

EL
DERECHO
COMO
HECHO

KARL OLIVECRONA



ROQUE *Depalma* EDITOR

EL IMPERATIVO DE LA LEY*

¿Qué hace una comisión a la que se le ha encomendado elaborar un proyecto de ley? Evidentemente su tarea consiste en buscar una ordenación determinada para una actividad cualquiera de la vida social. Supongamos, por ejemplo, que el encargo se refiera a la preparación de una legislación de urbanización. Los miembros de la comisión deben formarse una idea sobre la forma en que debe organizarse el plano de una ciudad: cómo deben distribuirse las calles, las plazas y los parques; cómo debe efectuarse la división en barrios y manzanas; etc. Una serie de representaciones imaginativas, cuidadosamente elaboradas al respecto, encuentra su expresión en el texto, que constituye el resultado final de la tarea de la comisión.

Algo parecido sucede en toda legislación. El contenido de la ley es un conjunto de representaciones imaginativas de tipos de acciones humanas. Las reglas enunciadas en ella

*Traducido directamente de la edición original en alemán (*Der Imperativ des Gesetzes*, Ed. Ejnar Munksgaard, Kopenhagen, 1942) por el Dr. JOSÉ JULIO SANTA PINTER. El prólogo a dicha edición dice así: "El presente escrito debe considerarse como una ampliación de mi trabajo *Gesetz und Staat* [Ley y Estado], 1940. El momento imperativo en la ley fue tratado en aquél tan sólo accidentalmente, lo cual ha provocado ciertos malos entendidos. Por lo tanto, creo conveniente un análisis más profundo de esta materia. - Lund, enero de 1942. - KARL OLIVECRONA".

son "modelos", según los cuales los hombres deben conducirse. Lo mismo vale para todas las normas, que en número tan elevado hallamos fuera de la legislación (por ejemplo, en la familia, en el taller, en la vida social), o bien para las normas que el individuo establece para su propia vida privada. Se diferencian solamente en la forma en que se fija el modelo de acción y en los medios con los que se asegura su ejecución.

Una norma, pues, contiene un modelo de acción forjado por la fantasía. Pero el concepto de norma requiere algo más. La representación imaginativa de un modo determinado de conducirse no constituye por sí sola una norma. Cuando yo simplemente imagino el solo hecho de que todos los días, a una hora determinada, realizo un paseo, no se perfila todavía una norma. Para que ella exista es necesario que tenga lugar un paso ulterior. Establezco una norma para mi conducta personal solamente cuando me digo a mí mismo algo así: debes realizar un paseo todos los días, a una hora determinada. En otras palabras: es necesario que entre en juego un momento *imperativo*. Esto es válido para todas las normas, desde las simples reglas de conducta privada hasta las contenidas en las leyes.

Por consiguiente, toda norma contiene *dos momentos*: un *modo de obrar imaginado* y una *expresión imperativa* asociada a él en la conciencia, un "deber" u otro equivalente.

En la filosofía del derecho, sorprendentemente, se ha atribuido poca importancia a la exacta definición de lo que es una norma en general. Mucha confusión se hubiese podido evitar de habernos dedicado a ello, en lugar de partir del concepto de la norma como algo simple y claro. *Ante todo es de importancia fundamental diferenciar los dos momentos* para que no se confundan en algo indeterminado. A conti-

nuación ha de analizarse más de cerca el momento imperativo de la norma legislativa¹.

1

A veces se ha llegado a poner en tela de juicio que la ley tenga carácter imperativo. Por eso hay que preguntarse en primer lugar si efectivamente es exacto que ella tenga tal carácter. ¿Será esta hipótesis algo precipitada? Una reflexión profundizada demuestra que no es así. Puede demostrarse fácilmente que no hay ninguna posibilidad de concebir la ley en forma distinta que como imperativo.

Está claro que la ley no se dicta con el propósito de dar cuenta de que un conjunto de personas —empeñadas en tareas preparatorias— se han formado ciertas representaciones imaginativas, por ejemplo, en el caso de la legislación urbanística, sobre el aspecto de una ciudad. La comunicación de este conocimiento tendría escaso interés y de ninguna manera produciría el efecto que se ha tenido en vista en la ley. La ley tampoco contiene un *juicio sobre un acontecimiento futuro*. Ella no dice, por ejemplo, que la ciudad tendrá efectivamente ese aspecto. Tales juicios podrían emitirse sobre la

¹También el momento imaginativo en las normas legislativas exige, dada la naturaleza de los conceptos jurídicos, un estudio particular. Por una parte hay que puntualizar el significado y el contenido de estos conceptos, por la otra se trata de indagar la manera en que ellos se utilizan en la ley. En mi obra *Gesetz und Staat* (ps. 16 y ss.) los dos momentos de la norma han sido definidos como "contenido" y "forma". Como el último vocablo ha dado lugar a equívocos, parece muy oportuno utilizar los vocablos "contenido" y "señal imperativa" (sobre el último vocablo cfr. el texto, p. 179). En la obra citada el contenido imaginativo de la norma fue tratado con bastante amplitud, y para este argumento partí de las fundamentales investigaciones de HÄGERSTRÖM y de LUNDSTEDT, mientras que la señal imperativa fue tratada tan sólo en forma concisa.

base de la hipótesis de que la ley llegue a cumplirse efectivamente; pero esto es ya otra cosa. La ley no consiste en declaraciones sobre el resultado de su futura ejecución. Además, es evidente que la ley no expresa *esperanzas* en mérito a un acontecimiento futuro, ni tampoco meros *deseos* o *consejos* acerca de cómo debemos conducirnos; en esta forma debe disponerse el plano regulador, en esta forma debe celebrarse el matrimonio, en esta forma debe castigarse al ladrón, etcétera. Es éste, pues, el significado de la ley. Mas ello significa que la ley consiste en una especie de imperativos.

2

Con eso no se pretende decir, de ninguna manera, que el texto de la ley deba concebirse en la forma gramatical del imperativo. En efecto, la forma de expresarse usada en la orden en sentido propio, difícilmente puede usarse en el texto legislativo. A menudo nos servimos de una expresión afin a la orden, que contiene un "debe". Pero puede también usarse la forma del indicativo. En consecuencia, pueden utilizarse distintas formulaciones para expresar el significado imperativo. Éste es siempre presente. Cualquiera que sea el tenor de las palabras, la fórmula de la ley significa: *debemos* conducirnos de esta o de aquella manera. Sin alterar su significado y contenido, el texto puede siempre circunscribirse de manera que quede en evidencia el momento imperativo. Y el significado, entendámoslo bien, no es que debemos conducirnos de una manera determinada para conseguir una ventaja o para evitar una consecuencia desagradable. Es bien sabido que la ley suele contener una previsión de lo que debe esperar el que no da cumplimiento a determinado precepto. Esto no quiere decir que el significado verdadero del precepto consista en el hecho de que de-

hemos conducirnos de una manera determinada para evitar la sanción. Se altera el significado de la proposición legislativa cuando se trata de asimilarla a un consejo o a una amenaza: ¡obra de esta manera si no quieres incurrir en una pena o pagar una indemnización! No, el significado consiste en que debemos conducirnos *incondicionalmente* de una manera determinada².

3

El prototipo del imperativo lo tenemos en la orden en sentido propio. Respecto de ella debemos entrar en detalles³.

La orden se concibe siempre categóricamente. Ella no dice: debes conducirte así, en caso contrario te ha de ir mal.

² A menudo el imperativo contempla formalmente la constitución y modificación de derechos y de deberes. Ello no es más que una manera especial de dictar preceptos de conducta (v. mi *Gesetz und Staat* cit., ps. 105 y ss.). Pero aquí hay una importante y funesta causa de equívocos. Tenemos el ejemplo impresionante en la recensión interesantísima escrita por BINDING sobre la obra de THORE en "Kritische Vierteljahresschrift", 1879; BINDING observa con exactitud que la doctrina imperativista, sostenida por THORE, no concuerda con la admisión de la existencia de derechos subjetivos (cfr. HAGERSTRÖM, *Den objektiva rättens begrepp*, p. 135). Pero BINDING no puede aprobar esta consecuencia. "Los derechos deben saltar" —afirma (*op. cit.*, p. 557)—. Las cosas en realidad son muy distintas: las normas que formalmente disponen la constitución, modificación o extinción de los derechos subjetivos, expresan reglas de conducta, aunque sea por vía indirecta. BINDING no percibe que proposiciones como "el emperador tiene derecho a declarar la guerra" o "los enfermos mentales están incapacitados para contratar", constituyen sólo momentos de reglas de conducta. "El centro de gravedad jurídico —escribe— se halla en el *derecho* del emperador, en la incapacidad del enfermo mental". Concorde con la concepción tradicional jurídica, se imagina que la norma crea *verdaderamente* un derecho para el emperador, en el sentido de una potencia ideal, o quita *verdaderamente* una prerrogativa (más propiamente: le priva de una potencia ideal).

³ Las valoraciones, que siguen, sobre el imperativo en sentido propio, se basan en la fundamental obra de HAGERSTRÖM, que sólo puede leerse

Verdad es que muy a menudo la orden se relaciona con una amenaza o una advertencia, cuya función es atribuirle un mayor grado de fuerza. Pero el agregado que contiene la amenaza o advertencia debe diferenciarse de la orden en sí. Ella sólo dice: ¡Tú debes!, sin agregados, y no ofrece la obtención de una ventaja o la perspectiva de evitar un daño, como motivo de la obediencia. Si la orden, como tal, logra su finalidad, sin el concurso de promesas o amenazas, nace en el destinatario un "propósito libre de valoración" (HÄGERSTRÖM). Así se entiende la orden que no esté motivada con ningún deseo particular del sujeto. Pero puede suceder también, como hace notar HÄGERSTRÖM, que la orden llegue a provocar en forma inmediata una acción sobre su destinatario, sin que éste conciba primero una orden. Los reclutas que realizan un ejercicio de marcha en la plaza de armas ejecutan de una manera puramente mecánica la orden del superior; no se encuentran vestigios en ellos de un propósito: "ahora voy a hacer un ejercicio de marcha", o de otras cosas parecidas. Sin embargo, es innegable la ausencia de valoración. En el instante de la acción no es necesario que en sus conciencias obre el pensamiento profundo de las consecuencias de una desobediencia. A pesar de esto, ellos reaccionan en la forma preestablecida. (Es otra cosa que la amenaza de la pena sea uno de los medios para inculcarles una disposición de ánimo que los haga sensibles a esta clase de órdenes. En cuanto se crea una cierta receptividad, no se necesita como motivo ninguna reflexión sobre las consecuencias de una acción distinta de la que ha sido ordenada, y esto generalmente no sucede.)

lamentablemente en su texto sueco, *Till frågan om den objektiva rättens begrepp*, 1917, t. 1, ps. 51 y ss. Cfr. también del mismo autor, los *Socialfilosofiska uppsatser*, 1939, ps. 70 y ss.

Cuando obra una orden enérgica y vigorosa como tal, se produce una forma de sugestión. Naturalmente la orden no tiene ese mismo resultado en cualquier situación. Por una parte se requiere cierta fuerza y cierto prestigio en el autor de la orden; por la otra, una actitud de receptividad en aquel a quien está dirigida la orden. A menudo se agrega a ello en quien imparte la orden una posición de autoridad que se basa en la condición de progenitor o en el grado que reviste en la organización estatal, y, por lo general, la amenaza de la sanción se perfila en el fondo. Pero esto no significa de ninguna manera, como claramente lo demostró el ejemplo de los reclutas, que la ejecución de la orden sea esencialmente provocada por reflexiones sobre las probables consecuencias de una desobediencia. Sería grave error suponerlo. La actitud autoritaria y la amenaza de las sanciones, por el contrario, obran como medida que refuerza la sugestión. Es posible que no exista en absoluto una reflexión sobre las consecuencias eventuales. No obstante, siempre y en cuanto dichas reflexiones se concibieran, éstas, en contraste con la sugestión, desempeñarían un papel secundario. Tal vez adquieran significado sólo en el caso en que la sugestión sea ineficaz⁴.

4

En la orden pueden distinguirse dos elementos: por una parte, *el contenido imaginativo*; por la otra, *la forma imperativa*. El autor de la orden debe expresar, pues, una representación del comportamiento que desea provocar en el destinatario del precepto. En segundo lugar debe usar un instrumento de expresión dirigido a suscitar en el destinatario el

⁴ Un estudio profundizado sobre esta cuestión sobrepasaría los límites de la presente exposición.

propósito de realizar la acción respectiva, o bien, a provocar directamente la acción.

El momento imaginativo de la orden puede dejarse aquí a un lado. El autor de la orden enuncia pura y simplemente la acción que quiere provocar en el otro sujeto. El significado y la importancia de la forma imperativa son, en cambio, los que requieren una consideración más concluyente. Sobre este punto se ha incurrido muy a menudo en equívocos que han influido en las concepciones sobre el carácter de las normas jurídicas.

En primer lugar hay que dejar establecido con la mayor precisión que la forma imperativa misma, es decir, el "tú debes" de la orden, no suscita ninguna *representación imaginativa* en el destinatario. El proceso imaginativo que en este último se suscita es únicamente una imaginación de la conducta ordenada en relación con las palabras "tú debes" (o bien, "yo debo"). *No existe un contenido imaginativo que corresponda a la palabra "deber"*. Lo que el destinatario percibe con relación a esta palabra es únicamente la palabra, y no lo que con ella se quiere expresar⁵.

Debe indagarse, además, de qué manera la expresión de la orden obra sugestivamente. A tal efecto, en primer lugar, basta comprobar pura y simplemente que la expresión de la orden realmente obra así. El nexo aparece más claro cuando comparamos la orden con la expresión de un *propósito: quiero hacer esto o aquello*. Aquí se halla, como ha demostrado HÄGERSTRÖM, una asociación de dos manifestaciones de con-

⁵ Cfr. HÄGERSTRÖM, *Socialfilosofiska uppsatser*, p. 72: "Este ¡tú debes! no suscita ninguna imaginación en el destinatario de la orden que pueda calificarse como el significado de aquella palabra. Sólo la designación del comportamiento que se «debe» realizar, suscita una imaginación correspondiente, es decir, del comportamiento indicado. Lo que se percibe con el experimento de la verdadera forma de la orden, es ésta misma solamente" (traducción del autor).

ciencia, es decir, por un lado la imaginación de una conducta determinada y por el otro un impulso volitivo. El último se exterioriza en este "quiero". Con ello no se pretende comprobar la existencia del impulso volitivo. No se trata tampoco de un acontecimiento futuro: yo quiero actuar realmente de esta o de aquella manera. No, "yo quiero" es una expresión refleja del mismo impulso volitivo. Esto último puede expresarse también de la misma manera en gestos faciales que reflejan decisión. La expresión verbal y la mímica son en todo comparables. Un fenómeno similar se encuentra en el campo afectivo. Con una exclamación gozosa no revelamos que estamos contentos. La exclamación es una inmediata y espontánea manifestación del sentimiento mismo y puede asimilarse a la expresión mímica que traiciona el gozo.

Expresar un propósito sirve también para crear una autosugestión. Cuando me digo enérgicamente: ¡quiero hacer esto!, refuerzo mi propósito. Encontramos aquí una aplicación del principio por el cual la expresión de un sentimiento o de una volición no obra sólo como *expresión*, sino, por el contrario, puede tener por objeto el *suscitar* o reforzar un sentimiento o una volición correspondientes.

Cuando un niño se echa a llorar, sucede a menudo que otro se contagia con ese llanto. Igualmente contagiosas son las manifestaciones de regocijo. El decidido propósito de un hombre de penetrar en un lugar peligroso, puede análogamente estimular a otras personas, etcétera.

Mas así como las manifestaciones del sentimiento o de las voluntades, provocan en forma del todo natural, fenómenos de simpatía o bien pueden servir para la autosugestión, de la misma manera pueden usarse deliberadamente para ejercer un influjo sobre los demás. Es exactamente lo que sucede con una orden. Su "¡tú debes!" puede, bajo ciertos

aspectos, suscitar un simétrico "yo quiero", o estimular directamente una acción. Es una manifestación de voluntad que sirve para provocar una volición.

La expresión de una orden es, en consecuencia, afin a la de un propósito. Su significado no consiste en advertir a algún oyente atento que el autor de la orden quiere algo. Semejante comprobación objetiva dista de ser una orden⁶. Naturalmente no es intención del autor de la orden anunciar que aquel a quien está dirigida la orden, actuará efectivamente de una u otra manera. El "¡tú debes!" que emplea es un medio para provocar una acción del otro. La expresión hablada es también aquí comparable a la mímica. A un niño lloroso se le grita: ¡Calla!, o ¡Vete de aquí! En cambio, si nos hallamos en un lugar donde se prohíbe hablar, en sustitución de la palabra nos ponemos el dedo sobre los labios y señalamos con la mano. Esos signos tienen exactamente el significado de la orden verbal. El gesto constituye un medio de manifestación del contenido imaginativo y obra sugestivamente en forma simultánea en relación con la expresión de la cara y con toda la actitud. (Que, por otra parte, el gesto de por sí sea menos eficaz que la palabra, es otro asunto. El lenguaje es un poderoso instrumento de manifestación para las órdenes y en la mayoría de los casos nos servimos del gesto para reforzar la palabra hablada.)

⁶ Cfr. KAINZ, *Psychologie der Sprache*, 1941, t. 1, p. 182, donde con respecto a la orden, entre otras cosas, dice: "No se trata de una manera teórica de comunicar el conocimiento, ni de una enseñanza objetiva, sino de una influencia sobre la acción. Los contenidos expresados con palabras no sirven sólo para el conocimiento sino que deben producir inmediatamente efectos prácticos".

5

La orden obra en forma sugestiva justamente como expresión de voluntad. Como tal puede suscitar en el destinatario un correspondiente impulso volitivo. Por ello debe llevar la orden también el sello de la energía para tener efecto sugestivo. Palabras pronunciadas en modo débil, puramente mecánico, carecen de ese efecto. Cuanto mayor es la resistencia psíquica que hay que vencer, tanto más fuerza hay que imprimir a la orden para alcanzar la finalidad.

La expresión imperativa no se configura, pues, con el mero uso de determinadas palabras. Pertenecen a la esencia de la orden no sólo las palabras, sino también el modo de pronunciarlas, así como la expresión del rostro, los gestos, y en general el modo de conducirse del que imparte la orden. Todo ello compone el cuadro de la expresión imperativa en sentido amplio. Además, las palabras deben pronunciarse en cierta relación de conceptos a fin de que puedan tener el carácter

Como apropiada denominación de la expresión de la de una orden.

orden en esta amplia acepción podemos elegir el término "*señal imperativa*"*. Por el término entendemos todo aquello que constituye el elemento volitivo de la orden, es decir, todo lo que sirve no para provocar una imaginación de la conducta deseada, sino un impulso que conduzca a dicha actitud.

6

En lo que antecede se han examinado principalmente los tipos más acentuados e intensos de orden. Pero existen tam-

* "*Imperativzeichen*" puede traducirse por "señal (*Zeichen*) imperativa", pero *algunas veces* no está mal emplear la expresión "manifestación imperativa" (N. del T.).

bién órdenes de otra naturaleza. No es necesario que se ejerza siempre una sugestión ni tampoco poner un acento especial sobre la orden. Esto sucede, por ejemplo, cuando le encargamos al mozo del hotel que esté con el equipaje en la estación. Él cumplirá el encargo. A menudo nos valemos de un tono expresivo cortés, atenuado. Hasta puede usarse la forma interrogativa⁷.

La señal imperativa cambia en los diferentes casos. Hay infinidad de gradaciones conforme a la situación concreta. Que una orden se dé en una forma u otra (y que pueda darse de manera que tenga efecto), depende de numerosos y variados factores: la naturaleza de la conducta objeto de la orden, la predisposición general del destinatario, las relaciones existentes entre este último y el autor de la orden (existe gran diferencia entre el caso en que se trate de una relación casual y el otro en que subsista una relación constante de subordinación), etc. El que es empleado como mozo de un hotel, recibe normalmente de los clientes del hotel las órdenes relacionadas con su trabajo. En efecto, se lo ha empleado para ejecutar determinada clase de imperativos que se le dirigen, ya que ésta es una condición indispensable para poder conservar su empleo. En otras palabras: aquí aparece un motivo constante, que obliga a cumplir determinados actos no bien se dé una orden, por menos expresa que sea. La orden sirve sólo para estimular, por decirlo así, en determinada dirección, esta preexistente disposición a obrar, no para ejercer una sugestión.

Podemos dividir así las diferentes señales imperativas en *sugestivas* y en *estimulantes a la acción*. Entre los tipos extremos existen numerosas formas de transición. La señal

⁷ KAINZ, *op. cit.*, ps. 224 y ss.

imperativa recorre una gama de gradaciones, desde la orden decididamente seca, típica, llena de energía, a la directiva incolora. En efecto, las órdenes pueden adoptar el tono expresivo del deseo, de la exhortación y del consejo. No existe un límite neto entre los distintos medios con los cuales se influye sobre las acciones de los demás hombres. Los tipos más acentuados se distinguen con mucha claridad, como sucede con los colores más definidos del arco iris. Pero entre ellos, como en el arco iris, existe una gama de formas que imperceptiblemente se confunden.

7

Entre las señales imperativas podemos distinguir —aquí también sin una precisa línea demarcatoria— dos diferentes tipos que prácticamente podemos definir como señales imperativas *espontáneas* y *convencionales*. A la categoría de las señales espontáneas pertenecen naturalmente las expresiones mímicas. Pero también las verbales pueden considerarse como pertenecientes a esta categoría, en cuanto puedan calificarse como “naturales”, esto es, que no sean especialmente reguladas. “Naturales” son especialmente las relacionadas con la expresión de un propósito como el simple “tú debes” y otras similares.

Las señales imperativas convencionales son aquellas que en alguna forma sean reguladas y estandarizadas. Un ejemplo típico nos lo dan las órdenes militares, cuyo significado está exactamente determinado en el reglamento (de no ser así, en muchos casos no tendrían ningún significado inteligible, puesto que a menudo están acuñadas por específicas exigencias militares).

Con la estandarización tiene relación el que se infunda, en quienes deben obedecer, una particular *predisposición* a la

obediencia, como sucede por ejemplo con los reclutas. Esto de ninguna manera significa que quede excluido el prestigio personal del comandante. Por el contrario, esto reviste la mayor importancia en las relaciones militares. De todos modos constituye una condición necesaria para la eficacia del imperativo convencional el hecho de que se haya inculcado una manera fija de reaccionar en los destinatarios de la orden. De lo contrario puede suceder que tales señales imperativas no obren con eficacia apreciable.

También en este aspecto es válida la observación de que las palabras o las señales por sí solas, como fenómenos aislados, no constituyen señales imperativas. Ellas funcionan como tales en el único caso en que actúen como momento de una situación de naturaleza general determinada. Un movimiento del brazo significa, por ejemplo, según el reglamento militar, que la columna debe ejecutar una conversión a la derecha. Pero el gesto reviste este significado naturalmente sólo cuando lo realiza el comandante en presencia de la tropa, y no cuando ensaya la orden en casa frente al espejo, o cuando un niño pasa delante de la tropa y ejecuta igual gesto con el brazo.

8

La orden en sentido propio implica una relación entre dos personas. Pero sucede en muchísimos casos que una frase o una señal funcionan como órdenes, sin que se perfile una relación personal entre una persona que imparte una orden y otra a quien está dirigida. La proposición "¡debes decir la verdad!" puede ser pronunciada como una orden, por ejemplo, por el preceptor de un niño. Pero esta misma proposición se le puede presentar al niño en otra forma, es decir, bajo el aspecto de *enseñanza*. Se le enseña al niño que todo hombre

debe decir la verdad, se le imprime el concepto de que es honesto decir la verdad, y deshonesto lo contrario.

Infúndase la proposición en esta o en aquella forma, ella quedará arraigada en la conciencia de los hombres de dotes normales, y obrará con real significado sugestivo. Aun sin que nos imaginemos una persona en actitud de impartir una orden, la máxima "¡debes decir la verdad!" irrumpe en nosotros no bien nos sentimos tentados de hacer una afirmación insincera, o cuando encaramos el problema de tener que conducirnos en forma éticamente correcta. El hecho de que dicha máxima pueda tener un efecto sugestivo tan poderoso, como ocurre en verdad, debe naturalmente atribuirse a causas especiales. Un mandamiento como el que se ha examinado como ejemplo, corresponde a una instintiva o conscientemente sentida necesidad social. (La búsqueda de este conjunto de causas, por el momento, puede dejarse de lado. A nosotros sólo nos interesa comprobar que la proposición tiene un efecto sugestivo.)

Evidentemente aquí nos hallamos frente a algo distinto de la orden en sentido propio. Falta la relación entre personas. En su reemplazo surge en la conciencia una expresión imperativa conectada con la imaginación de un modo determinado de conducirse. El efecto psicológico de una expresión semejante no es idéntico al efecto que tiene la orden sobre el destinatario, aunque existen algunos puntos de afinidad⁸. Por eso hay que distinguir las dos situaciones también en su denominación. Como nuestro idioma no posee una vocablo que designe expresamente el imperativo del último tipo, hay que fabricar uno. Parece oportuno poder emplear la ex-

⁸ Cfr., a tal fin, HÄGERSTRÖM, *op. cit.*, ps. 60 y ss., espec. ps. 115 y ss.

presión *imperativo independiente* *, puesto que la expresión imperativa funciona independientemente de la situación de la orden. La denominación *orden* puede, en armonía con el uso lingüístico corriente, referirse a la orden en sentido propio, con la que se afirma una relación entre varias personas.

El concepto común, según esta definición, se llamaría *imperativo*. Las dos subespecies son: *órdenes* e *imperativos independientes*.

Deben clasificarse dentro de la categoría del imperativo independiente todos aquellos casos en que una señal imperativa funcione independientemente de la relación personal, característica de la orden. Es obvio que también en este campo no es posible trazar una línea demarcatoria definida; antes bien, se ha de operar con una pluralidad de configuraciones intermedias. La relación personal se va atenuando, hasta desaparecer por completo como cuando, por ejemplo, advertimos la voz interna: ¡debes decir la verdad! Una de las configuraciones intermedias consiste en el hecho de *imaginarnos*, en relación con una orden cualquiera, una persona o una divinidad en actitud de impartir aquella misma orden. Pero ni siquiera hace falta que exista tal imaginación. El mandamiento puede obrar de manera del todo independiente en la conciencia, y así ocurre como con la regla en un caso como el citado.

9

La categoría del imperativo independiente es extremadamente amplia. En general se incluyen en ella los manda-

* "*Freistehend*" se traduce como "el que subsiste libre o independientemente"; no confundir con "independiente" (*unabhängig*). Por ello, puede traducirse "imperativo independiente"; pero a veces está bien decir "impersonal" (N. del T.).

mientos tocantes a la moral. Los diez mandamientos del Viejo Testamento constituyen, entre otros, un grupo de antiguas formulaciones, que en la sucesión de los milenios fueron legadas de generación en generación. Ellos nos proporcionan un impresionante ejemplo de imperativos independientes.

La ley debe contarse también entre los imperativos independientes. La llamada teoría imperativista en la filosofía del derecho abarca una serie de tentativas para explicar las normas legislativas como órdenes en sentido propio. A tal fin se debería suponer una voluntad estatal superindividual, o bien demostrar que una o determinadas personas en la actividad de formación de la ley desempeñan el papel de autoras de órdenes. Ninguna de las dos demostraciones es posible. La voluntad superindividual del Estado es una pura ficción. En cuanto a los que colaboran en la formación de la ley, ellos revistan en una posición totalmente distinta de la de autor de órdenes. Es en absoluto erróneo afirmar que ellos imparten órdenes en sentido propio, cuando dictan una ley. Contra esta concepción puede aducirse toda una serie de argumentos, cada uno de los cuales decisivo por sí mismo: falta la relación personal; no es necesario que los sujetos que normalmente desarrollan la actividad de legisladores tengan ningún conocimiento del contenido de las leyes; ellos mismos, en general, están sujetos a las leyes que aprueban; etc.⁹

Resumiendo: por una parte está claro que la ley tiene carácter imperativo; por la otra, que no contiene órdenes en sentido propio. Por consiguiente, la ley pertenece a la categoría que aquí hemos definido como imperativo independiente.

⁹ Cfr., entre otros, a LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, ps. 171 y ss. En este campo se advierten las consecuencias de un análisis deficiente de los conceptos de norma y de orden.

Como para las órdenes en sentido propio, también para los imperativos independientes podemos distinguir entre el contenido imaginativo y la señal imperativa. Toda norma es un imperativo independiente. Los dos momentos de cada norma, como se ha demostrado en la introducción, son justamente el contenido imaginativo y la señal imperativa.

En el mandamiento “¡debes decir la verdad!”, la señal imperativa consta simplemente de las palabras “tú debes”. La misma función desempeñan expresiones como: “es honesto decir la verdad” o “es tu deber decir la verdad”.

En la vida social de los hombres encontramos un sinnúmero de imperativos independientes de los tipos más variados. Un ejemplo accesible y vulgar nos lo dan las innumerables indicaciones y demás aparatos que disciplinan el tránsito moderno. Estas señales viales se proponen llamar la atención sobre lo que se debe y sobre lo que no se puede hacer. Sabemos muy bien que esas señales imperativas funcionan como tales, como ocurre con la señal imperativa que se expresa en la orden en sentido propio, cuando se encuentran en determinadas circunstancias. El semáforo no tiene ningún carácter imperativo cuando yace amontonado junto con los demás en el taller del barnizador o cuando está sepultado en un hoyo del camino; pero sí cuando se le coloca en su lugar, de modo que se comprende que ha sido puesto allí para regular el tránsito.

Aquí se trata de señales imperativas de naturaleza particularmente evidente. Pero se dan también casos en que el carácter imperativo no salta tan claramente a la vista. Consideremos, por ejemplo, el cerco de un terreno. Éste cumple una doble función. En primer lugar constituye un obstáculo

físico que impide el acceso al terreno; pero al mismo tiempo el cerco sirve como una señal de prohibición: ¡aquí se prohíbe la entrada! Esta señal de prohibición pertenece a aquellas a las cuales los hombres han aprendido a reaccionar: "Las cerraduras han sido colocadas para los hombres honestos, no para los ladrones", dice un refrán. El obstáculo físico constituido por la cerradura o por el cerco, es en general demasiado débil para poder resistir el ataque del que no respeta, como persona honesta, la prohibición.

Aun el simple pensamiento de que una cosa es de propiedad ajena, cumple la función de una señal imperativa¹⁰. Este pensamiento obra como una prohibición: "sin autorización, no puedes disponer de esto". Desde la primera infancia se nos enseñó que podemos disponer a nuestro antojo, como dueños, sólo de lo que nos pertenece. La propiedad ajena, por así decirlo, está protegida por un muro de defensa. Esta prohibición vale para todo aquello que por un motivo particular (p. ej., regalo o compra) no consideremos de nuestra propiedad.

Con un análisis más profundo se comprueba efectivamente que la vida social del hombre está entretrejida con una auténtica red de imperativos de todos los tipos imaginables. El único problema que aquí deberíamos encarar es sólo el de saber en qué consiste la señal imperativa de una ley.

11

Como lo hemos dicho, las proposiciones de la ley escrita tienen siempre carácter imperativo, cualesquiera sean los términos en que se formulan. Su significado puede expresarse siempre en un "deber", aun cuando se use la forma del

¹⁰ Cfr. mi *Gesetz und Staat*, cit., p. 107.

indicativo. Con ello no se individualiza todavía la característica forma imperativa de la ley. El simple proyecto tiene exactamente el mismo contenido y la misma forma de la ley. Pero los imperativos de un proyecto legislativo no se conciben como verdaderos imperativos, o más exactamente, no son psicológicamente eficaces. Se vuelven tales cuando el texto del proyecto ha recorrido el acostumbrado procedimiento de sanción de la ley. En este procedimiento debemos, pues, individualizar el momento decisivo para la imperatividad.

En general puede afirmarse que la proclamación de una ley, en forma constitucional, constituye una manifestación imperativa. La observación de las formas establecidas en la Constitución es normalmente esencial en un Estado moderno. Aquí se encuentra, en una perfecta acepción, una manifestación imperativa convencional. El significado efectivo de la proposición, según la cual el proyecto "se convierte en ley", consiste en esto: que a él se le atribuye esta señal imperativa.

Las formas varían en los diversos países y en tiempos distintos. Pero se advierte la necesidad —y ésta es especialmente grande en las circunstancias actuales— de una manifestación imperativa fijada en forma clara, según la cual podamos guiarnos. Ella se adquiere, por lo común, con la *promulgación*, que consiste, por ejemplo, en la firma, por parte del jefe del Estado, de un documento que contiene el texto original de la ley sancionada, consuetudinariamente acompañado por locuciones estereotipadas, que instan al cumplimiento de la ley.

La literatura jurídica publicista coincide en general en considerar la promulgación (con este término podemos definirla) como acto mediante el cual el proyecto alcanza definitivamente el carácter típico de la ley. Pero el acto de la promulgación es objeto de una apreciación equivocada cuando

se le atribuye, concientemente o no, un efecto que no *puede* tener. Es decir que se piensa que la promulgación atribuye a las normas formuladas en el proyecto "una fuerza obligatoria", en el sentido tradicional. Pero esta "fuerza obligatoria" no puede concebirse como una efectiva realidad de hecho. Con ello no se la supone como indicando que los imperativos de la ley sean psicológicamente eficaces. No compartimos en modo alguno la opinión de que la ley es obligatoria sólo para aquellos sobre los cuales sus normas ejercen una influencia efectiva tal, que los induce a conducirse conforme a ellas. En tal caso, la ley sería entonces "obligatoria" sólo para las personas honestas, ¡no para los ladrones, los asesinos y los estafadores! No, la fuerza obligatoria de la ley, se concibe en forma más o menos determinada, como una obligación interior, incondicionada. Se quiere precisar este pensamiento afirmando que la ley contiene un "deber objetivo". Ahora bien; es evidente que un monarca o un jefe de Estado no pueden atribuir a una norma cualquiera el carácter de un deber objetivo ni conferirle fuerza obligatoria en el sentido tradicional, cuando suscriben un texto. Este deber objetivo, esta fuerza obligatoria no es de manera alguna una realidad tangible. Aquí se perfila simplemente un concepto metafísico, explicable por el *sentimiento* del deber moral de obedecer a la ley ¹¹.

Por eso se nos presenta, evidentemente, un problema insoluble, cuando se quiere explicar el acto de la promulgación sobre la base de la suposición de que él confiere al proyecto de ley "la fuerza obligatoria" en cuestión y le otorgue el carácter de un deber objetivo. Pueden distinguirse dos clases de respuestas a este problema imposible. La prime-

¹¹ Cfr. *Gesetz und Staat*, introducción.

ra consiste en tomar en serio la metafísica y afirmar que se verifica un proceso mágico. En este sentido, por ejemplo, está orientado BINDING¹². Califica el acto de promulgación como un acto creativo por cuyo intermedio se crea un orden ideal. De esta manera, él no hace más que enunciar la consecuencia de la ideología jurídica con referencia a la ley.

¹² BINDING, "Kritische Vierteljahresschrift", vol. 21 (1879), ps. 550 y ss. Se acerca mucho a la verdad, pero su concepción metafísica le impide alcanzar una concepción realística del significado del acto legislativo. Distingue dos momentos en la ley: 1) "la expresión del pensamiento jurídico", y 2) "la expresión de la voluntad jurídica", es decir, la emanación solemne: "la manifestación solemne de la voluntad autoritaria del legislador de que lo que está escrito sea derecho" ("*ita jus esto*"). De este segundo momento, llamado por LABAND "orden de la ley", escribe BINDING: "No es una orden: es la declaración solemne de que algo, que antes no era derecho, llevará en adelante la calidad de norma jurídica; es un *acto creativo*, y el imperativo *ita jus esto* se explica sólo con la duda, que al respecto existía antes y a la que se quiere remediar: [la orden de la ley] resuelve la cuestión de sí o de no. Se puede *ordenar* que algo *se convierta* en derecho, puesto que se puede imaginar de todos modos una actividad dirigida a la ejecución de dicha orden; no se puede «ordenar» que algo *sea* derecho, pues tal precepto sería inejecutable; en cambio, se puede convertir algo en derecho. Dando vida a una ley, el legislador crea en un primer momento un *orden ideal*: el orden por él concebido en la ley le parece ser el que más responde a la justicia, por cuyo motivo lo eleva a orden jurídico ideal. Esto se hace en vista de una futura realización práctica de dicho orden: la sanción dada a la ley no significa nada más que este orden se reputa justo, y, en consecuencia, se aprueba" (ps. 552 y ss. Si bien BINDING no se contradice, este "reputarse" debe significar al fin de cuentas como erigirlo en un orden ideal). BINDING ha captado con exactitud que la diferencia esencial entre proyecto de ley y ley consiste en el momento imperativo. Es esto lo que procura explicar. Pero lo hace partiendo del postulado de que la ley *es* manifestación de la voluntad del Estado. Esta voluntad debe manifestarse para alcanzar relevancia jurídica, conforme a las consideraciones expuestas a este respecto. Por eso el acto legislativo es una declaración de voluntad de parte del Estado. La voluntad que se aclara aquí, supuestamente, es difícilmente alcanzable. Es pura ficción. Pero esto no basta. La declaración de esa mística voluntad tendría por efecto que se *crearía* un orden ideal conforme al

Pero los juristas de hoy no se inclinan a extraer estas conclusiones, a pesar de que no desbrozan el campo de suposiciones erróneas, de las que derivan dichas conclusiones. Ellos admiten la premisa (aquella según la cual el proyecto de ley, por intermedio del acto de promulgación, conseguiría una fuerza obligatoria en la acepción metafísica), pero ignoran o descuidan deliberadamente la consecuencia: que debería verificarse un hecho milagroso. En lugar de esto, se afirma hoy por lo general que la promulgación es un *acto de comprobación*. Sería una comprobación oficial de que la ley ha comenzado a existir. Pero esta posición es insostenible. Frente a ella se manifiestan como antinómicos los dos hechos siguientes: por una parte, que la promulgación es el momento final en el proceso de formación de la ley, y por la otra, que se la considera como comprobación de que la ley ha comenzado a existir. La ley no puede considerarse existente hasta que la formalidad de la promulgación no haya concluido. Este acto no puede consistir en la comprobación de sí mismo, como de algo que ya tuvo lugar.

En Suecia la promulgación consiste en la aplicación de la firma del rey en el texto original de la ley. Con esta operación el rey no *comprueba* nada. Determinadas comprobaciones han tenido lugar *antes*, por obra de funcionarios competentes, los cuales se cercioran, siempre que sea necesario, de que hay un voto del parlamento, etc. La contribución del rey no consiste más que en la ejecución de la firma. Esta operación puede ser comparada a una orden verbal, o a la

contenido de aquélla. Aquí, sin darse cuenta, BINDING introduce en su doctrina de reflexión un elemento extraño. "El derecho" no se identifica más con la voluntad misma, sino con un orden ideal, creado al declarar aquella voluntad. ¿Por qué no dice abiertamente que la declaración hace conocer el contenido de la voluntad?

ejecución de una señal óptica del buque insignia. Trátase, en efecto, de una manifestación imperativa y nada más; a lo sumo, de una manifestación imperativa que tiene una relevancia particularmente notable para la comunidad ¹².

Aquí también es aplicable la advertencia de que la manifestación imperativa no puede ser considerada aisladamente. Ella no consiste, por ejemplo, en un monograma sobre una hoja de papel. El monograma vale como manifestación imperativa sólo cuando la firma ha sido estampada en una secuela de actos constitucionalmente determinados. Prácticamente, esto se realiza, entre otras cosas, por publicar en el boletín oficial solamente textos respecto de los cuales se ha observado tal orden. Hay, además, garantías, p. ej. en una monarquía constitucional, que relacionan la promulgación con el voto, que según la Constitución debe darlo una asamblea legislativa, a fin de que exista ley.

La relación entre el imperativo inmanente en la promulgación y el imperativo singular de la ley, puede con alguna aproximación compararse con la que existe entre el "¡aten-

¹² Nos llevaría demasiado lejos, y es completamente superflua, una investigación dirigida a descubrir, teniendo en cuenta las distintas concepciones surgidas en la literatura jurídica publicista, dónde reside el momento decisivo común a las distintas Constituciones. Si somos de la opinión que lo que convierte el proyecto en ley "obligatoria" es un momento del proceso formativo de la ley en el sentido aquí indicado, distinto de la promulgación, la misma crítica, *mutatis mutandis*, puede dirigirse contra cada una de dichas concepciones. No se logrará nunca demostrar que un acto cualquiera de los órganos legislativos pueda atribuir a alguna norma "fuerza obligatoria" en el significado tradicional, por el simple motivo de que esta fuerza obligatoria no es concebible. Dichos actos, cualesquiera que sean, tienen sólo una relevancia psicológica de hecho. Esto es lo esencial, que debe ponerse de relieve. Agréguese, además, que todo discurrir sobre mandamiento legislativo está fuera de la realidad, si se refiere a dicha orden de parte de la inexistente voluntad del Estado, o si se la concibe como una orden en sentido propio.

ción!" del comandante y las órdenes individuales que a ésta le siguen. El "¡atención!" debe estimular la predisposición para entender las órdenes sucesivas. La atención está polarizada, de manera que el comandante tiene a la tropa en su mano. Con cierta analogía el imperativo expresado en la promulgación crea una condición para la eficacia del imperativo singular.

12

Ocurre que con las revoluciones surge una nueva Constitución, sin que se hayan respetado las normas fijadas en materia de legislación por la vieja Constitución. Esto significa que no se aplica el imperativo convencional que tuvo eficacia hasta aquel momento sino una forma nueva, creada para la situación, aunque a ésta a menudo se la elige parecida, en la medida de lo posible, a la antigua. Que la nueva Constitución se haga efectiva o quede en el papel, depende evidentemente de los factores que condicionan el éxito de la revolución.

Respecto a las normas consuetudinarias, no existe ninguna forma imperativa convencional. Por eso no hay ningún criterio formal para dichas normas. Hoy en día las nuevas normas consuetudinarias se desarrollan por el uso. Ello se realiza de esta manera: una decisión o una serie de decisiones similares del más alto tribunal se consideran como modelo según el cual debemos conducirnos, sobre la base de la autoridad del tribunal supremo y de la exigencia de uniformidad de la jurisprudencia. Un modo de conducirse efectivamente respetado, es tomado como modelo y se le agrega un "tú debes". De esta manera nace un imperativo impersonal, sin acto formal dirigido a producirlo.

La importancia psicológica de una manifestación imperativa no es siempre la misma. Por el contrario, debemos comprobar en este aspecto diferencias notables. Esta observación se ha hecho con relación a las órdenes en sentido propio. Desde las órdenes acentuadas, llenas de fuerza, hasta las directivas completamente débiles, existe una amplia gama de gradaciones. La misma variedad de configuración se encuentra en el grupo de las manifestaciones impersonales.

En verdad no se puede individualizar el acto de promulgación de la ley como un acto dotado de eficacia sugestiva, como en la orden en sentido propio, de manera que a él se le debería atribuir una causa esencial para que la ley sea obedecida. El acto frecuentemente repetido, realizado con conformística adhesión a la práctica, no ejerce ningún efecto como instrumento de sugestión. Su relevancia se capta en otro plano, y consiste en el hecho de introducir determinado grupo de modelos de acción en el sistema de las reglas, a las que se remite el respeto a la ley.

La obediencia frente a la ley no tiende a procurar que se sigan ciertos modelos de comportamiento, sino, más bien, a que se respeten las normas que presentan el carácter formal de la ley. Dichas normas están sujetas a determinados cambios. Algunas decaen, otras se agregan al sistema preexistente. La fidelidad para con las leyes obra con relación a las normas que en un instante cualquiera pertenecen al sistema. Los actos legislativos establecen cuáles normas deben pertenecer al sistema. Ellos desempeñan, en relación con la fidelidad a las leyes en general, la misma función que el interruptor cumple con respecto a la corriente eléctrica. La

corriente enciende la lámpara. Pero es necesario accionar el interruptor para provocar el flujo.

Se puede expresar el concepto de la siguiente manera: la fidelidad del pueblo para con las leyes significa que los súbditos tienden a guiarse en sus acciones según modelos caracterizados porque están dotados de determinada manifestación imperativa. En la Constitución se establece en qué debe consistir esta manifestación. La creación de una nueva ley y la abrogación de una vieja, significan que a distintos grupos de modelos de acción se les atribuye, y se les quita respectivamente, esta señal imperativa. Por consiguiente, la disposición a obedecer a las leyes se extiende automáticamente a las nuevas normas y, por el contrario, se extingue con respecto a las viejas; es decisivo su carácter formal, consistente en el hecho de estar dotadas de una manifestación de sello imperativo conforme a la Constitución. El medio lo constituye el cumplimiento de la Constitución misma. Ésta hace que el acto de promulgación, en sí misma una formalidad vacía, se vuelva eficaz engranaje del mecanismo estatal; conmutador que conduce en varias direcciones la corriente de fidelidad a la ley. La señal imperativa tiene aquí el valor de un aparato automático, no de un aparato de sugestión.

14

Sobre la base de los argumentos desarrollados, podemos distinguir las funciones de *los autores de la ley* de las del *legislador* en sentido abstracto. Autor de la ley es aquel que concibe un prototipo de acción y lo expresa en un texto, de manera tal que suscita en el lector correspondientes imaginaciones mentales. Legisladores son aquellos que cooperan en el desarrollo del procedimiento formal que concluye con el

acto de la promulgación, completando el texto ya elaborado de la manifestación imperativa.

No es necesario que el legislador, en su condición de tal, haya participado en la elaboración de la proposición normativa. Hasta puede hallarse en la más completa ignorancia con respecto a su contenido, cosa que sucede a menudo. Por eso ocurre raramente que un monarca constitucional tenga un conocimiento generalizado de las leyes que de él emanan, y aún más raramente que haya ejercido alguna influencia sobre su contenido. De hacerlo, cumple algo que no es esencial a su función de legislador. Ésta consiste únicamente en atribuirle al texto la convencional señal imperativa. Aun es posible que los miembros del gobierno y del parlamento no estén interiorizados del contenido de la ley, y a menudo no lo están. Lo que prácticamente es esencial para la aceptación de un proyecto de ley es el hecho de que alguna persona influyente, entre las que se desempeñan como legisladores, aprueben las normas propuestas y se preocupen de obtener que se conviertan en leyes. Un ministro o un diputado se interesan por una cuestión, y otro por otra. A veces sucede que ellos actúan por completo bajo la influencia de una fuerza extraña. Por consiguiente, no es esencial a su misión de legisladores que hayan tomado parte en la elaboración del prototipo de acción contenido en la ley. Es esencial para el legislador sólo haber intervenido en determinadas operaciones, que encuentran su momento conclusivo en el acto de la promulgación.

Con las consideraciones que anteceden se ha desarrollado concisamente el argumento de la individualización del momento imperativo de la ley. Hemos descubierto que las

proposiciones legislativas tienen siempre carácter imperativo, pero que también el acto legislativo, por cuyo intermedio estos imperativos se vuelven psicológicamente eficaces, se presenta como una señal imperativa. En eso consiste el verdadero significado de este acto. Lo que ha impedido a la ciencia jurídica poner en evidencia realista este significado, es la atadura de una concepción metafísica. Si se considera que el acto legislativo atribuye a las normas una fuerza obligatoria, en el sentido tradicional, el significado de este acto no puede explicarse racionalmente. Una explicación se hace inmediatamente posible, cuando nos demos cuenta que respecto de este problema se trata tan sólo de aclarar una relación psicológica. Si se recorre este camino, se descubre que el problema del imperativo de la ley constituye solamente un aspecto del más amplio problema de las señales imperativas en general y de su función en la comunidad humana. Nos hallamos frente a un vasto conjunto de problemas. Pero esos problemas son, en principio, solubles.

Este libro se terminó de imprimir
el día 29 de Mayo de 1959, J. Bona
Hipólito Yrigoyen 1954, Buenos Aires
al cuidado de ROBERTO SUARDIAZ.