

SEIS PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL CONCEPTO DE SANCIÓN

Roberto LARA CHAGOYÁN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*. III. *La sanción como elemento interno o externo de la norma jurídica*. IV. *El regreso al infinito*. V. *La sanción como criterio de individualización de las normas jurídicas*. VI. *La relación deber-sanción*. VII. *La nulidad vista como sanción*. VIII. *La motivación de la conducta a través de las sanciones positivas*. IX. *Conclusión*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas, expondré algunos problemas que, en mi opinión, tienen una considerable importancia de cara a elaborar una teoría de la sanción. Por un lado, indicaré en qué consiste el problema y, por otro, cuál podría ser su solución o la manera de hacerle frente. Los problemas son: 1) la sanción como elemento interno o externo de la norma jurídica; 2) el regreso al infinito; 3) la sanción como criterio de individualización de las normas jurídicas; 4) la relación deber-sanción; 5) la nulidad vista como sanción; y 6) la motivación de la conducta a través de las sanciones positivas.

Para acercarme a tales problemas, traté de basarme en una doble perspectiva de análisis: el enfoque estructural, que busca entender qué es la sanción y cómo se integra en las normas, y el enfoque funcional que trata de determinar para qué sirve la sanción, es decir, justificar la existencia de castigos o premios por servir de motivaciones efectivas de la

* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

conducta. Mi análisis se centra en las obras de cuatro autores, cuya concepción del derecho está íntimamente relacionada con el análisis del concepto de sanción, al cual dedicaron buena parte de su obra: se trata de Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen y Norberto Bobbio. Conviene advertir que no profundizaré sobre la obra de estos autores, pues el énfasis del trabajo está en los problemas y no en el análisis de la obra de estos pensadores.**

II. EL CONCEPTO DE SANCIÓN EN LA TEORÍA CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO

Jeremy Bentham define a la sanción como la probabilidad objetiva de que se producirá, como consecuencia del incumplimiento de un deber, un mal o dolor. Para este autor, la relación entre el deber y la sanción es el fundamento de las normas jurídicas: alguien tiene el deber de hacer algo cuando la omisión de esa acción significa incurrir en una sanción. El deber jurídico es visto por Bentham a partir de dos “arquetipos” (formas de definición creadas por él) diferentes: por un lado, se dice que alguien “está bajo una obligación” cuando sobre una persona pende una carga apremiante que hace necesario un modo determinado de actuar o de no actuar; y, por otro lado, la idea de “actuar como es debido” se refiere a estar ligado a una fuerza obligatoria que limita el curso de la conducta. La imagen que representa al primer arquetipo es la de un peso que pende sobre la cabeza del obligado, mientras que para el segundo arquetipo, se recurre a la imagen de una cuerda que ata al obligado a un curso de acción determinado.

De acuerdo con Bentham, las cláusulas sancionadoras sólo se encuentran en las normas obligatorias (en donde se incluyen tanto las normas que obligan como las que prohíben realizar una determinada acción). En ese tipo de normas puede distinguirse una parte *directiva (provision)* que es la expresión completa de la voluntad del legislador, y una parte *iniciativa* o sancionadora que expresa una predicción de lo que ocurrirá al destinatario que no cumple con lo ordenado (sanción cominativa) o de lo que ocurrirá si cumple con lo ordenado (sanción invitativa o premio).

** Para profundizar sobre la obra de los autores referidos, véase Lara Chagoyán, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, México, Fon- tamara, 2004.

Desde el punto de vista funcional, las sanciones se traducen en motivos para la acción; es decir, en motivos que necesita el destinatario de las normas para cumplirlas. Esos motivos pueden representar un mal o un bien. En el primer caso se llaman coerciones y se traducen en castigos. En el segundo se trata de motivos seductores, que se traducen en recompensas o premios. La razón de fondo que Bentham señala como fundamento de las sanciones jurídicas es la eficacia, es decir, la efectiva observancia de las normas. El dolor y el placer son, pues, para Bentham, los únicos motivos por los cuales el hombre actúa. Además, atendiendo la fuente donde se originan, Bentham clasifica las sanciones en físicas (la naturaleza), políticas (el Estado, el derecho), morales (la comunidad, la moral social) y religiosas (Dios, o una similar voluntad sobrenatural).

Bentham es uno de los primeros autores que destacaron la importancia de las sanciones positivas en la teoría del derecho. Aunque para él el elemento fundamental de un sistema jurídico se encuentra en la idea de coerción que se manifiesta mediante las sanciones negativas, los premios tienen, desde el punto de vista funcional, la misma razón de ser que los castigos: en ambos casos se trata de mecanismos de motivación de la conducta. De manera que la importancia que atribuyó al castigo no le llevó a descartar la idea de que la conducta también se puede normar mediante motivaciones “seductoras”.

El análisis del concepto de sanción en John Austin se puede abordar desde dos perspectivas: una estructural, en la que se lo ubica en el nivel de las normas de mandato y se lo define como uno de los elementos necesarios de toda norma; y otra funcional, en la que se considera el aspecto externo, material o motivacional de la sanción: la compulsión a la obediencia y la formación de un hábito de comportamiento conforme a los mandatos del soberano.

En cuanto al aspecto estructural, las sanciones, junto con el deseo del soberano de que los destinatarios de la norma realicen una determinada conducta, forman parte de una norma de mandato. El concepto de mandato, es decir, de una norma jurídica completa, es correlativo al de deber: sólo se tiene un deber si existe un mandato, y viceversa. Las sanciones jurídicas son definidas por Austin como el daño anexado al deseo del soberano de que el destinatario realice una determinada conducta (contenido del deber), daño que será probablemente aplicado en caso de que dicha conducta (el deber) sea incumplida. Puede decirse que los términos mandato y deber son correlativos antes de que se ejecute la conducta con

la que se quebrante el deber, pero cuando se ha infringido el deber, entonces los términos correlativos pasan a ser mandato y sujeto sancionable.

Para Austin, es importante distinguir entre la sanción y la mera compulsión física. La sanción, como se ha dicho, es un daño probable que viene anexado al deseo del soberano; ello implica que el destinatario de las normas tiene la opción, cumpliendo o incumpliendo el deber, de dar lugar o no al daño de la sanción. La compulsión física, en cambio, supone la realización de un daño o la existencia de un estado de imposición que no permite la elección al que la sufre. Los mandatos (en el sentido de normas) son correlativos de los deberes jurídicos; y los mandatos se componen del deseo del soberano y de la sanción. Si lo que hubiera fuera una simple compulsión física, no hablaríamos de mandatos, porque faltaría el deseo del soberano y, por tanto, tampoco podría haber deberes correlativos a ese mandato.

En su aspecto funcional, las sanciones tienen un objeto directo y otro indirecto. El objeto directo o próximo se refiere a la compulsión a la obediencia puesta en práctica en aquellos casos en los que una persona no muestra el sentimiento provechoso o utilitario propio de la obediencia. Dado que, a decir de Austin, este sentimiento puede estar ausente o ser anormal en algunos sujetos, la sanción sirve como un factor de corrección. Las sanciones operan provocando un proceso gradual de asociación entre deseos y consecuencias en el destinatario de la norma; un proceso que regularmente da como resultado el cumplimiento de las normas porque coincide con el deseo más fuerte que los individuos tienen: escapar del mal o de las consecuencias negativas de las sanciones.

El objeto indirecto o pedagógico de la sanción es el de la formación del hábito de obediencia en los destinatarios de las normas. Gracias a las sanciones los sujetos van eliminando gradualmente los llamados “deseos siniestros”, es decir, deseos contrarios al derecho, para sustituirlos por otros deseos conformes con la utilidad general. Mediante este proceso educativo de las sanciones, los sujetos llegan a cumplir las normas de forma espontánea, llegan a tener una predisposición hacia la justicia. Este objeto indirecto de las sanciones es empleado por Austin para demostrar que los destinatarios de las normas no cumplen con lo ordenado por éstas simple y exclusivamente por el temor a las consecuencias negativas de la sanción correspondiente, ya que eso significaría que los destinatarios no están adheridos a la idea de justicia; la sanciones, además de operar —mediante su objeto directo— como refuerzos para el cumpli-

miento de los deberes, digamos a corto plazo, también operan indirectamente sirviendo como auxiliares a largo plazo en la guía de la conducta.

En una interpretación amplia de las tesis austinianas, Roger Cotterrell señala que el estudio de las sanciones no se agota cuando se las considera como un elemento analíticamente esencial de las normas; la sanción también puede ser vista como un elemento necesario desde una perspectiva sociológica. A partir de esa premisa, Cotterrell considera que lo que, según Austin, guía la conducta no son sólo las normas de mandato, sino también otro tipo de normas desprovistas de sanción a las que Austin llama “normas imperfectas” (equivalentes a las reglas que confieren poderes; véase norma jurídica), las cuales emplean como refuerzo análogo a las sanciones la consecuencia jurídica de la nulidad. De esta forma la guía de la conducta parece más completa: los mandatos y sus posibles sanciones compelen al destinatario al cumplimiento de las obligaciones mediante la amenaza del castigo; mientras que las reglas que confieren poderes y sus posibles nulidades motivan a los destinatarios mediante las desventajas que acarrean. Cotterrell propone una interpretación amplia del concepto de sanción a partir de la idea austiniana de considerar como sanciones aquellas medidas que reporten al sujeto “la más mínima posibilidad del más mínimo daño”.

Austin admite básicamente dos tipos de sanciones: las privadas y las públicas. Las privadas corresponden a la violación de ciertos *deberes relativos*, es decir, deberes que han de cumplirse ante derechos subjetivos de personas determinadas; aquí las sanciones se demandan a instancia de parte. Las sanciones públicas, en cambio, corresponden a la violación de *deberes absolutos*, es decir, deberes que no se corresponden con derechos subjetivos de personas determinadas, sino que son deberes *erga omnes*; son impuestos a discreción del soberano o de los representantes del Estado. Hay, además, un tipo especial de sanciones: las sanciones vicarias. Se trata de sanciones que se aplican a un individuo pero que tienen efectos sobre los allegados de éste que nada tienen que ver con el ilícito que dio lugar a la sanción; los males recibidos por estos allegados inocentes son sanciones vicarias. La existencia de este último tipo de sanción y su justificación están relacionadas con una moral utilitarista que se basa en el logro del bienestar general, aunque ello suponga atentar contra derechos de los individuos.

Siguiendo a Kelsen, las propiedades necesarias y suficientes del concepto de sanción jurídica son las siguientes: a) se trata de un acto coerci-

tivo, esto es, de un acto de fuerza efectiva o latente; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) quien la ejerce debe estar autorizado por una norma válida; y d) debe ser la consecuencia de la conducta de algún individuo. Hay, sin embargo, dos sentidos más del término sanción: un *sentido amplio* referido a aquellos actos coactivos que son reacciones contra hechos socialmente indeseables que, al no configurar una conducta humana, no pueden ser considerados como prohibidos; estos actos tampoco están conectados con el concepto de ilicitud. Se trata de figuras afines a la sanción como la reclusión de enfermos contagiosos o peligrosos; la expropiación coactiva de bienes por utilidad pública; y la destrucción coactiva de bienes o animales ante el peligro que representan o el riesgo que generan. Por otro lado, el *sentido amplísimo* de sanción abarca tanto a las sanciones propiamente jurídicas como a las figuras afines a la sanción, esto es, se refiere a la totalidad de actos coactivos estatales. Para Kelsen, la sanción es el concepto primario del derecho, lo cual implica que todos los demás conceptos jurídicos se definen a partir del concepto de sanción: el acto ilícito no constituye la violación de una norma, sino la realización de una de sus condiciones de aplicación. La obligación jurídica es la conducta opuesta al ilícito. El derecho subjetivo puede verse en términos de derecho objetivo y, en consecuencia, también se define, aunque indirectamente, a partir del concepto de sanción. Para definir de esta última forma el concepto de derecho subjetivo es menester determinar el significado del ambiguo término que lo expresa, pues éste puede tener las siguientes acepciones: reflejo de una obligación; derecho en sentido técnico; permisión positiva; derecho político; y libertad fundamental; en todos estos casos, el concepto originario es —o se supone que es— el de sanción. El concepto de responsabilidad es definido por Kelsen como la situación normativa en la que se encuentra un individuo que es susceptible de ser sancionado por la comisión —propia o ajena— de un acto ilícito determinado.

Por otro lado, para Kelsen, la sanción es el criterio de individualización de las disposiciones jurídicas, ya que para él una norma es jurídica si estatuye ella misma un acto coactivo (una sanción), o bien está en una relación esencial con una norma que lo estatuya.

Una crítica que suele dirigírsele a Kelsen y que tiene mucho que ver con su concepción de la sanción es la reducción del derecho a la fuerza. Sin embargo, el autor de la *Teoría pura* sostiene que esa reducción no tiene lugar en su obra porque la amenaza de daño y el orden jurídico son

cosas distintas. Señala esencialmente tres diferencias: 1) el sentido de la amenaza es la predicción de un daño o un mal que *será* infligido, en tanto que el sentido del orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, *deberán* ser infligidos ciertos daños; 2) los actos mediante los cuales se instaura el derecho tienen al mismo tiempo un sentido objetivo y un sentido subjetivo, es decir, son reconocidos como actos válidos productores o aplicadores de normas y al mismo tiempo tienen el sentido de obligar al destinatario, mientras que los actos de mera expresión de fuerza (como los de un salteador de caminos) pueden tener un sentido subjetivo, pero no un sentido objetivo; 3) los actos instauradores o aplicadores del derecho tienen como presupuesto la norma fundamental, mientras que los actos de mera amenaza no tienen ese presupuesto.

Con todo, las razones que da Kelsen no parecen convincentes. El cierre del sistema mediante la norma fundamental sólo puede funcionar si se acepta que la propia norma fundamental está determinada en última instancia por la efectividad del poder coercitivo. Lo que esa norma hace es autorizar el empleo del poder físico, que de esa forma resulta válido jurídicamente. Pero eso significa que la norma fundamental es el criterio de legitimación de la amenaza del ejercicio de la fuerza y que el poder coactivo eficaz está jurídicamente autorizado precisamente porque de hecho es capaz de imponerse. En suma, en lugar de que el derecho determine al poder —como pretendía Kelsen— todo parece indicar que, en su teoría, es el poder el que determina al derecho.

En la obra de Norberto Bobbio el concepto de sanción —como también el concepto de derecho— ha recorrido, no sin tener que sortear algunos obstáculos, el camino que va desde la estructura a la función. En una primera etapa teórica, Bobbio sostiene una concepción cercana a la de Kelsen, en la cual la sanción servía como criterio de identificación de las normas jurídicas. Habiendo descartado los criterios formales de identificación porque llevarían a no poder distinguir el derecho de otros sistemas normativos, Bobbio trata de buscar un criterio más adecuado y lo encuentra (después de excluir el criterio del contenido, del fin, del sujeto que las dicta, de los valores, o de la naturaleza de las obligaciones) en el concepto de sanción jurídica. Aquí la sanción viene a ser la respuesta a la violación de una norma: un concepto que se distingue tanto de las sanciones morales (de carácter interno y en las que el sujeto activo y pasivo es el mismo) como de las sanciones sociales (externas, pero no institucionalizadas); las sanciones jurídicas tienen un carácter externo y están

institucionalizadas. Al tratar de responder a los argumentos que consideran que la sanción no es un concepto necesario y que, por tanto, no es útil para identificar a las normas jurídicas, Bobbio señala que se trata sólo de un criterio más adecuado que otros y que su utilidad depende de que la sanción no se vea sólo desde una perspectiva formal. Aquí es donde comienza el tránsito de la estructura a la función.

Una vez en el terreno del análisis funcional, Bobbio centra su atención en la pregunta ¿para qué sirve el derecho? en lugar de ¿qué es el derecho? Ese cambio en la concepción del derecho tendría que ver con factores tales como el desarrollo de la sociología del derecho a partir de la segunda guerra mundial, la pérdida de la función (tradicional) del derecho en la sociedad industrial, la existencia de funciones negativas del derecho, o la aparición de nuevas funciones del derecho como la función distributiva o la función promocional.

La idea fundamental de Bobbio es que, en el paso del Estado liberal al Estado social, el ejercicio de la función primaria de regular el comportamiento ha asumido formas distintas a las tradicionales que reposaban en la intimidación mediante sanciones negativas. Esas nuevas formas son medidas de alentamiento como los premios (sanciones positivas), los incentivos y las facilitaciones. Las sanciones positivas son las promesas de premios consistentes en otorgar una satisfacción a quienes han cumplido con una determinada actividad. Los incentivos, por su parte, son medidas que sirven para alentar el ejercicio de una actividad económica determinada que redunde en beneficios colectivos. Las facilitaciones son, finalmente, medidas de organización que consisten en proveer de medios necesarios para el desarrollo de cierta actividad orientada a un fin.

Los mecanismos promocionales tienen la ventaja de que influyen positivamente en la *psique* del destinatario ofreciéndole ventajas, haciéndole más fáciles las cosas y estimulándole a actuar conforme a las normas. La diferencia entre la técnica promocional y la tradicional de la sanción negativa está en el hecho de que el comportamiento que tiene consecuencias jurídicas no es ahora la inobservancia, sino la observancia.

Ese análisis funcional de la sanción no resulta, sin embargo, incompatible con la concepción kelseniana. Bobbio piensa que la definición de sanción que da Kelsen es una definición funcional porque su finalidad (en palabras de Kelsen) es “la obtención de un comportamiento deseable por el legislador”. Además, las sanciones positivas entran perfectamente en la estructura de la norma primaria de Kelsen: si es A, debe ser B, si se

interpreta que A no es un ilícito sino una conducta conforme, y que B no es un castigo sino un premio. Y, finalmente, tanto las sanciones positivas como los incentivos no son más que técnicas específicas de organización social.

III. LA SANCIÓN COMO ELEMENTO INTERNO O EXTERNO DE LA NORMA JURÍDICA

Varios autores se han preocupado por determinar si las sanciones son una condición *sine qua non* de las normas jurídicas. Los que creen que sí, señalan, como Kelsen, que la nota esencial de las normas jurídicas —y del derecho— son las sanciones, pues es lo que las distingue de otro tipo de normas que no son jurídicas. Por el contrario, los que consideran que las sanciones no son necesarias, sino contingentes, en la idea misma de norma jurídica, conciben a las sanciones como refuerzos externos a las normas que cumplen la función de garantía de cumplimiento, pero que estrictamente no forman parte de la norma. Este segundo punto de vista admite la existencia de varios tipos de normas, algunas de las cuales carecen de sanción y no por eso dejan de ser normas jurídicas, por ejemplo, las normas que confieren poderes.

Como he dicho, Kelsen afirma categóricamente que la sanción es un elemento interno de la norma y excluye cualquier consideración en relación con elementos extrajurídicos. El autor de la *Teoría pura* señala que todas las normas del sistema estatuyen una sanción: la mayoría lo hacen directamente y en otras ocasiones, las normas que no cuentan con una sanción se conectan con otra norma jurídica que sí la establece, por lo que, a final de cuentas, todas las normas jurídicas establecen como consecuencia, una sanción.

Jeremy Bentham, John Austin y Norberto Bobbio dieron una definición funcional de la sanción: la sanción como motivo para la obediencia. No es que Kelsen no considerase importante esa cuestión, sino que para él no debía ser materia de un análisis jurídico sino de uno de tipo socio-lógico o psicológico. Sin embargo, Bobbio, al analizar las tesis kelsenianas, observa —y con razón— que también la definición de Kelsen es una definición funcional, pues admite que “las sanciones están dispuestas en el ordenamiento jurídico para obtener un determinado comportamiento humano que el legislador considera deseable”.

En las obras de Bentham y Austin puede observarse el empleo de los análisis estructural y el funcional, en cuanto al estudio del concepto de sanción: a veces hablan de las sanciones como elementos interno a las normas, y otras veces como elementos externos. Para Bentham, por ejemplo, las sanciones son partes de las normas; y Austin las consideraba como partes de los mandatos. Bentham entendió que las sanciones eran los únicos motivos útiles para la eficacia del derecho (motivos dolorosos y motivos seductores); mientras que para Austin las sanciones tienen como objeto directo la compulsión al cumplimiento de las normas, y como objeto indirecto la formación del hábito de obediencia.

Bobbio empleó también los dos análisis, pero se decantó más bien por el funcional: las sanciones para él son elementos necesarios para la guía de la conducta: unas veces reprimiéndola y otras veces alentándola.

En mi opinión, habría que decir que, en general, los dos enfoques son necesarios para dar cuenta adecuadamente de las sanciones y que, por tanto, no deben considerarse como excluyentes, aunque en ocasiones uno de ellos sea el determinante. Por ejemplo, si lo que se busca es distinguir la sanción de lo que no es sanción —lo cual constituye un problema de interés—, el punto de vista funcional o externo resulta insuficiente. El concepto de sanción no sólo es un concepto empírico, sino también un concepto normativo.

Y en relación con el carácter complementario de ambos análisis, lo que puede decirse es lo siguiente: la sanción jurídica es una reacción frente a ciertas conductas establecidas por el derecho; ello significa que la sanción necesita estar integrada en la estructura de algunas normas y que esas normas necesitan que la sanción forme parte de ellas; sin embargo, el contenido de la sanción (positivo o negativo) supone que ésta ha de consistir en una motivación de la conducta que sólo puede ser analizada en términos funcionales.

IV. EL REGRESO AL INFINITO

La idea de derivar el deber de la sanción o la sanción del deber genera el conocido problema del regreso al infinito. Ese problema se plantea también en relación con el concepto de soberano, de validez, etcétera. Se trata, en general, de una consecuencia natural de estudiar al derecho como un sistema escalonado. Un deber es jurídico si, y sólo si, existe una norma (N1) que disponga la aplicación de una sanción en caso de su in-

cumplimiento. Ahora bien, el deber del órgano competente para aplicar dicha sanción será jurídico si existe otra norma (N2) que disponga el deber de aplicar una sanción en caso del incumplimiento del deber contenido en la norma (N1). La norma (N2), a su vez, contiene un deber que, para que sea jurídico, necesita una norma (N3) que disponga otro deber de aplicar otra sanción para el caso del incumplimiento, y así sucesivamente hacia el infinito.

En opinión de Kelsen, para sostener que una conducta es debida jurídicamente no hace falta que exista a su vez el deber jurídico en el sentido estricto de imponer una sanción en caso de un comportamiento opuesto, sino que basta con que, para dicho caso, una norma (la fundamental) “estipule”, “establezca” o “determine” la imposición de la sanción. Pero está claro que Kelsen no resuelve del todo el problema porque sólo elude la conclusión de que en un sistema normativo finito ha de haber un *deber no sancionado*, al precio de admitir que ha de haber en él alguna *sanción no debida* (en sentido estricto), sino meramente “estipulada” o “establecida”. Pero con esa respuesta se oscurece demasiado la calificación deónica de la conducta consistente en imponer esa sanción última. Si se replica que se trata de una conducta meramente autorizada al órgano para imponerla, el resultado es demasiado contraintuitivo como para poder aceptarlo.

La tesis del *regreso al infinito* aparece también en las primeras obras de Bobbio, al considerar a la sanción como criterio individualizador del derecho. En su opinión, el regreso al infinito se detiene, por un lado, por la adhesión espontánea a las normas de máxima jerarquía que de hecho se produce y, por otro, porque la caracterización del sistema a través de la sanción debe hacerse tomando en cuenta no normas específicas, sino el sistema normativo en su conjunto.

La tesis de Hart consiste en afirmar que es posible mantener que una regla es jurídica sin caer en el regreso al infinito. La solución consiste en el establecimiento de una norma parcialmente autorreferente: una norma que dijera “los jueces, so pena de la sanción X, tienen el deber de sancionar la transgresión de los deberes que los jueces tienen de sancionar, incluido el deber de sancionar el incumplimiento de la presente norma”. Ahora bien, con ello se evita el problema de tipo lógico, pero sigue existiendo el problema práctico: si para romper el regreso al infinito esa norma parcialmente autorreferente se ha de dirigir al conjunto de los jueces (en una especie de tejido reticular, en lugar de la antigua cadena vertical

al infinito), todos los jueces se encontrarían con el deber de sancionar a cualquier otro (incluidos sus superiores en la jerarquía judicial) por cualquier incumplimiento de deberes sancionadores; lo cual no parece que resulte ser muy operativo en la práctica.

Raz, por su parte, señala que cuando el soberano ordena a sus subordinados aplicar dichas sanciones, existe un respaldo de dicha orden que no necesita, a su vez, el respaldo de otra norma, porque se trata de una *política de sanciones* dispuesta por tal soberano; dado que esta política de sanciones no es una disposición jurídica independiente, no impone deberes y, por tanto, no necesita ser respaldada por ninguna otra disposición jurídica punitiva.

V. LA SANCIÓN COMO CRITERIO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Bentham ha sido probablemente el primer autor preocupado por individualizar las normas jurídicas y también el primero en tomar como criterio individualizador al concepto de sanción. Austin también señaló que la sanción era uno de los elementos necesarios para que pueda hablarse de una norma jurídica (de un mandato). Kelsen sostuvo que cada una de las normas que componen el orden jurídico ha de prescribir una sanción. Y el primer Bobbio consideró que la identificación del derecho debía hacerse usando el criterio de la sanción, aunque al mismo tiempo entendiera (a diferencia de Kelsen) que la sanción caracteriza al conjunto, al orden jurídico, pero no necesariamente a cada uno de los elementos que lo componen.

En mi opinión, el concepto de sanción como criterio de identificación de las normas jurídicas puede ser un criterio preferible a otros, pero no deja de presentar inconvenientes: no permite dar cuenta de ciertas obligaciones jurídicas que no se hallan en una conexión esencial con una norma que estatuya una sanción; tampoco explica la obediencia al derecho por razones distintas de las suministradas por la presencia de la sanción; y, finalmente, no aclara de qué manera las normas que confieren poderes dirigen la conducta de los destinatarios.

Por otro lado, las teorías del derecho basadas en el concepto de sanción (de sanción negativa) acaban por reducir el fenómeno jurídico a la idea de fuerza, con lo que dejan de lado elementos importantes de los

sistemas jurídicos. En particular, quedan fuera funciones del derecho que, como la función promocional o la función distributiva, no se basan en la idea de que la guía de la conducta haya de obtenerse exclusiva o esencialmente mediante el uso de la fuerza.

VI. LA RELACIÓN DEBER-SANCIÓN

Los anteriores problemas convergen en el de determinar si la sanción es un factor determinante para la existencia de los deberes jurídicos. Las preguntas a hacer aquí son: ¿tienen los destinatarios de las normas un deber porque existe una sanción, o bien son las sanciones las que existen porque resultan ser un refuerzo útil de ciertas normas?; ¿hay deberes sin sanciones?, ¿hay sanciones sin deberes?

Los análisis de Bentham y Austin tienen (cualquiera que sea la interpretación que se haga de ellos) un carácter predictivo: las sanciones se ven como consecuencias probables de lo que sucederá si los deberes no son cumplidos. Claramente, este concepto de deber tiene una conexión analítica con el concepto de sanción, pues el deber es deber en función de las consecuencias, de modo tal que si no existieran sanciones no podría haber deberes. El análisis de Kelsen es particularmente rígido: los deberes existen sólo porque la conducta opuesta al deber constituye la condición de la sanción, pues, como se sabe, el concepto primario del derecho para este autor es el de sanción.

Ahora bien, si se considera que la sanción es el concepto primario del derecho (y el que hay que utilizar para identificar los deberes), podemos llegar a resultados indeseables. Se puede aceptar sin más que las sanciones son males o privaciones de bienes, pero no es fácil saber cuáles de los males, de las consecuencias de las acciones, constituyen sanciones. Por ejemplo, si comprar un boleto para la ópera supone para alguien cierta desventaja económica, podría interpretarse que ese pago es una sanción (una especie de multa) y que, en consecuencia, quien así lo percibe tiene el deber de no ir a la ópera. Ahora bien, si el pago del boleto de la ópera no es visto como una sanción sino como una tasa, entonces no puede hablarse de “un deber de no ir a la ópera”.

Desde mi punto de vista, para identificar los deberes jurídicos no siempre es necesario acudir a las sanciones, pues en ocasiones basta con descubrir cuál es la voluntad del soberano en el mandato, esto es, basta

con identificar cuál es la conducta querida o deseada por él. Así, puede decirse que ciertamente no hay sanciones sin deberes, pero sí deberes sin sanciones.

Pero más allá del problema lógico de determinar si el concepto de deber implica al de sanción o si el de sanción implica al de deber, las convenciones lingüísticas indican que, por lo regular, no se califican ciertas conductas como debidas porque la conducta opuesta lleve aparejada la imposición de una carga negativa, sino que se califican esas cargas negativas como sanciones precisamente en la medida en que son vistas como respuestas o reacciones a la transgresión de un deber.

VII. LA NULIDAD VISTA COMO SANCIÓN

La consideración o no de la nulidad como una sanción es una cuestión sumamente controvertida. Roger Cotterrell, al analizar las tesis de Austin, señala que la equivalencia entre sanción y nulidad puede darse si se toma en cuenta que las nulidades generan desventajas tanto a los ciudadanos comunes como a los funcionarios. En esas desventajas puede verse una mínima idea de reproche. Por ejemplo, en las reglas que confieren poderes públicos puede entenderse que hay un reproche al ejercicio de la capacidad profesional de un funcionario cuando éste ve anulada o invalidada su actividad; las consecuencias negativas que sufre se manifiestan en el desprestigio o la afectación a su reputación. Cotterrell aclara que, para que haya una sanción de nulidad en estos casos, es necesario que exista un deber de ejercicio por parte del titular del poder. Por otro lado, en el ámbito privado, en los negocios jurídicos, la nulidad implica muchas veces el no nacimiento de ciertos derechos subjetivos, lo cual puede verse perfectamente como una sanción.

Hart, por su parte, no admite que la nulidad pueda ser considerada como una sanción: la sanción implica necesariamente un daño, pero no así la nulidad. El contratante que ve anulado el contrato por algún vicio del consentimiento no tiene por qué ver necesariamente como un daño esa anulación. Para Hart, la relación entre las normas que establecen obligaciones y la sanción no es una relación intrínseca porque puede haber normas de este tipo sin sanciones; en cambio, la relación entre las reglas que confieren poderes y la nulidad sí es una relación intrínseca toda vez que no puede haber normas de este tipo sin una referencia a la validez o a la nulidad de los actos jurídicos realizados. Hart distingue, pues, la

función de los diferentes tipos de reglas y con ello muestra que nulidad y sanción juegan papeles distintos: mientras que las sanciones tienen como función desalentar o evitar ciertas conductas futuras dado su carácter amenazador, la nulidad cumple simplemente la función de imposibilitar que un acto tenga fuerza o efectos jurídicos.

Carlos Nino ofrece una posible solución para el problema de la sanción como nulidad: verla no como motivo para la acción, sino como la privación de un bien. Si tratamos de buscar cuál sería el bien afectado por la nulidad tendríamos que considerar que se trata, como dice Nino, de “la negativa a «prestar» la coacción estatal” que sufre el interesado por la falta de validez del acto en cuestión. Es decir, que la persona a quien se le anula un acto jurídico se le deja sin la tutela del derecho, lo cual supone una molestia objetiva. En el ámbito privado, una persona a quien se le anula alguna actuación pierde la posibilidad de que sus derechos subjetivos nazcan, porque la invalidez del contrato no genera ningún deber para el otro contratante. Si no existiera la nulidad no habría respaldo de la coacción estatal, lo cual, como dice Nino, haría muy difícil la existencia de los contratos. Alchourrón y Bulygin señalan que así como las sanciones negativas constituyen la forma típica de reaccionar frente al incumplimiento de obligaciones, la nulidad constituye una reacción típica frente a otro tipo de situaciones que no reúnen los requisitos exigidos por una definición de obligación.

En mi opinión, las cosas se pueden aclarar bastante si se distingue entre el enfoque estructural y el funcional a propósito de las sanciones. Desde el punto de vista estructural está claro que sanción y nulidad son conceptos distintos: por ejemplo, las sanciones están vinculadas con los deberes, pero no así las nulidades. Sin embargo, no cabe duda de que, desde el punto de vista funcional, existen analogías, pues las nulidades, cumplen una función motivadora semejante a la de las sanciones toda vez que, como dice Nino, amenazan con un tipo especial de “mal” a aquellos que no toman en cuenta lo establecido por el derecho; dicho mal puede traducirse en la falta de respaldo coactivo del Estado que sufre la persona interesada en la validez del acto que ha devenido en nulo.

VIII. LA MOTIVACIÓN DE LA CONDUCTA A TRAVÉS DE LAS SANCIONES POSITIVAS

Asociar los males con el término sanción parece ser lo más intuitivo: la mayoría de las personas que oyen hablar de sanciones tienen representaciones mentales de prisiones, multas, reos, dolor, etcétera. En la teoría contemporánea del derecho esta imagen es algo distinta. Por ejemplo, Jeremy Bentham y Norberto Bobbio se preocuparon por el concepto de sanción jurídica positiva; en particular, a Bobbio se debe el desarrollo de una teoría promocional del derecho que ve a éste como una guía eficaz de la conducta a través del reconocimiento e incentivación de ciertas conductas. Tanto Kelsen como Austin consideraron más bien que las sanciones positivas desvirtúan el concepto jurídico de sanción y acaso el del derecho.

Bentham fue uno de los primeros autores en darse cuenta de la importancia que tienen las sanciones positivas en la teoría del derecho. De hecho dedica una parte de su obra a lo que él llamó “derecho premial”. Aunque para él el elemento fundamental de un sistema jurídico se encuentra en la idea de coerción que se manifiesta mediante las sanciones negativas, los premios tienen, desde el punto de vista funcional, la misma razón de ser que los castigos, en el sentido de que en ambos casos se trata de mecanismos de motivación de la conducta. De manera que la importancia que atribuyó al castigo no le llevó a descartar la idea de que la conducta también se puede normar mediante motivaciones seductoras.

Por otra parte, una vez que Bobbio dio su conocido giro de la estructura a la función en cuanto a la concepción del derecho, centró su atención en la pregunta ¿para qué sirve el derecho? en lugar de ¿qué es el derecho? Así, se ocupó del análisis de nuevas funciones del derecho —o por lo menos no tomadas en cuenta tradicionalmente—: la función distributiva y la función promocional.

La idea fundamental de Bobbio es que, en el paso del Estado liberal al Estado social, el ejercicio de la función primaria de regular el comportamiento ha asumido formas distintas a las tradicionales que reposaban en la intimidación mediante sanciones negativas. Esas nuevas formas son medidas de alentamiento como los premios (sanciones positivas), los incentivos y las facilitaciones. Las sanciones positivas son las promesas de premios consistentes en otorgar una satisfacción a quienes han cumplido con una determinada actividad. Los incentivos, por su parte, son medidas

que sirven para alentar el ejercicio de una actividad económica determinada que redunda en beneficios colectivos. Las facilitaciones son, finalmente, medidas de organización que consisten en proveer de medios necesarios para el desarrollo de cierta actividad orientada a un fin.

Los mecanismos promocionales tienen la ventaja de que influyen positivamente en la *psique* del destinatario ofreciéndole ventajas, haciendole más fáciles las cosas y estimulándole a actuar conforme a las normas. La diferencia entre la técnica promocional y la tradicional de la sanción negativa está en el hecho de que el comportamiento que tiene consecuencias jurídicas no es ahora la inobservancia, sino la observancia.

Ese análisis funcional de la sanción no resulta, sin embargo, incompatible con la concepción kelseniana: las sanciones positivas entran perfectamente en la estructura de la norma primaria de Kelsen: si es A, debe ser B, si se interpreta que A no es un ilícito sino una conducta conforme, y que B no es un castigo sino un premio. Y, finalmente, tanto las sanciones positivas como los incentivos no son más que técnicas específicas de organización social. Desde luego, Bobbio no quedó exento de críticas; sin embargo, no entraré a ellas por cuestiones de tiempo.

Desde mi punto de vista no es que la idea de sanción positiva cambie el concepto de derecho, sino viceversa: un concepto más amplio de derecho en el que se tomen en cuenta sus distintas funciones hace posible que se admita como jurídico el concepto de premio. No se puede olvidar que el respaldo eficaz de las medidas promocionales del derecho sigue basándose en último término en la existencia de actos coactivos. De manera que las sanciones positivas no tienen la misma importancia que las negativas, pero su utilidad no puede ponerse en tela de juicio.

IX. CONCLUSIÓN

Una teoría general de la sanción demanda, desde mi perspectiva, una articulación de los diferentes problemas que aquí he señalado de manera aislada. Creo que el planteamiento de los mismos no puede quedar al margen de ninguna teoría de la sanción —ni del derecho— que se precie de seria. Así pues, me queda como incentivo construir esa articulación. Espero que ello no traiga como consecuencia, algún tipo de sanción negativa.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, en CAMPBELL, Robert (comp.), edición original de John Murray, Londres, 1913, Michigan, Scholarly Press, Inc., 1977.
- _____, *The Province of Jurisprudence Determined*, Rumble, Wilfrid E. (ed.), Cambridge, University Press, 1995.
- BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, “Deber jurídico”, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El derecho y la justicia*, GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco, Madrid, Trotta, 1996.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- _____, *Of Laws in General*, HART, H. L. A. (ed.), University of London, The Anthology Press, 1970.
- BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del derecho”, *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*; trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- _____, *Contribución a la teoría del derecho*, en RUIZ MIGUEL, Alfonso (ed.), Madrid, Debate, 1990.
- COTTERRELL, Roger, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Londres-Edimburgo, Butterworths, 1989.
- HACKER, P. M. S., “Sanction Theories of Duty”, en SIMPSON, A. W. B. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series*, Oxford, Clarendon Press, 1973.
- HART, H. L. A., “Self-refering Laws”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford Clarendon Press, 1983.
- _____, *El concepto de derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- KELSEN, Teoría pura del derecho, 7a. ed., México, Porrúa, 1993.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, México, Fontamara, 2004.
- TAPPER, Colin, “Austin on Sanctions”, *The Cambridge Law Journal*, 1965.