

Ilustración de portada:
Still Life with a Chess Board (fragmento), 1926, Yuri Vasnetsov

Primera edición en Editorial Debate: septiembre 1990

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *Copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella, mediante alquiler o préstamo públicos.

- © Editore G. Giappichelli, I, III, IV, VIII, XII, XIII, XIV, XV y XVI
- © Edizioni di Comunità, II, V, VI, VII, IX, X, XI, XVII, XVIII y XIX
- © Del estudio preliminar, recopilación y traducción, Alfonso Ruiz Miguel
- © De la versión castellana: Editorial Debate, S. A. Recoletos, 7. 28001 Madrid

I.S.B.N.: 84-7444-415-2

Depósito legal: M-34779-1990

Compuesto en Imprimatur, S. A.

Impreso en Unigraf, Arroyomolinos, Móstoles (Madrid)

Impreso en España

XV. DERECHO Y FUERZA

1. LA FUERZA COMO CONTENIDO DE LAS NORMAS JURIDICAS

Me propongo llamar la atención sobre un modo de plantear el problema de la relación entre Derecho y fuerza que contrasta con la definición tradicional del Derecho, entendido como conjunto de normas coactivas, o, lo que es lo mismo, hechas valer mediante la fuerza. En la definición tradicional la fuerza es considerada como un *medio* para realizar el Derecho. Según la teoría que me propongo examinar la fuerza es considerada, en cambio, como el *contenido* de las normas jurídicas. Me detengo en esta teoría ante todo porque, a pesar de la novedad y el interés de la perspectiva, me parece que hasta ahora ha sido poco analizada, y además porque se presta a consideraciones sobre algunos problemas generales del Derecho.

También esta teoría, como muchas otras que han llegado a ser patrimonio común de la filosofía del Derecho contemporánea, ha sido formulada por Hans Kelsen desde la aparición de la *Allgemeine Staatslehre* (1925). Con todo, el propio Kelsen no le ha atribuido mucha importancia ni la ha sometido a examen detenido: en la *General Theory of Law and State* (1945) la teoría se formula *en passant*; tampoco se encuentra mención particularizada de ella en la *Reine Rechtslehre*, ni siquiera en la última edición, completamente reelaborada y aumentada (1960). Habría, pues, pasado quizá desapercibida si no hubiese sido autorizadamente acogida, precisada y vuelta a poner en circulación por Alf Ross —que, sin embargo, en la orientación general de su pensamiento, no es kelseniano— en la obra *On Law and Justice* (1958).

En la *General Theory*, a propósito de la teoría que considera a la coacción como elemento esencial del Derecho, para defenderla de las críticas que provienen de las corrientes sociológicas, Kelsen hace esta observación: «This doctrine does not refer to the actual motives of the behaviour of the individuals subjected to the legal order, but to its content» [«Esta doctrina no se refiere a

los motivos reales de la conducta de los individuos sometidos al orden jurídico, sino el contenido de éste...»¹. Un poco más adelante, para librarse de la objeción denominada del «proceso al infinito» repite el mismo concepto con palabras análogas: «A rule is a legal rule not because its efficacy is secured by another rule providing for a sanction; a rule is a legal rule because it provides for a sanction. The problem of coercion (constraint, sanction) is not the problem of securing the efficacy of rule, but *the problem of the content of the rules*» [«Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas»]². Es bastante curioso que en ambos casos se enuncia la tesis no directamente sino sólo como respuesta a una objeción.

La tesis de que el Derecho no es un conjunto de normas garantizado por la fuerza (*rules guaranteed by force*), sino que es un conjunto de normas que regulan la fuerza (*rules about force*), se ha convertido en seguida en uno de los puntos cardinales de la teoría del Derecho de Karl Olivecrona. Este, tras haber llamado la atención sobre el hecho de que el Derecho es fuerza organizada, o, en otras palabras, una organización de la fuerza, y tras haber negado la independencia de las normas primarias respecto de las secundarias, expresa claramente su pensamiento de este modo: «It is impossible to maintain that law in a realistic sense is guaranteed or protected by force. The real situation is that law —the body of rules summed up as law— consists chiefly of rules *about force*, rules which contain patterns of conduct for the exercise of force» [«No es posible sostener que el Derecho, en sentido realista, esté garantizado o protegido por la fuerza. La verdadera situación es que el Derecho —el cuerpo de reglas resumido en el concepto de Derecho— consiste principalmente en reglas *acerca de la fuerza*, en reglas que contienen pautas de conducta para el ejercicio de la fuerza»]³.

En fin, la misma tesis ha sido recientemente recogida por Ross, que le atribuye un puesto preeminente en su teoría general del Derecho. En uno de los primeros epígrafes, titulado *The Content of Legal System*, al plantearse el problema de cómo puede distinguirse por el contenido (*in content*) un concreto sistema jurídico nacional de otros sistemas normativos concretos, lo resuelve afirmando: «A national law system is an integrated body of rules, determining the conditions under which physical force shall be exercised against a person (...); or shorter: A national law system in the rules for the establishment and functioning of the state machinery of force» [«Un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona (...); o más brevemente: un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el estableci-

¹ *General Theory of Law and State*, Cambridge Mass., 1949, pág. 25. El subrayado es mío. Cfr. trad. it., pág. 25 [trad. cast., cit., pág. 29].

² *Op. cit.*, pág. 29. El subrayado es mío [trad. cast., pág. 34].

³ *Law as Fact*, Londres, Oxford University Press, 1939, pág. 134. Cfr. trad. italiana, *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castignone, Milán, Giuffrè, 1967, pág. 113 [hay trad. cast. de Gerónimo Cortés, *El Derecho como hecho*, Buenos Aires, Depalma, 1959, págs. 103-104].

miento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado»⁴. Volviendo sobre lo dicho, repite en otro lugar aún más concisamente: «A national law system is a body of rules concerning the exercise of physical force» [«Un orden jurídico nacional es un cuerpo de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física»] y, concluyendo la discusión, afirma: «We must therefore insist that the relationship of the legal norms to force lies in the fact that they concern the application of force, not that they are upheld by means of force» [«Tenemos que insistir, por ende, en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que estén respaldadas por la fuerza»]⁵.

El principal interés de la teoría está en haber superado las objeciones que habitualmente se dirigen a la definición del Derecho en términos de coacción sin haber renunciado a la coacción como elemento esencial del Derecho. Otros motivos de interés, marginales pero no menos dignos de atención en el marco general del desarrollo de la filosofía del Derecho en el último siglo, son: el haber llevado a las últimas consecuencias la tendencia, iniciada por Jhering, a considerar el Derecho más desde el punto de vista de las normas secundarias que desde el de las normas primarias; el haber superado la prueba, siempre intentada y nunca conseguida, de dar una definición de la norma jurídica con referencia a su contenido.

Ilustraré estos puntos en orden inverso (respectivamente en los epígrafes 3, 4 y 5), haciendo antes un breve comentario.

2. TEORIAS PRO Y CONTRA LA COACCION

La teoría tradicional que define el Derecho en términos de coacción fue formulada por Jhering con estas palabras: «Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen» [«El Derecho es el conjunto de las normas coactivas vigentes en un Estado»]⁶. Los escritores anglosajones se remontan a Austin, que define el Derecho como mandato y el mandato como una expresión de deseo que se distingue de cualquier otra expresión de deseo por el hecho de que el destinatario del mandato está expuesto a sufrir un mal por parte de quien manda cuando su conducta no satisfaga el deseo de éste⁷. O Jhering o Austin, la teoría tiene ilustres progenitores.

Aun cuando sean numerosas y frecuentes las objeciones dirigidas a la teoría tradicional, pueden reducirse fundamentalmente a los tres siguientes argumentos, repetidos hasta la saciedad: a) la general observancia espontánea de las normas; b) la existencia en todo ordenamiento jurídico de normas sin san-

⁴ *On Law and Justice*, Londres, Stevens, 1958, pág. 34. Cfr. trad. italiana, *Diritto e giustizia*, Turín, Einaudi, 1965, pág. 34 [trad. cast. cit., pág. 34].

⁵ *Op. cit.*, págs. 52 y 53. Cfr. trad. italiana, cit., págs. 50 y 55 [trad. cast., págs. 51 y 52].

⁶ R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, vol. 1, 1877, pág. 320 [trad. cast., cit., página 158].

⁷ J. Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, edic. de Hart, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1954, pág. 14. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, at the Clarendon Press, 1961, pág. 6 (trad. it., pág. 9 [trad. cast., pág. 8]).

ción; c) el proceso al infinito (si una norma es jurídica porque está sancionada, también la norma que regula la sanción, para ser jurídica, debe estar sancionada, y así sucesivamente). Según el primer argumento, la sanción no es necesaria; por el segundo, es tan poco necesaria que de hecho a menudo no existe; por el tercero, no existe, al menos en el vértice del ordenamiento, porque es imposible. Más brevemente, los tres argumentos discuten, respectivamente, la *necesidad*, la *existencia* y la *posibilidad* de la coacción. El primero de estos tres argumentos ha sido adoptado sobre todo por escritores de orientación sociológica, como Ehrlich⁸; sobre el segundo ha insistido, incluso recientemente, con nuevas observaciones, Hart⁹; el tercero ya fue formulado por Thon, imperativista, sí, pero no defensor de la coacción¹⁰.

El uso de estos tres argumentos, separada o, más a menudo, conjuntamente, ha solido servir para eliminar la coacción de las notas características del concepto del Derecho, para dar una definición de Derecho, sin recurrir a la idea de la coacción. Sólo que también las teorías que definen el Derecho prescindiendo de la coacción caen en graves dificultades, que no son ciertamente menores que las de la teoría combatida. La mayor dificultad de estas teorías consiste, una vez eliminada la coacción, en encontrar el criterio para distinguir las normas jurídicas de las normas morales y de las normas del trato social. Este criterio ha sido buscado las más de las veces o en el modo con que las normas vienen acogidas por los asociados (teorías psicológicas) o en el fin último al que sirven (teorías teleológicas). Pero con unas y otras se tiene la impresión de que la coacción echada por la puerta vuelve a entrar por la ventana.

1 Según las teorías psicológicas, una regla jurídica se distingue de una regla del trato social por el hecho de ser observada con el *animus se obligandi* (este resultado viene obtenido extendiendo el criterio de la *opinio iuris*, habitualmente acogido para las normas del Derecho consuetudinario, a todas las normas jurídicas); pero cuando después se intenta explicar por qué ciertas reglas se observan con la convicción o el sentimiento de estar obligados a conservarlas, se descubre que esta convicción, este sentimiento, o bien deriva de la convicción o del sentimiento de que la inobservancia será reprobada con un acto de fuerza o bien no difiere de la convicción o del sentimiento que acompaña a la aceptación de una norma moral (el respeto a la voz de la conciencia, a la voluntad divina, etcétera).

2 Según las teorías teleológicas, fines propios del Derecho son o la justicia o el bien común o la paz: pero, aparte de la generalidad de estas nociones y de otras que se podrían sugerir, la única que puede determinarse mejor es la tercera (la paz). Sólo que, para determinarla, se suele recurrir al concepto de orden obtenido coactivamente. Es sabido, por ejemplo, que en el pensamiento

⁸ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munich-Leipzig, 1913, págs. 15-16; citado y criticado por Kelsen, *General Theory*, op. cit., pág. 25 (trad. it., pág. 25 [trad. cast., página 29]).

⁹ Hart, *The Concept of Law*, op. cit., págs. 27-41 (trad. it., págs. 34-51 [trad. cast., págs. 33-35]).

¹⁰ A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Rechts*, Weimar, 1871, pág. 6. Cfr. trad. it., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, a cargo de A. Levi, Padua, Cedam, 1951, pág. 16.

de Kelsen encuentran sitio sin contradecirse —al contrario, apoyándose mutuamente—, el criterio teleológico de la paz y la teoría del Derecho como ordenamiento coactivo (*Zwangordnung*). Si se prescinde de la modalidad de la coacción, mal se distinguen por el fin normas del Derecho y normas del trato social.

En resumen, las teorías psicológicas y las teleológicas, cuando no son un disfraz de la teoría de la coacción, no sirven para distinguir las normas jurídicas de las morales las primeras, o las normas jurídicas de las del trato social las segundas.

3. INDIVIDUALIZACION DE LAS NORMAS JURIDICAS POR EL CONTENIDO

El único modo seguro de distinguir las reglas jurídicas de las reglas del trato social, prescindiendo de la coacción, sería el de distinguirlas en base a la diversidad de su contenido. Pero no obstante los diversos intentos realizados para caracterizar las reglas jurídicas en base al contenido, la individualización de un contenido propio de las reglas jurídicas es una empresa hasta ahora desesperada.

El contenido de las reglas del ajedrez es el juego del ajedrez, así como el contenido de la gramática es el hablar, de la retórica el persuadir, de la estética el poetizar, de la lógica el pensar, de la moda el vestir. ¿Pero existe un tipo de comportamiento que, a diferencia de cualquier otro comportamiento, constituya el contenido propio de las reglas jurídicas? ¿Existe un comportamiento jurídico del que el Derecho sea la regla, así como existe un comportamiento lingüístico del que es regla la gramática? Se habla, sí, de comportamiento jurídico, pero, cuando se usa la expresión «comportamiento jurídico», se quiere denotar un comportamiento conforme a las normas jurídicas: resulta obvio entonces que no se puede definir una regla en base a un comportamiento cuando este comportamiento viene definido, a su vez, en base a la regla. Las reglas de la gramática vienen definidas partiendo de un cierto tipo de comportamiento; el comportamiento jurídico, al contrario, viene definido partiendo de un cierto tipo de regla.

Tampoco es satisfactoria la respuesta según la cual el contenido de las reglas jurídicas es la vida social: la vida social no es el contenido de las reglas, sino sólo el ámbito en el que las reglas jurídicas, como por lo demás gran parte de las reglas del trato social y de las reglas morales, operan. Reglas jurídicas, reglas del trato social y reglas morales operan todas en el ámbito de la vida social, pero de modo distinto: por ello, una vez más, lo que parece distinguirlas es el *cómo* y no el *qué*. De otra manera: se suele decir, especialmente en sociología, que representan modos distintos de control social.

Puesto que definir el Derecho en base al contenido de las normas jurídicas ha parecido hasta ahora empresa desesperada, tanto más singular e interesante parece la solución dada por Kelsen, seguido por Olivecrona y por Ross, al problema de las relaciones entre Derecho y coacción, porque puede verse como un intento de individualizar el contenido de las reglas jurídicas y, por

tanto, de definir las normas jurídicas en base no ya a la forma, al fin, a las cualidades de quien las pone o de quien las recibe, sino en base exclusivamente a la materia regulada. Si el Derecho es el conjunto de las normas que regulan la coacción, o el ejercicio de la fuerza, eso significa que la coacción o la fuerza constituyen la materia específica de la norma jurídica con el mismo título que el lenguaje es la materia específica de la gramática. Sería como decir que entre los distintos actos o grupos de actos del hombre, como el hablar, el vestir, el jugar, el poetizar, se puede enumerar también a los actos de fuerza (en este contexto, por «fuerza» se entiende siempre «fuerza física») que, como los demás actos humanos, precisan ser disciplinados por reglas. Las reglas que los disciplinan constituyen una clase de reglas distintas de las otras clases de reglas en base a la materia regulada. Esta clase de reglas es el Derecho. Así como la gramática es la regla del lenguaje y la moda la del vestir, así el Derecho es la regla de la fuerza.

4. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA TEORIA DEL DERECHO COMO REGULACION DE LA FUERZA

Desde el punto de vista del desarrollo de la teoría general del Derecho en el último siglo la definición del Derecho como regla de la fuerza es el resultado del especial relieve dado a partir de Jhering a las normas secundarias sobre las primarias. Jhering, como es sabido, fue el primero en dar especial relieve a la tesis de que los destinatarios de las normas jurídicas no son los ciudadanos sino los órganos del Estado encargados de ejercer la coacción. Se había creído hasta entonces que el Derecho imponía deberes a los ciudadanos; pero al hacerlo se había cambiado lo principal por lo accesorio. En vía de principio, según Jhering, el Derecho impone deberes a los jueces, y en general a los órganos ejecutivos, y sólo indirectamente a los ciudadanos. No obstante la aparente rareza de la tesis y las vivaces y autorizadas críticas a que dio lugar, ha tenido fortuna la propuesta de trasladar el foco de la teoría general del Derecho desde las normas primarias a las normas secundarias. Kelsen ha hecho de ella uno de los goznes de su teoría general, la cual, como es sabido, prescinde de las normas primarias en el sentido tradicional de la palabra; por último, también Hart ha visto en la presencia de normas secundarias la característica de los ordenamientos jurídicos, aunque ha adoptado una noción más amplia de normas secundarias, incluyendo en ella también las normas sobre la producción jurídica, y ha definido las normas secundarias no como normas dirigidas a los jueces, y más genéricamente, a los órganos del Estado, sino como normas que atribuyen poderes más que obligaciones.

El argumento irresistible a favor de la nueva perspectiva, que traslada el plano de referencia del Derecho desde las normas primarias a las normas secundarias, es el siguiente: un ordenamiento compuesto de normas primarias exclusivamente no se asemejaría en nada a los ordenamientos que estamos habituados a llamar jurídicos; en cambio, un ordenamiento compuesto de normas secundarias exclusivamente no sólo se asemeja a los ordenamientos

que llamamos habitualmente jurídicos sino que hace perfectamente inútil la formulación de normas primarias. El relieve dado a las normas secundarias ha ido paralelo al traslado del interés de los filósofos del Derecho desde el estudio de las normas concretas al estudio del sistema de normas u ordenamiento: la característica principal de la filosofía del Derecho de nuestro tiempo, al menos en la Europa continental, ha sido el descubrimiento del ordenamiento jurídico y de los problemas a él conexos. De ahí la importancia de las teorías institucionales, en Francia y en Italia, que han estudiado la función del ordenamiento jurídico, y de Kelsen, en Alemania, que ha estudiado su estructura (una de las contribuciones fundamentales de Kelsen es la concepción del ordenamiento jurídico como sistema dinámico).

Considerado el Derecho como el conjunto de las normas dirigidas a los jueces o a los órganos ejecutivos, la coacción ya no podía ser considerada como el medio para realizar el Derecho sino que debía ser consecuentemente considerada como el contenido mismo de las normas jurídicas. De este modo el ámbito del Derecho queda reducido: no regula ya todos los comportamientos humanos que tienen alguna relación con la vida de sociedad, sino exclusivamente los comportamientos coactivos, es decir, los comportamientos dirigidos a obtener, mediante la fuerza, ciertos resultados. Puesto que los comportamientos coactivos representan varios modos de usar la fuerza, el Derecho, una vez reducido a las normas secundarias, se convierte en el conjunto de las normas que disciplinan el uso de la fuerza.

Poder coactivo es un término general que sirve para indicar principalmente cuatro formas de uso de la fuerza: *a)* el poder de constreñir (con la fuerza) a quienes no hacen lo que deberían hacer; *b)* el poder de impedir (con la fuerza) a quienes hacen lo que no deberían hacer; *c)* el poder de sustituir (con la fuerza) a quienes no han hecho lo que debían de hacer (ejecución forzosa); *d)* el poder de castigar (con la fuerza) a quienes han hecho lo que no debían hacer (pena, multa). En otras palabras y más brevemente: distinguiendo los posibles comportamientos humanos tomados en consideración por el Derecho en acciones y omisiones, la fuerza sirve respecto a las acciones, para producir las o para sustituirlas, y respecto a las omisiones, para hacerlas observar o para castigar su inobservancia.

El Derecho, en cuanto conjunto de normas que disciplinan el uso de la fuerza, tiene respecto al poder coactivo, que es el objeto de la reglamentación, principalmente cuatro funciones: *a)* determinar las condiciones en las que el poder coactivo puede o debe ser ejercido; *b)* las personas que pueden y deben ejercerlo; *c)* el procedimiento con que debe ser ejercido en esas determinadas circunstancias y por esas determinadas personas; *d)* el *quantum* de fuerza de que puede y debe disponer quien, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas circunstancias el poder coactivo. Decir que el Derecho es la regla de la fuerza significa, en otras palabras, decir que el Derecho es el conjunto de las normas que regulan el *cuándo*, el *quién*, el *cómo* y el *cuánto* del ejercicio del poder coactivo.

5. LAS TRES POSIBLES SOLUCIONES DEL PROBLEMA DE LA RELACION ENTRE DERECHO Y FUERZA

Después de haber expuesto los dos aspectos de la teoría del Derecho como regla de la fuerza que hemos llamado marginales —(ver al final del párrafo 1): *a)* el especial relieve dado a las normas secundarias; *b)* la individualización de un contenido específico del Derecho—, estamos ya en condiciones de comprender el lugar que esta teoría ocupa en la secular discusión en torno al problema de las relaciones entre Derecho y coacción. Frente a las dificultades en que se han venido a encontrar todas las teorías que han intentado excluir la idea de la coacción de la definición del Derecho, la nueva teoría ha recogido la idea de la coacción pero ha modificado su papel: la coacción no es ya el instrumento para la realización del Derecho (entendido como conjunto de normas primarias), sino la propia materia regulada por el Derecho (entendido como conjunto de normas secundarias).

De este modo, las posibles soluciones a las relaciones entre Derecho y coacción no son dos sino tres: *a)* la coacción como elemento esencial instrumental; *b)* la coacción como elemento no esencial; *c)* la coacción como elemento esencial material. Y se disponen (si no cronológicamente, sí al menos lógicamente) en una línea de desarrollo que se puede resumir brevemente de este modo: las dificultades de la teoría del Derecho como regla reforzada dan lugar a las teorías, de orientación primordialmente sociológica, que prescindan de la consideración de la fuerza; las dificultades, quizá aún más graves, con las que se enfrentan las teorías sociológicas conducen a la teoría del Derecho como regla de la fuerza, que debería evitar las dificultades de la teoría tradicional sin caer en las de la teoría contraria.

6. TRES OBJECIONES A LA TEORIA TRADICIONAL

Como hemos visto en el párrafo 2, la teoría tradicional se enfrenta con tres objeciones principales. A la primera, que se funda en la constatación de la observancia espontánea, encontramos una respuesta en la propia *General Theory* de Kelsen: la afirmación según la cual por lo general los individuos conforman su conducta a lo establecido en las normas jurídicas por motivos distintos del temor a la sanción, no es en absoluto incompatible con la teoría según la cual el Derecho es la regla de la fuerza¹¹. La afirmación y la teoría están en planos distintos: la primera se refiere a los motivos por los que los individuos actúan de una manera y no de otra y la segunda se refiere a la técnica especial de control social que entra en funcionamiento cuando los individuos actúan de una cierta manera. Frente a esta objeción la nueva teoría no da una respuesta distinta de la que podría dar la teoría tradicional: se considere la coacción como instrumento o se considere como contenido de las reglas jurídicas, la observancia espontánea sería un argumento válido sólo si

¹¹ *General Theory, op. cit.*, págs. 25-26 (trad. it., págs. 25-26 [trad. cast., págs. 29-30]).

fuese general y constante, pero de hecho no es ni general ni constante. Si realmente fuese, en una hipótesis absurda, general y constante, el ordenamiento de la sociedad que de ello derivaría sería totalmente distinto de lo que habitualmente llamamos ordenamiento jurídico.

Sólo frente a la segunda objeción, en base a la cual en todo ordenamiento existen normas no sancionadas, la teoría tradicional y la nueva no dan ya idéntica respuesta, y esta última, por la respuesta que está en condiciones de dar, parece que aventaja a la primera. En efecto, si la teoría tradicional contesta, como debe contestar para no contradecirse, que las normas no sancionadas no son normas jurídicas, se arriesga a tener que excluir de la categoría de las normas jurídicas a gran parte de las normas secundarias, precisamente a aquellas normas que constituyen la característica de un ordenamiento jurídico. (Para la teoría nueva, en cambio, las normas secundarias, las normas que directa o indirectamente regulan el ejercicio de la fuerza, son, en base al criterio elegido para definir el Derecho, las verdaderas normas jurídicas. Si acaso, esta teoría puede encontrarse en dificultades para calificar como normas jurídicas a las normas primarias; pero consigue evitar bastante bien el obstáculo considerando a las normas primarias como reglas que establecen las condiciones suficientes para entrar en funcionamiento las normas secundarias. Al hacer esto, manifiesta su superioridad sobre la teoría tradicional: en efecto, mientras la teoría tradicional, basada principalmente en el reconocimiento de las normas primarias, no alcanza a dar una explicación de las normas secundarias (o al menos de las terciarias y de las cuaternarias), la teoría nueva, basada principalmente en el reconocimiento de las normas secundarias, consigue dar una explicación satisfactoria de las normas primarias. Además, a la teoría nueva le queda abierta también la vía de considerar las normas primarias como normas no jurídicas (y, por tanto, como condiciones, suficientes, sí, pero no necesarias), es decir, de adoptar el mismo argumento usado por la teoría tradicional para las normas secundarias. Con esta diferencia en favor de la teoría nueva: que un ordenamiento sin normas secundarias no sería ya un ordenamiento jurídico, mientras que un ordenamiento jurídico sin normas primarias es virtualmente posible.

La tercera objeción —el proceso al infinito— presenta para la teoría tradicional la misma dificultad que la segunda pero agravada: normas sin sanción no sólo existen en todo ordenamiento sino que no pueden dejar de existir (en el vértice). Cuanto más grave es la dificultad de la teoría tradicional, más manifiesta es la ventaja de la teoría nueva. Cuando llega al vértice, en efecto, la teoría tradicional se ve forzada a contradecirse sosteniendo que, contemplando al Derecho desde el punto de vista del poder supremo y no ya desde el de los ciudadanos, la fuerza no está al servicio del Derecho sino que el Derecho está al servicio de la fuerza. De esta contradicción sólo puede salir con un sofisma dialéctico: fuerza y Derecho se condicionan entre sí. La teoría nueva, en cambio, responde triunfalmente: si es cierto que la coacción es el contenido de la reglamentación jurídica, las normas en el vértice que atribuyen a los órganos supremos la disponibilidad del poder coactivo son las normas jurídicas por excelencia.

7. EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO COACTIVO: PRIMERA PRECISION

La teoría hasta aquí ilustrada tiene el mérito de haber puesto en especial evidencia que la característica de ese conjunto de normas al que se llama ordenamiento jurídico es la presencia no tanto de sanciones, y por tanto de reglas sancionadas, como de normas que regulan las sanciones. Creo por lo demás que sobre este punto hay que hacer al menos dos precisiones. Kelsen, de quien hemos arrancado, define el ordenamiento como «eine bestimmte Ordnung (oder Organization) der Macht» [«un cierto ordenamiento (u Organización) de la fuerza»]¹². Las precisiones que aquí pretendo sugerir se refieren, una, a la idea de *Ordnung*, con especial referencia al problema de las relaciones entre ordenamiento en su conjunto y normas particulares, y la otra a la idea de *Macht*, con especial referencia al problema de las relaciones entre Derecho y fuerza.

No hay duda de que lo que deja perplejo frente a la teoría examinada es el sacrificio total de las normas primarias a que conduce y la eliminación de los ciudadanos como destinatarios de normas jurídicas. Se hace muy difícil pensar que un reglamento sobre la circulación por carretera esté hecho para los guardias de tráfico, e incluso para los jueces, y no para los automovilistas. Por otra parte, las observaciones del epígrafe precedente han mostrado de sobra que las normas primarias y las normas secundarias tienen un *status* completamente distinto, en el sentido de que los criterios utilizables para calificar como normas jurídicas a las primeras no sirven para calificar como normas jurídicas a las segundas y viceversa. Por tanto, es perfectamente vano ir en busca de un criterio que sirva igual para calificar a ambas como jurídicas. Es natural, pues, que partiendo de las normas primarias nos encontremos después en grandes dificultades para incluir a las normas secundarias en la categoría de las normas jurídicas, y, viceversa, partiendo de las normas secundarias, nos veamos forzados a eliminar las normas primarias. Una vía de salida solamente se puede encontrar observando que Kelsen, Olivecrona y Ross, cuando hablan de la fuerza como objeto de reglamentación, apuntan no a las normas particulares sino al ordenamiento en su conjunto y, por tanto, su definición de Derecho vale no ya como criterio para distinguir una norma jurídica de una norma no jurídica, sino un ordenamiento jurídico de otros ordenamientos no jurídicos. Kelsen habla repetidamente de *coercive order* y de *Zwangsordnung*; Olivecrona habla siempre, a propósito del Derecho, de *organised force*; Ross pretende fijar las características de un *national law system*. Por el contrario, el criterio adoptado por la teoría tradicional pretendía valer como criterio para distinguir como jurídica cualquier norma particular.

La ventaja de establecer las características del ordenamiento jurídico en su conjunto, en lugar de las de la norma particular, está en que después de haber establecido las características del ordenamiento jurídico en su conjunto, para establecer si una determinada norma es o no es una norma jurídica basta

¹² *Reine Rechtslehre*, II edición, Viena, 1960, pág. 221 (trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 1966, pág. 243).

demostrar su pertenencia al sistema mediante el llamado criterio de validez. En otras palabras, una vez fijado el criterio para distinguir un ordenamiento jurídico de los demás ordenamientos no jurídicos, las normas particulares, para ser consideradas jurídicas, no precisan más requisito que el de pertenecer al sistema. Es cierto que el criterio para definir la juridicidad del sistema es distinto del criterio que sirve para definir la juridicidad de una determinada norma; pero en este caso la diferencia no constituye ya un obstáculo insuperable para la formulación de una teoría unitaria porque los dos criterios no pretenden definir *cada uno* dos clases de normas distintas (las normas primarias y las normas secundarias) sino que definen, *separadamente*, uno una cosa (el ordenamiento) y el otro otra (las normas particulares).

particular
o
solución

Sólo teniendo en cuenta el hecho de que la teoría del Derecho como regla de la fuerza define al Derecho como conjunto de normas, como ordenamiento, y de que no pretende en absoluto, como intentaba hacer la teoría tradicional, un criterio para definir la norma jurídica aisladamente considerada, se puede apreciar la ventaja que aquélla presenta sin dejarse asustar por la hecatombe de las normas primarias: el problema de las normas particulares, y por ello también de las normas primarias, es otro problema, que se resuelve sólo a partir del ordenamiento jurídico y dentro de él. El único modo de salvar a las normas primarias es admitir que el criterio para reconocerlas es distinto del criterio que se propone para reconocer un ordenamiento jurídico. Lo que es posible sólo si se cae en la cuenta de que la teoría del Derecho como regla de la fuerza, hasta aquí examinada, es una teoría no ya de la norma jurídica aisladamente considerada, como la teoría tradicional, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto.

8. EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO COACTIVO: SEGUNDA PRECISION

La segunda precisión se refiere al concepto de coacción. Tanto en Kelsen como en Olivecrona y en Ross la idea de coacción va estrechamente conectada a la idea de fuerza (física): decir que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento coactivo (*coercive order*, *Zwangsordnung*) equivale a decir que contiene reglas para el ejercicio de la fuerza; aún más, que se caracteriza por ellas. Esto presupone que el único expediente al que recurre un ordenamiento jurídico para hacer eficaces las normas primarias es el recurso a la fuerza. Ahora bien, se trata de ver si una afirmación como esa es aceptable y en qué sentido. El recurso a la fuerza puede verificarse principalmente en las cuatro situaciones típicas expuestas en el párrafo 4, que son reagrupables en dos categorías: a) el poder de constreñir (o de impedir una acción) con el fin de evitar la no ejecución o la inobservancia de una norma; b) el poder de reparar los efectos de una acción y de una omisión cuando la violación ya ha ocurrido. Este segundo poder se identifica con el poder de establecer y ejecutar sanciones, y entiéndase por «sanciones» toda consecuencia desagradable atribuida por el ordenamiento jurídico a la infracción de una norma del sistema. Que el poder de constreñir (o de impedir) esté estrechamente conectado con el uso de la

fuerza no da lugar a problemas. Puede ser oportuno en cambio aclarar qué relación existe entre el uso de la fuerza y los diversos tipos de sanción.

Para darse cuenta de cómo operan los distintos tipos de sanción hay que partir de la consideración del hombre como ser razonable que realiza acciones conformes o que cree conformes al fin al que tiende y evita acciones que le conducen o piensa que le conducen a fines que rechaza. Los medios pueden distinguirse en *idóneos* e *inidóneos*; los fines, en *queridos* y *no queridos*. Teniendo presentes estos cuatro términos se pueden distinguir dos tipos principales de sanciones: *a)* las que actúan de manera que la observancia de la norma sea un medio idóneo, y la transgresión un medio inidóneo, para alcanzar el fin querido; *b)* las que actúan de manera que la observancia de la norma sea un medio idóneo, y la transgresión un medio inidóneo, para evitar el fin no querido. Al tratarse de relaciones entre medio y fin estas dos situaciones pueden expresarse mediante normas técnicas, con distinta formulación. La primera, de este modo: *a)* «Si quieres *X*, debes *Y*»; donde *X* es el fin querido e *Y* la acción prevista por la norma; la segunda, de este otro modo: *b)* «Si no quieres *X*¹, debes *Y*¹», donde *X*¹ es el fin no querido e *Y*¹ la acción prevista por la norma. La consecuencia desagradable de la transgresión en que consiste toda forma de sanción es en el primer caso la privación de un bien y en el segundo la causación de un mal. Sólo se puede hablar de punición en sentido propio en el segundo caso; en el primer caso se debería hablar más propiamente (pero la palabra no ha entrado en el lenguaje jurídico) de frustración. En consecuencia, las sanciones se pueden distinguir en dos grandes clases: *privativas* y *punitivas*. A las primeras corresponden las distintas clases de *nulidad*, a las segundas las *penas*. Las acciones no conformes a las normas jurídicas que el ordenamiento sanciona con la nulidad se llaman *inválidas*; las acciones no conformes a las normas jurídicas que el ordenamiento jurídico sanciona con la pena se llaman *ilícitas*. El juicio de invalidez de una acción produce como consecuencia que ésta no tenga efectos jurídicos; el juicio de *ilicitud* de una acción produce como consecuencia que el efecto jurídico a ella ligado esté en contraste con el querido por el transgresor¹³.

¹³ No ignoro que H. L. Hart ha rechazado la posibilidad de hacer entrar la nulidad en la categoría de las sanciones: más aún, la diferencia entre nulidad y pena le ha parecido tan grande como para afirmar que «The extension of the idea of a sanction to include nullity is a source (and a sign) of confusion» [«La extensión de la idea de sanción para incluir en ella a la nulidad es una fuente (y una señal) de confusión»] (*op. cit.*, pág. 33; trad. italiana, pág. 42 [trad. cast., pág. 43]). Pero la cuestión de si las distintas clases de nulidad pueden o no llamarse «sanciones» es quizá sólo una cuestión de palabras y, por tanto, de oportunidad, desde el momento en que el término «sanción» se refiere por lo común, especialmente en el lenguaje corriente, a las diversas formas de punición (o de reparación). Tanto es así que para evitar la lamentada confusión, los juristas adoptan a menudo, en lugar del término «sanción», el término «garantía», de uso común en el lenguaje del Derecho privado y menos comprometido con la terminología al uso en el Derecho penal. Queda el hecho de que, no obstante sus profundas diferencias, de las que aquí hemos señalado la relativa a la distinta manera de intervenir en el nexo medio-fin, nulidad y pena, precisamente porque intervienen ambas, aunque en distinta forma, en el nexo medio-fin, pueden ser consideradas como pertenecientes a la misma categoría generalísima, es decir, a la categoría de los expedientes con los que el ordenamiento jurídico trata de obtener el máximo respeto a las normas establecidas creando una situación desfavorable al violador.

¿Cuál es la diferente relación que estas dos categorías de sanciones tienen con el ejercicio de la fuerza? La pregunta tiene una razón de ser porque mientras el nexo parece evidente para las penas (o la ejecución forzosa), parece menos evidente, e incluso puede ser discutido, para la nulidad.

Me parece que, para la nulidad, se puede proponer esta interpretación: cuando se dice que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento coactivo, caracterizado por la existencia de normas que regulan el ejercicio de la fuerza, se quiere decir, como se ha visto, que el ordenamiento jurídico establece las condiciones (normas materiales) en base a las cuales la intervención de la fuerza pasa a ser lícita y las formalidades (normas procesales) con las que esta intervención debe ejercerse. Ahora bien, mientras la pena (o la ejecución forzosa) representa para el transgresor la desventaja de la fuerza contraria a él, la nulidad representaría para el transgresor la pérdida de la ventaja de la fuerza favorable a él. En otras palabras, el juicio de ilicitud, presupuesto de una pena (o de una ejecución forzosa), pone las condiciones para la no intervención de una fuerza protectora. El nexo entre sanción y fuerza en los dos casos sería, pues, el siguiente: en el caso de la pena, la sanción para el transgresor consiste en someterse a una fuerza que le desvía de la meta preestablecida; en el caso de la nulidad, la sanción para el transgresor consiste en no poder recurrir a la fuerza que había debido socorrerle en la obtención de la meta preestablecida. Ilícitud e invalidez son dos especies de válvulas que, según los casos, abren y cierran, y por tanto regulan, el flujo de la fuerza que se encuentra a disposición del poder dominante para hacer eficaces las normas pertenecientes al sistema en su conjunto.

9. TEORIA DEL DERECHO COMO REGULACION DE LA FUERZA Y FORMALISMO

Uno de los reproches más frecuentes dirigidos a Kelsen es el reproche de formalista. La expresión «formalismo jurídico» tiene distintos significados que he intentado ilustrar en otro lugar¹⁴. Aun cuando la teoría de Kelsen no pueda llamarse formalista en todos los significados de la expresión «formalismo jurídico», se suele considerar que es ciertamente formalista en el sentido de que, al definir el Derecho como una especial técnica social —y, por tanto, por el modo en que esta técnica se ejercita y no por el carácter de los comportamientos que con esta técnica puedan regularse—, excluye la posibilidad de determinar el Derecho a través de la materia regulada. Kelsen ha echado leña a este reproche varias veces al reafirmar que no hay límites preconstituidos a la validez material de las normas jurídicas y que, por tanto, no existen contenidos específicamente jurídicos.

Pero tras lo que se ha dicho hasta aquí, esta afirmación debería valer

¹⁴ «Sul formalismo giuridico», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, págs. 977-998. Ahora en el volumen, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965, págs. 79-100 [hay trad. cast. de parte de este volumen de Ernesto Garzón Valdés, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965; el artículo citado en págs. 11-36].

solamente para las normas primarias, es decir, para las normas que según Kelsen no son las verdaderas normas jurídicas. 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 solo 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.