

IMPERATIVO Y NORMA EN EL DERECHO

Dr. Cayetano Betancur.

Homenaje jubilar a Hans Kelsen.

Existe acuerdo y casi unánime, en que la "Teoría General del Derecho y del Estado" que Hans Kelsen publicó en inglés, en 1944, representa la fase definitiva del pensamiento del genial filósofo y jurista, que tan tremendo vuelco dió a la teoría jurídica desde el primer decenio de este siglo. (1)

Uno de los temas que con más delectación trata Kelsen desde sus primeras obras, es el del derecho como imperativo. Y a este propósito se considera que la refutación de Kelsen del imperativismo jurídico es una de las mayores hazañas de su investigación filosófica, con la cual dejó definitivamente sepultada la concepción imperativista.

Circunscribiéndonos a este tema, traigamos aquí unos lugares en que Kelsen estudia la teoría imperativista:

Al examinar la afirmación de Austin: "Toda ley o regla... es un mandato. O mejor dicho, las leyes o reglas en sentido propio son especies de mandatos", Kelsen observa que "no todo mandato es una norma válida. Un mandato es una norma únicamente cuando obliga al individuo a quien se dirige, o sea, cuando éste debe hacer lo que el mandato reclama. Cuando un adulto ordena a un chiquillo hacer alguna cosa, no es éste un caso de mandato obligatorio, por grande que sea la superioridad del poder del adulto o por imperativa que resulte la forma del mandato. Pero si el adulto es el padre o el maestro del niño, entonces el mandato obliga a éste. El que el mandato sea o nó obligatorio depende que el mandante esté o nó "autorizado" para formular el mandato". (2).

Ahora bien, esta autorización no puede provenir del mandato en sí, ya que no todo mandato está autorizado, de donde debe concluirse que el derecho no es el mandato sino a lo sumo un mandato autorizado, en don-

de el concepto de "autorización" resalta con mayor fuerza que el mandato mismo, y hasta llega a eliminarlo, como lo veremos en otros lugares.

Por de pronto, el propio Kelsen, refutando un pasaje de Austin según el cual el mandato se distingue de un deseo en que la persona a quien se dirige está expuesta a recibir un daño si no cumple lo ordenado, observa que un mandato de un bandido no es obligatorio, aunque éste se encuentre en condiciones de imponer su voluntad. Y por eso añade Kelsen: "Reiterémoslo: un mandato es obligatorio no porque el individuo que manda tenga realmente una superioridad de poder, sino porque está "autorizado" o "facultado" para formular mandatos de naturaleza obligatoria. Y está "autorizado" o "facultado" únicamente si un orden normativo, que se presume obligatorio, le concede tal capacidad, es decir, la competencia para expedir mandamientos obligatorios". (3).

Pero la crítica que en un análisis posterior hace de la teoría imperativista, lleva a Kelsen a desentrañar los elementos psicologistas de esa doctrina, los cuales le permiten objetar así:

"En el sentido propio de la palabra, un mandato existe únicamente cuando un determinado individuo realiza y expresa un acto de voluntad. En el sentido propio del vocablo, la existencia de un mandato presupone dos elementos. Un acto de voluntad que tiene como objeto la conducta de otra persona, y la expresión del mismo acto por medio de palabras, gestos y otros signos. Un mandato sólo existe en cuanto ambos elementos concurren. Si alguien me manda algo y, antes de ejecutar la orden, tengo una prueba satisfactoria de que el acto de voluntad subyacente ha dejado de existir - la prueba puede ser la muerte del mandante - entonces ya no me encuentro colocado frente a ningún mandato, aunque la expresión de este subsista - como ocurriría por ejemplo, tratándose de un mandato escrito". (4).

Advierte así Kelsen que no es el mandato fuente de obligación, lo que se ve más claro todavía en el testamento como acto de última voluntad de una persona, mandato que obliga a sus sucesores, no por ser mandato de la voluntad, sino por la fuerza obligatoria que la ley le confiere. El contrato, a su vez, es un intercambio de voluntades, pero su obligatoriedad le proviene, no de las voluntades mismas, ya que aquélla subsiste incluso cuando uno de los contratantes declarará no querer ya lo prometido. El contrato entonces, como declaración de voluntad, queda a mitad de camino si no se añade a ella la fuerza obligatoria que le otorga la ley.

Examina, igualmente, Kelsen la llamada voluntad del legislador, para decir que el denominado mandato en que se hace consistir la ley es apenas un concepto metafórico, en el que un examen detenido hace ver claramente cómo la ley apenas tiene que ver con lo que es un auténtico

mandato: "Como la ley sólo adquiere existencia al completar su procedimiento legislativo, esa "existencia" no puede consistir en la voluntad real de los individuos pertenecientes a la Asamblea Legislativa. El jurista que desea establecer la "existencia" de una ley en modo alguno pretende probar la de fenómenos psicológicos. La "existencia" de una norma jurídica no es un fenómeno psíquico". (5).

Aduce a este propósito el jurista vienés una serie de consideraciones que hacen enteramente fundada su crítica a este tipo de imperatividad. Así, dice Kelsen, una ley subsiste cuando todos los individuos que la crearon han dejado de quererla como tal, o ya no pueden quererla como tal porque hayan muerto. Todo acto de voluntad, psicológicamente considerado implica un previo conocimiento de aquello que se quiere. Ahora bien, la ley puede ser legalmente expedida porque vote la mayoría del parlamento, y entonces es el voto y no el conocimiento que cada uno de los parlamentarios tenga del proyecto de ley, lo que le da a aquélla su carácter de tal. No hubo conocimiento, no hubo por tanto voluntad, pero la ley fue votada en la forma en que la constitución lo establece, y por lo tanto es verdadera ley; luego la ley no es un acto de voluntad. Por otra parte, la ley se considera como decisión de todo el parlamento, incluyendo la minoría disidente, es decir, la que no la quiso votar. Pero en este caso es obvio que la ley no ha sido querida por esa minoría, y, sin embargo, jurídicamente, se toma como decisión también de ella. Esto prueba una vez más que el concepto de voluntad, y, por tanto, de imperatividad, es apenas una vaga analogía.

Todavía parece más inaceptable el que la norma de derecho sea un mandato, cuando se tiene en cuenta la costumbre como ley: Una regla establecida a través de la costumbre comercial, entre nosotros, tiene carácter de ley, pero por ninguna parte aparece "que es "voluntad" o "mandato" de las personas cuya conducta real constituye la costumbre". (6).

Concluye Kelsen que cuando la ley es descrita como mandato o expresión de la voluntad del legislador, se habla sólo en sentido metafórico. Esta metáfora se apoya, desde luego, en una analogía entre el mandato psicológicamente considerado y la ley. "La situación que se da cuando una regla de derecho "estipula", "determina" o "prescribe" una cierta conducta humana, es de hecho enteramente análoga a la que existe cuando un individuo quiere que otro se conduzca de tal o cual manera y expresa su voluntad en la forma de un mandato. La única diferencia está en que cuando decimos que una cierta conducta se halla "estipulada", "establecida" o "prescrita" por una regla de derecho, empleamos una abstracción que elimina el acto psicológico de voluntad que se expresa en todo mandato. Si la regla de derecho es un mandato, entonces se trata,

por decirlo así, de un mandato no psicológico, de un mandato que no implica una "voluntad" en el sentido psicológico del término. La conducta prescrita por la regla de derecho es "exigida", sin que haya ninguna voluntad humana que "quiera" tal conducta en un sentido psicológico. Esto se expresa diciendo que uno "está obligado a" o "debe" observar la conducta prescrita por el derecho. Una "norma" es una regla que expresa el hecho de que alguien debe proceder de cierta manera, sin que esto implique que otro realmente "quiera" que el primero se comporte de tal modo". (7).

Y los dos párrafos siguientes son decisivos para la comprensión del pensamiento de Kelsen:

"La comparación entre el "deber ser" de una norma y un mandato sólo se justifica en un sentido muy limitado. De acuerdo con Austin, lo que convierte a una ley en "mandato" es su fuerza obligatoria. Es decir, cuando llamamos ley a un mandato expresamos únicamente el hecho de que constituye una "norma". No hay diferencia, en este sentido, entre una ley expedida por un parlamento, un contrato celebrado por dos partes, o un testamento hecho por un individuo. El contrato es también obligatorio, es decir, es una norma que liga a las partes contratantes. El testamento es igualmente obligatorio. Es una norma que obliga al ejecutor testamentario y a los herederos. Es dudoso que un testamento pueda, incluso por analogía, ser descrito como "mandato"; y resulta absolutamente imposible describirlo como contrato. En el último supuesto un mismo individuo sería el autor del mandato y encontrarse ligado por él. Ello es imposible, pues nadie puede, hablando propiamente, mandarse a sí mismo. Si es en cambio posible que una norma sea creada por los mismos individuos que están sujetos a ella".

"En este punto puede surgir la objeción siguiente: el contrato no liga por sí mismo a las partes; es la ley del Estado lo que las obliga a conducirse de acuerdo con el contrato. Sin embargo, algunas veces la ley puede aproximarse mucho al contrato. Es de la esencia de la democracia el que las leyes sean creadas por los mismos individuos que resultan obligados por ellas. Como una identidad del que manda con el mandato resulta incompatible con la naturaleza del mandato, las leyes creadas por la vía democrática no pueden ser reconocidas como mandatos. Si las comparamos a mandatos, tendremos que eliminar por abstracción el hecho de que tales "mandatos" son expedidos por aquellos a quienes se dirigen. Únicamente es posible caracterizar las leyes democráticas como mandatos si se ignora la relación existente entre los individuos que expiden el mandato y aquellos a quienes el mandato se dirige, y sólo se acepta una relación entre los últimos y el mandato considerado como autoridad imper-

sonal y anónima. Es la autoridad de la ley la que manda sobre las personas individuales a quienes la misma se refiere. Esta idea de que la fuerza obligatoria emana, no de un ser humano mandante, sino de un "mandato" impersonal y anónimo, está expresada en las famosas palabras **non sub homine, sed sub lege**. Si una relación de superioridad e inferioridad se incluye en el concepto de mandato, entonces las reglas de la ley sólo son mandatos si consideramos al individuo ligado a ellas como destinatario de las mismas. El "mandato" impersonal y anónimo es precisamente la norma". (8).

De lo anterior cabe destacar el concepto de Kelsen según el cual la norma de derecho, prescribe una cierta conducta humana, es decir, que el derecho no es un mandato en el sentido psicológico, pero sí una **prescripción**.

La teoría de la imperatividad del derecho es rechazada por Kelsen en cuanto él mismo la circunscribe al mandato en el sentido psicológico, sin admitir que pueda existir un mandato no psicológico, una imperación no psicológica, a pesar de que ya el mismo autor apunta a este concepto al hablar de **prescripción**.

En las conferencias dictadas por Kelsen en la Universidad de Buenos Aires en el año de 1949, se acentúa en el pensamiento del filósofo austriaco la idea de la **prescripción** como característica de la norma jurídica. Volvió entonces sobre la distinción establecida por él en el libro que acabamos de citar, **entre reglas de derecho y normas jurídicas**. Las primeras son las que establece el jurista, el científico del derecho, en su meditación sobre el derecho mismo. Las segundas, las normas jurídicas, son los reglamentos emanados de la autoridad y dirigidos a la "conducta de los individuos supeditados al derecho". (9).

"La diferencia entre la norma jurídica creada por la autoridad jurídica, dijo entonces Kelsen, y las reglas de derecho mediante la cual la ciencia del derecho describe su objeto, se manifiesta en el hecho de que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos a los súbditos, mientras que una regla de derecho formulada por un jurista no puede tener una consecuencia semejante". (10).

Todo esto implicaba ya para Kelsen una modificación de su doctrina sobre la cual se edificaron otras muchas teorías, es a saber, la de que la norma jurídica es un juicio hipotético. Kelsen escribe ahora: "La tesis que he defendido en mi **"Haupt-probleme...** de que el **Rechtssatz** no es un imperativo, sino que es un juicio hipotético, se refiere a la regla de derecho formulada por la ciencia del Derecho, y no a las normas creadas por las autoridades jurídicas". (11).

De lo anterior se concluye otra vez de manera mucho más clara que Kelsen acepta ahora que la norma de derecho es un verdadero imperativo, si bien, después del párrafo transcrito escribe como mermandole fuerza a lo expresado, lo siguiente: "Estas normas jurídicas pueden expresarse muy bien bajo la forma gramatical del imperativo". Lo que interesa no es saber si las formas jurídicas pueden expresarse en esta forma gramatical, pues ya es de obvia ocurrencia que el derecho adopte mil formas de expresión, incluso no gramaticales, tales como el pitazo de un policía de tránsito, o el golpe de un magistrado sobre la mesa de audiencias. Lo que verdaderamente se busca en el hilo de la evolución kelseniana, es la aceptación por éste del carácter prescriptivo de la norma, o lo que es lo mismo, del carácter imperativo del derecho.

En el tomo que contienen las conferencias de Buenos Aires, aparece una segunda parte, obra de Carlos Cossio, en que hace prolijas acotaciones a los textos del maestro vienés, incluyendo unos diálogos, de entre los cuales quiero destacar lo siguiente:

A la afirmación de Carlos Cossio sobre que la distinción kelseniana entre norma y regla de derecho "gira sobre un punto falso, porque esconde resucitada la concepción del imperativismo jurídico, dando marcha atrás en una de las cosas más fecundas aportadas por la Teoría Pura", Kelsen responde:

"Mi crítica al imperativismo subsiste intacta. No se puede decir, sin falsificar mi pensamiento, que la prescripción contenida en la norma sea un mandato en sentido propio, es decir, una orden o un imperativo". Y cita en su apoyo el maestro vienés varios lugares que atrás hemos copiado de "La Teoría General del Derecho y del Estado", es decir, todos aquellos conceptos según los cuales el derecho es sólo un imperativo o mandato si se toman estas palabras en sentido figurado, y concluye: "He aclarado que si la regla de derecho es un mandato, es, por decirlo así, un mandato **despsicologizado**, ya que se emplea una abstracción (pág. 35). Y he tenido el cuidado, para evitar toda confusión, de poner siempre entre comillas las palabras mandato, orden o imperativo, cada vez que con ellas me he referido a las prescripciones del Derecho". (12).

Este texto nos revela todavía con más claridad que otro ninguno de los ya citados, cómo el pensamiento crítico de Kelsen se refiere al imperativismo psicológico y dentro de él gira toda su tesis de que el derecho no es un imperativo de este orden.

Pero es que hay otra clase de imperativos? Fritz Schreier analiza a la luz de la fenomenología, las teorías voluntaristas sobre el acto jurídico, y las enlaza desde luego, dentro de su punto de vista, con la teoría imperativista, haciendo de ésta una sección de aquéllas.

Apoyado en Husserl, sostiene que las proposiciones de interrogación, deseo, etc.. "son enunciaciones, es decir, juicios que sólo se distinguen de los demás en que en ellos se juzga sobre actos de interrogación, etc.". Así, por ejemplo, la expresión "Dios nos ayude" sería un juicio en que se juzgaría sobre la vivencia del deseo de que Dios nos ayude, siendo entonces esta vivencia interna el objeto de la enunciación. (13).

"De este modo, sigue diciendo Schreier, la concepción del acto jurídico como imperativo conduce en línea recta al empirismo. Resulta entonces necesario señalar ciertos hechos naturales con los que los preceptos jurídicos tendrán que coincidir. Pues no son otra cosa que enunciaciones sobre vivencias humanas, es decir, sobre hechos de la naturaleza". (14).

"Por esto Bierling escribe, con toda razón, que "el juicio es siempre la expresión de un convencimiento o un saber acerca de algo, en tanto que el imperativo es, en todo caso, la expresión de una voluntad. . . . Este último expresa, pues el contenido del querer. De aquí que tenga pleno sentido preguntar si alguien quiere el contenido de un imperativo, y carezca de todo sentido inquirir si el imperativo es verdadero. Relativamente a éste, lo único que se puede preguntar es si el mismo corresponde a la voluntad del sujeto que lo formula. . . .". Después de esta correcta determinación, resulta sumamente extraño e inexplicable que Bierling haya podido llegar a la conclusión de que las normas jurídicas son imperativos. Esto podría entenderse sólo en cuanto la voluntad acerca de la cual se enuncia algo no es voluntad psicológica, sino jurídica, lo que equivale a declarar que no es voluntad real. Pero de este modo se hace imposible la concepción del precepto de derecho como imperativo, ya que de imperativos solamente puede hablarse en relación con la voluntad psicológica". (15).

Una cosa es el acto concreto llamado imperativo, al cual no cabe duda que le corresponde ser un fenómeno de la voluntad, y otra cosa muy distinta es el **pensamiento imperativo** al que la crítica de Schreier parece no alcanzar. Sin entrar en el examen de todas las teorías imperativistas, cuyos principales autores cita Schreier, reconociendo, sin embargo, que la literatura sobre el tema es inabarcable, me ocuparé del asunto fijando la atención especialmente en las formas del pensamiento, y en el pensamiento imperativo concretamente, para deslindar la teoría imperativista de la teoría voluntarista.

Tradicionalmente se ha hablado de cuatro clases de pensamiento: el pensamiento enunciativo, el pensamiento imperativo, el pensamiento optativo y el pensamiento interrogativo. Pfaender enumera, además de los anteriores, otra serie de pensamientos como las suposiciones, las sos-

pechas, valoraciones, críticas, aplausos, ruegos, etc., (16). Pero nada de esto interesa ahora, sino el destacar claramente que tanto la lógica tradicional como la gramática, han hablado de los cuatro primeros, la lógica llamándolos "pensamientos", y la gramática diciendo que esos pensamientos se expresan en "proposiciones".

Nadie puede confundir el juicio con la proposición, pues el primero es un hecho lógico y la segunda un hecho del lenguaje, o un hecho lingüístico. Pero tampoco la proposición es la expresión del juicio, porque la proposición puede expresar pensamientos que no sean juicios, tales como los mandatos, los deseos o las preguntas.

Claro está que una pregunta, un mandato o un deseo como actos psíquicos, no sólo revisten un pensamiento peculiar cada uno de ellos, de igual manera que el acto psíquico de juzgar se reviste con el pensamiento llamado juicio, sino que también esos mismos actos pueden ser objetos de un juicio, como cuando digo, "tengo un deseo", "he dado una orden", "he hecho una pregunta", "he enunciado que el oro es amarillo".

Sin embargo, no sólo la peculiaridad de los actos, sino la de los pensamientos de juzgar, mandar, desear, o preguntar, se mantiene independiente una de otra, por más que puedan ser objetos todos de un acto de juzgar.

Siguiendo una larga tradición lógica, Alejandro Pfaender, define el juicio como "un producto mental enunciativo". (17). De esta suerte resulta del todo imposible confundir el juicio con el imperativo, pues el pensamiento imperativo es aquel producto mental que ordena que algo ocurra, que algo se lleve a cabo, que algo se realice. El texto de Bierling citado por Schreier, precisa muy cumplidamente la diferencia entre el pensamiento denominado juicio y el pensamiento denominado imperación. En el primero se **enuncia**, en el segundo se **da una orden**, se **prescribe** algo.

Pero detengámonos en lo que es "enunciar". La función enunciativa, como todo mundo lo sabe, corresponde en el juicio a la cópula, expresada generalmente por la palabra "es". La cópula además de su función enunciativa que es característica del juicio, tiene una función de referencia que es primaria y que no sólo pertenece al juicio sino a la pregunta o al simple pensamiento. Pero la función enunciativa de la cópula es la que, con las palabras de Pfaender, "estatuye y hace subsistir por sí mismo el conjunto constituido" por el concepto sujeto, el concepto predicado y la función referencial de la cópula. (18).

La cópula, por la función enunciativa, es un concepto de los que Pfaender denomina **relacionantes**, aunque en varios lugares diga con error que la cópula, en sus dos funciones, la referencial y la enunciativa, es un concepto funcional puro. Los conceptos relacionantes no son con-

ceptos de objeto, sino que postulan relaciones objetivas entre ellos. (19). No son conceptos de objeto porque no se refieren a ningún objeto; tal el concepto "en" en el concepto compuesto", "el pez en el agua". Los conceptos de objeto los llamó Pfaender en la primera parte de su obra, "conceptos que hacen referencia", y los conceptos relacionantes los designó "conceptos que hacen posición". (20). Desafortunadamente, esta exacta terminología no la mantuvo el autor cuando habló de los conceptos relacionantes, aunque allí se advierte claramente este sentido.

Y cuando refuta la teoría de Franz Brentano sobre que todo juicio es un juicio existencial y consta de dos miembros, escribe el citado autor:

"La función enunciativa del juicio no se refiere al "descansar en sí" del contenido objetivo, sino que además del objeto sujeto hace referencia al "existir", como determinación predicada, y sólo una vez que ésta ha sido referida al objeto sujeto, realiza la enunciación. En la teoría de los conceptos volveremos sobre la diferencia necesaria entre los conceptos que hacen referencia y los que hacen posición". (21).

La cópula en el juicio, por su función enunciativa, pone el contenido objetivo, es decir, de acuerdo con otra expresión de Pfaender, "lo hace subsistir por sí". Y hacerlo subsistir por sí no es otra cosa que la pretensión del juicio "de ser conforme o adecuado al comportamiento del objeto sujeto a que se refiere el juicio". (22). Esta es la pretensión de verdad que tiene el juicio, y por ello sólo del juicio y nada más que del juicio puede decirse que es verdadero o que es falso.

Qué proposición jurídica, como acto de autoridad, puede caer por la significación en ella expresada, dentro de los marcos que dejamos acotados para el juicio? El propio Kelsen lo reconoce cuando habla de que las normas de derecho tienen por objeto **prescribir** una conducta. Y **prescribir** es totalmente distinto de **enunciar**. Es claro que por medio del juicio conocemos, porque conocer es saber algo de algo y ese saber se nos da plenamente en el juicio, cuando el juicio es verdadero. Pero qué acto de derecho, qué acto de autoridad puede tener por objeto conocer? Aceptamos, por de pronto, que al derecho no sólo le quepa imperar, sino también facultad, conceder derechos subjetivos. Pero ni en el imperar, ni en el prohibir, mandar o permitir, actos específicos del derecho, cabe hablar de enunciación ninguna.

El acto jurídico, si prescindimos ahora de las permisiones, es una especie de **exigencia**. Hay exigencias morales, exigencias religiosas, exigencias jurídicas, etc. Pfaender, en una luminosa página, pone en contraste la **exigencia** frente al **juicio**, del modo que sigue:

"La cópula no realiza sólo la función de referir la determinación predicada al objeto sujeto, sino que se encarga al propio tiempo de la fun-

ción enunciativa. La singularidad de esta segunda función de la cópula se percibe claramente, cuando se compara al juicio con una **exigencia** correspondiente. Cuando se exige que un objeto esté constituido de tal o cual manera, esta constitución es coordinada también al objeto sujeto; pero al propio tiempo le es impuesta. La aposición que se verifica entre el objeto y su estructura, es aquí una aposición exigida. Por el contrario, en el juicio se dice que la coordinación de la determinación predicada al objeto sujeto, coincide con una exigencia del objeto mismo. El juicio no formula imperativo alguno sobre el objeto; es contrario a su esencia íntima el hacer violencia al objeto sujeto y coordinarle algo que el objeto sujeto no extra por sí. El juicio, que primeramente es por completo libre, en cuanto a la elección de su objeto sujeto y que por tanto determina por sí mismo su objeto, se convierte luego en el intérprete fiel del objeto elegido, sometiéndose a él en todos sentidos. Todo gesto dictatorial, la más leve opresión del objeto por el juicio, es un pecado contra el espíritu del juicio e impurifica la conciencia intelectual. Por consiguiente, del sentido que reside en el elemento enunciativo es menester excluir hasta la menor sospecha de contraposición propia. La enunciación es entendida **aquí** en el sentido de que no se opone terca ni enfrente del objeto del juicio, ni contra una persona adversaria". (23).

Una de las preocupaciones mayores de Kelsen, al repudiar la teoría imperativista, está en la imposibilidad de mantener el imperativo sin un acto de voluntad concreto y actual que lo realice. Sus objeciones al imperativismo tienen cierta analogía con las que Husserl y Pfaender hacen al psicologismo lógico. Ya hemos visto en lugar citado atrás, cómo Kelsen llega a admitir que el derecho sea un imperativo siempre que ese imperativo se despoje de toda realidad psicológica.

Pues evidentemente, lo que aquí tratamos de exponer es que el derecho es un imperativo, pero no un imperativo psicológico, sino un **pensamiento imperativo**. Sería posible mostrar cómo este imperativo subsiste incluso cuando no exista una voluntad que lo mantenga. El derecho es un pensamiento imperativo, como el juicio es un pensamiento enunciativo.

El pensamiento, como ha visto Pfaender, puede ser separado en cierto modo, del pensar que lo ha producido. "Exactamente el mismo pensamiento pensado por un sujeto pensante, puede ser transmitido por medio de la comunicación, a un segundo y a un tercer sujeto y ser pensado también por él. Además, los pensamientos pueden ser fijados en la escritura por el sujeto que los ha pensado, adquiriendo así una existencia en apariencia independiente de todo sujeto pensante". (24).

Lo dicho sobre el pensamiento en general, es obviamente aplicable al pensamiento imperativo, de igual manera que al juicio o a la pregunta.

Ese pensamiento así fijado, claro está que no existe realmente, si no tiene un sujeto que lo piense de nuevo. A este propósito escribe Pfaender: "Esto no obstante, los pensamientos así transmitidos y los fijados por escrito, sólo existen realmente cuando son pensados por un sujeto pensante". (25).

Pfaender, siguiendo a Husserl, delimitó muy claramente la autonomía del pensamiento como objeto lógico frente a la expresión gramatical y a las realidades ontológicas a que el pensamiento se refiere. Cuando Pfaender habla de la pretensión de verdad que tiene el juicio, sitúa esta pretensión de verdad en el juicio mismo, y no en la persona que lo enuncia: "Por su esencia, todo juicio tiene necesariamente esta pretensión (de verdad). Por consiguiente un producto de pensamiento, sea el que fuere, que no contenga esencialmente esta pretensión de verdad, no será un juicio. Pero esta pretensión no es una determinación exterior al juicio, aunque ligada a éste necesariamente, sino que es esencialmente inherente al juicio. Por consiguiente todo juicio **afirma implícitamente** ser verdadero". (26).

Lo transcrito es de por sí inteligible, pero cualquiera podría llegar a pensar que la pretensión de verdad es la del sujeto que enuncia el juicio. Mas Pfaender añade con toda razón: "Y esto es completamente independiente de que el hombre, que verifica y emite el juicio, crea en la verdad de éste y reconozca o nó esta pretensión. (27).

Paralelamente, podemos decir que el derecho es un pensamiento imperativo, aún en el caso de que la persona que lo piense no tenga voluntad ninguna de hacer ejecutar dicho imperativo o no quiera mirar en él una orden o un acto de voluntad imperativo. Así como la pretensión de verdad es inherente al juicio, el mandato o imperativo es inherente al derecho.

Otro paralelismo podemos destacar entre esta autonomía del pensamiento imperativo frente a cualquiera voluntad que lo quiera o nó, con el llamado juicio problemático o con el juicio apodictico en la forma lógica en que Pfaender los describe. Como todo mundo recuerda, la lógica tradicional hace consistir la problematicidad del juicio en la simple posibilidad. Un juicio problemático, para la lógica tradicional es, por ejemplo, "es posible que ahora llueva". Pero un juicio verdaderamente problemático, desde el punto de vista lógico, es el que tiene atenuado el peso lógico de la enunciación cualquiera que sea el pensar real de la persona que lo enuncie. (28). Esto se destaca muy claro en la siguiente reflexión: Un marido acaba de salir de una fiesta social en donde ha estado con una mujer que no es la suya y a quien corteja. En la puerta tropieza con su propia mujer que penetra a la fiesta. Ella, con la suspicacia propia de toda mujer, le pregunta: "Está allí Alicia?" El marido responde: "Tal vez

esté". En seguida la esposa celosa entra al recinto y encuentra que efectivamente Alicia está allí y ésta misma confiesa a la celosa, que su marido acaba de dejarla. Bien claro se ve que el marido ha expresado un pensamiento problemático, cuando lo que en realidad pensaba era otra cosa. Su mujer podrá reñirlo diciéndole: "Cómo me has dicho que tal vez estaba allí, si acababas de dejarla?". La problematicidad del pensamiento enunciado por el marido infiel, resalta aquí independientemente de lo que efectivamente éste tenía en la mente.

Igual acontece con el juicio llamado apodictico. El peso potenciado de la enunciación es lo que constituye como tal, no la necesidad ontológica a que el juicio se refiere. Yo puedo enunciar el juicio apodictico: "Mis llaves están necesariamente en la gaveta", aunque bien claro se ve que las llaves no tienen necesidad ni física ni metafísica de estar en la gaveta. Es más, puedo hablar de una **necesidad objetiva** en un juicio problemático, por ejemplo: "**Tal vez dos y dos son necesariamente cuatro**". (29).

Esta independencia y autonomía de lo lógico la destaca Pfaender a cada paso y todavía se ve aún mejor en las deducciones inmediatas a que dan lugar los juicios por razón de su modalidad, contrariamente a lo estatuido por la lógica tradicional. Igual autonomía se advierte en el manejo lógico que Pfaender hace del juicio hipotético, despojado de toda relación objetiva de causa y efecto, o del juicio disyuntivo en el que está ausente toda captación de la oposición ontológica entre el ser y el no ser (30).

Siendo esto así, las objeciones a la teoría imperativista del derecho sobre la base de que ésta supone un elemento actual de voluntad, son completamente inoperantes. Kelsen, con su gran inteligencia, así lo ha presentado en los últimos textos citados, en donde acepta un **imperativo despsicológizado**.

Pero ahora resulta un problema más. Se trata de saber cómo actúa el derecho, es decir, cómo se hace efectivo ese pensamiento imperativo que cualquiera puede pensar como tal, pero despojado del acto de voluntad que todo imperativo real conlleva. Hemos de distinguir aquí muy claramente el acceso al derecho que tiene la persona encargada de hacerlo cumplir, del acceso al derecho que tiene la persona que simplemente trata de conocerlo. El primero es el acceso al derecho por el órgano de la autoridad. El segundo es el acceso al derecho por el científico del derecho. La distinción hecha por Kelsen entre norma y regla de derecho se va viendo aquí a otra luz distinta de la que ilumina la Teoría Pura.

El acceso al derecho por la persona encargada de la autoridad, no es un simple acto de conocimiento, sino también un acto de voluntad. Así

como la pregunta puede estar objetivada en un pensamiento interrogativo, sin que el que lo piensa tenga en realidad el **acto** de preguntar, así el imperativo en que consiste el derecho, puede permanecer en su pura forma objetivada de pensamiento, sin que pase a acto. Pero si alguien lo quiere actualizar como imperativo, y no como simple pensamiento, tendrá que poner en él fatalmente su voluntad, su propia voluntad, para que el pensamiento imperativo se convierta en acto de imperación. Yo puedo leer una pregunta que hice hace un año o que encuentro en un libro y reconocer que es una **falsa pregunta** (no una pregunta falsa, porque las preguntas no son falsas ni verdaderas), es decir que hay allí un pseudo-problema, el cual ya no **actualizo**. De la misma manera puedo reconocer una ley como imperativa, sin otorgarle a ese pensamiento imperativo mi acto de voluntad. Si soy un órgano de la autoridad, querrá decir que ese pensamiento como ley es válido pero no vigente. No le confiero mi acto de voluntad para hacerlo ejecutar, y así la ley ha desaparecido como ley vigente, aunque no haya desaparecido en mi pensamiento como ley válida.

Esto nos lleva otra vez a la teoría imperativista con su plenitud volitiva, pero subsanando los inconvenientes que Kelsen, con razón, hallara en el imperativismo tradicional. Reconocemos entonces que el derecho es un **pensamiento imperativo** al que le **adviene**, para que sea vigente, una **voluntad imperativa**. Esto es de por sí obvio: El cúmulo de leyes que no se hacen cumplir, no son leyes vigentes, sino leyes simplemente válidas. Valen dentro del proceso creador del derecho, porque se ajustan a los principios de su creación en un sistema jurídico dado, pero no rigen porque falta una voluntad que las imponga actualmente. Esa voluntad puede llegar en cualquier momento y vaciarse en ese pensamiento imperativo, dándole así vigencia.

Esta nueva visión con que afrontamos una parte de la teoría jurídica de Kelsen coincide, por cierto, con el voluntarismo kelseniano que hemos desarrollado en otro trabajo. Kelsen, a pesar de ser un racionalista-positivista como científico del derecho, es un voluntarista decidido en lo que toca a la creación del derecho. Pero este tema desborda los límites del presente estudio.

Y así llegamos a entender plenamente el sentido del "debe ser" que corresponde a la norma jurídica, manteniéndose siempre desde el punto de vista formal. Justamente el derecho no es un **ser**, porque un imperativo nunca dice lo que es, sino lo que se quiere que sea. Kelsen habría podido colocar, en lugar de la cópula **deber ser**", la cópula **"querer ser"**, si no hubiera estado embarazado para hacerlo por su hostilidad a la teoría voluntarista de tipo psicológico, tal como la esboza él en los párrafos transcritos. Pero Kelsen prefirió, siguiendo su vieja y parcial adhesión

a Kant, tomar la cópula "deber ser", aunque despojada del elemento de valor que en Kant el deber siempre posee.

Se ha visto con razón en los últimos tiempos que la teoría de los valores de Lotze, Scheler, Hartmann, etc. no es sino un sustituto tímido del formalismo. (31). En todo caso, Husserl mostró muy claramente que toda proposición normativa tiene en su base un juicio teorético. Recuérdese su famoso ejemplo: "El guerrero **debe ser** valiente" equivale al juicio teorético; "Un guerrero valiente **es** un buen guerrero". (32). Se ha anotado a la teoría de Husserl que el juicio teorético que él señala como equivalente al pensamiento normativo correspondiente carece del elemento de **exigencia** que posee todo valor, en opinión de los axiólogos.

Kelsen, sin embargo, ha podido prescindir perfectamente de este elemento de valor que conlleva toda proposición normativa, porque el "deber ser" que él postula no significa lo que teoréticamente quiere Husserl, sino el imperativo, o la **prescripción**, como dice Kelsen. Lo que está prescrito, lo que está mandado, lo que está imperado, **debe ser**, pero en un sentido distinto del "deber ser" propio de las proposiciones normativas de valor. Y aquí encontramos que la diferencia establecida por Kelsen entre normas y reglas de derecho, radica no en que las primeras puedan tener o no el "deber ser" como concepto copulativo, y las segundas necesariamente lo posean. En realidad, cualquiera que sea la forma en que se exprese el órgano creador del derecho, hay allí subyacente, un pensamiento de "deber ser" en su sentido **prescriptivo**. La verdadera diferencia entre la regla y la norma, como el propio Kelsen lo advierte en algún lugar, es que la norma no es ni verdadera ni falsa, sino válida o no válida, vigente o no vigente, mientras la regla de derecho, la conceptualización científica que hace el jurista cuando dice: "esto es lo mandado", "esto es lo que debe ser", si puede en realidad ser verdadera o falsa. (33).

El "deber ser", por lo tanto, como lo describe Kelsen, está perfectamente ajustado a la teoría de la imperatividad, y se ciñe por otra parte muy precisamente a su formalismo, pues es un "deber ser" despojado de toda finalidad, no es un "deber hacer" para algo, sino un "deber ser" porque alguien lo mandó. El "deber ser" propio del imperativo no implica precisamente una proposición disyuntiva. No se ordena "o esto, o aquello". El imperativismo se transa por una disyunción, sólo cuando no quiere o no puede hacer cumplir lo que manda. Pero el imperativo esencialmente dice: "o lo hace, o lo hace", o entrega el dinero voluntariamente, o lo entrega por la fuerza".

Kelsen en sus últimas obras parece dudar sobre su vieja tesis, según la cual el derecho debe ser mirado ajeno a toda consideración teleológica. Los fines que se persiguen con el derecho son fines de la sociedad,

no fines del derecho mismo, y por tanto extraños a una consideración científica del derecho. En sus últimos libros reconoce que el derecho es un instrumento de paz, y mira la sanción que el derecho impone, implicada en la consecuencia jurídica de la norma hipotética, como el **motivo** que apartará al hombre, de la conducta humana no requerida por el derecho. Se presentan aquí problemas nuevos que ahora no queremos dilucidar. Pero en todo caso, mirada la teoría normativista con el sentido que acabamos de describir, para un punto de vista puramente formal, es plenamente correcta.

Lo que se trata entonces de saber es con qué razón o con qué fundamento ético o de justicia, ese imperativo, ese "deber ser", impone una obligación. El que Kelsen diga que el imperativo, de un bandido al viajero para que entregue su bolsa, no es derecho, y sí lo es el del recaudador de hacienda al ciudadano para que pague sus impuestos, es una afirmación que no tiene sentido si no se la mira sobre la base de un fundamento ético o de justicia. En nuestras zonas dominadas por la violencia, los bandidos imponen su autoridad como las normas que imponen los funcionarios legalmente constituidos. Y muchas veces los ciudadanos de esas regiones tienen que obedecer el mandato del bandolero, porque en esa forma conservan la vida o mantienen una relativa paz social. Hay pues aquí una consideración **interna** de la obediencia al mandato que, dentro de límites muy restringidos, la legítima como tal obediencia, todo en vista de un bien que se quiere conseguir o de un valor que se quiere preservar. Rafael Carrillo vió con mucha agudeza que la **norma fundamental** kelseniana respira un ambiente axiológico, aunque no sea sino ese que Kelsen quiere señalar ahora como fin del derecho, es decir, la paz. (34). En el caso citado de nuestras zonas azotadas por la violencia, el bandolero manda. Su orden se ha convertido en derecho porque los ciudadanos han aceptado, para la conservación de la paz, al menos de la paz con los bandoleros, esa constitución en sentido lógico jurídico, que expresada en nuestro lenguaje campesino, podría decir así: "Hay que obedecer lo que manden esas fieras, porque si nó, nos matan".

Dejamos, pues, de lado el entrar ahora a discutir cuál es el fundamento del derecho, como tantos otros problemas que suscita la teoría pura. Uno de ellos que hemos apenas soslayado es el de las permisiones o facultades que el derecho otorga. Ya Del Vecchio destacaba en las primeras décadas de este siglo que todo lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido. (35). Sobre esto no se ha trabajado mucho desde entonces. Una ontología del derecho exige penetrar en este principio. Pero si se toma el derecho positivo en sí mismo, incluso asignándole un valor de justicia acaparado por él, es decir, cuando se afirma que el derecho po-

sitivo debe ser obedecido porque él representa mejor que ninguna otra institución normativa, las garantías de la seguridad y la justicia sociales, entonces sí, cerrados dentro del mundo del derecho positivo, podría decirse a la inversa del principio anterior, que todo lo que no está expresamente permitido por el derecho, está prohibido. En este sentido, las permisiones o facultades, los derechos subjetivos etc., no serían sino excepciones a la norma imperativa. Salir de este hermetismo del derecho positivo en que Kelsen se mueve, por cierto que prescindiendo de la que acabamos de considerar como razón de valor, es cuestión que desborda los límites de este estudio. Pues, en síntesis, lo que hemos querido mostrar es que el derecho es un pensamiento imperativo objetivado, el cual revive como acto de voluntad cuando la autoridad, una persona humana desde luego, vacía en él otra vez, el acto de voluntad que lo puede hacer vigente. Se ha querido poder mostrar también en lo anterior, que la fórmula copulativa "debe ser", encaja perfectamente con la significación que tiene todo imperativo.

Bogotá, Junio de 1.961.

BIBLIOGRAFIA

- (1) "Teoría General del Derecho y del Estado", traducción del inglés de Eduardo García Máynez, (Edit. "Imprenta Universitaria", Méjico, 1950. (A esta edición nos seguiremos refiriendo).
- (2) Ob. cit., págs. 31, 32.
- (3) Ob. cit., pág. 32.
- (4) Ob. cit., pág. 33.
- (5) Ob. cit., pág. 34.
- (6) Ob. cit., pág. 35.
- (7) Ob. cit., pág. 36.
- (8) Ob. cit., págs. 36, 37.
- (9) Estas conferencias fueron publicadas bajo el título "Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho", en versión del francés de Carlos Cossio (Edit. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1952).
- (10) "Problemas...", pág. 46.
- (11) "Problemas...", pág. 47.
- (12) "Problemas...", pág. 141.
- (13) "Concepto y Formas Fundamentales del Derecho", versión del alemán de Eduardo García Máynez, (Edit. Losada, Buenos Aires, 1942, pág. 56).
- (14) Ob. cit., pág. 56.

- (15) Schreier, Ob. cit., págs. 56, 57.
- (16) A. Pfaender, "Lógica", traducción del alemán por J. Pérez Bances. (Edit. "Revista de Occidente". Madrid, 1928, pág. 31).
- (17) Ob. cit., pág. 56.
- (18) Ob. cit., pág. 56.
- (19) Ob. cit., pág. 206.
- (20) Ob. cit., pág. 77.
- (21) Ob. cit., pág. 77.
- (22) Ob. cit., pág. 100.
- (23) Ob. cit., págs. 58, 59.
- (24) Ob. cit., págs. 13, 14.
- (25) Ob. cit., pág. 14.
- (26) Ob. cit., pág. 87.
- (27) Ob. cit., pág. 87.
- (28) Ob. cit., págs. 115, y ss.
- (29) Ob. cit., pág. 121.
- (30) Ob. cit., pág. 123 y ss., 316 y ss. y 321 y ss.
- (31) Cf. J. L. Aranguren, "Ética", pág. 93 y ss. y los textos aducidos allí de Heidegger (Edit. "Revista de Occidente", Madrid 1958). Cayetano Betancur, "La idea de justicia y la teoría imperativa del Derecho", en "Anuario de filosofía del Derecho", volumen IV, Madrid, 1956.
- (32) Cf. "Estructura lógica de la norma para E. Husserl", Ambrosio Lucas Gioja, revista "Ideas y Valores", N° 3-4, Bogotá, 1952, y la bibliografía de Husserl sobre el tema, allí citado.
- (33) "Problemas...", pág. 46.
- (34) Rafael Carrillo, "Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho", Edit. Universidad Nacional de Colombia, 1947.
- (35) Cf. "Sur les principes généraux du droit", pág. 37 y ss. (París, 1925).