



Estudios Políticos

ISSN: 0121-5167

revistaepoliticos@gmail.com

Instituto de Estudios Políticos

Colombia

Montoya Brand, Mario
Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación
Estudios Políticos, núm. 26, enero-junio, 2005, pp. 89-115
Instituto de Estudios Políticos
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=16429054005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación

Mario Montoya Brand

1. Teoría general del derecho y teoría general de la política

Del conjunto más o menos amplio de obras dedicadas a esclarecer las relaciones generales entre poder y política con el derecho, en el pensamiento de Norberto Bobbio, quizá la más completa y madura es *Contribución a la teoría del derecho*, una recopilación de textos a cargo de Alfonso Ruíz Miguel, editada en 1990; en particular, un segmento titulado “Sobre el principio de legitimidad”,¹ cuya versión original en italiano data de 1964. Sin embargo, las posturas sostenidas allí se ven complementadas por las reflexiones desarrolladas posteriormente por el pensador italiano en su libro *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*.² A

1 Norberto Bobbio. “Sobre el principio de legitimidad”. En: Alfonso Ruíz Miguel (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid, Debate, 1990, pp. 297-306. Como se hará notar a lo largo de este trabajo, Norberto Bobbio experimenta un cambio de enfoque de enorme importancia cuyo año de quiebre es 1969. Tal cambio se explica por las revisiones que efectuó a propósito de su análisis estructural del derecho, desplazado hacia los análisis funcionales del derecho. Con todo, Bobbio publicó trabajos inspirados por el análisis funcional antes de 1969, y revisiones a sus propias ideas estructurales con posterioridad a este año. La razón estriba en que no consideró ambos enfoques como excluyentes o contradictorios.

2 Norberto Bobbio. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milán, Edizione de Comunità, 1977. No conozco traducción al español, sin embargo, algunos de sus fragmentos aparecen en: *Contribución a la teoría del derecho*, así: “Hacia una teoría funcional del derecho”, pp. 371-394; texto integrado por: “XVIII. La función promocional del derecho” y “XIX. Las sanciones positivas”.

continuación se presentan muy brevemente sus contenidos, en cuanto sean relevantes para la aproximación al pensamiento de Bobbio a propósito de las relaciones entre el derecho y la política.

El punto de partida adoptado por el autor para plantear las relaciones entre una teoría general del derecho y una teoría general de la política estaría compuesto por las siguientes observaciones y propuestas: a) derecho y política comparten un elemento: el poder; b) los juristas y politólogos apenas se preocupan unos de otros en cuanto al conocimiento de las obras recíprocas, no obstante todos ellos se ocupan en el fondo de la *misma* cosa; c) en la realidad y en los ordenamientos jurídicos, el derecho y la política mantienen contactos permanentes que hacen imposible una clara separación, por lo cual, d) es necesario crear un modelo de interrelación para su estudio; e) este modelo debe partir de una teoría general de cada campo con remisiones recíprocas, de tal manera que se superen las fragmentaciones y aislamientos que dificultan ver lo que hay de uno en el otro, y lo que va del uno al otro.

Una presentación del pensamiento de Bobbio a propósito de esas relaciones puede ordenarse atendiendo a tres problemas centrales que se exponen a continuación:

1.1 Reciprocidad y simetría entre el derecho y la política

Bobbio construye su esquema de relación entre la política y el derecho a partir de la metáfora de las dos pirámides: son dos pirámides próximas, ubicadas una al lado de la otra, con sus vértices hacia arriba y sus bases contiguas; una representa el derecho y la otra representa el poder. Ambas estructuran sus respectivos objetos de manera jerárquica y estratificada, de tal modo que la pirámide del poder cuenta con un ascenso de poderes que van de los menos fuertes hasta el poder sumo o máximo, ubicado en el vértice; la del derecho, por su parte, tiene en la cima a la Norma Fundamental, y de ella se desprenden todas las demás normas jurídicas en descenso de jerarquía hasta la base. Ambas pirámides están, en principio, a un mismo nivel y alcanzan igual altura, pero se puede establecer una leve diferencia en la cúspide entre una y otra dependiendo de que la mirada sea desplegada por un jurista o un politólogo, pues la cima de cada una estaría un estrato por encima de la otra según se entienda que la soberanía es superior a la norma fundamental, o que ésta sea superior a aquella. Obsérvese que aquí entran en juego características de enorme significado como la organización jerárquica expresada en cada pirámide, compuesta por estratos y coronada por las correspondientes formas de cierre de cada modelo teórico, norma fundamental y sumo poder; y la superioridad correlativa de las pirámides, condicionada por la perspectiva en la que se sitúe cada uno de los observadores.

Existe una relación de interacción dinámica la cual consiste en que al poner en juego los criterios con los cuales puede valorarse cada una de las pirámides (en la del poder, *legitimidad, legalidad y efectividad*; y en la del derecho, *validez, justicia y eficacia*), se da lugar a una remisión recíproca que se establece en zig-zag, de tal suerte que el análisis transita necesariamente de una a otra, y demanda consideraciones que van del derecho al poder y del poder al derecho, tornando imprescindibles unos y otros elementos. Sin duda, esta metáfora aporta unidad, y al tiempo complejidad, a la relación que se busca esclarecer en virtud de que incluye los elementos clásicos sintetizados que componen cada uno de los campos, según sus formulaciones teóricas más conocidas.³

Bobbio propone un análisis de dichos criterios a partir de tres parejas cuyos componentes guardan una relación entre sí, según su correspondencia con la teoría general del derecho y con la teoría general de la política. Así pues, cada elemento que conforma la pareja es un requisito del derecho o de la política.

De acuerdo con su propuesta, en la pareja “legitimidad” y “legalidad” ambos conceptos son atributos del poder que describen dos formas diferenciables para referirse a la conformidad de una determinada acción respecto del ordenamiento jurídico. Se actúa legitimamente si se tiene el derecho a hacerlo de cierta manera, mientras que se actúa legalmente si al hacerlo se respetan las reglas prescritas para tal acción. La legitimidad presta atención al origen del poder, a su justo título para detentarlo, de tal manera que ella permite determinar si el soberano tiene o no un derecho fundado que correlativamente le faculta para esperar obediencia del súbdito; mientras que la legalidad atiende a la manera específica como el poder se ejerce, al deber de ajustarse a ciertas prescripciones en su ejercicio, que de no acatarse, liberan al súbdito del deber de obediencia, es decir, le autorizan a liberarse de la opresión.⁴ Por lo anterior puede afirmarse, usando términos propios de la teoría de la norma

3 En ocasiones, también se refiere a una sola pirámide en la que convergen elementos propios del poder y de la norma: “El poder nace de normas y produce normas; la norma nace del poder y produce otros poderes. Un ordenamiento jurídico puede ser visto en su estructura jerárquica como una sucesión de normas si lo consideramos de abajo arriba, es decir, desde el punto de vista de los asociados en su faceta de gobernados; y como una sucesión de poderes si lo consideramos de arriba a abajo, desde el punto de vista de los mismos asociados en su faceta de gobernantes. Pero el ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto, es un entrelazado de normas y poderes, de poderes que producen normas y de normas que a su vez dan vida a nuevos poderes”. Véase: Norberto Bobbio. “Sobre el principio de legitimidad”. *Op. cit.*, p. 301.

4 *Ibid.*, pp. 298, 299.

—“intercambiables”, a juicio de Bobbio—, que la legitimidad es la justicia del poder, y la legalidad es su validez.

La otra pareja de la que se ocupa Bobbio es la de “justicia” y “validez”, específicamente en la teoría de la norma. Bobbio observa que justicia y validez cumplen, a propósito de la norma jurídica, una función similar a la que cumplen legalidad y legitimidad respecto del poder, de tal modo que se puede hacer un paralelo del que resulta que la justicia es la legitimación de la norma, mientras que la validez es su legalidad. Ello le permite afirmar que “[...] del mismo modo que un poder puede ser legítimo sin ser legal y legal sin ser legítimo, también una norma puede ser justa sin ser válida y válida sin ser justa”.⁵ Bobbio encuentra que al llevar al extremo este aserto, en la historia de la teoría del derecho se da lugar a la afirmación iusnaturalista según la cual basta con que un derecho sea justo para que se predique su validez; o desde un cierto positivismo ideológico, basta con que una norma jurídica sea válida para que sea justa. Ninguna de tales afirmaciones es aceptada por el turinés.⁶

Por último, la pareja compuesta por “efectividad” y “eficacia” también es introducida por Bobbio en su modelo según el cual la efectividad es predicable del poder y la eficacia es predicable de la norma. Tal parangón le permite sostener que: “Poder efectivo es el poder que consigue obtener el resultado propuesto; norma eficaz es la norma observada o cumplida. La eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, así como la efectividad del poder depende del hecho de que las normas sean eficaces”.⁷

En este punto el autor establece una correlación que incluye los tres pares de criterios mencionados como componentes de cada una de las teorías generales a las que se ha venido haciendo alusión. De acuerdo con él,

El parangón entre efectividad y eficacia nos permite llevar adelante por otra vía el paralelismo entre teoría del poder y teoría de la norma. La efectividad cumple, respecto a los requisitos de la legitimidad y de la legalidad del poder, el mismo oficio que el requisito de la eficacia cumple en la teoría de la norma respecto a los requisitos de la justicia y de la validez.⁸

5 *Ibid.*, p. 300.

6 *Ibid.*, pp. 300, 301.

7 *Ibid.*, pp. 303, 304.

8 *Ibid.*, p. 304.

Así las cosas, considerando la eficacia como requisito del derecho, se tiene que la eficacia vale como alternativa de la validez si se considera el largo plazo,⁹ pues la eficacia termina convalidando la norma; ahora bien, si de lo que se trata es de establecer la justicia de una norma, puede afirmarse que (en la larga duración) la eficacia es una prueba o argumento a su favor.

De otro lado, si se considera la efectividad como requisito del poder, puede afirmarse que (de nuevo en el largo plazo) el poder efectivo puede ser una alternativa frente al poder legal en cuanto la efectividad se convierte en fuente de una nueva legalidad. Pero Bobbio parece tener un mayor cuidado con la sustitución de la legitimidad por la efectividad: “respecto al problema de si un poder es o no legítimo, en cambio, la efectividad del poder, es decir, el hecho de que aquel poder cuya legitimidad está en discusión sea habitualmente obedecido, es una prueba, solamente una prueba, de su legitimidad”.¹⁰

La gráfica de la próxima página, construida por Pérez Toro,¹¹ puede ayudar a comprender esta metáfora.

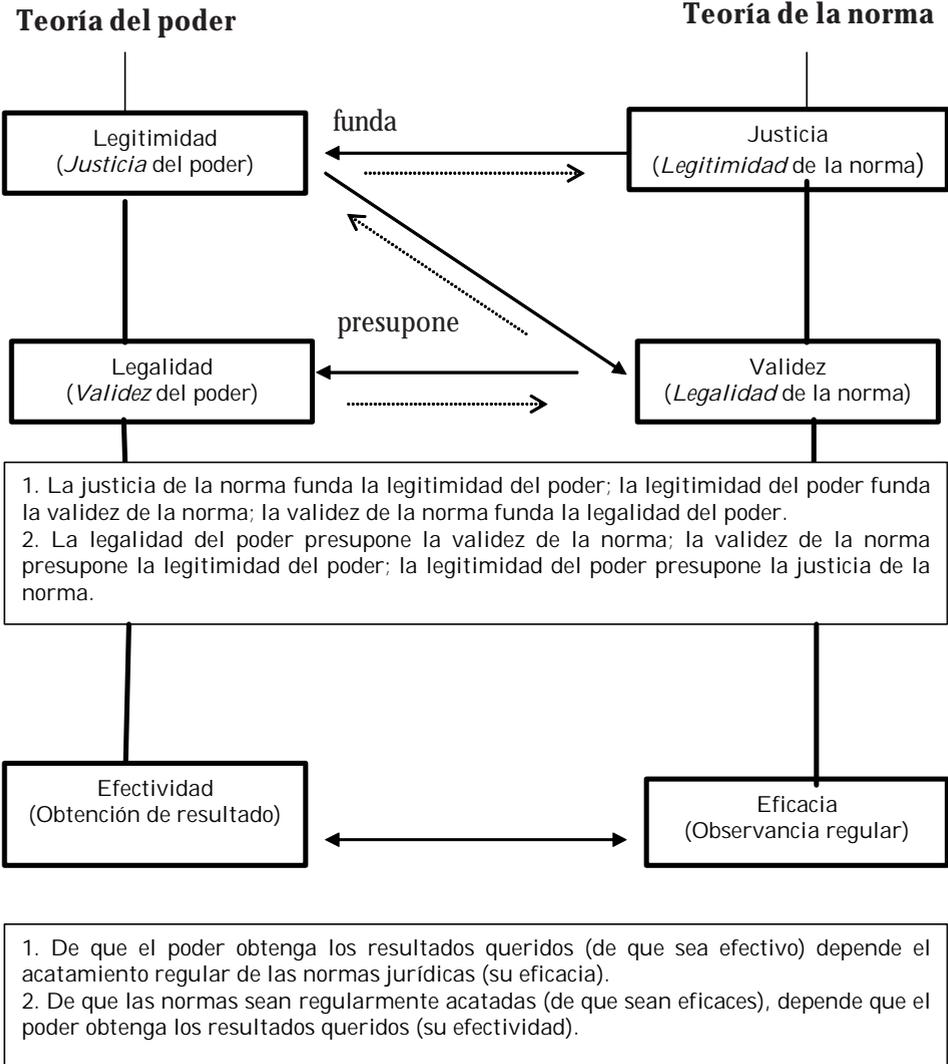
La metáfora supone una concepción acerca de las relaciones entre el derecho y la política según la cual ambas experiencias se encuentran en un grado de simetría y reciprocidad que impide entenderlas como experiencias excluyentes o definidas de modo permanente en una relación jerárquica de uno y otra. Dicho de otra manera, en las sociedades modernas, el derecho y la política no se presentan de forma excluyente, de tal suerte que donde haya derecho no hay política, y donde reine la política desaparezca el derecho. Además, no sería admisible una permanente superioridad de uno y otro campo, de manera que siempre la política se encuentre en una posición de jerarquía sobre el derecho, ni tampoco éste último se posiciona definitivamente sobre la política.

9 Aunque Bobbio no lo hace evidente en los comentarios próximos, parece claro que la continuidad en el ejercicio del poder y de la obediencia es un factor decisivo para comprender algunas de sus consideraciones. Esto no tiene nada de extraño en el campo de la política desde que Juan Bodino definió la perpetuidad como uno de los elementos de la soberanía. Véase: Juan Bodino. *Los seis libros de la república*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

10 Norberto Bobbio. “Sobre el principio de legitimidad”. *Op. cit.*, p. 304.

11 William Pérez Toro. *Derecho constitucional colombiano. Notas de protocolo* (dos). “El derecho y la política”. Medellín, Universidad Eafit, Escuela de Derecho, 2002.

Figura 1. Atributos del poder político y de la norma jurídica



Con base en lo expuesto, en las sociedades modernas el derecho remite necesariamente a la política, y la política al derecho; esto es así en todos los planos y niveles en los que jerárquicamente se organizan tales experiencias.¹² De esta forma, la relación es de conjunción, no es una disyuntiva entre el derecho y la política (ni *todo* es derecho, ni *todo* es política), pero tampoco alguna de las dos posibilidades de jerarquía estable: ni siempre la política se superpone al derecho, ni siempre el derecho se sobrepone a la política, como puede llegar a pensarse.¹³

Ninguno de los ámbitos es por sí mismo contentivo del otro, como podría resultar de la aplicación de la célebre frase del constitucionalista André Hauriou, según la cual “El objeto del derecho constitucional se puede definir como *el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos*”;¹⁴ tal domesticación por siempre y para siempre de la política es solo una pretensión convertida en axioma para edificar una teoría constitucional que habría de atender exclusivamente a la pirámide normativa.

La interrelación basada en los seis criterios valorativos ya mencionados hace posible la existencia de una caja de herramientas metodológicas que permite abordar el estudio del *lugar* en el que se aproximan, convergen o se *tocan* el derecho y el poder. No se trata aquí, sin embargo, de un “tercer lugar”, adicional o distinto al que se suele asignar al derecho y al poder, sino más bien de un conjunto de condicionamientos y presuposiciones que transitan de uno a otro campo en el momento en que las normas dan lugar a los poderes y los poderes dan lugar a las normas.

12 El mismo Kelsen enfatiza que se dedicó a escribir una “teoría pura del derecho” y no una “teoría del derecho puro”. Sostenía que no hay un tal derecho puro, pues siempre está mezclado con la moral, con los usos sociales, con la política.

13 La metáfora de las pirámides sugiere la asunción del modelo de organización política moderna dominante, es decir, el Estado como soberano y el ordenamiento jurídico que le corresponde, en especial la constitución como su cúspide. Este modelo es jerarquizado y descendente. Por esto mismo cabe preguntar ¿qué pasa con la idea de las sociedades complejas como sociedades “sin centro” en las cuales se disminuye la relevancia del Estado como centro de la política y como emisor único de las normas jurídicas? ¿Cuál sería el lugar de tales teorías generales del derecho y de la política en esa supuesta o real actualidad? ¿Se trataría del “final de la política”, por lo menos dentro de los nichos clásicos en que se la concibió? *Sin* Estado, o con un Estado *nosoberano*, en el reino de la economía y el mercado, ¿qué pasa con el problema del exceso no de poder sino de debilidad del Estado, que el mismo Bobbio lee en Luhmann? ¿Quizá *suma potestasy* norma fundamental se encuentran apesadas por su contexto de posibilidad que es el Estado nación, el Estado de Derecho, tanto en su versión liberal como social?

14 André Hauriou. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona, Ariel, 1971, p. 17.

1.2 Sumo poder y norma fundamental convergen

El modelo de simetría y reciprocidad creado por Bobbio entre el derecho y el poder presta gran utilidad si se trata de abordar la pregunta persistente de los juristas, usualmente formulada en estos términos: “¿en qué se funda la norma fundamental?”, es decir, la norma última colocada en el vértice de la pirámide normativa. El pensador turinés responde con una reflexión que involucra tres afirmaciones concurrentes: a) es una norma que se legitima solo por su eficacia en cuanto las obligaciones que de ella se derivan son habitualmente observadas; correlativamente, el poder que ella instituye, que es el sumo poder, es efectivamente acatado;¹⁵ b) hay un paso del hilo de reflexión normativo al de reflexión, en términos políticos, de tal modo que de la validez de la norma fundamental se pasa a la efectividad del poder máximo, y viceversa; y c) cada una de las pirámides se dinamiza por conjuntos de normas y poderes ascendentes y descendentes.

Pareciera entonces que “sumo poder” no significa simplemente soberanía absoluta en cuanto carente de toda atadura, máxima potencia, monopolio total, fuerza o violencia desnuda no obstante estar en la cúspide. Tampoco la expresión “norma fundamental” remite al punto cero de la política, al origen de los orígenes de todo ordenamiento, al instante de la emergencia del primer poder. Ambos guardan una cierta “dependencia” en relación con los niveles inferiores de las pirámides porque allí se encuentran sus condiciones de posibilidad, dispersas en sus necesidades de legitimidad, legalidad, efectividad, validez, eficacia y justicia. En otras palabras, la condición de superioridad del poder y de fundamentalidad de la norma se explica por las dinámicas de los ciclos de aquellos seis componentes en los niveles inferiores, cualesquiera que sean.¹⁶

15 Lo que en parte coincide con la correspondencia entre normalidad y normatividad en la que Herman Heller funda su teoría del Estado. Según él: “La Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser complementada por los elementos constitucionales normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por los propósitos y cualidades del que la dicta, sino, además y sobre todo, por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y que la observan”. Véase: Herman Heller. *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 274.

16 Desde este punto de vista, los infrapoderes y las infranormas no son inanes, están allí y reclaman su propia cuota de eficacia, relativizando el poder fundamental, a partir de su integración ascendente.

De tal consideración se sigue que “norma fundamental” o “poder supremo” no son autónomos respecto de los poderes y normas inferiores, ni están conformados por una textura distinta.¹⁷ El ascenso-descenso de normas y poderes corrobora una interacción que impide hablar de inferioridades definitivas y de superioridades incólumnas. Ningún estrato está localizado allí por siempre, ni siquiera la cima; pero tampoco se intercambian constantemente.

Pero más importante aun es la relación específica que puede plantearse entre el sumo poder y la norma fundamental, es decir, entre las cimas que coronan ambas pirámides. Para Bobbio,

[El poder] mismo es el fundamento, el único fundamento de legitimidad, de la norma fundamental. Extraña norma, verdaderamente, la norma fundamental: se la invoca para fundar un poder del que después tiene necesidad ella misma para ser fundada. La norma última viene así inventada para fundar el poder último al mismo tiempo que el poder último viene requerido para fundar la norma última. Llegados a este vértice, se puede afirmar, parafraseando un dicho célebre, que *lex et potestas convertuntur*.¹⁸

Quizá éste sea uno de los textos que suele ser leído con mayor ligereza en Bobbio, pues ha servido para deducir que en su pensamiento el derecho se reduce a la fuerza, esto es, a la política. Nada menos cierto, y para fundamentar una postura en contrario basta con revisar sus propias consideraciones a propósito de los elementos ya mencionados, especialmente los de justicia, legitimidad y legalidad.

No debe olvidarse que la intención de Bobbio es la de crear un modelo que permita articular las teorías generales del derecho y de la política, y no la de justificar un poder de hecho en un caso determinado. Para él ninguna de las cúspides se encuentra por encima de la otra de manera definitiva, ello depende de la mirada que se despliegue —la de un jurista o la de un politólogo—, más bien propone una relación de convergencia en la fundamentación recíproca, por demás, sumamente consistente con su formulación teórica.

17 Aunque la determinación de la validez sea diferente en la norma fundamental con respecto a todas las demás que se encuentran situadas por debajo de ella —según se verá. De otro lado, estos planteamientos permiten retomar el ascenso de micropoderes reticulares que conforman la soberanía en Foucault, y que posibilitan afirmar que las bases de las pirámides están configuradas por barro que cedería fácilmente al peso metálico excesivo de sus vértices. Se trataría entonces de poderes inferiores, ascendentemente fundacionales, aunque no soberanos.

18 Alfonso Ruíz Miguel (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. *Op. cit.*, p. 303.

Para precisar lo anterior se puede decir que: a) en el modelo bobbiano no se admite ningún tipo de superioridad estable, ni del poder ni del derecho; b) se trata de la correlación entre las dos teorías generales, y no de una alusión a episodios o experiencias concretas; y c) no debe descontarse la perpetuidad o estabilidad propia de la política y el derecho al momento de introducir consideraciones particulares, de tal modo que las respectivas de justicia, legalidad y legitimidad cuentan a propósito de la fundamentación de la norma y el poder últimos. Quienes aducen, pues, una reducción del derecho a la política olvidan tales consideraciones y endilgan a Bobbio algo que no dijo: que el derecho sólo es fuerza.

Convergencia significa que llegados a la cúspide de ambas pirámides, el sumo poder requiere invocar la norma última como su propio fundamento, por lo menos formalmente; y correlativamente, que una norma fundamental requiere del poder para ser tal. Ninguno de ellos puede prescindir del otro en las sociedades modernas jurídicamente organizadas so pena de dejar de ser lo que son, es decir, la cúspide de la respectiva pirámide, ya sea porque se los excluya de su respectivo orden piramidal o se los coloque en un estrato inferior. Si el sumo poder deja de fundamentarse en el derecho, tarde o temprano será “derrocado”; si la norma fundamental no se funda en el poder máximo, tarde o temprano será “derogada” o simplemente inobservada.

1.3 Órdenes respaldadas por amenazas o reglas acerca de la fuerza

Este sin duda es uno de los puntos nodulares que ha sido abordado en el nexo entre el derecho y la política. Para Bobbio, se reitera, el poder es el principal elemento en común entre el derecho y la política. Desde allí, trata de responder a la pregunta por el lugar del poder —sustrato último de la política— en relación con el ordenamiento jurídico. Sintéticamente, esto se expresa en la pregunta por el derecho como “órdenes respaldadas por amenazas” o “reglas acerca de la fuerza”, es decir, si el poder simplemente respalda al derecho en la obtención de sus diversos contenidos, de tal suerte que el poder está por fuera del derecho (fuerza bruta aplicada a razones jurídicas, por ejemplo), y su contenido es cualquier otra cosa, pero en todo caso no el poder; o si, por el contrario, el poder constituye la sustancia del derecho y, en consecuencia, su contenido característico es el poder y nada más. El dilema es, entonces, poder por fuera del derecho o poder dentro del derecho; en otras palabras, poder instrumental respecto de unos muy diversos fines, o poder como el objeto específico de regulación del derecho. Bobbio suscribe la construcción kelseniana, inspirada en Ihering, de acuerdo con la cual el derecho consiste en “reglas acerca de la fuerza” y no en “órdenes respaldadas por amenazas”.

En relación con este tema, es lamentable que sea un debate hoy olvidado, a pesar de la importancia que cobró hacia mediados del siglo XX en Europa y Estados Unidos.

La posición que Bobbio defiende no fue propiamente vencida, sino más bien olvidada, en buena parte por las recientes tendencias axiologizantes en el estudio del derecho¹⁹ (hoy dominantes), es decir, aquellas preocupadas por establecer el contenido del derecho en términos materiales; por ejemplo, las que insisten en que —o conducen a que— su materia preferente o más relevante sean los principios o los derechos fundamentales. Esto es lamentable porque, seguramente sin que se lo propusieran esas tendencias, el derecho resultó siendo axiologizado pero al mismo tiempo despolitizado, dado que se descargó todo el interés en una cierta preocupación filosófica acerca de cuál debía ser su contenido, y se desestimuló la preocupación relativa a su relación con el poder, el cual fue expulsado —otra vez— del territorio de la metodología del derecho hacia el campo de estudio propio de la teoría y la ciencia política. Al parecer permitió consigo que la sospecha que tradicionalmente profesaron los constitucionalistas a propósito del derecho y su relación con el poder fuera sustituida por la expectativa en materia de sus contenidos éticos, de tal manera que “la reforma” se transformó en el problema central. Otra consecuencia consiste en que el derecho adquirió cierta legitimidad derivada exclusivamente de sus contenidos materiales, excusándose en mucho su conexión con la realidad del poder o, en ciertos casos, su puesta en marcha.

Bobbio, como casi todos los teóricos del derecho y aun los sociólogos, observa que la vida moderna es una vida altamente normatizada, aconductada, disciplinada, no solo desde los enunciados normativos positivizados, sino también en la realidad que intentan o afirman regular, aunque aquellos y ésta mantengan siempre un déficit de articulación.²⁰ Las personas permanecen y transitan numerosos ámbitos normativos que componen y dan sentido a sus existencias, sistemas o microsistemas definidos,

19 Principalmente derivadas de algunos efectos propios del conocido “debate Hart-Dworkin”, que concluye con la afirmación de que el derecho no solo se compone de reglas sino también de principios.

20 Desde luego que ese déficit de articulación depende del sentido que le demos a una tal ineficacia, que siempre debe considerar de qué realidad se habla y de cuáles aspiraciones acerca de ella. Así, por ejemplo, Pérez Toro afirma que “[...] suponer que el derecho sí es una respuesta a problemas de la realidad, que las reformas sí afectan las prácticas, que cambiando las normas sí se incide en la realidad, puede ser una clave contextual importante. Desde luego, esa suposición implica precisar cuáles problemas, cuáles prácticas, cuál es la realidad de la que predicamos relación directa con el derecho. Seguramente estemos aludiendo a la realidad que vive el reformador; a las prácticas que interesan a quien ‘define’; a los problemas que detecta quien tiene en mente un proyecto determinado, y en las manos unos recursos disponibles”. William Pérez Toro. “Derecho y contexto”. Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Grupo de discusión de la Maestría en Derecho, septiembre de 2003.

entre otras cosas, por reglas que definen su propio orden y que determinan convenciones explícitas o implícitas acerca de cómo desenvolverse en su interior: reglas de la gramática, disposiciones acerca de los juegos, reglas de la lógica, de la moda, de la estética. Son escenarios sociales o formas de organización del saber en los cuales se regulan determinados comportamientos susceptibles de ser caracterizados de manera diferenciada. Cabe preguntarse entonces, para establecer una distinción que logre individualizar aquello que es el derecho: ¿existe un tipo de comportamiento que, a diferencia de cualquier otro comportamiento, constituya el contenido propio de las reglas jurídicas? ¿El derecho es la regla de qué tipo de comportamiento en particular? El punto de partida de Bobbio se encuentra en la pregunta que se dirige a establecer cuál es el contenido de las normas jurídicas.

Tal indagación se hizo persistente a lo largo del siglo XIX y principios del XX, y efectivamente recibió numerosas respuestas, algunas de las más importantes fueron las siguientes:

El contenido de un ordenamiento jurídico sería muy variable, pero podrían identificarse temas como la libertad, la igualdad material, la dignidad humana, la solidaridad o la justicia. Esto en buena parte dependía de las adscripciones personales de cada uno de los tratadistas que intentaron hallar la respuesta, las cuales de una u otra manera eran reconducibles al tipo de Estado o de ideología última que los inspiraba. Esta respuesta tuvo grandes obstáculos para ser aceptada, no solo por la dificultad para precisar el *contenido de cada contenido*, es decir, aquello a lo que se alude cuando se dice *libertad, igualdad, derechos fundamentales*; sino porque otros tipos de órdenes normativos —por ejemplo la moral— podían tener esos mismos valores e ideales como su respectivo contenido, y en consecuencia no era posible distinguir el derecho de la moral o, incluso, el derecho de los usos sociales. Todos ellos podían y pueden estar integrados por normas alusivas a tales valores u objetivos, y por tanto de ahí no se podía extraer un criterio distintivo, sino más bien de aproximación.

También se llegó a responder que la característica última del ordenamiento jurídico estaría localizada en la estructura formal de las reglas que lo integraban, esto es, el ordenamiento jurídico tendría su propia estructura formal, que podría reducirse a la lógica mínima del supuesto y la consecuencia, de tal suerte que la expresión “Si A entonces B” caracterizaría al derecho. Pero este tipo de enunciado puede encajar con las formulaciones propias de las leyes naturales (“si un metal se somete al calor, se dilata”) o con cualquiera de los enunciados normativos de otras formas no jurídicas (“si el balón atraviesa la línea de meta, es gol”). Es decir que por esta vía no es posible individualizar el derecho respecto de las leyes naturales y las reglas de los juegos. Importa, para este estudio en particular, que en tales construcciones teóricas la fuerza no ocupaba ningún lugar importante para la caracterización del derecho.

El problema de la fuerza —coacción— que garantizara tales contenidos era *otra cosa*, que se encontraba por fuera del derecho, en último término en las instituciones que detentaban el monopolio de la violencia estatal, y que de cierta manera eran —y son— percibidas como el lado oscuro del Estado y del derecho. Al estudiar el derecho se podía prescindir de cualquier tipo de consideración alusiva a la fuerza, al poder, a la coacción. Esta separación efectuada entre derecho y fuerza aportaba y aporta, sin duda, legitimidad al derecho en virtud de que facilitaba predicar respecto de él características como la razón, mientras que la fuerza era sólo violencia neta. En el Estado de derecho, por ejemplo, la fuerza legítima era *última ratio*, es decir, el extremo al que se vería impelido el Estado para obtener obediencia, mientras que en los Estados de corte autoritario o totalitario perfectamente podría ser usada como primera *ratio*, claro, en detrimento de su legitimidad.

Con base en estas consideraciones, Bobbio distingue tres respuestas tradicionalmente ofrecidas si se trata de establecer las relaciones entre el derecho y la coacción:

La primera respuesta entiende a la coacción como elemento esencial instrumental: es decir, el derecho consiste en órdenes respaldadas por amenazas; los destinatarios de tales órdenes no son los ciudadanos sino los órganos del Estado encargados de ejercer la coacción; ese tipo de normas son conocidas como normas primarias, y ellas constituirían el verdadero derecho. Las normas secundarias estarían dirigidas a los ciudadanos y, en una sociedad libre, básicamente contendrían derechos, de tal modo que la entidad normada es el Estado y no los individuos; es decir, en el ideal de una sociedad liberal en la cual el Estado se encuentra limitado y el ciudadano liberado, al primero corresponden básicamente las competencias regladas y al segundo los derechos en su versión “negativa” de no intervención.

Los numerosos argumentos en contra de esta solución pueden ser reducidos así: a) la observancia espontánea del derecho por parte de sus destinatarios conduciría, a juicio de Ehrlich, a una ausencia de necesidad de la sanción, pues de hecho las personas acatan el derecho;²¹ b) existen numerosas normas sin sanción en todo ordenamiento jurídico, lo cual da lugar a que se pueda sostener que la sanción es inexistente respecto

21 Se trata de la observancia espontánea por los individuos de las conductas previstas sin consideración a la sanción. Kelsen se opone a esta crítica el argumento de que ello no es incompatible con la elaboración de la teoría porque la afirmación y la teoría están en planos distintos: la primera se refiere a las razones por las cuales los individuos actúan de una u otra manera; la segunda, a la técnica especial de control social que entra en funcionamiento cuando los individuos actúan de otra manera. Además, la observancia espontánea carece de importancia si no es general y constante, pero de hecho no es así; si lo fuera, el orden jurídico sería otra cosa.

de cada norma que integra el ordenamiento salvo algunas de ellas, en este sentido no hay sanción (Hart),²² y c) si cada norma remite a su superior para fundamentar el origen de la sanción, se hace imposible establecer un fundamento para la norma última fundamental (Thon)²³. Se suelen unir estos argumentos para definir al derecho sin considerar la coacción, pero ellos aunque han hecho carrera no son admisibles, como puede verificarse en las respectivas notas al pie de página en este texto.

Sin embargo, otra crítica resulta insuperable para aquella primera respuesta tradicional distinguida por Bobbio (“el derecho consiste en órdenes respaldadas por amenazas”) y da lugar a la aceptación de la posición que defiende Bobbio: “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”.²⁴

La segunda respuesta tradicional identificada por Bobbio entiende a la coacción como elemento no esencial en el derecho, es decir, sostiene que el derecho no tiene una relación con la coacción (ni instrumental ni material) que lo caracterice. Se trata

22 La crítica afirma que existen normas no sancionadas. A ella se ha respondido que las normas no sancionadas no son normas jurídicas, lo que conduciría a que se excluyera buena parte de las normas secundarias. Pero desde Kelsen, la respuesta es que las normas secundarias serían precisamente las jurídicas porque regulan directa o indirectamente la fuerza. “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”. Alfonso Ruíz Miguel (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. *Op. cit.*, p. 333. En cambio, la postura kelseniana tiene la ventaja de que da una explicación de las normas primarias en cuanto normas suficientes pero no necesarias, mientras las construcciones a las que se opone no logran explicar las normas secundarias.

23 Afirma la crítica que para la teoría tradicional es muy difícil explicar que sean jurídicas las normas sin sanción, especialmente la del vértice. “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 solo puede salir con un sofisma dialéctico: fuerza y derecho se condicionan entre sí”. Por el contrario, la postura kelseniana, defendida por Bobbio, sostiene que 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. Véase: *Ibid.*, p. 333.

24 *Ibid.*, p. 331.

de afirmar que el derecho es un fenómeno social muy complejo y por ello muy difícil de aislar como experiencia específica, pero además, como forma de control social no puede reclamar una instrumentalidad exclusiva de la coacción, por cuanto ella se encuentra presente en otras expresiones del control social. Es la crítica presentada desde la sociología, la cual se compone de diversos matices y argumentos, pero, a juicio de Bobbio y de Kelsen, adolece de dos problemas: por una parte, confunde las órbitas diferenciadas del “ser” y del “deber ser”; por otra, impide una distinción del derecho con respecto a otras formas de control social. La órbita del “ser” es el objeto propio de las ciencias sociales, y se dirige a dar respuesta a preguntas del tipo de cómo opera el derecho en la realidad, por qué obedece la gente, cómo se aplica el derecho; de manera que es un saber descriptivo y constatable a través de los diferentes métodos de las ciencias sociales. Mientras que la esfera del “deber ser” es el objeto propio de la ciencia del derecho, y su objeto de estudio es el ordenamiento jurídico en su conjunto; se trata de un saber descriptivo de normas.

Dice Bobbio que nadie hasta ese momento había tenido éxito al determinar el contenido del derecho, aunque advierte que desde el siglo XIX Ihering había formulado la idea básica que inspiró a Kelsen, según la cual “El derecho es el conjunto de las normas coactivas vigentes en un Estado”; mientras que en un sentido diferente Austin definió el derecho como un tipo de mandato que de no ser acatado por el destinatario, éste se expone a sufrir un mal por parte de quien manda.²⁵

La tercera respuesta entiende a la coacción como elemento esencial material: es la postura de Kelsen, seguida por Bobbio, que consiste en afirmar que el derecho es un conjunto de reglas acerca de la fuerza.²⁶

25 *Ibid.*, p. 327. ¿Podría plantearse entonces una distinción al interior de los diferentes segmentos jurídicos, por ejemplo, cuál sería la especificidad del derecho penal o el policivo frente al comercial, civil, de familia? ¿Podrían establecerse reglas de interacción entre esos bloques normativos, por ejemplo, que unos garantizan a los otros?, ¿que en la regulación social unos son instrumentales a los otros?, ¿que unos son más intensos o directos que los otros en el contenido de la fuerza? Pareciera como si el estudio del derecho desde una teoría general dejara insatisfechos interrogantes acerca de la segmentación interna del ordenamiento jurídico.

26 Conviene recordar que el supuesto de Bobbio es el del Estado moderno, en cuanto, como se verá más adelante, ha establecido un poder monopólico de la coacción en un determinado territorio y sobre una población definida, de tal manera que las formas de organización política que no presenten tales rasgos, resultan tan problemáticas como interesantes frente a esta construcción teórica. Por ejemplo, ¿hay derecho al interior de las guerras? ¿Qué pasaría con los mandatos/reglas entre guerreros?, ¿son aquellos derecho? ¿Podría establecerse alguna diferencia entre el derecho que interviene en la paz y el derecho que interviene en la guerra?

En su *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen marca una clara distancia respecto de las posturas enunciadas atrás, por una razón que puede ser expuesta de dos maneras: en primer lugar, no admite que la coacción sea descontada para caracterizar el derecho; en segundo lugar, no admite que si se la considera, ella quede situada por fuera de aquél. Con Kelsen la respuesta según la cual la coacción es un instrumento al servicio de los fines del derecho, apareció como insatisfactoria e incorrecta; para él “[La teoría general del derecho] no se refiere a los motivos reales de la conducta de los individuos sometidos al orden jurídico, sino al contenido de éste [...]”; o también, “Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella 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”. Es por ello que Kelsen prefiere el término “coercibilidad”, que subraya mejor la posibilidad de recurrir a la violencia legítima, en lugar de “coerción”, que se refiere al hecho actual de su ejercicio.

Si se atiende a la formulación de esta postura de Bobbio, “[...] el ámbito del derecho queda reducido: no regula ya todos los comportamientos humanos que tienen alguna relación con la vida en sociedad, sino exclusivamente los comportamientos coactivos, es decir, los comportamientos dirigidos a obtener, mediante la fuerza, ciertos resultados”. A la pregunta anteriormente formulada: “¿de qué comportamiento el derecho es la regla?”, la respuesta consiste en decir que la fuerza —el poder coactivo— es el objeto específico de regulación del derecho, y ninguna otra cosa.²⁷

Y concluye Bobbio: 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 cuales 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”.²⁸

27 Alfonso Ruíz Miguel (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. *Op. cit.*, p. 331.

28 *Ibíd.*

Cuando a Kelsen se le ha objetado que no todas las normas que integran el ordenamiento jurídico imponen deberes y sanciones, y que de acuerdo con su clasificación muchas de ellas no serían normas, él ha respondido que en ese caso no se trata de normas sino de “fragmentos de normas”, cuyo componente coactivo se encuentra en otras normas del ordenamiento jurídico. Esta respuesta no fue aceptada. Con toda razón, Carlos Gaviria Díaz ha escrito al respecto que “Tal perspectiva analítica es, desde luego, sostenible, pero sumamente complicada y artificiosa, como dictada por el afán, exageradamente simplista, de preservar, a ultranza, un monismo jurídico normativo”.²⁹

Un ajuste a la formulación kelseniana propuesto por Norberto Bobbio posibilita mantener la afirmación según la cual la coacción es el contenido específico del derecho. Él observa que cuando Kelsen —y con él Olivecrona y Alf Ross— habla de la fuerza como objeto de reglamentación, apunta no a las normas particularmente consideradas sino al ordenamiento en su conjunto y, por tanto, su definición de derecho vale como criterio para distinguir no ya una norma jurídica de una no jurídica, sino un ordenamiento jurídico de otros ordenamientos no jurídicos. La teoría kelseniana se dirigía de las normas particulares al ordenamiento jurídico; Bobbio, en cambio, parte del ordenamiento jurídico a las normas que lo componen.

La ventaja de que se defina como jurídico a un ordenamiento —es decir, en conjunto, según la propuesta bobbiana— atendiendo a la fuerza como su contenido propio, está en que la determinación de una norma en particular como jurídica depende exclusivamente de demostrar su pertenencia al respectivo sistema general u orden normativo, es decir, mediante el criterio de la validez a propósito de esa norma particular, y no asignándole a cada regla del ordenamiento un contenido específico de la fuerza, que por supuesto no tiene cada una de ellas. Es cierto que los criterios usados son distintos si se trata de definir la juridicidad del sistema —coactividad como objeto— y la de una norma en particular —pertenencia al sistema—, pero esto no menoscaba el carácter unitario de la postura teórica que Bobbio y Kelsen defienden, y mucho menos evidencia alguna contradicción en su formulación, porque cada uno de los dos criterios no definen dos tipos de normas por separado, sino que el primero se dirige a determinar qué es un ordenamiento jurídico, mientras que el segundo se dirige a esclarecer qué norma en particular le pertenece.³⁰ En el primer caso se puede establecer el perímetro de juridicidad de un sistema normativo, de tal manera que por

29 Carlos Gaviria Díaz. *Temas de introducción al derecho*. Medellín, Señal Editora, 1992, p. 115.

30 Alfonso Ruíz Miguel (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. *Op. cit.*, p. 335.

fuera de él ya no se puede hablar de derecho, aunque sí de otros tipos de orden y ordenamientos; en el segundo, se puede establecer cómo una cierta norma particular pertenece a ese sistema, es decir, qué la hace específicamente jurídica, especialmente localizada en el interior del perímetro de su propio sistema.

De todo ello se sigue que no es posible establecer qué es el derecho si nos determinamos a un procedimiento que parta de cada norma en particular, y que al sumarlas se complete el sistema jurídico. La regla de derecho o la norma particular, con todo y que es muy importante como parte constitutiva de aquél, no permite por sí sola responder a la pregunta qué es el derecho, pues ella misma requiere de un análisis de pertenencia al sistema jurídico que precisa de un juicio de validez. Se transita entonces del sistema a la norma, primero caracterizando aquel por su contenido específico: la fuerza; segundo, caracterizando aquellas por su pertenencia al sistema: la validez.

Un problema particularmente importante para las relaciones que se pueden plantear entre derecho y política a propósito de la tesis defendida por Kelsen y Bobbio, vinculado además con el contenido de las normas jurídicas, y que guarda también una relación directa con la metáfora de las pirámides próximas, ha sido formulado de la siguiente manera: si el derecho consiste en mandatos acerca de la fuerza —y aun, en órdenes respaldadas por amenazas—, ¿qué permite diferenciar el mandato de un ladrón (“la bolsa o la vida”) del mandato de las autoridades (“debes pagar los impuestos”)?³¹

Al situarse frente al problema y tratar de buscarle respuestas cobra mucha importancia la distinción entre seguidores del derecho natural y seguidores del positivismo jurídico. Para los iusnaturalistas la respuesta a la pregunta no representa dificultad alguna, pues el mandato del ladrón no es derecho porque es injusto. Para ellos, el derecho siempre debe coincidir con la justicia, o no es derecho. Pero esta respuesta que parece tan obvia también cabe a propósito de los impuestos, que si son tenidos por los iusnaturalistas como injustos, deberían concluir que la norma jurídica que los declare no es derecho, así pertenezca a un sistema jurídico usualmente tenido como tal. De esta manera el iusnaturalismo no aporta mucha claridad en cuanto desde su perspectiva el derecho es deducido de Dios, de leyes de la naturaleza o de alguna razón objetiva eterna, o se encuentra inscrito en el corazón de los hombres. Se trata de una respuesta fundada no en el conocimiento de qué sería el derecho, sino en el reconocimiento sobre aquello que es justo.

31 Las siguientes consideraciones se basan en el texto de Norberto Bobbio. “El poder y el derecho”. En: *Origen y fundamentos del poder político*. México, Grijalbo, 1984, pp. 19-36.

La pregunta por la distinción entre el mandato de una autoridad legítima y el mandato del ladrón, se le presenta entonces al positivismo jurídico. Su respuesta, en términos de Bobbio, se compone de las siguientes formulaciones: el derecho es producido por un poder que a su vez es derivado del derecho, por lo menos formalmente; o en términos de Kelsen, el poder del Estado es diferente a todos los otros poderes porque el del Estado está regulado jurídicamente, tiene carácter normativo.

Esto es así porque Kelsen distingue entre sentido objetivo y subjetivo del mandato, es decir, el ladrón sabe que su mandato es subjetivo, y además ese mandato no puede ser interpretado objetivamente. Expresado de otra manera, la orden dada por un funcionario estatal es objetivamente ordenamiento jurídico porque es reconducible mediante exámenes de validez hasta lo alto de la pirámide normativa, en cuya cúspide se encuentra la norma última que cierra el sistema o norma fundamental. Por contraste, la orden del ladrón no se deriva de un orden que pueda ser denominado como jurídico, no solo porque él mismo así lo sabe, sino porque el juicio de validez acerca de esa orden no permite establecer su pertenencia a un sistema jurídico. Ahora bien, apunta Bobbio que si el mandato del funcionario es diferente del mandato del bandido por la autorización, entonces la connotación del derecho se hace a través de la cualidad específica de la norma jurídica, más que del poder.

El autor al que nos aproximamos se indaga ¿qué ocurre cuando la banda es organizada? ¿Hay poder autorizado cuando se trata de los terroristas o del grupo revolucionario? Aquí aparece una reflexión que desarrolla consideraciones entre lo que se podría denominar puntos intermedios entre el Estado y el “bandido”, quizá de mucho interés para los análisis de la política y el derecho en Colombia y a propósito de las órdenes y mandatos de las organizaciones que no pueden ser tenidas en rigor, ni como el Estado; o que no forman parte del orden, ni como el ladrón. Es decir, esos puntos intermedios que podrían ocupar, en algunos momentos, ciertas bandas organizadas, guerrillas y paramilitares.

La respuesta a este difícil cuestionamiento no puede circunscribirse a una orden aislada —la del ladrón—, de manera que Bobbio, con base en Kelsen, se plantea el problema de la validez de todo el ordenamiento jurídico y no de una parte. Desde ahí afirma que tales mandatos son válidos si las normas jurídicas son observadas a grandes rasgos, es decir, si el ordenamiento jurídico en su conjunto es efectivo. Pero esa efectividad general depende de un poder capaz de imponerla. Un ordenamiento jurídico requiere —por serlo— poder de creación y aplicación de sus mandatos, eso es lo que le falta a la banda, a los terroristas y al grupo revolucionario: pueden crear, pero no aplicar generalmente la norma jurídica. Y no lo pueden hacer, quizá, porque

no están en capacidad de crear el perímetro jurídico del ordenamiento de tal manera que una determinada orden sea susceptible de ser derivada de él o inscrita en su interior. Desde luego que considerada la larga duración propia de la política, estos poderes podrían llegar a establecer su propio perímetro de juridicidad, como seguro ocurrió con todos los poderes constituidos y estables que hoy se tienen como legítimos.

Bobbio, en su construcción teórica, no solo no se ocupa de desarrollar ese tipo de puntos intermedios, sino que también deja a un lado los fenómenos del tipo de la transición política, el quiebre de las democracias, los momentos revolucionarios, las rupturas en la continuidad del poder, en los cuales no es fácil definir, usando su modelo, qué es el derecho.³² Sin embargo, anota que los poderes en pugna, que pueden ser entendidos como poderes de hecho, no tardarán en recurrir a la legalidad o en intentar recuperarla, de haberla perdido.

El autor concluye que el positivismo jurídico está atravesado por esa remisión recíproca que va del poder al derecho y del derecho al poder, lo cual significa que tal concepción sí logra establecer una distinción entre poder de hecho —ilegítimo— y poder de derecho —legítimo— en cuanto se ejerce en el marco de la legalidad que le controla. De ahí que entre el mandato del ladrón y el de las autoridades sí sea posible establecer una diferencia si se parte del positivismo jurídico; pero también lo es en el caso de las modalidades intermedias en el ejercicio del poder, por cuanto sus mandatos concretos serán calificados como jurídicos si se demuestra su pertenencia a un determinado orden jurídico, para lo cual se requiere efectuar a propósito de tales poderes un análisis que involucre elementos propios de la teoría general del derecho y de la teoría general de la política; es decir, responder acertivamente a las indagaciones propias de la legitimidad, efectividad y legalidad, y a las de la validez, eficacia y justicia. La constatación en la existencia de todos esos elementos, excepto quizá el de la validez, es un asunto de grados, aun en los estados de derecho mejor constituidos.

2. La función promocional del derecho³³

Conviene recordar que el punto de partida de las reflexiones presentadas hasta aquí es asumido y formulado por Bobbio durante la década del cincuenta, y extendido hasta antes de 1969. En lo que se refiere al derecho, se trataba de una teoría general

32 Su texto “Cambio político” no se ocupa de establecer esta relación. Véase: Norberto Bobbio. “Cambio político”. En: Michelangelo Bovero (editor). *Teoría general de la política*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 617-681.

33 En Bobbio, el desarrollo de este tema corresponde a *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Op. cit. Sin embargo, su enunciación inicial es previa, como se verá enseguida.

con una perspectiva intrasistémica centrada —aunque no exclusivamente— en el análisis estructural; mientras que en el campo de la política, el método de aproximación fue el de una teoría general, de corte analítico aunque recurrió a elaboraciones filosóficas. En cualquier caso, los enfoques no se desplazaron hacia la sociología, ni del derecho ni de la política; por el contrario, él pareció rechazar los enfoques propios de la sociología del derecho.

A partir de 1960, Bobbio explora un enfoque sociológico —concretamente el de la sociología empírica— para estudiar el derecho, y en parte también la política, en lo que hace relación al tema de la fuerza, la coerción y la obediencia, es decir, en aquello que la une de manera prioritaria al derecho.³⁴ Este enfoque trae consigo un cambio en el lenguaje y en las metáforas recurridas. En adelante sus escritos no recurren a la imagen de las pirámides; tampoco prioritariamente a los conceptos de legalidad, legitimidad, efectividad, validez, eficacia y justicia. El nuevo lenguaje es el de la sociología, con el cual los conceptos de función, control social, obediencia, acción, entre otros, adquieren centralidad en su trabajo.

Una síntesis de las posturas que constituyen el nuevo interés de Bobbio en lo que respecta al estudio de las relaciones que se dan entre el derecho y la política, puede expresarse en los siguientes puntos:

El origen de sus reflexiones está condicionado por la transición histórica que va del Estado liberal al Estado de Bienestar, y que implica un cambio decisivo en materias muy diversas: el Estado liberal se caracteriza —por lo menos si se consulta su modelo teórico— por ser un Estado mínimo en sus dimensiones, centrado en el órgano y la función legislativa, definido por la abstención y la no intervención, es decir, por el respeto de las libertades en sentido negativo, basado en el valor de la libertad, neutro frente a las alternativas de los proyectos de vida de sus asociados, obligado a

34 “Aceptando como especialmente relevante la distinción entre estructura y función del derecho, para distinguir los dos puntos de vista principales desde los cuales se puede analizar el universo jurídico, cabe decir sin inhibiciones que los estudios de teoría general de los que he hablado tuvieron en común el interés predominante por los problemas de la estructura. Igual ocurre con los míos. Mi interés por los problemas de la función del derecho ha sido desde entonces permanente: en 1960 apareció en los Estados Unidos, en un volumen de varios autores, titulado *Reason, Law and Justice*, mi artículo “The Promotion of Action in the Modern State”, en el cual observaba que, en el Estado social contemporáneo, el derecho ya no solo tenía la función esencialmente negativa de proteger los derechos de los ciudadanos y de reprimir sus violaciones, sino que había asumido también la de impulsar las actividades socialmente útiles, recurriendo a sanciones positivas (premios e incentivos), superficialmente consideradas en la teoría general”. Norberto Bobbio. *Teoría general del derecho*. “Introducción”. Bogotá, Temis, 1992.

intervenir en el orden social sólo en circunstancias extremas y por ello facultado para recurrir a la fuerza únicamente como recurso extremo, lo que implica que la estructura del ordenamiento jurídico gira alrededor del concepto de obligación, de la sanción negativa y del proceso penal.

Por su parte, el Estado de Bienestar se caracteriza, atendiendo a su modelo teórico, por ser un Estado de dimensiones extensas si se toma en cuenta su composición burocrática, más centrado en la administración pública y en la noción de servicio público, definido por la intervención positiva en favor de derechos económicos y sociales, basado en el valor de la igualdad y de la justicia social, éticamente inclinado por modelos de vida de satisfacción material, obligado a intervenir en el orden social con actividades de promoción y dirección, especialmente en el campo del mercado; cuyo poder no se centra en la fuerza como último recurso —a la cual desde luego no renuncia— sino en las sanciones positivas, es decir, en premios e incentivos.

A juicio de Bobbio, quien asume las consideraciones de Genaro Carrió, en el sentido de que la teoría del derecho es prisionera de un concepto del derecho que presupone la imagen simplista de un Estado que solo legisla y arbitra (a la manera del Estado gendarme), es necesario redefinir los métodos de estudio del derecho que sean útiles para el estudio de un objeto significativamente diferente. Así pues, un cambio en las instituciones da lugar a un cambio en el método de estudio del derecho.

La afirmación central que constituye el punto de partida es que el enfoque estructural es insuficiente para dar cuenta del derecho propio del Estado de Bienestar. Esto es así, por cuanto los estudios que se centran en el análisis estructural del ordenamiento jurídico solo eran capaces de revelar algunos aspectos propios del derecho, derivados de la centralidad que en sus estudios se concedía a la obligación, la sanción negativa y el recurso a la fuerza para respaldar el derecho, o como contenido del mismo.

El análisis estructural del derecho sólo consiguió aproximarse a la política por la vía del poder, entendido como coacción o como coercibilidad, es decir, fuerza actual o potencial.³⁵ Desde luego, tal conclusión tenía la ventaja de no desconocer

35 “En la concepción en la que el Estado asume la función de guardián del orden público, el derecho se convierte poco a poco en el derecho penal; y una de las características del derecho penales precisamente que está compuesto primordialmente de normas negativas. Una vez considerado el fenómeno jurídico en su totalidad bajo el exclusivo ángulo visual del derecho penal, la teoría del derecho como conjunto de normas negativas aparece más plausible o, al menos, menos excéntrica (aunque continúa siendo falsa).” Norberto Bobbio. “XVIII. La función promocional...”, pág. 373.

la fuerza-poder como elemento de la política, pero terminaba mostrando su insuficiencia si se convertía en el camino a través del cual se caracterizaría el derecho. El enfoque estructural presentaba la ventaja de estudiar el derecho tomando en cuenta la fuerza, pero se detenía en el preciso momento en que aparecían otras funciones que no se limitaban a responder quién puede hacer uso de la fuerza, hasta dónde, mediante qué procedimientos, etc.

Pero como ya se ha dicho, el Estado de Bienestar ensancha su propia organización y centra sus actividades en cumplir una inmensa cantidad de funciones que buscan promover el mejoramiento de las condiciones materiales de la población. De esta manera, la función promocional del derecho cobra importancia en el pensamiento de Bobbio, quien propone un enfoque tomado de la sociología empírica para abordar el nuevo objeto de estudio.

Desde tal perspectiva asume la noción de control social como comprehensiva de las muy diversas formas de conducir la conducta humana, incluso por vías institucionales estatales; de hecho, el Estado de Bienestar persigue sus fines a través de formas de control social no forzadas, a las que Bobbio denomina “técnicas de alentamiento”³⁶ para diferenciarlas de las clásicas “técnicas represivas”. Advierte, además, que unas y otras se superponen en el Estado de Bienestar.

Tal superposición puede ser entendida con mayor claridad si se admite, como Bobbio propone, que existen relaciones entre normas positivas y negativas, y sanciones positivas y negativas; o expresado de otro modo, se trata de discernir entre mandatos y prohibiciones, de un lado, y premios y castigos, del otro. Esto le permite afirmar a Bobbio que:

En un sistema jurídico muchas de las normas reforzadas por sanciones negativas son normas positivas (mandatos de dar o de hacer). Las técnicas de alentamiento del Estado asistencial contemporáneo se aplican también, aunque más raramente,

36 El llamado de atención que hace Bobbio sobre las técnicas de alentamiento como características del Estado de Bienestar constituye uno de sus grandes aportes: “La importancia dada al vertiginoso aumento de las normas de organización que caracteriza al Estado contemporáneo no pone en crisis necesariamente la imagen tradicional del derecho como ordenamiento protector-represivo. Sí pone en crisis esta imagen, en cambio, la observación con la que he comenzado: en el Estado contemporáneo se hace cada vez más frecuente el uso de las técnicas de alentamiento. Apenas se empieza a advertir el uso de estas técnicas, se está obligado a abandonar la imagen tradicional del derecho como ordenamiento protector-represivo. Junto a ella toma forma una nueva imagen: la del ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional”. Véase: Norberto Bobbio. “XVIII. La función promocional del derecho”. *Op. cit.*, p. 379.

a normas negativas. En otras palabras, se puede desalentar a hacer, como se puede alentar a no hacer. De hecho, por tanto, se pueden dar cuatro situaciones distintas: a) mandatos reforzados por premios; b) mandatos reforzados por castigos; c) prohibiciones reforzadas por premios; d) prohibiciones reforzadas por castigos.³⁷

Se puede observar que desde estas cuatro situaciones se aborda de manera distinta la pregunta planteada en páginas anteriores acerca de si el “derecho consiste en órdenes respaldadas por amenazas” o en “reglas acerca de la fuerza”. Las órdenes respaldadas por amenazas son solo una posibilidad del derecho en cuanto “mandatos reforzados por castigos”; mientras que las “reglas acerca de la fuerza” no agotan la caracterización del derecho, que adquiere una función promocional o de aliento sumamente amplia, concretamente en “los mandatos reforzados por premios” y en “las prohibiciones reforzadas por premios”.

Tales consideraciones permiten expresar la diferencia entre el tipo de ordenamiento que es propio del Estado liberal —protector represivo— y el tipo de ordenamiento del Estado de Bienestar —promocional—, atendiendo a los fines de cada uno de ellos por cuanto:

[...] al primero le interesan sobre todo los comportamientos socialmente no deseados, por lo que su fin principal es impedir en todo lo posible su realización; al segundo le interesan sobre todo los comportamientos socialmente deseados, por lo que su fin es provocar su realización incluso entre los recalcitrantes.³⁸

Los medios que usa el ordenamiento jurídico para lograr los fines trazados también se modifican en el tránsito del Estado liberal al Estado social. Mientras que en el primero de ellos la tarea de impedir una conducta se logra haciéndola imposible, difícil o desventajosa; en el segundo, las operaciones requeridas no son de impedimento sino de promoción, y consisten básicamente en hacer la conducta necesaria, factible y ventajosa.

Por último, el criterio de justicia social material es central en esta postura, aunque no se haga referencia a ella en el texto seguido. Peces Barba permite una aproximación en los siguientes términos:

Creo que se debe llamar también la atención sobre la existencia en la obra bobbiana de una conexión entre la teoría del derecho y la teoría de la justicia, no tanto en esos estudios iniciales de carácter estructural, como en sus estudios funcionales, incorporados a la obra *Dalla struttura alla funzione. Nuovo studi di teoria del diritto* [Milán, Edizioni di Comunità, 1977], y algunos de ellos incorporados

37 *Ibid.*, p. 375.

38 *Ibid.*, p. 381.

a la *Contribución a la teoría del derecho*, en castellano. Allí, en efecto, las exigencias de la igualdad, la satisfacción de las necesidades básicas, encuentran su reflejo en la teoría del derecho, a través de la aparición de una nueva función que Bobbio añade a las tradicionales funciones garantizadora y represora de la cultura jurídica liberal: la función promocional para convertir en eficaces y reales en la sociedad esas exigencias alumbradas desde la teoría de la justicia.³⁹

Llegados a este punto puede observarse con toda claridad el significado de transitar de un enfoque estructuralista a un enfoque funcionalista del derecho. Sin embargo, el mismo Bobbio advierte que ambos enfoques no son incompatibles, sino que por el contrario, se complementan:

Contrariamente a lo que generalmente se dice, no creo en absoluto que la teoría funcionalista del derecho, tan apreciada por los sociólogos, haya reemplazado a la estructuralista, como si se tratase de dos perspectivas incompatibles. Sucede casi siempre que cuando surge un nuevo enfoque para observar determinado campo de la realidad, se condena apresuradamente el anterior, como si este fuese no solo diferente sino equivocado. Se ignora o se finge ignorar, por efecto del vicio común a toda escuela de tender al exclusivismo, que todo campo de la realidad puede ser considerado desde muchos puntos de vista, y que más bien esta multiplicidad de enfoques ayuda a su mejor comprensión. [...] Esto vale con mayor razón para el derecho, que es una esfera muy compleja de experiencias y cuyo conocimiento exige una visión muy global y no sectorial. Los elementos de este universo, que son puestos en evidencia por el análisis estructural, son diferentes de aquellos que pueden ser puestos en evidencia por el análisis funcional. Los dos puntos de vista no solo son perfectamente compatibles, sino que se integran mutuamente y de manera útil.⁴⁰

Sin duda, el enfoque estructural describe mejor el derecho propio del Estado liberal, y el enfoque funcional describe mejor el derecho propio del Estado de Bienestar. Sin embargo, esto supone introducir un condicionamiento a la respuesta acerca de ¿qué es el derecho?, dado que se estaría abordando un interrogante distinto: ¿qué es el derecho en un Estado liberal?, o ¿qué es el derecho en un Estado de Bienestar? Ello presupone, contrario a los planteamientos kelsenianos, que la

39 Gregorio Peces Barba. "Introducción". En: Norberto Bobbio. *Igualdad y libertad*. Barcelona, Paidós, 1993, pp. 20 y 21.

40 Norberto Bobbio. *Teoría general del derecho*. Op. cit., "Introducción". Guastini registra y resume ese cambio de contenido del derecho: ahora no serán solo reglas acerca de la fuerza sino que habrá en su interior, y de manera dominante, funciones promocionales. Al respecto véase: Riccardo Guastini. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 73, 74.

respuesta no se refiera al objeto derecho, sino a una de sus experiencias históricamente situadas.

También cabe sugerir entonces una extrapolación de métodos de estudio del derecho si se atiende a la aceptación de la existencia de tipos de Estado diferenciados. Nada impide enfoques funcionalistas —desde la sociología empírica— para dar cuenta del derecho en el Estado liberal; o también, enfoques estructuralistas para describir el derecho del Estado de Bienestar.

Por último, cabe indagar por estos ejercicios teóricos frente a las transformaciones del Estado, del derecho y de la política hoy. Parece evidente que desde los años sesenta y setenta —en los cuales Bobbio desarrolló su enfoque funcionalista— hasta ahora, el modelo de Estado transitó hacia expresiones más o menos definidas bajo rótulos tales como “Estado de postbienestar”, “Estado contemporáneo”, “Estado reprivatizador”, definido con dificultad por descriptores o fenómenos de enorme amplitud como la desnacionalización, el neoliberalismo, la desoberanización, la globalización, la desterritorialización, entre muchos otros. Norberto Bobbio vivió estas transformaciones, y aunque registró algunos de sus cambios, las publicaciones conocidas no dan cuenta de una nueva modificación en sus enfoques para describir aquello que pueda designarse como el derecho, la política y el Estado.

3. Consideraciones finales

Con Bobbio, la intersección entre el derecho y la política se convierte en un espacio sumamente fértil para los estudios que habrían de desarrollarse por parte de juristas y politólogos. Una vez examinados sus trabajos que ayudan a constituir el campo de análisis en el que la política y el derecho se combinan, resulta difícil imaginar, por lo menos para las sociedades contemporáneas, asuntos o temáticas en las que se pueda concebir la política sin referencia o conexión alguna con el derecho, y viceversa. Pareciera como si después de leer sus trabajos sobre la materia, el silencio sobre una u otro componente se lograra explicar sólo como consecuencia de un descuido o una cierta ceguera, derivada del hecho de carecer de mejores lentes para ver lo que ya estaba allí.

Las grandes afirmaciones que hacen muy difícil pensar en la actualidad la política y el derecho por separado son las siguientes: a) puede trazarse un paralelo de equivalencias entre la teoría general del derecho y la teoría general de la política, que pone de presente los presupuestos y elementos que componen cada una de ellas: jerarquía piramidal, poder y norma, validez, eficacia y justicia, legalidad, legitimidad y efectividad; b) el poder es el elemento más importante que comparten el derecho y

la política, y por tanto, aquél que las convoca sobre un mismo campo; c) el derecho (por lo menos el del Estado liberal) es el ordenamiento acerca de la fuerza en cuanto se caracteriza por determinar quién, cuándo, cómo y hasta dónde la ejerce; d) y sin embargo, para el Estado de Bienestar debe considerarse una función del derecho que logra obediencia sin basarse primordialmente en la fuerza, sino en la promoción mediante incentivos de conductas que se consideran valiosas para la sociedad.