jurídico, a través de la distinción entre objeto de la acción (*Tatobjekt*) y objeto de la tutela (*Schutzobjekt*), y desde que el bien jurídico fue introducido como una concepción irrevocable en el edificio dogmático del positivismo (tanto en el formal normativista de Binding como en el naturalista de von Liszt), el bien jurídico dejó de ser una categoría de defensa de los valores liberales, y se convirtió en una categoría

piuttosto bisognosa, a sua volta, di essere difesa; di essere, cioè, preservata dall'arbitrarietà dei contenuti contingenti che, una volta ridottasi essa a mera forma ( secondo la cosiddetta concezione *metodologica* del bene giuridico), vi potevano troppo facilmente essere introdotti (1966a, p. 68).

De igual forma, la concepción finalista de la culpabilidad contribuye al empobrecimiento del contenido de la culpabilidad, proceso iniciado, como señala Baratta, ya desde la teoría normativa de Binding. Según Welzel, explica Baratta, la culpabilidad consiste en la ausencia de una autodeterminación según un sentido, a través de la cual la persona puede dirigir su comportamiento según el ordenamiento jurídico. La reprochabilidad vinculada a esta ausencia consiste en la verificación de la posibilidad concreta de esta autodeterminación según un sentido, sobre la base de la exclusión de los requisitos negativos (la inimputabilidad, el estado de necesidad, el error inexcusable). Detrás de esta concepción de la culpabilidad, afirma Baratta (1966a), hay un intento irracional por individuar una tercera vía entre el determinismo y el indeterminismo:

tentativo che ha per esito di spostare tutto l'accento della riprovevolezza al di là dell'accertamento dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo del reato, finendo per condizionarlo ad un presupposto squisitamente etico e giuridicamente non costruibile (se non come finzione) (p. 89).

Baratta considera que con la teoría finalista se hace evidente el paralelismo que existe entre la doctrina material de la antijuridicidad y la doctrina normativa de la culpabilidad, las cuales son influenciadas por

una tendencia común a la superación del dato objetivo a través de una valoración que lo integra y lo supera.

### La relación del método jurídico con la filosofía de los valores

Baratta considera que tanto la escuela de von Liszt (inspirada en la filosofía del positivismo naturalista) como la nueva escuela penalista de Honig, Hegler, Grunhüt, Schwinge, Zimmerl, Radbruch y Wolf (inspirada en la filosofía de los valores de Windelband, Rickert y Lask) tienen en común la influencia de la obra de Rudolf von Jhering<sup>9</sup>. Sin embargo, Baratta afirma que este común denominador no es suficiente para explicarnos la línea de continuidad entre las dos escuelas, separadas entre sí por divergencias gnoseológicas, filosóficas e ideológicas. Es mérito de Welzel (1935), como indica Baratta (1966a), el haber puesto en evidencia la actitud científica y empirista que tienen en común el positivismo naturalista y el neokantismo; es decir, la común aversión por toda metafísica,

la comune esclusione di un correlato ontico dello spirito che non si riduca a cieco meccanismo causale o addirittura a un «caos di impressioni sensibili», il quale solo attraverso l'intervento dello spirito riceve forma e senso (p. 98).

Baratta (1966a) explica que, a diferencia del formalismo gnoseológicamente más riguroso de la escuela de Marburgo (Cohen, Natorp)<sup>10</sup>, la escuela sudoccidental permanecía en una posición elástica en relación con el problema de la realidad nouménica, con la reversabilidad del principio de la conexión con el valor, lo cual presupone, además de una referencia a la realidad del valor, una referencia del valor en la realidad (*Sachbezogenheit*).

<sup>9</sup>Jhering (1905). Sobre la influencia de Jhering en el desarrollo de la ciencia del derecho penal, véase Baratta (1970).

<sup>10</sup> Para Baratta, esta diferencia es importante porque explica la tendencia de Stammler y Kelsen a evitar, en un riguroso formalismo normativista, toda relación constitutiva, por un lado, del mundo del deber ser con el mundo del ser y, por otro lado, del concepto y de la validez del derecho con la idea o el valor del derecho justo; y explica, a la vez, la tendencia de estos autores a permanecer por fuera del teleologismo y del antipositivismo imperante en el pensamiento jurídico alemán. Estas indicaciones las toma Baratta de la obra de Treves (1934).

Esta referencia de la realidad al valor y del valor a la realidad, considera Baratta, les permitió a los penalistas realizar la integración del plano normativo a través de la síntesis del dato sociológico y del valor (*teleologische Begriffsbildung*). Sin embargo, tanto la escuela de Marburgo como la escuela de Kiel terminaron dando los instrumentos lógicos para il «*rinnovamento*» del derecho penal (Baratta, 1966a, p. 114). Esto es consecuencia, según Baratta, de la ambigüedad y de la fungibilidad ideológica de la filosofía de los valores y del neokantismo en general. Por tanto, la filosofía neokantiana se presenta como el prólogo del drama. De esta forma, Baratta explica la función objetiva de la filosofía de los valores y el rol jugado por el neokantismo en relación con el decisionismo sustancialista del pensamiento nacionalsocialista. Un rol preparatorio, a través de la transferencia, al plano irreal de los valores, de todo el sentido de los contrastes y de las luchas materiales existentes en la sociedad.

### **PER UNA APOLOGIA «GIUSNATURALISTICA» DEL POSITIVISMO GIURIDICO (1966)**

El 2 de mayo de 1966 se llevó a cabo en la *Aula Magna della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Pavia* una *tavola rotonda* sobre el positivismo jurídico. La iniciativa fue de Bruno Leoni, director de la revista de ciencias políticas *Il Politico*<sup>11</sup>. La discusión sobre el positivismo jurídico se desarrolló sobre la base de dos libros publicados en 1965: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, de Bobbio, y *Cos'è il positivismo giuridico*, de Scarpelli<sup>12</sup>. Alessandro Baratta publicó en 1966 un escrito

---

<sup>11</sup> Bruno Leoni es considerado en Italia como el fundador en los años sesenta de la ciencia política, precursor de la sociología del derecho y crítico del positivismo jurídico kelseniano; véase Febbrajo (2008). Además del prof. Leoni (Università di Pavia) participaron el prof. Norberto Bobbio (Università di Torino), el prof. Angelo Ermanno Cammarata (Università di Roma), el prof. Uberto Scarpelli (Università di Perugia), el prof. Giovanni Tarello (Università di Genova), el prof. Bagolini (Università di Bologna), el prof. Alessandro Baratta (Università di Camerino), entre otros. Tal como afirma Ruiz Miguel (1983, p. 213), «esta mesa redonda puede considerarse el momento de declaración de la crisis del positivismo jurídico en Italia, aunque en principio se organizara solamente con el objetivo de discutir las distintas posiciones que Bobbio y Scarpelli habían mantenido en sus recientes libros...».

<sup>12</sup> Ambos libros fueron publicados por la editorial *Comunità*, como primer y segundo volumen de la colección *Diritto e cultura moderna*, dirigida por Renato Traves y Uberto Scarpelli.

en el que reelabora su participación en la mesa redonda, titulado *Per una apologia «giusnaturalistica» del positivismo giuridico*<sup>13</sup>.

Baratta inicia su intervención haciendo referencia a la propuesta del prof. Bruno Leoni, según la cual, teniendo en cuenta la insuficiencia de las teorías «puras» o «lógico-formales» del derecho para dar una explicación de las relaciones jurídicas, es necesario profundizar el análisis de la diferenciación entre el juicio jurídico y el juicio técnico y, de esta manera, lograr encontrar una explicación equiparable a la alcanzada por la ciencia económica, al separar el juicio técnico del juicio económico. Según Leoni (1966, pp. 356 y s.), las razones que han llevado al descuido de esta relación por parte de la teoría del derecho son: a) que a diferencia de las técnicas propias de la acción económica, numerosas técnicas, las cuales son objeto de decisión en el ámbito de la acción jurídica, no permiten juicios objetivos; b) el interés de los teóricos del derecho en aquello que los juristas dicen hacer, en vez de analizar lo que realmente hacen; c) la actitud «pura» o «lógico-formal» puede constituirse en un cómodo *escape-mechanism* psicológico del experto, en cuanto, al parecer, le permite alcanzar, con pocos esfuerzos, resultados objetivamente válidos; y d) la indiferencia frente a la relación necesaria entre fines y medios de la acción jurídica, la cual puede corresponder a la convicción de la irrelevancia de tal relación cuando se trata de perseguir sobre el plano jurídico un fin aprobable por sí mismo.

Baratta considera que a pesar de la importancia del análisis del nexo entre el juicio técnico y el juicio jurídico, propuesto por Leoni (por ejemplo, para revalorar el concepto de *natura della fatto*), es necesario tener en cuenta que el nexo es importante solo en un sentido negativo; es decir, en el sentido según el cual las normas jurídicas no pueden superar los límites de la posibilidad lógica y ontológica. Baratta afirma

---

<sup>13</sup> Este escrito de Baratta es, con algunas pequeñas variaciones, el mismo texto de la Introducción de su libro *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, que ya hemos analizado, y cuya publicación era eminente para la fecha en la que se realizó la mesa redonda. Por tanto, nos limitaremos a revisar algunas consideraciones que no están incluidas en el texto de la Introducción.

que esta relación, en un sentido positivo, no es relevante porque “il giudizio tecnico non è cogente nei confronti del giudizio giuridico”.

En relación con el libro de Bobbio (1966) y el de Scarpelli (1966), Baratta hace dos observaciones: a) que la ideología iuspositivista no puede ser identificada con la ética legalista, la cual constituye, más bien, su degeneración; y b) que la interpretación de Scarpelli<sup>14</sup>, quien relaciona el positivismo jurídico como decisión política con el Estado de derecho, es convincente.

Por otra parte, cuando analizamos la Introducción de la obra *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale* vimos que Baratta se refiere a tres diversos significados de la expresión «positivismo jurídico», en los que no se pretende realizar una postulación sobre la noción del positivismo jurídico como método (como en el caso de Bobbio) sino, más bien, permanecer vinculado a la noción de positivismo jurídico propia de las grandes discusiones metodológicas que se desarrollaron en Alemania en los años treinta y en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, en la cual el método del positivismo jurídico era identificado con el método lógico-formal. Baratta afirma que la ambigüedad de la discusión sobre la responsabilidad del positivismo jurídico en el nacionalsocialismo se debe al significado, a su vez ambiguo, del positivismo jurídico. Sobre esta cuestión, incluye una consideración que no aparece en su Introducción de la obra *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Baratta (1966b, p. 548) sostiene que si consideramos el positivismo jurídico desde sus orígenes y en las concretas situaciones históricas en las cuales ha actuado y actúa, se puede y se debe distinguir (como tam-

---

<sup>14</sup> Scarpelli entiende por positivismo jurídico un modelo operativo proponible a quien estudia el derecho desde el punto de vista interno. Este autor no está de acuerdo con la interpretación científica del positivismo jurídico, propuesta por Bobbio, porque ninguno de los dos modelos de ciencia aceptados en la cultura contemporánea (el modelo de las ciencias empíricas y el modelo de las ciencias formales) logra recoger en su campo de estudio la actividad práctica y doctrinal del juez y del jurista. Sobre la importancia de la decisión política en la comprensión del positivismo jurídico de Scarpelli, véase Scarpelli (1965, p. 142), donde afirma que «in contrapposto all'interpretazione scientifica l'interpretazione politica del positivismo giuridico ha secondo me il merito, mettendone a fuoco la scelta politica, di ributtarlo nel mezzo della battaglia: dove potrà prendere duri colpi, ma ne potrà anche dare: dove rappresenterà una delle possibilità fondamentali per gli orientamenti e gli sviluppi del diritto e delle tecniche giuridiche”.

bién se puede y se debe hacer con el iusnaturalismo) entre un positivismo jurídico «bueno» y un positivismo jurídico «malo». Esta distinción, continúa Baratta, no es incompatible con una definición explicativa del positivismo jurídico, en la cual se tenga como punto de partida la conciencia jurídica y se proponga aclarar el significado teórico y la función axiológica que esta conciencia le da a la noción de positivismo jurídico.

### **IL POSITIVISMO E IL NEOPOSITIVISMO (1977)**

Del 4 al 7 de octubre de 1976 se llevó a cabo en Napoli (Italia) el XI *Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*<sup>15</sup>, que tuvo por tema «la filosofía del derecho en Italia en el siglo XX». En esa ocasión fueron analizadas las corrientes más significativas del pensamiento jurídico italiano en el siglo XX: *L'idealismo giuridico italiano* (Vittorio Frosini), *Il giusnaturalismo* (Giuliano Marini), *La filosofia dell'esperienza giuridica* (Enrico Opocher). Alessandro Baratta (1977) participó con una conferencia sobre *Il positivismo e il neopositivismo*.

En esta conferencia Baratta realiza un análisis del positivismo y del neopositivismo, preocupándose por evidenciar sus características más sobresalientes. Como explica Baratta, la distancia de tiempo que existe entre el final del primer positivismo y la consolidación del neopositivismo (es decir, del primer decenio del siglo XX al período posterior a la Segunda Guerra Mundial) puede darnos la impresión de estar frente a dos movimientos distantes; sobre todo, teniendo en cuenta que, en el período intermedio, la filosofía italiana estuvo dominada por el irracionalismo positivista y por el idealismo. Por otra parte, desde el punto de vista del método y del contenido, existen diferencias fundamentales entre las dos corrientes filosóficas: mientras en el positivismo prevalece el gusto por las grandes síntesis totalizadoras y predomina la idea de una identidad entre hecho y valor, en el neopositivismo prevalece una actitud analítica y predomina el riguroso dualismo metodológico; es decir, la negación de toda posibilidad de un pasaje lógico de la

---

<sup>15</sup> Algunas observaciones alrededor del congreso se encuentran en Dal Brollo (1977); Gentile (1977).

descripción de los hechos a la posición de las normas y de los valores. Además, el positivismo jurídico, en su fase de máxima expresión en Italia, corresponde a un fenómeno cultural y generalizado, que se había constituido en una verdadera hegemonía cultural; el neopositivismo, en cambio, corresponde a una corriente de pensamiento típicamente elitista, cuyo campo de difusión estuvo circunscrito al norte de Italia.

Sin embargo, Baratta considera que existe un hilo sutil (pero consistente), el cual transmite, a través de la generación de Bobbio, un elemento de la filosofía jurídica positivista, que se unirá luego al elemento analítico de la escuela neopositivista. Ese hilo sutil es representado en el empirismo y su método inductivo: la precedencia lógica dada al análisis del hecho respecto a la construcción conceptual y la oposición a la metafísica iusnaturalista y espiritualista y, de igual forma, a la especulación idealista<sup>16</sup>. Por otra parte, Baratta considera que la conexión entre los dos movimientos debe ser analizada también a partir de algunas analogías fundamentales que aparecen desde el punto de vista ideológico. En ambos casos, explica, estamos frente a una filosofía que se vincula, con un notable empeño civil de sus representantes, en un proceso de transformación del Estado y de la sociedad.

Por lo tanto, a pesar de las diversidades entre los dos movimientos filosóficos, Baratta destaca dos elementos que convalidan su analogía. El primer elemento hace referencia al hecho de que ambos movimientos introdujeron en Italia, con una actitud de neta ruptura en relación con la tradición metafísica o espiritualista, resultados de experiencias científicas que ya habían sido avanzadas en otros países europeos, re-

---

<sup>16</sup> Es importante señalar aquí que para Baratta (1977, p. 22) el rechazo analítico y neopositivista (inspirado en la neokantiana distinción de los campos del saber) de la confusión entre teoría general y sociología jurídica, análisis del razonamiento prescriptivo y descripción de la uniformidad, que se destacan en el universo normativo y social, no representan un rechazo a la sociología. En esta conferencia, el interés de Baratta por la sociología es evidente. Recordemos que se trata de una conferencia realizada en 1976, época en la cual Baratta había ya cofundado en Bologna, junto a Franco Bricola, la revista *La questione criminale* y hacía parte de la *comissione permanente di sociologia del diritto del Centro nazionale di prevenzione e di difesa*, participando en la dirección científica de la revista *Sociologia del diritto*, fundada y dirigida por Renato Treves. Además, para el 1976 Baratta había ya publicado algunos escritos netamente sociológicos; véase Baratta (1974, 1975, 1976).

presentando una apertura de la cultura italiana y una contribución a su desprovincialización. El segundo elemento tiene que ver con la confianza en el derecho como mediador de la transformación social; es decir, la idea según la cual, “il progresso sociale può avvenire, anzi deve avvenire, attraverso riforme del diritto e nel rispetto delle regole giuridiche del gioco democratico” (Baratta, 1977, p. 23). Sobre este punto, la diferencia entre los dos movimientos, explica Baratta, radica en que mientras el positivismo enfoca la mediación jurídica a partir de los contenidos del derecho, el neopositivismo, en cambio, la enfoca a partir de la forma jurídica como garantía y método del debate político. A estos dos elementos de la analogía Baratta (1976) anexa un tercero, el cual podría ser considerado como negativo, debido a que constituye un límite de ambos movimientos frente a la realidad sociopolítica que tuvieron que enfrentar:

il fatto cioè, che in entrambi i casi, proprio in quanto si è avuto un trapianto di teorie e metodi sorti in altri contesti social, si tende a creare una sfasatura per *anticipazione* tra, per usare le parole di Bobbio, «il paese ideale» che si esprime in queste filosofie e «il paese reale» (p. 24).

Luego del análisis de las diferencias y las analogías, Baratta realiza un análisis de las cuestiones más significativas de ambos movimientos filosóficos, teniendo en cuenta, particularmente, el método utilizado, los debates teóricos y el empeño civil y político de sus representantes. Aquí nos interesa destacar una cuestión fundamental para el análisis y estudio de la obra de Baratta. Se trata de su particular interés por la interpretación del positivismo jurídico realizada por Uberto Scarpelli (1965).

Baratta (1977) explica que en el caso del positivismo, más allá de la diversa tendencia política de los autores (que va desde el conservadurismo iluminado hasta el socialismo reformista), es posible reconocer una serie de elementos comunes:

la tensione garantistica, la preoccupazione per un diritto che si faccia carico della soluzione dei problema sociali, l'idea del raggiungimento, attraverso la scienza, di una convivenza civile ispirata alla tolleranza, la

rappresentazione di uno sviluppo delle istituzioni giuridiche capace di corrispondere al modello di una società industriale (p. 38).

En el neopositivismo, explica Baratta, reaparece esa tradición positivista de la afirmación de los principios del liberalismo clásico y del Estado de derecho, a partir del empeño civil, de la primera generación de la filosofía neopositivista, en la construcción del nuevo Estado republicano. Baratta (1977) considera que

è forse Scarpelli quello che in modo più lucido e realistico ha colto il significato ideologico del positivismo giuridico nella Scuola analítica, vedendo nella positività del diritto non solo la característica esencial que ne permite una construcción científica rigurosa, ma anche un valore (p. 54).

Baratta concluye su conferencia indicando algunas cuestiones críticas en relación con la escuela analítica italiana. Explica que los temas de la filosofía jurídica analítica, después de 1968, no son confrontados con el movimiento de la sociedad italiana, ya que en el ambiente político, el punto crucial se ha desplazado de la cuestión sobre cuáles deban ser las modalidades de la democracia y de las reformas a la cuestión sobre cuáles fuerzas sociales deban asumir políticamente la gestión y el control. Según Baratta, la escuela analítica tenía cosas importantes para decir en relación con la primera cuestión, siendo heredera de la gran tradición social-liberal; sin embargo, sobre la segunda cuestión son pocos los aportes que puede realizar. Frente a esta situación advierte que son posibles dos actitudes: la renuncia al empeño civil activo o una renovada tensión crítica y anticipadora en relación con la realidad. Una tensión crítica, continúa Baratta, que mantenga vivo el ideal de un Estado transparente y que busque, a la vez, dar respuesta a la nueva exigencia de participación presente en las masas.

Lo que trata de advertir Baratta al finalizar su conferencia, en relación con las posibles tareas que puede realizar la Escuela analítica en medio de la situación italiana de los años setentas, está contenido en la frase final, cuando se pregunta: si la filosofía jurídica de la Escuela analítica ha sido la filosofía de vanguardia de la burguesía iluminada, ¿podrá

convertirse en la filosofía de vanguardia de un movimiento obrero ilustrado?

### **RICERCHE SU ESSERE E DOVER ESSERE NELL'ESPERIENZA NORMATIVA E NELLA SCIENZA DEL DIRITTO (1968)**

El 19 de marzo de 1967 se llevó a cabo, en la *Sala dei seminari dell'Istituto di scienze politiche dell'Università di Torino*, un *convegno*<sup>17</sup>, dirigido por Norberto Bobbio, cuyo objetivo era coordinar un grupo de relaciones y comunicaciones italianas, sobre el tema del «ser y el deber ser en la ciencia del derecho», el cual representaría el aporte italiano al *Congresso mondiale di Filosofia del diritto e di Filosofia sociale*, que se realizaría en Milán y Gardone Riviera del 9 al 13 de Septiembre de 1967<sup>18</sup>.

Alessandro Baratta (1967) participó en el *convegno* de Torino con el documento *A proposito di essere e di dover essere nella scienza giuridica*. Un año después de celebrado el *convegno* de Torino, Baratta (1968b) publicó su monografía *Ricerche su essere e dover essere nell'esperienza normativa*

---

<sup>17</sup> Sobre el *convegno* de Torino, véase la *premessa* de Bobbio (1967), en la que explica que cuando el comité científico del *Congresso mondiale di Filosofia del diritto e di Filosofia Sociale* le confió una de las dos conferencias principales sobre el tema del «ser y deber ser en la ciencia jurídica», Scarpelli tuvo la idea de promover un encuentro de la joven generación de estudiosos de filosofía del derecho, unidos por el común interés alrededor del método analítico y del modo de entender la tarea de la investigación filosófica, con el objetivo de discutir el tema de la conferencia de Bobbio. Según Bobbio, la propuesta de Scarpelli tenía dos finalidades: mostrar la posibilidad y la utilidad de un trabajo realizado en colaboración y ofrecerle (a Bobbio) un material ya seleccionado, una documentación actualizada, un núcleo de ideas debatidas punto por punto y, en fin, una orientación general. La conferencia introductiva del *convegno* de Torino, *Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi*, fue confiada a Tarello (1967), y constituyó el *working paper* de la discusión, siendo distribuida ciclostilada una semana antes. Es importante resaltar aquí que, como lo señala Bobbio, los resultados de la discusión merecían ser retomados, por lo que se acordó que aquellos interesados en reelaborar sus planteamientos o en retomar con mayor ponderación alguno de los temas discutidos presentaran un texto escrito en el término de dos meses: "scaduto il termine, quando ebbi tra le mani i testi nel frattempo pervenuti, mi parve che essi nel loro complesso, insieme con la relazione di Tarello che li aveva provocati, costituissero qualcosa di più che i «lavori preparatori» di una relazione congressuale" (Bobbio, 1967, p. 418).

<sup>18</sup> El congreso fue promovido por la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* y fue organizado por el *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale* y por la *Società italiana di Filosofia del diritto*. El tema del congreso, «Ser y deber ser en la experiencia jurídica», fue articulado en tres subtemas: 1. Ser y deber ser en la experiencia jurídica, 2. Ser y deber ser en las concepciones de la validez y del valor, 3. Ser y deber ser en las concepciones sociológicas del derecho.

*e nella scienza del diritto*. En esta monografía toma como punto de partida en su análisis el punto de vista estrictamente empírico y analítico, el cual fue adoptado en la reunión de Torino, aún estando convencido de la imposibilidad de llegar al fondo del problema de la relación entre ser y deber ser en la ciencia y en la experiencia jurídica, cuando se parte exclusivamente de tal punto de vista<sup>19</sup>.

Baratta afirma que la cuestión sobre el estado semántico de los discursos de los juristas (es decir, la pregunta sobre si se trata de discursos en términos de ser o en términos de deber ser) se extiende inevitablemente a tres órdenes de cuestiones:

- a) la cuestión sobre qué se entiende cuando se habla de *ser* y de *deber ser* en el ámbito del análisis de la experiencia normativa en general y de la experiencia jurídica en particular;
- b) la cuestión sobre a cuál modelo hacemos referencia cuando se habla de *ciencia jurídica* y cómo se lo define, qué tipos de discursos hacen parte de él y, en particular, en qué medida se incluyen en tales tipos de discursos elementos valorativos y normativos (es decir, en qué sentido y dentro de cuáles límites se puede hablar de normatividad de la ciencia jurídica);
- c) la cuestión sobre en qué medida y en qué sentido una tipología del discurso de los juristas, desde el punto de vista de su carácter normativo, pueda contribuir al correcto posicionamiento del problema relativo a los controles de validez y de fundamentación que son aplicables a la ciencia jurídica.

---

<sup>19</sup> Baratta explica que al adoptar el nivel del discurso que caracterizó el *convegno* de Torino ha buscado ponerse en grado de discutir, desde el interior del movimiento de la filosofía analítica, las hipótesis de trabajo que estaban en la base de la discusión, de modo que los elementos de crítica y desacuerdo, junto a los elementos de consenso, que ha tratado de aportar con esta monografía a la común investigación, fueran constructivos en relación con el nivel de discurso con el que fue iniciada la discusión.

En relación con el primer orden de cuestiones, Baratta ha tratado de evidenciar la importancia del consentimiento (*assenso*) práctico de la regla de conducta, como momento espiritual que califica la experiencia normativa misma, proponiendo la distinción entre *norma* y *regla*, entendidas como expresiones de dos significados diversos de «deber ser» relativos, respectivamente, al elemento semántico de la proposición descriptiva y al elemento interior de la voluntad. En relación con el segundo orden de cuestiones, ha tratado de evidenciar que la variedad de los tipos de discursos en examen impide poner en términos sintéticos y globales la cuestión misma acerca del carácter prescriptivo o asertivo de esta ciencia. Y en relación con el tercer orden de cuestiones, ha tratado de mostrar las dificultades y las aporías que aparecen cuando se busca deducir, a partir de la identificación del estado semántico de la ciencia jurídica, los tipos de control aplicables a ella. Estas observaciones buscan indicar las fundamentales alternativas metodológicas e ideológicas, que se presentan *in limine*, a quien quiera afrontar el problema de la verdad y de la fundamentación en la ciencia jurídica. Según Baratta (1968b),

esse diventano tanto più impegnative, quanto più si voglia o si debba passare da un modello più stretto di scienza giuridica a un modello più largo, nel quale l'oggetto del discorso del giurista non resti limitato (come del resto non avviene del tutto anche nel modello più stretto) alle regole, ma si estenda ai fatti e ai valori (p. 11).

Esta monografía de Baratta está compuesta por tres secciones: en la primera se estudian los distintos significados de «deber ser» en el análisis de la experiencia normativa; en la segunda se realiza una tipología de los discursos sobre las reglas jurídicas; y en la tercera analiza la «normatividad» de la ciencia jurídica y el control de sus conclusiones.

### **Sobre los significados de «deber ser» en el análisis de la experiencia normativa**

Tarello (1967) inicia su *working paper* en el *convegno* de Torino planteando la siguiente cuestión: ¿Los discursos de los juristas son discursos en términos de «ser» o en términos de «deber ser»? Es decir, ¿son dis-

cursos «asertivos» («descriptivos») o «preceptivos» («prescriptivos»)? Tarello considera que para responder satisfactoriamente a este interrogante es necesario delimitar lo que se entiende con «discursos de los juristas» y lo que se entiende con «asertivo» y «preceptivo». Baratta, tomando nota del interrogante propuesto por Tarello, inicia la primera sección de su monografía ocupándose de la cuestión terminológica referida al concepto de asertivo y preceptivo. Sobre este punto, Baratta acoge la distinción realizada por Morris (1938) entre el nivel sintáctico del lenguaje (referido a la forma lógico-gramatical), el nivel semántico (referido al significado) y el nivel pragmático (referido al uso del lenguaje o a su «fuerza»).

El análisis de los discursos de los juristas desde el punto de vista de su estado sintáctico o gramatical no le interesa a Baratta, sino tan solo el punto de vista semántico y el punto de vista práctico. Desde el punto de vista semántico se analiza un enunciado según su manera de significar, considerando la presencia en el discurso de elementos que lo caracterizan y que se puedan distinguir según el tipo de respuesta que estos discursos suscitan en el usuario (*utente*); desde el punto de vista práctico, la identificación del estado del discurso se basa en un dato individual y psicológico-subjetivo, que se refiere a la intención de quien realiza el discurso o a la función que ejerce en el que lo recibe. Una vez indicados estos dos diversos niveles del análisis semiótico (es decir, la manera de significar y el uso), Baratta hace dos advertencias y una propuesta terminológica. La primera advertencia consiste en que la pareja «asertivo-prescriptivo» no se asume como clasificación exhaustiva de los enunciados desde el punto de vista semántico y pragmático; la segunda consiste en que el aspecto semántico y el aspecto pragmático pueden asumir relevancias diversas según los enunciados, prevaleciendo en unos el primero y en otros el segundo. La propuesta de carácter terminológico está relacionada con el empleo de la pareja «asertivo-prescriptivo». Según Baratta, el uso de un enunciado no corresponde necesariamente a su manera de significar, siendo posible que un enunciado, el cual según la manera de significar es asertivo, tenga en una situación específica un uso prescriptivo. Por lo tanto, es oportuno reservar la pareja «asertivo-prescriptivo» para la clasificación de los enunciados desde el punto de vista semántico. En cambio,

para los dos usos correspondientes, desde el punto de vista pragmático, Baratta propone la pareja informativo-normativo, la cual, según él, responde al criterio utilizado por Morris (1946) en la clasificación general de los enunciados desde el punto de vista de la manera de significar y desde el punto de vista del uso.

Por otra parte, Baratta (1968b) considera que “il significato semantico sta al significato prammatico come l’uso tipico e generale sta all’uso specifico e individuale di un enunciato” (p. 17). Desde el punto de vista pragmático, el uso típico de los enunciados asertivos es el de informar y, por tanto, funciona como guía indirecta del comportamiento; en cambio, el uso típico de los enunciados prescriptivos es el uso normativo; es decir, el de expresar un deber ser que guía directamente el comportamiento. Desde el punto de vista semántico, se puede definir como “asertivo” un enunciado o discurso cuando su uso típico es informativo y, a su vez, se puede definir como “prescriptivo” un enunciado o discurso cuando su uso típico es normativo. Por último, Baratta considera que la respuesta típica a un enunciado o discurso asertivo es el consentimiento teórico (*assenso teorico*); el control que se puede ejercer sobre él es el de verdad o el de fundamentación. La respuesta típica a un enunciado o discurso prescriptivo es el consentimiento práctico; el control que se puede ejercer sobre él es el control de verdad y/o el control de valor. Baratta entiende por “control de verdad” la verificación empírica de la adecuación de enunciados a la experiencia sensible y la verificación lógica de la adecuación de discursos a las reglas del razonamiento axiomático o demostrativo; por “control de fundamentación” entiende la verificación de la adecuación del procedimiento usado a las reglas del razonamiento problemático y persuasivo; por “control de validez” entiende el control destinado a establecer la pertenencia de la regla práctica a un ordenamiento efectivo de reglas prácticas; es decir, la correspondencia de la regla con los criterios positivos que determinan la imputabilidad del enunciado prescriptivo en cuestión a una autoridad reconocida y seguida por el destinatario o por la clase de destinatarios del enunciado mismo; por “control de valor” se entiende el control destinado a establecer la compatibilidad de la regla con los principios o valores considerados como relevantes. Además de estas dos parejas de controles, Baratta señala el control de significancia,

que es común a las aserciones y a las prescripciones, y se refiere a la posibilidad del frástico<sup>20</sup> de los enunciados de suscitar en el usuario representaciones adecuadas a las cosas o a los eventos que con eso se han intentado designar.

En el desarrollo del análisis de Baratta, el punto más delicado es el relacionado con el consentimiento (*assenso*) práctico. Baratta afirma que con el consentimiento teórico un enunciado adquiere una función informativa para el usuario; en cambio, con el consentimiento práctico, un enunciado adquiere una función normativa para el usuario. De esta manera, en la pareja «enunciado prescriptivo - norma», el primer término puede ser traducido acertadamente como “regla”. Regla, como sinónimo de enunciado prescriptivo, continúa Baratta, se convierte en un término semiótico referido al nivel semántico del lenguaje prescriptivo, mientras en el nivel pragmático, “norma” termina siendo el término semiótico sinónimo de “regla”. Para lograr esta distinción, Baratta utiliza una acepción restringida o estrecha del término “comportamiento” en relación con la acción externa del usuario. Afirma que si se quisiera utilizar una acepción extendida del término “comportamiento”, para designar toda respuesta (interior o exterior) del usuario frente al lenguaje o a los signos en general, sería también necesario diferenciar entre una respuesta comportamentista interna (psíquica) y una respuesta comportamentista externa (motriz) a los enunciados. Según Baratta, esta diferenciación es necesaria cuando el análisis se realiza sobre organismos complejos y se refiere al comportamiento mediado en varios niveles (nervioso, psíquico, motriz), como ocurre en el hombre. De esta forma, Baratta afirma que definir el consentimiento (*assenso*) práctico como una «respuesta comportamentista interna» constituye una simple reformulación terminológica, ya que se trata de la asunción como norma o criterio de conducta de un enunciado prescriptivo, la cual constituye el elemento espiritual inconfundible de

---

<sup>20</sup> Baratta toma la distinción entre frástico y neústico de las proposiciones realizado por Hare (1952). El *frástico* designa, según este autor, aquella parte de la proposición que es independiente de su función (asertiva o prescriptiva); el *neústico* designa aquella parte de la proposición que especifica su función.

la experiencia normativa del sujeto humano. Y es en este momento interno y psíquico del consentimiento práctico cuando se vincula el deber ser en la dimensión pragmática de la semiosis normativa. Según Baratta (1968b),

*il dover essere, dal punto di vista prammatico, ed in riferimento all'utente, è infatti il risultato spirituale dell'assenso pratico, con il quale l'utente trasforma una regola in norma. Dover essere esprime, in questa sua accezione, il valore normativo specifico che una regola assume per l'utente (p. 22).*

Ahora bien, en relación con los distintos significados de *deber*, los cuales pueden ser establecidos en correspondencia con las nociones de valor, regla y norma y de los juicios relativos (juicio de *valor* que fundamenta la aprobación, el deseo y la escogencia de comportamientos, juicio de *regularidad* y juicio de *licitud*), Baratta afirma que, desde el punto de vista semántico, constituyen una conexión, de modo que pueden existir enunciados valorativos, enunciados preceptivos y enunciados asertivos.

- a) En relación con “el valor”, *deber ser* puede ser traducido como principio práctico, primario o secundario, dependiendo de si se trata de un valor primario o secundario. En este significado, *deber ser* designa el fundamento de la aprobación, del deseo o de la elección de un comportamiento. “Designa, cioè, il *bene* come qualità riconosciuta ad un comportamento, il quale, in quanto *buono*, è approvato, desiderato o scelto” (Baratta, 1968b, p. 31).
- b) En relación con el “precepto”, *deber* representa el «neústico», que caracteriza semánticamente la prescripción. Según Baratta, no se deben confundir la prescripción (regla), que constituye un enunciado, y la obligación, que constituye el estado deóntico de un posible comportamiento del destinatario de la regla.
- c) En relación con “la norma”, *deber* y *deber ser* se pueden traducir de dos formas. Si se traducen como “imperativo”, se hace referencia al acto de voluntad o a la intención que tiende a modificar el compor-

tamiento de los demás; es decir, al uso normativo de un enunciado prescriptivo (regla) por parte de su autor; si se traducen como “norma”, se hace referencia al uso normativo de una regla por parte del usuario que ha dado su consentimiento práctico.

- d) En relación con la eficiencia de la norma y de las diversas maneras en las cuales el efecto motivador de la norma se realiza en el sujeto, *deber* puede ser traducido como sujeción e indica la situación psicológica de un sujeto, en la determinación del comportamiento, del cual la norma constituye la motivación prevalente. Según Baratta, la regla (el *hecho* de su existencia) adquiere *valor* (normativo) en el momento en el cual el destinatario acepta ser guiado por la regla en cuanto tal; es decir, la asume como *norma* de la propia conducta.

### **Una tipología de los discursos sobre las reglas jurídicas**

En la segunda sección de su monografía Baratta analiza el modelo restringido de ciencia jurídica (dominante en la ciencia del derecho italiana en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial), el cual estaría constituido por los discursos que tienen por objeto reglas de un ordenamiento vigente y cuya finalidad es evidenciar las conclusiones normativas obtenidas a través de la exégesis, la interpretación y la sistematización de las reglas-objeto. Este modelo restringido de ciencia jurídica es acogido como hipótesis de trabajo en la monografía de Baratta, tal como lo hicieron el resto de participantes en el *convegno* de Torino.

La ciencia jurídica es un discurso sobre reglas; por tanto, Baratta se pregunta ¿cuántos y cuáles son los tipos de discursos posibles sobre reglas y sobre sistemas de reglas? De esos discursos, ¿cuáles en particular se pueden encontrar en la ciencia del derecho italiana de los últimos veinte años y, de estos, cuáles hacen parte del modelo restringido en relación con la cuestión sobre el estado prescriptivo o asertivo de la ciencia jurídica?

La tipología que realiza Baratta en la sección segunda de su monografía es la siguiente:

- a) Las reglas y los sistemas de reglas (ordenamientos) pueden ser posibles o existentes. Entre los discursos que se refieren a reglas posibles se destacan los destinados para fundar el deseo o la escogencia de ciertas reglas con base en valores. Las conclusiones de estos tipos de discursos constituyen juicios de valor idóneos para fundar escogencias regulativas. Se trata, en el campo de las reglas jurídicas legislativas, de los discursos *de lege ferenda*, los cuales fundan el deseo que otros (el legislador) emanen ciertas reglas posibles, y de los discursos con los cuales el legislador mismo funda las propias escogencias legislativas. Baratta evidencia la escasa presencia de estos discursos en la ciencia del derecho italiano de los últimos veinte años, por lo cual considera que se pueden excluir del modelo restringido de ciencia jurídica que le sirve de hipótesis de trabajo.
- b) No deben ser confundidos los discursos valorativos *de lege ferenda* basados en valores secundarios (reglas) con los discursos destinados a establecer, en relación con reglas dadas, la licitud de comportamientos (órdenes), consistente en la emanación de reglas. A diferencia de los discursos valorativos *de lege ferenda*, este tipo de discurso sobre reglas posibles, en referencia a reglas existentes, es frecuente en la ciencia jurídica. Baratta ejemplifica esta presencia mencionando las cuestiones acerca del poder-deber del legislador ordinario de dictar una cierta disciplina conforme a reglas constitucionales programáticas; o las cuestiones de derecho procesal, cuando se refieren al poder-deber del juez de emitir sentencias y ordenanzas. Las conclusiones de estos discursos son juicios de licitud y tienen el carácter de discursos asertivos.
- c) Los discursos que tienen por objeto reglas existentes pueden ser discursos valorativos sobre las reglas, o mejor aun, discursos valorativos sobre las órdenes que han puesto las reglas y que las pondrán, o sobre los comportamientos *regulares*. Sobre este punto es importante detenernos en el análisis de Baratta sobre la moral legalista. Baratta afirma que cuando el valor, sobre la base del cual nosotros deseamos la obediencia a la regla, es otra regla, estamos en presencia de una moral «legalista». El legalismo, explica Baratta, es una

característica que puede asumir la moral, en cuanto la regla general sobre la cual se basa el deseo o la elección de la obediencia constituye un valor secundario, sobre el cual se orientan nuestras actitudes en relación con la obediencia a reglas existentes; por lo tanto, se trata de un problema típicamente moral. La regla-valor de la moral legalista (la cual se puede enunciar con la frase «los ciudadanos deben obedecer las leyes emanadas de los órganos competentes del Estado»), aun cuando se asume como expresión de la «norma fundamental», constituye una moral legalista en la cual rige el principio de obediencia a las reglas válidas (sin importar cuáles sean), y en particular la obediencia a las normas del ordenamiento estatal. En cambio, explica Baratta (1968b), si se considera la norma fundamental como el valor normativo que asume el hecho constituido por la efectividad de un ordenamiento, entonces la norma fundamental no es un valor secundario sino un valor primario, un hecho (diferente a una regla) asumido como valor, “e la formula in cui essa può venire racchiusa è l’espressione di un principio pratico primario” (p. 48). Según Baratta, estos discursos, aunque son frecuentes en la ciencia jurídica italiana, en el período examinado, se mantienen en los límites de las observaciones incidentales, por lo que pueden ser también excluidos del modelo restringido de ciencia jurídica.

- d) Los discursos no valorativos sobre reglas existentes en relación con otras reglas son discursos cuya conclusión es un juicio de *regularidad*. Estos discursos sobre la validez, la abrogación y las antinomias son frecuentes en la ciencia del derecho italiana en el período examinado; por lo tanto, Baratta los incluye en el modelo restringido de ciencia jurídica.
- e) Los discursos históricos, los cuales hacen referencia a la formación de las reglas, a los valores que las han inspirado, al contexto cultural en los cuales esos valores se han vinculado y a las condiciones sociales que explican la génesis de estas reglas. Según Baratta, este tipo de discursos puede ser incluido en el modelo restringido de ciencia jurídica, en particular cuando desarrolla una función auxiliar en relación con el discurso sobre el significado de las reglas existentes.

- f) Los discursos sobre la efectividad, los cuales son sociológicos o psicológicos, dirigidos a determinar, desde un punto de vista estadístico, la regularidad de los comportamientos de los destinatarios de ciertas reglas o de grupos de destinatarios.
- g) Los discursos sobre los efectos, con los cuales se establecen las consecuencias de la efectividad de las reglas o las consecuencias del control social sobre varios aspectos de la existencia de los destinatarios de las reglas, de la sociedad y de los grupos sociales.

Estos discursos sobre la eficiencia, la efectividad y los efectos de las reglas constituyen, según Baratta (1968b), la premisa para discursos valorativos sobre reglas. “Assai spesso le loro conclusioni sono usate come argomenti nell’ambito di discorsi di critica delle leggi e di politica legislativa” (p. 52). Estos tipos de discursos tienen el carácter de discursos asertivos (con argumentación empírica). Estos discursos, según Baratta, a pesar de estar presentes en la ciencia jurídica italiana, pueden ser fácilmente excluidos del modelo restringido de ciencia jurídica.

- h) Según Baratta, en el modelo restringido de ciencia jurídica deben vincularse los discursos sobre el significado de las reglas existentes. Desde el punto de vista pragmático, las conclusiones de los discursos sobre el significado de las reglas pueden ser usadas en función informativa o en función normativa. Desde el punto de vista semántico, la conclusión sobre el significado de una regla o sobre el contenido de un precepto tiene el mismo estado de las reglas. El estado semántico de tal conclusión está determinado por lo que ella significa. Por otra parte, la referencia al «significado» de la regla-objeto es una referencia abstracta, porque el significado de un enunciado por fuera del pensamiento del autor y de sus intérpretes es una abstracción. De hecho, afirma Baratta, por fuera del proceso concreto de la comunicación, los enunciados no tienen un significado particular sino, más bien, una posibilidad de significar.

Baratta continúa la sección segunda de su monografía examinando brevemente los tres niveles de discurso que se pueden distinguir

alrededor del significado de las reglas (discurso interpretativo *in senso lato*): «la exégesis», que tiene como resultado la regla simple o la disposición; «la interpretación», que tiene como resultado la regla compleja (o el precepto); y «el sistema», que tiene como resultado una combinación de reglas complejas o simples, que se pueden denominar reglas sistemáticas.

Otros discursos relativos a las reglas son:

- i) El discurso teórico sobre las figuras de calificación normativa y la estructura lógica de la regla. Sobre este punto Baratta afirma que se debe mantener separada del discurso teórico la llamada «teoría general del derecho», disciplina que no tiene un contenido perfectamente unívoco ni completamente autónomo, y en la cual generalmente se encuentran reunidos elementos de algunos tipos de discursos sobre las reglas jurídicas. De hecho, Baratta observa que la teoría general del derecho suele extenderse hasta alcanzar los discursos (psicológicos) sobre la eficiencia y los discursos (sociológicos) sobre la efectividad de las reglas jurídicas. Por este carácter compuesto y en cierta forma interdisciplinar, Baratta considera que la teoría general del derecho no puede hacer parte de una clasificación de los discursos sobre las reglas jurídicas como la que él propone. Por lo tanto, la teoría general del derecho puede entrar en el modelo restringido o puede permanecer fuera, dependiendo de la inclusión o de la exclusión de los elementos de discurso que se encuentran reunidos bajo su denominación.
- j) El discurso dogmático. Este tipo de discurso no es interpretativo sino, más bien, un tipo de discurso cuyos resultados pueden ser utilizados como «instrumentos dogmáticos» (dogmas), en la interpretación y en el sistema.
- k) El discurso aplicativo. Este tipo de discurso es el utilizado por los jueces:

in tal caso l'applicazione della regola al caso concreto, con il quale esso si conclude, è una nuova regola valida nell'ordinamento giuridico sta-

tuale, che prende il nome di sentenza o decisione giuridica (Baratta, 1968b, p. 73).

Sobre este punto es importante resaltar el análisis que hace Baratta sobre la ciencia jurídica italiana contemporánea en esta monografía. Según Baratta, la relación entre el peso específico que en la ciencia jurídica tienen, respectivamente el momento de la aplicación y el momento de la interpretación, varía en la historia dependiendo del *stile* de la ciencia jurídica. En el momento que él escribe, la ciencia jurídica italiana da todo el peso a la interpretación, lo cual explica, según Baratta, que en el ámbito de la investigación metodológica la atención se haya polarizado en Italia en el momento aplicativo y, por tanto, la teoría de la aplicación sea considerada, generalmente, como un aspecto de la teoría de la interpretación. Tanto el discurso interpretativo como el discurso aplicativo son considerados en sus conclusiones discursos prescriptivos.

### **La «normatividad» de la ciencia jurídica y el control de sus conclusiones**

En la tercera sección de su monografía Baratta se plantea dos ulteriores preguntas: 1) ¿qué significado tienen deber y deber ser en la experiencia normativa? 2) ¿Cuáles son los controles que se pueden realizar sobre el discurso de los juristas? Sobre la primera pregunta Baratta ha tratado de dar respuesta examinando los conceptos de valor, norma, regla, regularidad, licitud, validez y los juicios relativos; a la segunda pregunta responde que el tipo de control posible para un enunciado depende de su estado semántico. Pero para establecer el tipo de control posible para los discursos (que están constituidos por varios enunciados) no basta con establecer cuál es el estado semántico de su enunciado conclusivo; por lo tanto, Baratta (1968b) se limita a realizar una serie de consideraciones generales sobre el problema del control del discurso de los juristas,

senza nemmeno affrontare le questioni metodologiche connesse a quell'analisi dei tipi di enunciati e dei tipi di ragionamento presenti in un modello ristretto di scienza giuridica, la quale è il presupposto primo per la risoluzione o l'avvio a soluzione di questo problema (p. 83).

Estas observaciones generales hacen referencia a tres puntos:

- a) la inserción de enunciados valorativos en el razonamiento interpretativo y aplicativo;
- b) la posibilidad de establecer, en vía de convención metodológica, un sistema de reglas de control (de verdad y de fundamentación) de los discursos que hacen parte de un determinado modelo de ciencia jurídica; y
- c) la asunción de un punto de vista «interno» o de un punto de vista «externo» para la elaboración de un sistema de control de la ciencia jurídica.

Baratta explica que la historia de la reflexión metodológica sobre la ciencia del derecho muestra que cualquier esfuerzo dirigido a fijar un núcleo de reglas de control comúnmente aceptadas y suficiente para cubrir el área de un modelo de ciencia jurídica adoptado tropieza (aun en el caso de un modelo restringido de ciencia jurídica) contra dificultades difícilmente superables. De hecho, según Baratta (1968),

un nucleo di regole ricavato facendo astrazione dalle *scelte*, che sono alla base dei principali orientamenti metodologici, se è un nucleo di regole comunemente accettate ed univoche, non è sufficiente a coprire un modello anche assai ristretto di scienza giuridica; se è sufficiente, non è più costituito da regole comunemente accettate e implica, da parte coloro che vogliono fare la convenzione metodologica qui ipotizzata, una scelta del tipo di quelle che spiegano la diversità, e non di rado la discordanza, delle metodologie della scienza giuridica (p. 91).

Esta decisión o escogencia, afirma Baratta, es de tipo ideológico, como lo indica la observación histórica. Es por esto que, según Baratta, el máximo grado de abstracción, acerca de las condiciones ideológicas de la decisión o escogencia metodológica, se ha alcanzado cuando se recurre a la alternativa ideológica, que corresponde a la decisión o escogencia de un punto de vista interno al ordenamiento o de un punto de vista externo al ordenamiento, como guía para la elaboración de un

sistema de controles del discurso de los juristas. La escogencia ideológica que corresponde a un punto de vista interno al ordenamiento es aquella que eleva el principio de legalidad a máximo valor jurídico; en cambio, la escogencia ideológica de un punto de vista externo al ordenamiento es aquella que eleva a máximo valor el principio de funcionalidad.

Baratta concluye su monografía refiriéndose al modelo restringido de ciencia jurídica, adoptado en el *convegno* de Torino. Para elaborar este modelo, explica, ha sido necesario reconstruir, a partir de una serie de discursos posibles sobre reglas prácticas (en particular jurídicas), sus elementos, verificando su presencia o su prevalencia en la ciencia jurídica italiana de los últimos veinte años. Este modelo, según Baratta, excluye los discursos valorativos sobre las reglas existentes (crítica de las leyes) y los discursos valorativos sobre las reglas posibles (política del derecho). Además, excluye los discursos sobre los hechos sociales, que explican la existencia de las reglas, y sobre los cuales las reglas actúan y deben actuar<sup>21</sup>. Según Baratta (1968b), quizás el modelo restringido de ciencia jurídica es demasiado estrecho,

forse è bene guardare in faccia il rischio, non piccolo, di affaticarsi sui problemi dello stato e del controllo di un tipo di scienza giuridica, che potrebbe essere non più attuale nel momento in cui la nostra lunga fatica fosse coronata da successo. Abbiamo la scelta tra correre questo rischio e affrontare le ben più gravi difficoltà che, nei confronti dell'adozione del modello ristretto, comporta l'adozione di un modello largo, nel quale il discorso sulle regole esistenti si integra con il discorso sui valori che le giustificano e le correggono. Ma questo non è il problema del giurista di oggi, di ieri o di domani: questo è il discorso del giurista consapevole (pp. 94 y s.).

---

<sup>21</sup> Sobre esta crítica de Baratta al modelo restringido de ciencia jurídica véase Bergalli (2003 y 2004).

## CONCLUSIONES

El interés de Alessandro Baratta, en relación con la crisis del positivismo, es enfocado a partir de las consecuencias negativas del desarrollo teleológico de la dogmática penalista alemana, interesándose particularmente en la problemática relación entre las categorías penales y los juicios de valor. Baratta explica la función objetiva de la filosofía de los valores y el rol jugado por el neokantismo, en relación con el decisionismo sustancialista del pensamiento nacionalsocialista: se trata de un rol preparatorio, a través de la transferencia, al plano irreal de los valores, de todo el sentido de los contrastes y de las luchas materiales existentes en la sociedad.

Por otra parte, hemos podido revisar la relación de Alessandro Baratta con la escuela analítica italiana. Esta relación representa un ejemplo de la amplitud teórica y *espiritual* de Baratta, teniendo en cuenta las dificultades de una confrontación con una escuela analítica, cuyo dualismo metodológico coloca una barrera a toda interpretación idealista o materialista de la relación entre ser y deber ser.

Por último, la crítica dirigida al modelo restringido de ciencia jurídica busca evidenciar la exclusión de los discursos valorativos sobre las reglas existentes (crítica de las leyes) y los discursos valorativos sobre las reglas posibles (política del derecho) que dicho modelo comporta. Además, ese modelo excluye los discursos sobre los hechos sociales, que explican la existencia de las reglas, y sobre los cuales las reglas actúan y deben actuar.

## REFERENCIAS

- Baratta, A. (1963). *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*. Milano: Giuffrè.
- Baratta, A. (1965). Aspecti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933. En *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*. Milano.
- Baratta, A. (1966a). *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspecti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*. Milano: Giuffrè.

- Baratta, A. (1966b). Per una apologia giusnaturalistica del positivismo giuridico». *Il Politico*, XXXI (3), 547-558. Pavia: Università degli Studi di Pavia.
- Baratta, A. (1967). A proposito di essere e dover essere nella scienza giuridica. Osservazioni sul carattere prescrittivo e sulla controllabilità dei discorsi dei giuristi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV (fascicolo III), 483-513.
- Baratta, A. (1968a). Un simposio internazionale su Jhering. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLV, 650-652. Milano: Giuffrè.
- Baratta, A. (1968b). *Ricerche su essere e dover essere nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Baratta, A. (1970). Über Jherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft. En Wieacker, F./Wollschläger, C. (hrsg.) *"Jherings Erbe"*, *Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolph von Jhering*. (pp. 17-26). Göttingen.
- Baratta, A. (1974). Sociologia giuridica e sociologia del diritto penale. En *Sociologia del diritto*, 2. (pp. 245-253). Milano.
- Baratta, A. (1975). Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereichs. *Kriminologisches Journal*, 7, 132-138. München.
- Baratta, A. (1976). Sistema penale ed emarginazione sociale. En *La questione criminale*, 3, 237-262. Bologna.
- Baratta, A. (1977). Il positivismo e il neopositivismo. En *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX, Atti dell'XI congresso nazionale (Napoli-Sorrento, 4-7 ottobre 1976)*. Milano: Giuffrè.
- Baratta, A. (1984). Intervención sobre problemas abiertos en la filosofía del derecho. *DOXA*, 35-39. Alicante.
- Becchi, P. (2008). Maestri del Novecento: Alessandro Baratta filosofo del diritto. En *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, VII. (pp. 67-81). Franco Angeli.
- Bergalli, R. (2003). Alessandro Baratta: filósofo del Derecho (penal) y de la política. *Sistema-Revista de ciencias sociales*, 173.
- Bergalli, R. (2004). Alessandro Baratta: la búsqueda epistemológica y su pensamiento crítico. In Rivera Beiras & C. Bernal (coord.), *Alessandro Baratta. El pensamiento crítico y la cuestión criminal*. *Anthropos*, 204.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Comunità.
- Bobbio, N. (1966). Intervenzione al dibattito. *Il Politico*, XXXI (2). Università degli Studi di Pavia.

- Bobbio, N. (1967). Premessa. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, fascicolo III.
- Cammarata, A. E. (1963). *Formalismo e sapere giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Dahm, G./Schaffstein, F. (1933). *Liberales oder autoritäres Strafrecht*. Hamburg.
- Dal Brollo, A. (1977). XI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LIV, 142-153. Milano: Giuffrè.
- Febbrajo, A. (2008). Antropologia giuridica e sociologia del diritto. En *Sociologia del diritto*, 1, 27-45. Milano.
- Gallas, W. (1934). Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken. En *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, LIII.
- Gentile, F. (1977). Per fare il punto sulla filosofia giuridica e politica degli Anni Settanta. En *Archivio Giuridico*, CXLIII, 5-52.
- Hare, R. (1952). *The Language of morals*. Oxford.
- Hart, H. L. A. (1958). Positivism and the separation of Law and Moral. *Harvard Law Review*.
- Hassemer, W. (1968). *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*. Köln: Heymanns.
- Jhering, R. (1905). *Der Zweck im Recht* (4ª ed., 1ª ed. 1877-1884). Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
- Leoni, B. (1966). Intervenzione al dibattito. *Il Politico*, XXXI (2). Università degli Studi di Pavia.
- Morris, Ch. (1938). *Foundations of the Theory of Signs*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Morris, Ch. (1946). *Signs, Language and Behavior*. New York: George Braziller.
- Orozco Arcieri, C. (2011). *Movimiento dialéctico de la realidad y razón crítica en la obra de Alessandro Baratta*. (Tesis doctoral no publicada). Universidad de Barcelona.
- Pérez Luño, A. (1971). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*. Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Ruiz Miguel, A. (1983). *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Sauer, W. (1933). Wendung zum nationalen Strafrecht. *Der Gerichtssaal*, 10.
- Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Comunità.

Tarello, G. (1967). Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV (fascicolo III), 419-435.

Treves, R. (1934). *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo*. Torino: Istituto giuridico della R. Università di Torino.

Welzel, H. (1935). *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. Mannheim: Deutsches Druck - und Verlagshaus.