

**UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE  
“FUNCIÓN PROMOCIONAL”  
EN LA TEORÍA DEL DERECHO BOBBIANA:  
ATISBOS DE SU INFLUENCIA EN LA TEORÍA  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ESPAÑOLA**

*Prof. Miguel Díaz Román*<sup>(\*)</sup>  
Abogado costarricense

(Recibido 18/05/11; aceptado 30/11/11)

---

(\*) Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.  
Doctorando en la Universidad Carlo III, Madrid. España.

E-mail: miguel.roman@ucr.cr.

## **RESUMEN**

El artículo presenta un análisis del concepto de función promocional del derecho, desarrollado por Norberto Bobbio en su teoría del derecho. Explica la transición del autor italiano del análisis estructural del derecho al análisis funcional. Describe la influencia de estas tesis de Bobbio en la teoría de los derechos fundamentales en España. Se concluye que el concepto de función promocional del derecho, surge debido a las limitaciones del análisis estructural.

**Palabras clave:** Teoría del Derecho, Función promocional, Derechos fundamentales, Análisis estructural, Análisis funcional, Norberto Bobbio.

## **ABSTRACT**

The article presents an analysis about the concept of law promotional function, developed by Norberto Bobbio in its law theory. It explains the Italian author's transition from the law structural analysis to the functional analysis. It describes the influence of Bobbio theses in the theory of the fundamental rights in Spain. The conclusion is, the concept of law promotional function, arises due to the structural analysis limitations.

**Key words:** Theory of law, Promotional function, Fundamental rights, Structural analysis, Functional analysis, Norberto Bobbio.

## **SUMARIO**

1. Introducción
2. Teoría del Derecho bobbiana: Breve síntesis de su evolución
  - 2.1. Ubicación de la Teoría del Derecho: ¿En la filosofía o en la ciencia jurídica?
  - 2.2. La metodología bobbiana: el viraje del método analítico-positivista
  - 2.3. Del análisis estructural al análisis funcional
  - 2.4. El concepto de “función promocional del Derecho”
3. La función promocional en la Teoría de los Derechos Fundamentales española: La influencia bobbiana
  - 3.1. La interacción académica Turín-Madrid: la referencia bobbiana en España.
  - 3.2. La Teoría de los Derechos Fundamentales: Algunas coincidencias de base
  - 3.3. La “función promocional” en la Teoría de los Derechos Fundamentales

Conclusión

Bibliografía citada



## **1. INTRODUCCIÓN**

Los autores principales que han desarrollado la teoría de los derechos fundamentales en España, han reconocido la influencia de Norberto Bobbio en sus desarrollos. El estudio de este autor es pertinente, con el objetivo de advertir su influencia en la Teoría de los Derechos Fundamentales y en particular, en la desarrollada por el profesor Gregorio Peces-Barba.

En ese sentido, haremos una breve síntesis de su pensamiento en relación con la Teoría del Derecho. Repasaremos cuál fue su evolución en lo atinente al ámbito de ubicación (Filosofía o Ciencia jurídica), la metodología utilizada y la incorporación del análisis funcional a su Teoría del Derecho; posteriormente, evidenciaremos las razones que llevaron al autor italiano a incorporar a su teoría el concepto de “función promocional”.

En una segunda parte del trabajo y de una manera aproximativa, trataremos de establecer los puntos de contacto de la Teoría del Derecho bobbiana con la teoría de los Derechos Fundamentales. Haremos hincapié, en lo atinente a la influencia del análisis funcional y las categorías bobbianas en la teoría española de los derechos fundamentales; en especial en la utilización del concepto de “función promocional” en la Teoría desarrollada por el profesor Gregorio Peces-Barba.

## **2. TEORÍA DEL DERECHO BOBBIANA: BREVE SÍNTESIS DE SU EVOLUCIÓN**

De los conceptos de Ciencia y Filosofía que un autor maneje, va depender la ubicación de la Teoría del Derecho en uno u otro ámbito. Importa, por tanto, tener presente como entendía Bobbio la Teoría del Derecho; punto de especial importancia, dado las variantes que tuvo su pensamiento en este aspecto.

### **2.1. Ubicación de la Teoría del Derecho: ¿En la filosofía o en la ciencia jurídica?**

La ubicación que hace Bobbio de la Teoría del Derecho, tiene dos etapas. La primera en donde su cercanía con las tesis analíticas-positivistas lo llevaron a ubicar a la Teoría del Derecho en el ámbito de

la Ciencia Jurídica; y la segunda, donde Bobbio modificó la posición inicial y terminó ubicándola en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

El primer planteamiento lo encontramos en un artículo de 1950 denominado “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho”. Allí Bobbio advierte que sólo una tajante distinción entre Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho permite evitar los equívocos de las zonas fronterizas de la Teoría del Derecho; así que en aquel momento abogó por ubicarla en el ámbito de la Ciencia Jurídica, en concordancia con las tesis imperantes del positivismo normativista.

No obstante esa posición va cambiar. En un artículo denominado “Naturaleza y Función de la Filosofía del Derecho”, el profesor Bobbio modifica su posición original y ubica la Teoría del Derecho en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

Este viraje es importante tenerlo en consideración, porque en la perspectiva bobbiana, el análisis teórico del Derecho dejará de circunscribirse únicamente al ordenamiento jurídico positivo. Hay una apertura a considerar los análisis sociológicos, políticos y éticos como instrumentos útiles para la comprensión del Derecho.

## **2.2. La metodología bobbiana: el viraje del método analítico-positivista**

La metodología de la Teoría del Derecho bobbiana también presenta, en términos generales, dos etapas. Inicialmente e influido por los planteamientos kelsenianos y las teorías analíticas, Bobbio realiza una Teoría del Derecho utilizando un método para dar cuenta de los hechos y que dejara de lado los juicios de valor; esa primera postura metodológica cambiará, cuando más tarde, a raíz de la crisis del positivismo jurídico, acepta que los juicios de valor están presentes en los análisis que utilizaban una metodología que pretendía su exclusión.

La crítica metodológica se plasmó desde una perspectiva ideológica y otra teórica. La primera tuvo en autores como Guastini, Tarello y Cerroni sus principales exponentes; en contraste, la crítica teórica fue desarrollada principalmente por Enrico Pattaro.

Cerroni acusaba que el método utilizado era puramente lógico, es decir, no describían la verdadera realidad del Derecho. Tarello tachó

de ideológico el que se presentara la acción interpretativa no como consecuencia, sino en relación de dependencia de la norma jurídica. Guastini, por su parte, denunció que el método positivo-analítico ocultaba el contenido prescriptivo del Derecho.

Por su parte, Pattaro criticó que la Teoría del Derecho desarrollada hasta ese momento por Bobbio, se basaba en métodos incompatibles entre sí. La unión entre el positivismo lógico y el kelseniano no podía ser: por un lado, se había reconocido que el positivismo jurídico partía de presupuestos ideológicos y no describía el Derecho como es y por otro, el utilizar el análisis del lenguaje como método, implicaba que la ciencia jurídica y teoría general del derecho se convertían en meras técnicas y no en ciencias.

Finalmente Bobbio acepta la crítica y emprende un viraje metodológico que lo va llevar a incorporar metodologías y resultados de la teoría general de los sistemas, la semiótica y la lógica deóntica, entre otras. Dicho de otra forma, se pasa del método lógico-normativo a un método que se abre a la consideración de perspectivas fuera del ámbito restringido de las categorías de norma y ordenamiento jurídico positivo.

### **2.3. Del análisis estructural al análisis funcional**

Los cambios descritos en el ámbito filosófico y metodológico, se vieron reflejados en el objeto de análisis de la Teoría del Derecho bobbiana. De un análisis estructural que tenía como objeto de estudio la norma y el ordenamiento jurídico, Bobbio amplía su análisis a los aspectos funcionales del Derecho.

El análisis estructural había consistido en utilizar el método del positivismo-analítico desarrollado en Italia, para desarrollar una Teoría del Derecho a partir del estudio de la norma y el ordenamiento jurídico positivo. Por eso en su curso denominado “Teoría del Ordenamiento Jurídico”, Bobbio afirmaba que: “La teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forma una completa teoría del derecho, principalmente desde el punto de vista formal. Bajo el primer título se estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada; la materia del segundo título es el conjunto, complejo o sistema de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico. La necesidad de la investigación en este campo surge de la comprobación de que en la realidad las normas jurídicas no existen solas, sino siempre en un contexto de

normas, que tienen entre sí relaciones particulares (estas relaciones serán en gran parte el objeto de nuestro estudio. Este contexto de normas se suele denominar “ordenamiento”,”.

La incorporación del análisis funcional viene dado no solo por el reconocimiento de Bobbio a la crítica al positivismo-analítico y a las limitaciones del análisis estructural del Derecho, sino que intentaba dar cuenta de los cambios que se habían operado en los Estados a partir de la aparición del Estado Social de Derecho.

Resulta pertinente acotar, que la incorporación que hace Bobbio del análisis funcional a su Teoría del Derecho, no tiene una base teórica en la Teoría Funcionalista desarrollada en la Sociología. Asimismo, dentro de los diferentes usos del término función, se ha establecido que en el análisis funcional propuesto por Bobbio estamos en presencia del término función como actividad, al respecto se indica:

*“Por último, el quinto uso del término función, esto es, función como actividad, puede ser descrito recurriendo de nuevo a Nagel. En este uso función es “el conjunto más o menos amplio de procesos u operaciones dentro de (o manifestados por) una entidad determinada, sin indicación de los diversos efectos que estas actividades producen sobre esta entidad o sobre cualquiera otra”. Los análisis de las funciones de determinados objetos de conocimiento en este sentido no son, según el autor citado, específicos de la investigación social. En esta línea, V. Ferrari y L. Gianformaggio atribuyen este tipo de análisis a la Teoría del Derecho y consideran que es el utilizado por N. Bobbio en Dalla struttura alla funzione”.*

Con este planteamiento se produce un punto de inflexión en la Teoría del Derecho bobbiana. Queda atrás el análisis exclusivamente estructural y propugna el análisis estructural y funcional, argumentando como una de las razones primordiales de este cambio, el aumento de la función promocional del Derecho.

#### **2.4. El concepto de “función promocional” del Derecho**

El cambio operado en la Teoría del Derecho en lo atinente a su ubicación en la filosofía jurídica, al método y a la incorporación del



análisis funcional, es utilizado por Bobbio para comprender el Derecho en el denominado Estado Social o Asistencial. En un artículo aparecido en inglés y denominado “The Promotion of Action in the Modern State”, el autor italiano comienza a ocuparse de analizar el Derecho desde la perspectiva funcional.

Evidentemente, para ese momento existían muchos estudios y desde diferentes disciplinas en relación con las transformaciones del Estado después de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, el mérito de Bobbio está en analizar esos cambios desde la Teoría del Derecho y tomando en cuenta los aportes de disciplinas como la Economía, la Ciencia Política, la Sociología, etc.

Conforme al criterio de Bobbio, el “Welfare State” había dado lugar a una transformación en las técnicas de control social y había planteado nuevos fines en la acción del Estado. En consecuencia, sin renunciar al análisis estructural que bajo la perspectiva positivista identificaba al ordenamiento jurídico con el Estado, observó que el Derecho estaba siendo utilizado para fines y funciones diferentes a las que cumplía en el Estado Liberal.

A partir de esta realidad procedió a incorporar el concepto de “función promocional” para distinguir la función tradicionalmente protectora que la Teoría del Derecho había asignado a las normas y al ordenamiento jurídico positivo en el contexto del Estado Liberal. En ese sentido, Bobbio expresaba: “Considérese una cualquiera de las Constituciones de los Estados posliberales, como la actual Constitución italiana. En las Constituciones liberales clásicas la función principal del Estado parece ser la de tutelar (o garantizar); en las Constituciones postliberales, junto a la función de la tutela o de la garantía aparece cada vez más frecuentemente la de promover”.

La observación general de la nueva realidad del Estado, es llevada al plano de la Teoría del Derecho incorporando el análisis funcional y estableciendo como objeto de estudio el ordenamiento jurídico positivo. Para ello Bobbio contrasta: 1) La concepción protectora y represiva del Derecho en el Estado Liberal con la realidad del Estado Social. 2) La concepción de las normas jurídicas en la perspectiva liberal y su mutación en la nueva perspectiva de Estado.

Dicho en otras palabras, a partir de la realidad existente en los ordenamientos jurídicos positivos de los denominados “Estados Sociales

o Asistenciales”, hace un análisis de las características de las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico; así como de la función que cumplen en la actividad efectiva que desarrolla el Estado, lo cual permite a su Teoría del Derecho una renovación para superar las críticas fundadas respecto a su perspectiva anterior.

Desplazándonos del plano más general al más específico, Bobbio se habrá preguntado: ¿Cómo ha conceptualizado la Teoría del Derecho la función del ordenamiento jurídico del Estado Liberal? A esto respondió diciendo que la función del ordenamiento jurídico se conceptualizó como protectora-represiva, en ese sentido establece:

*“Es superfluo añadir que las dos teorías se encuentran superpuestas frecuentemente: el Derecho despliega la función de protección respecto a los actos lícitos (que pueden ser tanto actos permitidos como actos obligatorios) mediante la represión de los actos ilícitos(...); la segunda teoría, común a toda la corriente del positivismo jurídico desde Austin hasta Jhering y Kelsen, es aquella según la cual el Derecho obtiene su fin (que es esencialmente represivo) a través de la organización de sanciones negativas (el Derecho como aparato coactivo o Zwangsordnung)”.*

Dicho de otra forma, la Teoría del Derecho conceptualizaba al ordenamiento jurídico positivo como un instrumento por medio del cual la sociedad se protegía de las acciones o conductas valoradas como negativas y que se consignaban en las normas jurídicas que componían ese ordenamiento jurídico. Para realizar esa protección se echaba mano a la otra característica que es la represión de las conductas valoradas como no deseables por el ordenamiento jurídico, de manera que el instrumento para proteger y reprimir era la sanción.

De ahí que Bobbio explique que las normas jurídicas que componían esos ordenamientos jurídicos se caracterizaban por tener una estructura de sanción negativa. Ello, probablemente, se evidenciaba en la redacción formal de las normas; es decir, sus enunciados estaban compuestos por palabras de connotación negativa que prohibían conductas.

Finalmente se arguye que la técnica utilizada para la construcción de toda esa estructura jurídica es el desalentamiento de la conducta que

se pretende sancionar negativamente, esto por medio de la prohibición que pretende proteger al grupo social.

Como se intuye, hemos procurado explicar el planteamiento bobbioano partiendo de lo más general (Estado) hasta llegar a lo particular (norma jurídica) y pasando por los distintos niveles que aborda la Teoría del Derecho. Procede, entonces, hacer el recorrido inverso para dejar claro como se configura el concepto de “función promocional”, el cual Bobbio construye con base en el Estado Social de Derecho.

La técnica inversa va consistir en alentar las conductas valoradas como socialmente deseables, es decir, aquellas que por medio de los mecanismos institucionales socialmente establecidos, son normadas jurídicamente para promover su realización.

Y es aquí donde Bobbio hace una precisión importante para comprender como la norma jurídica puede alentar una conducta a pesar de tener una redacción prohibitiva, es decir, puede tener una sanción positiva no obstante que su estructura gramatical puede establecer la no realización de una conducta. Al respecto se indica:

*“Aunque de hecho las normas negativas vienen habitualmente reforzadas por sanciones negativas, mientras que las sanciones positivas vienen previstas y aplicadas fundamentalmente para reforzar normas positivas, no hay ninguna incompatibilidad entre, por un lado, normas positivas y sanciones negativas y, por otro lado, normas negativas y sanciones positivas. En un sistema jurídico muchas de las normas reforzadas por sanciones negativas son normas positivas (mandatos de dar o hacer). Las técnicas de alentamiento del Estado asistencial contemporáneo se aplican también, aunque más raramente, a normas negativas. En otras palabras, se puede desalentar a hacer como se puede alentar a no hacer. De hecho se pueden dar cuatro situaciones distintas: a) mandatos reforzados por premios; b) mandatos reforzados por castigos; c) prohibiciones reforzadas por premios; d) prohibiciones reforzadas por castigos”.*

Esta aguda observación nos permite entender que las normas jurídicas pueden tener un doble sentido, de manera que en la práctica

alienten o desalienten una conducta independientemente de si su estructura y redacción es negativa o positiva. Se trata de las dos caras de una misma moneda, de manera que la presencia de este tipo de normas en un ordenamiento jurídico positivo, le otorgan una funcionalidad diferente a la que su estructura puede evidenciar.

Al advertir en el Estado Social de Derecho la presencia de normas jurídicas que alientan conductas, Bobbio concluye que el ordenamiento jurídico ha incorporado una función que el denomina “función promocional” y que lo diferencia de la función protectora-represiva del Estado Liberal.

Esta perspectiva de análisis y el concepto de “función promocional”, no ha estado exenta de críticas. Al concepto se le endilga el problema de la ambigüedad, ya que se considera que el autor utiliza diferentes sentidos del término “promocional” y del de “función”; por otra parte, se arguye que no establece una tipología amplia, ordenada y homogénea de las funciones de un determinado ordenamiento jurídico.

### **3. LA FUNCIÓN PROMOCIONAL EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ESPAÑOLA: LA INFLUENCIA BOBBIANA**

Una vez que hemos visto como se desarrolló en la Teoría del Derecho la incorporación del análisis funcional y el surgimiento del concepto de “función promocional”, procede tratar de atisbar la influencia que este desarrollo teórico puede haber tenido en la evolución de la Teoría de los Derechos Fundamentales en España; en especial, tomaremos con referencia la teoría desarrollada por el profesor Peces-Barba y sin perjuicio de las coincidencias con otros autores.

#### **3.1. La interacción académica Turín-Madrid: la referencia bobbiana en España**

Se ha afirmado que la Teoría del Derecho española tiene una influencia importante del pensamiento bobbiano. Fundamentalmente se ha hecho esta afirmación en relación con autores que han tenido una participación destacada en el desarrollo de la Filosofía del Derecho antes, durante y después de la transición del régimen político español de la dictadura a la democracia.

En algunos casos la relación académica con el profesor Bobbio tuvo su génesis desde la década del setenta, cuando aquel estaba en plena madurez intelectual y había comenzado a incorporar el análisis funcional a su Teoría del Derecho. Para nuestros efectos, importa destacar las figuras de Elías Díaz y de Gregorio Peces-Barba; no solo por su aporte en lo atinente a la Teoría de los Derechos Fundamentales, sino porque a partir de su magisterio, otros académicos han seguido desarrollando diferentes investigaciones en este campo del Derecho.

En particular y en relación con la denominada “fase funcionalista” de la Teoría del Derecho bobbiana, se menciona al profesor Peces-Barba como uno de los principales receptores de su influencia. En ese sentido, se ha expresado que: “También hay un rasgo de esa afinidad en las tesis de Peces-Barba sobre la obediencia al Derecho y la objeción de conciencia, aunque no sin matices: compartiría la concepción normativista de Bobbio, corregida por un énfasis especial en la actividad de creación judicial del Derecho, y también hay una mayor atención al análisis funcional del Derecho (en mi opinión, Peces-Barba coincide con E. Díaz en la necesidad de impulsar esta dimensión en la investigación relativa a la conexión entre Derecho y Estado, a propósito de la función promocional)”.

En consecuencia, no es de extrañar que la Teoría de los Derechos Fundamentales esté influenciada por el pensamiento Bobbiano o por lo menos, que se tenga su Teoría del Derecho como uno de sus referentes históricos. De su presencia en España dan fe las reiteradas referencias bibliográficas que se encuentran, tanto en trabajos de reciente data como en aquellos de más largo recorrido.

Veamos, entonces, cuáles puntos de contacto testimonian en la Teoría de los Derechos Fundamentales la incorporación del análisis funcional y la presencia del concepto de “función promocional” desarrollados en la Teoría del Derecho Bobbiana.

### **3.2. La Teoría de los Derechos Fundamentales: Algunas coincidencias de base**

La ubicación de la Teoría del Derecho en la filosofía, tal y como planteó Bobbio después de modificar su perspectiva inicial, permite entender el rumbo que tomó la Teoría de los Derechos Fundamentales en España. Con base en esa ubicación el profesor italiano determinó

que la Teoría del Derecho, la Teoría de la Justicia y la Teoría de la Ciencia Jurídica serán los temas de estudio de la Filosofía del Derecho y esta tripartición fue la que adoptaron la mayoría de filósofos del Derecho en España.

Desde nuestro punto de vista, esta ubicación de la Teoría del Derecho da pie a que se pueda considerar en el plano teórico la dimensión ética y no sólo la dimensión estrictamente jurídica. Es así como en el marco general de la Teoría del Derecho se habla de un positivismo corregido, es decir, de una perspectiva que considera el tradicional ámbito jurídico pero que incorpora también el ámbito externo del ordenamiento jurídico positivo; en ese sentido se ha indicado que:

*“La consideración del Derecho positivo como objeto de reflexión de la Filosofía del Derecho, implica otro cambio sustancial. Como consecuencia de “la limitación de lo cognoscible al campo empírico y (de) la eliminación de los problemas axiológicos como fundamentalmente inasequibles al hombre”, se procede a la constatación del Derecho como realidad histórica, lo cual condiciona toda la reflexión que se construye en torno a él. Se quiere decir con ello que el Derecho, ya no se va a entender como expresión de un orden intemporal de las cosas, sino que es un producto de la historia, construido y condicionado por ésta, alcanzando sentido exclusivamente en su seno. El Derecho es considerado un “un deber ser histórico”.*

De esta base general es posible deducir lo que se ha denominado la Teoría Dualista de los Derechos. Tal y como se puede inferir, el modelo dualista va ser caracterizado por concebir los derechos como instrumentos éticos y jurídicos; además, va a concebirlos como una forma de defender una determinada concepción de los seres humanos y como una forma de legitimación del poder.

La impronta de Bobbio también va estar presente en el plano metodológico. El abandono de la perspectiva analítica-positivista y su apertura a considerar otros métodos vinculados a la sociología y las Ciencias Políticas entre otros, nos permite entender la importancia del método histórico y racional en la Teoría del Derecho Española; también

nos permite comprender su utilización en la Teoría de los Derechos Fundamentales, especialmente, en relación con su empleo en el análisis diacrónico y sincrónico de los derechos.

Tomando en cuenta lo anterior, es posible visualizar la incorporación de la perspectiva de análisis funcional bobbiana, a la Teoría del Derecho Española en general y a la Teoría de los Derechos Fundamentales en particular. Si el análisis estructural permite ver qué son y cómo son los derechos, el análisis funcional permitirá responder a la pregunta de para qué sirven y por eso se enfatiza que: “Bobbio predijo el progreso de ese punto de vista funcional para el análisis del Derecho”.

Desde esta perspectiva, se comienza a desarrollar una Teoría de los Derechos Fundamentales que utilizando el análisis funcional, va distinguir dos funciones principales de los derechos, a saber: como subsistema dentro del ordenamiento y como recolectores en normas positivas de las pretensiones morales justificadas de los individuos y grupos de la sociedad.

*“Con todo ello, se puede decir que cuando se habla de función en relación con los derechos tal y como se entiende en la teoría jurídica española, se está haciendo referencia a dos aspectos. En primer lugar, a la “finalidad” de su incorporación al Ordenamiento, en cuyo caso se produce una opción por lo que se puede denominar un punto de vista externo. Desde esta perspectiva, los derechos se orientan a la legitimidad del poder a través de la protección del individuo.*

*Pero también se puede atender a la “función de los derechos en el Derecho”. Con este punto de vista interno, el problema se desplaza del “fin” a los “medios”. Lo característico de los derechos es satisfacer aquella función del punto de vista externo funcionando de una forma determinada: como criterios ordenadores del sistema y, en principio, como derechos subjetivos”.*

Esta distinción que se hace entre la función externa e interna de los derechos, tiene un punto de contacto en la Teoría del Derecho de Bobbio. Aunque el profesor turinés no es el único referente teórico, sí

es posible intuir que su planteamiento ha influido en el desarrollo de la Teoría del Derecho española y más en específico en la Teoría de los Derechos Fundamentales desarrollada por el profesor Peces-Barba.

Interesa visualizar que esta línea teórica endilga a la función subjetiva de los derechos, el hecho de hacer posible la autonomía y la independencia moral; es decir, los derechos fundamentales integran una moralidad pública que pretende facilitar el ejercicio de la moralidad privada y la libre elección de los planes de vida de cada persona.

Para poder alcanzar estos objetivos se establece que normalmente la función subjetiva se ejerce a través de tres grandes dimensiones que integran el consenso de la cultura jurídica y que desarrollan una función garantizadora o protectora, una función participativa y una función promocional.

### **3.3. La “función promocional” en la Teoría de los Derechos Fundamentales**

Al igual que sucede en Bobbio, la Teoría de los Derechos Fundamentales usa como punto de referencia para explicar la función promocional el cambio entre el Estado Liberal y el Estado Social de Derecho. Se arguye que el gran debate ha sido que sectores conservadores del liberalismo cuestionan los derechos económicos, sociales y culturales y la función promocional del Derecho.

En esa línea y siempre atisbando la posible influencia de Bobbio, se establece que las posiciones posibles a propósito de las obligaciones positivas se decantan de la derecha a la izquierda y desde planteamientos más o menos “liberales”. En ese sentido, el modelo que plantea el autor italiano sirve de referencia para analizar como se fundamenta la necesidad de la función promocional del Derecho en el Estado.

En consecuencia, al analizar el concepto de función promocional en la Teoría de los Derechos Fundamentales, no se puede perder de vista que el análisis funcional de los derechos estará impregnado del debate en torno a la concepción de Estado que se adopte; dicho en otras palabras, la función promocional encuentra sentido en la apertura que hagamos hacia el análisis funcional porque el análisis estructural es insuficiente para dar cuenta de esta dimensión de los Derechos Fundamentales.



La posibilidad que el análisis se distancie de la visión purista del positivismo, es lo que permite advertir los contenidos éticos que hay detrás de la función promocional del Derecho. En ese sentido, la teoría de los derechos da cuenta que a la base de esta función se encuentra los valores de igualdad y de solidaridad como catalizadores y promotores dentro del Estado de esta función del Derecho.

*“La función promocional parte del supuesto de aquellas situaciones en que se encuentra la persona, que impiden o dificultan el desarrollo de su moralidad privada, y que ésta es incapaz de resolver por sí misma. Si la finalidad central de los derechos en esta función subjetiva, es hacer posible el ejercicio de la moralidad privada, esta incapacidad para resolver por sí mismos la satisfacción de necesidades básicas, imprescindibles para afrontar el esfuerzo de crear libremente planes de vida, exige esta dimensión última que llamamos función promocional, que supone el apoyo de los poderes públicos y de grupos o poderes privados y de particulares para suplir y promover condiciones y en su caso remover obstáculos. Los valores de igualdad y de solidaridad están detrás, para expresar que no sólo las condiciones de abstención, de participación, sino también las de promoción, forman parte del bien común de la sociedad política; que no son problemas a resolver por cada uno, y que está entre las funciones de los derechos, crear pretensiones jurídicas, con correlativos generales, en el ámbito de la escasez y de los medios realmente disponibles”.*

En todo caso y para lo que a esta aproximación le compete, encontramos que la distinción que hace Bobbio entre normas y sanciones, ambas en su función negativa y positiva, es de recibo en la terminología empleada en la Teoría de los Derechos Fundamentales del profesor Peces-Barba. Cuando se habla de obligaciones positivas, por ejemplo, es una forma de plantear con otros términos la sanción positiva establecida en una norma de un determinado ordenamiento jurídico y que procura desarrollar la denominada función promocional del derecho.

Se atisba, finalmente, puntos de contacto del análisis funcional y del concepto de “función promocional” propuesto por Bobbio con la

Teoría de los Derechos Fundamentales desarrollada en España por Gregorio Peces-Barba. Evidentemente en la teoría desarrollada por este último, no solo ha existido la influencia del profesor italiano; sin embargo, resulta clara la afinidad teórica entre ambos, aspecto que ha sido la idea de este trabajo.

## CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto es dable arribar a algunas conclusiones que no pretenden adoptar el carácter de definitivas e inamovibles, pero que dan cuenta de lo hallado en la aproximación al pensamiento de Norberto Bobbio y en lo relacionado al concepto de “función promocional”.

El autor italiano se caracteriza, en lo que respecta a su Teoría del Derecho, por tener bien marcadas dos etapas que están definidas por un viraje en su concepción filosófica, metodológica y en la forma de analizar el Derecho. Es la etapa segunda donde ubica a la Teoría del Derecho en el ámbito filosófico, donde abandona la metodología analítico-positivista y donde incorpora el análisis funcional a su teoría, con lo cual sienta las bases que le van a permitir plantear el concepto de “función promocional” del Derecho.

El reconocimiento que hizo Bobbio de las limitaciones del análisis estructural, le permitió abrir un camino que no necesariamente recorrió; pero que sirvió para que otros autores tomaran en consideración la necesidad de incorporar el análisis funcional a la Teoría del Derecho y así superar el limitado análisis del positivismo clásico, que era incapaz de explicar la realidad del Estado Social de Derecho.

Las distinciones que realiza el profesor de Turín en relación con las normas jurídicas negativas y positivas, así como en lo atinente a las sanciones negativas y positivas que estas contienen, le permitieron trazar a nivel de la Teoría del Derecho, una comparación entre lo que él denominó la concepción protectora-represiva del Estado Liberal y lo que acontecía en el Estado Social de Derecho; a partir de esta distinción construyó una perspectiva diferente de comprensión del derecho, la cual hemos procurado sintetizar en la idea de análisis funcional y en el concepto de función promocional del Derecho.

La Teoría del Derecho española ha sido receptora e influenciada por el pensamiento de Norberto Bobbio. Independientemente que haya

autores que no hayan seguido su línea de pensamiento, resulta claro que sus tesis han sido tomadas en cuenta en España y han repercutido en los trabajos de diferentes autores; razón por la cual, el conocimiento de su obra y su evolución a través del tiempo, se presenta como pertinente para comprender algunos de los planteamientos de la actual Teoría del Derecho española.

El concepto bobbiano de “función promocional” lo podemos encontrar, no necesariamente en su versión original, en la Teoría de los Derechos Fundamentales desarrollada por el profesor Gregorio Peces-Barba. Existe una serie de puntos de contacto con este concepto y con la incorporación del análisis funcional, que nos permite visualizar la influencia que Bobbio ha tenido en el desarrollo de su Teoría de los Derechos Fundamentales.

Finalmente y por tratarse de una aproximación preliminar a la Teoría del Derecho desarrollada por Norberto Bobbio, se infiere la necesidad de tener que abarcar la totalidad o al menos la mayoría de su obra para conocer su aporte a la Teoría de los Derechos Fundamentales. En otras palabras, el concepto de “función promocional” es solo un ejemplo de las categorías que tienen relación con la teoría de los derechos y que no son posibles ubicar a primera vista en la obra del profesor italiano.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ANSUÁTEGUI ROIG, Franciso Javier. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 2, Dykinson, 1997.
- ASÍS ROIG, Rafael de. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 17, Dykinson, 2001.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Dykinson, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Filofofía del Derecho y Teoría General del Derecho*. RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 73-89.
- BOBBIO, Norberto. *Naturaleza y Función de la Filosofía del Derecho*. En RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 91-101.

ROMÁN DÍAZ: Una aproximación al concepto de “función promocional”...

- BOBBIO, Norberto. *Ser y Deber ser en la Ciencia Jurídica*. RUIZ MIGUEL, Alfonso. (Ed). Madrid: Debate, 1990, pp. 197-217.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. GUERRERO, Jorge (Trad), Segunda Edición, Bogotá, Temis, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *La Función Promocional del Derecho*, en RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1990, pp. 371-385.
- LUCAS, Javier de. *La influencia de Bobbio en España*, en LLAMAS, Angel (Ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*. Madrid, Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 259-282.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 11, Dykinson, 1999.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Los Derechos Humanos en Norberto Bobbio*. Claves de la Razón Práctica, N° 144, 2004, pp. 44-47.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Estudio Preliminar: Bobbio y el positivismo jurídico italiano*, en RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1990, pp. 13-55.