TESIS DE GRADO

N.º 90

Universidad Externado de Colombia

FACULTAD DE DERECHO

Carlos Vicente Pérez Giraldo

Tres enfoques sobre la coerción: Austin, Hart y Kelsen

Universidad Externado de Colombia

Pérez Giraldo, Carlos Vicente

Tres enfoques sobre la coerción : Austin, Hart y Kelsen / Carlos Vicente Pérez Giraldo. - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho. 2018.
84 páginas ; 24 cm. (Tesis de grado ; 90)

Incluye referencias bibliográficas (páginas 83-84)

ISBN: 9789587900484

1. Kelsen, Hans, 1881-1973 -- Pensamiento jurídico 2. Hart, H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus), 1907-1992 -- Pensamiento jurídico 3. Austin, John, 1790-1859 -- Pensamiento jurídico 4. Argumentación jurídica 5. Positivismo jurídico I. Universidad Externado de Colombia II. Título III. Serie.

340.1 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Diciembre de 2018

ISBN 978-958-790-048-4

© 2018, CARLOS VICENTE PÉREZ GIRALDO
© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 02 88
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen
Composición: David Alba
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

Con admiración, a mis padres,
Carlos Vicente y Martha Liliana.

Contenido

Agradecimientos 11

Introducción 15

I. Austin: la lógica del soberano 19
A. El concepto austiniano de derecho 20
B. El doble modelo 22
1. El engranaje externo: soberano, súbdito y utilidad 23
2. El engranaje interno: mandato, deber y sanción 24
C. El concepto de sanción 26
1. La fenomenología de la sanción 26
2. Excepciones a la sanción 28
D. Críticas a Austin 29
E. Conclusión 31

II. Hart: jugar al ajedrez sin la reina 33
A. El modelo coercitivo 34
1. Las características de las normas jurídicas 36
2. El contenido del derecho 39
3. Los problemas del engranaje externo 40
B. El derecho como unión de reglas 46
C. Lo que Hart no dice sobre la coerción 48
D. Conclusión 55

III. Kelsen: coacción y normatividad 57
A. ¿Qué significa que el derecho sea un "orden normativo coactivo"? 59
1. Coerción, coacción y constreñimiento 61
B. ¿Cómo opera la coerción? 63
1. El problema de la validez 64
C. ¿Todas las normas jurídicas son coercitivas? 67

1. La norma de sanción originaria 68
2. Críticas a la teoría de la norma de sanción 70
D. Conclusiones 72

IV. ¿Qué es la coerción? 75

Conclusiones 79

Bibliografía 83

Agradecimientos

Las inquietudes que se tratan de resolver en este trabajo tuvieron origen en el Seminario Filosófico de Derecho Penal del profesor Fernando Arboleda Ripoll. Quiero agradecerle a él por sus enseñanzas y por alentarme en mis estudios sobre la complejidad de la relación entre derecho y sociedad.

A los profesores del Departamento de Derecho Penal y Criminología, en cabeza del profesor Jaime Bernal Cuéllar, por su apoyo durante mi etapa como monitor. Del mismo modo, al Departamento de Derecho Constitucional y a todos los maestros que me animaron con su ejemplo en la investigación jurídica.

A lo largo de mi carrera pude contar con la amistad de compañeros excepcionales con los cuales discutimos muchas de las ideas que se tratan en este trabajo. No podría hacerles justicia a todos, aunque, de manera especial, quiero agradecer a Camila Pacheco, Juan Camilo Caicedo, Juan Guillermo Cuadros y Marcelo Lozada por sus interminables conversaciones y críticas.

Por último, quiero agradecer a mi director de tesis, el profesor Diego Moreno, por su generosidad y paciencia en el desarrollo de este trabajo. El rigor que haya en estas páginas se lo debo a su orientación. Por supuesto, las debilidades de este trabajo son enteramente mías.

Pero si el orden social no hubiera de tener ya en el futuro el carácter de un orden coactivo y la sociedad pudiera existir sin "derecho", entonces la diferencia entre la sociedad del futuro y la de nuestra época sería inconmensuradamente mayor que la existente entre los Estados Unidos y la Babilonia antigua o entre Suiza y la tribu de los Ashanti.

Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*.

Introducción

El propósito de esta tesis es analizar la coerción como un elemento relevante en la configuración de un sistema normativo a partir de los enfoques que sobre esta y sobre la forma en la que ella existe en el derecho han planteado tres eminentes juristas: John Austin, H. L. A. Hart y Hans Kelsen[1].

La noción de coerción está muy cercana a las ideas de fuerza, coacción y constreñimiento. La observación inicial de esta investigación es que, una vez introducida en el derecho, la fuerza no puede existir de la misma manera en que lo haría en un escenario extrajurídico o –si se quiere– antijurídico. Por lo tanto, el objeto es la coerción entendida como una característica del derecho que le permite asegurar cumplimiento o eficacia en la sociedad, aunque, como lo explicaré, en estricto sentido es diferente de la fuerza material que se puede ocasionar como consecuencia de la ejecución de una prescripción jurídica.

Los problemas recurrentes en los tres enfoques sobre la coerción son de dos tipos: uno relacionado con el aspecto "estructural" del derecho y otro con su aspecto "normativo". En primer lugar, se pretende aclarar la importancia de la coerción en el derecho, lo cual implica profundizar en la discusión sobre si basta con la coerción para hablar de la existencia del derecho. Es conocido que desde Hart la *jurisprudence* –entendida como filosofía analítica del derecho– ha negado que la coerción sea un elemento esencial del derecho, pues para la existencia de un sistema jurídico se requieren otros elementos diferentes, como una norma fundamental o la unión de diferentes tipos de reglas. Esta opinión sobre la coerción implica una postura frente a la metodología conceptual, y por eso es necesario considerar las formas en las que se compone un concepto como el de derecho para determinar cuál es la significación de la coerción en un sistema jurídico, si no se le puede atribuir el rótulo de elemento esencial. El segundo tipo de problema está relacionado con la forma como opera la coerción en un plano normativo, lo cual conlleva plantearse los límites del derecho para que sea obedecido. Ambos problemas son de tipo conceptual, aunque uno está relacionado con la definición del derecho y la coerción, mientras que el otro parte de la configuración de un sistema jurídico para describir de qué manera el derecho es objeto de obediencia.

---

1 Este problema ha sido tratado por otras corrientes jurídicas, entre las cuales resalta la escuela del realismo jurídico. Hecha esta aclaración, cabe advertir que el objeto de esta investigación se limita a tratar el concepto de coerción desde la perspectiva de los tres autores mencionados.

La hipótesis de esta investigación es que la coerción es una característica del derecho que existe como categoría deontológica, mientras que el reflejo fáctico del derecho es la coacción. Esta distinción pretende dar cuenta de la existencia normativa del derecho, con independencia de la realidad causal en la que se constata el uso de la fuerza. Por eso, la coerción es vista desde la perspectiva de la estructuración y funcionamiento del sistema jurídico, y se dejan de lado el enfoque subjetivo del agente normativo y los problemas de la obediencia al derecho. El orden en el que está planteada la exposición no es cronológico, pues el trabajo de Hart es posterior al de Kelsen. Sin embargo, puesto que la teoría de Hart es una reacción frente a los planteamientos de Austin, es preferible manejar ambas teorías de manera consecutiva. La teoría de Kelsen parte de una metodología y unos presupuestos conceptuales diferentes, por lo cual es necesario tratarla como un tercer enfoque que permite profundizar en los problemas planteados por los otros dos autores.

El primer capítulo estudia la propuesta imperativista de derecho planteada por Austin en *El objeto de la jurisprudencia*, según la cual el derecho se caracteriza por contener los mandatos que el soberano emite a los súbditos en una sociedad política independiente, y que constituyen el objeto de estudio de la *jurisprudence*, ya que contienen las sanciones con las que se los amenaza si llegan a incumplirlos. El trabajo de Austin resalta la importancia de las sanciones como explicación de la obediencia al derecho, y por eso constituye un trabajo básico para entender los principales problemas de la coerción.

El segundo capítulo analiza *El concepto de derecho* y el modo en que Hart entiende la existencia del derecho y la relevancia del concepto de coerción en la construcción del concepto de derecho. Ya que la teoría de Hart parte de un estudio minucioso de la teoría de los imperativos de Austin, en primer lugar se repasan las principales críticas que Hart formula a la comprensión del derecho como un conjunto de mandatos respaldados por sanciones. En segundo lugar se analiza el concepto de derecho como un sistema jurídico compuesto por distintos tipos de reglas, para luego proponer una formulación de la teoría de Hart en términos de coerción a partir de la explicación de cómo interactúan los distintos tipos de reglas.

El tercer capítulo trata la concepción del derecho de Kelsen: el derecho es un "orden jurídico coactivo". En concreto, se considera la norma originaria de sanción y se aborda la cuestión acerca de si, como lo propone Kelsen, todas las normas jurídicas son de alguna manera coercitivas. La teoría de Kelsen permite plantear los problemas de la existencia de la coerción en términos de validez o pertenencia al sistema jurídico, es decir, como categoría del deber ser, que no es susceptible de ser

analizada bajo los esquemas causales de la realidad material ni se puede controlar mediante juicios de verdad.

Una vez expuestas y analizadas las tres perspectivas señaladas en torno al problema, se propone que la coerción es un concepto que se diferencia de la fuerza o del constreñimiento material porque existe solo en un plano normativo, y que, por lo tanto, está determinado por el lenguaje que contienen las reglas que componen un sistema jurídico en particular. Es preciso tener en cuenta que esta no es una investigación sobre la naturaleza general del derecho ni sobre la estructura de los sistemas jurídicos, pero estas preocupaciones están muy cercanas al problema a resolver, ya que la coerción ha sido uno de los principales referentes para la definición del derecho y su existencia depende de la operatividad de los sistemas jurídicos.

I. Austin: la lógica del soberano

En la filosofía analítica del derecho de origen benthamiano (*jurisprudence*) se discute el papel de la coerción en la definición del derecho. Una de las primeras aproximaciones a este problema es la de John Austin en *El objeto de la jurisprudencia*, con la cual se dio inicio a una corriente dentro de la filosofía del derecho que define el derecho por el uso que hace de la fuerza. Para Austin, lo que distingue y diferencia al derecho de otros sistemas normativos es la provisión de sanciones mediante las cuales un soberano se puede imponer a sus súbditos[2].

El trabajo de Austin se debe entender a partir de las preocupaciones propias de la *jurisprudence* de su época cuando aún no era clara (si es que ahora lo es) la diferencia entre derecho y moral. Asimismo, había ciertas confusiones semánticas debido a que derecho en inglés se traduce con una palabra (*law*) que sirve para referirse a otros objetos, mientras que los términos utilizados para referirse a una regla jurídica particular (*rule*), o a un derecho en particular (*right*), pueden ser igualmente diversos[3]. Lo que el autor buscaba en *El objeto de la jurisprudencia* era dilucidar, mediante la exploración del lenguaje, los matices entre las diferentes ideas relacionadas con el derecho a fin de comprender con precisión qué era lo que denotaba el concepto de derecho, y cuáles eran sus elementos, características y relaciones lógicas. La importancia de su enfoque radica en que consiguió aclarar, por medio del uso del lenguaje ordinario, más que mediante tecnicismos jurídicos, el significado de las instituciones básicas del derecho.

El análisis de Austin es sistematizado en la medida en que no se propone explicar un sistema jurídico en particular, sino conceptos generales del derecho, tales como "ley", "deber" y "sanción", entre otros, y versa, además, sobre el funcionamiento abstracto del derecho, mas no en su devenir histórico. Esto se debe a que, como anota Hart[4], la investigación conceptual e histórica se diferencian no solo por sus respuestas, sino también por sus preguntas. De ese modo, el propósito de Austin es plantearse problemas conceptuales y no empíricos[5], que correspondan a su idea de

---

2 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, Juan Ramón de Páramo Argüelles (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 37.

3 Juan Ramón de Páramo Argüelles. "Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado", en John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, Juan Ramón de Páramo Argüelles (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. xxvi.

4 H. L. A. Hart. "Introducción", en John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, Juan Ramón de Páramo Argüelles (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 13.

5 Aunque Austin en ciertos aspectos creía que un análisis conceptual tenía incidencia en una explicación empírica del derecho.

jurisprudencia general: "Entiendo, pues, por jurisprudencia general la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de Derecho"[6].

A. El concepto austiniano de derecho

Como ya se ha anotado, el interés principal de Austin en *El objeto de la jurisprudencia* era encontrar la noción de derecho a partir de su objeto: las leyes positivas. Esto se evidencia desde la primera frase: "La jurisprudencia tiene por objeto el derecho positivo: es el derecho simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos"[7]. Lo anterior marca una postura contraria al naturalismo jurídico, pues, aunque Austin estuviera orientado filosóficamente hacia una versión religiosa del utilitarismo, entiende que solo es derecho el impuesto por el soberano a una sociedad en la que la mayoría tiene un hábito de obediencia respecto de este. A su vez, su explicación presupone un modelo político en el que, por un lado, existe un soberano que emite mandatos respaldados por sanciones, y por otro, unos súbditos que se encuentran en el deber de obedecer, so pena de soportar las consecuencias de no hacerlo[8].

Austin acepta dos sentidos de la palabra *ley*: uno amplio, que comprende las reglas impuestas por un ser que tiene poder para guiar la conducta de las personas, y otro estricto, que hace referencia a las leyes positivas o leyes en sentido propio. Y es este último sentido el que contiene el objeto de la jurisprudencia. El derecho puede ser confundido con otros objetos con los cuales está relacionado por semejanza o analogía, y que en ocasiones pueden ser llamados ley o derecho, a pesar de que en estricto sentido no lo son: leyes divinas, moral positiva y leyes en sentido metafórico[9].

Asimismo, para efectos expositivos divide las leyes en dos categorías: divinas y humanas. Estas últimas, a su vez, las divide en aquellas establecidas por superiores políticos y las establecidas por quienes no son superiores políticos. Todas esas acepciones del término *ley* tienen una relación de analogía, aunque unas con mayor proximidad que otras. Según Austin, las leyes divinas son impuestas por un dios a los hombres y son "la única ley natural de la que es posible hablar sin recurrir

---

6 John Austin. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Felipe González Vicen (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 27-28.

7 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 33.

8 Ibíd., pp. 217 y ss.

9 Ibíd., pp. 34-35.

a metáforas"[10]. La moral positiva corresponde a las leyes impuestas por hombres que no son superiores políticos, es decir, las simples opiniones que se generalizan socialmente, pero que carecen de sanciones que las refuercen. A diferencia de las anteriores, las leyes impuestas por los superiores políticos constituyen el objeto del derecho por cuanto son las que, en sociedades políticas independientes, articulan la relación entre el soberano y los súbditos, es decir, entre personas que ejercen el poder político y los subordinados, y configuran una clase particular de mandatos[11]. Las otras acepciones del concepto de ley, que Austin llama leyes en sentido metafórico, merecen esa calificación solo porque están incluidas en uno de los significados ordinarios del término, como en las leyes de la naturaleza, aunque no tienen relación con las otras nociones ya comentadas[12].

Los dos conceptos principales sobre los cuales Austin construye su modelo de derecho son mandato y soberano. Esto hace que su teoría sea imperativista y estatalista, y que el derecho funcione en el marco de una interrelación con un modelo político regido por el soberano. Este último tiene relevancia desde la perspectiva de la sociedad política, bajo el entendido de que es aquel superior frente al cual la sociedad tiene un hábito de obediencia, y que no debe prestarle obediencia a ninguna otra autoridad superior; en otras palabras, el soberano es la fuente de la que emanan los mandatos que deben ser obedecidos por los súbditos[13].

El concepto de mandato tiene un significado particular. Se trata de la expresión del deseo de una persona con poder sobre otra, para que esta última siga un determinado curso de acción, bajo la condición de que, de no ajustarse la conducta al comportamiento mandado se le infligirá un daño. Según Austin, el mandato involucra la voluntad de un ser racional de que otro ser racional haga u omita

---

10 A pesar de que Austin es uno de los primeros y más claros valedores del derecho positivo, su concepción religiosa lo obliga a aceptar al menos una manifestación de ley natural: "Se denomina con frecuencia ley de la naturaleza, o derecho natural, a la totalidad o a una parte de las leyes puestas por Dios a los hombres: en realidad, en esto consiste la única ley natural de la que es posible hablar sin recurrir a metáforas o sin mezclar objetos que deberían distinguirse claramente", ibíd., p. 34.

11 "Ahora bien, a diferencia del derecho natural o de la ley de la naturaleza (entendiendo por tales expresiones las leyes de Dios), el conjunto de reglas establecidas por los superiores políticos se denomina con frecuencia 'ley positiva' o bien 'ley que existe porque ha sido puesta'", ibíd.

12 Otra forma de explicar en sentido amplio los distintos tipos de leyes expuestos por Austin, puede partir de la combinación entre dos *summae divissio*: derecho-moral y natural-positivo. Como resultado están los conceptos de derecho natural y derecho positivo, y moral natural y moral positiva. En la concepción religiosa de Austin el derecho natural y la moral natural se subsumirían en una misma categoría: las leyes impuestas por dios a los hombres.

13 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 216.

realizar cierta acción; un mal que el primero inflige sobre el segundo en caso de que este no se ajuste a su voluntad; y dicha voluntad se expresa con el lenguaje[14].

Las leyes en sentido estricto son una especie de mandatos. Si lo que diferencia a los mandatos de otras expresiones de la voluntad es el daño que se pueda causar en caso de no ajustarse a ellos y no la manera en la que se expresen, lo que caracteriza a las leyes propiamente dichas, en tanto mandatos, es que el incumplimiento está amenazado con un daño o sanción.

En resumen, el objeto de la jurisprudencia son las leyes en sentido propio, las que a su vez son una especie de mandato, y que se distinguen porque tienen lugar en un sistema político en el que un soberano que ejerce el poder político sobre sus súbditos crea deberes a través de la expresión de su voluntad, la cual, en caso de no ser satisfecha, prevé como sanción un daño.

B. El doble modelo

La contingencia del cumplimiento de un mandato depende de otra voluntad –la del súbdito–, que puede resultar contraria a la voluntad del soberano. La función del derecho ha sido, más que asegurar el cumplimiento de las normas, unificar los fines humanos de acuerdo con una voluntad superior. Esta incongruencia resulta de la racionalidad que caracteriza a la naturaleza humana y que puede llevar a que una persona decida cómo adecuar su conducta, y, de este modo, abrir la posibilidad a la desobediencia de los mandatos. Esto lo advierte Austin al caracterizar la ley como "una regla para guiar la conducta de un ser inteligente puesta por otro ser inteligente que tiene poder sobre él"[15]. Ya que las racionalidades pueden diferir, es necesario establecer una relación de poder que defina la voluntad que a la postre se deba seguir.

En las sociedades contemporáneas el Estado, a través del derecho, cumple con la función de estabilización del uso de la fuerza. Para Austin esto era claro en la medida en que el derecho se funda a partir del hábito de obediencia de la sociedad política respecto del soberano. Aunque este es uno de los puntos más criticados de su teoría, resulta fundamental porque plantea la existencia del derecho al interior de un sistema político, que a su vez se asegura a partir de las sanciones previstas en las leyes.

---

14 Ibíd., p. 40.
15 Ibíd., p. 33.

La obligación política se perpetúa indirectamente a través del funcionamiento del derecho en tanto expresión de la voluntad del soberano respaldada por sanciones[16]. Para Austin el derecho, como mecanismo social, resulta inescindible de un sistema político que afirme las relaciones de poder, mientras que su funcionamiento interno se desarrolla con la manifestación del mandato, y los conceptos colindantes a este de deber y sanción[17]. En términos gráficos, el derecho y la política funcionan como un doble engranaje articulado por los mandatos en cuyo núcleo están las sanciones.

1. El engranaje externo: soberano, súbdito y utilidad

La concepción jurídica de Austin se debe a su observación de la realidad política decimonónica, en la cual el Estado liberal se había afianzado como un modelo político que reflejaba una estructura jerarquizada de la sociedad[18], lo que repercutió en su entendimiento del origen del derecho, pues si al interior del sistema político resultaba evidente quiénes obedecían y a quién le debían obediencia, todo indicaba que el derecho era otra manifestación de esa dinámica[19]. En consecuencia, la teoría austiniana tomó ese vínculo y se erigió sobre dos ejes fundamentales: la obligación política, que se origina en el hábito de obediencia, y la obligación jurídica, que tiene fundamento en la idea de soberanía.

Toda sociedad política independiente tiene un soberano, una autoridad jurídica suprema caracterizada por dos rasgos: recibe obediencia habitual de la mayoría de la población y no presta obediencia habitual a ningún superior determinado[20]. En ese razonamiento aparece el vínculo más estrecho entre el derecho y la política, ya que lo que desde un lado se entiende como el superior político, desde otro puede ser visto como una fuente normativa; igual sucede con los súbditos, quienes pueden ser vistos como obligados políticos, o como obligados jurídicos. Tanto en uno como en otro modelo se mantienen los mandatos –la ley en sentido estricto– como articulación del sistema.

---

16 Ibíd., pp. 217 y ss.

17 Ibíd., p. 40.

18 Juan Ramón de Páramo Argüelles. "Estudio preliminar…", cit., p. xxvi.

19 Un análisis similar se encuentra en la teoría de la norma de Karl Binding. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, tt. i y ii, Leipzig, 1872, en su teoría de la norma.

20 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 199.

Dicho de otro modo: la obligación política funge como límite externo del derecho, ya que si este es un conjunto de mandatos emitidos por un soberano y respaldados por sanciones, requiere de un sistema político que defina los dos extremos de la obligación jurídica, y a la vez posibilite una relación de poder suficiente para que las sanciones existan jurídicamente, pues, como se verá más adelante, el aspecto fenomenológico de las mismas excede el campo del derecho y no hace parte de la teoría de Austin[21].

La definición de soberano como autoridad que es obedecida por los súbditos, y que a la vez no presta obediencia a ninguna otra autoridad, crea un problema adicional: no tiene límites más allá de su voluntad. Ni siquiera una regla impuesta por él mismo funcionaría como límite, ya que no habría una autoridad superior a la cual acudir para reclamar su cumplimiento. Sin embargo, para Austin esto no es un problema, pues su preocupación es definir los conceptos que hacen posible la existencia del derecho, sin que le interese definir los límites del derecho para prescribir conductas[22].

Si el soberano es la autoridad suprema por encima de la cual no existe otra, no puede estar limitada jurídicamente por otra autoridad superior (en cuyo caso no se trataría realmente de un soberano), ni por sus propios mandatos, ya que en caso de transgresión no habría una autoridad a la cual recurrir para pedir la ejecución de la sanción, lo que no quiere decir que en Austin el ejercicio del poder político no tenga ninguna justificación, pues sigue la idea de utilidad general de Bentham, quien funda la obligación política en la búsqueda de la mayor felicidad para el mayor número de personas, lo que se realiza a través del ejercicio del poder soberano[23].

2. El engranaje interno: mandato, deber y sanción

Para Austin el entendimiento jerarquizado de la sociedad está tan marcado que llega a afirmar: "… predicar universalmente de las leyes que 'provienen de los *superiores*' o que 'los *inferiores* están obligados a obedecerlas' es la tautología más simple e

---

21 Ibíd., p. 38.

22 Ibíd., p. 249.

23 "Su concepción moral exige el seguimiento de reglas conformes a la utilidad y/o a la ley divina: si las reglas están modeladas según el principio de utilidad –que coincide con la voluntad divina– nuestra conducta debe ser modelada según las exigencias de las propias reglas. Por ello el legislador no sólo debe ser guiado por tal principio en la redacción de las leyes, sino que, de hecho, una determinada ley no puede ser explicada sin recurrir al criterio de la utilidad". Juan Ramón de Páramo Argüelles. "Estudio preliminar…", cit., p. xxx.

inútil"[24]. Como se ha dicho, su explicación del origen del derecho está ligada al funcionamiento de una estructura política que deriva en un deber de obediencia de los súbditos, y se justifica por el criterio de la utilidad. La superioridad implica la capacidad de infligir daño o de causar un mal a otro[25], y esa es la característica definitoria de la soberanía.

Estos tres términos, *mandato*, *deber* y *sanción*, son correlativos[26], se implican uno al otro[27], y constituyen el engranaje interno del derecho; dicho de otra manera, son elementos definitorios del derecho. Una persona está obligada a atender la voluntad de otra que puede causarle un daño por no hacer lo que le ordena: el deber surge como contrapartida del mandato, y la sanción se mantiene latente como motivación para el cumplimiento o como castigo por el incumplimiento[28].

Como dice Austin, "Un deseo concebido por un sujeto y expresado o manifestado a otro, junto a un mal que se inflige y sufre en el caso de que el deseo no sea atendido, constituyen el significado directo o indirecto de alguna de las tres expresiones. Cada una de ellas es un nombre distinto de la misma noción compleja"[29]. Cuando se hace referencia al deseo o a la voluntad manifestada, se habla del *mandato*; cuando se trata de la sujeción al daño previsto en caso de no satisfacer dicho deseo, se refiere al *deber* u *obligación*, y cuando se habla directamente del daño o mal, se trata de la *sanción* misma[30].

Ninguno de estos tres elementos puede faltar en la estructura de un mandato, y, puesto que las leyes son especies de este género, su estructura es idéntica, y por lo tanto contiene implícitas las nociones expuestas. La sanción, es decir, la coerción, es uno de los elementos implícitos en el objeto de la jurisprudencia.

---

24 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 47.

25 "Ahora bien, el término superioridad, en el sentido en que aquí lo entiendo, significa poder (*might*): el poder de infligir un daño o mal a otros, y de forzarles, en virtud del miedo a ese daño, a adecuar su conducta a los deseos de uno"; ibíd., p. 46.

26 Con la expresión "correlativo" Austin se refiere a que uno implica la existencia del otro. En otro sentido, cfr. Wesley Newcomb Hohfeld. *Conceptos jurídicos fundametales*, 3.ª ed., Genaro R. Carrió (trad.), México, Distribuciones Fontamara, 1995, p. 51.

27 "Para quienes estén familiarizados con el lenguaje de los lógicos –lenguaje sin rival por su brevedad, claridad y precisión– puedo explicar exactamente lo que pienso con una simple frase: cada uno de los tres términos significa la misma noción, pero cada uno denota un aspecto diferente de tal noción y connota el resto"; ibíd., p. 41.

28 Ídem.

29 Wesley Newcomb Hohfeld. *Conceptos jurídicos fundametales*, cit., p. 40.

30 Ídem.

C. El concepto de sanción

Aunque parezca simplista proponer que una sociedad civilizada se funda en el uso de la fuerza, también es verdad que esta nunca ha estado ausente de las sociedades, a pesar de que la forma en que se ejerza varíe de una a otra. En una sociedad organizada a partir de mandatos proferidos por los superiores, y que recaen en los inferiores, debe haber algún criterio que defina quiénes mandan y quiénes obedecen. Desde la perspectiva de Austin, la superioridad significa poder (*might*), y este no es otra cosa que la capacidad para infligir daño a otros y lograr, a partir de la amenaza, que satisfagan sus deseos[31].

El daño que se puede sufrir como consecuencia de la transgresión de un deber es lo que se conoce como sanción. También se le conoce como "imposición coactiva de la obediencia", es decir, en términos más generales, la sanción es una expresión de la coerción[32]. Diríamos, siguiendo a Austin, que si la sanción es un elemento definitorio del mandato, y este, a su vez, constituye el objeto de estudio de la jurisprudencia, la coerción –por estar implícita en el concepto de mandato– es un elemento esencial del derecho.

En otras palabras la coerción es una característica del derecho en virtud de la cual este se impone *in invitum*, o sea, incluso en contra de la voluntad de los obligados, y se materializa a través de sanciones, es decir, en males que castigan la transgresión de un deber –el incumplimiento de un mandato– y cuya especie más conocida, por su efecto simbólico y la entidad del daño sufrido, es la pena, aunque esta última se restringe al ámbito criminal[33].

1. La fenomenología de la sanción

A pesar de que la sanción es un elemento estructural del mandato, lo relevante para el estudio de la jurisprudencia es la provisión de sanciones mas no su eventual materialización. La provisión de sanciones no significa que el cumplimiento de los mandatos sea seguro, ni que las sanciones sean efectivamente ejecutadas. Si esto fuera cierto, los deberes no podrían ser transgredidos, y por lo tanto los mandatos serían innecesarios[34].

---

31 Wesley Newcomb Hohfeld. *Conceptos jurídicos fundametales*, cit. p.46.
32 Ibíd., p. 37.
33 Ibíd., p. 38.
34 Ídem.

No obstante constituir su aspecto sustancial, el *quale –i.e.*, el tipo– y el *quantum –i.e.*, la intesidad– de las sanciones no son objeto de estudio de la jurisprudencia, por cuanto, aunque sean las características quizás más relevantes desde el punto de vista de quien las sufre, son cuestiones ajenas al ámbito de la jurisprudencia, ya que a esta le importa que sus mandatos estén respaldados por sanciones, pero su fenomenología –es decir, cómo se sanciona, al igual que el contenido de lo que se manda– depende de factores extrajurídicos, bien sea de carácter político, moral, o de otra índole[35].

Una cuestión diferente es que las sanciones deban representar necesariamente un daño, por lo que los premios ofrecidos como motivación para su cumplimiento no pueda entenderse como sanciones. Para Austin, la imposibilidad de obligar a alguien a cambio de un premio no se relaciona con el incumplimiento del mandato, pues no acarrearía ninguna modificación en la situación personal del transgresor sino meramente una pérdida de oportunidad. Según él, mezclar estos conceptos, es decir, unir en una misma categoría los daños por el incumplimiento y los beneficios por el cumplimiento solo desnaturaliza el concepto de sanción, y va en contravía del uso común que esta noción tiene en el lenguaje[36].

En resumen, al derecho le atañe la provisión de sanciones para hacer mandatos perfectos, pero ni su materialización ni su aspecto sustantivo hacen parte de su objeto de estudio:

> La verdad es que tanto la magnitud de un daño eventual como la probabilidad de su existencia son problemas ajenos a la materia en cuestión. Cuanto mayor sea el daño eventual y cuanto mayor sea la probabilidad de su imposición, mayor será la eficacia del mandato y la fuerza de la obligación; dicho de otro modo, mayor será la probabilidad de que el mandato sea obedecido o que el deber no sea incumplido. Pero si existe la menor probabilidad de sufrir el daño más pequeño, la expresión de un deseo es equivalente a un mandato y, por consiguiente, impone un deber. Si se quiere, la sanción es débil o insuficiente; sin embargo, *existe* una sanción, y, por tanto, un deber y un mandato[37].

---

35 "La verdad es que tanto la magnitud de un daño eventual como la probabilidad de su existencia son problemas ajenos a la materia en cuestión". Wesley Newcomb Hohfeld. *Conceptos jurídicos fundametales*, cit.

36 Ibíd., p. 39. Esto es coherente en la medida en que Austin explica el derecho sobre la tríada mandato-deber-sanción, y los premios se asemejan a las sanciones en tanto funcionan como razones para obedecer, pero de ninguna manera encajan en la dinámica del deber.

37 Ibíd., pp. 38-39.

Austin se preocupa por la insuficiencia de la sanción, mas no por su exceso. Los problemas de la proporcionalidad y la medida de la sanción, que tanto preocupan a los teóricos actuales del poder punitivo[38], están ausentes de su razonamiento. Esto se debe a que, como se ha dicho, a la *jurisprudence* le interesa la ontología de la sanción, su existencia para completar la idea de mandato, pero no su fenomenología, por ponerlo en estos términos. A Austin le interesa la provisión de la sanción, pero deja de lado los problemas de los mínimos o máximos del daño con que se amenaza el incumplimiento de los mandatos. Basta con que haya la amenaza de infligir un daño para hablar de la sanción como elemento estructural de los mandatos. Esta es una de las consecuencias de su concepto de soberano, pues si este es la autoridad suprema, los límites del contenido de sus mandatos solo se pueden encontrar en su voluntad. Esta es la lógica jerárquica de la soberanía en términos punitivos: las sanciones pueden ser de cualquier tipo o intensidad, con tal de que hayan sido previstas por el soberano.

2. Excepciones a la sanción

Visto en esos términos el derecho está compuesto por mandatos que, a su vez, se estructuran a partir de la provisión de sanciones, esto es, por el uso de la fuerza y de la capacidad para causar un mal en la persona que desobedezca. En conclusión, parece que el derecho funciona de manera imperativa dentro de una relación de poder, y son las sanciones[39] lo que permanece en el núcleo del sistema para calificarlo como *jurídico*.

Sin embargo, Austin acepta que el derecho también tiene por objeto la creación de algunas leyes desprovistas de sanción, a pesar de que en su definición se entiendan como una especie de mandato respaldado por sanciones. Por esa razón –que haya leyes que excepcionalmente no prevean una sanción– no se puede asegurar que las sanciones sean un elemento *esencial* del derecho, pero su relación no deja de ser inescindible con el concepto de ley, que incluye de suyo el concepto de sanción[40].

---

38 Cfr. Andrew von Hirsch. *Censurar y castigar*, Elena Larrauri (trad.), Madrid, Editorial Trotta, 1993.

39 Debe tenerse en cuenta que el concepto de sanción se deriva de las relaciones entre mandato y deber jurídico. Por lo tanto, no se refiere a cualquier tipo de sanción (como las que podría contemplar la moral) sino solo a aquellas que se caracterizan por ser impuestas por un soberano a sus súbditos por medio de mandatos; cfr. *supra*, p. 23.

40 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 37.

Las leyes desprovistas de sanción son aquellas que contienen una explicación del derecho positivo –que no modifican propiamente las relaciones jurídicas–, las leyes derogatorias, y las simplemente llamadas leyes imperfectas, que son las que no prevén la sanción contenida en el mandato. Las primeras son en realidad actos de interpretación auténtica; las segundas eximen del cumplimiento de deberes impuestos por leyes anteriores, y desde esa perspectiva son todo lo opuesto a una sanción: la habilitación de un derecho; mientras que las imperfectas son simples omisiones del legislador que, aunque extrañas en el derecho del tiempo de Austin, tienen algunos precedentes en el derecho romano[41].

Para evitar una aparente incoherencia en su teoría, Austin explica que al determinar el significado de lo contenido en los mandatos, en realidad las leyes de interpretación auténtica modifican las situaciones jurídicas, y que, al restablecer los derechos y libertades que bajo el orden anterior estaban limitadas, las leyes que derogan otras leyes restablecen también los deberes correlativos y, por consiguiente, las eventuales sanciones. De tal modo que habría una relevancia sancionatoria indirecta, y con eso es suficiente para que retome los conceptos de ley, deber, y sanción como objetos del derecho[42].

De no ser por las leyes imperfectas, que no pueden ser vinculantes porque su inobservancia no está respaldada por sanciones, esas explicaciones permitirían considerar las leyes como una especie de mandato respaldado por sanciones. Para esta hipótesis de excepción a la sanción como elemento definitivo de los mandatos, Austin no prevé una solución. Lo habría hecho, quizás, a partir de ideas posteriores, como la de ordenamiento jurídico, que le hubieran permitido definir la relevancia de las sanciones como una característica general del sistema y no de cada regla en particular, pero eso supone una desnaturalización de su pensamiento.

D. Críticas a Austin

Las críticas que se han hecho a la teoría de Austin son variadas y apuntan a muchos más aspectos de los que comprende este análisis. Para nuestro propósito dividiremos las críticas en generales, respecto de su concepto de derecho –o de los fundamentos de su teoría–, y aquellas referidas a la relevancia del elemento coercitivo en la construcción del derecho. Ambos grupos estrechamente relacionados.

---

41 Ibíd., p. 47.
42 Ibíd., p. 50.

En primer lugar, se ha criticado que Austin funda el derecho, que es una categoría deontológica del pensamiento, en el hecho de la obediencia de los súbditos al soberano. Esta observación, relacionada con la falacia de la guillotina de Hume –no se pueden hacer juicios prescriptivos a partir de juicios descriptivos– apunta a que el derecho no se puede fundar en un simple hecho[43]. Sin embargo, esta crítica puede contestarse si se cambia el criterio de la obediencia habitual por la soberanía como manifestación normativa del poder político, y la obligación política se justifica en términos de utilidad general. De ese modo desaparecen las incoherencias lógicas, aunque ello signifique proponer una teoría política del derecho, que, aunque sigue los postulados utilitaristas de Austin, no cumple con el propósito de describir objetivamente el derecho[44].

Sin embargo, incluso si se acepta esta corrección interpretativa, la teoría de Austin tiene una debilidad en su alcance que se debe al método que sigue. La intención de Austin es explicar el derecho con palabras del lenguaje común, y para esta empresa opta por los conceptos de ley y mandato que, si bien dan cuenta de un aspecto central del derecho (el imperativo), no son suficientes para explicar los distintos fenómenos en la realidad del derecho. Para esos fines serían más apropiados los conceptos de regla o norma, pero no son las palabras de Austin, y seguramente a eso se debe su impotencia para defender su concepto de ley frente a las leyes imperfectas que, desde la teoría de los sistemas jurídicos, son una regla jurídica particular que por sí misma no podría definir el carácter coercitivo del derecho.

Otra crítica común a la teoría del derecho de Austin es que explica un determinado tipo de sociedad –la sociedad europea del siglo XIX–, pero que no es plausible respecto de otro tipo de sociedades. Además, se trata de una explicación que incluso presenta algunas inconsistencias respecto del sistema monárquico inglés[45]. Aunque esto es cierto, debe tenerse en cuenta que el modelo de sociedad (al igual que el concepto antropológico) es un supuesto teórico que, al ser criticado, no supone un reparo directo a la teoría del derecho sino a uno de los elementos sobre los que se funda, lo cual lógicamente implica criticarla no por sus falencias sino por no ser otro tipo de teoría[46]. De todos modos, la metodología del análisis conceptual propone cuáles son los elementos esenciales del derecho ligados a esa noción, con

---

43 Juan Ramón de Páramo Argüelles. "Estudio preliminar…", cit., p. XXXI.

44 Ídem.

45 Henry Sumner Maine. *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, París, Ernest Thorin, 1884, p. 379.

46 Cfr. Mario Bunge. *Epistemología*, 4.ª ed., México, Siglo XXI Editores, 2004, pp. 37-38.

independencia de las condiciones temporales en las que ocurra el derecho, y esa es la justificación de esta crítica.

Sin embargo, el aspecto más débil de su teoría está en que pretende definir los conceptos fundamentales del derecho, pero cuando encuentra una excepción a su significado, no explica cuál podría ser el segundo significado que abarque incluso la excepción. Esto sucede con las sanciones, que se presentan en un primer momento como el núcleo del mandato y lo que le da sentido al derecho en una relación de poder, pero que puede prescindirse de ellas, por ejemplo, en el caso de las leyes imperfectas, y esa omisión no tiene ninguna consecuencia en su aparato conceptual de análisis, y es la razón por la cual no se puede afirmar –ni siquiera bajo la teoría de Austin– que la coerción es un elemento esencial del derecho.

El hecho de que Austin no haya reparado en la incoherencia que suponen las leyes imperfectas puede deberse a que, por su escasez, ese tipo de leyes no son obstáculo para dar cuenta del derecho positivo. Pero, en el fondo, la razón de esta incoherencia se debe a los mismos conceptos de ley o mandato como objetos básicos de la jurisprudencia, ya que la equiparación de las leyes a una clase particular de mandatos deja por fuera las distintas estructuras de las leyes, reduciéndolas al modelo imperativo de los mandatos. Otras ideas, como las de regla o norma, le habrían permitido un análisis más profundo del fenómeno jurídico, en el que no tuviera cada regla en particular que cumplir con una estructura sancionatoria, aunque habrían significado un planteamiento muy diferente de su teoría, en la que los mandatos fueran un tipo especial –si se quiere, el más especial– de leyes, caracterizados por su estructura imperativa, pero no al revés: no las leyes como un tipo particular de mandato.

Esa simple distinción, que en Hart divide las reglas en primarias y secundarias, hace necesario otro aparato conceptual más exhaustivo para mantener la explicación del doble modelo, esto es, el ordenamiento jurídico, en el que los mandatos funcionen a través de la sanción, y de esta manera sea la coerción una característica del derecho en términos de ordenamiento jurídico, y no de cada norma en particular, o, en palabras de Austin, de cada ley en particular.

E. Conclusión

Austin acierta al diferenciar la obligación jurídica de otras formas de obligación, como la moral o las normas divinas. En el marco de una relación política son las sanciones institucionalizadas las que distinguen el derecho. Por lo tanto, los mandatos que surjan de esa relación se entienden como objeto del estudio del derecho.

Aceptados estos supuestos, se excluye del derecho todo lo que no esté respaldado por sanciones, a la vez que las sanciones ilegítimas que puedan existir en la sociedad no categorizan el mandato que respaldan como jurídico, pues, a más de las sanciones, se necesita que estas tengan lugar en un marco político de obediencia habitual a un soberano.

No obstante, su esfuerzo es insuficiente porque el alcance de sus conceptos no abarca la complejidad del derecho, y su análisis simplifica excesivamente su objeto de estudio, pero no por el entendimiento jerárquico de la sociedad que propone –enfoque que puede recibir críticas, pero que es una opción válida para entender la sociedad– sino por la naturaleza del derecho, que en Austin solo es imperativo.

Es cierto que su trabajo constituye una obra sin precedentes en el derecho, especialmente por el análisis conceptual que se ha posicionado como el método por excelencia de la jurisprudencia analítica. Como apunta Schauer, el trabajo de Austin ha determinado gran parte de la metodología seguida por la ciencia del derecho posterior a él, a pesar de que muchos de los trabajos analíticos se hayan centrado en rebatir el énfasis que Austin hace de la coerción[47].

47 Frederick Schauer. "Necesidad, importancia y naturaleza del derecho", en Jordi Ferrer Beltrán et al. (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 52.

II. Hart: jugar al ajedrez sin la reina

Existe otro enfoque de la coerción como característica del derecho que fue desarrollado por H. L. A. Hart en su libro *El concepto de Derecho*. Para este autor no es la previsión de sanciones como respuesta al desacato de los mandatos lo que distingue al derecho, sino la unión de distintos tipos de reglas que orientan la conducta humana dentro de los límites de un país[48].

El trabajo de Hart es, en gran medida, tributario de la teoría de Austin, a la cual le dedica varios capítulos de su libro para analizarla y criticarla. Según Hart, el modelo de Austin no explica la forma en que el derecho existe en la sociedad porque solo se enfoca en una de sus expresiones –la amenaza de imponer sanciones– que, sin embargo, no logra diferenciarlo de una situación ordinaria en la que se use la fuerza para hacer que alguien haga algo que no quiere, como es el caso de un asaltante que obliga a su víctima a entregarle dinero[49].

En cambio, Hart se ocupa de los fundamentos del derecho en tanto sistema complejo que está compuesto por distintos tipos de reglas, y ve en la relación entre unas reglas y otras lo que distingue al derecho y le da su consistencia, al igual que entiende que, en un plano social, esa relación de reglas es lo que marca el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico[50].

Para construir su teoría Hart parte de la teoría de Austin, la que describe como un modelo coercitivo simple que, además, critica extensamente. Ya que su propósito es proponer una teoría general del derecho a través del análisis conceptual, Hart ensaya las premisas del modelo austiniano en diferentes hipótesis de lo que considera que implica la existencia de un sistema jurídico en una sociedad, para concluir que el modelo coercitivo es incapaz de reproducir las características principales del derecho, ni la forma en que funciona en la realidad.

En consideración a ello se repasan las premisas del modelo austiniano a la vez que se explican en detalle las críticas que a cada parte de la teoría de Austin hace Hart. A continuación se exponen los fundamentos de la teoría de Hart, imperante actualmente en la jurisprudencia analítica, según la cual el derecho es un sistema de reglas primarias y secundarias que se explica a partir de la conjunción de esos dos tipos de reglas.

---

48 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, 3.ª ed., Genaro R. Carrió (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, p. 61.

49 Ídem.

50 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 53.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la teoría de Hart es una teoría del derecho como noción, y no de la coerción misma. Sucede algo similar con Austin y Kelsen, aunque en el caso de Hart las conclusiones referidas a la coerción están todavía más ocultas. Por lo tanto, una vez explicado el derecho en términos de Hart, habrá que exponer lo que este nos dice indirectamente de la coerción, y, más importante aún, lo que no nos dice.

A. El modelo coercitivo

La teoría básica hacia la cual Hart dirige sus críticas, y que pretende superar con un nuevo planteamiento, es la que hizo Austin en *El objeto de la jurisprudencia*, y cuyo concepto de derecho es llamado por Hart "modelo simple". Por lo tanto, analizaremos las críticas principales que le hace Hart a este modelo para, una vez expuestos los obstáculos de la teoría austiniana para explicar la realidad del derecho, presentar una construcción del derecho sin referencia directa al uso de la fuerza por parte de este.

El trabajo de John Austin es de una lógica en apariencia autoevidente, y tiene el mérito de apuntar en la dirección más relevante del derecho, que es su capacidad para hacer que los individuos hagan o dejen de hacer cosas, incluso contra su voluntad o deseo[51]. Según Austin, la forma en que el derecho consigue esto es a través de los mandatos que emite un soberano, dentro de una comunidad política independiente, respaldados por sanciones que se ejecutan en caso de que el sujeto no adecúe su conducta a lo que le prescribe el derecho[52]. Esta explicación se sustenta en el doble modelo planteado en el capítulo anterior, según el cual la teoría de Austin entiende el derecho inserto en un engranaje político de fuerza y obediencia, que a su vez opera a través de la triple relación interna entre mandato, deber y sanción. Este doble modelo fue extensamente criticado por Hart en los primeros capítulos de *El concepto de derecho*, aunque bajo su análisis la teoría de Austin contenía un modelo simple o modelo coercitivo, que arrojaba excesiva luz sobre el aspecto imperativo del derecho, pero en cambio dejaba de lado los problemas relativos a la autoridad, legitimidad, justicia o coherencia del sistema jurídico.

Para Hart, la explicación del derecho en términos de mandatos está relacionada con el modo imperativo del lenguaje, es decir, las formas lingüísticas por las

---

51 Frederick Schauer. *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015, p. 17.
52 Cfr. *supra*, p. 18.

que se expresan mandatos u órdenes[53]. Aunque para Austin esto no era así[54], y lo importante no era la forma en la que se expresara el deseo, sino que este estuviera efectivamente respaldado por una sanción, en Hart es crucial relacionar el mandato con el modo imperativo del lenguaje, ya que de esta manera la estructura del mandato, como orden de que alguien haga o deje de hacer algo que otra persona le pida, puede trasladarse del derecho a situaciones incluso opuestas a la idea de derecho mismo, como el caso de un asaltante que, mediante la amenaza de hacer daño a su víctima, le ordena que le entregue sus pertenencias. ¿Cuál sería la relación entre una situación así y el derecho –se preguntaba Hart– si en ambas existe un mandato, unas partes delimitadas, y una amenaza de sanción?[55].

Explicar el mandato en términos verbales es útil para Hart porque por medio del uso ordinario del lenguaje reduce una noción amplia a las categorías menores que la contienen, pero debe tenerse en cuenta que cuando Hart explica el mandato a través del modo imperativo del lenguaje, en realidad plantea una discusión en torno al lenguaje mismo, y con eso basta para explicar el mandato, no ya bajo los términos de la teoría de Austin, sino como un proceso comunicativo estructurado, con un emisor, un receptor y una orden transmitida a través del lenguaje imperativo[56]. Por eso Hart puede comparar, basado en los imperativos, la situación de una persona que le entrega dinero a un asaltante con la situación de esa misma persona cuando paga sus impuestos. Si se deja de lado la discusión sobre la forma en la que se comunica el mandato, en ambos casos puede decirse que la persona se vio obligada a hacer cualquiera de las dos cosas, bien sea entregar el dinero a su victimario, o entregarle el dinero a la agencia fiscal, pero, aunque en ambas situaciones se reproduzca el modelo verbal del mandato, en una situación puede decirse que la persona no tenía la obligación de entregar el dinero, mientras que en la otra sí[57].

En cambio, bajo los términos de Austin esta distinción no es plausible, porque en la situación del asaltante, aunque exista una subordinación de la víctima frente a aquél, que le permite emitir órdenes en el sentido regular de la expresión, estas órdenes no podrían ser jurídicas, ni su mandato entendido del mismo modo que el mandato del derecho, porque a él no le subyacen los presupuestos políticos de la soberanía, ni el hábito de obediencia, de lo cual se deriva que, aunque exprese

---

53 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 24.
54 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 35.
55 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., pp. 25-26.
56 Cfr. Ferdinand de Saussure. *Curso de lingüística general*, 3.ª ed, México, Editorial Fontamara, 2011.
57 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 8.

sus deseos, los transmita de una manera clara, amenace el desacato con un daño, y, finalmente, sea obedecido, esa situación no puede crear una obligación, ya que por la ausencia del engranaje externo del derecho, la situación del asaltante es un ejemplo de mandato respaldado con una sanción, al que no obstante no le surge un deber correlativo[58].

Es por esto que Hart, aunque desde el inicio apunta a la incapacidad del modelo coercitivo para explicar el derecho y a las posibles confusiones a las que dicho modelo puede ocasionar, no se limita a señalar el concepto de autoridad legítima como lo que le falte al modelo coercitivo para diferenciar el derecho de una situación ordinaria de constreñimiento[59], ya que sabe de antemano que la noción de autoridad –al igual que la de legitimidad– trae más sombras que luces a la explicación, y puede terminar por convertir la discusión en otro tipo de problema. Por el contrario, se empeña en evaluar cada presupuesto de la teoría de Austin para revelar no solo por qué el derecho no se puede explicar en términos de mandatos y órdenes, sino también por qué los mismos mandatos no se pueden explicar coherentemente bajo la teoría del doble modelo.

1. Las características de las normas jurídicas

Las normas que componen un sistema jurídico deben tener una serie de características, a saber: generalidad, permanencia, creencia en su efectividad, hábito general de obediencia, supremacía e independencia[60]. Estas características se desprenden del tipo de relación que se entabla con el derecho; sin embargo, no se trata de una relación directa y personal entre el destinatario de una norma y un funcionario estatal que señala la previsión jurídica, sino que la aspiración del derecho es ser obedecido sin tener que recurrir a la participación de un tercero –que puede ser un juez o un funcionario de policía– para que se materialice dicha previsión[61].

De tal manera que, si la relación entre el derecho y sus destinatarios no funciona como la relación entre el asaltante y su víctima, esto es, como una relación de sujeción temporal y directa en la que la comunicación del mandato se da frente a frente, la primera característica de las normas jurídicas debe ser la generalidad[62]. Y aunque

---

58 Cfr. *supra*, p. 19.
59 Cfr. Joseph Raz. *Entre la autoridad y la interpretación*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 137 y ss.
60 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 27 y ss.
61 Ibíd., p. 27.
62 Ídem.

para Austin esa característica no era necesaria[63], Hart la encuentra incluso en las normas que más se parecen a los mandatos respaldados por sanciones, es decir, las normas penales. Este tipo de normas no se dirigen a alguien en particular, sino que normalmente describen un destinatario general (que puede ser cualquiera, o cualquiera con determinadas características, pero en todo caso no un sujeto en concreto) a quien se le prohíbe la comisión de una conducta particular y como consecuencia de esa prohibición se le amenaza con la aplicación de una pena en caso de infringirla.

Además, el derecho debe ser permanente[64], pues para que una situación se califique como jurídica no basta con que una persona tenga una ascendencia temporal sobre otra, y en virtud de esa posición transitoria imponga su voluntad y consiga su obediencia. Esto se relaciona con la aspiración de permanencia que debe tener el derecho para regir una sociedad, ya que si las prescripciones que pretenden ser llamadas derecho son de una inestabilidad tal que no aseguren un mínimo de regularidad, pueden ser reemplazadas por otras que a su vez no aseguren una continuidad en el comportamiento social, y así de manera sucesiva, hasta encontrar un cúmulo de mandatos, probablemente con orígenes y contenidos diversos, que de ninguna manera constituyen derecho, sino, a lo sumo, una cantidad de imposiciones de hecho. Aunque la característica de permanencia pertenece a todo sistema jurídico, tratándose de la coerción es particularmente importante que la sujeción a una fuerza eventual sea sostenida en el tiempo, ya que la estabilización de la coerción conlleva la aspiración de monopolio en el uso de la fuerza, y de allí se explica que en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos esté prohibida la subordinación temporal a través de la fuerza, prohibición que es la constatación de la permanencia del derecho que rechaza fuerzas extrañas[65].

Aunque se puedan ver como las dos caras de una misma moneda, la creencia en la efectividad del derecho y el hábito general de obediencia son dos características diferentes: la primera implica la necesidad de que los destinatarios de las normas tengan la creencia fundada de que las sanciones que esas normas prevén se van a hacer efectivas[66], y es importante que desde el momento de la creación de una norma

---

63 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 43.

64 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 29.

65 Esta distinción es crucial para entender la coerción como característica del derecho. El delito que prohíbe la subordinación temporaria a través de amenazas en Colombia se conoce como constreñimiento ilegal (Código Penal, art. 182), mientras que en España el Código Penal lo denomina coacciones (art. 172). De aquí se desprende una diferencia entre coerción y coacción; cfr. *infra*, p. 62.

66 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 29.

esta creencia se sostenga y se extienda durante su vigencia; la segunda característica hace posible, en un plano psicológico, que las prohibiciones cobren sentido, y se relaciona con el hábito de obediencia que explica la existencia del derecho en la sociedad, aunque desde el cumplimiento o apego a las normas, entendido como la conducta estándar frente al derecho, y no a través de las amenazas[67].

Por último, el derecho debe ser supremo e independiente. Ambas características se relacionan con el criterio de territorialidad del derecho, es decir, que rige para un territorio determinado, y, en principio, para las personas que habitan dicho territorio. Sin embargo, es diferente la consecuencia que tiene el derecho al interior del territorio –supremacía–, que en relación con los territorios contiguos –independencia–. La supremacía apunta a que, dentro del territorio, el derecho es la máxima prescripción a la que puede ser sometida una persona, y esa prescripción excluye todas las demás que le sean contrarias. En un país existen innumerables situaciones de subordinación regular que se replican en los diferentes contextos de control, como el trabajo o la familia, pero todas ellas se subordinan ante la supremacía del derecho. La independencia, por su parte, significa que el derecho de un país existe de manera separada y autónoma del derecho de otros países, y, por lo mismo, las prescripciones que haga el derecho de un país sobre las relaciones de un territorio ajeno son simplemente irrelevantes[68].

Hart asigna al derecho las características descritas anteriormente para concluir que el caso del asaltante no puede representar una situación jurídica porque su mandato respaldado por un daño eventual no las tiene. Sin embargo, para Hart esa es una primera descripción de por qué puede definirse el derecho –y diferenciarlo de fenómenos u hechos adyacentes– sin recurrir a la explicación coercitiva que hace Austin, aunque las críticas más importantes a la compresión del derecho como un sistema de control social eminentemente coercitivo apuntan a la complejidad de su contenido, que no puede reducirse a la estructura de mandatos respaldados por sanciones, y al engranaje político en el que se asienta la teoría de los mandatos de Austin, porque, como se explicará más adelante, ni la idea del hábito de obediencia ni el concepto de soberano ilimitado son coherentes, a efectos de dar cuenta de los sistemas jurídicos modernos.

---

67 Ibíd., p. 30.
68 Ibíd., p. 31.

2. El contenido del derecho

Entender el derecho en términos coercitivos es una idea bastante intuitiva que se relaciona de alguna manera con las ideas más extendidas de autoridad y soberanía. Asumir esa posición frente a la naturaleza del derecho implica, necesariamente, asumir una posición frente a la sociedad. En Austin eso se traduce en una estructura conceptual de la sociedad en la que existe un soberano ilimitado, un hábito de obediencia de la sociedad política, y un conjunto de mandatos que, en ese engranaje, constituyen el objeto del estudio del derecho. Sin embargo, para que esa explicación sea consistente, requiere que todas las formas de expresión entre el soberano y sus súbditos sean imperativas.

Es por eso que la idea de regla concreta que sugiere el modelo de Austin es del tipo del derecho penal, el cual se asimila más a la estructura de un mandato cuya desobediencia se amenaza con una pena. Sin embargo, esta presentación vertical de la sociedad y del derecho es insuficiente para describir y explicar el derecho en una sociedad moderna. Quizás en una sociedad muy primitiva, en la que hubiera pocos miembros y las relaciones entre ellos fueran precarias y claramente jerarquizadas, bastaría con explicar el derecho solo en términos de mandatos y sanciones. Pero en las sociedades modernas las situaciones reguladas por el derecho van mucho más allá de la simple prohibición penal y abarcan desde actos unilaterales, como una disposición testamentaria, o contratos civiles o comerciales en los que la subordinación no es un elemento central, hasta disposiciones relativas a la estructura del Estado y la jurisdicción y competencia de los jueces, y todas ellas son situaciones cuya regla de derecho no tiene la estructura del mandato, según la cual si no se cumple con lo mandado por el soberano se aplica determinada sanción[69].

Hart advierte esa complejidad y rechaza que el derecho sea explicado solamente a través del concepto de mandato, pues dejaría de lado tipos de reglas con estructuras distintas, como las normas que prescriben el procedimiento para otorgar un testamento válido, o aquellas que sirven para celebrar un contrato o un matrimonio[70]. Con esto se quiere hacer referencia a que las diferentes normas jurídicas se caracterizan tanto

---

69 "Porque la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuándo estas últimas han sido transgredidas, es un avance tan importante para la sociedad como la invención de la rueda. No sólo fue un paso importante, sino que, como sostendremos en el capítulo IV, bien puede ser considerado como el paso que conduce del mundo prejurídico al mundo jurídico"; ibíd., pp. 52-53.

70 Ibíd, pp. 34 y ss.

por su contenido como por su estructura, y la postura de Hart es que no todo lo que contiene el derecho se puede reducir a mandatos que se pueden obedecer o desobedecer, ni la única estructura para una regla de derecho es la estructura condicional de las reglas penales, según la cual "Si *X*, entonces *Y*", en la cual *X* es el contenido de un mandato, y *Y* la sanción que amenaza el incumplimiento.

A partir de la relación entre estructura y contenido de la norma Hart divide las normas jurídicas en las que imponen deberes y las que confieren potestades públicas o privadas. Las primeras son las que se obedecen o se desobedecen, y alrededor de ellas se erige un lenguaje propio de los mandatos austinianos como obediencia, desobediencia, sanción y transgresión[71]. Las normas que confieren potestades son aquellas que no prescriben directamente lo que una persona debe hacer, sino que señalan el procedimiento para que determinadas cosas sean hechas, como los contratos o los testamentos, o califican a alguna persona con la autoridad jurídica para hacer algo, como las reglas que regulan la competencia de un tribunal[72]. Es verdad que estas normas difieren de los mandatos por su contenido (o, si se quiere, porque los mandatos contienen algo concreto, mientras que las normas que confieren potestades prevén una forma mas no una determinación clara de hacer o abstenerse), pero, además, tienen un significado social distinto:

> La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas[73].

Para Hart es fundamental esta primera apreciación del contenido del derecho porque, al notar la pluralidad de tipos de normas que conforman el ordenamiento jurídico rechaza la opción de definir el derecho a partir de un solo tipo, y se inclina por caracterizarlo a partir de esa misma pluralidad y de la relación entre las normas.

3. Los problemas del engranaje externo

El acápite anterior permite concluir que la explicación del derecho a partir de los conceptos de mandato, deber y sanción es insuficiente para dar cuenta de las reali-

---

71 Ídem.
72 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 36.
73 Ibíd., p. 35.

dades más complejas de la sociedad y, por lo tanto, de los distintos tipos de normas, y es por eso que en este apartado las críticas a la teoría de Austin se centran en sus fundamentos políticos. Desde el engranaje externo los tres conceptos que sirven para explicar el derecho como un conjunto de mandatos son soberano, hábito de obediencia y súbdito. La relación entre ellos hace que surja un modelo de sociedad vertical marcada por la jerarquía del soberano en la que, por la capacidad que este tiene para infligir daño a quienes no ajusten su conducta a su voluntad, se establece un hábito de obediencia de los súbditos[74].

Para Hart, el primer concepto problemático en el modelo político de Austin es el de hábito de obediencia, pues la concepción de hábito parece referirse a una realidad observada desde el punto de vista externo del sujeto que cumple con la regla, y solo se detiene en la regularidad de un comportamiento mas no en la motivación o el proceso psicológico que ocurre en el agente que actúa con fundamento en el derecho[75]. Por su parte, las críticas de Hart al hábito de obediencia están dirigidas a explicar el derecho como un conjunto de reglas que se diferencian de los hábitos en que tienen un aspecto interno[76], es decir, que las reglas se presentan como obligatorias y su cumplimiento se puede exigir incluso contra la voluntad del sujeto. En cambio, para que exista un hábito solo basta con observar una regularidad en un comportamiento sin hacer referencia a su motivación.

Esta crítica resalta la importancia de la noción de regla para la explicación de la coerción. Puesto que la valoración de la existencia de un hábito es externa, este se rompe con la irregularidad del comportamiento. Por ejemplo, si es habitual en una población caminar por el sentido derecho, este hábito se constata siempre que las personas se sigan comportando de esa manera, es decir, siempre que sigan caminando por su derecha. Si una persona deja de hacerlo solo se puede decir que el hábito se ha roto, o no se ha constatado, o ya no existe; pero desde la perspectiva de la persona que ha actuado contra el hábito no se puede predicar que haya infringido el hábito, o que haya incumplido con un deber en específico, porque –y este es el punto principal– de los hábitos no se desprenden deberes[77], pues el deber es un fenómeno que ocurre en el plano interno del agente, y para su valoración se necesita que el comportamiento sea personalmente exigible, es decir, que tenga un aspecto interno.

---

74 Cfr. *supra*, p. 19 y ss.
75 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., pp. 68-69.
76 Ibíd., p. 71.
77 Ibíd., pp. 68 y ss.

Pero la intención de Hart al criticar el hábito de obediencia como presupuesto conceptual de los mandatos es indicar que esta idea es defectuosa para explicar el origen del derecho, así como su continuidad y permanencia, porque al ser una proposición fáctica el hábito no puede sustentar un juicio de valor, como el de la obligación de obedecer a un nuevo legislador, u obedecer el derecho proferido por un legislador anterior:

> En efecto, la idea de la obediencia habitual fracasa de dos maneras diferentes, aunque relacionadas, para dar razón de la continuidad que se observa en todo sistema jurídico normal cuando un legislador sucede a otro. En primer lugar, los simples hábitos de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador ningún *derecho* a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo. En segundo lugar, la obediencia habitual al legislador anterior no puede por sí sola hacer probable que las órdenes de un nuevo legislador serán obedecidas o fundar una presunción en tal sentido[78].

Sin embargo, los principales defectos de la teoría de Austin se relacionan con el concepto de soberano. Los extremos de la relación jurídica están delimitados entre los súbditos y el soberano, y entre ellos existen los mandatos, proferidos por este último y obedecidos habitualmente por los primeros. Aparte de los problemas referidos a la imposibilidad de deducir deberes del hábito de obediencia, la característica más importante del soberano es que no presta obediencia habitual a ningún otro superior, sino que "crea derecho para sus súbditos, y lo crea desde afuera. No hay, y no puede haber, límites jurídicos a su potestad de creación del derecho"[79]. El concepto de soberano ilimitado convierte al derecho en una simple manifestación de voluntad coercitiva, en la cual el contenido de los mandatos está dictado por los deseos del soberano y la fenomenología de las sanciones excede el objeto de la filosofía del derecho.

En otras palabras, en Austin la coerción parece ser el núcleo del derecho, pero esta se explica como una capacidad ilimitada cuyos orígenes, propósitos y medios no hacen parte de la explicación del derecho. Aunque pareciera que esta teoría se centra en la coerción, en realidad funciona como una especie de causa incausada

---

78 Ídem. Como se criticó en el capítulo anterior, esta explicación del origen del derecho tiene el problema de romper con la guillotina de Hume, y por lo tanto es falaz por pretender deducir de un hecho (la obediencia) un deber ser.

79 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 82.

del derecho, y permite afirmar que el derecho parte de la coerción, aunque Austin no dé mayores explicaciones sobre la coerción misma más allá de presentarla como una capacidad ilimitada del soberano[80]. Puesto que Austin, consecuente con su teoría, no explica la coerción, se enfrenta al problema de que, después de haber presentado su exposición de lo que es el derecho en términos de mandatos y sanciones, no logra diferenciar una situación de coerción estatal de una como la del caso del asaltante.

Esta impotencia para explicar la diferencia entre la coerción y el constreñimiento ilegítimo se debe a que este siempre termina recurriendo a la idea de soberano ilimitado para dar cuenta de lo que manda y lo que amenaza. Pero si se analiza con más detalle el concepto de soberano de Austin, aparecen varios problemas relacionados con una teoría política que sustente el derecho. El propósito de la metodología conceptual es explicar la idea del derecho de acuerdo con sus propiedades en cualquier tiempo y lugar; luego, si el soberano ilimitado es un concepto constante en el derecho, debería existir una autoridad suprema cuya voluntad se pueda imponer a todas las demás en una sociedad, y que pueda causar daño a todos en caso de no cumplir con sus mandatos; mientras que el soberano no estaría obligado a obedecer a nadie, ni nadie en su sociedad podría tener la capacidad de infligirle un daño para modificar su conducta, y este tipo de soberano debería existir en los distintos modelos de derecho que se puedan imaginar[81]. En una sociedad primitiva, en la que haya pocas personas y las relaciones tengan cierta regularidad gracias a la preeminencia física de un miembro del grupo, podrían darse las condiciones para caracterizar a este miembro como el soberano. Por su parte, en una monarquía absoluta la condición de soberano se podría personificar en el rey o monarca, lo cual, en ese caso, tiene un sustrato religioso o moral que justifica esa posición y amenaza con desvirtuar la pretensión de explicar el derecho solo en términos positivos[82]. En las sociedades modernas, en cambio, es difícil identificar en una o varias personas determinadas esas condiciones que les permitan presentarse ante los demás miembros de la sociedad como soberanos ilimitados.

En una sociedad moderna existen dos opciones principales para definir al soberano: la primera es identificar al soberano con la legislatura, o con el órgano del cual provienen los mandatos. Esa es la opción que toma Hart en gran parte de su

---

80 Cfr. *supra*, p. 20.
81 John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 238.
82 Ibíd., p. 33.

explicación[83], e iguala los dos conceptos porque resulta más apropiado hablar de legislador que de soberano si se planea hacer una explicación del derecho a partir del concepto de regla y no del concepto de mandato, además de resultar el concepto de legislador más cercano a las preocupaciones jurídicas y no políticas. De cualquier manera, identificar al soberano con el legislador presenta el inconveniente de que, en casi todos los sistemas jurídicos que se puedan proponer como ejemplo, las personas que conforman la legislatura están obligadas también por las normas que esta legislatura profiere, y si el soberano no puede estar limitado ni siquiera por sí mismo, ya que en ese caso no habría una autoridad superior a la cual recurrir para sancionar la desobediencia, entonces habría una incoherencia si se equipara al legislador con el soberano.

La otra opción, por la que opta Austin[84], es identificar al soberano con el electorado. Desde la perspectiva de una democracia representativa contemporánea esta equiparación puede parecer correcta ya que en varios ordenamientos jurídicos existe la disposición según la cual la soberanía reside en el pueblo[85]. Sin embargo, lo que se entiende por soberanía en teoría constitucional es distinto de lo que Austin entiende por soberano. La relevancia del concepto de soberano no se debe a que él solo pueda explicar el derecho, sino a que tal idea sugiere una división en la sociedad entre personas que mandan y personas que obedecen, y es entonces cuando aparecen los mandatos con su estructura y contenido para reflejar lo que es el derecho. Pero si el soberano ya no es una persona ni un cuerpo más o menos determinado de personas, sino la universalidad que comprende los ciudadanos de un territorio, la diferencia entre soberano y súbdito se desvanece[86], y el engranaje externo sobre el cual Austin soporta el derecho entra en crisis, ya que si no se puede dividir la sociedad entre quienes mandan y quienes obedecen, a falta de esa delimitación tampoco se puede sostener el hábito de obediencia y, en definitiva, los mandatos austinianos no pueden dar cuenta del derecho en esa confusión originada en el vértice de la teoría, es decir, en el soberano que emite los mandatos.

---

83 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., pp. 89 y ss.

84 "Hablando con propiedad, los miembros de la Cámara de los Comunes son simples *trustees* del cuerpo que los elige y designa: y en consecuencia la soberanía reside siempre en los Pares del Reino y en el cuerpo electoral de los comunes". John Austin. *El objeto de la jurisprudencia*, cit., p. 230.

85 Por ejemplo, los artículos 6.º de la Constitución Política de Colombia, 1.º de la Constitución del Ecuador y 1.º de la Constitución española.

86 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 93.

Como sostiene Hart:

> Si en tales casos intentamos ver en el electorado el soberano, y le aplicamos las definiciones simples de la teoría original, tendremos que decir que aquí "el grueso" de la sociedad habitualmente se obedece a sí mismo. De este modo la imagen originariamente clara de una sociedad dividida en dos segmentos: el soberano libre de limitación jurídica que da órdenes y los súbditos que habitualmente obedecen, ha sido reemplazada por la imagen borrosa de una sociedad en la que la mayoría obedece órdenes dadas por la mayoría o por todos. Sin duda que aquí no tenemos ni "órdenes" en el sentido original (expresión de la intención de que *otros* se comporten de cierta manera), ni obediencia[87].

Existe una posibilidad de salvar las objeciones anteriores, y es separar la persona del legislador o del elector en su condición oficial de su condición privada[88]. De esa manera el soberano ilimitado existiría siempre que los legisladores actúen bajo su condición, o cuando los electores ejerzan su derecho al voto, y en esas circunstancias habría una voluntad sin límites jurídicos que, una vez expresada, recaería en las mismas personas que fundamentaron originalmente los mandatos, aunque esas personas no fungirían más como soberano sino como ciudadanos comunes. Este argumento, además de ser excesivamente artificioso, tiene el defecto de constituir una insólita descripción del modo en que funcionan los sistemas políticos en la práctica. Además, la división entre el carácter oficial y privado del soberano solo esconde los problemas centrales de cómo surge la obligación jurídica. Sea que se trate de un soberano único o uno divisible, el defecto principal de la teoría de los mandatos radica en que supone que existe una voluntad superior cuya expresión por medio de mandatos es el cuerpo del derecho. Esa idea sería útil si existiera alguna manera de consultar dicha voluntad para saber cuál es el contenido del derecho o para aclarar los puntos confusos de los mandatos soberanos. Pero esta apreciación no puede, por un lado, fundar un deber de obediencia frente a esa voluntad sin incurrir en una infracción lógica, y, por otro, en los sistemas jurídicos complejos, en los que varias personas confluyen en la producción de una norma, no dice nada de los hechos la proposición de que existe una voluntad superior que, sin embargo, no se puede auscultar subjetivamente. La idea de la voluntad del soberano es solo una metáfora.

---

87 Ibíd., pp. 93-94.
88 Ídem.

B. El derecho como unión de reglas

El rechazo del modelo político en que se basa Austin para explicar el derecho en términos de coerción es un nuevo punto de partida para la teoría del derecho. La observación de que el derecho es un medio de control social que se caracteriza por obligar a que las personas hagan cosas incluso contra su deseo es, de nuevo, una apreciación básica, pero sobre ella no se pretende dar cuenta de la existencia del derecho. El nuevo enfoque para el positivismo, que se funda con Hart, es que el derecho existe como consecuencia de la unión de reglas primarias y secundarias[89].

Como se expuso[90], una de las principales observaciones de Hart es que el derecho no tiene un contenido unívoco, y, por lo tanto, no se puede reducir el derecho a una estructura como la de los mandatos. La razón de que esto sea así es que el derecho abarca un conjunto heterogéneo de situaciones sociales, como un contrato o una prohibición penal, y la forma de regularlas es mediante disposiciones jurídicas con una estructura adaptada a determinado tipo de acciones humanas. De manera preliminar, esas disposiciones se han clasificado en reglas que imponen deberes y reglas que confieren potestades públicas o privadas, y es la existencia de esa pluralidad de reglas y la forma como se relacionan entre ellas, lo que para Hart es el fundamento de un sistema jurídico[91].

Para estos efectos, una regla es una pauta de conducta cuyo aspecto externo permite observar si se cumple o se incumple, y cuyo aspecto interno está marcado por la actitud que toma el agente frente a su existencia[92]; este último aspecto es el que la diferencia de los hábitos y de donde surge el concepto de obligación. Una regla puede tener la estructura de un mandato, es decir, puede tratarse de una orden que el derecho le da alguna persona para que haga o deje de hacer algo, con la condición de que en caso de desobedecerla se aplicará determinada consecuencia. Ese tipo de reglas han existido en todas las sociedades, desde las más primitivas hasta las más desarrolladas; sin embargo, al lado de dichas reglas existen otras que tienen una estructura diferente, y cuya relevancia para la filosofía analítica del derecho radica en que, una vez se está en presencia de reglas diferentes a aquellas que imponen deberes, la articulación entre las distintas reglas origina un sistema

---

89 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., pp. 99 ss.
90 Cfr. *supra*, p. 40.
91 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 121.
92 Ibíd., p. 112.

jurídico. En palabras de Hart: "puede ser considerado el paso que conduce del mundo prejurídico al mundo jurídico"[93]. De esa manera, para valorar el concepto de derecho de Hart se debe tener en cuenta que su preocupación no es describir el derecho primitivo, sino explicar el derecho de las sociedades modernas en las cuales este se presenta en forma de sistema de reglas.

La división entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren potestades es simplista. Por eso Hart divide las reglas en primarias y secundarias: las primarias o básicas son aquellas que prescriben que alguien haga o deje de hacer algo, independientemente de cuál sea su deseo[94]; y las secundarias son las que imponen deberes, pues "establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación"[95]. Para Hart una sociedad en la que solo existan reglas primarias de obligación es una sociedad estática, en la que los individuos solo tendrían deberes fijos, y no habría forma de modificarlos o extinguirlos. Para tal fin se requieren reglas secundarias que articulen las reglas básicas las cuales se pueden clasificar, a su vez, en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.

La regla de reconocimiento (*rule of recognition*) es un tipo de regla secundaria que permite identificar las demás reglas que hacen parte del sistema jurídico[96], resolviendo con ello el problema de la certeza al indicar el derecho vigente o aplicable. Para identificar el derecho la regla de reconocimiento debe describir las cualidades de las otras reglas que conforman el sistema, lo cual se puede presentar de formas muy variadas, por ejemplo, a través de la exposición pública de los textos que describen las reglas, o mediante la referencia a la persona dotada de autoridad para proferir el derecho. Sin este tipo de regla, todas las demás que imponen deberes existirían aisladas y no habría forma de distinguir un mandato jurídico de uno extrajurídico. Como dice Hart: "Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación"[97].

---

93 Ibíd., p. 53.
94 Ibíd., p. 101.
95 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit.
96 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit, p. 117.
97 Ibíd., p. 118.

Las reglas de cambio son aquellas que disponen la forma y las calidades necesarias para crear, modificar o extinguir una regla de obligación[98]. Así se soluciona el problema estático de las reglas primarias que, al contener solo los deberes exigibles, no prevén cómo modificarse a sí mismas. De ese tipo son la mayoría de las reglas que confieren potestades privadas, por ejemplo, las que describen el procedimiento para otorgar un testamento válido, o el procedimiento para celebrar un contrato; sustancialmente esos actos contienen deberes, pero las reglas en virtud de las cuales se celebran dichos actos no contienen deberes concretos sino la forma de modificar el derecho.

Por su parte, las reglas de adjudicación definen la forma y el procedimiento por el cual se juzga con base en las reglas primarias[99], y determinan las personas calificadas para resolver un asunto jurídico, el procedimiento por el cual deben hacerlo, y los demás asuntos adjetivos. Este tipo de reglas se equipara a las que confieren potestades públicas, es decir, a aquellas reglas que definen la jurisdicción y competencia de un tribunal y todos los requisitos para que su actuación sea válida.

De esa manera, Hart explica el derecho a partir de una estructura compuesta por dos tipos de reglas, primarias y secundarias, y tres subtipos de reglas secundarias, de reconocimiento, cambio y adjudicación.

C. Lo que Hart no dice sobre la coerción

Es relevante que Hart no apoye su teoría jurídica en un modelo político explícito, ya que de esa manera la única referencia sobre la cual giraría el concepto de derecho sería la de regla, que, como se ha visto, puede ser de distintos tipos. No hacen falta las ideas de soberano o súbdito, al igual que las nociones de justicia o legitimidad para fundar la existencia del derecho. Una vez más, se debe tener en cuenta que el propósito de Hart es describir el derecho de las sociedades complejas caracterizadas por contar con un sistema jurídico definido, y no solo con una dispersión de reglas que imponen deberes. Y aunque se le pueda formular la misma crítica que a Austin, en el sentido de incurrir en la guillotina de Hume, porque la regla de reconocimiento es más un hecho de identificación normativa del intérprete que una categoría deontológica[100], la definición del derecho como unión de reglas

98 Ibíd., p. 119.

99 Ibíd., p. 120.

100 Ibíd., p. 137. "…la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho". Cfr. José Antonio Ramos

cumple con la pretensión teórica de explicar el derecho haciendo referencia solo a otros conceptos jurídicos –como el de regla, en este caso–, y no desvía el análisis hacia disciplinas como la política o la sociología que, si bien pueden explicar en su respectivo campo la existencia del derecho, difícilmente pueden dar cuenta de su normatividad.

Dicho de otra forma: el mérito de Hart radica en exponer la normatividad del derecho junto con las sutilezas ínsitas en un sistema jurídico, a pesar de haber partido de la misma apreciación que Austin, esto es, que la existencia del derecho implica que las personas están en la obligación de ajustar su conducta al derecho porque de lo contrario este les prevé un daño:

> Se recordará que la teoría del derecho como órdenes coercitivas, a pesar de sus errores, partía de la apreciación perfectamente correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria. Al elegir este punto de partida, la teoría estaba bien inspirada, y al construir una nueva explicación del derecho en términos de la interacción de reglas primarias y secundarias, nosotros también partiremos de la misma idea[101].

Es decir, Hart no se opone a la idea de coerción como un elemento básico del derecho, sino a que la coerción en sí misma no puede explicar todo el derecho. En sus reflexiones respecto del método de análisis conceptual[102] afirma que existen nociones –como el derecho– que no se pueden definir a partir de un elemento que en determinado grado le dé la naturaleza a un objeto, sino que surgen "cuando el caso típico es de hecho un complejo de elementos normalmente concomitantes pero distintos, alguno o algunos de los cuales pueden faltar en los casos debatibles", y a continuación se pregunta si es posible seguir hablando de ajedrez si se juega sin la ficha más fuerte que permite hacer casi cualquier movimiento. Del mismo modo, se podría preguntar si es posible hablar de derecho sin coerción; es decir, sin la característica que le asegura tener relevancia social, ser obedecido[103].

Para hacer más clara esta idea es preciso tener en cuenta que la metodología conceptual, que usan tanto Hart como Austin, aspira a definir el derecho a partir

---

Pascua. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989.

101 Ibíd., p. 102.

102 Ibíd., p. 5.

103 José Antonio Ramos Pascua. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*…, cit.

de la identificación de sus elementos mínimos, pero en ese proceso de definición conceptual también existe una depuración de los conceptos que no son necesarios para la existencia ideal del derecho. Por eso una corriente dentro de la metodología analítica ha pretendido definir el derecho a partir de sus elementos esenciales, o, en otros términos, necesarios y suficientes[104].

Ya que desde Hart se ha aceptado que la coerción no es suficiente para explicar todo el derecho[105], este concepto se ha visto relegado por la teoría jurídica bajo el rótulo de elemento no esencial. Sin embargo, la investigación de Hart no se basa en el método de lo necesario y suficiente, sino que su definición de derecho se asienta en la intersección entre distintos tipos de reglas, que significan, finalmente, distintas características del derecho. Por lo tanto, la metodología de Hart se acerca más a un modelo de definición conmutativa, es decir, por adición de características necesarias –aunque ninguna considerada individualmente sea suficiente–, y una de esas características, que reside en las normas primarias, es la coerción.

Es paradójico que la teoría de Hart haya terminado por invertir el problema del énfasis exagerado que Austin había puesto en la coerción pues, al prescindir de ella para definir el derecho, la importancia de la coerción fue opacada por otros conceptos más afines a la explicación del derecho en tanto sistema jurídico, como la regla de reconocimiento[106]. Pero cuando Hart afirma que el derecho existe a partir de la unión de reglas primarias y secundarias, no prescinde totalmente de la coerción, sino solo de manera directa, pues indirectamente la coerción está presente en la definición del derecho por conducto de las reglas primarias, lo cual, por lo demás, es consecuente con la apreciación inicial de que el derecho se caracteriza por obligar a las personas a modificar su conducta.

Una de las principales carencias de la teoría de Hart es que a pesar de refutar los mandatos austinianos no propone una explicación en reemplazo de lo que comportan las reglas primarias de obligación; en cambio, su enfoque se centra en las reglas secundarias, y la forma en que articulan el sistema jurídico a través de la creación, modificación o extinción de reglas primarias. Para hacer justicia a la teoría, esto se debe a que el propósito de Hart es explicar el derecho y no la coerción, y una de

---

104 Juan Carlos Bayón. "¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?, en Jordi Ferrer Beltrán et al. Op, cit., p. 20 y ss.

105 Frederick Schauer. "Necesidad, importancia y naturaleza del derecho", en Jordi Ferrer Beltrán et al. Op, cit., p. 50.

106 Ibíd., p. 52.

sus apreciaciones iniciales es que el derecho, la coerción y la moral son fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados[107].

Es difícil rebatir el argumento de Hart según el cual la coerción es un fenómeno distinto del derecho porque él no la define directamente, ni profundiza en el contenido o las formas en que pueden operar las normas que imponen deberes. Sin embargo, la apreciación de que el derecho y la coerción son fenómenos relacionados, aunque separados en la realidad, merece un comentario: las reglas jurídicas existen en una realidad normativa[108], intangible, que, en términos simples, es distinta a la de los cuerpos y la materia; en cambio la coerción se puede entender como un constreñimiento al que alguien se ve sometido y que determina la conducta del agente. Esa determinación puede ser física, como cuando alguien dirige el cuerpo de otro, por ejemplo, para dibujar una firma con el uso de la fuerza, o psicológica, como en el caso del asaltante que obliga a la víctima a entregar sus bienes solo con la amenaza de causarle un daño. Este constreñimiento, sin importar si es físico o psíquico[109], no existe en la realidad normativa de las reglas sino en el mundo tangible. Por eso se podría afirmar que la coerción y el derecho son fenómenos sociales distintos porque aunque ambos tengan repercusiones en la sociedad su existencia ocurre en planos de realidad diferentes.

No obstante, ese no es el concepto de coerción que hemos adoptado: coerción no es igual a fuerza, pues esta se entiende como una causa de la modificación del estado de un cuerpo, lo que en términos físicos sería la variación entre reposo y movimiento; la coerción, en cambio, es la característica del derecho que le permite exigir a los demás que ajusten su conducta a él, para lo cual prevé distintos mecanismos –por lo general, sanciones– que eventualmente se materializan en el mundo físico, en el cual existen el cuerpo y la mente humanas. Esta distinción aparentemente inofensiva significa que la coerción es indisoluble del derecho, y que existe en la misma realidad que él. Por eso, el argumento de Hart de que la coerción y el derecho son fenómenos sociales distintos es impreciso.

Si una persona obedece al derecho porque el cálculo de razones le indica que debe actuar conforme a las reglas, esa decisión puede explicarse en términos psicológicos. Si la persona obedece porque un funcionario lo obliga a actuar conforme a derecho,

---

107 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 21.

108 José Antonio Ramos Pascua. Op, cit., p. 36.

109 Seguimos en esta opinión al materialismo cognitivo, para el cual incluso los procesos síquicos tienen un sustrato neuronal que los sitúa en una realidad material. Cfr. Daniel Dennett. *La conciencia explicada: una teoría interdisciplinaria*, Madrid, Paidós, 1995.

como en el caso de una persona que, a punto de dispararle a su víctima, es reducido por un policía evitando con ello la transgresión de la prohibición de homicidio[110], el comportamiento conforme a derecho –aunque no haya sido voluntario– se puede explicar en términos de determinación física del policía hacia el agresor tentado, o, en términos psicológicos, en la decisión del policía de aprehenderlo. Además de esas explicaciones, para el derecho es relevante que en ambos casos existe un deber del sujeto y una conducta que finalmente se ajusta al derecho. Pero se puede dar el caso en que haya un deber jurídico, un resultado social igualmente conforme a derecho, y que, sin embargo, no exista una conducta del sujeto pasivo del deber que sea la causa del estado de cosas jurídico, como en el caso previsto en el artículo 861 del Código de Comercio colombiano, en el cual una persona que ha prometido suscribir un contrato de compraventa y luego, ante la negativa de cumplir el contrato de promesa, un juez puede sustituir su posición negocial y lograr –con fundamento en la promesa de venta– el perfeccionamiento de la compraventa. Este ejemplo ilustra la capacidad del derecho de exigir a las personas que ajusten su conducta a él, y, en caso de no hacerlo, las formas de mantener el orden social dentro de sus parámetros, que en este caso no se pueden explicar ni por la persuasión psicológica que origina la voluntad del sujeto para obedecer –el aspecto interno de la regla– ni por el constreñimiento o determinación física sobre el cuerpo de la persona obligada. Desde luego, podría explicarse desde la voluntad o desde la observación de los movimientos del juez, pero esos hechos solo muestran la realidad del mundo sensible, y necesariamente se limitan al análisis de la conducta de una o varias personas determinadas, sin que se pueda explicar causalmente ni lo que el derecho prescribe ni la forma en que asegura el cumplimiento, pues el enfoque sobre una persona difiere metodológica y sustancialmente del análisis del derecho. El caso de la promesa de compraventa evidencia la capacidad del derecho para exigir determinada cosa, e insistir en ella una vez que el agente ha incumplido, sin recurrir a otra autoridad que la del derecho mismo[111], esto es, a la normatividad de la coerción, que ocurre en el mismo plano deontológico que el resto del derecho.

En otros términos: la coerción, al igual que el derecho mismo, existe gracias a la conjunción de distintos tipos de reglas que aseguran la conformidad de la realidad social con una calificación jurídica. En estricto sentido ello difiere de la verifica-

---

110 Con la salvedad que se puede hacer en este caso de la tentativa.

111 En términos del sociólogo Niklas Luhmann. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1998, puede decirse que el derecho es autorreferencial.

ción material del cumplimiento de las normas. La coerción es una característica del derecho que le permite prever los mecanismos para su cumplimiento, pero eso no quiere decir que el derecho en todos los casos tenga éxito y sea obedecido; sin embargo, el derecho debe exigir el cumplimiento y calificar jurídicamente la realidad social para ajustarla a sus parámetros, con independencia de lo que se verifique en el mundo tangible.

La idea de coerción está relacionada directamente con el concepto de deber u obligación. Al afirmar que el derecho contiene distintos tipos de reglas y que el tipo básico es el que contiene los deberes que se le imponen a las personas, pareciera que la coerción debería reducirse al contenido de las reglas primarias. Al menos, esa es la impresión que da Hart al definir las reglas primarias como aquellas que imponen deberes, si se tiene en cuenta que el arquetipo de las reglas primarias son del tipo de regla que contiene el derecho penal, esto es, aquellas que mandan o prohíben algo, y amenazan su desacato con una pena. Sin embargo, Hart no es explícito en cuanto a que la coerción solo existe en las normas primarias, y que en el caso de la promesa de compraventa se puede concluir que la coerción opera también gracias a reglas secundarias –de cambio o de adjudicación– que refuerzan la ejecución de lo prescrito en una regla primaria, y por, tanto la capacidad del derecho para hacerse obedecer no se reduce a este tipo de reglas.

Si bien la coerción no se reduce a las reglas primarias de obligación, es claro que estas manifiestan de manera más notoria la capacidad coercitiva del derecho, ya que no solo imponen los deberes exigibles sino que también prevén las consecuencias que deberían verificarse en el mundo material en caso de que las personas no cumplan con esos deberes. De la observación de que esas reglas coexisten con las reglas secundarias, y de que en la unión de los dos tipos se estructura un ordenamiento jurídico, se derivan conclusiones respecto de las reglas primarias. En el modelo de los mandatos su contenido y operatividad dependen de la voluntad del soberano que, puesto que carece de límites jurídicos, puede prescribir cualquier tipo de orden y condicionar su desobediencia con cualquier tipo de sanción[112]. En ese modelo jurídico la fenomenología de la sanción no es objeto del estudio del derecho[113], y, en consecuencia, se da la paradoja de que aunque el modelo de los mandatos pretenda fundar la noción del derecho en la idea de la coerción, esta aparece en realidad como explicación última del derecho, sobre la cual no se puede

112 Cfr. nota 21.
113 Ídem.

escudriñar porque todas las respuestas dependen de la voluntad del soberano, que no tiene límite jurídico.

En cambio, en la teoría de Hart sucede el fenómeno contrario: parece centrar su atención en la pluralidad de reglas secundarias, y la forma en que estas, en conjunción con las reglas primarias de obligación, originan el ordenamiento jurídico; pero de ese modelo se desprenden conclusiones referentes a la coerción, y, aunque esta no funcione como elemento central del derecho, sí puede ser explicada en los términos de la operatividad del derecho, ya que la utilidad de la teoría de Hart se debe a que formula los problemas del derecho en términos jurídicos sin recurrir a explicaciones externas, como la idea política de soberanía y su capacidad de causar daño a los súbditos, que poco sirven para resolver problemas normativos.

Aunque la coerción no es el elemento central del derecho, su capacidad para exigir el cumplimiento *in invitum* de sus prescripciones es la observación básica sobre la cual se estructura el modelo de la unión de reglas[114]. Las reglas tienen dos funciones principales: prescriben el comportamiento humano en su función conductual o comunicativa, y estructuran el ordenamiento jurídico en tanto elemento que compone ese comportamiento[115]. En cualquiera de esas funciones las reglas operan como límite, bien sea a la libertad del individuo para determinar su conducta, o bien a la extensión del ordenamiento jurídico. Eso quiere decir que el derecho es un orden limitado en el cual los fenómenos que se produzcan como consecuencia de la existencia u operación de determinada regla también son limitados[116].

La coerción es una categoría deontológica que describe la capacidad del derecho para hacerse obedecer y la forma en que se determina esa obediencia. Puesto que el derecho está compuesto por una pluralidad de reglas, la coerción existe como consecuencia de una regla conglobada por el ordenamiento jurídico que, como se ha dicho, es un orden limitado. Por lo tanto, la coerción es una capacidad limitada, al igual que todos los fenómenos jurídicos, y esta es la principal conclusión que se extrae de la teoría de Hart, y que se diferencia sustancialmente de la teoría de los mandatos y las sanciones ilimitadas de Austin.

A su vez, la noción de límite[117] se puede interpretar de dos formas: como línea que separa la coerción de aquello que no lo es, o como fin o término de la coerción.

---

114 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 102.

115 Ibíd., p. 114. Cfr. Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, Eduardo García Máynez (trad.), México, Imprenta Universitaria, 1949, p. 51.

116 Ibíd., pp. 116-117.

117 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, t. II, 22.ª ed., Madrid, Espasa, 2001, p. 1380.

La primera noción se explica por la naturaleza de dicha entidad, es decir, la coerción es una categoría deontológica que describe la capacidad del derecho para hacerse obedecer y, por lo tanto, lo que no se ajuste a los términos de esa definición no es coerción. Pero cuando se menciona el límite de la coerción, se hace referencia a la segunda acepción, como fin o término. En este último sentido, la expresión "límite de la coerción" es similar a la aposición que se hace en las expresiones "tiempo límite" o "situación límite", es decir, el límite de la coerción significa el máximo de represión que puede usar el derecho para hacerse obedecer.

En el capítulo III se analiza con más detenimiento la forma en que se configuran y operan los límites de la coerción[118]. Como conclusión provisional, se puede decir que el derecho no puede exigir la obediencia de cualquier manera, sino solo mediante las formas que determinen las reglas de un ordenamiento jurídico particular, en consideración a los criterios de validez y jerarquía normativa[119]. Cualquier forma de represión que exceda la estructura de un ordenamiento jurídico es improcedente por ausencia de potestad jurídica en su prescripción[120].

Presentados de esa manera, los límites de la coerción son, *prima facie*, una delimitación formal del derecho en la que es posible cualquier represión que se ajuste a la estructura tanto de las reglas primarias de obligación como a las reglas secundarias. Sin embargo, este enfoque permite ver que el aspecto decisivo de la coerción es si la regla que la contiene pertenece o no al ordenamiento jurídico, y esta pertenencia requiere analizar el concepto de validez jurídica, el cual presenta dos aspectos: uno formal y otro material[121].

D. Conclusión

En resumen, del estudio de la teoría del derecho de Hart enfocada en la coerción como característica del derecho se puede concluir:

Primero. La coerción es una característica necesaria, aunque no suficiente, para explicar la existencia y el significado de un ordenamiento jurídico. Esta posición

---

118 Cfr. *infra*, p. 63.

119 Norberto Bobbio. *Teoría general del derecho*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 2016, pp. 164 y ss.

120 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 86.

121 Cfr. Alf Ross. *El concepto de validez y otros ensayos*, 3.ª ed., México, Distribuciones Fontanar, 1997; Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1989, pp. 874 y ss., y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica , *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003.

implica entender el derecho como una entidad compuesta por diferentes características –una de las cuales es la coerción– sin las cuales no puede predicarse la existencia de un ordenamiento jurídico, aunque ninguna considerada individualmente sea suficiente para dar cuenta de la complejidad del derecho.

Segundo. Para Hart el origen del derecho radica en la unión de reglas primarias de obligación y reglas secundarias. Las primeras conforman la estructura normativa de la sociedad en la que se definen los deberes jurídicos, y de su existencia se deriva la presencia de la cualidad del derecho que persigue el cumplimiento *in invitum* de esos deberes, esto es, la coerción.

Tercero. Aunque las reglas primarias contienen los deberes, que en su estructura se pueden asemejar a mandatos respaldados por sanciones, la coerción no se limita a lo prescrito en las reglas primarias o estáticas, sino que también se extiende a la relación entre estas y las reglas secundarias, pues la creación, modificación o extinción de deberes es una calificación jurídica de la realidad que por sí misma es eficaz para que el derecho sea obedecido.

Cuarto. El derecho pretende obediencia a partir de mecanismos coercitivos que se introducen en el ordenamiento jurídico a través de una regla que los contenga. La coerción existe en la misma realidad que el derecho, por lo que es una categoría deontológica. En consecuencia, en estricto sentido la coerción no es igual a la ejecución material de las sanciones, aunque constituya su fundamento normativo.

Quinto. La coerción existe dentro de un ordenamiento jurídico caracterizado por la limitación que le imponen las reglas de las que está compuesto, de manera que si la coerción es una categoría deontológica que impera debido a la operatividad de las reglas jurídicas, ella es posible en la medida en que la composición de un ordenamiento jurídico en particular permite la introducción de mecanismos coercitivos.

III. Kelsen: coacción y normatividad

El filósofo del derecho Hans Kelsen propuso una teoría basada en la distinción kantiana entre el ser y el deber ser según la cual, el derecho es un orden normativo positivo, es decir que existe como categoría deontológica, y se diferencia de otros órdenes normativos, como la moral, en que se da en un sistema jurídico determinado y está dotado de un poder coactivo que se explica socialmente por la validez jurídica de la coerción[122].

El trabajo de Kelsen guarda cierta similitud con el de Austin en la medida en que ambos parten de la apreciación del mismo hecho: el derecho está revestido de una relevancia social que impone sus prescripciones incluso por la fuerza. Esta característica de cumplimiento forzado (cuya ejecución normalmente se da por el monopolio de la fuerza –el Estado–) se le asignaba a determinado tipo de normas –las jurídicas–, que eran las normas positivas. La ciencia del derecho debía centrarse en el estudio de ese tipo de normas, y para empezar le correspondía diferenciar el derecho de otros órdenes normativos no coactivos como la moral o la religión. Por ello, en ambos trabajos existe un proceso de delimitación conceptual, similar al método analítico que, en el caso de Kelsen, y para evitar el sincretismo metodológico, podría llamarse purificación conceptual[123].

Kelsen propuso una teoría general del derecho positivo centrada en la existencia ideal del derecho, mas no en un ordenamiento específico, como una teoría pura, que se debía preguntar lo que era el derecho y no lo que debería ser[124]. Es decir, el estudio del derecho debía entenderse como el estudio del derecho positivo, ya que una teoría pura debía rechazar cualquier representación metafísica del derecho influida por la idea del derecho natural[125].

No obstante, la descripción del derecho como un orden positivo parte de la distinción previa, fundamental para la descripción del derecho, entre el ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*)[126]. Según dicha teoría, si se tiene en cuenta que todo cuanto acaece en la sociedad (entre otros fenómenos, el derecho y la comunicación en general) tiene lugar en un tiempo y un espacio determinado por la naturaleza, entonces

---

122 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 30

123 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, Roberto J. Vergengo (trad.), 9.ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997, p. 15.

124 Ibíd., p. 15.

125 Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 5 y p. 13.

126 Ibíd., p. 38.

el derecho tiene un sustrato natural[127]. Sin embargo, en cada acto social relevante para el derecho cabe distinguir dos elementos: el acto sensiblemente perceptible que forma parte de una realidad espacio-temporal, y la significación jurídica de ese mismo acto, es decir, la calificación que el derecho otorga a esa realidad[128]. A su vez, el sentido de los actos tiene un aspecto subjetivo –el expresado por el agente y entendido por los demás– y otro objetivo –la calificación que el derecho hace de ese acto y su eventual consecuencia jurídica–. En otras palabras: el derecho es relevante no como parte de la naturaleza sino como un fenómeno dotado de significado normativo, es decir, como un deber ser que requiere unas herramientas de análisis que constituyen el método de la ciencia jurídica.

Si la distinción entre el ser y el deber ser fundamenta la noción del derecho como una entidad deontológica, de una naturaleza distinta a los fenómenos del mundo causal, es importante explicar la existencia de una entidad de tal tipo sin incurrir en la falacia naturalista. Kelsen es consciente de ese desafío, y de manera consecuente propone una explicación de la existencia del derecho a partir de la norma fundamental (*Grundnorm*): una noción presupuesta por el conocimiento jurídico que sirve de fundamento para otorgar validez a la primera constitución histórica[129], y a partir de la cual se deriva la validez –es decir, la existencia– de todos los órdenes jurídicos. Lo anterior es coherente, además, con la teoría escalonada del derecho (*Stufentheorie*), según la cual el derecho es un orden compuesto por normas superiores, de las cuales se derivan normas inferiores, y esta relación de dependencia fundamenta la validez de la norma inferior respecto de la superior, a la vez que permite solucionar problemas hermenéuticos[130].

De manera que bajo dichos presupuestos teóricos Kelsen abordó el análisis de la característica coercitiva del derecho en una investigación sobre el concepto de derecho, entendido como un sistema de normas "cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez"[131]. No obstante, para Kelsen el "momento coercitivo" es parte esencial del concepto de derecho[132], ya que para la teoría pura del derecho la lógica que impone la noción de sanción como

---

127 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 16.

128 Ídem.

129 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 63.

130 Ibíd, p. 18. Cfr. José Antonio Ramos Pascua. Op, cit., p. 40.

131 "Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden"; ibíd., pp. 44-45.

132 Ibíd., p. 63.

consecuencia de una prohibición permite explicar el derecho en relación con su capacidad sancionatoria.

A. ¿Qué significa que el derecho sea un "orden normativo coactivo"?

Para Kelsen el derecho existe gracias al presupuesto conceptual de la norma fundamental que –a diferencia de las demás normas– no es una norma positiva sino una noción previa al derecho[133]. Esa norma fundamenta la validez de las normas posteriores que han compuesto los sistemas jurídicos positivos, pero también tiene la cualidad de habilitar la primera norma de sanción[134], a partir de la cual el derecho se presenta como un orden normativo coactivo.

Ya que en la teoría pura el derecho no se estructura a partir de la coacción –un hecho– sino a partir de una categoría metajurídica –la norma fundamental–, es posible explicar teóricamente la existencia de las normas en términos de validez. Dejando de lado las críticas que se le puedan hacer a la teoría de la norma fundamental por su escaso valor científico[135], es importante destacar que para Kelsen la validez y la eficacia de las normas son problemas distintos, y es el primero el que determina la existencia del derecho, con independencia de su ejecución en la realidad social[136]. Esto se debe a que el derecho es un deber ser, y basta con verificar el contenido y la producción de una norma respecto de otra superior que la habilite para declarar que existe en tanto categoría deontológica[137]. Afirmar lo anterior significa declarar que el derecho es un orden de tipo prescriptivo, que no admite criterios de verdad o falsedad, sino que puede ser válido o inválido, de acuerdo con la autoridad legislativa que lo haya creado avalada por una norma habilitante[138]. No obstante, aunque los criterios de validez distinguen el derecho como categoría

---

133 "La norma básica no es formulada mediante un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. A diferencia de la norma jurídica positiva, la norma básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas": Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 120.

134 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 203 y ss.

135 Alf Ross. *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., p. 24; Eugenio Bulygin y Daniel Mendonca. *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 86.

136 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 24.

137 Cfr. nota 131.

138 Cfr. Eugenio Bulygin y Daniel Mendonca. Op, cit., pp. 19-20.

del deber ser, no lo diferencian de otros órdenes normativos, como la moral o la religión, con las cuales, incluso en su contenido, puede compartir las mismas prescripciones –como en el caso del homicidio, que es prohibido igualmente por los órdenes jurídico, moral y religioso.

El criterio esencial del derecho, que lo diferencia de otros órdenes deontológicos, es su cualidad coercitiva. La capacidad del derecho para imponer sus decisiones *in invitum* –contra la voluntad del ejecutado[139]– significa una relevancia social de la que no gozan otros órdenes distintos del derecho, y por lo mismo su definición debe incluir su naturaleza deontológica como su cualidad coercitiva. El derecho es un orden normativo coactivo que estatuye "actos de coacción como sanción, es decir, como reacción contra determinada conducta humana"[140]. Por eso, una vez más, en Kelsen la coerción se entiende como un elemento esencial del derecho.

Esto se explica porque para Kelsen el objeto del derecho son las normas positivas, aunque indirectamente también lo sea el comportamiento humano[141]. Es decir que el derecho es un orden de la conducta humana[142]. Es un orden porque está organizado en forma de sistema a partir de las relaciones entre las distintas normas que lo componen y que tienen unidad en su validez[143], y se refiere a la conducta humana como un acto relevante de acuerdo con el contenido común de las normas jurídicas –referidas a conductas–, aunque también puede aludir a la realidad social o natural[144].

El derecho regula la conducta humana (y la realidad social en general) a través de normas. La noción de norma está en la base de la idea de derecho como entidad del deber ser: una norma es algo que debe ser o producirse[145], y cada norma jurídica particular debe su validez a la cualidad de haberse producido de acuerdo con lo dispuesto en una norma superior[146]. Lo que debe ser es, en categorías deontológicas, lo prohibido, lo ordenado y lo permitido[147]. De esa manera, el derecho funciona

---

139 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 46-47.
140 Ibíd., p. 40.
141 Ibíd., p. 83.
142 Ibíd., p. 44.
143 Ibíd., p. 44-45.
144 A este respecto no es necesario que medie una conducta humana, como cuando el derecho reacciona frente a catástrofes naturales, o en los casos de sistemas jurídicos que se refieren al comportamiento de los animales. Cfr. Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 3.
145 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 18.
146 Ibíd., p. 18.
147 Ídem.

como un orden coactivo: prohíbe, manda o permite conductas humanas, y le asigna a la transgresión de sus prescripciones una sanción[148]. La noción de norma jurídica está ligada a la de deber jurídico ya que, respecto del contenido de las normas, una conducta se entiende como obligatoria cuando el comportamiento contrario a ella está previsto como condición de un acto coactivo (o sanción)[149]. Pero esa condición se debe entender en un sentido normativo como requisito para que *deban* ejecutarse ciertas sanciones, y no como simple amenaza fáctica de que determinado daño *será* causado[150]. Al respecto cabe recordar la aclaración de Ross en el sentido de que las normas jurídicas se refieren a la aplicación de la fuerza (en un sentido prescriptivo) y no simplemente están de hecho respaldadas por la fuerza[151].

1. Coerción, coacción y constreñimiento

La distinción entre las categorías del ser y del deber ser es útil para explicar la relación entre los fenómenos del mundo del deber ser respecto de los fenómenos sociales que ocurren en el tiempo y en el espacio. Esto es lo que Kelsen llama el momento de coacción[152], y es parte esencial del concepto de derecho porque permite distinguir la naturaleza de un hecho social reputado jurídico (la ejecución de una sanción) de otro antijurídico (p. ej., un delito) incluso si ambos hechos tienen la misma apariencia fenoménica, como en el caso de una sentencia de muerte en relación con un homicidio.

Para ello es necesario recordar que la coerción es una característica del derecho que ocurre en un plano deontológico, es decir que existe como una calificación jurídica que el derecho hace de la realidad, y funciona como habilitación para que en el mundo social se ejecuten actos materiales tendientes a realizar el contenido de una prescripción jurídica como, por ejemplo, cuando el derecho prescribe en una decisión judicial que determinado sujeto sea condenado a muerte. Esto quiere decir que en un plano deontológico se individualiza una regla jurídica que prescribe que a determinado sujeto se le *debe* aplicar la pena de muerte y, con fundamento en esa norma particular, en el plano social un sujeto determinado ejecuta dicha sanción, matando en consecuencia al condenado, lo cual desde la perspectiva del

148 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 47.
149 Ibíd., p. 63.
150 Ibíd., p. 57.
151 Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1963, p. 52.
152 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 63.

derecho tiene la connotación de sanción y no de homicidio. El momento de la coacción es un concepto que permite distinguir la relación entre un dispositivo coercitivo contenido en una regla de derecho, y el momento de coacción en el que dicho dispositivo se materializa en la sociedad.

En otras palabras, en el mundo causal pueden concurrir acciones con igual apariencia fenoménica –la reducción de la libertad de una persona o su muerte– que, no obstante, tienen una calificación jurídica distinta[153], lo cual se debe a que pueden ocurrir actos de coacción –avalados por el derecho– o actos de constreñimiento –de limitación o lesión de derechos sin autorización jurídica–. La diferencia entre la coacción y el constreñimiento radica en que la primera representa la actividad de una autoridad respaldada por una norma jurídica en la que se ejecuta el contenido de un dispositivo coercitivo, en tanto que el constreñimiento es la realización de un acto social en contra de la voluntad del sujeto implicado en dicho acto, sin norma jurídica que autorice tal acto de poder, y que por lo tanto suele estar prohibido por el derecho[154]. De manera que la coerción es el fundamento deontológico que reviste a un acto social del significado de acto coactivo y no de constreñimiento.

Por lo tanto, que el derecho sea un orden normativo coactivo significa que, en tanto orden del deber ser, está compuesto por normas que prescriben sanciones, esto es, que contienen dispositivos coercitivos, y que, eventualmente, la coerción normativa puede tener su correlato social en un acto de coacción, en caso de que sea necesario utilizar la fuerza física para ejecutar lo dispuesto por el derecho[155]. El derecho es una entidad deontológica con una relevancia social derivada de la coerción, lo cual significa que ante determinadas situaciones sociales el derecho reacciona con unas consecuencias que normalmente se aprecian como perjudiciales para quien las recibe, es decir, como sanciones que se pueden infligir de manera coactiva[156].

Los conceptos de coerción y coacción se distinguen por su naturaleza (uno es normativo, el otro es causal) pero su relación determina la relevancia social del derecho, el cual es un orden normativo porque su objeto no forma parte del mundo causal, pero su distinción respecto de otros órdenes normativos radica en el momento de la coacción, y por lo tanto no basta con la coacción que se da mediante la persuasión psicológica, porque esta también es ejercida por la moral

---

153 Ibíd., p. 49.

154 Ídem. Es una tendencia del derecho buscar la paz a través de la prohibición del uso de la fuerza, a partir del monopolio de la misma.

155 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 19.

156 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 46-47.

o la religión[157], sino que es necesaria una coacción que exista en el mundo social. "El derecho es un orden coactivo, no en el sentido de que ejerce –o, más correctamente: su representación– coacción psíquica, sino en el sentido en que los bienes económicos y otros, son estatuidos por él como consecuencias de condiciones que él determina"[158].

B. ¿Cómo opera la coerción?

Para Kelsen un sistema social puede provocar la conducta por él prescrita a través de la motivación directa, es decir incondicionada, de lo prescrito, o a través de la motivación indirecta, para la cual asigna consecuencias favorables o desfavorables de acuerdo con la observancia de las reglas jurídicas[159]. En caso de que deban asignarse consecuencias desfavorables a una persona, que comúnmente se conocen como sanciones, estas pueden ser trascendentes (que provienen de una entidad sobrehumana[160]) o socialmente inmanentes, que son aquellas impuestas y ejecutadas por hombres, es decir, las sanciones socialmente organizadas que caracterizan a las comunidades jurídicas[161].

Este tipo de prescripciones –asignación de consecuencias normativas negativas a determinados hechos sociales– son los dispositivos coercitivos que se introducen en el derecho a partir de reglas jurídicas válidas; es decir, son las sanciones socialmente organizadas: reacciones contra el individuo considerado responsable de la conducta prohibida, responsable del acto antijurídico[162]. Tanto el acto antijurídico como la sanción están determinados por el ordenamiento jurídico:

> Tan pronto aparece el acto coactivo estatuido por el orden jurídico como reacción ante una conducta humana determinada por ese orden, el acto coactivo adquiere el carácter de una sanción, y la conducta humana contra la cual se dirige el acto coactivo, el carácter de un comportamiento prohibido, antijurídico, de una transgresión o delito; se trata de la conducta contrapuesta a aquella que debe ser considerada como obligatoria o conforme a derecho, una conducta mediante la cual puede evitarse la

---

157 Ibíd., pp. 48-49.
158 Ídem.
159 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 15-16.
160 Ibíd., p. 21.
161 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 43.
162 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 21.

> aplicación de la sanción. Que el derecho sea un orden coactivo no significa –como a veces suele afirmarse– que pertenezca a la esencia del derecho "constreñir" a la conducta obligatoria, a la conducta exigida por el orden jurídico. Ese comportamiento no es forzado implantando el acto coactivo, puesto que justamente corresponde llevar a cabo el acto coactivo cuando se produce la conducta prohibida, la conducta contraria a derecho, pero no la obligatoria. Justo para ese caso se ha estatuido el acto coactivo que funciona como sanción[163].

A partir de la idea de coerción se completan las demás nociones fundamentales del derecho, pues en la lógica de Kelsen el derecho estatuye sanciones como consecuencia de determinadas situaciones sociales –por lo general, conductas humanas–, de lo cual se deriva que la obligación jurídica consiste en la conducta que evita la imposición de la sanción y viceversa; es decir que el comportamiento antijurídico es la conducta contraria a aquella que evita la sanción: es la conducta prevista como condición de la sanción[164]. En consecuencia, la coerción no significa que el derecho insista en el acto obligatorio, sino que reacciona ante la situación prevista como antijurídica, de acuerdo con el sentido objetivo que le haya asignado a esa situación[165].

Estas consideraciones son relevantes una vez comprobada la existencia de la coerción, lo cual, como se ha señalado[166], es igual a corroborar la existencia del derecho. Dicho de otro modo: la coerción opera en el derecho a través de un dispositivo coercitivo que se introduce a partir de una regla válida, y su funcionamiento ocurre según se relacionan las normas jurídicas que componen un sistema, las cuales pertenecen a un mismo orden ya que derivan su validez de la misma norma fundante[167].

1. El problema de la validez

La calificación de determinada conducta humana como jurídica o antijurídica depende de la identificación del contenido de la coerción, es decir, de conocer lo que el derecho ha estatuido como consecuencia de determinada conducta. Sin embargo,

---

163 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 48.
164 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 61
165 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 58.
166 Cfr. *supra*, p. 57 y ss.
167 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 45.

la pregunta acerca del contenido de la coerción corresponde al dispositivo coercitivo introducido en una regla jurídica, es decir, a la validez de la norma jurídica.

Una norma jurídica es válida cuando ha sido producida de acuerdo con lo previsto por una norma jurídica superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental. Esta norma fundamental es una presuposición necesaria para comprender la actividad legislativa como el cumplimiento de normas constitucionales que facultan "dictar normas generales que estatuyen actos de coacción"[168]. La norma fundante le da validez al sistema jurídico positivo, pero solo se presupone en los órdenes que tienen cierta efectividad[169] como para acatar las condiciones en las que se prescribe que deba darse la coacción.

La validez que la teoría pura deriva de la norma fundamental está ligada a la capacidad sancionadora del derecho:

> Si el derecho es concebido como un orden coactivo, la norma fundante de un orden jurídico estatal reza en su formulación: la coacción entre los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica. La norma fundante delega en la primera constitución histórica el determinar el procedimiento mediante el cual se dictarán las normas que estatuyen actos de coacción[170].

Kelsen entiende por validez "la existencia específica de una norma"[171], que "es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es"[172], por lo cual no es admisible entender las normas como expresión de una voluntad, ya que su existencia es independiente de una actitud psíquica. La existencia de una norma jurídica significa que ha sido producida de acuerdo con los requisitos (de procedimiento, de contenido) necesarios para pertenecer a determinado sistema jurídico, y es norma jurídica en tanto pertenece a ese sistema jurídico y no como norma jurídica dispersa e independiente[173].

Que exista una norma jurídica significa que determinada conducta adquiere la calidad de prohibida, ordenada o permitida[174], de lo cual se deriva que el compor-

---

168 Ibíd., p. 59.
169 Ibíd., p. 60.
170 Ibíd., p. 63.
171 Ibíd., p. 23.
172 Ibíd., p. 24.
173 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 3.
174 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 23.

tamiento debido sea el contrario a aquel previsto como condición de la sanción, y que pueda cotejarse con el comportamiento valorado por el derecho para determinar su juridicidad, de acuerdo con los criterios para subsumir una conducta en lo prescrito por una regla jurídica[175]. El elemento coercitivo del derecho es relevante solo como parte del contenido de una norma jurídica[176].

Para Kelsen, decir que una norma jurídica es válida es igual a declarar su existencia, o a reconocerle "fuerza obligatoria"[177]. Afirmar que la validez equivale a la "existencia específica" de las normas quiere decir que, así como los hechos naturales existen y se presentan en la realidad causal, las normas se presentan en un plano deontológico como prescripciones válidas[178].

Como señalan Bulygin y Mendonca, para la teoría del derecho el término validez comprende dos conceptos: como pertenencia y como obligatoriedad. En el sentido de pertenencia, declarar que una norma jurídica es válida equivale a decir que pertenece a determinado sistema jurídico, y que, en consecuencia, existe. La validez como pertenencia a un sistema supone un juicio descriptivo, mientras que la validez entendida como obligatoriedad es el fundamento del concepto normativo de validez, es decir, de predicar que determinada norma jurídica tiene fuerza vinculante[179]. Ross dijo que en una teoría positivista del derecho solo cabe hablar de un concepto descriptivo de validez[180] puesto que no se puede derivar la obligación de obedecer al derecho como un deber extrajurídico, distinto de los deberes que el mismo derecho positivo ya impone en cada regla particular, en la que prescribe que determinada cosa debe ser o no[181].

Plantear la validez de las normas jurídicas como la forma en que "existen" permite dilucidar otra consecuencia de que el derecho sea un orden relativo al deber ser, a saber: que las normas jurídicas no son verdaderas ni falsas, sino válidas o inválidas[182]. De igual manera, la coerción de un sistema jurídico es una característica del derecho que en término de validez existe o no existe, y como esa característica no trasciende causalmente a la realidad social, sino que tiene un correlato temporal

---

175 Ibíd., p. 20.
176 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., 30.
177 Ibíd., p. 31.
178 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 24.
179 Eugenio Bulygin y Daniel Medonca. Op, cit., p. 84.
180 Alf Ross. *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., p. 24.
181 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 23-24.
182 Ibíd., p. 33. Cfr. nota 138.

que es la coacción[183], basta con verificar su existencia para hablar de la existencia del derecho, independientemente de su eficacia.

En conclusión, una norma solo puede ser válida si se deriva de otra norma que a su vez es válida[184], y la coerción existe en la medida en que sea introducida en el ordenamiento jurídico por una norma que adquiera validez. O sea que la coerción es una realidad dada por el derecho, independiente del sentimiento de justicia o el apego que pueda sentir el sujeto cobijado por la coerción respecto de la norma que la contiene[185]. El ordenamiento jurídico puede prescribir consecuencias jurídicas de cualquier índole, siempre que la regla que las prevea sea válida: el dominio objetivo de validez (la determinación del contenido de las normas) es ilimitado, pues el derecho puede "regular en cualquier sentido la conducta de los hombres sujetos a él"[186].

C. ¿Todas las normas jurídicas son coercitivas?

A diferencia de otros órdenes normativos como la moral, el derecho no suele exigir la conducta prescrita de manera incondicionada, sino que, por el contrario, asigna consecuencias positivas o negativas a las situaciones sociales que regula. Este principio según el cual los comportamientos humanos tienen una consecuencia es conocido como retribución, y es el fundamento de la caracterización del derecho como un orden coactivo[187].

Si se entiende que el derecho es un orden coactivo, esto es, un conjunto de normas que prescriben sanciones como consecuencia de la infracción a un deber jurídico, cabe preguntarse si todo el derecho debe cumplir con la función coercitiva, si todas las normas jurídicas son normas coercitivas, o si la coerción está reservada a determinado tipo de normas dentro de un sistema jurídico. Frente a este problema Kelsen advierte que en distintos ordenamientos jurídicos históricos han existido normas que no estatuyen sanciones, como las normas constitucionales, pero entiende que ese tipo de normas que no prevén ellas mismas una sanción son en realidad "normas no independientes que sólo determinan una condición bajo

183 Ibíd., p. 40.
184 Ibíd., p. 202.
185 Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 55.
186 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 28.
187 Ibíd., p. 39.

las cuales han de dictarse y cumplirse los actos coactivos por otras normas"[188]. Las normas no equivalen a cada disposición que exista dentro de un ordenamiento jurídico, sino más bien a una construcción lógica ligada a la imposición de un acto coactivo prescrito por el ordenamiento jurídico.

Para Kelsen es importante que el concepto de norma incluya la noción de sanción o coerción, ya que solo de esa manera –enlazando el contenido de una norma jurídica con su capacidad sancionatoria– se puede explicar la relevancia social del derecho, pues un orden jurídico que se explique sólo en términos de validez formal, sin referencia a la coerción, en la práctica no se puede diferenciar de la moral o la religión[189]. Esto es consecuente con la opinión de que la coerción existe de la misma manera que las normas que la contienen, a partir de la validez jurídica, y, por lo tanto, referirse a la validez de un orden jurídico en los términos de la teoría pura es igual a hablar de la capacidad coercitiva que de ella se deriva.

1. La norma de sanción originaria

Ya que el derecho es un orden coactivo, las nociones normativas con las que se explica el funcionamiento del derecho deben estar basadas en la comprensión de que lo jurídico implica la coerción, aunque su existencia se deba a los criterios de validez y no al hecho de la coacción. Por ello, las ideas de norma, deber y sanción jurídica se deben explicar a partir de la relación entre la sanción condicionada y el supuesto de hecho condicionante. Pero, dado que las normas jurídicas estatuyen sanciones que deben ser ejecutadas por un sujeto determinado por el ordenamiento jurídico, es preciso considerar la forma en que opera el derecho en la sociedad para comprender la noción de norma jurídica, y si esta es necesariamente coercitiva.

Según Kelsen, la norma jurídica se refiere, cuando menos, a la conducta de dos individuos: el que comete el acto antijurídico y el que debe ejecutar la sanción prescrita[190]. Un individuo está obligado jurídicamente a observar la conducta que evita la sanción; o, dicho de otro modo, el acto antijurídico es la conducta condicionante de la sanción, esto es, la conducta contraria a la conducta obligatoria[191].

---

188 Ibíd., p. 64.
189 Ibíd., p. 66.
190 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 60.
191 Ídem.

Si una persona transgrede el deber jurídico, si se comporta de acuerdo con la condición de la sanción, la norma jurídica prescribe que debe aplicársele una sanción, pero esa sanción debe ser aplicada por otro sujeto diferente de quien ejecutó la conducta inicial. Ello significa que el individuo llamado a aplicar la sanción tendría que estar obligado a ejecutarla, pero, como se ha visto, el deber jurídico consiste en la conducta que evita la sanción, y, por lo tanto, debe existir una norma que condicione la no ejecución de la sanción a otra sanción para que tenga relevancia la primera sanción[192].

El juez –o, para usar una expresión más general, el órgano aplicador del derecho– puede hallarse jurídicamente obligado a ejecutar la sanción –en el sentido en que el sujeto está obligado a abstenerse de la violación, a "obedecer" la norma jurídica– sólo cuando hay otra norma que enlaza una nueva sanción a la no ejecución de la primera. En tal caso hay dos normas distintas: una que estipula que determinado órgano debe ejecutar una sanción contra un sujeto, y otra que obliga a otro órgano a ejecutar una sanción contra el primero, en el supuesto de que la primera sanción no sea impuesta. En relación con la segunda norma, el órgano de la primera no es un "órgano aplicador" del derecho, sino un "sujeto" que obedece o desobedece la ley[193].

Habida cuenta de la complejidad de los sujetos que intervienen en la aplicación de una norma jurídica (un infractor original, un juez al que le corresponde aplicar una sanción al infractor original, y una segunda autoridad que obligue al juez a aplicar esa sanción, so pena de otra sanción), Kelsen ilustra la estructura de una norma jurídica como si fuera una prescripción que contiene dos reglas separadas: una que ordena la conducta debida, y otra que faculta a un segundo individuo para que ejecute una sanción contra el primero. Solo esta última regla, que es la que contiene la sanción, es la norma jurídica relevante, ya que la primera, que prescribe la omisión del acto antijurídico, está incluida en la norma de sanción o norma primaria[194]. La norma primaria de sanción está dirigida al juez, y por lo tanto él es el único sujeto que puede transgredirla[195].

---

192 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 62.
193 Ibíd., p. 61
194 Ibíd., p. 62.
195 Ibíd., p. 63.

En resumen, se pueden distinguir las normas primarias de sanción de las normas secundarias que prescriben el comportamiento deseado o debido. Se debe comprender el acto antijurídico, más como antecedente de la coacción que como inobservancia del deber, pues la norma jurídica genuina es aquella que estipula la sanción, y esta no es transgredida por el acto contrario a la norma secundaria, sino que, por el contrario, es su condición[196].

2. Críticas a la teoría de la norma de sanción

La teoría de la norma primaria de sanción le da consistencia al razonamiento según el cual el derecho es un orden coactivo y las instituciones jurídicas se fundamentan en la imposición de sanciones: el deber jurídico es la conducta por la cual se evita la sanción; el acto antijurídico es la condición de la sanción, y como tal, la conducta contraria a la que constituye el deber jurídico; la norma jurídica genuina es la norma que impone la sanción; la sanción es la consecuencia que el derecho asigna a una situación social (por lo general, indeseada), etc. Bajo esta lógica, la noción norma se debe explicar de acuerdo con el momento de la coacción, y puesto que esta es ejecutada por un sujeto distinto de aquél que ha de ser sancionado, lo consecuente es que la norma jurídica esté dirigida al sujeto llamado a ejecutar su previsión, esto es, al juez. No obstante, esta característica de la teoría ha sido criticada porque plantea que el derecho no está dirigido a la sociedad en general, o a los individuos cuya conducta pretende regular, sino a los jueces, lo cual desconoce el significado de la existencia del derecho en la sociedad[197].

La teoría de la norma de sanción propone que las normas genuinas son órdenes condicionales dirigidas a los funcionarios para que apliquen sanciones. En una versión estricta de dicha teoría los tipos penales (normas de sanción por excelencia) son fragmentos de normas genuinas de sanción que prescriben que el juez, en presencia de la ocurrencia de un delito, debe aplicar la sanción prevista[198]. Sin embargo, plantear que las normas penales en realidad son fragmentos de otras normas que en realidad no están dirigidas a los ciudadanos sino a los jueces, desconoce toda la tradición que le asigna a la pena –en tanto elemento de la norma jurídica– una

196 Ídem.
197 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 45
198 Ídem.

función social dirigida a la sociedad en general, o a los individuos que la deban soportar[199]. Dicho de otro modo, la teoría de la norma de sanción explica la lógica coercitiva que lleva implícita el derecho, pero fracasa en la explicación de la relevancia social –el significado– del derecho como medio de control social[200].

Además, desde la perspectiva del derecho penal, la teoría de la sanción originaria ignora los conceptos de criminalización primaria y secundaria[201]. El derecho prevé determinadas conductas como delitos, y de esa manera previene que las personas que adecúan su conducta al derecho cometan delitos; sin embargo, una vez la persona comete la conducta descrita como típica, el derecho procede a individualizar una sanción como reacción a ese comportamiento, lo cual se conoce como criminalización secundaria. Según esta perspectiva, el derecho tiene un poder comunicativo dirigido a la sociedad y no solo a los jueces, y son estos últimos los que deben imponer las sanciones una vez que se haya transgredido el derecho, o, en términos de Kelsen, una vez se haya constatado la condición de la norma secundaria[202]. En suma, la teoría de la norma de sanción da cuenta de la juridicidad en el contexto de los tribunales, pero plantea problemas para explicar los fenómenos jurídicos que suceden fuera de ellos[203].

Kelsen advierte esta dificultad teórica y admite que, aunque la norma jurídica genuina sea la norma de sanción dirigida al funcionario judicial, existe una conexión entre la obediencia de los particulares y la sanción jurídica, pues "si una norma jurídica es permanentemente desobedecida por los particulares, probablemente dejará de ser aplicada también por los órganos del Estado"[204]. En otras palabras, aunque la eficacia del derecho consiste en la aplicación de la sanción por el funcionario respectivo, de manera indirecta los particulares deben obedecer el derecho[205].

Lo anterior deja claro el papel de la coerción en la definición de la norma jurídica: es coercitiva en su esencia, a tal punto que Kelsen entiende que la norma de sanción es

---

199 Cfr. Heiko Lesch. *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

200 Kelsen acepta que el derecho es un medio de control social y que la forma en que lleva a cabo ese control es por medio de la coacción. Las críticas planteadas en este aparte deben entenderse dirigidas sólo a la teoría de la norma de sanción originaria y no al planteamiento general de Kelsen.

201 Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni et. al. *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 7 y ss.

202 H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*, cit., p. 49.

203 Ibíd., p. 50.

204 Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 63.

205 Ídem.

la única norma jurídica genuina[206], pero no niega el carácter jurídico de los distintos tipos de normas que no prevén ellas mismas una sanción, como aquellas que Hart denomina normas que confieren facultades, por ejemplo, las que prescriben las formas para otorgar un testamento válido o para celebrar un contrato que, aunque de manera independiente no pueden reproducir el significado del derecho en tanto orden coactivo, son dependientes de las normas de sanción[207]. Esta dependencia radica en la forma en que las normas –sea que impongan deberes o que otorguen facultades– se aplican mediante una norma de sanción que prescribe que determinada persona debe aplicar la sanción. Las primeras están ligadas a las segundas en tanto constituyen el antecedente para aplicar la sanción prevista en la segunda[208].

El derecho tiene por objeto las normas jurídicas positivas, y, de manera indirecta, la conducta humana[209]. Aunque el derecho es un orden del deber ser, aspira a influir en la conducta humana a través de la motivación indirecta que representan las sanciones. Esta característica refleja la forma en que el derecho funciona en la sociedad: prescribe conductas *in invitum* que se pueden ejecutar contra la voluntad del obligado, incluso con el uso de la fuerza. Desde esa perspectiva –en términos de Isaiah Berlin– el derecho es un ejercicio de libertad positiva: se trata de lograr que los demás hagan o sean lo que el derecho dice[210] a partir de la regulación coactiva del comportamiento humano. Aquí el derecho encuentra un obstáculo práctico, pues los fines humanos son todos iguales[211], y por ello requiere unificar las conductas de acuerdo con una prescripción general. Como afirma Kelsen, "desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses"[212], y frente a esa realidad la función del derecho es resolver los conflictos humanos a partir de la imposición de las prescripciones jurídicas.

D. Conclusiones

La teoría jurídica de Kelsen explica el significado del derecho a partir de su capacidad para disciplinar coactivamente la conducta humana, aunque la noción misma de

---

206 Cfr. nota 195.
207 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 62.
208 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 67.
209 Ibíd., p. 83.
210 Isaiah Berlin. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, pp. 231 y ss.
211 Ibíd., p. 279.
212 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 14

derecho se estructure sobre la idea de norma fundamental. Este recurso le permite dar cuenta de la normatividad del derecho en tanto sistema de normas, a la vez que explica su relevancia social a través de la coacción.

La distinción entre las categorías del ser y del deber ser es el núcleo metodológico de la teoría de Kelsen. Gracias a ella la teoría pura puede centrarse en las normas en tanto entidades deontológicas, y dejar de lado los aspectos causales, sin que ello implique desconocer que el derecho es un conjunto de normas impuestas en la sociedad, y desde esa perspectiva, es un hecho social.

De lo anterior se desprende la diferencia entre coerción y coacción, según la cual la primera es una característica del derecho que existe en la misma realidad de este y le permite calificar la realidad social, mientras que la segunda es el reflejo (no causal, y en todo caso contingente) de la coerción en la realidad material. La coacción es dependiente de una previsión coercitiva que indique lo que debería suceder en el plano real, y esta previsión se configura mediante los criterios de validez que le dan existencia a las normas jurídicas.

En conclusión, el derecho es un orden normativo que se distingue por la imposición coactiva de sus prescripciones, y para ello prevé sanciones como consecuencia de situaciones sociales relevantes. Si bien no todas las reglas jurídicas contienen sanciones, estas explican el carácter coercitivo del derecho, es decir, su relevancia práctica. Por lo mismo, las reglas que no contienen sanciones se pueden entender como normas dependientes de las normas de sanción, aunque su consideración como normas independientes no resta importancia al carácter coercitivo del derecho, que si bien no debe estar contenido en cada fragmento del derecho (en cada norma secundaria), sí es una característica inmanente a la relevancia práctica del sistema jurídico[213].

213 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 70.

IV. ¿Qué es la coerción?

Habiendo visto los presupuestos teóricos de un concepto de derecho estructurado a partir de su capacidad sancionatoria, es necesario precisar la coerción y delimitar su función dentro de la noción de derecho. Como se ha dicho, el derecho es un orden normativo cuya relevancia social está marcada por la capacidad de imponer sus prescripciones a las personas, incluso bajo el uso de la fuerza. No obstante, la ejecución causal del contenido de una prescripción jurídica es un fenómeno independiente del derecho y, por tanto, ocurre en una realidad causal distinta de la realidad normativa en la que existen las reglas jurídicas. Pero la ejecución de una sanción –que se ha denominado coacción– guarda una relación directa con la prescripción que la avala, en el sentido de que la norma sancionatoria es el fundamento de la ejecución material de la sanción, y esa es la razón por la cual la conducta de ejecutar una sanción es jurídica a pesar de que menoscabe los derechos o intereses de la persona ejecutada.

El fenómeno jurídico que representa la imputación normativa de una consecuencia a determinada situación social es la coerción, y es el fundamento del momento coactivo que se desencadena en la realidad causal[214]. La coerción es la característica del derecho que le permite calificar y asignar consecuencias jurídicas a la realidad social, y para ello introduce dispositivos coercitivos en las normas que componen el sistema jurídico. De tal manera que la coerción es una categoría normativa porque la calificación de la realidad o la asignación de consecuencias ocurre en un plano deontológico, y tiene su correlato –la coacción– en el mundo causal, aunque la falta de ejecución material de una sanción jurídica no descarta la coerción, de la misma manera en que la falta de eficacia de una norma jurídica no desvirtúa su validez[215].

Los dispositivos coercitivos son la determinación de la calificación y consecuencia jurídica que le corresponde a determinada situación social, y generalmente están representados por sanciones, que en materia criminal son llamadas penas. Sin embargo, la sanción significa una consecuencia jurídica de un acto antijurídico, y puede haber dispositivos coercitivos que no estén antecedidos por una conducta antijurídica (o contraria al deber jurídico), sino que respondan a situaciones

---

214 Ibíd., p. 63; Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 30.
215 Cfr. nota 136.

sociales indeseadas por el derecho[216], como ha ocurrido en sistemas jurídicos de regímenes políticos totalitarios, en los cuales el derecho prevé consecuencias como la privación de la vida o la libertad de personas que, no obstante, no han cometido una conducta previa que se pueda calificar como antijurídica. Tal es el caso, por ejemplo, de las personas que, con el respaldo de reglas jurídicas coercitivas, han sido desaparecidas en razón de su etnia.

Que la coerción exista como categoría deontológica significa que el derecho es un orden relativo al uso de la fuerza, más que respaldado de hecho por la fuerza[217]. El derecho no es un fenómeno causal y, por tanto, la forma en la que opera (la forma en que internamente asigna consecuencias) no puede ser explicada causalmente por los fenómenos coactivos. Esto quiere decir que la coerción es parte de la realidad normativa que conforma el concepto de derecho, lo cual se concluye tanto por la explicación de la naturaleza deontológica de la coerción, como por el hecho de que la coerción es una característica presente en todos los sistemas jurídicos, a partir de la cual se puede explicar la juridicidad en términos de sanciones.

La relevancia de la teoría de Kelsen radica en que arroja suficiente luz sobre el aspecto coercitivo del derecho, a tal punto que lo califica como elemento esencial del concepto, pero no incurre en la simplificación de explicar la existencia del derecho a partir de los actos coactivos. En su lugar Kelsen recurre, como recurso metodológico, a la noción de norma fundamental, de la cual todas las normas positivas derivan su validez (su existencia), de la misma manera en que Hart estructura la noción de sistema jurídico sobre la idea de la regla de reconocimiento[218]. En ambos enfoques del concepto de derecho la juridicidad se explica por criterios distintos de la coacción, ya sea por criterios de validez o de identificación del derecho vigente. No obstante, ambas teorías acogen la coerción como una característica propia y distintiva del sistema jurídico, aunque no sea su fundamento de existencia.

El argumento para rechazar que la coerción es un elemento esencial del derecho es que no es una propiedad necesaria y suficiente para su existencia[219]. Sin embargo, enfocar la importancia de la coerción a partir de su capacidad para constituir un ordenamiento jurídico es un error, porque ignora la naturaleza misma de la coerción como categoría deontológica ínsita en el derecho. Desde luego, la coerción

---

216 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 53-54.

217 Cfr. nota 151.

218 José Antonio Ramos Pascua. Op, cit., p. 35.

219 Frederick Schauer. "Necesidad, importancia y naturaleza del derecho", en Jordi Ferrer Beltrán et. al. Op, cit., p. 50.

no puede existir por fuera del derecho, ya que es una característica de los ordenamientos normativos con capacidad coactiva, y, por lo tanto, para existir requiere que el derecho que la contenga se constituya en sistema jurídico. Pero, visto al revés, el derecho es un orden normativo irrelevante si se prescinde de la coerción para entender su significado y su relevancia práctica. De tal manera que el derecho y la coerción son dos conceptos inescindibles, en el entendido de que el primero significa en tanto contiene al segundo, mientras que el segundo existe únicamente dentro de un sistema jurídico. Dicho de otro modo: la coerción no es un elemento constitutivo del derecho, sino al revés: la coerción existe porque se ha constituido un sistema jurídico, el cual adquiere relevancia social gracias a la coerción.

Como afirma Kelsen, el rasgo común entre el derecho de distintos pueblos en diferentes épocas es la "técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario"[220]. Desde esa perspectiva, la coerción es la consecuencia de la existencia del derecho, de la misma manera en que el derecho, una vez constituido como sistema jurídico, no puede dejar de ser coercitivo. Si un elemento esencial de un concepto es aquel necesario y universal, presente en todas las representaciones posibles del concepto[221], entonces la coerción es un elemento esencial del derecho, esencial en el sentido de que pertenece al concepto en todo tiempo y lugar, aunque no como concepto constitutivo sino como concepto consecuencial[222].

---

220 Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 20.

221 Juan Carlos Bayón. *¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?*, en Jordi Ferrer Beltrán et. al. Op, cit., p. 19.

222 Por elemento consecuencial debe entenderse aquella característica que tiene como antecedente la configuración de otro concepto (en este caso, el antecedente de la coerción es la estructuración de un sistema jurídico), pero surge de manera inherente a su antecedente. No significa que haya un espacio temporal o causal entre ambos conceptos, sino que uno es inmanente al otro.

Conclusiones

En este trabajo se ha indagado por la noción de coerción y su papel en la definición del concepto de derecho. La pregunta principal es qué significa la existencia de la coerción y cómo ocurre este fenómeno en el derecho. Como desarrollo se han expuesto tres teorías que parten de la observación de que el derecho ordena el comportamiento humano de manera coercitiva, esto es, que impone sus prescripciones, incluso contra la voluntad de los sujetos, para lo cual recurre normalmente a la provisión de sanciones. Cada teoría parte de la misma observación, pero la importancia que le asignan a este hecho varía de cara a la estructuración de una teoría del derecho, a tal punto que dos de ellas –las de Austin y Kelsen– entienden que la coerción es un elemento esencial del concepto de derecho, mientras que Hart rechaza tal cualidad.

Austin entiende que el objeto del derecho es el estudio de las normas positivas, las cuales adquieren su nombre por el hecho de ser impuestas, es decir, porque provienen de superiores políticos con el poder de infligir un mal en caso de que sean infringidas. Estas normas son mandatos emitidos por un soberano y dirigidos a los súbditos, y se caracterizan por expresar el deseo de que alguien se comporte de determinada manera, y amenazan con la imposición de un mal a la conducta que desatienda la prescripción. Según esta teoría, el derecho es un conjunto de mandatos respaldados por sanciones, y la explicación de la existencia del derecho se reduce a la preeminencia del soberano que le permite sancionar a los súbditos. La debilidad de este planteamiento es que deriva el derecho de un hecho –la capacidad de imponer sanciones–, lo cual implica la falacia naturalista. Además, la teoría de Austin reduce el derecho al fenómeno social que se da en el contexto político descrito por él, es decir, al modelo de Estado de las monarquías decimonónicas, que se fundamenta en un concepto de soberano sin limitaciones jurídicas que no es coherente para explicar la relación que plantean los mandatos, ni puede dar cuenta de la normatividad del derecho. Además, si el objeto del derecho son las normas positivas –mandatos respaldados por sanciones–, todas las normas que no cumplan con la condición de contener una sanción que amenace la desatención del contenido del mandato no podrían reputarse como jurídicas, a pesar de que el mismo Austin admite que las normas imperfectas –mandatos emitidos por el legislador que no están respaldados por sanciones– son una excepción al concepto de mandato, y, por lo tanto, son también objeto del derecho. A pesar de estas críticas, la teoría de Austin tiene el mérito de proponer un concepto de derecho positivo y centrarse en su desarrollo, ligado a la característica coercitiva del derecho.

El trabajo de Hart es, en gran medida, una reacción frente a la teoría austiniana de los mandatos coactivos. Según él, el derecho es un conjunto de reglas que pueden tener distintas estructuras, razón por la cual no es posible unificar todas las normas jurídicas bajo la idea de mandatos respaldados por sanciones. El derecho contiene reglas primarias, es decir, reglas que imponen deberes, y otras que confieren potestades, y ambas tienen una estructura y una función social distintas. No obstante, el derecho es un conjunto sistematizado de reglas, del tipo que constituye un ordenamiento jurídico, y no solo un cúmulo de reglas dispersas. Para llegar a la noción de sistema jurídico es necesario que las reglas primarias se relacionen con otro tipo de reglas –secundarias– que se refieren a la creación, modificación o extinción de las reglas que imponen deberes o confieren potestades, esto es, las reglas de reconocimiento, cambio o adjudicación. El derecho existe gracias a la unión de estos distintos tipos de reglas, y la coerción –que se explicita principalmente en las reglas que imponen deberes– es, en sentido estricto, un fenómeno social distinto del derecho, razón por la cual no puede ser un elemento esencial del concepto de derecho, pues este existe de manera independiente del acto de coacción. Sin embargo, la teoría de Hart no significa un rechazo a la característica coercitiva del derecho –observación de la cual parte la teoría–, sino que centra su énfasis en la forma en que se constituyen los sistemas jurídicos, ya que su preocupación es dar cuenta de la normatividad del derecho, es decir, de la forma en que existe como entidad deontológica, y no del hecho de que sea socialmente coactivo. La proposición de que el derecho existe con la unión de reglas primarias y secundarias permite identificar, en la dinámica interna de los sistemas jurídicos, la necesidad del derecho para asegurar su continuidad a partir de calificaciones normativas de la realidad, es decir, por medio de un fenómeno que ocurre en el plano normativo y que consiste en articular la imposición de deberes a partir de la asignación de consecuencias jurídicas que pueden revestir la forma de sanciones dirigidas a los individuos, aunque estrictamente significa la determinación de una regla jurídica que prescribe una consecuencia, y no necesariamente la aplicación de esa consecuencia en la sociedad. En estos términos el derecho es inmanentemente coercitivo, aunque independiente del fenómeno social que supone la aplicación de sanciones, que para Hart significa la coerción, aunque, como se ha expuesto, se refiere en realidad al fenómeno causal de la coacción y no a la categoría deontológica de la coerción.

Por su carácter coactivo en la sociedad, y por su importancia en la configuración de un sistema normativo, el derecho fue abordado por Kelsen sobre la base de la distinción entre las categorías del ser, que se relacionan por medio de la causalidad, y las del deber ser, para las cuales rige el principio de imputación. El derecho es un

fenómeno del deber ser que existe por criterios de validez que permiten introducir reglas en un sistema jurídico. La forma en que las normas existen configura su validez, que se diferencia de su constatación en la sociedad –la eficacia–, lo que supone un juicio descriptivo y no prescriptivo. Si bien esas son las condiciones para la producción del derecho, este es un ordenamiento coercitivo de la conducta humana, es decir que prevé la imposición de sus prescripciones incluso contra la voluntad de la persona ejecutada. Por ese motivo el derecho es un orden normativo coactivo, esto es que las normas jurídicas son aquellas que prevén sanciones, o, dicho de otro modo, que autorizan la aplicación de una sanción. Estos dos problemas, la existencia del derecho en términos de validez y su carácter coercitivo, los desarrolla Kelsen en su teoría de las nociones de norma, deber jurídico y sanción, de tal manera que afirmar la existencia del derecho es referirse a la validez de las normas jurídicas, aunque su comprensión implica la provisión de sanciones, pues solo de esa manera el derecho es socialmente relevante. Es decir que Kelsen logra conciliar los dos principales problemas del concepto de derecho porque distingue su naturaleza deontológica de la ejecución causal de las prescripciones jurídicas –la coacción–, que, en tanto categoría del ser, es independiente de la existencia del derecho, pero lo dota de relevancia práctica.

Las tres teorías expuestas coinciden en admitir que el derecho es un orden coercitivo, y como argumento práctico aceptan, también, que todos los sistemas jurídicos reales han ordenado la conducta humana a partir de la imposición de sanciones. Es decir que la coerción es un fenómeno que siempre ha estado presente en la realidad de los sistemas jurídicos, aunque ella misma es incapaz de dar cuenta de la existencia o normatividad del derecho. Esto se debe a que la coerción es un concepto constante en el derecho, pero no es su antecedente ni el criterio para la configuración de los sistemas jurídicos. Por el contrario, la coerción es un elemento necesario para explicar el significado –social– del derecho, pero existe debido a que hay un sistema normativo constituido, o, en otros términos, la coerción es un elemento consecuencial al derecho, es decir, esencial, aunque no constitutivo.

La coerción es una característica distintiva del derecho, es decir que existe, al igual que este, como categoría deontológica, pero su existencia es lo que diferencia el derecho de otros órdenes deontológicos como la religión o la moral. Como característica del derecho, la coerción es el atributo que le permite calificar la realidad y asignar consecuencias jurídicas, lo cual ocurre en un plano normativo y funciona como antecedente –mas no causa– de la ejecución fáctica de las sanciones, esto es, de la coacción. Para ello, la coerción se concreta en dispositivos coercitivos –calificaciones jurídicas, consecuencias jurídicas o simplemente sanciones– que se

introducen en el sistema jurídico por medio de la validez de las normas que los contienen, y, en esa medida, su límite consiste en la validez –esto es, la existencia– de las normas jurídicas.

De acuerdo con lo anterior, la relación entre el derecho y la fuerza implica una idea más sutil que la afirmación de Ross de que el primero se refiere a la aplicación de la segunda. El mundo prejurídico está ordenado por la fuerza, es decir que en los grupos humanos la organización social se fundamenta en el poder físico de los individuos más fuertes. La configuración de un sistema jurídico significa que la fuerza pierde su capacidad ordenadora, y en su lugar son las reglas jurídicas las que funcionan como razón de la regulación de la conducta humana. La capacidad ordenadora del derecho se deriva de su validez, pero puesto que la forma en la que operan las reglas jurídicas es mediante la previsión normativa de sanciones, la obligación jurídica consiste en la existencia de una norma coercitiva válida que pueda ser aplicada en el momento de coacción, y no en la simple amenaza de un daño eventual.

Bibliografía

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2003.

Austin, John. *El objeto de la jurisprudencia* Juan Ramón de Páramo Argüelles (trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Austin, John. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Felipe González Vicen (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

Binding, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, tt. i y ii, Leipzig, 1872.

Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 2016.

Eugenio Bulygin y Daniel Mendonca. *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Bunge, Mario. *Epistemología*, 4.ª ed., México, Siglo xxi Editores, 2004.

Dennett, Daniel. *La conciencia explicada: una teoría interdisciplinaria*, Madrid, Paidós, 1995.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1989.

Ferrer Beltrán, Jordi; José Juan Morese y Diego M. Papayannis (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Hart, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, 3.ª ed. Genaro R. Carrió (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015.

Hohfeld, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3.ª ed., Genaro R. Carrió (trad.), México, Distribuciones Fontamara, 1995.

Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, Eduardo García Máynez(trad.), México, Imprenta Universitaria, 1949.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, Roberto J. Vergengo (trad.), 9.ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997.

Lesch, Heiko. *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1998.

Ramos Pascua, José Antonio. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989.

Raz, Joseph. *Entre la autoridad y la interpretación*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, t. ii, 22.ª ed., Madrid, Espasa, 2001.

Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, 3.ª ed., México, Distribuciones Fontanar, 1997.

Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1963.

Saussure, Ferdinand de. *Curso de lingüística general*, 3.ª ed., México, Editorial Fontamara, 2011.

Schauer, Frederick. *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.

Summer Maine, Henry. *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, París, Ernest Thorin, 1884.

Von Hirsch, Andrew. *Censurar y castigar*, Elena Larrauri (trad.), Madrid, Editorial Trotta, 1993.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Skolar. *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en diciembre de 2018

Se compuso en caracteres Adobe Garamond de 11,5 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem