

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
2000

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 18
2000

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Concepción, de Chile, de Los Andes, del Mar, Diego Portales, Finis Terrae, de la República y de Valparaíso.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de esta obra.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. - 0170 - 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2000

DERECHO Y CAMBIOS CULTURALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1999 - 2001)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,
Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro
Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson
Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle
Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

Este número del Anuario de *Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2000 y aparece a inicios del segundo semestre de 2001, año este último en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social cumple 20 años de existencia.

En efecto, nuestra Sociedad fue fundada el año 1981, en Valparaíso, y celebrará su vigésimo aniversario en el mes de diciembre de 2001, ocasión en la que contaremos con la presencia de Eugenio Bulygin, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, de la cual nuestra corporación es una de sus secciones nacionales a lo largo del mundo.

Por lo dicho previamente, el número próximo del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2001, el cual esperamos entregar en el primer semestre de 2002, será el número de aniversario de la sociedad, esto es, aquel que dará cuenta de nuestros 20 años de existencia.

En cuanto al presente número del Anuario, en él, luego de la habitual sección *Estudios*, se incluye una sección *Ponencias*. En esta sección se reproducen las ponencias que fueron presentadas en la IV Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que fue organizada por nuestra Sociedad y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La mencionada jornada fue convocada con el título "*El derecho en la perspectiva de los cambios culturales*".

ciones dirigidas al monarca, cuando se les abría la puerta que les estaba destinada, debían seguir un largo proceso de tipo burocrático que involucraba a varios secretarios y ayudantes.

Saramago nos quiere decir algo bien claro cuando sitúa al rey junto a la puerta de los obsequios y no al lado de la puerta de las peticiones.

Al situarse junto a la primera de esas puertas, el monarca ciertamente ganaba, puesto que así estaba en mejores condiciones de recibir, acariciar y guardar los obsequios que le eran traídos. Pero, a la vez, el rey perdía, y mucho, porque la tardanza en responder a las peticiones aumentaba el descontento y las protestas del pueblo, lo cual tenía efectos negativos en el flujo de los obsequios que eran llevados al monarca.

Utilizando esas imágenes de Saramago, al Estado y a los poderes públicos que lo conforman hay que sacarlos de la puerta de los obsequios —dejando posiblemente allí sólo al servicio encargado de recaudar los impuestos— y llevarlos a las puertas de las peticiones y las decisiones.

Es en la intersección que forman la puerta de las peticiones y la de las decisiones donde debe estar el Estado.

Por lo demás, cuando los pueblos consiguen ligar bien ambas puertas consiguen tener ese bien que se llama democracia.

Un bien, entre otras cosas, porque la democracia, con todas sus imperfecciones —que las tiene—, es lejos la forma de gobierno que mejor examen ha rendido históricamente en el reconocimiento, consagración y protección efectivas de los derechos humanos.

En consecuencia, quien dé valor a esos derechos continuará teniendo una muy buena razón para preferir la democracia como forma de gobierno de la sociedad.

P O N E N C I A S

riéndose a Derrida: "y sin embargo, parece que hasta ahora no he conseguido que nos entendamos mutuamente. El entendimiento no implica, para nada, la coincidencia. Al contrario, allí donde existe coincidencia, no hace falta entendimiento. Se busca o se alcanza siempre el entendimiento sobre algo determinado acerca de lo cual no existe coincidencia" (28). Da la impresión de que ese *entendimiento* tampoco es posible, al menos desde postulados derridianos, porque es precisamente en la base de esa (im)posibilidad donde crece y se afirma la apertura al protocolo de la deconstrucción. Puesto que no se trata de una cuestión material sobre el ponerse de acuerdo en esto o lo otro, sino de una negación del proceso mismo de esa intersubjetividad sobre bases reconocibles y ordenadas que ofrezcan la imagen de un mundo del espíritu (es decir, de un *texto*) construido sobre modelos o referentes que dispensen de suyo y por sí mismos el significado. Por esto es también que resulta vanal la posible objeción formulada en parte por Gadamer y explícitamente por algunos de sus epígonos consistente en que Derrida quiere ser *comprendido* y debe *comprender* a la hora de contestar las objeciones que se le formulan. No es ese el ámbito en el que se plantea la singularidad de la deconstrucción. Es obvio que en el plano de la realidad física, en la que una persona habla a otra, ambos buscan la mutua comprensión. Derrida jamás negaría una cosa como esa, y sería absurdo hacerlo. Lo que ocurre es que, en el universo del texto, es decir, del encuentro de sentido fuera del ámbito de las determinaciones naturales e incluso físicas, Derrida sostiene que no existe ni puede existir un entendimiento que apele a autoridad alguna fundada en principios, esencias o fines —significados— que subsistan al margen de la relación entre el texto y su otro. En este sentido, probablemente la crítica de Gadamer habría sido asumida con más éxito por parte de su contradictor si, en vez de insistir en la posibilidad de esa comprensión, hubiera puesto en duda el postulado de esa separación derridiana entre *significante* y *significado*, sin perjuicio de la cuestión previa sobre si, dada la tradición intelectual del pensamiento de Gadamer, tal cosa podía ser formulada o no.

28. Hans-Georg Gadamer, "La hermenéutica tras la huella", en *Diálogo y deconstrucción*, p. 231.

NORMAS, CASTIGOS Y PREMIOS EN LA TEORÍA JURÍDICA DE BOBBIO

MAX SILVA ABBOTT *

SUMARIO: 1. La concepción tradicional de la sanción en la Teoría general del Derecho. 2. Función represiva y función promocional del Derecho. 3. Las sanciones positivas. 4. Conclusión.

1. La concepción tradicional de la sanción en la Teoría general del Derecho

Influido muy de cerca por la Teoría Pura del Derecho, Bobbio hace suya la distinción entre *validez*, *eficacia* y *valor* al referirse a las normas jurídicas. La validez es así, la existencia de una norma dentro del ordenamiento jurídico, la eficacia, su vigencia fáctica, y su valor, la calificación moral que se hace de su contenido, en virtud de su mayor justicia o injusticia. Congruentemente con las premisas del positivismo jurídico, este último aspecto se ve reducido a la mera subjetividad de cada uno o, como se la llama usualmente, a la 'ideología' (1). En conse-

* Profesor de Fundamentos Filosóficos y Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Doctor (C) en Derecho por la Universidad de Navarra.

1. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, traducción de Eduardo Rozo Acuña, pp. 33-51; *El positivismo jurídico*,

cuencia, un análisis auténticamente 'científico' del fenómeno jurídico, sólo debiera abocarse a la validez y/o a la eficacia de la norma, no a su contenido. Tanto Bobbio como Kelsen dan primacía, según se sabe, a la validez por sobre la eficacia, al menos al referirse a la norma aisladamente considerada. De este modo, y presuponiendo la validez de las normas jurídicas desde una perspectiva formal o estructural, ellas se cumplirían —serían eficaces— no tanto por su contenido, sino por la sanción implícita en caso de transgresión. Esto depende, a su vez, del *nexo de imputación* entre prestación y sanción. En otras palabras, para una Teoría general del Derecho 'objetiva', la norma es 'jurídica' independientemente de la actitud mental que tenga el sujeto en cuanto a su contenido, motivo por el cual debe cumplirla, en principio, obligatoriamente (2).

Ahora bien, si la sanción es el resultado de la violación de la norma según el nexo de imputación, ella es vista a menudo como una 'consecuencia desagradable' para el infractor (3):

... 'sanción' se refiere por lo común, especialmente en el lenguaje corriente, a las diversas formas de punición (o de reparación) [... A]unque en distinta forma, en el nexo medio-fin, [la nulidad y la pena] pueden ser consideradas como pertenecientes a la misma categoría de los expedientes con los que

Madrid, Debate, 1993, traducción de Rafael de Asis Roig y Andrea Greppi, pp. 145, 148-151; "Filosofía del Derecho y Teoría general del Derecho", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, a cargo Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres, 1980, (en adelante, *CTD*) pp. 71-75 y 80-84.

A menos que se exprese lo contrario, se entiende que todas las obras citadas pertenecen a Norberto Bobbio.

2. Cfr. "La Teoría pura del Derecho y sus críticos", en *CTD*, pp. 124-125; "La Teoría generale del Diritto di Jean Haesaert", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XXXII n° 2-3 (1955), p. 212; *Teoría general del Derecho* cit., pp. 33-40; "Positivismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, traducción de Ernesto Garzón Valdés, pp. 60-61.

3. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 64-66, 91 y 138-140; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 190-191; "Derecho y fuerza", en *CTD*, p. 346.

el ordenamiento jurídico trata de obtener el máximo respeto a las normas establecidas, creando una *situación desfavorable* al violador (4).

Esta definición puede resultar, sin embargo, algo problemática desde la perspectiva exclusivamente formal de la Teoría general. En efecto, desde este punto de vista, el sentido de lo 'desagradable' se ubica más bien dentro del ámbito de las *calificaciones*, o lo que es igual, supone un *criterio de valor*, lo que implica entrar en el campo 'ideológico' (5). En consecuencia, lo 'desagradable' más bien vendría a ser algo subjetivo, motivo por el cual

El concepto de sanción puede ser determinado solamente haciendo referencia *al contenido* o *al fin* de las normas, y tal vez a los destinatarios. [...] En cuanto a la *forma*, esto es, a la relación norma calificante - comportamiento calificado, el comportamiento 'sanción' no se distingue de cualquier otro comportamiento que esté contenido en una norma (6).

Lo anterior resulta evidente desde la óptica 'objetiva' de la Teoría general, porque la sanción es sólo *una prescripción más*, como cualquier otra, si bien dirigida al juez, el encargado de aplicarla. Para diferenciarla de esas 'otras' prescripciones —las que establecen la prestación—, se acude a un *aspecto material* de la norma sancionatoria, a su contenido. Como tal, este contenido no sólo está siendo *valorado* (lo que supondría según el positivismo, salirse del ámbito 'científico'), sino además, considerado un elemento absolutamente 'objetivo —y supuestamente formal— de la norma. Esto es, que su carácter 'desagradable' resulta tan evidente, que todos los ciudadanos considerarán esa prescripción 'mala' y desventajosa, por lo cual, debe eludirse. Se llega así a un curioso consenso sobre un aspecto más bien 'ideológico'.

4. "Derecho y fuerza", en *CTD*, nota 13, p. 347. Cursivas nuestras.

5. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 138-140; "Situazioni e orientamenti", en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965, pp. 34-35 y nota 35 (p. 35).

6. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 139. Cursivas nuestras. Para esta idea, *ibid.*, pp. 138-139.

De esta manera, si el motivo principal que lleva a los sujetos a cumplir lo prescrito por la norma jurídica es evitar la sanción, la sanción se convierte en un 'concepto irrenunciable' (7). Por eso esta teoría del Derecho acaba girando en torno a la coacción (8). Por igual motivo, resulta evidente que las nociones de sanción y eficacia se encuentran íntimamente ligadas, al punto que cuanto más desarrollada o institucionalizada se encuentre la primera, más eficaz será el conglomerado de normas que conforman el ordenamiento, que de esta manera adquiere una 'eficacia reforzada' (9).

El fin de la sanción es la eficacia de la norma o, en otras palabras, la sanción es un medio para obtener que las normas sean menos violadas o que las consecuencias de la violación sean menos graves (10).

Más aún: "un ordenamiento jurídico es tanto más 'jurídico' cuanto más perfeccionadas estén las técnicas sancionatorias" (11), esto es, mientras más organizado se encuentre el poder punitivo del Estado (12). De ahí que lógicamente se concluya que "la eficacia es el fundamento mismo de la validez" (13), porque el mantenimiento de la validez de las

7. Cfr. "Teoria generale del Diritto e teoria del rapporto giuridico", en *Studi sulla Teoria generale del Diritto*, Turín, Giapichelli, 1955, pp. 70-72; "Formalismo jurídico y formalismo ético", en *CTD*, pp. 107-108; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 49-50.

8. *El positivismo jurídico*, cit., p. 157. Para esta idea, *ibid.*, 160-168.

9. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 130, 185; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 774; "Consuetudine (teoria generale)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milán, Giuffrè, 1962, p. 436; "Derecho y fuerza", en *CTD*, pp. 341-342.

10. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 21 y 121-132.

11. *Ibid.*, pp. 132 y 157-161.

12. Cfr. *ibid.*, pp. 160-161; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, cit., p. 774.

13. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 161. Una idea similar en *ibid.*, pp. 185 y 229.

normas que constituyen el ordenamiento jurídico depende, en definitiva, de la eficacia de al menos su mayor parte. Por este motivo habla Bobbio del 'principio de efectividad', que en términos simples, consiste en el hecho de que la mayor parte de un ordenamiento jurídico se encuentre vigente en la vida social (14). Se trata por ello, de una *validez empírica* (o eficacia) que fundamenta una *validez normativa* (la validez propiamente dicha) (15).

Ahora, como salta a la vista, las nociones de sanción y de eficacia se relacionan al problema del poder, porque se hace alusión al uso de la fuerza física por parte del Estado. Por poder entiende Bobbio "la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aún con el recurso de la fuerza (el llamado poder coactivo)" (16). Como dice el pensador italiano:

La aplicación de la sanción presupone un aparato coactivo, y el aparato coactivo presupone el poder, esto es, presupone una carga de fuerza imperativa, o si se quiere, de autoridad entre quien dicta la norma y quien debe obedecerla. Es, por tanto, del todo natural que ocurra que pasando de las normas inferiores a las superiores, nos aproximemos a las fuentes del poder y disminuya la distancia que separa a quien dicta la norma de quien debe seguirla, que el aparato coactivo pierda vigor y eficacia, hasta que llegando a las fuentes del poder mismo, esto es, al poder supremo (que aquí se denomina 'constituyente'), no sea

14. Cfr. "Iusnaturalismo y positivismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 74. La misma idea en *ibid.*, pp. 74-76; "Hobbes y el iusnaturalismo", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Madrid, Debate, 1985, traducción de Juan Carlos Bayón, p. 166 y ss; "Consuetudine (teoria generale)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, cit., p. 442; "Fatto normativo", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 994-995; "Considerazioni in margine", en *Rivista di Filosofia*, vol. LVII n° 2 (1966), pp. 243-246; "Normas primarias y normas secundarias", en *CTD*, pp. 323-327.

15. Cfr. recensión de "MENECELLI, RUGGERO, *Il problema dell'effettività nella teoria delle validità giuridica*, Padova, Cedam, 1964, pp. 207", en *Rivista di Diritto Civile*, vol. XII n° 6 (1966), p. 593.

16. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 21.

posible añadir una fuerza coercitiva, porque la contradicción no lo permite, esto es, porque si esta fuerza existiera, este poder ya no sería supremo⁽¹⁷⁾.

Siguiendo con esta línea de argumentación, poder y norma se encuentran tan íntimamente relacionados, que vienen a ser para el pensador turinés como 'dos caras de la misma medalla'⁽¹⁸⁾. El ordenamiento jurídico —dependiendo del ángulo desde el que se lo mire—, es un conjunto de normas o de poderes: las normas de producción (las normas secundarias) atribuyen poderes, que a su vez facultan a sus destinatarios para crear nuevas normas, que a su vez atribuyen poderes a otros destinatarios inferiores, y así sucesivamente. Esto forma un sistema dinámico de delegaciones de poderes. El ordenamiento, mirado desde arriba hacia abajo, es una jerarquía de poderes; de abajo hacia arriba, una jerarquía de normas. Por tanto, en su cúspide, existirá un poder o una norma (la norma fundamental), dependiendo del ángulo desde el que se lo mire, sobre el o la cual no existirá ningún otro poder o norma⁽¹⁹⁾. Llegado el momento de dilucidar si está antes el poder (que por ser supremo, es llamado 'soberano') o la norma fundamental,

17. *Ibid* p. 131.

18. Cfr. "Del poder al Derecho y viceversa", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 2ª ed., 1990, a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, pp. 356 y 361-362; "Kelsen e il problema del potere", y "Kelsen e il potere giuridico", ambos en *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 114-115, 123-126; y 136-139, respectivamente; "Premisa", a *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985, traducción de Juan Moreno, p. 14; "Derecho", en *Diccionario de Política*, a cargo de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, México-España-Argentina-Colombia, Siglo XXI editores, 7ª ed. (1ª ed. 1981-1982), traducido por José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, pp. 453-454; y (en colaboración con MICHELANGELO BOVERO), *Origen y fundamento del poder político*, prólogo y traducción de José Fernández Santillán, México-Barcelona-Buenos Aires, Colección Enlace Grijalbo, 1985, pp. 21 y ss.

19. Cfr. "Sobre el principio de legitimidad", en *CTD*, pp. 310-313; "Risposta di Norberto Bobbio", en *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, en *Il Politico*, vol. XXXI (1966), p. 364.

Bobbio no vacila: lo que está en la base de la existencia del ordenamiento jurídico es el poder soberano o supremo, al punto que la norma fundamental viene sólo a ser un tecnicismo⁽²⁰⁾.

Tal vez por ello señala Bobbio de manera algo curiosa que

"...un ordenamiento jurídico *es legítimo en su conjunto* cuando es efectivo, es decir, cuando la mayor parte de sus reglas son observadas las más de las veces por la mayor parte de sus destinatarios"⁽²¹⁾.

La obediencia, una vez obtenida, sería la mejor prueba de legitimidad, aunque esta prueba no sería, por cierto, absoluta⁽²²⁾.

2. Función represiva y función promocional del Derecho

Ya a mediados de los años 60 constataba Bobbio la insuficiencia del enfoque estructural de la Teoría general, que mira al Derecho sólo desde una óptica protectora y represiva⁽²³⁾. De ahí la significación eminentemente negativa dada al término 'sanción'⁽²⁴⁾.

Sin embargo, el actual avance de las sociedades industrializadas ha mostrado lo simple de esta visión. Desde una concepción protectora

20. Cfr. "Kelsen e il problema del potere", en *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 114-115; "Del poder al Derecho y viceversa", en *CTD*, 2ª ed., pp. 356 y 361-362.

21. "Fatto normativo", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, cit., pp. 994; para la idea, *ibid*, pp. 993-994; "Sobre el principio de legitimidad", en *CTD*, pp. 310-311. *Cursivas nuestras*.

22. Cfr. "Sobre el principio de legitimidad", en *CTD*, p. 314.

23. Cfr. "Premessa", a *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milán, Comunità, 1977, (en adelante *DSF*), p. 7.

24. Cfr. "La función promocional del Derecho", en *CTD*, pp. 371-373; "Verso una teoria funzionalistica del Diritto", en *DSF*, pp. 77 y 83-84; "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, pp. 266-267; "Premessa", a *DSF*, p. 8.

y represiva (que se remonta a Austin, Jhering y Kelsen), se ha pasado a la del Estado asistencial, que cumple una serie de funciones. El motivo radica en la cada vez más creciente importancia de la economía y su permanente relación con la política, lo cual ha originado —o en algunos casos, forzado— una acción directa del Estado, que pasa a *promocionar conductas* y a intentar encauzar en cierta medida, aquellos campos reservados en principio a los particulares, según los moldes del viejo liberalismo ⁽²⁵⁾.

Las maneras de incitar al cumplimiento de las normas no se limitan por ello sólo a castigos. Muy por el contrario, en no pocas oportunidades es precisamente por el mecanismo opuesto, esto es, por *premios o incentivos*, que el destinatario de las normas jurídicas es invitado a observarlas. Según Bobbio, esta faceta no sólo no ha sido considerada por Kelsen ⁽²⁶⁾, sino además, demuestra que la tradicional Teoría general y la concepción negativa de la sanción, en apariencia indiferentes en cuanto a las finalidades del Derecho, esconden una en realidad: la mantención del control social, el orden y la paz ⁽²⁷⁾.

Esta apertura de horizonte —continúa Bobbio— se relaciona a un nuevo posicionamiento del fenómeno jurídico. En un franco acer

25. Cfr. "La función promocional del Derecho", en *CTD*, pp. 368-370; "Verso una teoría funzionalistica del Diritto", en *DSF*, pp. 77 y 83-85; "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, pp. 273-278; "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *CTD*, pp. 260-261; "Premessa", a *DSF*, p. 7; "Premessa", a *Studi per una Teoria generale del Diritto*, Turín, Giappichelli, 1970, p. 9; "La funzione promozionale del diritto rivistata", en AA. VV., *Incentivi C.E.E. per le riforme delle strutture economiche*, a cargo de Laura Forlati, Padua, Cedam, 1985, pp. 1-4, 5-7 y 14-15; *Estado, gobierno, sociedad. Para una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, traducción de José F. Fernández Santillán, pp. 72-74; "An autobiographical aperçu of Legal Philosophy", en *Ratio Juris*, Vol. IX (1996), p. 123.

26. Cfr. "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, cit., p. 774. "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *CTD*, pp. 260-261.

27. Cfr. "Verso una teoría funzionalistica del Diritto", en *DSF*, pp. 66-75; "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, pp. 266-267; "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *CTD*, pp. 257-260.

camiento a las teorías sociológicas, el Derecho comienza también a ser considerado por la Teoría general como un *subsistema* dentro del sistema social. De esta manera, en vez de estudiarlo sólo de una manera 'aislada' y como un todo, se lo analiza también en su contexto, para lo cual se hace necesario tomar en cuenta sus *funciones* ⁽²⁸⁾:

El Derecho no es un sistema cerrado e independiente, aunque nada obsta a considerarlo como tal cuando se lo estudia desde el punto de vista de su estructura formal. El Derecho es, respecto al sistema social considerado en su conjunto, en todas sus articulaciones e interrelaciones, un subsistema, que en parte se alía y en parte se opone a los otros subsistemas, como el económico, el cultural, el político. Ahora, lo que lo distingue como subsistema de los otros subsistemas, y junto a los cuales constituye el sistema social en su conjunto, es la función ⁽²⁹⁾.

En consecuencia, el Derecho regula, controla y distribuye recursos, tanto económicos como no económicos. Es decir, va mucho más allá de su tradicional papel de gendarme ⁽³⁰⁾. O como dice Bobbio:

No hay ninguna duda de que la función del Derecho no es solamente la de mantener el orden constituido, sino también la de cambiarlo, adaptándolo a los cambios sociales: tanto es así que todo ordenamiento jurídico prevé algunos procedimientos destinados a regular la producción de normas nuevas para sustituir a las viejas ⁽³¹⁾.

A lo anterior se ha sumado la constatación de la existencia, también en el ámbito jurídico, como se ha dicho, de otras técnicas de con-

28. Cfr. "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, pp. 264-265.

29. "Premessa", a *DSF*, p. 8. Nótese cómo Bobbio sigue postulando al estudio estructural de manera independiente al funcional, aun cuando pueda ser asimilado a un trabajo de laboratorio.

30. Cfr. "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, pp. 273-274.

31. *Ibid*, p. 272.

control social además de las meramente sancionatorias en el sentido tradicional del término, esto es, que amenazan al violador de una norma jurídica con una consecuencia desagradable⁽³²⁾. Son las llamadas 'sanciones positivas', que consisten en diferentes técnicas de motivación, o lo que es lo mismo, que tienden a 'promover' conductas y no sólo a 'garantizar' la no vulneración de ciertos bienes jurídicos protegidos. Se asocia así una consecuencia *desagradable* a las sanciones 'negativas' y una *agradable* a las 'positivas'. Esto no significa, en opinión de Bobbio, que la teoría tradicional no estuviese en lo correcto (la existencia de sanciones 'negativas'), sino más bien, que su visión del problema era incompleta. El Derecho sigue siendo un medio de control social, por lo que las sanciones negativas no han perdido, ni con mucho, su vigencia. La diferencia está en que para dirigir la conducta de los ciudadanos, el Estado ahora no sólo intenta imponer una obligación o una prohibición aparejando una consecuencia desagradable a su incumplimiento, sino que intenta que se lleve a cabo una conducta deseada, facilitando o motivando su cumplimiento, o en el caso de la prohibición, alentando el comportamiento contrario con una recompensa⁽³³⁾.

De este modo, el concepto de 'función promocional' se encuentra íntimamente relacionado con el de 'sanción positiva':

Entiendo por 'función promocional' la acción que el Derecho desarrolla a través del instrumento de las 'sanciones positivas', es decir, a través de mecanismos genéricamente comprendidos con el nombre de 'incentivos', los cuales miran, antes que a impedir actos socialmente indeseables, lo que constituye el fin principal de las penas, multas, enmendaciones, reparaciones, restituciones, resarcimientos, etc., a 'promover' el cumplimiento de actos sociales deseados⁽³⁴⁾.

32. Cfr. "La función promocional del Derecho", en *CTD*, pp. 367-368.

33. Cfr. *ibid*, pp. 375-378; "Dell'uso delle grandi dicotomie nella Teoria del Diritto", en *DSF*, pp. 142-144; "Verso una teoria funzionalistica del Diritto", en *DSF*, pp. 80-81; "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, p. 277 y 273-278; "La funzione promozionale del diritto rivistata", cit., pp. 9-12.

34. "Premessa", a *DSF*, pp. 7-8.

De esta manera, la estructura normativa del fenómeno jurídico permanecería sin grandes variaciones. Las diferencias entre un ordenamiento represivo y otro promocional sólo se reducirían a que en el primero, el sujeto pasivo debe *abstenerse* (esto es, no cumplir la condición que da lugar a la sanción negativa), y en el segundo, debe —o mejor, *puede*— actuar (o sea, aceptar el incentivo que se le ofrece). En el evento de que efectivamente actúe, en el primer caso el Estado tiene el derecho subjetivo de castigar y en el segundo, es el sujeto quien tiene el derecho subjetivo de 'cobrar' el premio. En consecuencia, aun cuando la sanción positiva y la sanción negativa tienen sujetos activos diferentes, ambas pueden ser conceptualizadas así como *normas técnicas*, en el sentido de que si se desea llegar a la sanción (positiva o negativa), se debe actuar de tal o cual manera, en una relación de medio-fin. Es decir, el fenómeno puede seguir viéndose desde una perspectiva normativa formal, que si bien enriquecida, no cambia sustancialmente. Lo que sí puede variar son las eventuales funciones del Derecho, que dependen de las ideologías imperantes en cada momento⁽³⁵⁾.

Pero el análisis funcional ha traído también dificultades. De hecho el concepto mismo de 'función' es problemático, al punto que se trata de "un término completamente por hacer"⁽³⁶⁾. Bobbio intenta esbozar una definición que tiene como símil las ciencias biológicas. Función es:

la prestación continuada que un determinado órgano da para la conservación y desarrollo según un ritmo de mantenimiento, crecimiento y muerte, de todo el organismo, es decir, del organismo considerado como un todo⁽³⁷⁾.

Además, si se concibe al Derecho como un subsistema dentro del sistema social, hay que determinar también si la función del Derecho es positiva, negativa o disfuncional (se entiende que en relación

35. Cfr. "La función promocional del Derecho", en *CTD*, pp. 379-380.

36. "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, p. 279.

37. *Ibidem*.

con los demás subsistemas de la sociedad y al sistema en su conjunto). Para ello se hace absolutamente necesario estudiar los cambios sociales, para lo cual se exige el empleo de técnicas empíricas nuevas, diferentes de las tradicionalmente usadas por la Teoría general ⁽³⁸⁾.

Pero aun en el caso de que se tuviera claro el concepto de 'función' y se lograra relacionar la función jurídica con la función del sistema social en su conjunto, en opinión de Bobbio se presentan, no obstante, tres problemas fundamentales.

a) En primer lugar: función ¿respecto de qué? Esta interrogante puede responderse si se considera que uno de los paradigmas de esta teoría considera la sociedad como un organismo, como un equilibrio o incluso como un sistema, y a los individuos, como partes dentro del mismo, que interaccionan entre sí y con relación al todo. El Derecho puede ser analizado desde ambos ángulos, esto es, de la sociedad en su conjunto o desde el punto de vista de sus partes componentes, por lo que su función variaría en uno y otro caso. Si bien la teoría tradicional se ha colocado del lado de la sociedad en su conjunto —desde la óptica del poder—, al considerar al Derecho como una técnica de control social, desde el punto de vista de los súbditos, su función tiende a ser vista, por el contrario, como un instrumento de protección ante ese mismo poder ⁽³⁹⁾.

b) En segundo lugar, se plantea la pregunta: función, pero ¿a qué nivel? Si bien se enumeran varias posibles funciones del Derecho, no se establece una jerarquía entre ellas; además, una vez conseguido un fin propuesto a través de los medios adecuados, este fin pasa a convertirse a su vez en medio de otro fin superior, en una especie de relación de círculos concéntricos. Además, la teoría funcionalista —continúa Bobbio— debe realizar un estudio de los fines que realmente se están cumpliendo, no de los que en teoría debieran cumplirse ⁽⁴⁰⁾.

38. Cfr. *ibid* pp. 278 -279.

39. Cfr. *ibid*, pp. 279-281.

40. Cfr. *ibid*, pp. 281-282.

c) Por último, con relación a la función, ¿de qué Derecho se habla? El término 'Derecho' es también usado de manera ambigua. No se sabe si se refiere al mismo en su función represiva o promocional, a su aspecto conservador o innovador, ni se hace referencia a sus límites como instrumento de influencia en el sistema social. Por eso hay que distinguir bien entre medios y resultados. El problema cambia además, dependiendo de si se adopta la óptica del Derecho público o la del privado, o la de las normas de conducta o de organización (esto es, distinguiendo entre normas primarias y secundarias) ⁽⁴¹⁾.

En todo caso, se trata de un problema nuevo, fruto de la mayor actividad del Estado. Por eso, aún debe encontrarse la especificidad de la función jurídica, no sólo la especificidad de la estructura, como ha ocurrido en la teoría tradicional. Hasta mediados de los 70, según Bobbio, los resultados han sido decepcionantes, porque no se ha llegado a determinar una función propia del Derecho: o se llega a algunas demasiado simples u otras demasiado específicas. Lo que sí cree es que la misma estructura jurídica puede tener varias funciones y viceversa, o sea, que una misma función se puede conseguir con estructuras diferentes. Aun así, las modificaciones en una influyen en la otra. Lo importante para estos efectos, es que se trata de ópticas diferentes pero paralelas, que no deben eclipsarse mutuamente. Su compatibilidad es posible, según lo demuestran autores como Santi Romano y Tulio Ascarelli, dentro del ámbito italiano ⁽⁴²⁾.

Es esto lo que lo lleva a afirmar que la teoría kelseniana sigue prestando, no obstante, un servicio útil a la Teoría general:

Cerrado, pero no agotado el período kelseniano, ahora está por comenzar para la Teoría general del Derecho un período nuevo, en que veo emerger dos grandes tareas: la elaboración de nuevos esquemas conceptuales para la comprensión de las profundas transformaciones de una sociedad en constante cambio, y su complementación con las teorías desarrolladas aproximadamente

41. Cfr. *ibid*, pp. 282-285.

42. Cfr. *ibid*, pp. 285-287; "Premessa", a *DSF* pp. 8-9.

en los mismos años y en análoga dirección en campos vecinos, si bien de modo independiente, como la lingüística, la sociología y la ciencia política (43).

Como resultado lógico, el concepto de 'sanción' también sufre cambios considerables con este nuevo enfoque, tema que se analiza a continuación.

3. Las sanciones positivas

La función promocional del Derecho es consecuencia, como se ha dicho ya, de las exigencias del Estado asistencial contemporáneo. Su fin es promover o motivar actos considerados socialmente útiles, además de reprimir otros de carácter negativo, como se ha sostenido tradicionalmente (44).

Lo que Bobbio llama 'sanción positiva' (aunque el nombre no pareciera el más adecuado, por la inevitable vinculación de 'sanción' a 'castigo'), consiste en la atribución de una ventaja o en la privación de una desventaja para quien realice —obedeciendo una norma jurídica— un acto considerado socialmente provechoso. De manera muy simple, puede decirse que también aquí (igual que en la 'sanción negativa') se da el principio de la *retribución*: la sanción positiva devuelve bien por bien; la negativa, mal por mal (45).

43. "Premessa", a *Studi per una Teoria generale del Diritto*, cit., p. 9. La misma idea también en "Verso una teoria funzionalistica del Diritto", en *DSF*, pp. 83-84; "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *CTD*, pp. 260-261.

44. Cfr. "Las sanciones positivas", en *CTD*, pp. 383-384; "Sanzione", en *Contribui ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 316.

45. Cfr. "Las sanciones positivas", en *CTD*, pp. 384-385; "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, pp. 276-278; "Verso una teoria funzionalistica del Diritto", en *DSF*, p. 72; "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *CTD*, pp. 260-261; "La funzione promozionale del diritto rivistata", cit., pp. 3-4.

Dentro de los antecedentes históricos de las sanciones positivas que recoge Bobbio, destacan las obras de Carrió y Hayek, que en 1966, acusaban a la teoría tradi-

La noción de sanción positiva se recaba *a contrario* de la mucho más elaborada de sanción negativa. Mientras el castigo es una reacción a una acción mala, el premio es una reacción a una acción buena. En el primer caso la reacción consiste en devolver mal por mal; en el segundo, bien por bien (46).

La forma de distinguir una sanción positiva jurídica de otra también positiva pero no jurídica sería su regulación por parte del ordenamiento. Esto es, debe encontrarse tipificado por una norma secundaria, que la hace proporcional, imparcial, cierta y constante, todo lo cual se conoce como 'institucionalización' de la sanción (47). Mas, desde una perspectiva meramente formal, no se diferenciaría de las sanciones negativas, entendidas como coacción institucionalizada; a fin de cuentas, todas emanan de una norma jurídica. Sin embargo, la presencia de las sanciones positivas permite a su vez, afinar y corregir la teoría tradicional de las sanciones negativas. Según ésta, por ejemplo, la sanción negativa se caracteriza por el uso de la fuerza; pero en realidad —opina Bobbio— el Estado no ejerce directamente la fuerza sobre el recalci-trante, sino que en general, surge una nueva obligación —emanada de una norma secundaria— para el infractor de la primitiva violación, obligación que lleva implícita la amenaza del uso de la fuerza en caso de

cional de ser insuficiente para explicar la realidad jurídica. Incluso Del Vecchio llega a hablar de un 'Derecho premial' en 1959, y en un sentido parecido, Perassi en 1922 (Cfr. "La funzione promozionale del diritto rivistata", cit., pp. 4-5 y 7-9).

Según Bobbio, Kelsen también concibió la existencia de sanciones positivas, pero fuera del ámbito jurídico (al no poder en su opinión, ser exigibles jurídicamente). Esto se explica pues el Derecho era considerado por él como la regulación del uso de la fuerza, motivo por el cual, de ser un elemento coadyuvante del fenómeno jurídico, pasa a constituirse en su objeto. (Cfr. "Verso una teoria funzionalistica del Diritto", en *DSF*, pp. 71-76).

46. "Las sanciones positivas", en *CTD*, p. 384.

47. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 124-126, 130 y 187-189; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, cit., p. 774.

Llama la atención, sin embargo, cómo se exigen aquí una serie de características que no son en realidad compatibles con el nexo de imputación totalmente arbitrario, en teoría, entre prestación y sanción.

haber un nuevo incumplimiento. Esto permite así, colocar en sus justos términos el papel de la fuerza al momento de hablar de sanción: lo que debe realizar quien viola una norma será así por lo general, un *comportamiento determinado*. Por eso decía Bobbio que la sanción (positiva o negativa) es simplemente 'una prescripción más'. Ahora bien, nada obsta —continúa Bobbio— a que este nuevo comportamiento derivado, garantizado eso sí por la coacción, pueda estar a su vez, garantizada por una 'sanción positiva'⁽⁴⁸⁾.

De todas maneras, Bobbio reconoce que el término 'sanción' es vago e impreciso. Así por ejemplo, existe debate —en el ámbito italiano— en torno a si la nulidad es o no una sanción. Lo que sí está claro es que constituye una respuesta del grupo social ante un comportamiento relevante, bueno o malo. Pero además, fuera del ámbito de la sanción, según Bobbio existen las 'facilitaciones', que como tales, promueven la acción deseada *antes* de que se cumpla el objetivo querido, haciendo más fácil su ejecución. Y lo mismo puede decirse en sentido contrario, con lo que Bobbio llama 'obstaculizaciones'⁽⁴⁹⁾.

Por este motivo, considera que tanto las sanciones positivas y negativas, como las *facilitaciones* y *obstaculizaciones*, pertenecen a las llamadas *medidas indirectas* del poder estatal. Esto significa que también existen *medidas directas*, en las cuales el órgano del Estado actúa sobre el comportamiento mismo de los sujetos, como por ejemplo, el *control* o la *vigilancia*. Sin embargo, estas medidas 'directas' tienen un carácter prioritariamente negativo, al hacer imposible (o menos probable) el comportamiento prohibido; o necesario (o muy probable) el comportamiento ordenado. También señala Bobbio que a veces puede ser difícil distinguir entre sí estas medidas directas. Lo que sí está claro es que la sanción, sea positiva o negativa, es siempre una *respuesta posterior* al acto mismo, a diferencia de las medidas directas⁽⁵⁰⁾.

48. Cfr. "Las sanciones positivas", en *CTD*, pp. 386-387.

49. Cfr. *ibid*, pp. 387-388.

50. Cfr. *ibid*, pp. 388-390.

En otro lugar diré que sólo los *premios*, y no las *facilitaciones*, son sanciones

Como puede apreciarse, el análisis que realiza Bobbio sobre este tema —aun cuando adolezca de errores, cosa que él mismo reconocerá posteriormente—, logra gracias al aporte de la perspectiva funcionalista, que el análisis de la sanción pueda salir de los estrechos moldes en que la había aprisionado la teoría tradicional, propias del Estado gendarme y del Derecho penal⁽⁵¹⁾.

Con todo, reitera Bobbio que la constatación de la existencia de las sanciones positivas no pone en crisis a la teoría kelseniana de las sanciones negativas, como se ha mencionado ya, porque siguen siendo las más importantes y características del fenómeno jurídico. Además, con respecto a lo que Bobbio llama 'sanciones últimas' (esto es, las que se encuentran en los niveles más altos del ordenamiento jurídico y por tanto, más cerca de las fuentes del poder), éstas sólo pueden ser negativas. Incluso en su opinión, cabría teóricamente un ordenamiento compuesto sólo de sanciones negativas, pero no lo contrario. Por último, estas sanciones son imprescindibles para el ejercicio mismo de las sanciones positivas (que dan un derecho subjetivo al titular lo que le permite reclamarla), porque descansan en una organización estatal, garantizada en última instancia, por las sanciones negativas, que pasan así a ser con relación a las anteriores, una especie de 'norma terciaria'⁽⁵²⁾.

positivas, puesto que las segundas no requieren de una norma primaria para ser llevadas a cabo, a diferencia de aquéllas (igual que en el caso de una sanción negativa). Toda sanción es una *respuesta posterior* a una conducta ya realizada (cfr. "Verso una teoría funzionalistica del Diritto", en *DSE* pp. 80-81).

Por su parte, 'premio' o 'incentivo' es entendido por Bobbio como "la promesa de una cosa que se considera generalmente agradable y por consiguiente alentadora, y por pena o desincentivo, la amenaza de una cosa desagradable y por consiguiente rechazable". ("La funzione promozionale del diritto rivistata", cit., p. 17).

51. Cfr. "El análisis funcional del Derecho. Tendencias y problemas", en *CTD*, pp. 275-276; "Sanzione", en *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 310-311 y 315-317.

52. Cfr. "Verso una teoria funzionalistica del Diritto", en *DSE*, pp. 82-85.

4. Conclusión

Sin duda el mayor aporte de esta etapa funcionalista a la Teoría general tradicional de Bobbio radica en las nuevas y obligadas relaciones con las corrientes sociológicas, fruto de la constatación de la insuficiencia el enfoque estructural tradicional. De esta manera, deben tenerse en cuenta los cambios sociales para explicar el fenómeno jurídico. A este respecto es famoso un pasaje de la "Premessa" a *Dalla struttura alla funzione*:

El paso de la teoría estructural a la teoría funcional es también el paso de una teoría formal (¡o pura!) a una teoría sociológica (¿impura?). Digo esto porque en la mayor parte de los artículos recogidos se siente que la Sociología del Derecho llama a las puertas (53).

Pero resulta indudable que la impronta kelseniana en el profesor de Turín era demasiado fuerte para ser dejada de lado. Sus raíces habían calado hondo en el pensador italiano. De ahí que en este punto de inflexión de la Teoría general bobbiana —el funcionalista—, que se sitúa alrededor de 1966, siga primando, en el fondo, el enfoque estructural. De hecho, para Bobbio la función termina siendo absorbida por la estructura, que de esta manera se ve enriquecida. La constatación de las funciones del Derecho sería así, un paso más, dentro de la profundización del positivismo jurídico, desde la óptica omnicompreensiva de la Teoría general (54).

Esto resulta evidente, porque el Derecho sigue siendo considerado por Bobbio un instrumento, una técnica de control social. Por eso en su opinión, la teoría funcional viene sólo a complementar, no a anular la teoría estructural. Lo anterior se manifiesta entre otras cosas, porque la norma jurídica continúa siendo un juicio hipotético —siguiendo a Kelsen—, con la salvedad de que a la condición puede ir unida

53. "Premessa", a *DSF*, p. 9.

54. Cfr. GUASTINI RICCARDO, "Norberto Bobbio, teorico del diritto (III) 1966-1980", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. X, Bolonia, Il Mulino, 1980, pp. 500-503.

—siempre por el nexo de imputación— tanto una sanción negativa (como tradicionalmente se ha hecho) como una positiva. Dicho de otra manera: las variaciones de contenido no afectan la estructura de la norma jurídica, pues ésta sigue siendo la misma. Lo único que ha variado es que para obtener sus fines, en vez de usar sólo castigos, recurre también a premios. Pero sigue siendo en el fondo, un problema de poder.

La permanencia del enfoque estructural se prueba además, por algunos escritos jurídicos de los años 70, en que se nota claramente la impronta kelseniana (55).

Lo anterior será incluso reconocido por el propio Bobbio años más tarde. Si bien la mayoría de los escritos 'funcionalistas' se ubican entre los años 1969 y 1977, fecha en que se publica *Dalla struttura alla funzione*, posteriormente Bobbio también tratará este tema, aunque tangencialmente, en 1984. En esta ocasión realizó una visión retrospectiva e incluso una autocrítica de sus consideraciones anteriores.

En primer lugar, admitió haber incurrido en una circularidad, en razón de definir la 'función promocional' en relación con las 'sanciones positivas' y las 'sanciones negativas' como aquellas que tienen una 'función promocional'. En segundo lugar, que la función del Derecho es un término ambiguo, y que puede alcanzarse tanto por sanciones positivas como negativas. En tercer lugar, que la distinción que hiciera en su oportunidad entre *premios e incentivos* ha sido hecha en realidad, desde un punto de vista estructural, pero que resulta 'inútil' desde el punto de vista funcional. En cuarto lugar, que la función del Estado debe medirse más por lo que éste hace efectivamente que por lo que dice, pues podrían no coincidir ambos. Por último, concluye que su incursión funcionalista ha sido en realidad eminentemente estructural, lo cual se demuestra precisamente por el énfasis dado a las sanciones positivas y negativas, esto es, por las *técnicas de disuasión* empleadas por el Derecho, no por su auténtica función (56).

55. Cfr. "Norme secondarie", en *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 233-243; "Derecho", en *Diccionario de política*, cit., pp. 453-459; "Estructura y función de la Teoría del Derecho en Kelsen", en *CTD*, pp. 241-261.

56. Cfr. "La funzione promozionale del diritto rivistata", cit., pp. 16-24. Debe hacerse presente que de todas maneras —siguiendo a Bobbio— el medio

Para terminar, también reconoció (luego de una mesa redonda en que se discutió el artículo en cuestión) que la función del Estado asistencial no se limita sólo a dar premios o castigos, sino que también se manifiesta en el reparto de la riqueza. Además, que los incentivos pueden ser obtenidos con sanciones negativas, por lo cual, mandatos y prohibiciones no se relacionan necesariamente con premios y castigos respectivamente. Finalmente, que el análisis funcional del Derecho deja abiertas varias incógnitas, como por ejemplo, saber si es posible y, en caso de serlo, qué ocurre, si el beneficiario de una sanción positiva no la aprovecha, o si requiere a su vez de un posterior control jurisdiccional para sacar partido de ella (57).

En todo caso, y de acuerdo al objetivo de estas Jornadas ("El Derecho en la perspectiva de los cambios culturales"), se percibe claramente que las distintas funciones del Estado han hecho variar sustancialmente la concepción tradicional del Derecho manejada por el positivismo jurídico normativista. El fenómeno jurídico no puede limitarse solamente a la validez, a la eficacia o a la sanción negativa, porque los fines del Derecho son una parte esencial del mismo.

y el fin se reclaman mutuamente, por lo que si se analiza el medio (esto es, la estructura de las sanciones, sean positivas o negativas), es porque tiene el fin en mente (la función). Esto choca, como puede apreciarse, con la relación de imputación entre norma y sanción propugnada por Kelsen.

57. "Intervento", en AA. VV., *Incentivi C.E.E. per la riforma delle strutture economiche*, cit., pp. 32-34.

EL DEBER DE CUIDADO, EXPRESION DE RESPONSABILIDAD POR EL OTRO, UN POSIBLE CONTENIDO ETICO PARA LA NORMA HIPOTETICA FUNDAMENTAL

JORGE CRISTIAN ULLOA PLAZA *

¿Si no respondo de mí, quien responderá por mí?
Pero si sólo respondo por mí, ¿aún soy yo?
(Talmud de Babilonia: Tratado de Aboth 6^a).

Esta cita del talmud, heteronomía que se anuncia al nivel ético, manera de adentrarse en el pensamiento de la exterioridad, de la alteridad radical, a propósito de la obra del filósofo lituano Emmanuel Levinas, en contraposición a la autonomía moral, objeto esta última de una férrea y profunda crítica de las escuelas antihumanistas, en el nivel epistemológico, político y ético, llevando este diagnóstico a señalar nuestra época como la crisis del humanismo; crítica que es necesario ensayar a un nivel de lo que, actualmente, se entiende por ciencia jurídica o ciencia del derecho, y la pretensión de inclusión de esta última dentro del

* Abogado, actualmente cursando Magister en Filosofía mención Axiología y Filosofía Política, en la Universidad de Chile; profesor de Introducción al Derecho y Derecho Civil en la Universidad de Atacama.