

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2003

### ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO



ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 21 / 2003

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2003

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 21  
2 0 0 3

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

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 este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2003

## ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2003 - 2005)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,  
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,  
Joaquín García-Huidobro Correa, 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 3325, Correo 3,  
Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

PALABRAS PRELIMINARES

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* presenta el número 21 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2003. Esta obra se edita desde 1983, esto es, dos años después de que la mencionada sociedad fuera fundada en Valparaíso como sección nacional de la *Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*.

El presente volumen se inicia con la sección *Estudios*, donde el lector encontrará 13 trabajos de teoría y filosofía del derecho de distintos autores nacionales y extranjeros.

Sigue a continuación la sección *In Memoriam*, con textos de Miguel Reale, Gregorio Peces-Barba, Gianni Vattimo, Celso Lafer y Agustín Squella, que fueron escritos en enero de 2003, con motivo de la muerte de Norberto Bobbio. En cuanto a la sección *Testimonio*, contiene el texto de las últimas voluntades de Norberto Bobbio, escritas por éste en 1999, al momento de cumplir 90 años, y que fueron dadas a conocer después de su muerte.

En cuanto a la sección *Debate*, contiene un texto de Fernando de Laire, titulado "Ser progresista en Chile al despuntar el siglo XXI. 25 tesis para un urgente debate".

Por último, la sección *Recensiones* contiene 9 comentarios bibliográficos sobre igual número de libros de interés de Ray Monk, Francis Fukuyama, Robert Dahl, Otfried Höffe, Tadeusz Guz, Ricardo Guastini, Norbert Hoerster, Joaquín García-Huidobro y Cristóbal Orrego.

Tanto éste como los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

piado el producir dicha norma. Junto a la teoría del Derecho, el Derecho Comparado amplía en consecuencia doblemente la responsabilidad moral de los legisladores: es moralmente irresponsable no estudiar las estructuras jurídicas posibles y es irresponsable el no tomar en cuenta los resultados de estos análisis. El comparatista, *en cuanto* comparatista, posee aquí una competencia tecnológica en el sentido en que él puede colocar los objetivos deseados en armonía con las exigencias estructurales apropiadas.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA SANCION JURIDICA

MAX SILVA ABBOTT \*

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Una aproximación a las coordenadas del positivismo normativista. 3. Algunas características de las sanciones jurídicas a la luz de este enfoque. 3.1 *Planteamiento*. 3.2 *Sanción y coacción*. 3.3 *El criterio diferenciador*. 3.4 *Algunas críticas a la teoría tradicional de la sanción*. 3.5 *Ordenamiento jurídico, coacción y poder*. 4. Los problemas internos de este planteamiento. 5. Algunas posibles explicaciones de este fenómeno. 6. Algunas conclusiones.

### 1. *Planteamiento*

Quizás una de las características más llamativas dentro del amplio espectro de doctrinas englobadas bajo el rótulo 'positivismo jurídico', sea el tratamiento prioritario —cuando no 'obsesivo'— de la sanción jurídica. En efecto, la vinculación del fenómeno jurídico a la posibilidad del uso de la fuerza, aún cuando no siempre sea

---

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

una materia que se trate explícitamente, se presenta como un verdadero telón de fondo, cuya influencia resulta difícil eludir. De hecho, no han faltado autores, tanto dentro como fuera de estas corrientes, que han señalado sin tapujos que la sanción, y de manera más específica, la sanción coactiva, constituye el núcleo central, o si se prefiere, el elemento irrenunciable del llamado 'positivismo jurídico', sin importar mucho a cuál de sus manifestaciones se refieran.

El presente trabajo tiene así el objetivo de indagar sobre algunas de las notas capitales de este concepto —siguiendo la huella del positivismo jurídico normativista, sobre todo a través de la mirada de Bobbio—, fundamentalmente desde una perspectiva interna, a fin de dilucidar, dentro de lo posible, si se trata de un planteamiento coherente con las premisas sustentadas y, de acuerdo al resultado de dicho análisis, intentar proponer alguna explicación que justifique no sólo dichos resultados, sino además, el por qué de esta verdadera manía por el tema del uso de la fuerza dentro del fenómeno jurídico.

## 2. Una aproximación a las coordenadas del positivismo normativista

Como es de sobra conocido —motivo por el cual no se indagará demasiado en esta cuestión—, para las corrientes adscritas bajo este rótulo, debe diferenciarse neta y tajantemente entre el mundo del ser y del saber ser, entre el ámbito del *Sein* y del *Sollen*, siendo posible arribar a datos racionales o 'científicos' únicamente en el primero de ellos. Por el contrario, a su juicio, el mundo de los valores pertenece al ámbito de lo irracional, motivo por el cual queda sujeto a los pareceres y sentimientos más dispares.

Lo anterior se une además, a otra premisa fundamental, como es sabido: una marcada autonomía moral del sujeto, esto es, que cada individuo, dentro de su más amplia esfera de libertad, es quien determina su propia moralidad, siendo así absolutamente soberano para dar la orientación que estime conveniente a sus propias acciones, supuestamente —así suele decirse— de un modo responsable. De esta manera, respecto del orden moral, se unen irracionalidad y autonomía, lo que en verdad resulta bastante llamativo, si se toma en cuenta la importancia fundamental de este orden de cosas para la vida humana. Planteado así, resultan famosas, entre otras muchas,

las declaraciones de Bobbio a este respecto, cuando señala sin titubeos que "los valores últimos no se justifican: se asumen" (1).

Ahora bien, el problema se presenta de inmediato, debido al carácter social del ser humano, o si se prefiere, razones mínimas de convivencia hacen aconsejable al menos proporcionar algún marco para la interacción mutua, a fin de evitar una especie de 'estado de naturaleza' al estilo hobbesiano. Mas, este mecanismo es sólo formal, no sustancial, hablándose en no pocas oportunidades de meras 'reglas del juego', sobre todo a propósito del sistema democrático (2). Es por este motivo que aún cuando se hayan planteado algunos caminos para intentar dotar de ciertas 'reglas mínimas' a la discusión ética, por lo general, se las concibe como meras pautas procedimentales, que a lo sumo pretenden impedir el uso de la violencia —al menos de manera no regulada—, pero que en ningún caso dan alguna pista sobre el fondo de dicha discusión, o si se prefiere, que no arriban a contenido material alguno a este respecto.

Sin embargo, todas estas 'reglas' se justifican, aún sin saberlo, en un dato bastante más real y 'objetivo', o si se prefiere, bastante menos 'irracional' o meramente 'asumido' de lo que se cree. Este dato no es otro que la consideración de la persona como un ser *digno*, que merece respeto y por tanto, que no puede ser tratado de cual-

1. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig, p. 56. En términos muy similares ("los valores últimos no se discuten: se asumen") en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982, traducción de Jorge Binaghi, pp. 40-42; *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980, edición y traducción a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, p. 351; "Interpretazioni anglosassoni della filosofia del diritto", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XXXV (1950), pp. 100-101; *Las ideologías y el poder en crisis*, Barcelona, Ariel, 1988, traducción de Juana Bignozzi, p. 104; "Prefazione" a Perelman, Chaim, *La giustizia*, Turín, Giapichelli, 1959, trad. it. a cargo de Liliana Ribet, pp. 8-9; *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di Teoria del Diritto*, Milán, Comunita, 1977, p. 262.

Se deja constancia desde ya, que todas las obras en las que aparezca mencionado el autor, pertenecen a Norberto Bobbio.

2. Bobbio ha tratado sobre este tema sobre todo en su libro *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés editores, 1985, traducción de Juan Moreno, *passim*.

quier manera. Sólo este sustrato implícito explica por qué se considera ilegítimo el uso de la fuerza —al menos de una manera no regulada— o también, la imposición de unos sobre otros, o si se prefiere, por qué son defendidos el diálogo y la tolerancia como valores absolutos. Dicho de otro modo: el contenido de la moral, sea individual o social, puede ser cualquiera —en virtud de su supuesta irracionalidad y la autonomía de los sujetos—, *con excepción de la tolerancia y del consenso*. En estos aspectos —cuya problemática escapa con mucho a los límites del presente trabajo—, se impone, por así decir, un curioso dogmatismo, o si se prefiere, un llamativo ‘objetivismo moral’: todo es discutible, *excepto que tenemos que discutir* (debido a lo cual resulta inaceptable que unos intenten imponerse a otros por la fuerza) para llegar a determinar lo que se considera bueno o malo. Mas, aún cuando se trata de un objetivismo moral meramente procedimental, a fin de cuentas, descansa sobre la misma convicción —no importa si es más ‘racional’ o ‘sentimental’—: la consideración del sujeto (o al menos de algunos sujetos) como dignos de respeto, o si se prefiere, se manifiesta en un curioso consenso (que incluso podría asimilarse a un ‘dogma’, desde estas mismas premisas) en cuanto a la condena del uso de la violencia <sup>(3)</sup>.

Se podrá decir que esta conclusión (preferir el acuerdo a la violencia) resulta evidente, y así es. Mas, el problema de su ‘evidencia’, desde la perspectiva que se está comentando, radica en que ella arranca o de convicciones últimas o valores ‘preasumidos’ (motivo por el cual resulta impropio hablar de ‘evidencias’, porque lo ‘evidente’ no sólo alude a un dato real y objetivo, sino además, indubitable), o arranca de los hechos, esto es, de las consecuencias o resultados —también evidentes— que origina acudir al consenso por un lado, y a la violencia por otro. En este último caso, no cabe duda de que es mejor el primer resultado que el segundo. El problema —y que nuevamente sólo puede dejarse planteado—, es que de ser coherentes con estas premisas, se estarían desprendiendo valores a partir de meros hechos, o si se prefiere, se estaría concluyendo lo positivo o

3. Bobbio trata este tema sobre todo en su libro *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Madrid, Temas de Hoy, 1997, traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig, *passim*.

benéfico del consenso en vez de la violencia, por los *resultados* a los que conduce una y otra forma de proceder. Mas, esos resultados son simples hechos, datos, un *Sein*; comprobables, pero absolutamente independientes del mundo de los valores, un *Sollen*. En consecuencia, y de acuerdo a la llamada ‘falacia naturalista’ —otro lugar común de la epistemología positivista—, se estaría dando un salto lógico, a partir —se insiste nuevamente— de las premisas manejadas por estas corrientes.

También existe otra premisa más fundamental todavía, sobre la cual se ha construido este sistema de acuerdos procedimentales que parte del ‘dogma’ según el cual, el acuerdo es mejor que la violencia (‘dogma’, se insiste, porque no se puede demostrar racionalmente en el plano de los valores, ni desprenderse de los meros hechos). Este ‘dato’ es absolutamente obvio, pero por lo mismo, muchas veces es pasado por alto. Consiste en que los sujetos que actúan en el acuerdo, *son capaces de ponerse de acuerdo*. O si se prefiere, se está partiendo de la base de que los sujetos intervinientes son *racionales*, motivo por el cual pueden *intercambiar ideas*, visiones del mundo. Lo anterior no deja de tener su importancia. En efecto, puesto que el carácter de ‘persona’ es un atributo que de acuerdo al positivismo jurídico kelseniano es ‘dado’ u ‘otorgado’ a los sujetos por el ordenamiento jurídico (al punto que aquellos a los que no se les atribuya este carácter, no serían ‘personas’ <sup>(4)</sup>), da la impresión de que es la ley positiva la que determina con absoluta autonomía quiénes son y quiénes no son ‘persona’. Mas, de existir realmente esta autonomía, esto es, si en verdad la ley positiva pudiera determinar quiénes son o no ‘persona’, no sólo podría quitarle dicho carácter a ciertos miembros de la especie humana (como ocurre, por ejemplo, muchas veces con los no nacidos), sino que además, podría otorgárselo a otras clases de seres de tipo no humano, como animales, plantas o incluso cosas. Es decir, de ser coherentes con este planteamiento, la calidad de persona sería algo absolutamente accidental o artificial, y por lo mismo, no dependiente de ca-

4. Así por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 8ª ed., traducción de Roberto J. Vernengo, pp. 178-184 [nº 33 a) y 33 b)].

lidad ontológica alguna: cualquier cosa, cualquier ente podría ser 'persona', calidad que sería, en definitiva, otorgada o quitada libremente por medio de la ley positiva. Con todo, debe recordarse que esta ley positiva emana, a su vez, de otras 'personas', cuya calidad de tal también tendría el mismo origen. Así las cosas, y como puede verse sin mucha dificultad, el círculo vicioso resulta manifiesto.

Lo anterior es, evidentemente, imposible: la calidad de persona depende de algo *previo* a la mera calificación jurídica: o si se prefiere, hay que tener cierta *calidad ontológica* para poder ser persona, porque como dice un conocido aforismo jurídico, 'a lo imposible, nadie está obligado'. Mas, con esto se está reconociendo que el normativismo (esto es, la capacidad, en teoría omnimoda de la norma jurídica para determinar qué es Derecho y qué no) posee límites, que no es absolutamente arbitraria y autónoma. Significa, en suma, que la calidad de persona no es algo a otorgar o quitar arbitrariamente, sino un atributo que debe *reconocerse* (algo así como un 'hecho normativo', en palabras de Bobbio<sup>5</sup>) porque en caso contrario —se insiste— podría ser otorgada a cualquier ente. De este modo, pareciera que el mundo del ser y del deber ser no resultan tan independientes el uno del otro, porque lo establecido por la norma (un *Sollen*) depende de un dato previo (un *Sein*).

En consecuencia, reconociendo que es a partir de una calidad ontológica que deriva a su vez la calidad de persona de ser coherente, también es necesario concluir que es el voto (la base del consenso) lo que depende de la persona, y no lo contrario. Esto es, que para que haya votos, medio a través del cual se posibilita el consenso, se requiere de la *existencia previa* de personas, puesto que son los votos los que dependen de la persona, y no la persona de los votos. Esto no deja de tener nuevamente su importancia, porque si el voto es sólo un *efecto* de algo previo, dicho efecto no puede desentenderse de su causa. De esta manera, los votos, como manifestaciones de la persona, no pueden quitarle dicho carácter (el de per-

5. Bobbio trata sobre este tema sobre todo en su artículo "Fatto normativo", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 988-995.

sona) a nadie, a ningún ser humano, como tampoco a dársele a un ente distinto del hombre mismo.

Ahora bien, volviendo al planteamiento positivista, puesto que el mundo de los valores ha quedado relegado fuera del ámbito de lo racional o, como suele decirse muy a menudo, de lo 'científico', surge una paradoja: esta consiste en que el Derecho, como pauta de la conducta humana, como realidad constituida por (aunque no limitada sólo a) normas<sup>6</sup>, tiene siempre un *contenido*, una *orientación*, efectúa *elecciones*, que se quiera o no, obedecen a valoraciones<sup>7</sup>. No por otra cosa el positivismo kelseniano afirma que el Derecho pertenece al mundo del *Sollen*, no al mundo del *Sein*<sup>8</sup>. Desde este momento, pues, el fenómeno jurídico se encuentra inmerso *dentro* de estos valores, declarados permanentemente como irracionales, con las excepciones de tipo procedimental señaladas. Y a decir verdad, no pareciera posible prescindir de dichas valoraciones, porque el Derecho tiene por objetivo regular la conducta humana a fin de permitir el mantenimiento del todo social, lo que lo obliga a tener un *contenido* (y por tanto, una orientación valorativa) determinada. Sin ella no tendría, en realidad, utilidad alguna.

Sin embargo (y aquí se encuentra una de las paradojas más sorprendentes de lo que se llama 'positivismo jurídico' de corte normativista), puesto que los valores son irracionales, un estudio 'racional' o 'científico' del Derecho exige dejar de lado estos elementos 'ideo-

6. Como dice textualmente, "La experiencia jurídica es una experiencia normativa" (*Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, traducción de Eduardo Rozo Acuña, p. 15).

7. Las normas, incluidas las jurídicas, se enmarcan dentro de las proposiciones *prescriptivas*, que siempre tienen un 'comportamiento objeto', al punto que sin comportamiento objeto, no hay norma (cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 295-296).

8. El Derecho debe emanar para el positivismo necesariamente del mundo del *Sollen*, no del mundo del *Sein*; siempre debe intervenir la voluntad humana, porque en caso de verse obligado a reconocer como 'jurídico' un hecho independiente de dicha voluntad se estaría dejando abierta la puerta al Derecho natural. (Cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 295-296; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 17-18).

lógicos', pese a formar parte del mismo —al estar el Derecho en el mundo del *Sollen*— y a decir verdad, pese a no poder dejar de hacerlo. De esta manera, estas corrientes, en el caso de aquellas que se enrolan bajo la égida kelseniana, proponen, cuando no exigen, un estudio del fenómeno jurídico (que en su caso particular se limita a las normas jurídicas, no a los hechos sociales regulados por ellas) *al margen de dichas valoraciones*. Es decir, para lograr un análisis racional o científico del Derecho, realidad perteneciente al mundo del *Sollen*, es necesario dejar dichas valoraciones de lado, a fin de estudiar el fenómeno jurídico como si se tratara de un hecho, de un *Sein*.

Este esfuerzo (notable, a decir verdad, porque equivale, por decirlo así, a pretender estudiar los colores sin usar la vista, o los sonidos, pero sin acudir a la audición) tiene dos requisitos íntimamente conectados y mutuamente dependientes —y que se desprenden de todo lo dicho hasta aquí—, que afectan tanto la óptica utilizada como al material a analizar: se exige, en primer lugar, que el enfoque del estudioso sea *avalorativo* o *neutral* (9), esto es, que no tome partido, que no juzgue el contenido de lo que ve, que lo refleje de manera pura y simple, como un espejo, y en segundo lugar, que el objeto de estudio sea analizado sólo en cuanto a sus *aspectos formales o estructurales*, no en cuanto a su contenido o si se prefiere, respecto de lo que diga. Esto significa introducir una clara distinción dentro de los elementos que componen una norma (tanto para una

9. La neutralidad de la ciencia o su avaloratividad, es defendida por Bobbio, por ejemplo, cuando señala: "Una vez que se admite que el Derecho es un conjunto de hechos, de fenómenos o de datos sociales totalmente idénticos a los del mundo natural, el jurista deberá estudiar dichos datos de la misma manera en la que el científico estudia la realidad natural, o sea, absteniéndose totalmente de formular juicios de valor. En el lenguaje iuspositivista el término 'Derecho' carece de toda connotación valorativa o de toda resonancia emotiva: el Derecho es Derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o un disvalor". (*El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, traducción de Rafael de Asís Roig y Andrea Greppi, p. 141). Ideas similares en *ibid*, p. 145; *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, traducción de Ernesto Garzón Valdés, pp. 41-42; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 87.

norma en general, como jurídica en particular): la diferenciación entre su *contenido*, que siempre necesita acudir a valoraciones (por el simple hecho que debe regular la libertad humana, para lo cual se ve forzada a elegir u optar, con lo que inevitablemente requiere valorar), y aquellos elementos que servirían de 'recipiente' o 'continente' a dicho contenido, aspectos que en razón a permanecer en principio constantes, pese a las variaciones de dicho contenido, son llamados *estructurales o formales* (10). Con todo, esta separación entre forma y fondo, o entre estructura y contenido, no sólo es asumida nuevamente casi como un dogma, sino que en ningún momento se plantea la cuestión de si existe alguna relación mutua, o incluso si un aspecto depende del otro. De este modo, se dan por descontadas al menos tres cosas: que el aspecto estructural es independiente al sustancial, que es además, constante, y que lo que ocurra en uno, no afectará al otro.

Ahora bien, combinando estos dos requisitos (la *avaloratividad* del enfoque y lo *formal* del objeto de estudio), el positivismo ha intentado encontrar los elementos constitutivos del fenómeno jurídico (y que a su vez, permitan distinguirlo de otros órdenes normativos) sólo desde una perspectiva estructural o formal, no de con-

10. Tal vez uno de los textos bobbianos más claros a este respecto, sea el siguiente: "La Teoría formal del Derecho no es el único ni exclusivo modo de estudiar el fenómeno jurídico, sino simplemente el modo que se interesa de cómo está hecho un ordenamiento jurídico, es decir, de aquello que es constante en todos los sistemas jurídicos, no importa a cuál ideología corresponda. Pero el estudio de la estructura formal del Derecho no excluye ni el estudio de los valores ni de las clases de hechos-tipo, variables de ordenamiento en ordenamiento. Ciertamente, la misma clase de caja puede ser llenada de flores y de explosivos. Y puesto que el oficio de hacer la caja es diferente del de rellenarla, no existe ninguna razón para atribuir al fabricante de cajas el propósito de que éstas deban ser siempre llenadas con los mismos objetos ('iusnaturalismo impenitente'), ni se le puede reprochar el desear que queden siempre vacías ('árido formalismo')". (*Studi sulla Teoria generale del Diritto*, Turín, Giappichelli, 1955, p. VII).

tenido<sup>11</sup>). De ahí que al momento de diferenciar la norma jurídica de otras clases de normas (como la moral, por ejemplo), tanto si lo hace desde una perspectiva individual o en conjunto (esto es, si analiza la norma aisladamente considerada o en relación con el resto de las normas de la misma especie que existan en un momento dado), dicha diferenciación no pueda acudir al contenido de dichas normas, o si se prefiere, a lo prescrito por ellas. En efecto, si lo que se pretende es realizar un estudio 'científico' del Derecho, la respuesta no puede 'contaminarse', por así decirlo, con impurezas provenientes del mundo de los valores, en atención a su irracionalidad. Esto no es más que el resultado de dos 'dogmas' de esta corriente ya mencionados y sobre los cuales no se discute y que no admiten ni siquiera la posibilidad de ser puestos en duda: la irracionalidad de las valoraciones, con la consecuente imposibilidad de encontrar un estatuto racional para la ética, por un lado, y por otro, la incomunicabilidad entre este mundo de los valores y el de la racionalidad (propia del mundo del *Sein*), una de cuyas manifestaciones más claras es la llamada 'falacia naturalista'.

En consecuencia, y a fin de identificar y diferenciar su objeto, el positivismo se ve obligado a tener que encontrar dicha distinción en elementos formales o estructurales. Dentro de este interesante enfoque, se han abierto varias vetas conectadas entre sí, como por ejemplo, el modo en que son producidas las normas jurídicas, si se las compara con otras (existiendo aquí una de las mayores contribuciones del positivismo: el concepto de *validez*); o en íntima relación con lo anterior, la pertenencia de esta norma a un conjunto de normas que forman un todo con características propias (lo cual ha dado como resultado las muy interesantes teorías acerca del *ordenamiento jurídico*); por fin (y esto no significa ni con mucho que éstas sean los únicos caminos posibles), un espacio fundamental que

11. Como dice a este respecto: "cualquier intento de definir el Derecho por su contenido estaría destinado al fracaso porque históricamente no hay materia que el Derecho no haya regulado o no pueda regular en un hipotético futuro" (*El positivismo jurídico*, cit., p. 154). En igual sentido, cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 80, 337 y 339-340; *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 18.

ha sido esgrimido permanentemente como baremo en la diferenciación del Derecho respecto de otros órdenes normativos, han sido las peculiares características de la *respuesta* que el fenómeno jurídico contempla ante el caso de violación del mismo, o si se prefiere, el mecanismo que posee para asegurar su eficacia: *la sanción coactiva*.

### 3. *Algunas características de las sanciones jurídicas desde este enfoque*

#### 3.1. Planteamiento

La sanción ha ocupado un puesto de máxima importancia en el positivismo jurídico, y ha sufrido igualmente una evolución notable. De ser considerada en un primer momento una norma secundaria, en el sentido de estar en función de aquella otra que establece qué debe hacer el destinatario<sup>12</sup>, ha pasado posteriormente incluso a identificarse con la auténtica norma jurídica (la norma primaria de Kelsen), al estimar que el Derecho tiene por objeto regular el uso de la fuerza<sup>13</sup>.

Como es de sobra conocido, usualmente se ha definido 'sanción' como una "respuesta a la violación"<sup>14</sup> de una norma, consistente en una 'consecuencia desagradable', o si se prefiere, como algún tipo de perjuicio que sufre quien infringe el contenido de una norma. Se trata así de un mecanismo que pretende garantizar el cumplimiento

12. Cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 318-319 y 335-338; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 160-165; "Considerazioni in margine", en *Rivista di Filosofia*, vol. LVII (1966), pp. 235-237.

13. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 95-96 y 186-187; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 165-167; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 137, 256, 258, 319, 335-337, 340-342, 344 y 348; *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 45; "Considerazioni in margine", cit., pp. 235-237.

14. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 119.

to de las normas, al no existir seguridad total en cuanto a su acatamiento (15).

En el caso del Derecho, es la respuesta que el propio ordenamiento prevé en caso de violación de alguna de sus normas, es decir, "el medio a través del cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias" (16), debido a lo cual "se refiere por lo común, especialmente en el lenguaje corriente, a las diversas formas de punición (o de reparación)" (17).

En realidad, por tratarse de una hipótesis, un *Sollen*, la norma no dice lo que ocurre, lo que es, sino lo que *debe ocurrir*, lo que *debe ser*; de ahí que sea perfectamente posible que ella no sea obedecida, o si se prefiere, toda norma lleva implícita la posibilidad de su incumplimiento. La norma jurídica no es la excepción, y como toda norma, puede ser violada, violación que recibe el nombre de *ilícito*. El ilícito es, por tanto, la condición en virtud de la cual se desencadena la sanción (18).

Ahora bien, como se ha dicho, la sanción es una realidad propia de todo tipo de normas. De esta manera, puesto que existen, entre otras, normas morales, sociales y jurídicas, también hay di-

15. Cfr. *ibid*, pp. 64-66 y 91; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 321; *Teoria della Scienza Giuridica*, Turín, Giappichelli, 1950, pp. 170-172.

16. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 119. La misma idea en *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 310.

17. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 347, nota 13. Por eso dice en otro lugar: "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" (*Teoría general del Derecho*, cit., p. 121). En igual sentido, *ibid*, pp. 130 y 157 y 185; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1960, vol. V, p. 774.

18. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 57-63, 105 y 295-296; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 308-309. Por eso dice en la primera obra citada: "[t]odo sistema normativo conoce tanto la posibilidad de la violación como también de un conjunto de medios para hacer frente a esta eventualidad". (*Teoría general del Derecho*, cit., p. 119).

ferentes clases de sanción, o si se prefiere, las respuestas a la violación de las mismas son diversas. Así entonces, la mera alusión a un sistema sancionatorio no basta para distinguir las normas jurídicas de las restantes, puesto que "violación a la norma y sanción como respuesta a la violación están implícitas en todo sistema normativo" (19); tampoco sirve, en principio, detenerse a analizar qué prescribe cada tipo de sanción (indagar en su contenido material), porque como se recordará, el positivismo normativista sólo acepta un análisis formal y avalorativo de su objeto de estudio. En consecuencia, sólo es admisible un enfoque formal de sus peculiaridades propias, o si se prefiere, un análisis de cómo se reacciona ante la violación en cada sistema normativo, puesto que para Bobbio, "tipo de normas y tipo de sanción están estrechamente relacionadas" (20).

En el caso de la sanción moral, Bobbio la considera meramente interna, y en su opinión, ella se reduciría a una sensación de malestar, de estado de culpa, todo lo cual la hace "escasamente eficaz" (21). En lo que respecta a las sanciones sociales, a diferencia de las morales, son externas y poseerían por ello, mayor eficacia; pero "falta la proporción entre violación y respuesta" (22), en razón de no encontrarse *institucionalizada* o reglada de antemano —tema que se verá pronto—. De ahí que incluso a veces no haya san-

19. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 120.

20. *Ibid*, p. 121. Por eso dice en otro lugar: "Respecto a la forma de influencia, a los medios empleados, a los objetivos, a los efectos, las sanciones jurídicas no se diferencian de las sanciones de otros sistemas normativos" (*Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 327).

Bobbio hace una interesante comparación entre las diferentes clases de sanciones en "Intervento", en AA. VV., *Il Diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo. Atti del X Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica*, Milán, Giuffrè, 1976, pp. 89-91.

21. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 121.

22. *Ibid*, p. 123.

ción ante una violación, por lo que existe una completa falta de certeza a su respecto <sup>(23)</sup>.

En consecuencia, y fruto de esta comparación con otros sistemas normativos, lo que caracterizaría a las sanciones jurídicas es que ellas son *externas* y se encuentran *institucionalizadas*. Estos dos atributos permiten, en principio, diferenciar al fenómeno jurídico de otros, pero a juicio de Bobbio, no agotan el problema, en razón de estar aún contemplando la cuestión desde la norma aisladamente considerada, y no desde el punto de vista del ordenamiento en su conjunto, como también se verá más adelante.

### 3.2. Sanción y coacción

Sin perjuicio de lo anterior, también suele señalarse que la principal diferencia entre la sanción jurídica y la sanción no jurídica sea su carácter *coactivo*, esto es, que puede ser impuesta por medio de la fuerza. Debe recordarse que la coacción es entendida por Bobbio como "el conjunto de medios que vienen empleados para constreñir con la fuerza, es decir, para 'forzar' al recalitrante" <sup>(24)</sup>. O como dice en otro lugar, se entiende por coacción "todos los medios predeterminados intencionalmente para obtener la máxima eficacia de la regla aún forzando la adhesión del destinatario" <sup>(25)</sup>. De hecho, no es raro definir al Derecho en función de la coacción, al emanar

23. Cfr. *ibid*, pp. 120-125 y 159; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 190-191; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 324-326 y 330. Por eso dice en esta última obra que la única clasificación que sirve para distinguir las sanciones jurídicas de las no jurídicas es la distinción entre sanciones *formales, organizadas o institucionalizadas*, y sanciones *difusas, informales o espontáneas*, respectivamente (cfr. *ibid*, p. 330).

24. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 327.

25. "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, cit. p. 774. Para esta idea, *ibidem*.

éste de una voluntad, que como tal, requiere apoyarse en la fuerza <sup>(26)</sup>.

Por su parte, la *coercibilidad* consiste en la posibilidad, inherente al ordenamiento jurídico, de hacerse valer por la fuerza <sup>(27)</sup>. Como

26. Precisamente a esto alude Bobbio cuando habla del positivismo jurídico entendido como *teoría*: un conjunto de normas emanadas de una voluntad soberana, respaldadas por la fuerza. El positivismo jurídico entendido como teoría, llamado también "positivismo jurídico de estricta observancia" (*Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 149), posee una multitud de tópicos muy conocidos, que pueden ser divididos en seis, a saber:

- a) Es *voluntarista*, porque la producción jurídica emana de la voluntad del soberano, al estar en presencia de un poder supremo que —en teoría— no reconoce límites;
- b) Es *imperativista*, porque la norma jurídica es entendida —en particular gracias a la influencia de Austin— como un mandato;
- c) Define al Derecho *en función de la coacción*, al considerarla como un elemento indispensable —e incluso a veces diferenciador— del mismo;
- d) Es *legalista*, por ser la ley la fuente máxima o única del Derecho, en desmedro de la costumbre o de la labor del juez;
- e) Aboga por la existencia de un *ordenamiento jurídico*, porque considera que la producción normativa posee una *unidad interna*. De aquí surgen dos consecuencias, llamadas usualmente 'dogmas' del positivismo jurídico, a saber:
  - i) la *plenitud* del ordenamiento, esto es, que no existen lagunas en su interior, y
  - ii) la *coherencia*, es decir, que no hay antinomias en el mismo; y por último,
- f) Entiende la *Ciencia Jurídica* como aquella labor hecha por el jurista o el juez con el solo objeto de *declarar la norma preexistente*, o dicho de otra manera, considera la interpretación como una *mera operación lógica*. De ahí que sus adversarios la califiquen peyorativamente de *jurisprudencia mecánica*.

Ahora, si bien los tópicos anteriores son todas las consecuencias que pueden resultar de esta corriente del positivismo, la presencia de los seis no es —desde la perspectiva bobbiana— obligatoria o imprescindible para encontrarnos ante la misma. Con todo Bobbio considera como partes indispensables de esta concepción, las letras *a)*, *b)* y *c)*, y en particular, esta última: el Derecho entendido en función de la coacción.

Para este tema, cfr. entre otras obras: *El positivismo jurídico*, cit., pp. 141-225 y 237-241; *Teoría general del Derecho*, cit., p. 82; *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 43-46, 75-76, 80 y 99-104.

27. Cfr. "Diritto" en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., pp. 774-775; *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 73.

puede verse, todo esto se relaciona estrechamente al estatalismo, porque es el Estado en definitiva, el que tiene el monopolio del uso legítimo de la fuerza (28).

De hecho, únicamente en virtud de la coacción es que en opinión de Bobbio, es posible hablar propiamente de una *obligación*, definida por él como "aquella situación en la cual no se deja al destinatario la libertad de escoger entre la acción prescrita y aquella contraria, y donde el cumplimiento de la acción contraria es considerado como algo reprochable" (29). De ahí también que refiriéndose a la moral, señale más de una vez (en virtud de su incoercibilidad y del hecho de considerarla una normativa absolutamente autónoma del sujeto), que nadie pueda obligarse a sí mismo (30).

Por igual motivo, y aún cuando las primitivas teorías imperativistas hayan dado paso al reconocimiento de varias clases de normas jurídicas además de los solos mandatos, las normas jurídicas como prescripciones se ubican más allá de los consejos, al punto que "consejo y norma jurídica son dos nociones que se excluyen" (31).

Sin embargo, debe dejarse claro que sanción y coacción son problemas diversos. "Que las sanciones jurídicas sean sanciones coactivas puede querer decir, de hecho, dos cosas distintas: o que ellas consistan

28. Cfr. *El positivismo jurídico*, cit., pp. 160 y 164; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 327-328; *El filósofo y la política. Antología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, edición a cargo de José Fernández Santillán, pp. 126-127.

29. "Due variazioni sul tema dell'imperativismo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XXXVII (1960), p. 76.

30. Cfr. *Introduzione alla Filosofia del Diritto*, Turín, Giappichelli, 1948, pp. 111-118 y 145-148; *Thomas Hobbes*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, traducción de Manuel Escrivá de Romani, pp. 56 y 120; "Comandi e consigli" *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. XV (1961), p. 188; *El filósofo y la política*, cit., p. 235.

31. "Comandi e consigli", cit., p. 388. Para esta idea, *ibid*, pp. 369-370 y 379-389; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 73-80; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 193-195; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 188-190.

en el uso de la fuerza o bien que ellas, sea cual sea el medio empleado, sean garantizadas en última instancia por la fuerza" (32). Es decir, la respuesta a la violación o se manifiesta directamente en el empleo de la fuerza contra el recalcitrante, o consiste en algún tipo de prestación 'desagradable' (una obligación de dar o hacer que sustituye a la norma violada, lo que podría llamarse una obligación secundaria), no asimilable al empleo de la fuerza directamente, aunque sí garantizada en última instancia por ella (33).

Por tanto, y aún cuando para Kelsen la reducción de la sanción jurídica a acto coactivo es fundamental (34), para Bobbio la coacción no es una característica exclusiva de las normas jurídicas, tanto porque existen otras instancias en las que esto también ocurre (como por ejemplo, la autoridad paterna o en algunas instituciones educacionales), como porque hay sanciones no asimilables a la fuerza, de carácter patrimonial o morales (las llamadas medidas disciplinarias), si bien, como se ha dicho, tienen a la fuerza como telón de fondo (35). Por último, no todos los actos coactivos del ordenamiento son sanciones (como la internación en un hospital psiquiátrico o una expropiación, por ejemplo). De ahí que por un lado no todas las sanciones sean coactivas (al menos de manera directa), y por otro, que no

32. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 327.

33. El poder coactivo implica así —siguiendo a Bobbio— cuatro cosas: *a*) poder de *constreñir* (al recalcitrante que no cumple con la norma); *b*) poder de *impedir* (al que hace lo que no debe); *c*) poder de *sustituir* (lo que no se hizo de buen grado, se cumple forzosamente con otra prestación análoga); y *d*) poder de *castigar* (por no hacer lo debido). De esta manera, ante determinadas acciones de los destinatarios de estas normas, el aparato coactivo la produce igualmente (letra *a*) o, en otros casos, las sustituye por otras (letra *c*); y ante determinadas omisiones de los mismos, la hace observar (letra *b*) o castiga al sujeto (letra *d*). (Cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 341 y 346. Ideas similares en *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 118-119).

34. Cfr. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 327 (nota 9) y 328.

35. Cfr. *ibid*, p. 327.

todos los actos coactivos que puede contemplar un ordenamiento jurídico sean necesariamente sanciones <sup>(36)</sup>.

Como dice textualmente:

“Lo que caracteriza a las sanciones en el ordenamiento jurídico es el hecho de que su cumplimiento está garantizado en última instancia por la amenaza y (en el caso que la amenaza falle en su objetivo) por el uso de la fuerza, más precisamente, de la amenaza de poner en movimiento primero, y su puesta en movimiento después, de un aparato ejecutivo dotado de medios coactivos que son o tienden a ser irresistibles, a objeto de obtener con la fuerza, es decir, constriñendo a obedecer, o impidiendo resistir, el cumplimiento de la obligación secundaria o bien un cumplimiento alternativo y sustitutivo. Esto significa que la coacción, en sí misma, no siempre se identifica con la sanción, esto es, la respuesta a la violación, aún cuando siempre deba darse dentro de un ordenamiento jurídico, y en última instancia, sea el medio para la ejecución de toda forma de sanción, es decir, para hacer lo más efectiva posible la respuesta a la violación” <sup>(37)</sup>.

Ahora bien, en estricto rigor, para Bobbio la sanción depende no directamente de la norma violada, sino de otra que se halla, por así decirlo, junto a ella, que por este motivo ha sido llamada usualmente ‘norma secundaria’. Pero de manera más profunda —desde la perspectiva kelseniana—, la sanción presupone una norma, además, porque requiere de una *imputación*. Es decir, la violación —condición de la entrada en vigencia de la sanción— sólo constituye un ilícito en virtud de estar prevista por una norma, no por su malicia ínsita; o lo que es igual, no es a causa de la conducta que la norma resulta ilícita, sino que es la norma la que torna ilícita la acción <sup>(38)</sup>.

36. Cfr. *ibid*, p. 329.

37. *Ibid*, p. 328.

38. Cfr. *Studi sulla Teoria generale del Diritto*, cit., p. 170; *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 17-23; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 66, 105-108 y 118; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 186-190, 308-309, 313-314 y 238-239; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 190-191; “Due variazioni sul tema dell'imperativismo”, cit., pp. 72-74; “Considerazioni in margine”, cit., pp. 235-237.

Como dice en otro lugar: “La relación no está tutelada porque sea jurídica; sino que es jurídica porque está tutelada” (*Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., p. 72).

Por eso la sanción no guarda relación alguna con el contenido de la norma violada, o si se prefiere, no está ligada a lo prescrito por ella. En efecto, desde el momento en que la norma es una creación humana por excelencia, no existirían materias que la ‘obliguen’, o si se prefiere, la autonomía normativa es total, no existiendo por ello, hechos o actos jurídicos ‘de suyo’. Lo contrario sería en el fondo, una puerta de entrada al Derecho natural. De este modo, el creador de la norma jurídica debe estar en condiciones para establecer no sólo el contenido o prescripción que desee, sino también, la sanción que estime conveniente. De ahí que no haya forma ‘científica’ u objetiva de determinar a ciencia cierta si una sanción es justa o injusta, todo lo cual obedece a la ideología del estudioso. Desde esta última perspectiva, podría incluso existir el deber moral por cambiar dicha relación; mas, desde el ángulo de la Teoría general del Derecho, ello no afecta en nada la juridicidad de la norma en estudio.

Más aún: es precisamente por la relación con una norma sancionatoria, válidamente creada y amparada por la fuerza, que dicha norma es ‘jurídica’. De ahí que Kelsen haya cambiado la nomenclatura tradicional y llame a esta segunda parte, esto es, la sancionatoria, ‘norma primaria’, y a la prestación propiamente tal, ‘norma secundaria’. Lo que hace jurídica una norma no sería así su contenido (tratar sobre la justicia, por ejemplo), sino únicamente *su forma de producción* y el hecho de *estar ligada a una sanción coactiva*. Es esa la razón por la cual Kelsen llega a afirmar que el Derecho no es más que la regulación del uso de la fuerza <sup>(39)</sup>.

Es decir, antes se tenía a la sanción como un *elemento subsidiario* para garantizar el cumplimiento de lo prescrito por las otras normas del ordenamiento; lo que importaba por tanto, era aquello que las mismas prescribían, su *contenido material*. Las normas sancionatorias eran igualmente jurídicas, pero se las tenía, por así decirlo, como normas ubicadas en un segundo plano, en espera de la violación de las otras normas, evento gracias al cual pasaban a primer orden.

Pero la sanción pasó desde este segundo plano, a ser la pro-

39. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 44-70 [nº 6 a) a 6e)].

tagonista del fenómeno jurídico, a constituirse en el *objeto* de regulación del Derecho, y la prestación, considerada antes como el aspecto fundamental, se convirtió ahora únicamente en *una manera de evitar la aplicación de dicha sanción*. Con esto, la norma que contiene la prestación no sólo queda relegada a un segundo plano, sino que su misma juridicidad depende del hecho de ser la condición en virtud de la cual puede evitarse la sanción. Posee, por así decirlo, una juridicidad refleja, no propia.

“Con una cierta simplificación se puede decir que en el primer tipo de teoría la sanción está colocada para salvaguardar un comportamiento calificado como obligatorio por una norma válida del sistema, para el segundo tipo, la obligatoriedad de un comportamiento es la consecuencia del hecho que el sistema prevé una sanción para los comportamientos desviados” (40).

Por eso es que la coacción ya no se vio como una parte más del fenómeno jurídico, sino como el “elemento esencial y típico del Derecho” (41), la característica diferenciadora por excelencia —aunque no necesariamente la única—, que permitía distinguirlo de otros ordenamientos normativos, como por ejemplo, el moral (42).

Esta conclusión es perfectamente lógica, porque si el Derecho (en este caso, las normas jurídicas) es considerado como un simple acto de voluntad, tanto el contenido de lo prescrito, como la consecuencia en caso de no acatar dicha prescripción, dependen en último término de dicha voluntad. De ahí que este voluntarismo no haya desaparecido, “puesto que las proposiciones prescriptivas pertenecen a la categoría general de las manifestaciones de voluntad y no a la de los actos de conocimiento” (43).

40. Considerazioni in margine”, cit., p. 237.

41. *El positivismo jurídico*, cit., p. 157.

42. Cfr. *ibid.*, pp. 159-166; Teoría general del Derecho, cit., pp. 113 y 126; “Considerazioni in margine”, cit., pp. 236-237.

43. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 240. Para esta idea, *ibid.*, pp. 238-240. Esto lo señala Bobbio cuando expresa que “toda norma de conducta presupone un juicio de valor” (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965, p. 222).

### 3.3 El criterio diferenciador

Con todo, puesto que la coacción no es un atributo exclusivo de las normas jurídicas, aún queda en pie la pregunta fundamental, esto es, qué es lo que diferencia a la sanción jurídica de cualquier otra. Para responder a esta cuestión, el pensador italiano propone, como se había adelantado ya, cambiar el punto de mira desde la norma aisladamente considerada al ordenamiento en su conjunto. Esto significa “que aquello que permite hablar en sentido técnico de Derecho es la existencia no de un cierto tipo de normas, sino de un cierto tipo de sistemas de normas” (44). De esta manera, el aspecto fundamental que permite distinguir la sanción jurídica, es que la norma sancionatoria debe estar contemplada en el ordenamiento, ser *válida*, esto es, *autorizada* por el propio Derecho (45). O como ha dicho Bobbio, lo importante es que

“[La] sanción jurídica es aquella sanción que viene aplicada en un sistema normativo que, por sus características de reglamentación articulada y sobrepuesta, representa aquel tipo de organización social al que damos habitualmente el nombre de ordenamiento jurídico” (46).

Como se ha dicho, el objetivo de la sanción es dar mayor *eficacia* a la norma violada, y en el caso del Derecho, obtener lo que Bobbio llama “*eficacia reforzada*” (47). Pero no basta con que la sanción esté normada, sino que es importante saber también *cómo* lo está. Por eso, una de las notas distintivas del Derecho radica la regulación específica de la aplicación de la fuerza dentro del grupo

44. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 330.

45. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 128-132; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 131-133.

46. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 331.

47. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 126. En iguales términos, en “Diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 774.

social, lo que caracteriza, según Bobbio, a un Derecho evolucionado (48).

La *institucionalización de la sanción* significa, por tanto, que ésta se encuentre autorizada por el propio ordenamiento jurídico (que la sanción sea "organizada, querida y realizada por el mismo sujeto que ha producido el mandato" (49)), a fin de que no emane de quien no tenga dicha autorización. En otras palabras, lo que busca es evitar la autotutela, o sea, que la fuerza necesaria para aplicar la sanción respectiva emane del propio afectado. Por el contrario, una exigencia que se palpa a cada momento en este planteamiento, es que sea el propio Estado a través de alguno de sus organismos, el que aplique la fuerza en caso de ser necesario, esto es, que exista 'heterotutela', o lo que es igual, que no emane de las partes en conflicto. Y la razón es obvia: sería mucho peor la situación que surgiría en el primer caso. La institucionalización de la sanción, o si se prefiere, la heterotutela como regla general de la aplicación del uso de la fuerza, cuando ello resulte necesario, es un requisito fundamental para mantener la paz social, al convertir a la sanción en un fenómeno *externo, cierto e igualitario*, de tal manera que "la sanción organizada distingue al ordenamiento jurídico de todo otro tipo de ordenamiento" (50).

Ahora bien, para que una sanción pueda aplicarse de este modo, se requiere de la existencia de una *estructura idónea*, que permita llevarla a cabo. Es decir

"La aplicación de la sanción presupone un *aparato coercitivo*, y el aparato coer-

48. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 124-126; "Comandi e consigli", cit., pp. 385-386; "Diritto" en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., pp. 772 y 774; *La consuetudine come fatto normativo*, Padua, Cedam, 1942, pp. 1-4; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 157-164; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 326-331.

49. *El positivismo jurídico*, cit., p. 191. Cfr. *ibid*, pp. 157 y 166-167; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 124-126.

50. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 160. Para estas ideas, *ibid*, pp. 124, 126, 130, 159-160, 187 y 189; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 327-331.

citivo 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" (51).

Como resulta obvio, este aparato presupone una regulación, o como lo llama Bobbio, de la institucionalización de la sanción. Es precisamente en su *institucionalización* donde radica gran parte de su diferenciación, porque ella permite no sólo tener mayor *certeza* de la misma, sino también dotarla de *proporcionalidad e imparcialidad*, porque su ejecución queda entregada a *órganos* también instituidos previamente y con sus poderes cuidadosamente establecidos, lo que permite garantizar la *seguridad* y el *orden* (52).

"Por sanción regulada se entiende una sanción preordenada y disciplinada de la misma forma y a través de las mismas fuentes que las normas que imponen una conducta de cuyo incumplimiento la sanción es la respuesta. Esta disciplina generalmente establece: 1º que una sanción debe ejecutarse, 2º que la sanción deberá ser de un cierto tipo; 3º que deberá ser mantenida dentro de ciertos límites; 4º cuáles son las personas encargadas de aplicarla. Y sobre todo, sirve para garantizar las reglas así sancionadas, contra la incerteza de la respuesta a la violación (que es una característica común a las reglas morales y sociales), para evitar la desproporción entre violación y respuesta (que es el defecto característico de las reglas sociales), y por último, para atribuirles la máxima eficacia" (53).

Dicho de otra manera, la regulación normativa de la sanción permite responder a cuatro interrogantes que surgen a su respecto: *quién, cómo, cuándo y cuánto* se sanciona. *Quién*, se refiere a que la sanción sea ejercida por el Estado y sus órganos, siendo su aplicación en muchos casos, un poder y un deber al mismo tiempo. *Cómo*, se relaciona al procedimiento establecido para aplicarla, lo que da garantías a los ciudadanos en el sentido que no se produzcan abusos a su respecto. *Cuándo*, se refiere a la circunstancia o condi-

51. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 131, cursivas nuestras. En igual sentido, "Diritto" en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775.

52. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 124-126; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 136-137, 326-327 y 329-331.

53. "Diritto" en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 774.

ción en virtud de la cual ella se aplica, que en este caso, corresponde al ilícito. Por último, *cuánto*, alude a la proporcionalidad entre el ilícito y el castigo correspondiente, también para evitar la arbitrariedad<sup>(54)</sup>.

Precisamente la institucionalización de la sanción permite explicar mejor algo que a primera vista pareciera una 'patología' de las sanciones jurídicas: las llamadas 'sanciones positivas' (aunque el nombre no pareciera el más adecuado, por la inevitable vinculación de 'sanción' a 'castigo') o 'premios', esto es, en la posibilidad, también existente en sede jurídica, de que la norma no intente instar al cumplimiento de lo prescrito por ella sólo con castigos o amenazas, sino con consecuencias positivas, agradables, favorables, ofreciendo ventajas o beneficios para quien las cumpla. Lo anterior implica pasar desde un enfoque represor y protector a otro que se centre en el Estado asistencial, que cumple tareas, promocionando conductas<sup>(55)</sup>. Con todo, y 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<sup>(56)</sup>.

"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,

54. Cfr. *El positivismo jurídico*, cit., pp. 167 y 190-191; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 341-342; "Diritto" en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 774; "Comandi e consigli", cit., p. 386; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 125, 130 y 159-160; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 330-331.

55. Las principales obras de Bobbio sobre este tema son: *Dalla Struttura alla Funzione*, cit., pp. 66-75, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 257-260 y 266-267, *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 315-317; "La funzione promozionale del diritto rivistata", en AA. VV., *Incentivi C. E. E. per la riforma delle strutture economiche*, a cargo de Laura Forlati Picchio, Padua, Cedam, 1985, pp. 1-24 y 32-34.

56. Cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 260-261, 276-278 y 384-385; *Dalla Struttura alla Funzione*, cit., p. 72; "La funzione promozionale del diritto rivistata", cit., pp. 3-4.

Sobre este tema hemos tratado en Silva Abbott, Max, "Normas, castigos y premios en la teoría jurídica de Bobbio", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. XVIII (2000), pp. 409-428.

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"<sup>(57)</sup>.

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 tipificada por una norma secundaria, que la hace proporcional, imparcial, cierta y constante. Mas, desde una perspectiva meramente formal, no se diferenciaría de las sanciones negativas, entendidas como coacción institucionalizada, porque a fin de cuentas, todas emanan de una norma jurídica. Con todo, nada obsta a que una norma tenga a la vez, sanciones y premios. Sin embargo, la presencia de las sanciones positivas permite 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, y según se ha comentado, el Estado no ejerce directamente la fuerza sobre el sujeto recalcitrante, 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 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, por lo general, un *comportamiento determinado*. Por eso señala Bobbio que la sanción (positiva o negativa) es simplemente 'una prescripción más'<sup>(58)</sup>.

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 caracterizadoras 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 negati-

57. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 384.

58. Cfr. *ibid*, pp. 386-387.

vas, 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' (59).

Por eso, uniendo todo lo dicho respecto de la diferenciación entre sanción y coacción, la institucionalización de la sanción y las sanciones positivas, concluye Bobbio:

"Respecto a la segunda teoría, a la de la coacción, la referencia a las sanciones positivas tiene en cambio un saludable efecto corrector. En efecto, quien, como Kelsen, entiende que la característica de la sanción jurídica consiste en el uso de la fuerza física, por lo que son sanciones jurídicas solamente la pena y la ejecución forzosa, está obligado, aunque no se dé cuenta del todo, a excluir de la categoría de las sanciones jurídicas a las sanciones positivas. No hay duda de que la fuerza física viene usada o para infringir una pena o para reparar las consecuencias de una acción dañosa a la sociedad, en ambos casos para poner en práctica una sanción negativa. Pero, en mi opinión, hay otro modo más correcto de interpretar la sanción jurídica en términos de coacción: la sanción jurídica no consiste, a diferencia de las sanciones sociales, en el uso de la fuerza, es decir, en el conjunto de medios que vienen empleados para obligar con la fuerza, para 'forzar' al recalcitrante, sino en una reacción a la violación, cualquiera que sea, incluso económica, social o moral, que viene garantizada en última instancia por el uso de la fuerza. El resarcimiento de un daño, el pago de una multa, el derribo de un muro abusivo no tienen nada que ver con el uso de la fuerza: son pura y simplemente cumplimiento de obligaciones secundarias. La ligazón de estas obligaciones secundaria en las que consiste la sensación jurídica con la fuerza, está en el hecho de que su cumplimiento está garantizado primero por la amenaza de poner en marcha, y por la puesta en marcha después, de un aparato ejecutivo dotado de medios coactivos que son o tienden a ser irresistibles, con el fin de obtener con la fuerza el cumplimiento de la obligación secundaria o bien un cumplimiento alternativo o sustitutivo" (60).

Son precisamente estas consideraciones las que permiten abordar una serie de impugnaciones que ha sufrido la teoría tradicional de la sanción jurídica.

59. Cfr. *Dalla Struttura alla Funzione*, cit., pp. 82-85.

60. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 387.

### 3.4 Algunas críticas a la teoría tradicional de la sanción

La teoría de la sanción ha recibido varias críticas. Con todo, para Bobbio ellas no logran quitarle su importancia, sino que en realidad, permiten situar el problema en sus justos términos, y en parte explica, como se ha adelantado ya, el cambio de mira desde la norma aisladamente considerada al ordenamiento en su conjunto. Las impugnaciones esgrimidas ha sido fundamentalmente cuatro:

- a) La adhesión espontánea;
- b) Las normas sin sanción;
- c) Los ordenamientos sin sanción; y
- d) Las normas en cadena al infinito.

a) En cuanto a la *adhesión espontánea* de las normas jurídicas (sea por consenso previo, convicción o hábito de los destinatarios), pese a reconocer este hecho, en opinión de Bobbio, ello no hace superflua la existencia de la sanción, sino que en el fondo, la presupone, de tal modo que sigue siendo un elemento ineludible para el fenómeno jurídico. Para que de verdad la sanción fuera superflua, la observancia espontánea debiera ser general y constante, lo que de hecho, no ocurre (61).

b) Por su parte, las *normas sin sanción*, han llevado a diversos sectores a considerar errado ver en la sanción un elemento imprescindible de toda norma jurídica (62). Este fenómeno merece una respuesta un poco más compleja, y debe abordarse, como se ha dicho, desde el sistema normativo y no a partir de la sola norma. Ahora bien,

61. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 127-128 y 136-137; "Diritto" en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 342-343.

62. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 129-130 y 137. Debe hacerse presente que Bobbio tampoco considera correcta la teoría contraria, según la cual, sólo las normas con sanción serían jurídicas. (Cfr. *ibidem*; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 164-168; "Diritto" en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 343-344).

aun cuando “la presencia de normas no sancionadas en un ordenamiento jurídico es un hecho incontestable” (63), ello puede darse en dos clases de normas:

- i) Aquellas para cuya eficacia se confía en la adhesión espontánea, en razón de su contenido justo; y
- ii) Aquellas de rango superior en el sistema —como por ejemplo, ciertas normas constitucionales—, ya que al no tener otras normas sobre sí mismas, la presencia de una sanción en caso de ser incumplidas resulta imposible o inoportuna. La ausencia de sanción no se debe aquí, pues, a un defecto de las normas, sino a una circunstancia particular de esta clase de prescripciones: al ser *las fuentes del poder*, no existe otra fuerza sobre ellas, pues en caso contrario, no serían realmente el origen del poder supremo. En consecuencia, el papel de la fuerza varía según cuál sea el nivel en el que se esté dentro del sistema: mientras que con respecto a las normas inferiores sirve para *aplicar* la sanción —y conseguir así la *eficacia* de las mismas—, en las superiores sirve para *crearlas* o *producirlas*, esto es, obtener su *validez* (64).

En consecuencia, la necesidad de la sanción como garante de la efectividad de las normas jurídicas sigue siendo imprescindible, pues

“La adhesión forzada requiere un aparato de órganos y de funciones que se sobrepone y completa un determinado sistema normativo. Este aparato tiene un cierto fin, que es el de reforzar la eficacia de las normas, y produce un cierto efecto, el de obtener la obediencia aun cuando el asociado sea reacio a obedecer. [...] la presencia de este aparato es lo que distingue un ordenamiento de otro, cualesquiera que sean las consecuencias que tenga en el modo como se manifiesta la obediencia” (65).

Por eso, la sanción institucionalizada no mira tanto a la norma individualmente considerada como el ordenamiento en su conjunto.

63. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 130.

64. Cfr. *ibid*, pp. 130-131.

65. *Ibid*, pp. 128-129.

Por tanto, la sanción sirve realmente para distinguir *un sistema de otro*, más que para poder diferenciar normas entre sí individualmente consideradas. Esto es, el ordenamiento será jurídico si la mayor parte de sus normas se encuentran respaldadas por una sanción coactiva (66).

c) Ha sido en virtud de los *ordenamientos sin sanción* que ciertos sectores han negado carácter jurídico al Derecho internacional. Para Bobbio la objeción se supera si se considera que al estar actualmente en una época en que la guerra se encuentra regulada, este sector del Derecho también posee un sistema sancionatorio, si bien basado en la *autotutela*. Por tanto, todo sistema de normas —como la moral y los usos sociales— posee su aparato sancionatorio para evitar caer en desuso, no siendo el Derecho internacional la excepción (67).

d) Por último, queda la crítica de las *normas en cadena al infinito*, es decir, aquella teoría que sostiene que una norma —llamada *norma primaria*— requiere para su eficacia de una norma sancionatoria —la *norma secundaria*—, que a su vez necesitaría de otra norma sancionatoria —la *terciaria*— para garantizar su eficacia, y así indefinidamente. De esta manera, al depender en cada caso la eficacia de otra norma posterior y así de manera ininterrumpida, no habría realmente tal eficacia, del mismo modo que ante una cadena interminable de causas, el proceso no podría realmente iniciarse, quedando así en la nada.

Aquí la respuesta de Bobbio, es doble. En primer lugar, niega que todas las normas jurídicas tengan esta pretendida estructura en cadena, poniendo como claros ejemplos las normas del ordenamiento que no tienen sanción —aunque no sean la mayor parte— y aquellas respecto a las cuales se da la adhesión espontánea. En

66. Cfr. *ibid*, pp. 128-130.

67. Cfr. *ibid*, pp. 125 y 132-135; *El positivismo jurídico*, cit. pp. 164 y 168; “Diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., pp. 775-776; “Algunos argumentos contra el Derecho natural” en AA. VV., *Crítica del Derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966, traducción de Elías Díaz, pp. 223-225; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 330.

segundo lugar, apela al poder superior, que por ser tal, y al no tener nada sobre sí mismo, da origen a las normas sin sanción, tema que también ya se ha comentado (68).

Es decir, la eficacia no dependería de una cadena exponencial de normas sancionatorias, sino de la existencia de un *poder supremo* que se basta a sí mismo, lo que por su parte, se relaciona a la *norma hipotética fundamental* y al *poder soberano*, tema que evidentemente, escapa al presente trabajo (69).

De esta manera, para Bobbio las cuatro objeciones mencionadas no hacen más que reflejar las limitaciones propias de la teoría normativa. Por dicho motivo, la sanción por sí sola no basta para encontrar el elemento diferenciador del fenómeno jurídico, según se ha dicho, no tanto por estar errado, sino por la perspectiva empleada, esto es, la de la norma aisladamente considerada, todo lo cual se supera si se analiza, en cambio, al ordenamiento en su conjunto. Esto permite, en opinión de Bobbio, no sólo contrarrestar esas críticas, sino también superarlas, al quedar absorbidas dentro del mismo. También la pertenencia al ordenamiento permite explicar, como se ha mencionado, la existencia de las sanciones positivas (70).

Es decir, todo lo anterior lleva a concluir a Bobbio que se está en presencia de un sistema complejo de normas:

“el ordenamiento jurídico puede ser considerado como un sistema normativo complejo, como un sistema en el que no existen solamente normas reguladoras de la conducta de los asociados o normas de primer grado, sino existen también normas de segundo grado, que regulan el modo de producir y el mo-

68. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 135-137; “Diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 344.

A una conclusión diametralmente opuesta llega Guastini al comentar este tema (cfr. Guastini, Riccardo, “Norberto Bobbio: análisis del linguaggio e teoría formale del diritto (I), 1949-1960”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, Bolonia, Il Mulino, vol. VII, pp. 319-320).

69. Sobre esto hemos escrito en Silva Abbott, Max, “La constante relación entre Derecho y fuerza en Norberto Bobbio”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, vol. 9 (2001), pp. 301-349.

70. Cfr. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 310-311.

do de hacer respetar las normas de primer grado. El segundo tipo de normas de segundo grado está constituido por las normas que regulan la sanción, esto es de las normas que hacen de la respuesta a la violación de las normas, propias de todo sistema, que es de costumbre acto espontáneo, un acto a su vez regulado. Es así que partiendo de la consideración del ordenamiento jurídico como sistema normativo complejo, el problema de la sanción jurídica, no diversamente al problema de la norma jurídica, viene visto con una nueva luz, que no es más la de la norma singular, sino la del sistema completo (71).

En efecto, teniendo como criterio juridizador no el que la norma jurídica tenga una sanción, sino *la pertenencia al ordenamiento*, esto es, la *validez*, desde el punto de vista de la norma individualmente considerada, la sanción deja de ser esencial. De esta manera, el elemento diferenciador por excelencia es la *sanción externa e institucionalizada, propia de un ordenamiento jurídico en su conjunto* que permite alcanzar una *eficacia reforzada*, aun cuando ella no exista en todas y cada una de las normas que lo componen.

Pero que la sanción deje de ser el elemento diferenciador en cuanto a la norma individualmente considerada no quiere decir que respecto del ordenamiento en su conjunto ocurra lo mismo. En el primer caso, depende de la validez de la norma, porque para que exista sanción, la norma debe pertenecer al sistema, ser válida. Es decir, la juridicidad de la norma individualmente considerada no viene dada por la sanción —al existir normas sin sanción, o la adhesión espontánea, como se ha dicho—, sino por pertenecer al sistema (72). En el segundo caso, esto es, en cuanto al sistema en su conjunto, se da la relación contraria: la existencia misma del ordenamiento depende de su eficacia. Y como el objetivo de la sanción es garantizar la eficacia, el ordenamiento en su conjunto depende de lo desarrollado de su aparato coactivo (73). De ahí que en su

71. *Ibid*, p. 330.

72. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 95.

73. Cfr. *ibid*, pp. 130 y 160; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 310; *El filósofo y la política*, cit., pp. 129-130.

opinión, “un ordenamiento es tanto más ‘jurídico’ [...] cuanto más perfeccionadas estén las técnicas sancionatorias” (74).

### 3.5 Ordenamiento jurídico, coacción y poder

En consecuencia, en opinión de Bobbio la coacción es un *concepto irrenunciable*, parte del ‘núcleo duro’ del positivismo, pues “la tutela deriva de la naturaleza binaria de la norma jurídica” (75):

“El positivismo jurídico se caracteriza por el hecho de que define constantemente el Derecho en función de la coacción, en el sentido de que considera que es un elemento esencial y típico del Derecho” (76).

Con todo, y según se ha adelantado, esta regulación del uso de la fuerza varía al interior del ordenamiento, o lo que es lo mismo, no se presenta con igual intensidad en todos sus niveles. El ordenamiento se estructura como una pirámide de normas y de poderes, dependiendo de dónde se lo mire. Por eso según Bobbio, norma y poder son como dos caras de la misma medalla. Ahora bien, como el Derecho tiene la capacidad de hacerse obedecer por la fuerza, una norma no sólo delega el poder de crear a su vez otra norma,

74. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 132. Para esta idea en general, cfr. *ibid*, pp. 128-129 y 132-133; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 331-333.

75. *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., p. 71. Para esta idea en general, *ibid*, pp. 70-72; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 107-108 y 338; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 49-50 y 185; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 157 y 241; *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 20-21.

76. *El positivismo jurídico*, cit., p. 157. En un sentido similar señala: “Por consiguiente, la Teoría del Derecho como regla coactiva y la Teoría del Derecho como emanación del poder soberano llegan a la misma conclusión [...] y] una vez que se ha definido el Derecho a través del poder soberano, se ha dado el paso de la norma particular al ordenamiento en su conjunto”. (*Teoría general del Derecho*, cit., p. 158).

inferior sino además, la facultad de hacerla obedecer por la fuerza, esto es, la dota de coacción (77).

De este modo, los niveles de coacción varían en el ordenamiento, en función de la *jerarquía* de las normas que lo componen. Es así como en los planos inferiores existirá un gran aparato coactivo para hacer cumplir lo que las normas establecen, pero en los estratos más altos, la situación es la inversa. Y mientras más alto se suba, más tenue resultará este aparato coactivo. La razón radica, fundamentalmente, en que en los niveles más elevados existen menos instancias superiores a las que acudir, y llegará incluso el momento en que no habrá ninguna. Es en este plano donde poder y aparato coactivo coinciden (78).

En consecuencia, la relación entre Derecho y fuerza variará diametralmente, dependiendo del nivel desde el que se mire. En efecto:

“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 coercitivo 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 posible añadir una fuerza coercitiva porque la contradicción no lo permite, esto es porque si esta fuerza existiera, ese poder ya no sería supremo. [...] De ahí que pueda concluirse que] en los planos más bajos *la fuerza está al servicio del Derecho*; en los planos más altos *el Derecho está al servicio de la fuerza*” (79).

Es decir, mientras en el ápice la fuerza sirve para *crear* o *producir* el Derecho, en los planos más bajos, sirve para *aplicar* —para hacer eficaz— el Derecho ya producido (80).

77. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 175-179; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 310-312.

78. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 130-132.

79. *Ibid*, p. 131, cursivas en el original. En igual sentido, “Diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775.

80. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 131-132 y 168-169; “Diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 344; *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, traducción de Alfonso Ruíz Miguel, 2ª edición, 1990, p. 356.

En todo caso, esta constatación no debiera sorprender, dado el enfoque avalorativo propugnado por el positivismo jurídico:

“En cuanto a la reducción del Derecho a la fuerza, es dable responder que como el positivismo no es una teoría acerca de la justificación del Derecho, no justifica la fuerza, así como no justifica ningún otro fundamento que se quiera atribuir al Derecho” (81).

Ello explica por qué las normas superiores no tienen sanción: porque no existe una instancia más alta —al estar en presencia del poder soberano—, ni tampoco una norma que establezca una sanción, pues para el positivismo toda violación presupone una norma. Se trata por tanto, de una *razón de hecho*. Por eso en este caso una actuación contraria a las demás normas —inferiores— del ordenamiento no implicaría una violación, sino una *modificación* del mismo (82). De ahí que también se pueda decir que las normas superiores pierden eficacia (83).

Es por eso que Derecho y poder son “dos caras de la misma medalla” (84). El Derecho es una sucesiva delegación de poderes, por lo que el poder es un medio de producción y a la vez, un medio para hacer eficaz al Derecho, todo lo cual se vincula y depende del poder soberano.

Esto significa que la teoría de la fuerza como objeto de regulación del Derecho será, en definitiva, aceptada parcialmente por

81. *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 60. La misma idea también en *ibid*, p. 76.

82. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 131-132.

83. Cfr. “Diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775.

84. Cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 172-177 y 310-312; *El positivismo jurídico*, cit., p. 204; *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed. cit., pp. 356 y 361-362; *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1993, pp. 114-115, 123-126 y 136-139; *El futuro de la democracia*, cit., p. 14; “Derecho”, en Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola, Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de la Política*, México-España-Argentina-Colombia. Siglo XXI editores, 7ª ed. 1991 (1ª ed., 1981-1982), traducción de José Ardicó, Martí Soler y Jorge Tula, pp. 453-454.

Bobbio, si bien referida sólo a las normas de estructura. Por eso señala que

“Para las normas secundarias, para las verdaderas normas jurídicas, no sólo no valdría la afirmación de que las normas jurídicas pueden tener cualquier contenido sino que debería valer la afirmación contraria: las normas jurídicas no pueden tener más que un contenido, que es, como se ha intentado ilustrar en estas páginas, el ejercicio de la fuerza. Una de las paradojas que la teoría examinada pone en claro es también ésta: la teoría que habitualmente se considera como una de las cimas extremas del formalismo jurídico es en realidad la única que da una definición del Derecho, entendido como ordenamiento jurídico en su conjunto, partiendo exclusivamente del contenido de sus reglas” (85).

Por eso señala Bobbio también que se va formando “... un sistema tendencialmente coherente y completo de normas de segundo grado que regulan el modo con que la sociedad considera conveniente reaccionar a la violación de las reglas de primer grado” (86).

Es esto lo que lleva a concluir que pese a afirmar muchas veces lo contrario, la sanción sigue siendo para Bobbio “el elemento esencial y típico del Derecho” (87):

“Hay sustancialmente dos teorías predominantes sobre la sanción jurídica: la que da especial relieve al aspecto de la institucionalización, es decir, al hecho de que la respuesta a la violación de las normas del sistema, en el caso del sistema jurídico, está a su vez regulada por normas del sistema que tienen la función de que esta respuesta sea lo más constante posible, proporcionada al delito, imparcial y cierta; y la que, acentuando el momento del ejercicio de la fuerza por parte del poder constituido, identifica la sanción jurídica con la coacción, es decir, con ese especial modo de infringir un mal que es el ejercicio de la fuerza física. Estas dos teorías no son en absoluto incompatibles; al

85. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 348.

Con todo, debe recordarse que en alguna oportunidad, Bobbio había rechazado esta teoría, al señalar expresamente que a su juicio el contenido de las normas jurídicas no podía coincidir sólo con la regulación del uso de la fuerza (cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 95-96; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 164-168).

86. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 331.

87. *El positivismo jurídico*, cit., p. 157. Para estas ideas, *ibid*, pp. 159-166.

contrario, se han ido acercando en las teorías del derecho más recientes hasta integrarse mutuamente. Esta integración se ha producido en la teoría —compartida por un normativista independiente como Kelsen y por realistas escandinavos como Olivecrona y Ross— según la cual, lo que distingue a un ordenamiento jurídico de cualquier otro ordenamiento normativo es la regulación del ejercicio de la fuerza, es decir, la coacción institucionalizada” (88).

Lo anterior se refuerza, por otra parte, si se tienen en cuenta las críticas que Bobbio formula al Derecho natural, en particular, cuando apunta a su falta de eficacia. En efecto, a su juicio, al Derecho natural le falta vigencia, y entiende por *vigente*, aquella regla jurídica “efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas” (89), precisamente lo que es su opinión, falta en “ese Derecho imperfecto, es decir, *incoercible*, que es el Derecho natural” (90), en virtud de carecer del llamado “principio de eficacia” (91), esto es, que sus dictámenes se encuentren “garantizados por un poder organizado capaz de constreñir” (92).

Por igual motivo, como la esencia del Derecho es la coacción, las normas permisivas son una excepción: suponen un sistema imperativo, motivo por el cual siempre son expresas (93). De ahí que “la función de las normas permisivas es la de eliminar un imperativo en determinadas circunstancias o con referencia a determinadas personas,

88. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 386.

89. *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 42.

90. *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Madrid, Debate, 1985, traducción de Juan Carlos Bayón, p. 128. La cursiva es nuestra.

91. “Algunos argumentos contra el Derecho natural” cit., p. 222.

92. *Ibidem*. Para esta idea, *ibid*, pp. 221-223 y 236-237; *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 42 y 60-61; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 161; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 157-167; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 124-126.

93. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 96-97.

y, por tanto, las normas permisivas suponen las normas imperativas” (94).

Lo anterior significa además un abierto reconocimiento del voluntarismo implícito en el positivismo jurídico y la constatación del papel fundamental de la fuerza en sus génesis y mantenimiento. El ordenamiento jurídico está estructurado en función de la coacción, o lo que es igual, el Derecho depende de la fuerza (95).

Por tanto, Bobbio arriba a un *concepto funcional de sanción*. Esto quiere decir que para comprender qué significa ‘sanción’ y cuáles son sus características, es necesario antes preguntarse *para qué sirve*. Es ello lo que explica que en el fondo, se la pueda reducir a un simple *medio de conservación del Derecho existente*, para *reforzar la observancia del sistema*, de manera independientemente de su bondad o maldad. Es, simplemente, el mecanismo de reacción ante la violación de lo prescrito por las normas, o si se prefiere, su función consiste siempre en *favorecer su observancia y desfavorecer su inobservancia*, o como lo llama muchas veces, obtener su eficacia reforzada (96). En efecto,

94. *Ibid*, p. 97.

95. Cfr. *ibid*, pp. 185-186.

96. Cfr. *ibid*, pp. 121 y 131; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 325-326; *Estudios de historia de la filosofía*, cit., pp. 265-269 y 277-283; *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed., cit., pp. 360-367; *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 118-121; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 121, 131.

Precisamente la falta de eficacia es una de las principales críticas de Bobbio contra el Derecho natural: “El jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un Derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea Derecho en la misma medida que lo es el Derecho positivo, dando a entender que el mismo carácter que lo distingue del Derecho positivo, o sea el hecho de *no ser vigente*, es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica” (*El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 43. La cursiva es nuestra). O como dice también: “en las expresiones ‘Derecho natural’ y ‘Derecho positivo’ el término ‘Derecho’ viene usado en dos sentidos diferentes [...] Los juristas entienden por Derecho un conjunto de reglas de la conducta humana caracterizadas por el hecho de hacérselas valer por la fuerza [...] Toda regla de conducta atribuye facultades, poderes

“el ordenamiento jurídico es entre los sistemas normativos, uno de aquellos que por la complejidad de su función, que consiste en organizar la vida de grupo a fin de permitir la sobrevivencia de la continuidad, consta de normas cuya observancia es generalmente penosa y es a menudo puesta en cuestión” (97).

La otra posibilidad es modificar las normas incumplidas. Es decir, ante la inobservancia, o se adaptan las normas violadas a la realidad social, o se intenta adaptar la realidad social a lo prescrito por dichas normas, usando para ello el aparato coactivo del Estado. Es este último el objetivo de la sanción, a fin de no caer en la inobservancia para que las normas (o al menos la mayoría de ellas) no dejen de ser eficaces, situación de la que depende la sobrevivencia del sistema jurídico (98).

#### 4. Algunos problemas internos de este planteamiento

Ahora bien, aún cuando muchos de los planteamientos anteriores respecto de la sanción jurídica resultan defendibles, habría que preguntarse, no obstante, si ellos son sustentables desde la óptica ‘objetiva’ o ‘formal’ que sus defensores profesan. Esto es, surge la fundada sospecha de si no será necesario acudir a criterios de contenido, o peor aún, valorativos, para arribar a los resultados a los cuales llega el positivismo jurídico, o si se prefiere, para percatarse si algunas de estas características no sólo razonables, sino incluso ineludibles de la sanción jurídica, son defendibles sólo a partir del enfoque avalorativo y formal propuesto.

Ante todo, uno de los problemas mayores radica en la misma definición de ‘sanción’. En efecto, cuando se habla de ‘sanción’, suele señalarse que ella es una consecuencia ‘desagradable’, o en otras

---

y deberes; pero sólo la regla de conducta de carácter jurídico, según el uso lingüístico de los juristas, atribuye facultades, poderes y deberes garantizados por un poder organizado capaz de constreñir. Ahora bien, lo que falta a la ley natural es precisamente el elemento característico del Derecho, es decir, la eficacia”. (“Algunos argumentos contra el Derecho natural”, cit., p. 222).

97. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 308.

98. Cfr. *ibid.*, pp. 308-309.

ocasiones, una ‘privación de bienes’ de determinado tipo. Y lo mismo podría decirse respecto de las sanciones positivas o premios, que son definidos como ‘ventajas’ o ‘consecuencias agradables’ para el sujeto.

Mas, con esta conceptualización —y de acuerdo a la aguda crítica de Allorio— se ha sobrepasado el ámbito exclusivamente formal y avalorativo, porque la propia calificación de *agradable* o *desagradable* implica una valoración. En consecuencia, como desde la perspectiva bobbiiana esto *no puede ser empíricamente comprobable*, se trata de una calificación subjetiva (99). En efecto,

“En cuanto comportamientos obligatorios, éstos no se distinguen de cualquier otro comportamiento previsto por las normas jurídicas, las cuales deben hacer surgir las obligaciones. Desde el punto de vista formal, o sea, desde el único punto de vista jurídicamente relevante, no hay diferencia alguna en que estas obligaciones sean de los asociados (en el caso de las denominadas normas primarias) o de los órganos judiciales (en el caso de las normas secundarias, que la doctrina común llama ‘sancionatorias’): se trata siempre de *obligaciones*, o sea, de comportamientos cuya calificación deriva de estar previstos en normas imperativas” (100).

‘Sanción’ sería, pues, simplemente aquello que el juez —o un órgano del Estado— debe hacer: un deber y por tanto, formalmente hablando, *una norma, una prescripción como cualquier otra*. Puesto que la sanción no deriva del incumplimiento mismo de la prescripción violada —de su propia malicia—, sino que de *otra prescripción*

---

99. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 64-66, 91 y 138-140; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 34-35 y nota 35 (p. 35); *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 24-25 y notas 6 y 17 (p. 36); “Due variazioni sul tema dell’imperativismo”, cit., nota 13 (p. 75); *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 310-311 y 321.

Las obras del autor aludido son: Allorio, Enrico, “La pluralità dei ordinamenti giuridici e l’accertamento giudiciale”, en *Rivista di Diritto Civile*, vol. I (1955), pp. 247-290; Id., “Osservazioni critiche sulla sanzione”, en *Rivista di Diritto Civile*, vol. II (1956), pp. 1-37.

100. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 138-139.

—en virtud del principio de imputación— “la consecuencia de la trasgresión pone en movimiento otro imperativo” (101).

Es decir, la calificación de *desagradable* o *agradable* para referirse a la sanción —positiva o negativa— significa que el positivismo, al menos en este aspecto, se ha *ideologizado*, pues

“El concepto de sanción puede ser determinado solamente haciendo referencia o 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 cualificante-comportamiento cualificado, el comportamiento ‘sanción’ no se distingue de cualquier otro comportamiento que esté contenido en una norma jurídica” (102).

De esta manera, Bobbio llega a la conclusión de que el concepto mismo de sanción no puede ser definido única y exclusivamente desde una perspectiva ‘formal’; esto es, que necesariamente ha de acudir a elementos *materiales* para explicarla.

En efecto, formalmente hablando, la sanción, sea positiva o negativa, es sólo una prescripción más, *una prescripción como cualquier otra*, y desde este punto de vista, no tiene diferencia alguna con la norma que establece una prestación —la usualmente llamada ‘norma primaria’, o para Kelsen, la ‘norma secundaria’—. La única manera de diferenciarlas es acudir a *elementos extraformales*, “o sea, a elementos que no están implícitos en la estructura normativa del sistema jurídico” (103). De ahí que Bobbio sea tajante al decir que

“el punto de vista formal es insuficiente para explicar y para caracterizar el fenómeno jurídico precisamente porque no logra dar cuenta de la sanción, y, por tanto, para dar una noción que permita distinguir el Derecho de otros sistemas normativos es necesario ir más allá de la prescripción puramente formal” (104).

Lo anterior es importante, porque si se analiza bien desde

101. *Ibid*, p. 66. Para esta idea, cfr. *ibid*, pp. 64-66.

102. *Ibid*, p. 139.

103. *Ibid*, p. 140.

104. *Ibid*, p. 139.

un punto de vista formal-avalorativo, la aceptación de la crítica de Allorio equivale a la “evaporación” del concepto mismo de sanción, puesto que está en juego “la *consistencia misma de la noción de sanción*” (105). De ahí que se concluya que:

“Semejante aceptación por Bobbio de la crítica de Allorio demuestra que, en definitiva, la remisión a la *institucionalización* no sirve para definir o conceptualizar la sanción y, en consecuencia, tampoco como criterio distintivo de las normas jurídicas, sino, en todo caso, del ordenamiento jurídico (y dependiendo lógicamente de lo que se entienda por tal). Por otro lado, la formulación de la aceptación, junto a sus muchas ambigüedades sintácticas, demuestra a la vez la resistencia bobbiana al abandono del criterio denominado ‘sanción’, aunque para ello tenga que afanarse en la búsqueda de una identificación que reproduzca el confusionismo a que han dado lugar hasta ahora la mención al criterio de la ‘forma’ (en este caso a través precisamente de la alusión antagónica al hipotético ‘contenido’) así como el desplazamiento injustificado de la norma al ordenamiento (confusionismo que, por lo demás, tampoco se verá aclarado en otros escritos del autor sobre el tema)” (106).

Por eso dirá en un escrito posterior que “desde un punto de vista puramente estructural y normativo, el concepto de sanción pierde toda consistencia” (107).

En consecuencia, se da la paradoja de que uno de los bastiones del positivismo, la sanción institucionalizada, considerada por ello como el elemento diferenciador del Derecho por excelencia, termina, a la luz de este análisis inspirado en Allorio, contradiciéndose con sus principios formalistas y sus esfuerzos por lograr una aproximación avalorativa al fenómeno jurídico, al depender para su identificación de juicios de valor, los mismos juicios de valor que pretende dejar de lado a toda costa. En realidad, se trata de un hecho notable, porque su esfuerzo permanente ha sido precisamente no valorar, no entrar a calificar, lo que en este caso, se ve obligada a hacer.

105. Para ambas citas, Barrere Unzueta, María Angeles, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 157 y 158, énfasis en el original.

106. *Ibid*, p. 158. Complementa estas críticas con lo señalado en p. 174.

107. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 326, nota 7.

Pero este no es el único problema. Cuando se habló de la institucionalización de la sanción, se señaló que el objetivo de esta regulación del uso de la fuerza era hacerla cierta y proporcionada. O si se prefiere, que pretendía regular *quién, cómo, cuándo y cuánto* sancionar.

Sin embargo, habría que preguntarse tres cosas: en primer lugar, si a estos requisitos de la sanción institucionalizada se ha llegado sólo a partir de una óptica formal; en segundo lugar, si en este caso, se está realmente ante una aproximación *avalorativa* al fenómeno jurídico; por último, si estas características obedecen al Derecho tal como *es* o, por el contrario, pertenecen al Derecho tal como *debería ser*.

En realidad, las respuestas son negativas en los tres casos. En efecto, para arribar y justificar todos los requisitos que exige Bobbio a la sanción, es imprescindible ir más allá del análisis meramente formal y avalorativo de la norma, porque es necesario indagar en su *contenido*. No sólo eso: como prescripción —y esto lo ha reconocido el propio Bobbio—, la norma sancionatoria es una norma como cualquier otra, es una prescripción más <sup>(108)</sup>. En consecuencia, si es posible distinguir la norma sancionatoria de la que establece la prestación, ello se logra no sólo adentrándose en la materialidad de una y otra (esto es, analizando *lo prescrito* por ellas), y no quedándose sólo en su aspecto 'formal', sino además —si bien de manera velada— *calificando* la norma sancionatoria, puesto que permanentemente se la define como aquella que contiene una consecuencia *desagradable* para el infractor de la prestación <sup>(109)</sup>. Es precisamente esto lo que hace dudar de la segunda cuestión planteada, esto es, si se ha tenido una mirada realmente *avalorativa* del fenómeno jurídico. Por último, se percibe claramente también que los requisitos exigidos por Bobbio a la sanción jurídica, pese a su incuestionable y

108. Cfr. *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 139-140.

109. Cfr. *ibid.*, pp. 64-66 y 138-140; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 34-35 y nota 35 (p. 35); *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 24-25 y notas 6 y 17 (p. 36); "Due variazioni sul tema dell'imperativismo", cit., nota 13 (p. 75); *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 310-311.

justa racionalidad, no sólo son advertibles indagando en ese mismo contenido material, sino además, llevan implícita una relación de *proporcionalidad* entre presentación y sanción, lo que choca abiertamente con el principio de *imputación* establecido por Kelsen y al cual Bobbio adhiere.

Pareciera latir así, un Derecho ideal, uno de cuyos vértices fundamentales es la *certeza*. La certeza se persigue precisamente porque mediante la institucionalización de la sanción, se reducen al mínimo las posibilidades de abuso por parte de la autoridad, al existir reglas previas y estables, supuestamente conocidas por todos, lo cual permite a los ciudadanos calcular las consecuencias de sus acciones. O como dice también Bobbio, la institucionalización de la sanción evita la incerteza de la respuesta a la violación, según ocurre en otros sistemas normativos, como la costumbre <sup>(110)</sup>.

Este cúmulo de requisitos se encuentran, por tanto, más vinculados al Derecho que *debe ser* y no tanto al Derecho que simplemente *es*, de acuerdo a los cánones exigidos por el positivismo. Todos estos aspectos aluden, en realidad, a criterios de justicia, de dar a cada uno lo suyo, o si se prefiere, que eluden la arbitrariedad, que pretenden evitar el abuso, tener reglas claras y preestablecidas, características todas que resultan bastante difíciles de defender desde una perspectiva meramente formal o estructural y avalorativa.

Por igual motivo, algo parecido ocurre respecto de la insuficiencia del enfoque formal y avalorativo al momento de diferenciar entre normas 'de comportamiento' y normas 'de estructura' o 'secundarias'. En efecto, las normas 'secundarias' o 'de estructura' aluden inevitablemente a *elementos materiales*; esto es, que hay materias 'estructurales' que tienen sin embargo, importantes elementos de 'contenido', sin los cuales sería imposible siquiera constatar su existencia, como por ejemplo, las normas que regulan la *producción de normas*, las que establecen la *jerarquía* entre las mismas normas, y las que

110. Cfr. "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 774; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., pp. 330-332; *Estudios de historia de la filosofía*, cit., pp. 277-280 y 281-282; *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed., cit., p. 357; *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pp. 70-72; *El filósofo y la política*, cit., pp. 153-154.

determinan las *condiciones de nulidad* de otras normas o de los contratos. En todos estos y en otros casos, la Teoría general se ve obligada a acudir al *contenido material* de estas normas de estructura para poder percatarse de su existencia, o si se prefiere, identificarlas como tales <sup>(111)</sup>.

Por último, se ha señalado que las normas de estructura son igualmente normas 'de conducta', desde el momento en que son *prescripciones*. O si se prefiere, la producción de normas por parte de los órganos encargados, también constituye un *comportamiento*. Por tanto, desde una perspectiva analítica, la diferencia entre normas de comportamiento y de estructura no resultaría tan nítida <sup>(112)</sup>.

En consecuencia, y por todo lo dicho, parece forzoso concluir que la teoría avalorativa o meramente formal se presenta como insuficiente para identificar este importante elemento diferenciador del fenómeno jurídico, la sanción coactiva.

##### 5. Algunas posibles explicaciones a este fenómeno

Resulta evidente, luego de todo lo dicho hasta aquí, que la fuerza constituye un elemento omnipresente dentro del positivismo jurídico normativista, tanto al contemplar la norma aisladamente considerada como desde la óptica del ordenamiento en su conjunto, todo lo cual, en el fondo ha derivado en la identificación del Derecho con la coacción. También la fuerza aparece como una realidad extra-jurídica (manifestada, por ejemplo, en fenómenos como la guerra o la revolución), que a su vez, pueden dar origen a un ordenamiento jurídico, al servir de causa y sostén a una nueva norma hipotética

111. Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, cit., p. 155.

112. Cfr. Barrere Urzueta, María Angeles, *La escuela de Bobbio*, cit., pp. 162-163.

fundamental (tema que no se trata aquí) y por tanto, desde la perspectiva kelseniana, de un nuevo ordenamiento jurídico <sup>(113)</sup>.

De ahí que resulte posible concluir a propósito de estas relaciones entre Derecho y fuerza, que lo que pareciera distinguir al Derecho de una especie de 'estado de naturaleza' de tipo hobbesiano (manifestado en una guerra o en una revolución) no es tanto la ausen-

113. El tema de los vínculos entre Derecho y fuerza o Derecho y poder ha ocupado no pocos escritos del profesor de Turín, tanto jurídicos como políticos. Dichas relaciones pueden a su juicio revestir cuatro formas distintas, dependiendo de dónde se mire el fenómeno:

- a) En una primera aproximación, la fuerza es vista como la *antítesis* del Derecho. El Derecho viene precisamente a sustituir las relaciones de fuerza por otras que permitan una convivencia pacífica;
- b) Desde otro punto de vista, la fuerza adquiere el carácter de *instrumento al servicio del Derecho*, indispensable para su mantenimiento. Como puede fácilmente comprenderse, esto se relaciona al carácter eminentemente *coactivo* del fenómeno jurídico. La fuerza (la sanción institucionalizada) estaría así íntimamente vinculada con la *eficacia* de las tradicionalmente llamadas 'normas primarias' (las que establecen la prestación);
- c) Una tercera posibilidad considera a la fuerza o mejor dicho, al poder, como un *medio de producción jurídica*. En efecto, las normas superiores del sistema delegan parte de su poder en distintos órganos encargados de producir otras normas inferiores de ese mismo sistema, normas que a su vez pueden volver a delegar parte de su poder para la creación de nuevas normas. De ahí que declare Bobbio que "El poder nace de normas y produce normas; la norma nace del poder y produce otros poderes" (*Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, cit., pp. 68-69);
- d) Por último, una cuarta posibilidad es que la fuerza sea considerada como *el origen mismo del fenómeno jurídico*. Esto se relaciona con la norma hipotética fundamental y el poder soberano, instancias a las cuales se remiten —desde una perspectiva kelseniana— todas las normas del sistema. A su vez, lo anterior se vincula estrechamente con las letras b) y c). En efecto, este poder delega parte de sí en otros poderes mediante normas, para la creación de otras normas inferiores nuevas —letra c)—, y garantiza su eficacia mediante la sanción institucionalizada —letra b)—. Mas, para todo este aparataje se requiere de un poder que se baste a sí mismo y en consecuencia, que haya dado origen y en el que se apoye todo un ordenamiento jurídico.

Como dice textualmente, "Donde no hay poder capaz de hacer valer las normas impuestas por él recurriendo en última instancia a la fuerza, no hay Derecho [...] del Derecho como es entendido por el positivismo jurídico, por

cia de la fuerza, sino su *regulación*. O lo que es igual, que la diferencia entre Derecho y guerra no estaría constituida por la presencia de la fuerza en el primero y su ausencia en el segundo, sino *el modo de estar presente*. Por eso no es de extrañar que el Derecho sea considerado a la postre sólo como fuerza regulada, fuerza institucionalizada. De este modo, aún cuando puedan existir sospechas o incluso temores de que el Estado pueda convertirse en un medio de represión, puesto que la fuerza también existe fuera del Estado, en principio sería mejor una represión regulada que una no regulada. Por

---

la doctrina según la cual no hay otro Derecho que el existente, directa o indirectamente reconocido por el poder político. Como principio fundamental del positivismo jurídico se puede asumir la máxima hobbesiana: 'no es la sabiduría, sino la autoridad la que hace la ley'. (*El filósofo y la política*, cit., p. 149).

Visto el problema de manera global, puede apreciarse con más propiedad cómo Derecho y poder (o fuerza) son, como también ha señalado el pensador italiano en más de una oportunidad, 'dos caras de la misma medalla', porque su relación mutua se da en todos los niveles. De este modo, el distinguo entre Derecho y poder pareciera estar no tanto en el hecho de existir la potencia física en el segundo y no en el primero (puesto que en ambos se encuentra presente), sino más bien en su *modo de existir*, esto es, en el hecho de estar *regulada* y las *características de dicha regulación* en el Derecho, y su existencia desregulada o 'natural' en el poder desnudo. De ahí que Bobbio concluya que el Derecho es *fuerza organizada*. Por eso entre la hipótesis *a*) y *d*) no existe tanta distancia como a primera vista pareciera, porque en el fondo, el poder soberano —letra *d*)— es el que ha logrado imponerse a los demás poderes de facto —letra *a*)—, dando origen por este hecho a un ordenamiento jurídico. De alguna manera, los extremos se tocan, y lo que la diferencia sería en realidad, la *organización o regulación* de esta fuerza, porque la potencia física se encuentra presente en ambos casos.

Por todo lo dicho, cfr. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit., pp. 98 y ss.; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 159-160 y 184; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 311-312 y 341-342; *Estudios de historia de la filosofía*, cit., pp. 261-263; *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed., cit., pp. 356-361; *El filósofo y la política*, cit., pp. 149-150; "Diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775.

Sobre esto vid. Silva Abbott, Max, "La constante relación entre Derecho y fuerza en Norberto Bobbio", cit., *passim*.

eso a este hecho (la regulación de la fuerza) pareciera asociarse un valor: la bondad de esta regulación <sup>(114)</sup>.

En realidad, nuevamente se llega a una conceptualización funcional del Derecho y de la fuerza. Por eso no es raro que Bobbio señale que uno de los fines del Derecho "... consiste en la gradual eliminación de las relaciones de fuerza no regulada en que consiste la guerra" <sup>(115)</sup>, con el propósito de sustituirlas por las relaciones de fuerza regulada. Dicho de otra manera, uno de los objetivos del Derecho es la obtención de la *paz* entendida como *seguridad*, siguiendo a Hobbes, lo que se logra estableciendo un poder superior al cual no es capaz de oponérsele ningún otro <sup>(116)</sup>. Esto significa que el concepto de paz (y el de seguridad) no excluye la fuerza: no es sinónimo de ausencia de fuerza, sino más bien de *regulación de la fuerza*. El Derecho sería así una *técnica de control social conducente a obtener la paz social y evitar la guerra*. Esto no quiere decir, por tanto, que gracias al Derecho se eliminen los conflictos, sino que como ellos continúan estando presentes, pueden solucionarse por medios regulados de antemano para mantener o recuperar la paz (entendida como fuerza regulada), si ésta se ha perdido <sup>(117)</sup>.

No otra es la razón por la cual se aprecia una coincidencia entre los conceptos de Derecho y de *paz*, porque para alcanzar la paz resulta imprescindible conseguir previamente el *orden*, orden que a

---

114. Cfr. *Las ideologías y el poder en crisis*, cit., pp. 81 y 85-88; *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit., p. 17; *El futuro de la democracia*, cit., pp. 147-148; "La razón en el Derecho", en *Doxa*, vol. II (1985), p. 124; *El filósofo y la política*, cit., pp. 320-324; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 308-311 y 341-342.

115. "Per una teoria dei rapporti tra guerra e diritto", en AA. VV., *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1967, p. 97. Una idea parecida también en "La certezza del diritto e un mito?" en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, vol. XXXVI (1951), pp. 150-151.

116. Cfr. *El filósofo y la política*, cit., pp. 322-324.

117. Esta es una conclusión muy generalizada en Bobbio. Entre otras obras, cfr. *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit., p. 17; *Las ideologías y el poder en crisis*, cit., pp. 80-81, 85-88; *El futuro de la democracia*,

su vez, presupone una regulación jurídica de la conducta humana amparada en la fuerza, única manera de hacerla realmente eficaz, gracias a su aparato coactivo <sup>(118)</sup>. Como dice Bobbio:

“Naturalmente, volvemos a preguntarnos qué cosa le hemos pedido los hombres al Derecho en los largos siglos de nuestra historia, que no sea *el establecimiento de la paz y del orden*, y qué cosa podríamos desear más, en caso de que nos fuese impedido exigirle orden y paz. [...] Si no deseamos atribuirle aquella [función] consistente en establecer el orden y la paz, estaríamos en la necesidad de reconocer claramente qué valor debería tener en consecuencia para nosotros; de lo contrario no podríamos sustraernos al reproche de continuar hablando de una institución de la cual no supiéramos justificar su existencia” <sup>(119)</sup>.

O como dice en otro lugar:

“Ciertamente, *la paz es el fin mínimo del Derecho*, pero precisamente porque es mínimo puede ser considerado (véase la teoría pura del Derecho de Kelsen) como un propósito común de todo orden jurídico, que al no alcanzarlo no podría ser llamado apropiadamente orden jurídico. En el ámbito de un orden jurídico pueden perseguirse otros fines, paz con libertad, paz con justicia, paz con bienestar, *pero la paz es la condición necesaria para el logro de todos los*

---

cit., pp. 147-148; *El filósofo y la política*, cit., pp. 320-324; “Per una teoria dei rapporti tra guerra e diritto”, cit., p. 97; “La comunità internazionale e il diritto”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. V (1951), pp. 1029-1030; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 90, 198-199; 106-117, 302, 308-311 y 341-342; “Algunos argumentos contra el Derecho natural”, cit., pp. 236-237; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 90-91 y 218-219; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 202 y 233-235; *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 33-34, 54-55, 75 y 78-79; *Estudios de historia de la filosofía*, cit., p. 154; *Thomas Hobbes*, cit., pp. 66, 106-108, 111, 123 y 170; *Autografía*, Madrid, Taurus, 1998, traducción de Esther Benítez, pp. 243 y 259-263.

118. Cfr. *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 33-34; “La comunità internazionale e il diritto”, cit., pp. 1029-1030; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 111-112; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 218-219; *El filósofo y la política*, cit., pp. 320-321.

119. “La comunità internazionale e il diritto”, cit., p. 1030, cursivas nuestras.

*demás fines*, y por tanto se convierte en la razón misma de la existencia del Derecho” <sup>(120)</sup>.

Incluso, y aún a costa de parecer redundante, agrega:

“Hablar de orden es lo mismo que hablar de paz, o más precisamente, de *paz social*. El valor positivo del Derecho viene asumido en función del valor negativo que se atribuye al desorden, a la guerra. [...] El orden tiene un valor por sí mismo, y cualquiera que éste sea, es ya un bien digno de ser perseguido. Cualquier evaluación de la bondad o maldad de un cierto orden trascendería los límites del Derecho y de su función” <sup>(121)</sup>.

En consecuencia, *el Derecho tendría un valor en sí mismo, independientemente de su contenido*, puesto que permitiría alcanzar el orden, entendido como valor instrumental, el cual hace posible a su vez, alcanzar la paz. Esto es fundamental, porque “El problema de la paz es un problema de fondo; la paz es el bien absoluto, condición necesaria para la realización de todos los demás valores” <sup>(122)</sup>.

De este modo, *el fundamento último del Derecho es ideológico*, porque ante la existencia omnímoda de la fuerza, se prefiere al Derecho como fuerza regulada (asimilado a las ideas de orden y paz) en vez de la anarquía, aún cuando esa situación sólo pueda conse-

---

120. *El filósofo y la política*, cit., pp. 320-321, cursivas nuestras.

Otro texto interesante es el siguiente: “... aceptando considerar al Derecho como instrumento técnico para la realización de los más diversos fines, no veo cómo no se le pueda atribuir un valor, un fin propio, independiente no de los fines para los cuales es instrumento: el fin del orden o de la paz”. (“La teoría generale del diritto di Jean Haesaert” en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. XXXII, (1955) p. 216, cursivas nuestras).

121. “Diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 772.

Ideas similares expresa en varios sitios, cuando señala que el Derecho debe proteger ciertos valores: vida, justicia, igualdad, libertad, paz, seguridad (cfr. “Algunos argumentos contra el Derecho natural”, cit., pp. 236-237; *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 198-199; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 90).

122. *Autobiografía*, cit., p. 243.

guirse por medio de un ordenamiento coactivo <sup>(123)</sup>. De esta manera, el Derecho

“tiene como fin mínimo el impedimento de las acciones consideradas más destructivas del conjunto social, la resolución de los conflictos que amenazan, si no son resueltos, con hacer imposible la propia supervivencia del grupo, la consecución y el mantenimiento, en suma, del orden o de la paz social” <sup>(124)</sup>.

Esto significa que no basta con la mera enunciación de normas, porque ello no garantiza la obediencia del sujeto a las mismas. O como dice Bobbio: “Lo que es absolutamente necesario a toda convivencia humana no es sólo la existencia de reglas de conducta bien fundadas, sino también *su observancia*” <sup>(125)</sup>. Para entender esto, conviene recordar la eficacia que atribuye Bobbio a las normas morales. Como se vio, en su opinión ellas son casi ineficaces, porque como por un lado emanarían sólo de las convicciones —‘asumidas’— del propio sujeto, y por otro, nadie puede obligarse a sí mismo, su fuerza vinculante es, por decir lo menos, bastante débil. Esto significa que para el profesor de Turín es inconcebible la idea de *obligación*, en un sentido propio del término, sin acudir a la de *coacción*, como también se dijo, o más directamente, que el concepto de *obligación* manejado por Bobbio coincide con el de *coacción* <sup>(126)</sup>.

Por eso el Derecho puede ser considerado, como ocurre a propósito de Hobbes, “un sólido, [e] inabitable monumento a la doctrina de la obediencia” <sup>(127)</sup>. De ahí que aún cuando “la finalidad

123. Cfr. *El positivismo jurídico*, cit., pp. 202 y 233-235; *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 33-34, 54-55, 75 y 78-79; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 106-110, 112-117 y 302; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 218-219; *Thomas Hobbes*, cit., pp. 106-108, 111, 123 y 170.

124. “Derecho”, en *Diccionario de Política*, cit., p. 453; *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed., cit., p. 356; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 111-112.

125. *El tiempo de los derechos*, cit., p. 215, cursivas nuestras.

126. Cfr. *El filósofo y la política*, cit., p. 235; *Thomas Hobbes*, cit., p. 56.

127. *Thomas Hobbes*, cit., p. 171.

de cualquier legislador no es la de organizar la fuerza, sino la de organizar la sociedad mediante la fuerza” <sup>(128)</sup>, puesto que existe la posibilidad de violar las normas y el orden establecido, el ordenamiento jurídico termina apoyándose en la eficacia a fin de mantenerse vigente <sup>(129)</sup>, aún cuando no baste sólo la eficacia o la fuerza para mantener ‘vivo’ al fenómeno jurídico <sup>(130)</sup>.

Tal vez por eso, ha apuntado Greppi que esta omnipresencia del poder como factor esencial del fenómeno jurídico ha influido incluso en la óptica funcionalista de Bobbio, puesto que

“el Derecho viene a ser analizado, precisamente *en función del poder*, como instrumento que éste emplea para realizar determinados fines y, por lo tanto, como instrumento para dirigir, condicionar y controlar el sistema social. No es casual por ello que el estudio del concepto de sanción (es decir, de la principal expresión del poder del Estado) se convierta en uno de los principales temas del análisis funcional del Derecho en Bobbio” <sup>(131)</sup>.

Visto todo lo anterior, es posible, por último, arribar, a modo de corolario, a algunas conclusiones.

128. *Teoría general del Derecho*, cit., p. 187.

129. Cfr. *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, cit., p. 308; *El filósofo y la política*, cit., pp. 321-322; *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 60-61; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 124-125, 313-314, 340 y 348; *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 159-160 y 168; “Comandi e consigli”, cit., pp. 385-386; *El positivismo jurídico*, cit., p. 45.

130. Cfr. “Diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 775; *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 17 y 52; “Considerazioni in margine”, cit., pp. 245-246; *Teoría general del Derecho*, cit., p. 137; *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit., pp. 107-108.

También habla de esto a propósito de la norma de reconocimiento de Hart, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 324-325.

131. Greppi, Andrea, “Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII (1995), p. 549. Para esta idea, *ibid.* pp. 549-550.

6. *Algunas conclusiones*

Para intentar comprender el planteamiento bobbiano, resulta imprescindible tener en cuenta las relaciones entre Derecho y poder, porque como ha dicho, el Derecho se sostiene en última instancia en la fuerza. Esto significa que detrás de la fuerza que logra imponerse existe una *voluntad*, que se expresará por medio de ese aparato coactivo. Es este voluntarismo una de sus principales diferencias con el Derecho natural, que pese a sus variadas manifestaciones, acaba 'reconociendo' algo que está por eso, más allá de dicha voluntad. En consecuencia, si para el positivismo el Derecho depende de esa voluntad, al ser algo *artificial* (por lo cual pertenece al mundo del *Sollen*), requiere no sólo de un sistema de *producción jurídica*, sino también de un *aparato coactivo* que tiene por misión mantener esta voluntad, precisamente por su *artificialidad*. Esta es la razón por la cual no se lo considera un sistema 'estático', sino 'dinámico', porque las normas no son deducidas, sino *producidas* <sup>(132)</sup>:

"En cuanto se sostenga que se puede hablar de Derecho solamente concibiéndolo como un producto de la voluntad humana, al igual que lo concibe la doctrina del positivismo jurídico, también es necesario, para que las normas jurídicas sean producidas, que alguien tenga el poder de hacerlo" <sup>(133)</sup>.

De tal suerte, si todo depende de esa voluntad, no habrá más Derecho que el emanado de dicho poder, "lo que equivale a decir que no se puede dar la existencia de normas jurídicas sin presuponer la existencia de individuos o de cuerpos colectivos que mantengan y ejerciten legítima y regularmente el poder" <sup>(134)</sup>. De ahí también que la eficacia juegue un papel fundamental, porque el ordenamiento debe protegerse contra la erosión de los comportamientos contrarios, que dependerán a su vez, de otras voluntades. Por igual

132. Cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed., cit., pp. 358-359; *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 311.

133. *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed., cit., p. 359.

134. *Ibidem*.

motivo, "lo importante en toda sociedad es que hayan 'pasiones' y 'resortes' que introduzcan al súbdito a cumplir su deber, ante todo el de obedecer a las leyes" <sup>(135)</sup>.

Ahora bien, dado el anterior razonamiento, resulta evidente que una desobediencia abierta contra el orden instituido atenta gravemente contra su misma existencia, puesto que el ordenamiento en su conjunto depende de la eficacia. A fin de cuentas, el problema podría reducirse a un *choque de voluntades*. Para evitarlo y lograr la eficacia, la obediencia de los súbditos puede obtenerse por varios medios, como el miedo o la costumbre, por ejemplo. En todo caso, Bobbio exige la eficacia general del ordenamiento, no la de todas y cada una de sus normas. Por eso una norma aisladamente considerada puede ser válida sin ser eficaz, mas el ordenamiento en su conjunto para ser válido, debe ser previamente eficaz, al menos en su mayor parte <sup>(136)</sup>. Por igual motivo, para hablar de ineficacia, sería necesaria una actitud confrontacional total, puesto que para Bobbio no acata el sistema quien no acepta ninguna norma del mismo. Por tanto, sólo si la mayoría de los ciudadanos no obedece al ordenamiento, puede originarse su crisis <sup>(137)</sup>.

Lo importante es que la fuerza se convierte así, en el *quid* del fenómeno jurídico, porque si a fin de cuentas todo se reduce a un *choque de voluntades autónomas* y no se reconoce un estatuto racional para la ética, *no existe una forma real de distinguir entre voluntad legítima o ilegítima*, o si se prefiere, *se hace imposible saber quién tiene razón*. Si todas las convicciones son igualmente defendibles o 'verdaderas' —'asumidas'—, sólo se impondrá la más fuerte.

En consecuencia, si se mira este problema como el choque de varias voluntades, una posible interpretación de lo que señala Bobbio a este respecto, es que el Derecho —el ordenamiento jurídico— sólo tolerará oposiciones a sí mismo pacíficas y realizadas por medio

135. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Año académico 1975-1976*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, traducción de José Fernández Santillán, p. 132.

136. Cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 125-126.

137. Cfr. "Considerazioni in margine", cit., pp. 344-345.

de los cauces que previamente establezca, como parece desprenderse de lo que entiende por 'desobediencia civil'. Sería pues, un expediente otorgado, no reconocido por el propio ordenamiento —y que por tanto, puede perfectamente no existir—, que permitiría sólo reformarlo por vías preestablecidas, pero que siempre presuponen su acatamiento general y en principio, el reconocimiento de su legitimidad (138).

Al contrario, como el Derecho descansa en última instancia en la eficacia, una oposición frontal al mismo no puede ser tolerada, motivo por el cual el ordenamiento (y en el fondo, la voluntad que se encuentre detrás) hará todo lo que esté a su alcance para impedirlo, porque con ella se pone en juego su propia existencia. De ahí que echará mano de todo su aparato coactivo y los demás medios de que disponga (como la promoción de conductas determinadas mediante 'sanciones positivas', por ejemplo) para mantenerse a sí mismo (139).

En consecuencia, las actitudes que pueden asumir los destinatarios en caso de no estar de acuerdo con lo prescrito por el ordenamiento jurídico, son tres: *a*) la obediencia externa y general al Derecho, aún a regañadientes; *b*) una obediencia similar, aunque si existe la posibilidad, instando por su modificación parcial sólo a través de los mecanismos establecidos para ello (y sólo si están previamente establecidos); y *c*) por último, oponerse frontalmente al mismo, pero colocándose fuera de la legalidad —lo que equivale a una revolución—, que intenta sustituir al poder soberano establecido por otro. Con todo, el problema radica en que es perfectamente posible que el ordenamiento jurídico no establezca expedientes para posibilitar la desobediencia civil, lo cual llevaría a concluir que ante el ordenamiento injusto, sólo quedaría la sumisión o la vía violenta, lo que cristalizará en un choque de fuerzas.

138. Bobbio ha tratado este tema sobre todo en "Desobediencia Civil", en *Diccionario de Política*, cit., pp. 477-482.

139. De hecho, es esto mismo lo que aprecia cuando Bobbio habla de positivismo jurídico entendido como una "teoría" o "concepción" determinada del Derecho, vinculada al surgimiento del Estado moderno y al concepto de soberanía.

Esta conclusión no resulta extraña, si se consideran las diferentes relaciones que ha establecido el pensador italiano entre Derecho y fuerza o entre Derecho y guerra: el Derecho como fenómeno de poder, se mantendrá sólo mientras ese poder siga siendo lo mínimamente fuerte como para impedir ser sustituido por otro.

Ahora bien, una de las posibles explicaciones de este verdadero callejón sin salida, que convierte al Derecho sólo en fuerza regulada, pareciera radicar en el no cognitivismo ético, fruto del dogma de la división *Sein-Sollen*. Puesto que los valores son absolutamente irracionales, y el Derecho, se quiera o no, adopta valoraciones, se concebirá a este último como algo completamente artificial, como un producto, al no reconocerse actos o hechos jurídicos 'de suyo'.

En efecto, este no cognitivismo, fundado en que los valores no son medibles y cuantificables como los hechos (considerados por ello, como sinónimo de racionalidad), y que por lo mismo, relega a los valores al campo de lo irracional y meramente sentimental, pareciera ser la raíz última del problema. Cabe destacar que este no cognitivismo se mantendrá incólume, pese a darse cuenta Bobbio cada vez con mayor evidencia de la insuficiencia del enfoque formal-avalorativo para el estudio del fenómeno jurídico, como ocurre, por ejemplo, a propósito de la sanción coactiva, según se ha visto (140).

140. Algo parecido ocurre, igualmente, respecto del concepto de validez, concepto que no puede ser entendido al margen de la labor interpretativa, labor en la que —reconoce Bobbio— intervienen también de manera inevitable, juicios de valor (cfr. sobre todo, "Essere e dover essere nella scienza giuridica", en *Rivista di Filosofia*, vol. LVIII (1967), pp. 235-262).

Sobre este tema hemos tratado en Silva Abbott, Max, "¿Qué queda del concepto de validez jurídica?", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 20 (2002), pp. 95-143.

Así, por mucho que se diga que los valores son lo más sagrado de cada uno, motivo por el cual deben ser 'asumidos', y se abogue por la máxima autonomía de cada sujeto, como ellos *siguen siendo irracionales*, lo anterior no puede sino traer una *radical incomunicabilidad* en este ámbito, porque a fin de cuentas, por mucho que se discuta, *es imposible a ciencia cierta, saber quién tiene razón y quién no*. De ahí que pareciera existir, de manera soterrada en Bobbio, un profundo temor: que se desemboque en una guerra de todos contra todos, puesto que es imposible negar la evidente tendencia social del ser humano.

De esta manera, puesto que es imposible saber quien tiene razón, fruto del no cognitivismo ético, el Derecho termina convirtiéndose en el único mecanismo posible para lograr la convivencia, en una isla de objetividad provisoria en medio de un mar de ideologías irracionales, y por tanto, en la única fuente legítima de pautas de conducta. Ahora, para lograr esta legitimidad, y puesto que la discusión ética se ha tornado superflua —en el sentido de que como se ha dicho, no cabe saber quién tiene razón—, cualquier decisión que se tome en sede jurídica tendrá que fundarse ya sea en la voluntad de la mayoría (en un sistema democrático de inspiración rous-seniana, de acuerdo al ideal de Bobbio), si ello es posible, y siempre en la fuerza. En efecto, ella resulta también imprescindible aún para obligar a quien ha prestado su acatamiento a las normas que lo afectan, puesto que si lo prescrito por ellas se convierte en una desventaja, la fuerza es la única forma de que el sujeto las acate. Por eso Bobbio sólo considera, como se ha visto, que es posible 'obligar' por medio de la fuerza, motivo por el cual señala, refiriéndose a la moral, que nadie puede obligarse a sí mismo —al estar desprovista de eficacia—, lo cual no hace sino confirmar la absoluta falta de seriedad de la discusión y decisión ética y la íntima desconfianza de Bobbio a su respecto.

Esto explica por tanto, por qué la coacción es la parte más importante del positivismo bobbiano: puesto que en toda elección existe una valoración (no importa si es personal o colectiva), esta valoración será siempre arbitraria o si se prefiere, irracional; de ahí que requiera de la fuerza para imponerse, porque en el fondo, existirá siempre un *choque de voluntades*. Ahora, como es imprescindible el

mantenimiento del todo social, y el Derecho no tiene forma de vencer racionalmente de su idoneidad en cuanto al contenido que haya adoptado, no sólo surgirá por medio de la fuerza, sino que se mantendrá únicamente gracias a ella. Por eso la fuerza es esencial, tanto para la producción de normas nuevas, como para su eficacia. Dadas así las cosas, parece imposible no caer en una *teoría de la obediencia*, en un *positivismo ideológico*, porque es la única manera de conseguir el orden y la paz en un mar de ideologías irracionales.