

ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ*

NOTAS SOBRE EL DERECHO, EL LENGUAJE Y LA MORAL

La finalidad de este escrito consiste en examinar, sin ninguna pretensión de exhaustividad, tres importantes aspectos de la teoría del derecho: el problema de la definición del derecho, las relaciones entre el derecho y la moral y la cuestión de la coactividad de las normas jurídicas. Sobre estos tres aspectos mucho se ha dicho en el curso de la reflexión acerca del derecho, y probablemente mucho se dirá aún, pues ellos tocan factores profundamente controvertidos del pensamiento jurídico, relativos al modo en que metodológicamente nos colocamos frente al derecho. De manera que desde ahora señalo que el objetivo que me propongo es modesto: simplemente exponer en forma «explorativa» —casi como una idea dicha en voz alta— algunas reflexiones alrededor de la problemática relacionada con los puntos en cuestión.

¿Cuál ha sido la razón por la cual los juristas han vertido tanta tinta en el afán de delimitar su objeto de estudio, o sea el derecho? Existen, a decir verdad, una variedad bastante amplia de razones que más o menos justifican tal tarea, que para muchos estudiosos ha representado una de las metas fundamentales de la reflexión acerca del derecho. Entre todas estas razones una en particular merece mayor atención, en cuanto se relaciona no sólo con la delimitación del derecho en sí mismo, sino también —y sobre todo— con la necesidad de establecer alguna distinción entre el derecho y otras esferas normativas presentes en la actividad humana.

* Profesor e investigador de Filosofía del derecho en la Universidad dell'Insubria (sede de Como, Italia).

En este orden de ideas entonces, la pregunta no es tanto qué es el derecho, cuanto cuál es la diferencia entre éste y la moral¹. En efecto, respondiendo a la segunda cuestión se obtiene el doble resultado de definir el derecho en cuanto objeto de estudio de la reflexión jurídica y, por otro lado, de distinguirlo del otro ámbito normativo con el que tiene en común la característica de establecerse como instrumento para modificar el comportamiento.

Del derecho se han intentado una enorme pluralidad de definiciones. Se va desde el derecho como organización de la coacción al derecho como relación, pasando —entre otros tentativos— por las teorías institucionalistas. No es ésta la sede adecuada para tratar de esquematizar ni siquiera en manera acrítica todos los intentos que se han generado dentro de la tradición jurídica. Es suficiente, para los objetivos del trabajo, comprometerse abiertamente con uno de ellos para que se pueda proceder con la exposición.

Para justificar este modo de proceder es suficiente recordar una distinción bastante consolidada —si bien de cualquier modo no aceptada por todos— en la teoría de las definiciones: la que distingue entre el nominalismo, entendida como la definición que pone en evidencia el carácter lingüístico y meramente convencional de la definición, y el realismo conceptual, que por el contrario pretende establecer un contacto objetivo entre el término que se define y la realidad externa. La concepción nominalista —es claro— no se pone como objetivo ser verdadera o falsa, según si corresponda o no con la «esencia» semántica del término en cuestión; será, más bien, solamente susceptible de una calificación como oportuna o inoportuna, como funcional o afuncional. Quienes utilizan una concepción realista, por otro lado, poseen implícitamente la convicción de que la actividad definitoria establece un vínculo entre el término y una realidad objetiva a la que hace mención, de modo que la definición será verdadera o falsa dependiendo del hecho de que ella corresponda o no con la «esencia» de las cosas. Al interior de una concepción nominalista nosotros podemos también utilizar la definición con diversas modalidades: *lexicalmente*, o sea simplemente reproduciendo el uso común de un término en una precisa comunidad lingüística; *estipulativamente*, o sea introduciendo un significado nuevo para un término; *explicativamente*, o sea introduciendo un signifi-

¹ No tomo en consideración, dado el objeto de este escrito, la diferencia entre el derecho y las normas sociales. Sin embargo, véase *infra* para unas breves consideraciones.

ficado sólo parcialmente innovativo². Ignoro, y a decir verdad ni me preocupa mucho teóricamente en este momento, si es posible producir una definición lexicalmente pura del derecho. No estoy en condiciones, en otras palabras, de afirmar si existe o no el «verdadero» derecho, que una definición lexical debería reproducir. En cualquier vocabulario, de cualquier lengua, existe de seguro una definición que podemos entender de esta manera, pero dudo mucho que ella satisfaga el interés teórico de los juristas. Tal vez sería más oportuno utilizar una definición explicativa del derecho, pero también nos encontramos aquí con la dificultad de identificar un punto de partida, o sea el significado corriente, aceptado por todos. No nos queda entonces, más que refugiarnos en la definición en su forma estipulativa, la que con tal de que se presente en forma clara y abierta, no presenta mayores dificultades que no sean las de defender las razones que la sostienen.

En una acepción estipulativa, entonces, hago mía en este escrito la concepción del derecho propuesta por Hans Kelsen, quien entiende por derecho un conjunto de normas cuyo fin es la organización de la sanción, y que regulan su propia producción —entendida en su sentido amplio, es decir también como abrogación. ¿Con esta estipulación —que ciertamente está sujeta a toda crítica que ponga en evidencia sus características de oportunidad, pero no la que sostenga que ella no define el «verdadero» derecho— distinguimos adecuadamente el derecho de la moral? En mi opinión, para esta pregunta existe una respuesta positiva, pero antes de tratar de fundarla me parece más interesante tratar de esclarecer una cuestión más general e importante.

¿Con qué finalidad distinguir —si se puede— la moral del derecho? Para muchos pensadores, en efecto, el derecho se encuentra estrechamente relacionado con la moral, y no tanto en el sentido jusnaturalista fuerte de que el derecho positivo es derecho si —y solamente si— plasma y reconoce los valores morales, sino—en un sentido más débil, pero más interesante y provocativo para el juspositivista «hard»— en cuanto que pone en

² Propongo una definición *lexical* del vocablo «gato» si reproduzco su significado habitual, por ejemplo tomándolo de un vocabulario. Utilizo una definición *estipulativa* (o simplemente una *estipulación*) cuando del mismo término propongo una definición como animal doméstico que se expresa mediante «guau, guau». Se usa una definición *explicativa* (o simplemente una *redefinición*) cuando se define el vocablo «aceleración» en el ámbito de la física; en este caso es evidente que se utiliza un término del lenguaje común (o natural) pero introduciendo un significado diferente, más preciso, que le convierte en un término técnico.

evidencia el hecho innegable que en un sentido amplio el derecho positiviza la moral. De esta manera —sigue como consecuencia— se considera no sólo inútil, sino también imposible, tratar de separar ambas esferas normativas. De qué manera se configure precisamente la conexión entre derecho y moral es una cuestión ciertamente interesante, pero que no creo de interés (ni posible) analizar ahora³. No me interesa, en otras palabras, ver en qué modo se puede establecer tal conexión, sino que, por el contrario, lo que considero necesario es tratar de establecer la oportunidad de mantener separadas, dentro de una reflexión conceptual, el derecho y la moral.

La razón principal que fundamenta la necesidad de la distinción reside, en mi parecer, en el deber, tanto teórico como práctico, de mantener claramente diferenciados el derecho como es y el derecho como quisiéramos que fuese. Lo que no significa, contrariamente a como se piensa, colocarse en una torre de marfil desde donde se estudia la realidad sin emitir algún juicio de valor acerca de ella. La distinción se debería entender, más bien, como el principal requisito para evitar la confusión entre el objeto de una actividad cognoscitiva —y que por ello pretende ser si bien no objetiva cuando menos intersubjetiva— y el posible juicio de valor acerca de él. En pocas palabras, la distinción nos permite separar el enunciado cognoscitivo acerca del derecho del juicio valorativo acerca de su presunta bondad o maldad (o justicia o injusticia). Tener presente la distinción, por ejemplo, nos puede ser útil para evitar que el derecho como alguien quiere que sea se nos presente ideológicamente detrás de la máscara del derecho como es. Ello desde una perspectiva puramente práctica, relativa a la manera de comportarse frente a las disposiciones normativas contenidas en un ordenamiento jurídico positivo. Por otra parte, vista desde su lado teórico, la distinción entre derecho y moral se revela también de gran utilidad, para distinguir —no separar— entre el objeto de estudio y el juicio valorativo-personal sobre él. En este sentido, me parece, no se puede objetar si afirmamos que una cosa es la actividad cognoscitiva y otra cosa, muy diferente, es la actividad valorativa. Los enunciados que se pronuncian en una actividad cognoscitiva («hoy es lunes», «el agua hierve a 100° C a una alti-

³ Para examinar un tentativo de fundar la existencia de la conexión entre estas esferas normativas, y también para analizar una tipología de las diversas modalidades de conexión, véase: R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Albert GmbH, Freiburg im Breisgau-Múnchen, 1992. (Traducción italiana de F. FIORE, *Concetti e validità del diritto*, Einaudi, Turín, 1997).

tud de 700 metros sobre el nivel del mar», «en el lado oscuro de la luna la temperatura es de 50° C», «en los cines se prohíbe fumar») tienen la finalidad de informar acerca de un estado de cosas, o sea, se producen dentro de la función descriptiva del lenguaje; como tales, son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos, según si correspondan o no con la realidad empírica a que se refieren. Los enunciados que resultan de una actividad valorativa, por otro lado, no pueden ser ni verdaderos ni falsos, pues la función que desarrollan en la comunicación humana no es informar acerca de (o describir) la realidad empírica, sino —por el contrario— modificar un comportamiento directamente, mediante un mandato o una orden («cierra la puerta», «no fumes en el cine») o bien indirectamente, a través de un juicio de valor («fumar es malo», «trata a tu prójimo como quisieras que te traten», «honra a tus padres»).

No es el caso que factualmente sea imposible, es cierto, emitir un juicio en términos de verdad o falsedad en relación a estos últimos enunciados. Cuando mi mujer o yo decimos a nuestro hijo de seis años que es hora de dormir (no informándole sino ordenándole que se vaya a dormir) con frecuencia él nos responde, si en ese momento no desea aún dormir, con un «no es cierto»; ello demuestra, precisamente, que tal imposibilidad no es una imposibilidad física, factual. Sólo que se trata, como creo que es evidente, de una calificación impropia, carente de sentido: en el ejemplo, en efecto, «no es cierto» asume el significado de «no quiero» o bien «todavía no tengo sueño», y no, ciertamente para un observador menos ingenuo que un niño de seis años, de un juicio acerca de la falsedad de la orden que se ha dado. Esta diferencia, entre descripción y prescripción, es muy evidente cuando el observador se encuentra frente a enunciados con una estructura sintáctica distinta⁴, pero en realidad no siempre se verifica este indicio, por ejemplo cuando una prescripción se presenta bajo las vestiduras sintácticas que caracterizan a las descripciones («En esta casa no se fuma» en lugar de «no fumar en esta casa»). La ausencia de este indicio sintáctico es aún más evidente en el caso de los juicios de valor, que sólo indirectamente se proponen como objetivo modificar la conducta, pues generalmente poseen una forma sintáctica semejante a la de los enunciados descriptivos: por ejemplo, «fumar es malo», «usar la violencia es malo», «es bueno tratar a todos gentilmente».

⁴ «Hoy es viernes», «el lunes pasado llovió mucho», que pertenecen al lenguaje descriptivo, son también sintácticamente diferentes de «levántate y cierra la puerta» y «no fumes en esta habitación», que por el contrario, pertenecen al lenguaje prescriptivo.

Un enunciado cognoscitivo acerca del derecho positivo es, entonces, diferente desde una perspectiva lógico-semiótica, de un enunciado valorativo acerca del mismo objeto. En un caso «conocemos» el derecho positivo, mientras que en el otro caso lo «juzgamos». Conocer y juzgar, se debe aclarar, no constituyen en modo alguno esferas de la actividad humana lógicamente incompatibles o contradictorias, pues nada impide que de un objeto que sometemos a nuestra actividad cognoscitiva podamos también formarnos un juicio valorativo. En otros términos, conocer y juzgar no riñen absolutamente. Si así están las cosas desde el punto de vista de la posibilidad lógica, desde la perspectiva que toma en cuenta la conveniencia y la oportunidad, las mismas cosas se nos presentan en modo sustancialmente diverso. Es decir, que si es verdad que podemos conocer y juzgar un determinado aspecto de la realidad, es oportuno y conveniente no mezclar estas dos actividades, que como hemos visto son diferentes en cuanto a su finalidad intrínseca.

Evitar la confusión entre conocer y juzgar el derecho positivo es el resultado de tomar en consideración la distinción entre derecho y moral, entre derecho como es y derecho como debe ser. La distinción, es claro, opera solamente a nivel conceptual, en cuanto tiende a «separar» —sólo en este nivel— dos operaciones que frecuentemente nosotros tendemos a considerar indiscriminadamente como si fuesen la misma cosa. Desde un punto de vista práctico-cotidiano, en efecto, conocimiento y valoración se nos presentan muchas veces como aspectos diferentes de una misma actividad, la que nos pone frente a la realidad. A nivel conceptual, en una esfera ya no puramente instintiva sino también reflexiva, se hace necesario tratar de establecer una distinción. Y ello se hace mayormente imprescindible en el caso del derecho, dadas sus características y finalidades. Confundir el conocimiento con la crítica conduce ciertamente a resultados desastrosos, pues no nos permite distinguir entre los objetos del mundo empírico y nuestros sentimientos, nuestras sensaciones. Por el contrario, si distinguimos entre ellos podemos colocarnos en una posición mejor, pues nuestro juicio acerca de las cosas se formula como resultado final de nuestra relación con el mundo y no, como sucede con mucha frecuencia, como su punto de partida. El derecho tiene como objetivo final influir sobre nuestro comportamiento, y por ello es de vital importancia la posibilidad de poder distinguir entre la esfera del ser y la esfera del deber ser; y ello en dos direcciones ligadas entre sí. Una dirección, naturalmente, se refiere a las mayores posibilidades de conocimiento que se verifican cuando se distingue la actividad cognoscitiva (propia de la ciencia jurídica, de la

ciencia del derecho) de la actividad valorativa (propia de la política del derecho). Podemos, en otras palabras, conocer en un modo más adecuado nuestro objeto de estudio si no «contaminamos» nuestra labor con nuestros juicios de valor; sobre ello no creo quepa la menor duda. Sin que ello implique, necesariamente, el hecho de renunciar a la actividad valorativa: se trata simplemente de postergarla a un momento sucesivo, cuando se conozca mejor el objeto de estudio. La otra dirección tiene más repercusiones en el ámbito práctico, pues ayuda a comprender mejor si el derecho estudiado constituye un objeto de estudio o si por el contrario se trata de un sistema de valores para el que se pide la adhesión.

La utilidad de distinguir entre el derecho como es y el derecho como se quiere que sea me parece indiscutible; cuando menos nos pondría en condiciones de preguntarnos si el sistema jurídico que se nos presenta (para el que implícitamente se pide obediencia) es el derecho positivo, concreto de una realidad determinada, o bien el derecho como alguien quiere que sea. No creo que la diferencia sea fútil.

Otra cosa, sin embargo, es la posibilidad concreta de tal distinción. Kelsen, el mayor teórico de la pureza de la ciencia del derecho, ha sido criticado con frecuencia por el hecho de que en su teoría pura entra por la ventana lo que él concienzudamente trata de lanzar fuera de la puerta: las ciencias empíricas (particularmente la sociología) y los juicios de valor. Tal crítica, en efecto, no carece de fundamento pues como sabemos en Kelsen uno de los problemas centrales —además de la clásica cuestión de la *Grundnorm*— reside en sus observaciones sobre el tema de la validez y eficacia de la norma jurídica y de la efectividad del ordenamiento en su conjunto. Kelsen define como norma válida aquella disposición perteneciente a un ordenamiento efectivo en términos generales, y declara que no se interesa por la eficacia de la norma, que en su parecer consiste en el hecho de que los destinatarios se comporten de la manera prevista por la misma. A Kelsen, como es sabido, interesa teóricamente sólo la validez de la norma en su sentido formal, es decir en cuanto es producida de acuerdo con los criterios establecidos por la norma de grado superior, sin tomar en cuenta ni su posible contenido ni el comportamiento de los individuos. Sin considerar por ahora el problema de la validez de la norma singular, sin embargo, se debe notar —como evidencia la crítica— que el problema de la eficacia de la norma, que se deseaba abandonar, reaparece mediante la referencia a la efectividad del ordenamiento jurídico al que la norma pertenece, y con ello se abrirían las puertas para un campo que Kelsen no había previsto: el terreno de las ciencias empíricas, por un lado, y el campo

de la valoración, por el otro, pues es evidente que en determinadas fases históricas luchan por el poder —y por implantar su propio ordenamiento jurídico— fuerzas antagónicas, y la opción del estudioso por uno de ellos (aunque sólo sea con fines cognoscitivos) pone de manifiesto su sistema de valores.

Es evidente, ahora que hemos llegado a este punto, la dificultad tanto de distinguir entre derecho y moral (si bien no la oportunidad de hacerlo) cuanto, en consecuencia, la dificultad de fundar de algún modo la definición de derecho que se ha dado. La definición de derecho que privilegia el derecho existente, el derecho efectivo en una determinada sociedad, posee sin duda algunas ventajas, como se ha tratado de evidenciar, pero comporta también algunas dificultades en relación a los fenómenos normativos que en ocasiones no es capaz de explicar. Las ventajas parecen ya suficientemente claras, si bien sujetas de cualquier modo a posibles críticas. Las desventajas, por otro lado, varían de período a período y de sociedad a sociedad. A tal fin es necesario recordar el hecho de que el mismo Kelsen trataba de anticipar una de estas críticas, cuando señalaba que sus tesis resultaban mayormente explicativas en las fases de tranquilidad de una sociedad, y no —por el contrario— en fases de transición, en estadios de revolución jurídica. Por otro lado, es innegable que la doctrina kelseniana se origina en un determinado y bien definido contexto; por tal razón ella no podía dar cuenta, por ejemplo, de la complejidad normativa que se manifiesta en una sociedad como la mexicana, donde la presencia de grupos autóctonos que poseen una estructura normativa que a veces se coloca en contraste con el ordenamiento estatal nos obliga a hacer las cuentas con un concepto de derecho que parece dejar fuera estas estructuras. Se habla, entonces, de pluralismo jurídico, de nuevos problemas para una doctrina del derecho incapaz de explicar y de considerar estos fenómenos normativos⁵.

¿Qué hacer frente a esta situación que para muchos constituye una paradoja y un problema indisoluble para la doctrina kelseniana? ¿Debemos abandonar la teoría? A mi juicio la respuesta debería ser negativa, pues considero de cualquier manera que los aspectos positivos de la doctrina,

⁵ Véase, por ejemplo, el trabajo de O. CORREAS: *Pluralismo jurídico y teoría del derecho. Nuevos problemas*, de próxima publicación.

que tiene su momento culminante con el pensamiento de Kelsen⁶, superan los aspectos críticos. La influencia del pensamiento de Kelsen en la teoría del derecho del siglo XX es ciertamente innegable, y no se podría entender si no tomáramos en cuenta el papel explicativo de su doctrina para la mejor comprensión de la estructura y del funcionamiento de los modernos sistemas jurídicos. Aspectos como la distinción entre los principios de causalidad y de imputación, entre aspectos nomoestáticos y nomodinámicos del ordenamiento, así como la reducción monista en campos tradicionalmente sujetos a divagaciones dualístico-metafísicas de impronta jusnaturalista —entre derecho objetivo y derecho subjetivo, entre derecho privado y derecho público— constituyen conceptos ya irrenunciables para quien estudie el derecho moderno. No nos queda entonces sino tratar de evidenciar claramente las razones por las que se opta por el estudio del derecho positivo de una sociedad, tratando también de conciliar esta opción (que constituye ciertamente una opción política⁷) con el análisis y la comprensión de aquellas situaciones que parecen poner en duda la capacidad explicativa de la teoría kelseniana. Que ello sea posible —y no sólo deseable— se justifica si pensamos en la importancia creciente que ha venido asumiendo, no sólo al interior de la reflexión teórico-doctrinal sino también como específica materia curricular en las facultades universitarias, la disciplina que tiene como cometido el estudio —entre otras cosas— del impacto de la legislación en la sociedad: la sociología del derecho. También, a este respecto, no debemos olvidar el hecho de que Kelsen modificó —a

⁶ No podemos negar la influencia que sobre Kelsen tuvieron otros distinguidos estudiosos de la Escuela vienesa, entre los cuales menciono solamente a los principales: ADOLF MERKL y ALFRED VERDROSS. Para un examen de la contribución de estos dos estudiosos a la doctrina kelseniana, en particular de la influencia de MERKL, se puede ver el excelente estudio de M. PATRONO en su *Presentazione* al volumen de MERKL en lengua italiana *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi* (Giuffrè, Milán, 1987) que contiene diez ensayos de este estudioso, alumno de KELSEN.

⁷ En los trabajos de UBERTO SCARPELLI (1924-1993) es evidente esta visión de un positivismo jurídico de naturaleza política, es decir que presupone la realización de una opción valorativa por parte del estudioso que decide dedicarse al análisis del derecho existente. De SCARPELLI véase al menos *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965 (existe versión en español con el título *¿Qué es el positivismo jurídico?*, trad. de J. HENNEQUIN, rev. téc. de A. RENTERÍA DÍAZ, en Cajica, Puebla, 2001) y *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bolonia, 1982. Ya es evidente esta visión de SCARPELLI en su escrito *Il metodo giuridico* (1971) del que existe una traducción en español: «El método jurídico», en A. RENTERÍA DÍAZ (comp.), *Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*, en Nósesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 1997, vol. 9, núm. 18, pp. 215-233.

veces en forma casi sustancial— algunas de sus tesis. En el caso particular de la sociología del derecho él terminó confiriendo a esta disciplina —ciertamente como resultado de su acercamiento a la tradición del *Common Law* durante su permanencia en Norteamérica— una relevancia ciertamente diversa del *status* que para él tenía en sus estudios iniciales.

Nos queda por analizar un aspecto de la definición del derecho con la que nos hemos comprometido, que se inspira en la doctrina de Kelsen: el papel de la coacción. Que para Kelsen la coacción (o sanción) constituya un aspecto fundamental de su idea de derecho se demuestra en varios aspectos de su doctrina, entre los que tal vez sobresale —por su claridad— su reflexión acerca de la distinción entre norma primaria y norma secundaria. Invertiendo los términos de la visión tradicional⁸, para Kelsen la norma primaria es la expresión lingüística en forma hipotética que establece una relación —mediante el principio de imputación— entre un evento condicionante (el acto ilícito) y una consecuencia condicionada (la sanción). Mientras que la norma secundaria es solamente un fragmento de la norma primaria, o sea una especie de derivación que sirve a los individuos para pensar el comportamiento que ellos deben observar con el fin de evitar la sanción. Para muchos estudiosos, no sin razón por cierto, los términos en que Kelsen habla de la coacción constituyen una especie de error reduccionista, y suscitan —según ellos— no fáciles problemas. Se dejan fuera de la órbita de lo jurídico todas aquellas disposiciones del ordenamiento que no contemplan una reacción coactiva por parte del Estado, como por ejemplo las que instituyen o confieren poderes, o las que establecen estados de cosas (la mayoría de edad). Además, se afirma que, de este modo se reduce todo el derecho a la fuerza, al poder coactivo del Estado.

Podría ser de interés teórico, quizá, tratar de estudiar las relaciones entre las ideas generales de Kelsen acerca del ordenamiento jurídico y su visión sobre la norma primaria y secundaria, con el fin de señalar si la primera constituye la condición de la segunda o viceversa. Pero, claro, se trataría de una tarea que requeriría un espacio específico, mayor del de esta nota. Lo que sí se puede hacer ahora —sin embargo— es reflexionar sobre

⁸ Términos que H. L. A. HART, sucesivamente «restablece» en *The Concept of Law*, Oxford University Press, Londres, 1961, traducción al castellano de GENARO R. CARRIÓN, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963. Sobre el pensamiento de HART, en castellano, véase el volumen monográfico *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, de la *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso (edición dirigida por AGUSTÍN SQUELLA), 1986, núm. 28.

los resultados, a veces casi paradójicos, a los que conduce la reflexión kelseniana a quien la tome en modo acrítico.

La visión de Kelsen, es claro para todos los estudiosos, conduce a tener que excluir del sistema jurídico todas aquellas disposiciones del Estado que no prevén una sanción, y son muchas. Pero la doctrina que se inspira en Kelsen, por supuesto, lejos de recoger ingenuamente todo el conjunto de esas tesis se ha dado a la tarea de examinarlas, de integrarlas, de mejorarlas, allá donde venían a crear dificultades. En el caso que se analiza, por ejemplo, los estudios realizados por Norberto Bobbio en las décadas 50 y 60 lo condujeron a tratar de superar las dificultades. Para Bobbio, siguiendo a Kelsen, lo que distingue a una norma jurídica como tal, es su carácter coactivo, es decir el hecho de que en ella se prevea una sanción que debe seguir en el caso de que alguien efectúe un comportamiento considerado como ilícito. Es evidente que la norma en que Bobbio piensa es la norma primaria de Kelsen, la «verdadera» norma. Las dificultades del reduccionismo sancionatorio de Kelsen, y que Bobbio encuentra inmediatamente después de su aseveración, son fundamentalmente tres. El hecho de que existan normas que no prevén sanciones, el hecho de que exista la sanción también en las normas morales y en las normas sociales, y el hecho de que muchas normas parecen ser obedecidas no por el temor a una posible sanción sino por una especie de adhesión espontánea. Comencemos analizando la última dificultad.

En resumen, existe quien sostiene que la sanción no caracteriza a la norma jurídica, por el simple hecho de que algunas personas se comportan conforme a lo prescrito por ella, no porque el comportamiento contrario se haga merecedor de una sanción sino solamente por una especie de «adhesión espontánea» a la norma. No se puede negar, en efecto, que para algunas personas se establece una equivalencia entre la norma jurídica y el sentimiento moral, de modo que ellas adecuan su conducta a la primera no por el temor a la sanción que seguiría si no lo hicieran así, sino simplemente en razón de su sentimiento moral. Sin embargo, creo que se puede convenir que tales personas constituyen una minoría en nuestras modernas sociedades, donde más bien vemos muchas personas para las que el temor a la sanción no constituye un eficaz referente para seguir el dictado de las normas. Y aunque la mayoría de nosotros se comportase como indican las normas jurídicas de forma espontánea, no se ve con claridad como ello pueda confutar la aseveración de que la sanción constituye un factor característico de ellas. Pasemos ahora a las dos primeras dificultades que Bobbio enfrenta. Bobbio afirma, para responder a la dificultad relativa a la exis-

tencia de disposiciones jurídicas sin sanción, que a fin de cuentas la dificultad se disuelve si pensamos en dos posibles vías. La primera, que el carácter sancionatorio no se debe individualizar en la norma jurídica considerada de forma aislada, sino que tal carácter pertenece a todo el conjunto de normas, es decir al ordenamiento jurídico. El hecho de que *una norma* no contenga sanción no es un problema, según Bobbio; es suficiente que el ordenamiento jurídico en su conjunto posea carácter sancionatorio para que la norma individual *adquiera* de algún modo ese mismo carácter. Para explicar de manera más clara la segunda vía se hace necesario dar un ejemplo. En la mayor parte de los países del mundo las personas adquieren la mayoría de edad a los dieciocho años, mediante un mecanismo que simboliza eficazmente el modo en que funciona el derecho. En otras palabras, uno se convierte en mayor de edad en razón de una disposición jurídica de un código que establece que a partir del momento en que uno cumple dieciocho años de edad se adquiere la mayoría de edad, con todo lo que ello comporta⁹. A una norma de este tipo sería por lo menos extraño —si no absurdo— tratar de ligar una sanción. ¿Cuál es el acto condicionante (el ilícito) y cuál la consecuencia condicionada (la sanción) de esta disposición? No todos los seres humanos, es cierto, llegan a los dieciocho años de edad, pero no por ese hecho —al que generalmente atribuimos un valor negativo ya de por sí— quienes mueren antes de esa edad se hacen merecedores de una sanción. Por otro lado, tampoco podemos imaginar que una persona cumpla dieciocho años de edad y mediante su «fuerza de voluntad» se «niegue» a adquirir la mayoría de edad. Se trata, entonces, de una disposición cuya desobediencia es imposible. Con todo, muchos estudiosos convienen con Bobbio en que no obstante lo anterior si tal disposición pertenece a un ordenamiento jurídico que posea, en términos generales, carácter sancionatorio, con ello se resuelve la cuestión. La segunda vía, en cierto modo conectada con la primera, conduce a afirmar que la ausencia de coacción en las disposiciones consideradas es sólo *aparente*, ya que si las insertamos en el conjunto de disposiciones que forman el ordenamiento, mediante modalidades combinatorias, ellas parecen tomar sentido sancionatorio. En el caso señalado, podríamos pensar como ejemplo —combinando la disposición que establece la mayoría de edad con otras disposiciones— el hecho de que un menor de edad celebre un acto

⁹ Una norma de este tipo, claro está, no existe en todos los ordenamientos y donde existe no está formulada en el modo poco ortodoxo con el que aquí se ha expresado; y sin embargo, para los fines de este trabajo es funcional.

jurídico cuya validez depende —entre otros requisitos— de que los contra-yentes sean mayores de edad. Si suponemos que los seres humanos realizan determinados actos esperando que ellos produzcan ciertos efectos —que no sean nulos, en otras palabras— entonces puede ser factible pensar que la nulidad del acto jurídico realizado por un menor podría ser considerada como una sanción. No es del todo insensata —a mi juicio— esta consideración. Sin embargo, para muchos estudiosos¹⁰, este modo de razonar constituye de algún modo un error, un indebido «ajuste» de la teoría cuando se encuentran problemas. En modo particular, se ha confutado la equivalencia nulidad-sanción; una sanción presupone que el comportamiento del cual depende se considere negativamente, y que el derecho trate de evitarlo, mientras que nada de esto sucede con la nulidad, pues el derecho no considera indeseables ni trata de evitar aquellas conductas que comportan la nulidad de un acto jurídico, como hacer testamento sin testigos o que un menor de edad celebre un acto para el que se requiere la mayoría de edad: simplemente el derecho no reconoce a tales actos ningún efecto jurídico.

Quizá la dificultad mayor de considerar, siguiendo la vía trazada por Kelsen, la sanción como elemento caracterizador de la norma jurídica, estriba en el bien conocido hecho que no sólo existe sanción en la norma jurídica (y no en todas como también se ha evidenciado) sino también en las normas de la moral y en las normas sociales. ¿Cómo puede distinguir la sanción a una norma jurídica de una norma moral o social cuando también éstas son normas sancionatorias? El reconocimiento de esta fundada objeción conduce a tener que establecer la diferencia entre estas tres formas de sanción, con el fin de mantener la tesis inicial. Es así, por ejemplo, que en Bobbio encontramos una detallada descripción de las sanciones jurídicas, morales y sociales.

La sanción moral sería, entonces, diferente de la sanción jurídica por el simple hecho de que aquélla consiste sustancialmente en un sentimiento «interior» que el individuo experimenta como resultado de haber cometido un acto contrario a una norma de la moral; se trata, en otras palabras, del remordimiento que una persona experimenta; mientras que ésta (la sanción jurídica) consiste en una respuesta «exterior» que proviene de personas diversas de quien comete el acto contrario a una norma jurídica. El

¹⁰ Entre ellos el ya citado HART. Una discusión crítica de la norma jurídica sancionatoria en KELSEN se encuentra en el volumen *Introducción al análisis del derecho* de CARLOS S. NINO (1980).

carácter «interior» (o «interno») de la sanción moral se resuelve inevitablemente en una pérdida de eficacia, pues no sólo la medida de la sanción sino la sanción misma dependen de que una persona sea capaz de experimentar remordimiento. Entre sanción social y sanción jurídica, por otra parte, una diferencia de este tipo no existe, ya que también la primera constituye una reacción «exterior» (o «externa») como la segunda. La diferencia, entonces, hay que buscarla en otro factor, que deriva precisamente del hecho de que la sanción social a veces se muestra «excesivamente eficaz» y a veces «menos eficaz»: en otras palabras que la reacción de la comunidad varía en razón de elementos no cuantificables, de carácter subjetivo. La reacción a un mismo hecho antisocial puede ser, en pocas palabras, el desdén o el hastío, o llegar al extremo del linchamiento. La sanción jurídica, por el contrario, posee características de organicidad y de institucionalización, que determinan con (relativa) precisión cuáles son los actos contrarios a una norma jurídica, cuál y cuánta la sanción ligada a tales actos y quién es el órgano autorizado para erogar la coacción. Ninguno de estos tres factores existe en la sanción social, lo que la hace sustancialmente diferente de la sanción jurídica.

En este escrito, cuya finalidad —repite— era meramente explorativa, se han puesto en evidencia algunos problemas conectados a la definición del derecho que tiene origen en las reflexiones de Kelsen, a saber: un conjunto de normas cuyo fin es la organización de la sanción, y que regulan su propia producción —entendida en su sentido amplio, es decir también como abrogación. Entre otras cosas, se ha tratado de examinar, aunque brevemente, el problema de la definición del derecho a la luz de la moderna teoría de la definición, poniendo de manifiesto las dificultades que encuentra una visión realista y, por otro lado, las ventajas, al menos de método, de la visión nominalista. También brevemente se ha tratado de argumentar en favor de la necesidad metodológica de distinguir (no separar) el derecho de la moral. Por último, se han examinado brevemente algunas de las principales objeciones al carácter coactivo que la definición de derecho que acogemos le atribuye. Si se puede hablar con propiedad de un resultado éste no es ciertamente de carácter definitivo; ni pretendía serlo, por otra parte, en particular en la sección dedicada al examen de la sanción como elemento característico de la norma jurídica. Me parece que ahí la crítica ha dado en el blanco en algunos aspectos débiles de la reflexión kelseniana. En lo que se refiere, sin embargo, a la necesidad de distinguir el derecho de la moral y de colocarse en una perspectiva nominalista por lo que hace a la definición del derecho, yo no tengo la menor duda de que

ellas constituyan un requisito fundamental para que se efectúe un estudio del derecho tratando de distinguirlo (*solamente distinguirlo*) de su crítica.