

SOBRE LA FUNCIÓN PROMOCIONAL DEL DERECHO

Roberto Lara Chagoyán*

En términos sencillos podríamos decir que la función promocional del Derecho consiste en la motivación de ciertos comportamientos mediante el establecimiento de sanciones positivas (premios) y otro tipo de medidas (como las ventajas económicas, las facilitaciones, los incentivos, etc.). Abordar este tema descubre una parte del rostro del Derecho que no había sido apenas tomada en cuenta por los teóricos; una parte que resulta interesante no sólo por la novedad misma que supone, sino porque ofrece una visión sociológica del fenómeno de la sanción; una visión que presenta a la sanción no sólo como respuesta a las conductas *no queridas* sino también a las conductas *queridas* por el Estado.

El propósito de este trabajo es ofrecer una posible clasificación con la que se puedan distinguir las diferentes medidas promocionales del Derecho. Simplemente se trata de mostrar un mapa conceptual que pueda indicarnos dónde empieza y dónde termina, por un lado, la función promocional del Derecho en general, y, por otro, donde empiezan y dónde terminan cada una de las medidas que son empleadas por dicha función.

Debo advertir que este estudio no pretende agotar todo lo que puede dar de sí el tema; apenas pretende enfocar algunos conceptos jurídicos que se perciben todavía vagos para la teoría del Derecho contemporánea. Dejo fuera los análisis empíricos de tipo sociológico, o reflexiones de carácter filosófico-político o ético.

Dividiré este estudio en dos apartados: el primero de ellos estará dedicado a determinar qué es la función promocional del Derecho, y el segundo se referirá al análisis conceptual de las distintas técnicas promocionales que se proponen.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. Actualmente, Profesor de Tiempo del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Santa Fe, Ciudad de México.

1. ¿Qué es la función promocional del derecho?

Para responder a esta pregunta he distinguido distintos factores que, a mi parecer, han contribuido a que los estudiosos desvíen su mirada a la función promocional del Derecho. Estos factores son:

- a) La entrada en crisis de las teorías tradicionales
 - b) El incremento de las normas de organización
 - c) El germen de un enfoque funcional en las tesis de Kelsen
 - d) Las ventajas que representa la función promocional sobre la función represiva
- Veamos uno a uno estos factores

a) La entrada en crisis de las teorías tradicionales

La función promocional del Derecho se estudia, como es obvio, dentro del enfoque funcional o sociológico del Derecho, distinto, como se sabe, de los enfoques estructural o normativo y valorativo o axiológico. Este enfoque, empero, no ha estado presente todo el tiempo en la teoría del Derecho, a pesar de que históricamente se ha distinguido entre técnicas de alentamiento y las técnicas de desalentamiento. Lo cierto es que las técnicas de desalentamiento han sido consideradas como más eficaces y más genuinas técnicas de control social. Al respecto, Kelsen señalaba que prácticamente todos los tipos de sanciones envuelven una idea de retribución que abarca premios y castigos, pero advierte que los castigos han desempeñado un papel más importante. Como dato empírico destaca la representación del infierno, como lugar de castigo mucho más “vivaz” que la “vaga” imagen del cielo¹.

El llamado Estado social ha sido asociado por los estudiosos con el empleo de técnicas de alentamiento junto a, o en sustitución de, las técnicas tradicionales de desalentamiento (asociadas éstas con el Estado liberal clásico). En efecto, las más conocidas teorías tradicionales del Derecho han utilizado como único elemento motivador a las sanciones negativas. Estas teorías tradicionales han considerado al Derecho exclusivamente, o bien, desde su función *protectora*, o bien, desde su función *represiva*², ambas, repito, se han servido de las sanciones negativas para lograr su objetivo.

1 Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1993, p. 40, KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, p. 141

2 Cfr. BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, pp. 371-372. Cabe señalar que, para desarrollar este artículo, Bobbio toma como hilo conductor el siguiente argumento de G. Carrió: A propósito del concepto de obligación, gran parte de la teoría general del Derecho europea —decía el argentino— es prisionera de un concepto de Derecho que presupone la “imagen simplista del Estado como organismo que dicta las leyes del juego y proporciona un *referé*”. Los efectos principales de esa imagen estatal son, según Carrió, a) que el concepto de obligación tiene primacía y b) la explicación de la obligación en términos de sanción y de coacción. El “Estado Gendarme” que así resulta utiliza técnicas limitadas que prosiguen finalidades también limitadas. Por otro lado, sigue Carrió, se ha experimentado una transformación hacia el «Estado del Bienestar» (*Welfare State*) en el que los órganos

Para este tipo de teorías, el Derecho se caracteriza por el hecho de obtener su propio fin a través de la emisión de *mandatos negativos* (prohibiciones). El Derecho no es más que un conjunto de normas negativas que tienen que serlo para distinguirse de otro tipo de normas como las de la moral individual y las de la moral social. No es sorprendente que algunos autores, como Bobbio, hayan calificado no sólo de reduccionistas esta tesis, sino también de manifiestamente falsas.

Según estas tesis la función del Derecho debía ser eminentemente protectora porque ello significaba el paso del estado de naturaleza (un estado continuamente amenazado por la guerra universal) al estado civil (un estado de paz), entonces el Derecho debía tener el fin de evitar el mayor mal para la humanidad: la guerra, y garantizar el bien menor: la paz. Las sanciones negativas cumplían aquí un papel central en la garantía de la paz. El error de estas tesis fue, a decir de Bobbio, presentar una teoría del Derecho como una determinación filosófica de la esencia del Derecho, lo que en realidad era un ideal político. Describió no lo que el Derecho es sino lo que debería ser³.

b) El incremento de las Normas de Organización

A decir de Bobbio, las dos concepciones tradicionales del Derecho (la protectora y la represiva) son “como vestidos que se han quedado demasiado estrechos para un cuerpo inesperadamente crecido”⁴. Esto se debe, según el profesor turinense, al aumento que ha experimentado la intervención del poder político en la esfera de los intereses económicos. Según el autor, esta “pérdida de equilibrio conceptual” que ha experimentado la teoría del Derecho no se puede reparar construyendo apresuradamente otros modelos inspirados en el criterio de reducir a un solo elemento esencial los elementos que identifican al Derecho, pues se podría caer en el carácter ideológico que todo reduccionismo encierra. Lo cual es, desde el punto de vista analítico, una aberración⁵.

El modelo liberal de F. A. Hayek es el único en su tipo admitido por Bobbio, en el sentido que incluye tesis de la función promocional del Derecho. Hayek ha interpretado el contraste entre Estado liberal y Estado asistencial no recorriendo el camino más fácil (contraponer a un sistema sólo de normas negativas o sólo de sanciones negativas un sistema sólo de normas positivas o sólo de sanciones positivas) sino acudiendo a la distinción entre *normas de conducta* y *normas de organización*. Según Hayek, la progresiva sustitución de

públicos persiguen nuevos fines a través de nuevas técnicas de control social distintas de las tradicionales. Cfr. CARRÍO, Genaro, *Sobre el concepto de deber jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 43, 54 y 48.

3 Cfr. BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., p. 373.

4 BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., p. 377.

5 *Ibidem*, p. 378. La frase “pérdida del equilibrio conceptual” es original de P. F. Strawson: véase STRAWSON, P. F., “Analyse, Science et Métaphysique”, en *La Philosophie Analytique*, Paris, 1962, p. 113. Véase también CARRÍO, Genaro, *Sobre el concepto de deber jurídico*, op. cit., pp. 41-42.

las normas de conducta por las normas de organización es una de las principales maneras en las que se ha verificado la destrucción del orden liberal. Lo que quiere decir es que mientras el Estado liberal clásico se reflejaba en un ordenamiento jurídico compuesto predominantemente por normas de conducta (primarias), el Estado asistencial contemporáneo tiene su reflejo en un ordenamiento jurídico compuesto predominantemente de normas de organización (secundarias)⁶. Bobbio señala que contra ese modelo hayekiano cabe hacer dos objeciones: a) Ante todo, como no hay ordenamiento jurídico sin normas positivas, tampoco hay ordenamiento jurídico sin normas de organización (incluyendo en correspondiente a un Estado liberal). De hecho, continúa Bobbio, en los últimos tiempos (él escribe esto en 1969) ha tenido gran difusión una teoría según la cual un ordenamiento jurídico se distingue de otros ordenamientos normativos justamente por la presencia de normas de organización (secundarias). Por otro lado, ningún ordenamiento coactivo puede prescindir de normas de organización. b) La teoría de Hayek deja entrever juicios de valor subyacentes y, por tanto, su intención ideológica: “Respecto a los valores de un escritor —escribe Bobbio— tan tenazmente cercano de los principios del liberalismo clásico como Hayek, las normas de organización representan otras tantas e inútiles redes echadas con el objeto de encadenar la libertad individual y, por tanto, deben ser juzgadas como portadoras de un valor negativo”⁷.

Por otro lado, el aumento de las normas de organización que caracteriza al Estado contemporáneo —dice Bobbio— no pone en crisis necesariamente la imagen tradicional del Derecho como ordenamiento protector represivo. En cambio, el creciente uso de las técnicas de alentamiento sí que pone en crisis la imagen tradicional del Derecho. La nueva imagen que va tomando el Derecho con la puesta en práctica de esas técnicas es la de un ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional. En las constituciones de los estados postliberales la función principal es “promover”, “alentar”, mientras que en las constituciones liberales clásicas la función esencial es la de “tutelar” o “garantizar”⁸.

c) El germen de un enfoque funcional en las tesis de Kelsen

Otro antecedente de la función promocional del Derecho puede ser, me parece, la simiente teórica funcional que Bobbio encuentra en las tesis kelsenianas. Bobbio buscó en éstas una mínima preocupación del profesor vienés por las cuestiones funcionales y llegó a las siguientes conclusiones: 1) revisando detenidamente la obra de Kelsen, puede verse que no es verdad que el Derecho sea sólo un medio, sino que tiene un fin específico; 2) aun y cuando Kelsen insistió en la pureza metodológica, el concepto de

6 Véase HAYEK, F. A. “The Principles of a Liberal Social Order”, en *Il politico*, XXXI, 1996, p. 609. También, BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit. p. 378.

7 BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit. p. 379.

8 *Ibidem*, pp. 379-380. Bobbio hace un repaso de algunos artículos de la constitución italiana donde aparece frecuentemente el verbo “promover”; para ello utiliza la siguiente fuente: PREDRIERI, A., *Planificazione e costituzione*. Edizione di Comunità, Milán, 1963, pp. 204-213.

sanción (núcleo de la estructura del Derecho) había sido definido desde un punto de vista funcional; y 3) la sanción positiva es compatible con la estructura de la norma kelseniana. Veámoslo más de cerca.

1. Bobbio parte de la conocida tesis kelseniana de que el Derecho es una técnica específica de organización social. La especificidad radica en el uso de los medios coercitivos para inducir a los miembros del grupo social a hacer o dejar de hacer algo. A decir de Bobbio, lo que caracteriza a esta teoría funcional del Derecho y la distingue de otras es que expresa una concepción meramente instrumental del Derecho. El Derecho, para Kelsen, no persigue un determinado *fin*, sino que sólo es un *medio* para alcanzar fines variados: en cuanto a medio, tiene la función de permitir el logro de aquellos fines que no pueden ser alcanzados mediante otras formas de control social⁹.

Bobbio señala que Kelsen no permaneció siempre fiel a la concepción instrumental del Derecho. En 1945 señalaba en la *Teoría General del Derecho y del Estado* que el Derecho sí que tenía un fin: el orden o la paz social¹⁰. Es decir, que, a pesar de todos los prejuicios antiteleológicos y a pesar de las reiteradas declaraciones en el sentido de que el Derecho es un medio y no un fin, Kelsen hace un guiño a la concepción teleológica del Derecho que, como veremos a continuación, matizó en el sentido de que la paz que asegura el Derecho es sólo una paz relativa. Bobbio expresa el argumento de la siguiente manera:

“Kelsen llega a esta interpretación teleológica del Derecho a través de un razonamiento de esta índole. Para actuar como ordenamiento coactivo, el Derecho necesita organizar el monopolio de la fuerza. Ese monopolio sirve para evitar el uso indiscriminado de la fuerza, es decir, para distinguir entre quién está autorizado a usar la fuerza y quién no lo está. Si se define la paz como aquella situación en que no se emplea la fuerza o sólo se la emplea en la mínima cantidad indispensable, hay que concluir que «el estado de Derecho asegura la paz de la comunidad» [Kelsen]. Aunque se apresura a precisar que la paz asegurada por el Derecho es una paz relativa y no absoluta, en cuanto quita a los individuos aislados y no a la comunidad, o a quienes la representan, el poder de emplear la fuerza, Kelsen no puede menos que concluir que «el estado de Derecho es esencialmente un estado de paz»[Kelsen]”¹¹.

9 Cfr. BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del Derecho”, traducción castellana de Genaro R. Carrió, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 12, véase también, BOBBIO, Norberto, “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., p. 251.

10 En efecto, en dicha obra se lee: “el Derecho es, sin duda alguna, un orden establecido para la promover la paz...” KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., UNAM, México, 1995, p. 24.

11 BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del Derecho”, op. cit., p. 13. Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., pp. 25 y 26. N.B. La traducción castellana de las frases de Kelsen en el artículo de Bobbio no corresponde exactamente a la traducción castellana de la *Teoría General del Derecho y del Estado* que aquí hemos empleado, no obstante, el contenido material es el mismo.

Según Bobbio, en 1945 esta interpretación teleológica del Derecho debió parecer al propio Kelsen una “concesión excesiva”, ya que en 1960, en la segunda edición de la *Teoría Pura*, el autor vienés señala: “No se trata de una modificación insignificante de la tesis expuesta en mi *General Theory of Law and State*, sobre la relación entre Derecho y paz”¹². La modificación introducida por Kelsen en la *Teoría Pura* de 1960, continúa Bobbio, consiste en sustituir el concepto de paz por el de “seguridad colectiva”. Este último concepto es derivado del Derecho internacional que, como hemos visto (§ 2.7 del capítulo de Kelsen), se trata de un ordenamiento de tipo “primitivo”, es decir, menos desarrollado que el Derecho estatal y, por lo mismo, el concepto de paz, por ser tan específico, parece inadecuado. En efecto, según Kelsen, en los ordenamientos jurídicos primitivos fundados en el principio de autotutela no se puede hablar seriamente de pacificación, ni siquiera relativa, de la comunidad jurídica, a lo sumo, se puede hablar de un estado que aspira a la paz. Ese estado es el de “seguridad colectiva”. Así las cosas, Kelsen, contrariamente a lo que había afirmado en la *Teoría General del Derecho y del Estado*, señala en la segunda edición de la *Teoría Pura* que “no podrá sostenerse buenamente que el vivir bajo el Derecho sea una situación pacífica, que el asegurar la paz sea una función esencial del Derecho. Lo que podría afirmarse es solamente que la evolución del Derecho exhibe esa tendencia”¹³.

Bobbio señala que esta matización hecha por Kelsen no elimina del todo la perspectiva teleológica de su propia teoría. Veamos, a manera de conclusión, el siguiente texto de Bobbio:

“La sustitución del concepto de paz por el de seguridad colectiva hace retroceder un paso el fin mínimo del Derecho, pero no lo elimina: lo hace más vago, pero no lo suprime. En relación con la paz, la seguridad colectiva es un medio (“aspira a la paz”), pero en relación con el Derecho definido como ordenamiento de la fuerza es un fin. Como la seguridad colectiva aspira a la paz, el Derecho como ordenamiento coactivo aspira a la seguridad colectiva. En el momento mismo en que se afirma que el Derecho garantiza por lo menos la seguridad colectiva, aunque no la paz, el fin, un fin determinado, se transforma en elemento de la definición funcional del Derecho. Una vez más el Derecho, no es sólo un medio apto para cualquier fin, sino que él mismo tiene un fin propio y específico”¹⁴.

2. A decir de Bobbio, la definición kelseniana de sanción es una definición funcional. Para llegar a esta afirmación, Bobbio parte del análisis de la tesis de Kelsen que dice que el Derecho es una técnica social específica que consiste en la organización del aparato coactivo. Esta afirmación se apoya en la idea de que el Derecho se compone

12 Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit. p. 52, nota 28.

13 *Ibidem*, p. 52.

14 BOBBIO, Norberto. “Hacia una teoría funcional del Derecho”, op. cit., p. 14; véase también, BOBBIO, Norberto. “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen”, op. cit., p. 252.

de normas y que la característica de estas normas no es prescribir comportamientos sino establecer un nexo de imputación entre el acto ilícito y la sanción. Todo ello desemboca en la archisabida idea de que en Kelsen la sanción es el concepto primario del Derecho. Ahora bien, a decir de Bobbio, es muy significativo que mientras Kelsen consigue dar un concepto rigurosamente formal de deber jurídico (afirmando que un comportamiento puede considerarse obligatorio sólo si hay una norma jurídica que enlaza un acto coactivo como sanción al comportamiento opuesto), no tiene más remedio que dar una definición funcional del concepto de sanción:

“Cuando Kelsen dice que «las sanciones están dispuestas en el ordenamiento jurídico para obtener un determinado comportamiento humano que el legislador considera deseable», no nos hace saber ya cuál es la estructura normativa de la sanción, sino para qué sirve. Naturalmente, las sanciones de que se vale un ordenamiento coactivo, esto es, un ordenamiento que trata de alcanzar su finalidad recurriendo a la fuerza para inducir a los súbditos a hacer o dejar de hacer algo, esas sanciones son, y no pueden menos de ser, sanciones negativas”¹⁵.

Para continuar con su argumentación, Bobbio señala que el problema de la especificidad del Derecho desde el punto de vista funcional en Kelsen es más complejo:

“lo que distingue al Derecho como técnica social no es tanto el uso de sanciones negativas cuanto el hecho de que esas sanciones se hacen valer frente al transgresor recalcitrante recurriendo incluso a la fuerza, lo cual sólo el ordenamiento jurídico puede hacer (precisamente ahí radica su carácter específico), en cuanto es la organización de la fuerza, o más exactamente, el conjunto de las reglas para el uso de la fuerza existente en una determinada sociedad. Si se quiere mostrar la insuficiencia del análisis funcional kelseniano, hay que discutir sobre todo esta tesis, y no la relativa a la preeminencia de las sanciones negativas”¹⁶.

Para Bobbio, criticar el concepto kelseniano de sanción desde el punto de vista funcional no significa atacar su idea de la exclusividad de las sanciones negativas, sino su idea de la organización de la fuerza.

3. Ahora bien, la función promocional del Derecho no es, a decir de Bobbio, incompatible con las tesis de Kelsen: “el uso de las sanciones positivas o de los incentivos económicos —escribe el profesor de Turín—, no es más que una técnica específica de organización social [...] El análisis estructural del ordenamiento jurídico está en condiciones de absorber sin excesivas perturbaciones los cambios introducidos por el análisis funcional”¹⁷. Para demostrar esta afirmación, Bobbio examina, por un

15 BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del Derecho”, op. cit., p. 16.

16 BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del Derecho”, op. cit., p. 26.

17 *Ibidem*, pp. 28-29.

lado, la estructura de la norma jurídica kelseniana y, por otro, el principio de retribución de las sanciones. En ambos casos, las sanciones positivas (una de las herramientas de la función promocional) encajan en las tesis kelsenianas. Veamos uno y otro análisis.

En cuanto al análisis de estructura de la norma jurídica kelseniana, Bobbio apunta lo siguiente:

“...supongamos una norma secundaria (es decir, dirigida a los funcionarios públicos) que tenga la forma de la norma jurídica kelseniana: “Si se da A, debe ser B”, en la que A no es un acto ilícito, esto es, un comportamiento no deseado, sino un acto debido, esto es, un comportamiento deseado y B una sanción positiva. Una norma de esta índole, en cuanto norma jurídica, crea en el destinatario de la norma primaria una pretensión (derecho subjetivo o interés legítimo, como quiera que se lo designe) frente a la administración pública, y en la administración pública a su vez el deber recíproco de entregar el premio si se comprueba que se ha cumplido la condición prevista en la norma secundaria. ¿Es concebible que ese deber no se halle a su vez reforzado por una sanción negativa, como podría ser un pena disciplinaria para el funcionario o una reparación de daños y perjuicios a cargo de la administración pública, sino por una sanción positiva? Dejando volar la imaginación se podría también concebir una norma terciaria que otorgara un premio al funcionario que hubiera cumplido su deber de entregar el premio: se trataría de un ordenamiento que confía tan poco en el celo de sus funcionarios que trata de provocar con recompensas el cumplimiento de sus funciones. Pero es evidente que si se introdujera una sanción de este género, sería siempre complementaria, y ciertamente no sustitutiva de una sanción negativa”¹⁸.

De lo anterior Bobbio obtiene dos conclusiones: 1) la fórmula “Si se da A, debe ser B” vale tanto para las sanciones negativas como para las positivas; y 2) si se introdujeran sanciones positivas para reforzar el cumplimiento de los deberes jurídicos de los funcionarios, esas sanciones serían sólo complementarias y no sustitutivas de las sanciones negativas. Esta segunda afirmación, empero, no tiene más justificación que el argumento de la evidencia¹⁹.

En cuanto al principio de retribución, Bobbio pone de manifiesto que Kelsen no distingue conceptualmente entre el intercambio positivo (bien por bien) y el negativo (mal por mal). Desde el punto de vista formal Kelsen no distingue las dos aplicaciones del principio de retribución, lo cual, señala Bobbio, implica que el análisis estructural de Kelsen no se vería afectado si tomase en cuenta también a las sanciones positivas. Si se

¹⁸ *Ibidem*, cit., p. 26.

¹⁹ Conviene tomar en cuenta que Bobbio admite que las sanciones positivas no son tan importantes como las sanciones negativas: “Lejos de mí la idea de invertir la tesis tradicional y sostener que las sanciones positivas son tan importantes como las negativas”, BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del Derecho”, op. cit., p. 20.

revisa la construcción escalonada de la teoría dinámica del Derecho y se introducen en él las sanciones positivas, el sistema normativo del Derecho no se resentiría en lo más mínimo. Veamos las palabras de Bobbio:

“Para esta teoría [la de Kelsen] una norma es jurídica cuando ha sido producida en las formas previstas por el ordenamiento, esto es, por otras normas del ordenamiento, especialmente por aquellas que regulan el modo de producirse las normas. Que una norma tienda a reprimir o a promover no tiene ninguna relevancia en lo que a la estructura del ordenamiento concierne”²⁰.

Lo que nos queda de este análisis es, pues, que, la función promocional del Derecho de la que habla Bobbio puede pasar sin muchos contratiempos el test de la Teoría Pura del Derecho. El concepto kelseniano de sanción, interpretado a la manera bobbiana puede ser también la columna vertebral de un análisis estructural duro como el de Kelsen sin que ello deje fuera la guía de la conducta: lo único que se agrega es que la función de la sanción puede ser, además de desalentadora, alentadora de conductas.

d) Las ventajas que representa la función promocional sobre la función represiva

Bobbio analiza las diferencias que guardan los modelos de ordenamiento represivo y promocional destacando básicamente cuatro aspectos: diferencias respecto a los medios, respecto a los fines, respecto a la estructura y respecto a la función. Veámoslo más de cerca.

Respecto a los medios

Según Bobbio, los ordenamientos represivos realizan operaciones de tres tipos y grados para impedir una acción no querida: hacerla *imposible*, hacerla *difícil* y hacerla *desventajosa*. Los ordenamientos promocionales, por el contrario, tratan de alcanzar sus fines a través de las tres operaciones contrarias: tratando de hacer *necesaria*, *factible* y *ventajosa* la acción querida²¹.

Hacer imposible una acción no querida para los ordenamientos represivos, o hacer necesaria una acción querida para los ordenamientos promocionales, consiste en hacer que el destinatario de la norma no pueda, en el primer caso, violarla; o, en el segundo caso, que le resulte (en la práctica) imposible dejar de realizar la acción querida dada la magnitud de la medida promocional. Este tipo de medida entra en las llamadas “medidas directas” que se caracterizan porque impiden preventivamente la violación o fuerzan preventivamente la ejecución. Ejemplos de estas medidas directas son las distintas

²⁰ *Ibidem*, p. 29.

²¹ Cfr. BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., pp. 381-382.

formas de vigilancia (que puede ser activa o pasiva) y el recurso al uso de la fuerza (que puede actuar impidiendo o constriñendo)²².

Las medidas del segundo y tercer tipo, tanto de los ordenamientos represivos como de los promocionales, no actúan directamente sobre el comportamiento no querido o querido, sino que tratan de influir en la *psique* del agente de quien no se quiere o se quiere un determinado comportamiento. Bobbio llama a estas últimas *medidas indirectas* “por el hecho —escribe— de que el comportamiento no querido [o querido] es siempre posible, pero se hace más difícil, o más fácil, o, una vez realizado, produce ciertas consecuencias desagradables o agradables según los casos”²³.

En un ordenamiento represivo la técnica típica es la del “desalentamiento”, mientras que en un ordenamiento promocional la técnica típica es la del “alentamiento”. Bobbio define estas dos técnicas de la siguiente manera: por «desalentamiento» entiende “aquella operación con la que A trata de influir en el comportamiento de B obstaculizando o atribuyéndole consecuencias desagradables; simétricamente «alentamiento» como aquella operación con la que A trata de influir el comportamiento querido (no importa si comisivo u omisivo) de B o facilitándolo o atribuyéndole consecuencias agradables”²⁴.

Respecto a los fines

El fin principal de los ordenamientos represivos es, a decir de Bobbio, *impedir* en todo lo posible la realización de los comportamientos socialmente no deseados; mientras que el fin de los ordenamientos promocionales es *provocar*, incluso entre los sujetos quebrantadores de las normas, la realización de comportamientos socialmente deseados²⁵. Para llegar a esta conclusión, Bobbio examina los objetivos que persiguen las técnicas de desalentamiento y de alentamiento correspondientes, respectivamente, a los ordenamientos represivo y promocional. Trataré de resumir en un cuadro dichos objetivos, partiendo de la distinción bobbiana entre actos conformes a las normas y actos no conformes a ellas, llamados “actos desviados” que son, a su vez, de dos tipos: actos desviados por defecto (actos propiamente no conformes; v. gr. circular a mayor velocidad de la permitida) y actos desviados por exceso (actos superconformes o acciones supererogatorias; v. gr. rescatar de los escombros de un terremoto a una víctima con el riesgo de perder la vida)²⁶:

22 *Ibidem*, p. 381.

23 *Ibidem*, p. 381.

24 *Ibidem*, p. 382.

25 *Ibidem*, p. 381.

26 *Ibidem*, pp. 380-381.

	Técnica de desalentamiento (ordenamiento represivo)	Técnica de alentamiento (ordenamiento promocional)
Actos conformes	Tiende a proteger su ejercicio tutelando la posibilidad de 'hacer' o de 'no hacer' cuando los actos son permitidos; la posibilidad de 'hacer' cuando los actos son obligatorios; y la posibilidad de 'no hacer' cuando se trata de actos prohibidos.	Tiende no sólo a tutelar, sino también a provocar su ejercicio desequilibrando la posibilidad de 'hacer' frente a la de 'no hacer' en el caso de los actos permitidos; haciendo particularmente atractivos los actos obligatorios; y haciendo particularmente repugnantes los prohibidos ²⁷ .
Actos no Conformes	Les atribuye determinadas consecuencias (negativas)	Se vuelve cada vez más tolerante hacia ciertos actos desviantes
Actos superconformes o acciones supererogatorias	Se limita a permitirlos no atribuyéndoles ningún efecto jurídico.	Les atribuye determinadas consecuencias (positivas)

Según el cuadro, la técnica de desalentamiento responde a los actos conformes, esto es, actos de obediencia, tratando de garantizar ("tutelar") su ejercicio a través de normas que vigilan las distintas posibilidades de actuación conforme: hacer o no hacer para los actos permitidos; hacer cuando se trata de actos obligatorios; y no hacer cuando los actos son prohibidos. En cuanto a los actos no conformes, esta técnica consiste en la atribución de consecuencias jurídicas (sanciones negativas) en la norma de conducta. Sin embargo, respecto de las acciones supererogatorias (como el caso del rescate de víctimas en los siniestros con riesgo propio), la técnica represiva no tiene nada que decir, esto es, no impide dichos actos, pero no les atribuye ningún efecto jurídico. Por el contrario, la técnica de alentamiento, no se queda en la mera "tutela" o vigilancia de los actos conformes sino que va más allá provocando que se produzcan dichos actos; en cuanto a los actos no conformes, tolera más la desobediencia; y, finalmente, en cuanto a las acciones supererogatorias responde atribuyéndoles consecuencias jurídicas (sanciones positivas).

Según Bobbio, gracias a la introducción de las técnicas del alentamiento se puede ver un verdadero cambio en la función del sistema normativo en su conjunto, particularmente en el modo de realizar el control social. Estas técnicas suponen el paso de un control pasivo, que se preocupa más de desfavorecer las acciones nocivas que de favorecer las acciones ventajosas, a un control activo que se preocupa de favorecer las acciones ventajosas más que desfavorecer las acciones nocivas²⁸.

27 Según mi opinión, no parece estar muy claro que hacer "particularmente repugnantes" los actos prohibidos sea una forma de alentar la conducta porque, para ello, los titulares del poder tendrían que asociar a dichos actos algún tipo de "mal", posiblemente un tipo de coacción —psicológica si se quiere—, pero ello se saldría ya de lo que se entiende por alentamiento

28 Cfr. BOBBIO, Norberto, "La función promocional del Derecho", en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., p. 381.

Respecto a la estructura

“El momento inicial de una medida de desalentamiento es una amenaza; de una medida de alentamiento, una promesa”, escribe Bobbio²⁹. La amenaza de la autoridad legítima hace surgir en el destinatario la obligación de comportarse de una determinada manera; en cambio, la promesa implica por parte del promitente la obligación de mantenerla. Mientras el incumplimiento de un comportamiento desalentado por una amenaza hace surgir para el amenazante el derecho a ejecutarla, el cumplimiento de un comportamiento alentado por una promesa hace surgir, para el que ha cumplido, el derecho a que la promesa sea mantenida³⁰.

Según Bobbio, la sanción negativa y la sanción positiva dan origen a dos distintas relaciones en las que se invierte la figura del sujeto activo (titular del derecho) y la del sujeto pasivo (titular del deber): en el primer caso, la relación derecho-deber va del sancionante al sancionado, mientras que en el segundo, la misma relación va del sancionado al sancionante. Para el primer caso la fórmula de la norma es la siguiente proposición condicional: “si haces A debes B” (tienes la obligación de someterte al mal de la pena); y para el segundo, “si haces A, puedes B” (tienes el derecho a obtener el bien del premio)³¹. Para las medidas de desalentamiento o alentamiento de la conducta, la estructura que tendrían sus normas, sería la de las normas técnicas³²; que son, respectivamente, las siguientes: “si no quieres A, debes B” y “si quieres A, debes B”.

En suma, hay una distinción estructural entre las normas sancionatorias (positivas y negativas) y las que establecen medidas de desalentamiento o alentamiento: las primeras están constituidas mediante prescripciones, mientras que las segundas están constituidas mediante reglas técnicas. Por lo demás, Bobbio es consciente, y lo expresa a renglón seguido, de que también las prescripciones respaldadas por medidas represivas pueden expresarse y usarse con la fórmula de una regla técnica: la que establecería el deber (en sentido técnico, no deóntico) de realizar la conducta prevista por la norma primaria como medio adecuado para conseguir el fin de eludir la medida represiva.

Respecto a la función

Para Bobbio, las medidas de desalentamiento se adoptan predominantemente con el objeto de la *conservación* social, mientras que las medidas de alentamiento predomi-

²⁹ *Ibidem*, p. 383

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Según Bobbio, las normas técnicas son, en este contexto, aquellas que prescriben un medio adecuado (la conducta prevista por la norma primaria) para conseguir un fin dado, que puede ser tanto escapar de la desventaja amenazada como conseguir la ventaja prometida por la norma secundaria. Cfr. BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., p. 384. Sobre las reglas técnicas véase VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 29.

nantemente con el objeto del *cambio*³³. El autor analiza cuatro tipos de situaciones con las cuales justificar las funciones sociales de los ordenamientos represivo y promocional. Para ello construye dos hipótesis: a) atribuir valor a la inercia, es decir, a que las cosas se queden como están; y b) atribuir valor a la variación, es decir, al hecho de que la situación posterior sea distinta de la anterior. Pone en juego ambas hipótesis en relación con dos puntos de partida distintos: aquél en el que el comportamiento está permitido y aquél en el que el comportamiento es obligatorio. Veamos el siguiente texto de Bobbio:

“En el caso de que se trate de un comportamiento permitido, el agente es libre de hacer o de no hacer algo, es decir, es libre de utilizar su propia libertad para conservar o para innovar. Si el ordenamiento jurídico juzga positivamente el hecho de que el agente utilice lo menos posible su libertad, tratará de desalentarlo de hacer lo que le es lícito: como se ve, la técnica del desalentamiento tiene una función conservadora. Si, por el contrario, el mismo ordenamiento jurídico juzga positivamente el hecho de que el agente se sirva lo más posible de su libertad, tratará de alentararlo a utilizarla para cambiar su situación existente: la técnica del alentamiento tiene una función modificadora o innovadora [...] Tomemos ahora la situación en la que se da un comportamiento obligatorio. En esta situación lo que sirve a la función de conservación es el comportamiento conforme a la obligación (trátese de obligación positiva o negativa); lo que sirve a la función de cambio y de innovación es el comportamiento superconforme [...] en el primer caso entra en acción la técnica del desalentamiento a través del empleo de las sanciones negativas; en el segundo caso entra en función la técnica del alentamiento a través del empleo de las sanciones positivas³⁴.”

Nuevamente puede reproducirse en un cuadro el análisis de Bobbio:

	Ordenamiento represivo	Ordenamiento promocional
Énfasis	Valor de la inercia	Valor del cambio
Comportamiento permitido	Leyes de desincentivación	Leyes de incentivación
Comportamiento obligatorio	Empleo de sanciones negativas	Empleo de sanciones positivas

Queda claro que respecto a la función, los ordenamientos represivos y los promocionales son diametralmente opuestos: unos tratan de mantener el *statu quo* mediante la desincentivación y las sanciones negativas; mientras que los otros promueven el cambio y la innovación mediante sanciones positivas e incentivos.

33 Cfr. BOBBIO, Norberto, “La función promocional del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., p. 384.

34 *Ibidem*, p. 384.

2. ¿Cuáles son las técnicas promocionales del Derecho?

Para Bobbio existe básicamente un tipo de sanción jurídica positiva: los premios. Para acotar este concepto analiza paralelamente otro tipo de medidas o expedientes mediante los cuales se ejerce la función promocional del Derecho: los incentivos. Por incentivos, el autor entiende aquellas medidas que sirven para facilitar el ejercicio de una actividad económica determinada; por premios, entiende aquellas medidas que se proponen dar una satisfacción a quienes han cumplido ya una determinada actividad³⁵. “El incentivo —escribe Bobbio— acompaña a la actividad en su formación; el premio la sigue, esto es, se lo otorga cuando la actividad ya ha sido desplegada”³⁶.

Esta distinción permite acotar el concepto de sanción jurídica teniendo en cuenta la extensión y la intensión del concepto de sanción negativa. Veamos cómo sólo los premios pueden entrar en la categoría de sanciones positivas utilizando los conceptos de pena, premio e incentivo³⁷:

“La noción contraria a la de premio —escribe Bobbio— es la de pena, esto es, el caso más típico de sanción negativa. La noción contraria de incentivo es la que, con un neologismo, cabría denominar «desincentivo», y que en modo alguno puede incluirse en el concepto de sanción negativa, por mucho que se lo extienda. La sanción (positiva o negativa) presupone la existencia de una norma primaria en el sentido de Hart, esto es, de una norma de conducta que impone un deber, y es la reacción, más o menos institucionalizada, del grupo social frente a la observancia o a la transgresión de dicha norma. El estímulo o el desaliento son efectos derivados. En el incentivo o el «desincen-

35 Juan Carlos Bayón observa que la definición bobbiana de premio es tan amplia que podría incluir cualquier consecuencia jurídica de una conducta que, por ser beneficiosa para quien la realiza, se considere como motivo o incentivo de su acción. Ello implicaría, según este autor, que la mera *validez* de un acto jurídico tendría que ser calificada como “sanción positiva”. Su propuesta es reservar el concepto de sanciones positivas para utilizarlo en un sentido más estricto referido a los casos en los que se retribuye una acción percibida como *meritoria*. No se trata, dice, de un *simple problema verbal*, sino de distinguir las diferencias que hay en el fondo de los fenómenos de conducta a los que asociamos el concepto en cuestión. Véase, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, voz de “sanción”, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Edición de André-Jean Arnaud, L.G.D.J., París, 1993, pp. 539-540.

36 BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del Derecho”, op. cit., p. 24.

37 Alessandra Facchi sugiere que el término “recompensa” puede ser más conveniente que el de “sanciones positivas” o “premios” que Bobbio emplea. Esta autora señala que la palabra “recompensa” permite referirse a una noción más amplia, porque en ella caben diferentes concepciones que evitan las connotaciones “meritocrática” de “premio”, utilitarista de “incentivo” y teórica jurídica formal de “sanción positiva”. Hablar de sanciones positivas en el marco de la teoría del Derecho —continúa Facchi— es referirse exclusivamente a la sanción dispuesta en una norma jurídica establecida, es decir, se *construye* a un sentido formal, lo cual prescinde de la función social de la naturaleza de la sanción y del comportamiento y del contexto político e ideológico. Por otra parte, señala que el término “sanción positiva” ha sido apenas usado en este siglo. Usar este término —y con ello termina su observación— es incompatible con la propia concepción de Bobbio que considera que las sanciones son medidas sucesivas conferidas en forma sucesiva al comportamiento exigido. la función promocional, en cambio, no busca exigir conductas, sino promoverlas, para lo cual sería mejor no utilizar la palabra “sanción”. Véase, FACCHI, Alessandra, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Analisi e Diritto, serie storica 2, Giappichelli editore, Turin, 1994., pp. XIII-XIV.

tivo», estimular o desalentar son la intención principal: ni el uno ni el otro presuponen una norma primaria³⁸.

Es claro que un incentivo no puede ser una sanción jurídica porque a éste no le precede una conducta y Bobbio parece estar de acuerdo en que una nota indispensable de las sanciones jurídicas sea la de que son consecuencia de una conducta³⁹.

38 BOBBIO, Norberto, "Hacia una teoría funcional del Derecho", op. cit., pp. 24-25. Obsérvese que Bobbio, al estar hablando conjuntamente de sanción positiva y negativa, ha descuidado señalar que la norma primaria presupuesta no sólo es una norma que impone un deber (esto valdría sólo para la sanción negativa), sino que, en el caso de la sanción positiva, dicha norma ha de proponer un modelo de conducta deseable, y no necesariamente obligatorio. Es importante resaltar que no es posible una sanción negativa sin una norma de deber. Y que, sin embargo, la sanción positiva suele corresponder a una conducta no debida. No obstante, creo que puede haber sanciones positivas ante conductas debidas, y en todo caso ante una conducta *debida* puede haber simultáneamente sanciones negativas y positivas. Por ejemplo, para combatir el absentismo laboral se da un premio económico a quien haya acudido todos los días laborables del año a su puesto de trabajo, conducta que, obviamente, era debida y cuyo incumplimiento puede estar además sancionado negativamente.

39 Giacomo Gavazzi critica a Bobbio la distinción entre premios e incentivos por haberla basado en la estructura y no en la función. Según Gavazzi, Bobbio señaló que los premios son el elemento de una norma condicional del tipo "si haces A, puedes (pretender) X", mientras que el incentivo es el elemento de una norma técnica del tipo "si quieres Y, debes A" (deber técnico, no deóntico, se entiende), pero ambas tendrían para Bobbio idéntica función (promocional). Para Gavazzi, en cambio, esta distinción estructural no se sostiene: por un lado, porque la perspectiva del premio puede convertirse en incentivo y usarse por el destinatario como una regla técnica; y además, en la dirección contraria, el incentivo, cuando se ofrece en algún momento del *iter* de la conducta prevista por la norma y en atención a actuaciones anteriores del destinatario, puede actuar también como un premio. Propongo un ejemplo para aclarar lo anterior: pensemos en el ascenso en el puesto de trabajo (caso típico de un premio); el trabajador, al enterarse de dicha norma, no permanece indiferente a ella, sino que su conducta se *incentiva* ya desde ese momento, es decir, el premio, antes de que la conducta establecida en la norma empiece a realizarse, ha actuado como un incentivo en la mente del sujeto; por otro lado, en el caso del incentivo económico del Estado para instalar una empresa, no sería muy probable que la administración ofreciera el incentivo sin antes observar cierta actividad del empresario, pues es lógico que el Estado tenga claro a quién va a incentivar con ese dinero (cuando el empresario recibe la oferta del incentivo —que no se ha ofrecido a todos— sería normal que lo tomara también como un premio por su conducta previa). La propuesta de Gavazzi es que la distinción entre premios e incentivos se base en la función: solamente la función del incentivo puede ser considerada como *promocional*, porque que la función de las sanciones positivas (premios) es una función *retributiva*, como la de las normas penales. En palabras de Gavazzi: "Si mi crítica es fundada, la concepción de Bobbio daría literalmente un vuelco: premios e incentivos no podrían ser distintos por su estructura, deberían ser distintos por su función" (GAVAZZI, Giacomo, "Diritto premiale e Diritto promozionale", p. 51). Bobbio admite la crítica de Gavazzi señalando que, a fin de cuentas, se mantiene la distinción entre premios e incentivos, sólo que con otro criterio diferenciador, el de la función. Pero, en mi opinión, el cambio de criterio realizado por Gavazzi supone también un cambio en cuanto al concepto mismo de premio. La concepción de premio que propone Gavazzi sólo admite a las recompensas que se mantienen ocultas, es decir, que son ignoradas por quien va a recibir las diferencias. Desde mi punto de vista (aunque esto no afecta al fondo de la discusión), la analogía de Gavazzi entre pena y premio basada en la función retributiva no es muy afortunada, a menos que se admita un retribucionismo penal radical. La pena, obviamente, también cumple funciones preventivas y de guía de la conducta. Por otro lado, con la concepción de premio del propio Gavazzi, vuelve a tener sentido la diferencia estructural que él criticaba a Bobbio, por lo menos en una de las direcciones: los premios (entendidos al modo de Gavazzi) nunca serían incentivos, y por tanto no podrían adoptar la estructura de reglas técnicas ni usarse como tales: no puede decirse que el sujeto premiado (que nunca supo que le premiarían) tenía un deber (en sentido técnico) de haber realizado una acción determinada.

Según Bobbio, si a la pena, al premio, al incentivo y al «desincentivo» se los estudia desde el punto de vista de la distinción entre sanción y no sanción y desde el punto de vista de la distinción entre las funciones de estimular y desalentar, podrían quedar clasificados como en el siguiente cuadro:

	Medidas desalentadoras	Medidas estimuladoras
Sanciones	Pena	Premio
No sanciones	«Desincentivo»	Incentivo

Sólo el premio y el incentivo son las formas típicas en que se manifiesta la función promocional del Derecho. En otro lugar Bobbio habla de una técnica de promoción del Derecho muy parecida al incentivo: la “facilitación”, a la que le corresponde una contraria: la “obstaculización”. Por técnica de facilitación Bobbio entiende “el conjunto de aquellos expedientes con los que un grupo social organizado ejercita un determinado tipo de control sobre comportamientos de sus miembros [...] y no ya asignando una recompensa a la acción deseada después de haber sido realizada, sino haciendo de modo tal que su realización se haga más fácil o menos difícil”⁴⁰.

Bobbio se da cuenta de que la función promocional del Derecho no se agota con el empleo de expedientes jurídico-formales como pueden ser las sanciones positivas en sentido estricto: la función promocional demanda otro tipo de expedientes que promuevan el cumplimiento de las normas no sólo mediante la promesa de un bien, sino, por ejemplo, facilitando la conducta querida. Aquí es donde se aprecian algunas dificultades conceptuales en las tesis de Bobbio. No queda muy clara la diferencia entre premios (sanciones positivas), incentivos y facilitaciones.

Lo importante —me parece— no es sólo determinar si las medidas promocionales se dan *ex ante* o *ex post* de la conducta (eso respondería al *cuándo*), sino también determinar qué es lo que dichas medidas persiguen (eso respondería al *para qué*).

Desde mi punto de vista, Bobbio no define con suficiente claridad las diferentes medidas promocionales, pues, para empezar, no todas las medidas mencionadas por él promocionan las mismas cosas ni utilizan las mismas técnicas. Es decir, debemos distinguir, por un lado, entre el fin a promocionar y las técnicas o medios promocionales; y, por otro lado, el modo particular de promocionar de cada una de las medidas.

40 BOBBIO, Norberto, “Las sanciones positivas”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., p. 392. Bobbio analiza una tesis extraída de las obras de Giorgio del Vecchio y Tommaso Perassi: “la justicia premial” (una forma excepcional de acción del Estado que contribuye a alcanzar el orden público, según los autores mencionados). La diferencia que Bobbio advierte entre las tesis de estos dos pensadores es que Del Vecchio habla de “premios”, mientras Perassi de “incentivos” para referirse a la misma idea, para Bobbio, como acabamos de ver, no se trata de lo mismo. Véase: BOBBIO, Norberto, “La funzione promozionale del Diritto rivisitata”, en *Sociologia del Diritto*, XI/1984/3.

Para realizar estas distinciones voy a utilizar como base un reciente trabajo de Juan A. Pérez Lledó⁴¹ en el que aparece un análisis conceptual de las distintas medidas promocionales. Voy a ordenar el discurso en tantos apartados como medidas promocionales resulten, pero antes conviene responder a la pregunta ¿qué es lo que se promociona?, es decir, ¿cuál es el denominador común de las medidas promocionales?.

Los objetos perseguidos, promovidos, favorecidos, etc., por la función promocional del Derecho son, por un lado, **finés generales**, es decir, bienes, que se traducen en “estados de cosas” o en “valores” considerados deseables, ya sea por razones de utilidad social o por razones “de principio”, es decir, porque son valiosos; y por otro lado, **conductas o clases de conductas particulares**, es decir, cursos de acción que se consideran deseables, o al menos valorados positivamente por el Derecho.

Con esta distinción se pretende diferenciar, por un lado, los **finés u objetivos** a promocionar, es decir, los bienes y valores que acabamos de señalar (podemos estipular que las palabras “promoción”, “promocionar”, “función promocional”, etc. las utilicemos cuando nos refiramos a dichos fines u objetivos). Por otro lado están las **medidas o técnicas** de diverso tipo que operan, como medios, sobre determinadas **conductas** o determinadas clases de conductas para promocionar aquellos fines (aquí podemos estipular el uso, respecto de estas conductas, de palabras como “incentivación” o “motivación”, pero no “promoción”). El común denominador de todas las medidas es pues que todas favorecen (promocionan) fines generales, pero pretenden promocionarlos de manera diferente: bien, incentivando, bien reconociendo, o bien posibilitando conductas vinculadas a aquellos fines).

Es importante destacar que lo que se toma en cuenta en estas distinciones es el propósito de quien otorga la medida (el Estado), y no cómo de hecho la medida es interpretada o considerada por el destinatario. Por supuesto que, desde un punto de vista sociológico, tanto o más (seguramente más) interés tendría clarificar las diversas medidas según la función que *de hecho* cumplen sobre la conducta del destinatario. Eso nos llevaría quizá a una clasificación distinta. En todo caso, requeriría continuar el análisis más allá de lo que aquí pretendo. Y exigiría, más aún que mi análisis (el cual no niego que también “lo pide”) un estudio sociológico empírico. Ese segundo análisis sería verdaderamente complejo, dado que para los diversos destinatarios una misma medida promocional podría de hecho operar (o ser interpretada) de distintas maneras (como reconocimiento, como incentivo o como facilitación)

Otra observación preliminar. Como acabo de avanzar, esta clasificación pretende ser un análisis conceptual más que empírico: lo que se busca no es tanto describir qué es lo que hay (qué medidas promocionales existen en concreto en nuestros ordenamientos

41 PEREZ LLEDÓ, Juan Antonio. “Sobre las técnicas promocionales del Derecho”, Alicante, 2000 (en prensa).

jurídicos), cuanto establecer un marco conceptual adecuado para dar cuenta de, y comprender mejor, eso que hay. Por eso mis categorías hay que entenderlas como “tipos ideales” conceptualmente diferenciados, aunque luego, en la realidad, lo que encontremos sean frecuentemente medidas consistentes en alguna combinación de esos tipos, más que los tipos en estado puro.

En este sentido, existen tres categorías autónomas de técnicas o expedientes promocionales: los premios puros, los incentivos puros y las facilitaciones. Hay, empero, una cuarta categoría (que, de hecho es la más empleada por los sistemas normativos y en particular por el Derecho) que es una combinación de las dos primeras: las promesas de premio (o premios-incentivo), que son a las que Bobbio se refería como sanciones positivas. Veámoslas una a una.

1. Premios puros (o premios en sentido estricto) son las medidas o técnicas promocionales que cumplen exclusivamente una función retributiva, de premio y “reconocimiento” o elogio de ciertas conductas o trayectorias vitales especialmente virtuosas o supererogatorias. Es menester señalar algunas matizaciones:

a) Este tipo de medidas no cumplen la función de motivar la conducta, aunque pueden llevar aparejado un beneficio material o económico para el premiado. Puede, incluso, darse el caso que el premio consista exclusivamente en ese beneficio, pero aun así, su función no es motivacional.

b) La función que cumplen los premios puros es una función exclusivamente de reconocimiento, encomio o elogio de ciertas conductas que se consideran valiosas por el Estado.

c) Una figura ideal de premio puro debería determinar como condición el hecho de que la posibilidad de obtener el premio se mantuviese en secreto absoluto por parte del dador. Esto es, eliminar cualquier componente motivador como puede ser la publicidad del premio futuro. Un tipo ideal de premio puro tendría, pues, no sólo que estar ideado para concederse *ex post* la conducta, sino que ni siquiera tendría que ofrecerse o prometerse antes de realizada la misma⁴².

42 Podría haber ciertamente premios puros cuya posibilidad de obtención no se publicitara (es decir que fueran mantenidos en secreto) pero que, no obstante, podrían ser susceptibles de tener una intención motivadora en el sentido de servir para otros como ejemplos de lo que se puede llegar a alcanzar. Para ello, Pérez Lledó apunta. “El caso extremo de premio puro sería pues el de aquel que, además de no haber sido ofrecido ni publicado de antemano, se hubiera concedido por haber realizado un conducta especialmente única y extraordinaria que ya nadie puede volver a realizar (ni siquiera serían posibles conductas del mismo o similar tipo), de modo que nadie podría ser motivado en el futuro y no se puede ni siquiera sospechar que el dador tuviera esa intención de ulterior motivación. En suma, sería un premio creado (o al menos publicitado) *ad hoc* y *ex post*, por conductas irrepetibles” Pérez Lledó, Juan A., “Sobre las técnicas promocionales del Derecho”, op. cit. p. 6. Hay que advertir, no obstante, que Pérez Lledó se refiere aquí al “caso extremo”, para “enfatar los rasgos conceptuales de esta categoría”, pero su construcción del “premio puro” no exige la no publicidad, el carácter

d) Considerando que sea el Estado quien otorgue el premio puro, debe tenerse en cuenta que el Estado no tiene (o no debe tener) la pretensión de incentivar conductas supererogatorias o heroicas. No obstante, el Estado no permanece indiferente ante **ciertas** conductas meritorias que considera valiosas. La razón de considerar a los premios como un tipo de medidas promocionales es, precisamente, que los premios en algún sentido promueven o favorecen ciertos fines (ciertas virtudes o valores) pero no motivan conductas. No se trata de una contradicción en los términos porque una cosa es promocionar (a través del reconocimiento o elogio de conductas) ciertos valores y virtudes cívicas que el Estado considera dignos de un favorecimiento, y otra cosa es que el Estado quiera, para ese mismo fin, incentivar esas conductas supererogatorias o heroicas; a esto último no aspira. La prueba de que esos valores o virtudes sí se ven promocionados o favorecidos, pese a que no se motivan las conductas que los expresan (por lo que la técnica resulta más débil), es que los premios puros no se conceden sin más ante *cualquier* conducta meritoria, extraordinaria o fuera de lo normal, sino que se trata de cierto tipo de méritos, aptitudes, logros, etc. que el Derecho considera valiosos, porque representan la expresión de ciertos valores o contribuyen a la obtención de ciertos bienes considerados positivos. En efecto, el Derecho no premia actos extraordinarios y meritorios como “pintar la Última Cena en la cabeza de un alfiler” o “bailar sin para varios días”, etc., pues ello resulta jurídicamente irrelevante (en cambio podrían merecer estar el *Libro Guinness de los Records*⁴³).

e) Según lo anterior, podemos afirmar que los premios puros no corresponden o no se vinculan con la dimensión regulativa, sino con la valorativa del Derecho.

f) Veamos algunos ejemplos: un premio creado para Champollion por haber descifrado la piedra Rosetta; un premio creado para Amundsen por haber sido el primero en llegar a Polo Sur, etc., serían casos extremos de “premios puros”. Serían poco comunes. Otros ejemplos: condecoraciones civiles o militares, doctorados *honoris causa* o nombramientos de hijo predilecto.

2. La segunda medida o técnica promocional son los **incentivos puros** (o incentivos en sentido estricto). Éstos pueden definirse como aquellas medidas o técnicas promocionales que cumplen exclusivamente una función “motivadora”, de incentivo o guía de la conducta, suministrando “razones operativas para la acción” respecto de ciertas conductas. También aquí conviene matizar:

a) Los incentivos puros únicamente buscan motivar *ex ante*, lo que significa que, una vez realizada la conducta, la concesión del incentivo prometido no representa ningún tipo de reconocimiento o elogio alguno por méritos o virtudes encomiables, sino

irrepetible de la conducta, etc.; éstos sólo son “síntomas” de lo que de verdad cuenta: la intención puramente retributiva y no motivadora del dador.

43 Cf. PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, “Sobre las técnicas promocionales del Derecho”, op. cit. p. 8.

simplemente el cumplimiento del deber al que se había comprometido quien ofreció el incentivo. El incentivo puro, por tanto, sólo pretende funciones motivadoras *ex ante*, nunca funciones retributivas *ex post*.

b) El otorgamiento del beneficio propio del incentivo puede ser entregado al sujeto incentivado sin publicidad porque no se busca ningún tipo de reconocimiento social. En cambio, la oferta del incentivo sí necesita obviamente ser publicitada entre los potenciales destinatarios para que puedan sentirse motivados por la medida.

c) Normalmente la conducta que se incentiva es una actividad económica o empresarial, cuya realización se desea favorecer creando o incrementando el interés particular del destinatario en realizarla, por su propio provecho. Pero el Estado incentiva la actividad mencionada no para beneficiar al receptor directo de la medida, sino porque objetivamente ella redundará en beneficio de un fin público o general, normalmente una *policy* que se desea promocionar.

d) El tipo de beneficio con que se incentiva suele ser también de tipo económico o material.

e) En el incentivo puro la conducta del destinatario no es considerada por el dador especialmente digna de encomio; o al menos, aunque de hecho sea meritoria, no es intención del dador emplear el incentivo como medio de reconocimiento de ese mérito.

f) Muchos incentivos se ofrecen no a cualquiera sino únicamente a quienes reúnan ciertas capacidades o cualificaciones y/o hayan realizado cierto tipo de conductas en el pasado. Aquí conviene recordar la crítica de Gavazzi, quien señalaba que los incentivos se tornaban en una especie de premios o reconocimientos en el sentido de que el Estado hacía cierta distinción al incentivar a quienes hubiesen realizado cierta trayectoria de conducta. Ante dicha crítica se puede replicar señalando que muchas veces puede que así sea (y entonces se trataría de un premio consistente en haber sido elegido como destinatario de un incentivo). Pero que en realidad, normalmente, no se trata de ningún reconocimiento sino de una simple forma de seleccionar a los destinatarios que de hecho son más idóneos para ofrecerles el incentivo por encontrarse en mejor situación o capacidad de realizar con éxito la conducta que se desea incentivar; es decir, la selección se hace por razones meramente técnicas y de economía que garantizan la máxima utilidad del incentivo, y no por razones de elogio.

g) No hay simetría entre sanción negativa e incentivo. Las sanciones negativas no pueden prescindir de su dimensión de reproche y de castigo que es sólo imponible a quien se le ha demostrado la culpabilidad del hecho en cuestión. En el incentivo puro no existe un elogio que pudiera compararse o “ser simétrico” al de la medida represiva, sino que basta con la realización de la conducta externa o conforme.

h) Ejemplos de incentivos puros son las subvenciones a determinadas actividades económicas realizadas con ánimo de lucro; las ayudas y créditos blandos que se otorgan de antemano a los empresarios; muchos tipos de desgravaciones y beneficios fiscales.

3. Pasemos a la tercera categoría de medidas promocionales: las **facilitaciones**. Se trata de medidas o técnicas promocionales cuya función consiste en: 1) o bien posibilitar al destinatario la realización de ciertas conductas que de otro modo le resultaría empíricamente imposible realizar; 2) o bien facilitar o hacer “razonablemente posibles” determinadas conductas que de otro modo, aunque empíricamente posibles, le resultarían tan difíciles y gravosas que realizarlas supondría un acto supererogatorio que ni se pretende ni sería razonable esperar que llevara a cabo; 3) o bien, en algunos casos, simplemente hacer más fácil una conducta que de otro modo resultaría más gravosa (pero ni estrictamente imposible, ni tampoco especialmente heroica⁴⁴).

Las facilitaciones no pretenden otorgar un “beneficio neto” o un “bien” de una entidad suficiente como para que éste opere en el razonamiento del destinatario como un motivo para actuar; tampoco significan algún tipo de reconocimiento, premio o elogio de méritos. Simplemente intentan proporcionar al destinatario los medios necesarios o la infraestructura para hacer posible o menos gravosa la conducta. La facilitación no da “razones para la acción”. Más concretamente, no da “razones operativas” para la acción (como diría Raz), sino simplemente “razones auxiliares” que por sí solas son insuficientes para mover a la acción.

Ejemplos de facilitaciones son muchas de las medidas promocionales que adopta el Estado respecto de los discapacitados físicos: los exámenes en versión Braille para los invidentes (éstos suponen posibilitar acciones de otro modo empíricamente imposibles, es decir, se encuadran en el supuesto 1); suprimir las barreras arquitectónicas para posibilitar la libre circulación de los discapacitados (aquí se pretende lograr que sea para ellos “razonablemente posible” la conducta que de otro modo sería quizá empíricamente posible, pero tan gravosa que, en la práctica, su dificultad vendría a equivaler a su imposibilidad); o la provisión de contenedores de basuras adecuados para el reciclaje, separando los de vidrio, papel, etc. (sin los contenedores no sería “razonablemente posible” la conducta del ciudadano que tiene conciencia ecológica; aquí se trata de la coordinación de conductas en todo un colectivo). Los últimos dos ejemplos corresponden al supuesto 2. Un ejemplo del supuesto 3, es decir, una facilitación de una conducta que no es estrictamente imposible ni especialmente heroica, es el de poner en anuncios luminosos visibles en la calle el número de plazas disponibles en los aparcamientos públicos del centro de las ciudades; aquí se facilitan las cosas para el conductor que quiere aparcar más rápida y cómodamente su coche, pero la conducta

44 *Ibidem*, p. 16.

misma de aparcar (sin esta medida) no es estrictamente imposible ni resultaría particularmente heroica.

4. Ahora me voy a referir a la categoría mixta de las **promesas de premio**. Estas medidas son una mezcla entre reconocimiento y motivación (también podríamos llamarlas “**premios-incentivo**”) que cumplen simultáneamente, por un lado, una función retributiva (de premio y “reconocimiento” o elogio de ciertas conductas meritorias consideradas valiosas por el Derecho), y, por otro lado, una función “motivadora” (de incentivo o guía de conducta, suministrando “razones operativas para la acción” respecto de esas mismas conductas). Las promesas de premio incentivan la conducta *ex ante*, y la reconocen *ex post*.

Esta categoría mixta carece de rasgos adicionales distintos de los que proceden del premio y del incentivo en sentido estricto. No obstante su “impureza”, esta es la medida que más se da en la práctica y que tiene una “fuerza promocional” tal que justifica formar con ella una categoría autónoma.

Por otro lado con esta medida sí se puede trazar una simetría con las sanciones negativas tradicionales de los ordenamientos represivos. Su estructura condicional es análoga a la de las normas sancionadoras negativas: “Si alguien realiza A [acto ilícito en un caso, conducta deseable en el otro], debe ser B [sanción negativa o premio, respectivamente]”. Ahora que, la analogía estructural poco nos dice porque de hecho todas las normas poseen una estructura condicional; lo más importante, es, según creo, su analogía (simetría) funcional: las tradicionales funciones retributiva-negativa (castigo) y preventiva (disuasoria) de la sanción negativa tienen su reflejo en las funciones retributiva-positiva (premio) y motivadora (incentivadora) de la “promesa de premio”.

Esto coincide con las tesis de Bobbio de reservar la expresión “sanción positiva” precisamente para los premios. Pero creo que era necesario clarificar mejor su idea de premio como sanción positiva, perfilando este concepto como “promesa de premio”, y distinguiéndolo de los otros conceptos próximos como los incentivos y los premios puros.

Ejemplos de este tipo de medidas son: las promesas de promoción en el puesto de trabajo (o de nombramiento de “empleado del mes”) a quienes destaquen en la realización de ciertas tareas; los premios por puntualidad ofertados al iniciar el mes y entregados al finalizar el mismo que se hacen en algunas dependencias públicas; los premios extraordinarios de aprovechamiento académico en las escuelas; premios de investigación científica, etc.

Las promesas de premio son una técnica promocional mucho más “fuerte” que los premios puros, y más fuerte también que los incentivos puros y que las facilitaciones. En los premios puros se “promocionan” ciertas virtudes y valores sólo en el muy débil sentido de que premiarlos o reconocerlos supone un cierto “trato de favor” simbólico

frente a otros valores o méritos que no reciben premio; pero no se pretende incentivar la conducta que no obstante se premia.

Los incentivos puros son una técnica más fuerte que los premios puros en el sentido de que dan razones para actuar; pero las promesas de premio todavía son más fuertes los incentivos puros porque añaden a la fuerza motivadora del incentivo la (débil) fuerza del reconocimiento o elogio que tenía el premio puro. Se puede decir que las promesas de premio toman la fuerza de las medidas puras (premios e incentivos) y la arrojan sobre la conducta de los destinatarios, de ahí su gran eficacia.

Por otro lado, las facilitaciones son claramente más débiles (en cuanto a su carácter promocional) que las promesas de premio y que los incentivos, porque no suministran razón alguna para actuar, sino que simplemente hacen posible o “razonablemente posible” la conducta. En el caso de las conductas a las que se refieren los incentivos puros y las promesas de premio no cabe hablar de “posibilitación” porque se supone que esas conducta ya era razonablemente posibles. La facilitación aporta pues un elemento necesario pero no suficiente, y ese prerequisite ya se daba en el incentivo y en la promesa de premio, los cuales aportan algo más.

En los premios puros, en cambio, la “posibilidad razonable” de realizar la conducta no se presupone porque, precisamente, esas conductas resultan dignas de encomio por parecer *a priori* “no razonablemente posibles”. Con la facilitación la conducta deja de ser heroica porque aporta la posibilidad razonable; por lo cual parece resultar promocionalmente más útil que la simple función digamos ideológica del premio puro.

Dicho lo anterior, podrían ordenarse estas cuatro medidas, según su diversa “fuerza promocional”, de menor a mayor fuerza como sigue: premios puros, facilitaciones, incentivos, y promesas de premio.

El siguiente cuadro sintetiza la distinción entre las cuatro técnicas promocionales:

Finalidad Técnica promocional	Reconocer	Motivar	Posibilitar	Ejemplos
Premio puro	sí	no	no	<i>Nombramiento de hijo predilecto</i>
Incentivo puro	no	sí	no	<i>Subvenciones a empresas</i>
Facilitación	no	no	sí	<i>Contenedores de basura para reciclaje</i>
Promesa de premio	sí	sí	no	<i>Matrícula de honor</i>

Para terminar quiero señalar que, según parece, desde la teoría general del Derecho se han agotado con Bobbio las tareas correspondientes al análisis de la función promocional. El mismo autor sostiene que la salida a estos problemas no se agota con el análisis conceptual sino que debe apelarse también a la investigación empírica. De todas formas la aventura no parece fácil⁴⁵. En general, la aportación de Norberto Bobbio a la teoría de la sanción ha marcado un cambio significativo. Haber planteado la importancia de las medidas promocionales del Derecho analizadas, en su aspecto funcional, es algo que, según creo, la teoría del Derecho ya no perderá. La cara amable de la sanción es el resultado que para este trabajo tal vez más interese: si se quiere elaborar una teoría de la sanción no puede dejarse fuera este aspecto.

Bibliografía

- BAÑÓN MOHINO, Juan Carlos, voz de "sanción", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Edición de André-Jean Arnaud, L.G.D.J., París, 1993.
- BOBBIO, Norberto, "Hacia una teoría funcional del Derecho", traducción castellana de Genaro R. Carrió, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976.
- BOBBIO, Norberto, "Hans Kelsen", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, L, n. 3, Milán, Giuffrè, 1973; reproducido como "Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen", en *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del Diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977; aquí se utiliza la traducción de Alfonso Ruiz Miguel: "Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen", en *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y traducción a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- BOBBIO, Norberto, "La función promocional del Derecho", en *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y traducción a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- BOBBIO, Norberto, "La función promocional del Derecho", en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., pp. 381-382.
- BOBBIO, Norberto, "La funzione promozionale del Diritto rivisitata", en *Sociologia del Diritto*, XI/1984/3; esta obra fue reproducida un año más tarde con el mismo título en *Incentivi Cee per la riforma delle strutture economiche* (a cura di Laura Forlati

45 La siguiente frase de Bobbio bien puede servir como augurio para quienes se aventuren a continuar, desde la sociología, el análisis de este problema: "Reconozco haber cometido la imprudencia de haberme aventurado en el intrincadísimo bosque, del cual ninguno hasta ahora ha salido vivo, del análisis funcional y en general del funcionalismo", BOBBIO, Norberto, "La funzione promozionale del Diritto rivisitata", op. cit., p. 20.

- Picchio), 1º Quaderno (nuova serie) del Centro di documentazione e studi sulle Comunità europee dell'Università di Ferrara, Cedam. Padua, 1985.
- BOBBIO, Norberto, "Las sanciones positivas", en *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit.
- CARRIÓ, Genaro, *Sobre el concepto de deber jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *La giustizia*, Casa editrice Studium, 6ª. edición, Roma, 1959;
- FACCHIO, Alessandra, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Analisi e Diritto, serie storica 2, Giappichelli editore, Turín, 1994.
- GAVAZZI, Giacomo, "Diritto premiale e Diritto promocional", en AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di Diritto e procedura penali*, promovido dalla Fondazione «Avv. Angelo Luzzani» di Como, Como, 26-27 giugno 1981; editado por Giufrè, Milán, 1983.
- HAYEK, F. A. "The Principles of a Liberal Social Order", en *Il politico*, XXXI, 1996.
- KEISEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945; aquí he utilizado la traducción castellana de Eduardo García Maynez, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª. ed., México, 1995.
- KEISEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, traducción castellana de Hugo Carlos Delory Jacobs, Editorial Trillas, México, 1994.
- KEISEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción castellana de Roberto J. Vernengo, 7ª. ed., Edit. Porrúa, México, 1993.
- PIERASSI, Tommaso, *Introduzione alle scienze giuridiche*, segunda reimpression, Cedam, Padua, 1953.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, "Sobre las técnicas promocionales del Derecho", Alicante, 2000 (en prensa).
- PREDRIERI, A., *Planificazione e costituzione*, Edizione di Comunità, Milán, 1963.
- STRAWSON, P. F., "Analyse, Science et Metaphysique", en *La Philosophie Analytique*, París, 1962.
- VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción*, Tecnos, trad. Pedro García Ferrero, Madrid, 1970.